



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة لغرور عباس - خنشلة



قسم الحقوق

كلية الحقوق والعلوم السياسية

دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق
تخصص قانون التنظيم الاقتصادي

إشراف:
أ.د/ قصوري رفيقة

إعداد الطالبة:
بن عشي أمال

اللجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د. زواقري الطاهر	أستاذ التعليم العالي	جامعة خنشلة	رئيساً
أ.د. قصوري رفيقة	أستاذ التعليم العالي	جامعة خنشلة	مشرفاً
أ.د. زرارة صالح الواسعة	أستاذ التعليم العالي	جامعة باتنة 1	عضواً ممتحناً
د. بوهنتالة أمال	أستاذ محاضر - أ	جامعة باتنة 1	عضواً ممتحناً
د. بن مبارك ماییة	أستاذ محاضر - أ	جامعة خنشلة	عضواً ممتحناً
د. جبالي صبرينة	أستاذ محاضر - أ	جامعة خنشلة	عضواً ممتحناً

السنة الجامعية: 2019 - 2020م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾ (٦٥)

صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ

سورة النساء: الآية 65

إهداء

إلى أمي وأبي، من أدين لهما بوجودي ومن دعائهما التوفيق
والسداد... إلى نهر العطاء.

إلى زوجي وأولادي.. من تحملوا معي عبء هذا البحث

إلى اخواتي واخوتي وإلى كل عائلتي.

الباحثة

شكر وعرّفان

أشكر الله عز وجل الذي وفقني لإتمام البحث

ثم أتوجه بخالص الشكر والتقدير وعظيم عرفاني وامتناني إلى الأستاذة
الدكتورة قصوري رفيقة، على قبولها الإشراف على هذه الأطروحة، وعلى
توجيهاتها العلمية القيمة والبناءة.

كما يسعدني أن أتقدم بخالص شكري وتقديري إلى أعضاء اللجنة، على قبولهم
المشاركة في مناقشة هذه الأطروحة تصحيحاً وإثراء
إلى كل من أخذت منه حرفاً لإعداد هذه المذكرة.
لكم مني جميعاً أسى آيات التقدير ووافر العرفان.

قائمة المختصرات

– أولاً: المختصرات باللغة العربية.

ج ر: جريدة رسمية.

ص: صفحة.

ق.ا.م.ا: قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ق.ا.م.ف: قانون الاجراءات المدنية الفرنسي.

ق.ت.م.م.ت.م: قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري.

د.ت.ن: دون تاريخ النشر.

د.د.ن: دون دار النشر.

– ثانياً: المختصرات باللغة الفرنسية.

Cass.Civ: Cassation civile.

Cass.Com: Cassation commerciale.

Ch: Chambre.

P.U.F: Presses universitaires de France.

P: Page.

Rev: Revue.

ARB: Arbitrage.

JORF: Journal officiel de la république Française.

C.P.C.F: Code de procédure civile français.

ICSID: ICSID International Centre for Settlement of Investment Disputes.

J.C.D. I: Juris classeur droit international.

N.C.P.C.F.R.AR: Nouveau Code de Procédure Civile relatifs à l'Arbitrage

JDI: Journal du droit international

J.Cl: Juris–Classeur

Fasc: Fascicule

R.A.S.J.E.P: Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques.

مقدمة

تشكل الاستثمارات الأجنبية المحور الأساسي لتنمية اقتصاديات الدول النامية بشكل خاص والدول الصناعية بشكل عام، ففي ظل الانفتاح الدولي على الصعيد التجاري مع ما تخلفه من منافسة شديدة وما تتيحه من إمكانات استثمارية هائلة، سعت الدول المضيفة جاهدة إلى جذب الاستثمارات بأشكالها المختلفة، عن طريق تنظيم تدفق رأس المال الأجنبي، من خلال توفير الحماية اللازمة له وإحاطته بمختلف الحوافز والضمانات المشجعة لاستقطابه، بعد أن ثبت لها أن الادخار الوطني وما تدره الثروات الطبيعية من دخل عاجز عن الوفاء بالحاجات المتزايدة اللازمة لتحقيق أهدافها التنموية. غير أن هذا الحرص منها لا يحول دون احتمال أن تثور نزاعات بين الطرفين، فنجد أن الدولة أصبحت في الكثير من الحالات طرفا يتعاقد مع مشروعات استثمارية في شكل شركات خاصة أو مع أفراد، لذلك لم تعد المنازعات تقتصر على منازعات بين الدول فقط، وإنما توسعت لتشمل المنازعات بين الدول أو مؤسساتها وبين المستثمرين الخواص.

فعلى الرغم من أن الدولة تتولى مهمة الفصل في النزاعات عن طريق سلطتها القضائية، إلا أنه وإزاء ظهور جيل جديد من العقود المترابطة وأشكال حديثة من الشركات العملاقة، إلى جانب ببطء إجراءات التقاضي بسبب وجود إجراءات وشكليات لا تتماشى مع طبيعة الحياة التجارية المعاصرة، ونتيجة الصعوبات التي قد تواجه المستثمر الأجنبي بسبب ضعف مركزه القانوني أمام الدولة، فضلا عن جهله بالقوانين الجاري العمل بها في هذه الدولة، أمام هذه المعطيات لم يعد اللجوء إل القضاء الوطني مواكبا لظروف العولمة التجارية، فهو ليس محبذا لتسوية هذه المنازعات بالنظر إلى جموده وبطئه .

لذا فإن وضع بيئة ملائمة للاستثمار الأجنبي وتكوين مناخ من الثقة المتبادلة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، يتطلب إيجاد آلية فعالة ومحايدة لتسوية المنازعات، تراعي خصوصية أطراف النزاع واتصال الاستثمارات الأجنبية بكيان الدولة نتيجة استغلال مواردها وثرواتها الطبيعية وتأثيرها على خططها التنموية، لأجل ذلك ولضرورة الوفاء بحاجة التجارة الدولية نتيجة تشابك معاملاتها، برز التحكيم التجاري الدولي كوسيلة بديلة لحل ما ينشأ عن هذه العلاقات الدولية الخاصة من منازعات، فأصبح بحكم الواقع حقيقة

غالبية وضرورة لازمة للتعامل مع المجتمع الدولي في المجال الاقتصادي وشرط حيوي لتوظيف رؤوس الأموال الأجنبية.

كما زاد الاهتمام بالتحكيم التجاري الدولي نتيجة توسع العلاقات الاقتصادية الدولية، إلى جانب مساهمة المجتمع في إيجاد قواعد قانونية تعالج كل ما يتعلق به من أحكام وإجراءات، فضلا عن إبرام اتفاقيات دولية تنظم قواعده وكيفية الاعتراف به، حيث أقرت عصبة الأمم المتحدة البروتوكول المتعلق بشروط التحكيم بجنيف 1923، غير أنها وجدت أن الحاجة تستدعي إيجاد قواعد مكملة لهذا البروتوكول وعلى هذا الأساس وضعت اتفاقية جنيف لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ومن أجل إيجاد قواعد دولية جديدة للاعتراف ولتسهيل تنفيذ أحكام التحكيم تم إبرام اتفاقية خاصة للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية بنيويورك 1958، ولمعالجة قضايا التحكيم في الوقت الذي يتم فيه الاتفاق على اللجوء إليه لحين تنفيذ الحكم أو رفض تنفيذه، تم إبرام الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي عام 1961، كما ساهمت الاتفاقيات الثنائية بين الدول بوضع نظام شامل لجميع موضوعات الاستثمار، عن طريق منح الحماية الكافية للمستثمرين الأجانب.

إلا أنه وأمام غياب نظام قضائي دولي متخصص لفض منازعات الاستثمار بين الدول والمستثمرين الأجانب، دفع ذلك بالبنك الدولي الذي أخذ على عاتقه مسؤولية التنمية الاقتصادية إلى تكثيف جهوده لتوفير صرح دولي متخصص لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وقد توجت هذه الجهود بإبرام اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، تعرف باتفاقية واشنطن 1965، بموجبها تم إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID، كضمانة اجرائية لحماية الاستثمار الأجنبي عبر نظام التحكيم الذي يوفره.

بناء على ذلك سارعت الدول إلى تعديل نصوصها القانونية لتسمح وتسهل المهمة للمستثمر الأجنبي وتضمن له إمكانية التقاضي بشكل سريع وحاسم، فتغيرت نظرتها للتحكيم واعترفت بأهميته وتكيفت مع الأوضاع المستجدة على الصعيد الدولي، أخذتا بالتوجهات الحديثة لمفهوم التحكيم وآليات تنفيذه.

بالنسبة للجزائر فقد ساهم تحرير الاقتصاد الوطني وفتح سوق المنافسة في مختلف المجالات الاقتصادية، في إصدار نصوص قانونية جديدة لتنظيم السوق لتصبح أكثر انسجاما مع التوجهات الجديدة للسياسة

الاقتصادية الوطنية، غير أن تبنيها نظام التحكيم جاء متأخرا، فقانون الاجراءات المدنية رقم 66-154 كان يرفض اللجوء اليه، ويرجع السبب في ذلك الى النظام الاقتصادي الذي تبنته الدولة كمحور لسياستها حيث فضلت الركون إلى النظام الاشتراكي المتشبه بمقومات السيادة والاحتكام إلى القوانين والقضاء الداخلي.

مع ذلك فإن القول بالحظر التشريعي للتحكيم التجاري الدولي في تلك الفترة لم يمنع من اللجوء إليه كاستثناء عملي، في مسائل معينة جرى الترخيص بها لتدعيم الاقتصاد الوطني، إلا أن بؤادر النظر في إمكانية الاعتماد عليه قد بدأ مع نهاية الثمانينات ليجد المشرع نفسه أمام ضرورة التعامل مع هذه المستجدات من خلال اعتماد فلسفة تشريعية تتناسب مع الأوضاع الجديدة التي فرضت على الجزائر التحول الى نظام اقتصاد السوق، كما تواصلت الجهود لمراجعة المنظومة التشريعية لتساير الركب كسياسة هادفة إلى تدعيم الاقتصاد، فبرز التحكيم الدولي واضحا وجليا في تشريعاتها الإجرائية اللاحقة وبصورة واضحة مع صدور القانون رقم 08-09 المتضمن ق ا م ا، وفيه أطلق المشرع منهاجا جديدا للتحكيم التجاري الدولي، كآلية بديلة لفض منازعات الاستثمار الأجنبي وضرورة لازمة لتوظيف رؤوس الأموال الأجنبية.

فضلا عن ذلك فقد وضعت الجزائر منظومة تشريعية هادفة إلى تعزيز أرضية الاستثمارات الأجنبية، حيث صدرت العديد من النصوص القانونية المتعاقبة تتعلق بقوانين الاستثمار تضمنت مزايا وحوافز لتشجيع الاستثمار الأجنبي، إلى جانب شبكة من الاتفاقيات الثنائية أبرمتها الجزائر لتأمين وتوفير الحماية التي يطمح لها المستثمر الأجنبي، فضلا عن انضمامها إلى بعض الاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم والاستثمار.

مما لا شك فيه أن هذه الدراسة جاءت لتبرز دور التحكيم التجاري الدولي في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، إلا أن نجاح وفعالية هذا الأسلوب يتوقف على تنفيذ حكم التحكيم، كونه يمثل النتيجة النهائية للعملية التحكيمية، فلا يكفي الاتفاق على شرط التحكيم لتنفيذ الحكم بل لابد من تدخل الجهات القضائية لممارسة الرقابة القضائية عند الاعتراف به وتنفيذه، فمن غير المعقول التسليم والاعتراف بحكم تحكيمي مشوب بخطأ أو مخالف للقانون دون عرضه على القضاء.

أولا - أهمية الموضوع .

تعنى هذه الدراسة ببحث دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، هذه المنازعات التي أثارَت من الخلاف والجدل، وما زالت تطرح العديد من الاشكالات القانونية، مرد ذلك هو تباين المراكز القانونية لأطراف النزاع فهي تضم دولة تتمتع بالسيادة والحصانة القضائية، في مواجهة طرف أجنبي خاص لا يتمتع بأي قدر من السيادة، وهو ما يجعل الموضوع محلا جديرا بالدراسة والبحث والتقصي من حيث:

أ- للاستثمار الأجنبي أهمية بالغة في تحريك عجلة النمو الاقتصادي، وتحقيق التنمية المنشودة، لذا تحرص الدول جاهدة على جذب رؤوس الأموال الأجنبية لتمويل مشاريعها التنموية، إلا أن حجم هذه الاستثمارات وتدفعها يتوقف على مقدار ما توفره الدول المضيفة من مزايا وحوافز، فالمستثمر الأجنبي يبحث دائما عن المناخ الاستثماري الملائم الذي يوفر له الحماية اللازمة لرأس ماله من المخاطر التي يتعرض لها، لاسيما الضمانات المتاحة لتسوية النزاعات .

ب- اتساع مجال التحكيم التجاري الدولي بنمو العلاقات الاقتصادية الدولية، لذا فمن الطبيعي أن يصبح في ظل عصر الانفتاح الاقتصادي من أهم الظواهر القانونية المعاصرة، فالتحكيم بما يتوافر له من مقومات المرونة فإنه يقدم نوعا من الحلول البديلة لفض المنازعات، فلايكاد يخلو عقد الاستثمار من ادراج شرط اللجوء إلى التحكيم، لذا فقد حظي باهتمام وعناية كبيرين على الصعيدين الوطني والدولي، حيث تصدرت تشريعات مختلف الدول لتنظيم احكامه ووضع قواعد له، أما على الصعيد الدولي فقد ابرمت العديد من الاتفاقيات الدولية إلى جانب انشاء العديد من المراكز التحكيمية الدولية، نظرا لمساهمة الفعالة في حل العديد من القضايا التحكيمية التي طرحت على الساحة الدولية والمتعلقة بمنازعات الاستثمارات الأجنبية.

ج - الأهمية التي يكتسبها الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه، كونه يمثل النتيجة النهائية والأساسية من نظام التحكيم، والهدف من اللجوء اليه، وبه تتحد فعاليته كضمانة اجرائية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، ونظرا لدقة هذه المسألة كونها تمثل حلقة وصل بين القضاء والتحكيم، فلا شك أن المخاطر تتعاظم خاصة اذا تعارض الحكم مع النظام العام في دولة التنفيذ، وهو ما من شأنه المساس بمزايا التحكيم.

ثانيا - أسباب اختيار الموضوع.

تنوع الأسباب التي دفعتني إلى اختيار هذا الموضوع، الى أسباب موضوعية متعلقة بالبحث وأسباب ذاتية متعلقة بالباحث قائمة على العناصر التالية:

أ- الأسباب الموضوعية .

1 - خصوصية منازعات الاستثمار الأجنبي وطبيعتها الفنية المعقدة فهي تضم دولة تتمتع بالسيادة والحصانة القضائية في مواجهة طرف أجنبي خاص لا يتمتع بأي قدر من السيادة هدفه شخصي وهو تحقيق الربح.

2- الجدل الذي يثيره الاستثمار الأجنبي لاسيما الجانب المتعلق بتسوية المنازعات، فعلى الرغم من حرص الدول المضيفة على توفير بيئة قانونية ملائمة لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، في الوقت الذي تتعارض فيه هذه الضمانات مع سيادتها الوطنية، بالإضافة الى ما تمثله من استنزاف خطير لمواردها وثرواتها نتيجة ما تتضمنه هذه العقود من شروط أصبحت تشكل عبئا ثقيلا عليها، إلا أن المستثمر الأجنبي يبحث دائما عن الفرص الجيدة للاستثمار، عن طريق بحثه عن وسائل محايدة وفعالة تبدد مخاوفه وتضمن له الحماية، في سبيل تحقيق أكبر قدر من الربح، بعيدا عن القضاء الوطني.

3 - ارتفاع معدل القضايا التجارية المتعلقة بمنازعات الاستثمارات الأجنبية، أمام مراكز التحكيم الدولية، وما أفرزته هذه المنازعات من إشكالات قانونية تخص الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

ب- الأسباب الذاتية .

غياب اهتمام المتعامل الجزائري بضم مختصين في المجال الاقتصادي والقانوني لإبرام عقود الاستثمار الأجنبي، الى جانب تسرعه بارتكابه لأخطاء فادحة أثناء توقيع العقود من شأنه أن يهدد الاقتصاد الوطني، الأمر الذي أثقل كاهل خزينة الدولة في مشهد يعكس ضعف الجزائر أمام الخسائر التي تتكبدها في قضايا التحكيم التجاري الدولي.

ثالثا - الإشكالية.

يثير التحكيم التجاري الدولي العديد من الإشكالات القانونية، تتعلق أساسا بمدى نجاعته وفعالته في فض منازعات الاستثمار الأجنبي، لاسيما وأن أطراف العقد قد يواجهان العديد من التحديات والمخاطر في التعامل مع هذه المنازعات، يأتي هذا في الوقت الذي تنحاز فيه هيئات التحكيم بشكل واضح الى مصالح المستثمر على حساب مصالح الدولة، الى جانب الافراط في تبني مبدأ سلطان الارادة في كل ما يتعلق باتفاق التحكيم والاجراءات الخاصة باختيار اللغة والقانون الواجب التطبيق، لذا فإن توظيف التحكيم في خدمة العلاقات الاقتصادية الدولية لا يجب أن يقتصر فحسب على جذب الاستثمار الأجنبي، وإنما لابد أن يتم من منظور المصلحة المتبادلة بين أطراف النزاع.

فهذه المعطيات وغيرها تشكل المحاور الأساسية لموضوع البحث، وفي ضوئها تم صياغة الإشكالية التالية:

ما مدى فعالية التحكيم التجاري الدولي في تسوية منازعات الاستثمار؟.

لإثراء هذا الموضوع دعمنا هذه الإشكالية بمجموعة من الأسئلة الفرعية على النحو التالي:

أ- هل استطاع نظام التحكيم أن يشكل ضمان قوي لرأس المال الأجنبي ويوفر حماية فعالة له؟.

ب- ما هي الإشكالات القانونية التي يثيرها تحكيم الاستثمار؟.

ج - هل تدخل القاضي لتنظيم بعض اجراءات التحكيم يعد خرقا لمبدأ سلطان الارادة الذي يقوم عليه اتفاق التحكيم؟.

د-هل استطاع نظام التحكيم في الجزائر بوضعه الحالي أن يشكل أحد عناصر البيئة المشجعة للاستثمارات؟.

هـ -هل نجح نظام التحكيم الذي يوفره مركز ICSID في تحقيق التوازن بين مصالح المستثمر الأجنبي وخطط التنمية الاقتصادية للدول المضيفة؟.

و- ما هي شروط وإجراءات الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم التجاري، وما هي ضوابط عدم تنفيذه؟.

رابعا - أهداف البحث:

للبحث العديد من الأهداف التي نسعى إلى تحقيقها، نذكر منها:

أ - تبسيط وفهم الأحكام الموضوعية للتحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي، من خلال التطرق إلى ماهية التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي، والمبررات التي جعلت منه الوسيلة المثلى لحسم منازعات الاستثمار الأجنبي، حيث يهدف البحث إلى تحليل وتقييم دوره كآلية بديلة عن طريق إبراز خصوصية اتفاق التحكيم كضامن لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبي.

ب- دراسة الأحكام الإجرائية للتحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي، للتعرف على التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم، وصولا الى اجراءات اصدار الحكم الفاصل في النزاع، ولضمان تنفيذه من المفيد التعرض الى شروط الاعتراف والضمانات والآليات الكفيلة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في الدولة المراد تنفيذه فيها. دون أن نغفل تقييم دور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID، ومدى مساهمته في فض منازعات الاستثمار الأجنبي بين الدول ورعايا الدول الأخرى.

ج- كما أريد بهذا البحث أن يأتي كمحاولة وإطلالة عامة لإظهار التحديات والرهانات الاقتصادية التي تواجه الجزائر، للمحافظة على مواردها وثرواتها، في ظل اعترافها باللجوء الى التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لفض منازعاتها مع المستثمرين الأجانب، وتقييم أدائها في هذا المجال.

خامسا - منهج البحث.

نظرا لطبيعة الموضوع وغايته المتمثلة في محاولة تحليل وتأسيس المفاهيم المرتبطة بدور التحكيم في فض منازعات الاستثمار الأجنبي، فقد تم الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي، المستند على وصف الجوانب القانونية التي تنظم نظام التحكيم وعقد الاستثمار الأجنبي، وهذا بسرد التعريفات والآراء الفقهية المختلفة وتحليل وتفسير مختلف النصوص القانونية الوطنية والدولية والأحكام الصادرة عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ومناقشتها، الى جانب الاعتماد على المنهج المقارن الذي استوجبه ضرورات البحث وهذا على سبيل المقارنة والاستئناس والدلالة، حيث أنه وفي الغالب قامت الباحثة بتحليل كل جزئية من جزئيات الموضوع في النصوص الوطنية، في عدة مواضع من البحث لاسيما التشريع المصري والفرنسي، كلما

اقتضى الأمر ذلك ومقارنتها بالتشريع الجزائري، واتفاقية واشنطن 1965 الخاصة بتسوية المنازعات بين الدول ورعايا الدول الأخرى.

سادسا - الدراسات السابقة.

تطرق العديد من الباحثين إلى دراسة موضوع التحكيم التجاري الدولي، كما حظي موضوع دراستنا بأبحاث متنوعة تناولت بعضا من أوجه الدراسة، غير أننا سنخصص بالذكر بعض الدراسات السابقة التي أطلعت عليها، والتي لها صلة وارتباط مباشر بموضوع البحث ومن بينها:

أ- علي علي غسان: الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصدها، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر. 2003-2004.

قسم الباحث الرسالة إلى باين، تناول في الباب الأول: المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن الاستثمارات الأجنبية ودور الوسائل التقليدية في تسوية تلك المنازعات، الباب الثاني: دور التحكيم في تسوية المنازعات الناجمة عن الاستثمارات الأجنبية. ويهدف الباحث من خلال هذه الدراسة إلى الحديث عن أهمية الاستثمارات الأجنبية في تحقيق التنمية الاقتصادية، وأهمية الآليات القانونية في خلق مناخ استثماري جاذب لرؤوس الأموال الأجنبية من حيث توفير الضمانات الاجرائية القضائية وغير القضائية التي يطمئن إليها المستثمر، إلى جانب تفعيل دور التحكيم التجاري الدولي في تسوية المنازعات .

ب - محمد عيساوي: فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر على ضوء الاتفاقيات الدولية للجزائر، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011-2012.

قسم الباحث الدراسة إلى باين، تناول في الباب الأول: مظاهر فعالية التحكيم في مراحل تكوين الحكم التحكيمي، أما الباب الثاني فجاء تحت عنوان: فعالية الحكم التحكيمي كضمان للمستثمر الأجنبي في الجزائر. ويهدف الباحث من خلال هذه الدراسة إلى تحليل بنود التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري وبعض القوانين المقارنة، وفي عدد من الاتفاقيات المتعلقة بالاستثمار وأنظمة التحكيم الدولية، لإبراز الآثار الايجابية والسلبية، من خلال تتبع كل مراحل العملية التحكيمية .

ج - عبد المالك باسود: حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي، أطروحة دكتوراه، القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015.

قسم الباحث موضوع الدراسة إلى بابين تناول في الباب الأول: مقومات مؤسسة التحكيم التجاري الدولي، أما الباب الثاني فتناول: التطبيقات الجديدة للمركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار بواشنطن على مؤسسة التحكيم واستكمال الولاية التحكيمية للمحكم، ويهدف الباحث في هذه الدراسة إلى تجسيد فعالية القضاء التحكيمي المؤسسي في حماية المستثمر الأجنبي في ظل احتكار قضاء الدولة الوظيفة القضائية.

سابعاً - صعوبات البحث.

موضوع التحكيم التجاري الدولي كأحد الوسائل البديلة لحل منازعات الاستثمار من المواضيع التي درج الباحثون على دراستها، حيث لاقت اهتمام كبيراً من جانب المختصين والباحثين، لذلك لم تطرح أمامنا صعوبات تتعلق بالمراجع الخاصة بموضوع الدراسة، لا سيما مع وجود عدد معتبر من الكتب والمراجع العامة التي لها علاقة مباشرة بالموضوع .

إلا أن الصعوبة التي واجهتنا في البحث، إنما تتعلق بعنوان الأطروحة الذي جاء عاماً وشاملاً لعدد كبير من الإشكالات والمسائل المتشعبة، بين ما هو قانوني واقتصادي، وهذا ما لم تتمكن الدراسة من تغطيته بشكل أوسع، وهو ما أدى إلى الاختصار والإيجاز في أماكن معينة، بالقليل من التحليلات المتاحة من دون افاضة مفرطة ولا إيجاز مخل، وهو ما ينبغي أن ننوه إليه، إذ لا نستطيع حصر أو الإحاطة بكل متطلبات الدراسة المتشعبة .

إضافة إلى أن موضوع البحث متصل بأكثر من فرع من فروع القانون بصفة عامة، وبأكثر من فرع من فروع القانون الدولي بصفة خاصة، مع ما لا يمكن إنكاره من سمات الموضوع الاقتصادية والتجارية وهو ما أضفى على الموضوع أهمية أكبر وتعقيدات أشد.

كما وجدت الباحثة صعوبات ميدانية تتعلق بتفاصيل قضايا منازعات الاستثمار التي كانت الجزائر طرفاً فيها، لاسيما الشروط الخاصة بإبرام العقود والبنود الخاصة بتسوية المنازعات، ويرجع السبب في ذلك

الى طبيعة هذه المنازعات وخصوصيتها التي تقتضي السرية، باستثناء ما تنشره بعض هيئات ومراكز التحكيم من قضايا عرضت عليها.

ثامنا - خطة البحث:

نظرا لسعة البحث وتشعبه كونه يشمل العديد من المسائل القانونية، تم توزيع البحث وفق خطة ثنائية في أغلب جزئياته، حيث قسم إلى باين اثنين: الباب الأول بعنوان: الأحكام الموضوعية للتحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي، قسم الى فصلين اثنين: الاطار المفاهيمي للتحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي في الفصل الأول، واتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي في الفصل الثاني.

أما الباب الثاني موسوم بعنوان: الأحكام الإجرائية للتحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي، والذي قسم بدوره الى فصلين: التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي في الفصل الأول، والفصل الثاني: حكم التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

إلى جانب أننا اتبعنا كل باب من أبواب البحث بملخص، وبغية الامام بالنتائج المتوصل اليها خلصت الأطروحة إلى خاتمة، تم من خلالها عرض ما تضمنه البحث من أفكار رئيسية، كما ختمت الدراسة بتوصيات مقترحة.

الباب الأول:

الأحكام الموضوعية للتحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

في اطار سعي الدول الى جذب الاستثمارات الأجنبية لتحقيق التنمية الاقتصادية المنشودة، وقصد التوفيق بين مصالحها وحقوق المستثمر الأجنبي، فإنها تحرص على تكثيف جهودها لتوفير بيئة استثمارية ملائمة، كأحد أهم المتطلبات اللازمة لتدفق رأس المال الأجنبي، غير أن هذا الحرص منها لا يحول دون احتمال أن تثور نزاعات بينها وبين المستثمر الأجنبي بسبب تضارب المصالح، لذا فإنها تلجأ الى النص في تشريعاتها على التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لفض منازعات الاستثمار لما له من أثر في بث الطمأنينة في نفوس المستثمرين الأجانب، فهو يمثل مرجع أساسي للاستثمارات الأجنبية بفعل المميزات التي يختص بها من مرونة وسرعة في فصل النزاع، كما أن ميزته الأساسية والأهم أنه قضاء دولي يتمثل فيه الطرفان كل بمحكم يختاره هو، فهو يوفر هيئة محايدة بعيدا عن هواجس التحيز وميل القضاء الوطني لحماية مصالح الدولة المضيفة للاستثمار.

ان نمو التجارة الدولية وتشابك المصالح الاقتصادية، وسهولة انتقال رؤوس الأموال الأجنبية في شكل استثمارات ضخمة، كل ذلك أوجد الحاجة لتطوير قواعد التحكيم التجاري الدولي، لذا فقد حرصت العديد من المنظمات الدولية على وضع تنظيم قانوني للتحكيم الى جانب إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية تعالج كافة المسائل المتعلقة به، فضلا عن إنشاء مراكز دولية وهيئات دائمة للتحكيم، وهو ما ألقى بظلاله على مختلف الدول التي سارعت الى الاعتراف به عن طريق اصدار تشريعات جديدة تنظم المسائل المتعلقة به، كما تأكدت أهميته في قوانين الاستثمار التي حرصت على اجازته عن طريق تضمين هذه القوانين مزايا و ضمانات كفيلة بحماية وجذب المستثمرين الأجانب.

من جهة أخرى يمثل الاتفاق على التحكيم نقطة البداية، وهو يعني احالة المنازعات المحتملة النشوء بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة بسبب قيام علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية معينة إلى التحكيم التجاري الدولي، لأجل ذلك يتعين أن يتراضى الطرفان عليه، فهو نظام اتفاقي قوامه مبدأ سلطان الارادة كما أنه يشكل أساس العملية التحكيمية وجوهرها، فالأطراف يستندون في تنظيم واختيار الاجراءات والقواعد الخاصة للفصل في النزاع، وفي تحديد الآثار المترتبة عليه على اتفاقهم الخاص، فقوم اتفاق التحكيم ووجوده مرهون بارادة الأطراف.

تفصيلا لهذه المعطيات سنقسم هذا الباب الى فصلين، وفق مايلي:

الفصل الأول: الاطار المفاهيمي للتحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

الفصل الثاني: اتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

الفصل الأول:

الاطار المفاهيمي للتحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

لم يعد التحكيم الدولي مجرد نظام استثنائي ينافس العدالة التي تؤديها الدولة أو حتى نظام مصاحب وقرين لها بل أصبح في الأونة الأخيرة نظام بديل عن قضاء الدولة، وهذا الازدهار الذي لحق به مرجعه المزايا التي يقدمها في حل المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية عن طريق ابتداع حلول مستلهمة من واقع التجارة، وما تزخر به من أعراف وعادات ومبادئ دولية، تحقق الأمان واليقين للقانونيين فأصبح بذلك الوسيلة المثلى لتدويل النظام القانوني الذي يحكم عقود التجارة الدولية.

لأجل ذلك حرصت الدول المضيفة على خلق مناخ استثماري ملائم، من خلال اصدار تشريعات تمنح الاستثمارات الأجنبية مزايا وتسهيلات، ولا شك أن وجود قدر كافي من الحماية لأس المال الأجنبي ووجود طريقة ملائمة لتسوية المنازعات والتعويض عن الأضرار، يشكل أحد العوامل الجوهرية لاستقطاب التدفقات الأجنبية. ثم إن الدور الذي يلعبه الاستثمار الأجنبي في تحقيق التنمية الاقتصادية، كان دافعا للترحيب به وحافزا لتطوير البيئة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، أما بالنسبة للبيئة القانونية فهي تشكل أكبر ضمان لتكوين صورة واضحة عن الظروف المحيطة بظروف الاستثمار الأجنبي.

غير أن التعامل في اطار عقود الاستثمار الأجنبي قد تنشأ عنه العديد من المنازعات بسبب انتهاك أحد الاطراف الحقوق أو خرقه الالتزامات المنصوص عليها في العقد، كما تنشأ بفعل التغييرات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، مما يؤدي الى تضارب في المصالح نتيجة فشل التوقعات الخاصة بالمشروع الاستثماري، لذا كان من الطبيعي اللجوء الى التحكيم لما يحققه من عدالة خاصة.

بناء على هذه الاعتبارات يكون من الأهمية بمكان لاستيعاب فعالية التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار أن نتناول ماهية كل من التحكيم والاستثمار الأجنبي، كما سنتعرض إلى خصوصية هذه المنازعات وطرق تسويتها، وفق ما يلي:

المبحث الأول: ماهية التحكيم والاستثمار الأجنبي.

المبحث الثاني: ماهية منازعات الاستثمار الأجنبي وطرق تسويتها.

المبحث الأول

ماهية التحكيم والاستثمار الأجنبي

من الثابت أن الاستثمار الأجنبي أصبح الاطار القانوني الذي يلبي رغبة الدول والمستثمرين الأجانب في المجال الاقتصادي والعاكس لمصالحهم التجارية، كما أن وجود التحكيم كضمان إجرائي دولي وما يحققه من مزايا تكفل حماية رأس المال الأجنبي، جعله يمثل ركيزة وضرورة ملحة من ضرورات العمل التجاري الدولي وأداة لازمة من أدواته يعترف به النظام القانوني للدولة المضيفة للاستثمار، وهو ما جعل المستثمر الأجنبي يصر على التمسك بوجود شرط التحكيم، وللقوف على أهمية اللجوء اليه في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي، فإن الأمر يستدعي تحديد ماهية كل من التحكيم والاستثمار الأجنبي، وفق مايلي:

المطلب الأول: ماهية التحكيم.

المطلب الثاني: ماهية الاستثمار الأجنبي.

المطلب الأول: ماهية التحكيم.

تعريف التحكيم من المسائل التي شغلت بال الفقه، كما تصدت لتحديد مفهومه العديد من التشريعات الوطنية، وعلى الرغم من أنه كان سابقا على ظهور القضاء، إلا أنه لم يلقى الصدى الواسع الذي شهده خلال السنوات الاخيرة كعدالة من نوع خاص، تتلاءم مع مقتضيات العصر بفعل قواعده المتشابكة والمتطورة فهو مؤسس على مجموعة من المبادئ القانونية المترابطة، التي تكفل حل النزاع، ونظرا لأهميته المتزايدة فقد ظهرت الحاجة لوجود أنواع للتحكيم تتماشى مع طبيعته القانونية، لتغطي خيارات للمستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار.

بناء عليه سنقسم هذا المطلب وفق مايلي:

الفرع الأول: مفهوم التحكيم.

الفرع الثاني: أنواع التحكيم.

الفرع الأول: مفهوم التحكيم

شهد تعريف التحكيم اختلافا في التشريع والفقهاء والقضاء، وهذا حسب الزاوية التي ينظر إليها، حيث ركزت بعض التعريفات على الطبيعة الرضائية للتحكيم، جانب آخر منها اعتمد على صور التحكيم، كما استبعدت تعريفات أخرى القضاء من نظر هذه المنازعات، في حين ركزت تعريفات أخرى على اجازة التشريعات الوطنية اللجوء إليه.

كما احتلت الطبيعة القانونية للتحكيم حيزا من اهتمام الفقهاء فاختلقت حولها المفاهيم، غير أن تحديد تكييفه القانوني، ليست مجرد نظرية بحثية، أو رصد للجدل الفقهي الذي احتدم حوله، بل إن له نتائج بالغة الأهمية لاسيما عند بحث القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وعند طلب تنفيذ قرار التحكيم، حيث تعد هذه المسائل مجالا خصبا لمجادلات واسعة حتى وقتنا الحاضر سواء في وسط الفقهاء أو القضاء.⁽¹⁾ تفصيلا لهذه المعطيات سنتعرض إلى بيان مفهوم التحكيم، ثم نبين طبيعته القانونية على النحو التالي:

أولاً- تعريف التحكيم.

إن إعطاء مفهوم واضح ومحدد للتحكيم، يقتضي تعريفه لغة وذلك بغرض توضيح المفاهيم، ثم إبراز التعريف الاصطلاحي له، يليه تعريفه من الناحية القانونية وفق ما يلي:

أ - **التعريف اللغوي للتحكيم:** يأخذ التحكيم في لغة العرب معان عديدة إحتوتها قواميس اللغة العربية، فالتحكيم مصدر حكم مع تشديد الكاف مع الفتح، يقال حكمته في مالي فأحتكم، أي جاز فيه حكم الحكم فأحتكم علي في ذلك أي جاز فيه حكمه، وحكمت الرجل تحكيما إذا منعته مما أراد وحكمه أي فوض الحكم إليه، وإستحكم فلان في مال فلان أي أجاز فيه حكمه، كما يعبر التحكيم عن التفويض في الحكم، فهو مأخوذ من حكمه وأحكامه فأستحكم أي صار محكما إذ جعل إليه الحكم

⁽¹⁾ حمد سامي الشوا: التحكيم التجاري الدولي (أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية)، المؤتمر السنوي السادس عشر: التحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، المجلد 3، 25-27 أبريل 2011، ص 17.

فإحتكم عليه في ذلك⁽¹⁾، وحكموه من بينهم أي أمره أن يحكم بينهم، ويقال حكماً فلانا فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا.⁽²⁾

الملاحظ أن التحكيم في المعنى اللغوي يفيد إطلاق اليد في الشيء أو تفويض الأمر للغير للعمل على فض النزاع أو الخلاف بين الخصمين.

ب- التعريف الفقهي للتحكيم: أثري التحكيم بعدة تعريفات من قبل الفقه المنشغل به، فعرفه الأستاذ Philip Fauchard بأنه: " اتفاق الأطراف على أن يخضع نزاعهم إلى قضاء خاص يختارونه"⁽³⁾، ويضيف الأستاذ R.David بأنه " آلية تهدف إلى الفصل في مسألة تتعلق بالعلاقات القائمة بين طرفين أو عدة أطراف بواسطة شخص أو عدة أشخاص - المحكم او المحكمين - والذين يستمدون سلطاتهم من اتفاق خاص ويفصلون في المنازعة بناء على هذا الاتفاق دون أن يكونوا مخولين بهذه المهمة من قبل الدولة"⁽⁴⁾، في حين يرى الأستاذ إبراهيم شحاته بأن التحكيم هو " إجراء اختياري لتسوية المنازعات بحكم ملزم يتأسس على القبول المسبق من جانب الأطراف في النزاع".⁽⁵⁾

يبدو من التعريفات السابقة بأن آراء الفقهاء لا تخرجه في معناها على أن التحكيم هو قضاء خاص قوامه اتفاق الأطراف لاختيار هيئة تحكيمية محايدة لحسم النزاع الناشئ بينهما، عن طريق إصدار حكم إلزامي.

(1) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزبادي: القاموس المحيط، مطبعة فن الطباعة، القاهرة، د.ت.ن، ص 98.

(2) ابن منظور: لسان العرب، المؤسسة العامة للتأليف والنشر، القاهرة، 1990، ص 13.

(3) رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر: الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2011، ص 283. نقلا عن

Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman: *Traité de l'arbitrage, litec, paris, 1996, p11. commercial,international,litec,paris,1996.*

(4) حفيظة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 42. نقلا عن

R David: *L'arbitrage dans le commerce international, éditions economica, 1982, p9* « L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes-l'arbitre ou l'arbitres- laquelle tiennent leurs pouvoirs d'une covention privée et statuent sur les bases de cette convention, sans etr investis de cettee mission par l'Etat. »

(5) بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2009، ص 11.

ج- التعريف القضائي للتحكيم: عرفت المحكمة الدستورية العليا في مصر التحكيم على أنه "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الغير يعين باختيارهما أو بتفويض منهما، على ضوء شروط يحددها ليفصل المحكم في هذا النزاع بقرار يكون مجردا من التحايل وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره"⁽¹⁾، كما عرفته محكمة النقض المصرية على أنه "طريق لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، وعدم التقيد بإجراءات المرافعات أمام المحاكم بالأصول الأساسية في التقاضي وعدم مخالفة ما نص عليه في باب التحكيم"⁽²⁾، أما مجلس الدولة الفرنسي فعرفه على أنه "سلطة القرار التي يعترف بها لطرف ثالث والتسليم بالصفة القضائية لقرار المحكم"⁽³⁾.

يبدو جليا من هذه التعريفات أن الاختصاص للفصل في النزاع إنما يعود للقضاء بإعتباره صاحب الولاية العامة وبعبكس ذلك يعد التحكيم وسيلة استثنائية لحل النزاع، وأن اللجوء إليه يكون بإرادة الأطراف واختيارهم.

د- التعريف التشريعي للتحكيم: نظمت أغلب التشريعات المقارنة التحكيم التجاري سواء في شكل قانون مستقل للتحكيم أو ضمنته في قوانين مرافعاتها الداخلية، إلا أن قليلا منها تطرق الى تعريفه ولعل ذلك يفسره أن معظم هذه التشريعات مستوحاة من القانون النموذجي للتحكيم الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي⁽⁴⁾ في صيغته المعتمدة عام 1985 الذي لم يعرف المقصود بالتحكيم⁽⁵⁾، وذلك تلافيا لصعوبات وضع التعريف واكتفت بالإشارة إلى عناصر التحكيم. ومن بين هذه التشريعات نجد المشرع الجزائري، فبعد أن غيرت نظرتة إلى التحكيم في تشريعاته الاجرائية اللاحقة، إلا أنه لم يتطرق إلى وضع تعريف له.

⁽¹⁾ حفيظة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 41.

⁽²⁾ مراد محمود المواجدة: التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 23.

⁽³⁾ أيسر عصام داؤد سليمان: الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 33

⁽⁴⁾ أنشأت الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب اللائحة رقم 2205 المؤرخة في 17 ديسمبر 1966 لجنة فرعية هي لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسترال، واعتمدت هذه اللجنة القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في 1985، تؤدي دور هام في تحسين الاطار القانوني للتجارة الدولية ولها اختصاصات متعددة من بينها تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم. لمزيد من

التفاصيل أنظر موقع أمانة الأونسترال: <http://www.uncitral.org>

⁽⁵⁾ حفيظة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع نفسه، ص 40.

أما بالنسبة للتشريعات التي وضعت تعريفاً للتحكيم نجد المشرع الفرنسي الذي عرفه على أنه "اجراء خاص لتسوية بعض الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيها بمقتضى اتفاق التحكيم" ⁽¹⁾، كما اعتبر المشرع اليميني أن "التحكيم هو اختيار الطرفين برضاها شخصاً آخر أو أكثر للحكم بينهما، دون المحكمة المختصة، فيما يقوم بينهما من خلافات أو نزاعات" ⁽²⁾، يبدو أن هذه التعريفات حول جوهر واحد وهو أن التحكيم اتفاق مكتوب بين أطراف النزاع على سحب اختصاص القضاء في نظر المنازعات التي تنشأ بينهما، ومنحه هيئة تحكيمية" ⁽³⁾، فهو بهذا المعنى يسلب اختصاص قضاء الدولة من نظر النزاع فهو نظام بديل للتقاضي وعدالة من نوع خاص، قوامه مبدأ سلطان الارادة كونه يمنح أطراف العقد قدراً كبيراً من الحرية في تحديد المحكمين، اختيار مكان التحكيم والاجراءات والقانون الواجب التطبيق.

انطلاقاً من التعريفات السابقة يمكن تعريف التحكيم على أنه نظام قضائي خاص، يختار فيه الأطراف وبارادتهم قضاتهم ويحولونهم بمقتضى اتفاق مكتوب مهمة الفصل في المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهم بخصوص علاقاتهم العقدية أو غير العقدية وفق مبادئ القانون وأحكام العدالة، عن طريق اصدار حكم ملزم يفصل في النزاع المعروض أمام هيئة التحكيم. ⁽⁴⁾

ثانياً - الطبيعة القانونية للتحكيم .

حاول العديد من الفقهاء التوصل إلى تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، نظراً لما يترتب عليها من نتائج في غاية الأهمية، فلم يعد التحكيم مجرد نظام استثنائي ينافس العدالة التي تؤديها الدولة، بل أصبح يشكل نظام بديل عن قضاء الدولة، مرجعه المزايا التي يقدمها في حل المنازعات الناشئة في عقود الاستثمار الأجنبي، لذا فقد وضع الجدل الفقهي نظريات متعددة لتحديد طبيعته القانونية وفق ما يلي:

أ - الطبيعة التعاقدية للتحكيم: يغلب أنصار هذا الاتجاه مبدأ سلطان الارادة، فالتحكيم له طبيعة تعاقدية، ويستمد المحكم ولايته من ارادة الخصوم، سواء كان ذلك بإدراج شرط في العقد أو باتفاق خاص

⁽¹⁾ أنظر المادة 1 من ق ا م ف رقم 42-1993.

⁽²⁾ أنظر المادة 2 من القانون رقم 22-1992 المتضمن قانون التحكيم اليمني المعدل بموجب القانون رقم 32-1997.

⁽³⁾ أيسر عصام داؤد سليمان: مرجع سابق، ص 36.

⁽⁴⁾ زهر بن سعيد: التحكيم التجاري الدولي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 18.

مستقل عن العقد، فحكم التحكيم يستمد قوته التنفيذية من هذا الاتفاق الخاص⁽¹⁾، كما أن الإرادة الخاصة في التحكيم هي التي تحدد الإجراءات الواجبة الإلتباع والقانون الواجب التطبيق عكس الوضع تماما أمام قضاء الدولة.⁽²⁾

فالأطراف بإتفاقهم على التحكيم يتخلون عن بعض الضمانات القانونية والإجرائية التي يحققها النظام القضائي، وذلك بهدف تحقيق مبادئ العدالة والعادات التجارية المتعارف عليها وإتباع إجراءات المحاكم العادية⁽³⁾، ويجمع أنصار هذه النظرية على أنه اذا كان هناك وجه شبه بين قرار التحكيم والحكم القضائي فإن ذلك يعود إلى تقاربهما من حيث اجراءات التقاضي⁽⁴⁾، فمن الأولوية عند تحديد طبيعة التحكيم عدم النظر إلى وظيفة المحكم ولكن النظر إلى من ولاه هذه المهمة وارتضى سلفا الخضوع لما يصدره من أحكام والتي غالبا ما يتم تنفيذها طواعية دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء للحصول على أمر بالتنفيذ، وفي حالة اللجوء الى القضاء للحصول على أمر بالتنفيذ فإن ذلك يشابه مع تصديق القضاء لعقد الصلح⁽⁵⁾، وقد سبق للقضاء المصري والفرنسي تأكيده للطبيعة العقدية للتحكيم.⁽⁶⁾

أما عن تمتع أحكام المحكمين بالحجية فيرجع ذلك الى أن الأطراف باتفاقهم على اللجوء الى التحكيم فإنهم ارتضوا ضمنا احترام ما يقضي بها الحكم وعدم معاودة ما يفصل فيه على القضاء، أما إذا لم يرتض أطراف النزاع بالحكم الذي أصدره المحكم فيملك الخصوم تجديد الاتفاق على التحكيم لذات المحكم أو لمحكم غيره، بينما القاعدة العامة أمام القضاء عكس ذلك فنزول أطراف النزاع على الحكم يستتبعه النزول

(1) فؤاد محمد أبو طالب: التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، دار الفكر الجامعية، الاسكندرية، مصر 2010، ص 50

(2) لزهري بن سعيد: مرجع سابق، ص 19.

(3) خالد كمال عكاشة: دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2014، ص 46.

(4) نادر محمد محمد ابراهيم: مركز القواعد عبر الدولية امام التحكيم الاقتصادي الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002، ص 29.

(5) عبد الكريم أحمد أحمد الفلايا: تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في منازعات عقود الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 71.

(6) أكدت المحكمة الدستورية المصرية الطبيعة التعاقدية للتحكيم، كونه يرتكز على الاختيار الحر لإرادة أطراف العملية التحكيمية، وقد قضت المحكمة بعدم دستورية النصوص القانونية التي نظمت التحكيم الجبري وهي الجمركية والضريبة، ونصوص المواد الخاصة بالتحكيم الجبري في قانون رأس المال. رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر: مرجع سابق، ص 291، كما وجد هذا الاتجاه صدى لدى محكمة النقض الفرنسية، حيث أيدت الطبيعة التعاقدية للتحكيم، وذلك في حكمها الصادر في 27 جويلية 1937، والذي جاء فيه أن قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشاركة تحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشاركة وتشاركها في صفتها التعاقدية. هشام باناجه:

أساسيات التحكيم الدولي التجاري الاستثماري، مؤسسة الطوبجي للتجارة والطباعة والنشر، القاهرة، 2014 ص 19، نقلا عن: Rose

C/Moller –Roses « Cie, Cass ; Req-27 Juillet 1937, D.P.1938.I, 25.N Castes

عن الحق الثابت به، فإذا ما اعتبرنا أن حكم المحكم عمل قضائي فإن هذا العمل القضائي لا تنطبق عليه جميع الأحكام القضائية⁽¹⁾، غير أن أهم نتائج الطبيعة التعاقدية للتحكيم، هو ضرورة اطلاق مبدأ سلطان الإرادة وترك الأمر لأطراف النزاع وقضائهم الذين اختاروهم بمحض ارادتهم وارتضوا سلفاً الخضوع لما يصدرونه من أحكام. (2)

من بين الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية تغليبهم لسلطان الإرادة باعتبار التحكيم عقد، كما أن القائلين بما لم يتفقوا على طبيعة العقد هل هو عقد من عقود القانون خاص أم العام وهل هو عقد ينظم الشكل والمضمون، وإذا قيل بأنه عقد خاص فقد اختلفوا في تصنيفه فتارة يرونه عقد مقاوله أو عقد عمل أو عقد وكالة وتارة عقد من نوع خاص لا ينصرف تحت الأشكال التقليدية للعقود، غير مدركين أن ما ينفي الطبيعة العقدية للتحكيم التجاري الدولي ما أصبح مستقراً عليه من استقلالية شرط التحكيم عن العقد الذي نشأت عنه المنازعة ولا يتأثر بفسخه أو بطلانه. (3)

ب - الطبيعة القضائية للتحكيم: عكس الاتجاه الذي أخذ بالطبيعة التعاقدية للتحكيم ذهب اتجاه آخر إلى أن التحكيم ذو طبيعة قضائية، ويعتمد في ذلك على الدور الجوهرية الذي تؤديه الوظيفة القضائية للمحكم، فهذه النظرية تقوم على أساس أن الوظيفة التي يقوم بها المحكم هي ذاتها التي يقوم بها القاضي، وبالتالي فإن عمله يكون عملاً قضائياً، ويرى مؤيدو هذه النظرية أن عيب النظرية العقدية للتحكيم هو مغاللتها في سلطة إرادة الأطراف، بينما تقتصر هذه الإرادة على إحلال المحكم محل المحكمة المختصة، فاتفق أطراف النزاع على اللجوء إلى التحكيم لا يعني تنازلهم عن اللجوء إلى القضاء وإنما تنازلهم عن الالتجاء بدعواهم إلى القضاء الذي تنظمه الدولة لصالح قضاء آخر يتولى فيه الأطراف اختيار قضائهم وتعترف الدولة بما يصدرونه من أحكام. (4)

كما أن مؤيدي هذه النظرية لا يقومون بتعميم الطبيعة القضائية على جميع مكونات التحكيم، فهذه الطبيعة من وجهة نظرهم هي للعمل القضائي الذي يصدر عن المحكمين أو المحكم، أما مكونات عملية

(1) عبد الكريم أحمد أحمد الثلاثاء: مرجع سابق، ص 72

(2) نادر محمد محمد إبراهيم: مرجع سابق، ص 30.

(3) أبو زيد رضوان: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص 33.

(4) عبد الكريم أحمد أحمد الثلاثاء: مرجع سابق، ص 73.

التحكيم مثل العقد المبرم بين المحكّمين فتبقى له الطبيعة التعاقدية ويخضع في إبرامها وأثارها للقواعد العامة في العقد⁽¹⁾، فالتحكيم يستجمع كل عناصر العمل القضائي من ادعاء ومنازعة ومحكم منحه القانون سلطة الفصل في الخصومة، فالعلاقة بين القضاء الخاص المستند الى إرادة الأطراف وقضاء الدولة لم تعد علاقة تنافسية كما كان عليه الحال في العديد من الدول في فترات سابقة، بل أصبحت علاقة تعاون تام يصل الى حد التكامل وهو ما يظهر جليا في أوضح صورة له عند تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة عن المحكم.⁽²⁾

أما عن نهاية التحكيم فتكون بصدر حكم تتوفر فيه سائر خصائص وسمات الأحكام القضائية، من ناحية شكله وكتابته وتسببه وتوقيعه، ومحتواه، فهو يجوز بمجرد صدوره حجية الأمر المقضي، ويكون واجب التنفيذ وفقا للقواعد المقررة قانونا، كما يستنفذ المحكم ولايته بمجرد اصداره حكم التحكيم، فلا يملك بعد ذلك أن يعدله، أو أن يرجع فيه، أو يصدر ما يخالفه، وهذا هو جوهر الوظيفة القضائية للتحكيم⁽³⁾، لأجل ذلك أكدت العديد من التشريعات الوطنية وبنصوص صريحة على أن أحكام التحكيم المنهية للخصومة تحوز حجية الأمر المقضي به، وهذه الخاصية لا تمنح إلا للأحكام القضائية، وإذا كانت أحكام المحكّمين عكس أحكام القضاء لا تنفذ إلا بعد إصدار الأمر بالتنفيذ من المحكمة المختصة فإن هذا الأمر لا يضيف أي عنصر من شأنه أن يحول عمل المحكم الى عمل قضائي، فحكم المحكم يعد قضائيا قبل إضافة أمر التنفيذ عليه، شأنه في ذلك شأن منح أمر التنفيذ للحكم القضائي الأجنبي من قبل الدولة المراد تنفيذه لديها.⁽⁴⁾

ج - الطبيعة المختلطة للتحكيم: اتخذ انصار هذه النظرية موقفا وسطا بين النظرتين السابقتين فهم أكثر اعتدالا وواقعية، فيرون أن الطبيعة المركبة للتحكيم تبرز وجها تعاقديا بسبب اتفاق التحكيم الذي ينشئه، وتبرز وجها قضائيا بسبب حكم التحكيم الذي يفصل في النزاع،⁽⁵⁾ فالتحكيم ليس اتفاقا محضا ولا قضاء محضا وإنما هو نظام يمر بمراحل متعددة، فهو في أوله اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم.⁽⁶⁾

(1) فؤاد محمد محمد ابو طالب: مرجع سابق، ص52.

(2) عبد الكريم أحمد أحمد الثلاثاء: مرجع نفسه، ص76

(3) زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص22.

(4) عبد الكريم أحمد أحمد الثلاثاء: مرجع نفسه، ص77

(5) زهر بن سعيد: مرجع سابق ص23.

(6) خالد كمال عكاشة: مرجع سابق، ص48

إن العيب الذي وقعت فيه النظريتان العقدية والقضائية هو أن كلا منهما ارادت أن تصبغ على التحكيم في مجموعة وصفا واحدا بينما هو نظام ذو طبيعة مختلطة، فهو يبدأ اتفاق ثم يصبح اجراء ثم ينتهي بقضاء هو قرار التحكيم، فالتحكيم له طبيعة خاصة، فيصعب رده الى اتفاق الأطراف فقط لأن اتفاقهم وان كان هو المحرك لعملية التحكيم وسير اجراءاته، إلا أن ذلك مقيد بمراعاة قواعد القانون التي تحكم سلامة التحكيم مع مراعاة النظام العام، كما يصعب اضعاف الطبيعة القضائية عليه لأن أطراف النزاع يختارون قضائهم ويحددون القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم وموضوعه، كما انهم يدفعون اجور قضائهم وهذا كله يتعارض مع طبيعة عمل قضاء الدولة.⁽¹⁾

فهذا النظام المختلط أو المزدوج يجد فيه انصار هذه النظرية تطبيقا وتوزيعا لقواعد العقد ولقواعد الحكم، وتتعاقد عليه صفتان⁽²⁾ الصفة الارادية والصفة القضائية، فالعنصر الإرادي هو الجانب السائد في المرحلة الأولى للتحكيم وهي مرحلة اتفاق الأطراف على التحكيم لتسوية منازعاتهم، ثم تأتي مرحلة إجراءات الخصومة التي يتسم بها العمل القضائي والمتمثلة في تدخل قضاء الدولة بمنح حكم التحكيم أمر التنفيذ فيتحول التحكيم بهذا الأمر الى حكم قضائي.⁽³⁾

د - نظرية استقلال التحكيم: يرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم له طبيعة خاصة وأنه يجب النظر إليه نظرة مستقلة، لا يمكن تفسيره في ظل المبادئ التقليدية، بمحاولة ربطه بالعقد أو بالحكم القضائي أو بما معاً، وذلك بسبب الاعتراضات والإشكالات القائمة عند محاولة تكييف التحكيم⁽⁴⁾، ومرد ذلك أن العقد ليس جوهر التحكيم وليس إلا أداة خاصة تحقق الهدف الذي يسعى إليه الخصوم، فهذه النظرية تتجه الى الربط بين الهدف الذي يسعى إليه الخصوم وهو تحقيق العدالة على أسس تختلف عن المفهوم التقليدي لها أمام المحاكم، وبين استقلاليتها عن الأنظمة الأخرى⁽⁵⁾، يذهب أنصار هذه لنظرية الى أنه ونظرا لملل يتمتع به نظام التحكيم من استقلالية وخصوصية تميزه عن غيره من النظم باعتباره الوسيلة الأكثر

(1) عبد الكريم أحمد أحمد الثلاثاء: مرجع سابق، ص 78 .

(2) خالد كمال عكاشة: مرجع نفسه، ص 49.

(3) عبد الكريم أحمد أحمد الثلاثاء: مرجع نفسه، ص 80.

(4) خالد كمال عكاشة: مرجع نفسه، ص 50.

(5) زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 24.

ملائمة لتسوية المنازعات إن لم يكن الوسيلة الأصلية في مجال التجارة الدولية، تجعل من الصعوبة إسناده إلى أيا من النظريات السابقة.⁽¹⁾

فنظام التحكيم ظهر في المجتمعات البدائية قبل القضاء وما زال مستمر حتى اللحظة وما يزال قائما حتى بعد ظهور القضاء، فهو أداة قانونية لحل المنازعات يختلف عن العقد والقضاء، كما أنه يهدف إلى تحقيق العدالة بطرق مختلفة عن القضاء، فله ذاتيته المستقلة التي تختلف عن العقود، وهو ليس نوع من القضاء وإنما هو نظام مختلف في وظيفته وطبيعته عن القضاء، ويرفض أنصار هذه الاتجاه النظرية العقدية للتحكيم ذلك ان العقد ليس جوهر التحكيم بدليل عدم وجوده في التحكيم الاجباري، كما انهم يرفضون النظرية القضائية للتحكيم واستدلوا في ذلك الى أن القضاء سلطة من سلطات الدولة يقوم القاضي بمباشرتها بهدف تحقيق سيادة القانون، في حين أن التحكيم في نظرهم يهدف إلى تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية متميزة بين أطراف الخصومة فضلا عن تحقيق العدالة.⁽²⁾

كما أن المحكمين لا يعينون دائما بإتفاق الأطراف أو بواسطةهم فقد يعينون عن طريق المحكمة المختصة أو بواسطة مراكز التحكيم الدائمة، ولا يعني ذلك إدماجه في القضاء، أما التحكيم فيرمي إلى تحقيق وظيفة اجتماعية اقتصادية متميزة في التعايش السلمي بين أطراف النزاع في المستقبل، فضلا عن ذلك فهو يتيح لأطراف النزاع حرية اختيار إجراءات التحكيم الأكثر ملائمة مع خصوصيات كل نزاع، حيث يجيز القانون للأطراف إعفاء المحكم من التقيد بقواعد القانون الموضوعية وأن يحكم بما يراه أكثر عدلا وملائمة لحل النزاع، وحتى في الحالة التي يكون فيها المحكم مقيدا بالقانون فإن خصوصية التحكيم تنعكس بالضرورة على حل النزاع لأنه نظام لا يجد أساسه في تشريعات الدول فقط بل في غيرها من المواثيق والمعاهدات الدوابة وأنظمة ولوائح التحكيم على المستوى المحلي والإقليمي والدولي نظرا لمواكبته لمتطلبات عولمة الاقتصاد وعقود التجارة.⁽³⁾

⁽¹⁾ عبد الكريم أحمد أحمد الثلاثاء: مرجع سابق، ص 82.

⁽²⁾ فؤاد محمد محمد ابو طالب: مرجع سابق، ص 55.

⁽³⁾ عبد الكريم أحمد أحمد الثلاثاء: مرجع سابق، ص 83.

التحكيم أداة متميزة لحل المنازعات فيه اتفاق وفيه قضاء وفيه ما يميزه عنهما، فلماذا يتم وضعه في إطار أنظمة قانونية أخرى يتشابه معها في مسائل ويختلف عنها في أمور أخرى، فهذا النظام القانوني له طبيعة الخاصة والمستقلة والمختلفة عن العقود وأحكام القضاء.⁽¹⁾

الفرع الثاني: أنواع التحكيم

على الرغم من أن نظام التحكيم يقوم أساسا على مبدأ سلطان الارادة بمعنى أن اللجوء إليه يتم بإختيار طرفي النزاع وبمحض إرادتهما الحرة، الا أن العمل به يأخذ أكثر من نوع، غير أننا سنكتفي بذكر أهمها.

أولا- تحكيم اختياري وتحكيم اجباري.

أ - تحكيم اختياري: إذا كان أصل التحكيم مبني على ارادة الأطراف في اختياره كآلية بديلة، فإن ذلك لايعني أن تتخلى الدولة عن سيادتها بأن تنظم لجوئها الى التحكيم لحل منازعاتها، ولكن رغبة منها في مواكبة التطورات الراهنة لاسيما في مجال المعاملات التجارية الدولية، تحقيقا لخطتها التنموية بجذبها رؤس الأموال الأجنبية وفتحها المجال أمام المستثمرين الأجانب، وحتى يفصل في النزاع هيئة فنية دولية تتمتع بالخبرة، وتفاديا لعلائية جلسات القضاء وتعقيد إجراءاته وتوفيرا للوقت والجهد⁽²⁾، فإنها تلجأ إلى اختيار التحكيم كضمانة اجرائية لتسوية منازعاتها في مجال الاستثمار الأجنبي، وهو ما يكفل تحقيق الثقة لدى الأطراف كونه يشكل عصب التجارة الدولية.⁽³⁾

ب - تحكيم اجباري: في ظل التحديات والرهانات الاقتصادية الدولية تضطر الدولة المضيفة إلى قبول التحكيم بصورة اجبارية بسبب القوة الاقتصادية للمستثمر الأجنبي وحاجتها إلى التمويل الخارجي، غير أن قبولها بالتحكيم قد يمتد أيضا الى الخضوع لشروط غير ملائمة لها كإجراء التحكيم في بلد أجنبي، واختيار لغة معينة، ورغم ذلك يبقى محتفظا بصفته تحكيما رضائيا⁽⁴⁾، كما يكون التحكيم إجباريا في بعض

(1) فؤاد محمد أبو طالب: مرجع سابق، ص 55.

(2) عبد الكريم أحمد أحمد الثلاثاء: مرجع نفسه، ص 31.

(3) مراد محمود المواجهة: مرجع سابق، ص 32.

(4) خالد كمال عكاشة: مرجع سابق، ص 53.

الاتفاقيات الدولية في صورة شروط عامة يجب اتباعها في بعض الحالات⁽¹⁾، وهذا لا يعني انعدام إرادة الدول بل الدور الإرادي قائم في الانضمام أو عدم الانضمام الى الاتفاقية⁽²⁾، حيث تشير هذه الاتفاقيات إلى تعيين بعض المراكز الدولية الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، كاللجوء الى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID⁽³⁾ ليتحول بذلك التحكيم كآلية لتسوية المنازعات من اجراء اختياري يحكمه مبدأ رضائية أطراف النزاع إلى تحكيم اجباري ومفروض على الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي.

ثانيا - تحكيم حر وتحكيم مؤسسي.

أ- تحكيم حر: يعتبر التحكيم الحر أو الخاص الأسبق في الظهور من التحكيم المؤسسي أو المنظم ومازال له انتشار في الوقت المعاصر في التحكيمات الوطنية والدولية وخاصة في المسائل الفنية مثل التحكيم في مجال نظم المعلومات والتحكيم عبر شبكة الانترنت، وفي مجال العقود الحديثة كعقود نقل التكنولوجيا وعقود الإنشاءات الهندسية وكذلك في بعض أنواع التجارة⁽⁴⁾، فهو يوصف بعبارة "نقد التحكيم بنفسك"، لذا فهو يحتاج ممن يختاره من الأطراف الى عناية كبيرة في تحديد القواعد التي تنظمه في كافة مراحلها⁽⁵⁾، كما أن له ميزاته المعتمدة أساسا في الثقة التي يوليها الطرفان في المحكم الذي يختارانه، ومن قدرتهما على الاتفاق على إجراءات تحكيم مناسبة للنزاع، كونه يستند الى مبدأ سلطان الإرادة.⁽⁶⁾

(1) التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري: 23-12-2019

<https://www.law-arab.com/2015/02/Optional-arbitration-and-compulsory-arbitration.html>

(2) خالد كمال عكاشة: مرجع نفسه، ص 54.

(3) فؤاد محمد محمد أبو طالب: مرجع سابق، ص 57.

(4) عبد الكريم أحمد أحمد الثلايا: مرجع سابق، ص 33.

(5) بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، مرجع سابق، ص 30.

(6) خالد كمال عكاشة: مرجع نفسه، ص 55.

كما يتميز بأنه أسلوب مثالي إذا تصدى له محكم كفاء لحسم منازعات الاستثمار، فهو قليل التكاليف ويحقق سرية أكبر من التحكيم المؤسسي الذي يضم محكمين من جنسيات مختلفة ويؤدي إلى تسريب المعلومات وافشائها، ويتبع التحكيم الحر القواعد الإجرائية بمرونة أكثر ويحقق أيضا السرعة.⁽¹⁾

ب - تحكيم مؤسسي: التحكيم المؤسسي أو المنظم هو التحكيم الذي يجري تحت رعاية إحدى المؤسسات أو المراكز التحكيمية الدائمة، وقد زاد عدد مؤسسات التحكيم الدائمة بعد أن أصبح التحكيم من أكثر الوسائل قبولا في حسم منازعات التجارة الدولية والاستثمار، ومن أهمها: هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس ICC⁽²⁾، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن ICSID⁽³⁾، والمركز الدولي لحسم المنازعات التابع لجمعية التحكيم الأمريكية AAA، ومركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي CRCICA، محكمة التحكيم الدولي بلندن LCIA، غرفة التحكيم البحرية في باريس، المركز التحكيمي للغرفة التجارية الاقتصادية في فيينا، وغيرها من مراكز التحكيم الدولية.

يعتبر هذا النوع من التحكيم هو الغالب نظرا للمزايا التي يحققها حيث تبدو اجراءات التحكيم أكثر وضوحا في التحكيم المؤسسي عن التحكيم الحر، ذلك أن أطراف النزاع عند اختيارهم لإحدى الهيئات التحكيمية انما اختاروا قواعد التحكيمية ضمنا⁽⁴⁾، فلوائح هذه المراكز تتضمن قواعد تساعد على تخطي العقبات الاجرائية التي تتناسب مع طبيعة النزاع⁽⁵⁾، فحتى أواخر السبعينات من القرن الماضي، كان الأغلب الأعم من اتفاقات تحكيم منازعات الاستثمار الأجنبي يعكس اختيار الطرفين للتحكيم الخاص، وكثيرا ما

⁽¹⁾ مراد محمود المواحدة: مرجع سابق، ص 34، نقلا عن شاكر العبيسي: التحكيم التجاري الدولي، ابن اليمن للطباعة والنشر، صنعاء، 2000، ص 148.

⁽²⁾ تتولى غرفة التجارة الدولية بباريس مهمة تيسير التجارة الدولية وحماية مصالح الشركات، من خلال حث الحكومات والمنظمات الدولية على تعزيز الترسنة القانونية والتشريعية المؤطرة للعمليات التجارية والمالية والاستثمارات، والإسهام في تقديم مقترحات تستجيب لتطلعات الفاعلين الاقتصاديين الدوليين. لتفاصيل أكثر انظر موقع غرفة التجارة الدولية: www.iccwbo.org

⁽³⁾ المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار - **The International Centre for Settlement of Investment Disputes** - يعتبر مؤسسة تحكيمية دولية أنشئت عام 1966 لتسوية المنازعات القانونية والتوفيق بين المستثمرين الدوليين، كجزء من مجموعة البنك الدولي مقرها في واشنطن، ويعد المركز مؤسسة متعددة الأطراف متخصصة لتشجيع التدفق الدولي للاستثمار وتخفيف المخاطر غير التجارية بموجب معاهدة أعدها المديرون التنفيذيون للبنك الدولي لإعادة البناء والتنمية الاقتصادية. لتفاصيل أكثر انظر موقع اتفاقية واشنطن: www.icsid.worldbank.org.

⁽⁴⁾ محمد علي بني مقداد: الطريق القويم للاتفاق على التحكيم، دار البازوردي، عمان، الاردن، 2012، ص 134.

⁽⁵⁾ رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر: مرجع سابق، ص 296.

تضمنت هذه الاتفاقات شروطاً تحكيمية غير سليمة فسببت من المشاكل أكثر من رسمها طريق لحسم النزاع، حيث يصعب التنبؤ بالعراقيل فضلاً عن احتمال أن تطرأ مسائل لا يغطيها القانون المختار، الى جانب وجود صعوبات في تنفيذ الحكم، وخلال الثمانينات وأمام التطورات الكبيرة التي شهدتها عمليات التجارة الدولية ومع ازدهار الاستثمارات وتشعب منازعاتها، فقد اتجهت العديد من المؤسسات التحكيمية الدائمة إلى تطوير قواعدها حتى تتمكن من مواكبة التطورات حيث زادت نسبة اللجوء إلى التحكيم المؤسسي لما يحققه من مزايا للعملية التحكيمية⁽¹⁾، لذا فإن معظم منازعات الاستثمار الأجنبي يتم حلها عن طريق التحكيم المؤسسي، فاختلاف النظم الاقتصادية والقانونية من بلد إلى آخر واختلاف مراكز أطراف النزاع، لا يمكن أن يحقق حماية لمصالح الأطراف إلا عن طريقه، بسبب تعقيد المسائل الاجرائية والقواعد الموضوعية في هذه النزاعات.⁽²⁾

مع ذلك فإن التحكيم المؤسسي تكاد تنعدم فيه مظاهر الرضائية، مما يمكن القول معه أنه أقرب الى القضاء الإلزامي منه الى التحكيم الاختياري الحر، حيث تشعر الدول المضيفة بعدم الرضى والارتياح للقرارات الصادرة عن الهيئات الدولية لأنها تتعاطف مع الشركات الأجنبية بسبب نظر المحكمين الأجانب إلى هذه الشركات على أنها الطرف الضعيف الذي هو في حاجة إلى الحماية القانونية كما هو الشأن في قرار تحكيم⁽³⁾ Liamco -Aramco⁽⁴⁾ -Texaco⁽⁵⁾، ويعود ذلك إلى اعتبارات سياسية تضر بالشركات الأجنبية⁽⁶⁾، كما أن هذه المنظمات والمراكز الدولية التحكيمية قد نشأت في كنف الدول الصناعية، فكثيراً ما كانت تركز لوائح هذه الهيئات رعاية مصالح هذه الدول ومصالح وحقوق رعاياها⁽⁷⁾، ونظراً لعدم معرفة

⁽¹⁾ بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، مرجع سابق، ص 36

⁽²⁾ فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 21.

⁽³⁾ ICLQ, VOL1, 1952, PP247/261.

⁽⁴⁾ LL.M, 1978, VOL17, PP 3/37.

⁽⁵⁾ IL R VOL 35, 1967, PP136/192.

⁽⁶⁾ السيد المراكبي: التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي ومدى تاثيره بسيادة الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 206.

⁽⁷⁾ مصطفى محمد الجمال، محمد عبد العال عكاشة: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الدولية، والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، 1998، ص 137.

أطراف النزاع المحكم والذي يتم اختياره بمعرفة المركز أو المنظمة من القوائم المعدة لذلك، فقد تزعزعت الثقة في حياد وأمانة الهيئة التحكيمية.⁽¹⁾

ثالثا - تحكيم داخلي وتحكيم تجاري دولي.

أ - تحكيم داخلي: هو التحكيم الذي تكون كل مقوماته أو عناصره من موضوع النزاع إلى جنسية ومحل إقامة طرفي النزاع والمحكمين والقانون الواجب التطبيق ومكان انعقاد التحكيم منحصرة في دولة معينة، بمعنى أن التحكيم سيكون وطنيا إذا تعلق بنزاع بمس الدولة داخليا⁽²⁾، ولا يثير هذا التحكيم أية صعوبة لأنه يخضع للقانون الوطني، ولا يجوز للقاضي أن يتصدى لموضوع النزاع حيث يقتصر دوره على بحث مدى توافر الشروط اللازمة للتنفيذ وخصوصا مدى اتفاق متطلبات التنفيذ مع النظام العام في الدولة.⁽³⁾

ب - التحكيم التجاري الدولي: عند الحديث عن التحكيم التجاري الدولي فإن ما يهمنا هو البحث عن دولية التحكيم، ويقصد بها الوسيلة المستخدمة لفض منازعات الاستثمار، فتحديد صفة الدولية يكون بالنظر لموضوع النزاع، بغض النظر عن مكان التحكيم فقد يعد التحكيم دوليا حتى بالنسبة للدولة التي يجري التحكيم على ترابها، وقد يكون التحكيم أجنبي ولكنه ليس دوليا دائما إما لعدم ارتباطه بالتجارة الدولية أو لعدم توافر معيار الدولية الوارد في قانون التحكيم، ويترتب على ذلك أن التحكيم قد يكون دوليا وأجنبيا في نفس الوقت متى وقع خارج حدود الدولة وكان يتعلق بالتجارة الدولية، كما قد يكون محليا ودوليا في نفس الوقت متى كان داخل الدولة مرتبطا بالتجارة الدولية.⁽⁴⁾

إن الوقوف على دولية التحكيم يعد من المسائل الشائكة والتي أثارت جدلا فقهيًا ترددت اصداؤه في أحكام القضاء وأحكام التحكيم، كما حرصت المعاهدات الدولية والتشريعات الوطنية على الادلاء بدلها من أجل وضع حد لهذا الجدل، لذا فقد وضعت العديد من المعايير التي تستخدم لتحديد دولية

⁽¹⁾ هشام باناجه: مرجع سابق ص 26.

⁽²⁾ خالد كمال عكاشة: مرجع سابق، ص 56

⁽³⁾ رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر: مرجع سابق، ص 297.

⁽⁴⁾ رائد أحمد علي أحمد: موسوعة التحكيم في عقود الاستثمارات البترولية- النظام القانوني لعقود الاستثمار البترولية-، مركز الدراسات العربية،

القاهرة، 2018، ص 14-15.

التحكيم⁽¹⁾، وقد قدم الفقه والقضاء الدوليين مؤشرات عديدة على دولية التحكيم يمكن رد الى ثلاث معايير:

المعيار الأول جغرافي يتمثل في مكان التحكيم أو المكان الذي يصدر في حكم التحكيم أي المعيار الجغرافي بحيث يكون التحكيم دوليا اذا كان يجري على أرض دولة غير التي يطلب منها تنفيذ الحكم الصادر⁽²⁾، إلا أن هذا المعيار تعرض للنقد على أساس أن الأطراف قد يعينون قانونا يحكم الاجراءات غير قانون الدولة التي يجري على أرضها التحكيم⁽³⁾، أما المعيار الثاني فهو قانوني يتمثل في القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم⁽⁴⁾، فإذا كان القانون الاجرائي هو قانون الدول التي يجري التحكيم على أرضها كان التحكيم وطنيا، أما إذا كان القانون الواجب التطبيق على الاجراءات أجنبيا أو تحكمه قواعد تحكيم دولية كان التحكيم دوليا⁽⁵⁾. تعرض هذا المعيار أيضا للانتقاد على أساس أن التحكيم من المحتمل أن يجري في عدة دول ومقتضى عدة قوانين، كما أن الاخذ بهذا المعيار من شأنه أن يجعل المجال مفتوحا للبحث عن تحديد القانون الواجب التطبيق منذ بداية التحكيم وحتى اصدار الحكم التحكيمي، أما المعيار الثالث فهو معيار اقتصادي يتمثل في تعلق العقد الذي تجرى تسوية منازعات عن طريق التحكيم بالتجارة الدولية أو بمعاملة دولية، فإذا كان هذا العقد دوليا، فإن التحكيم في منازعات يكتسب صفة الدولية بالتبعية.⁽⁶⁾

مما تقدم فإن المقصود بالصفة الدولية هو النزاع المرتبط بالتجارة الدولية، والذي يكون موضوعه تجاريا أو اقتصاديا، كما أنه ليس كل تحكيم أجنبي هو تحكيم دولي، وليس كل تحكيم دولي هو تحكيم أجنبي، فقد يكون تحكيما دوليا ويقع داخل حدود الدولة، وقد يكون أجنبيا وليس دوليا، فالتفرقة بين التحكيم

(1) حفيفة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 94.

(2) أنظر في عرض هذا الاختلاف أحمد بركات مصطفى: تحديد معيار التجارة الدولية في التحكيم التجاري الدولي، دراسة في القواعد الدولية والقانون الفرنسي وقانون التحكيم المصري، د.د.ن، 2010، ص 57. أنظر أيضا محمود سمير الشرقاوي: مفهوم التجارية والدولية وفقا لقانون التحكيم المصري، مجلة التحكيم العربي، العدد الاول، ماي 1999، ص 21.

(3) أبوزيد رضوان: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 50.

(4) محمد علي بني مقداد: مرجع سابق، ص 140.

(5) أشرف عبدالمعلم الرفاعي: اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006، ص 108.

(6) محمد علي بني مقداد: مرجع نفسه، ص 140.

المحلي والأجنبي تقوم على المعيار الجغرافي، أما التفرقة بين التحكيم الأجنبي والدولي فتقوم على معيار طبيعة النزاع⁽¹⁾. فالتحكيم الأجنبي فهو الذي ينتمي فيه التحكيم لأحد أو بعض عناصره لدولة واحدة، كأن يكون حكم التحكيم قد صدر في دولة معينة ينتمي إليها ويراد تنفيذه في دولة أخرى⁽²⁾، ولا يعد كل تحكيم أجنبي تحكيما دوليا، حيث أن التحكيم الدولي قد يكون كذلك مع جريانه في الداخل، وحتى مع خضوعه للقانون الوطني، إلا أنه يجوز الجمع بين الأجنبية والدولية للتحكيم اذا كان يتعلق بمنزعة دولية⁽³⁾.

بالنسبة للتشريعات الوطنية، فإن المشرع الجزائري اعتبر بموجب نص المادة 1039 من ق ا م ا أن التحكيم الدولي هو "التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل"، يبدو أن التعريف يختلف عن التعريف الذي ورد في المادة 458 مكرر من ق ا م القديم الذي اعتمد على معيارين لتحديد دولية التحكيم التجاري الدولي، معيار المصالح التجارية الدولية، ومعيار أن يكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج⁽⁴⁾، اما المعيار الذي أقره ق ا م ا فإنه يثير تساؤلات من حيث الدافع الذي جعل المشرع يتخلى عن المعيار القديم الذي يؤدي المعنى الصحيح للتحكيم التجاري الدولي رغم تضيق مجال تطبيقه، حتى وإن ذهب البعض إلى أن الدافع من الصيغة الجديدة هو توسيع معيار التحكيم التجاري الدولي، وهذا صحيح بالنظر إلى الأحكام الأخرى التي تضمنها ق ا م ا، فإنه كان من المستحسن إقرار المعيار الحديث أي المعيار الاقتصادي المحض دون ربطه بأي قيد، وأما الإشارة إلى "النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين" فضلا على أنها عبارة لها طابع قانوني وسياسي أكثر منها اقتصادي فإنها قد تفسر على أن الأمر يتعلق بالنزاعات الاقتصادية بين دولتين⁽⁵⁾.

ثم إن الفصل السادس من ق ا م ا، الذي جاء تحت عنوان "في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي" لا تنسجم مع المادة 1039 منه، إذ يبدو من نص المادة أنها تعرف التحكيم الدولي الذي يتم بين الدول فيما بينها أو بينها وبين المنظمات الدولية، فكلها تعتبر من أشخاص القانون العام تخضع إلى أحكام

⁽¹⁾ راند أحمد علي أحمد: مرجع سابق، ص 16.

⁽²⁾ ابراهيم أحمد ابراهيم: التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 180.

⁽³⁾ محمود مختار بربري: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 21.

⁽⁴⁾ نصت المادة 458 مكرر من ق ا م على أنه: "يعتبر دوليا... التحكيم الذي يفرض النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج".

⁽⁵⁾ محمد براهمي: التحكيم في التشريع الجزائري 2019-09-23.

وقواعد القانون الدولي العام، بينما المقصود هنا هو التحكيم التجاري الدولي، على الرغم من ذلك فإن
المشرع الجزائري إنما قصد تحديد المعيار المعتمد لمنح صفة الدولية للتحكيم التجاري، على أساس أنه وضع
عنوانا عاما للفصل الذي خصه بالتنظيم وشمل به التحكيم التجاري الدولي.⁽¹⁾

إلى جانب ذلك فإن المادة 1039 اقتربت أكثر مما كان عليه ق ا م سابقا من النظام الساري في
الدول المتقدمة، فجاءت أكثر تطابقا مع الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتجارة الدولية وبالتحكيم الدولي لا
سيما اتفاقية نيويورك لعام 1958 المتعلقة بالاعتراف بتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية⁽²⁾، فما قصده المشرع
من "النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين" هي كل النزاعات ذات الطابع الاقتصادي أو المالي
سواء أكانت هذه النزاعات تخص دولتين بهذه الصفة أم تخص أشخاص معنوية (خاصة أم عامة) أو
أشخاص طبيعية منتمين لهاتين الدولتين⁽³⁾، كما أن هذا المعيار مقتبس أيضا من قانون الاجراءات المدنية
الفرنسية والاتفاقية الأوروبية لعام 1961.⁽⁴⁾

بناء على ذلك فإن مصطلح "اقتصادي" يشمل مجالات تخرج عن النشاط التجاري بمفهومه التقليدي،
ليوسع بذلك المشرع الجزائري من فكرة التجارية الى مفهوم أوسع، يضم بالإضافة إلى الأنشطة الصناعية
والتجارية، الأنشطة الزراعية والحرفية، وهو ما سيخلق مصاعب أمام المتعامل الوطني نتيجة تعاملهم مع
أجانب محترفين يفرضون عليهم عقودا محكمة الصياغة وفي غاية التعقيد، معدة من طرف خبراء
متمرسين⁽⁵⁾، وهو ما يفسر السبب وراء خسارة الجزائر في قضايا التحكيم التجاري الدولي بسبب الاعتماد
على مكاتب دولية أجنبية في ابرام العقود مع المستثمرين الأجانب، بدل إشراك رجال القانون والمختصين في
الجال، فغالبية المسؤولين والمسيرين لا يولون أهمية لبنود العقد وبينون قرارات مالية تتعلق بتنفيذ المشروع

⁽¹⁾ نورالدين بكلي: تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي وطرق الطعن فيها في القانون الجزائري، مجلة المحكمة العليا، العدد2،
2013، ص52.

⁽²⁾ مرسوم رئاسي رقم 88-233 مؤرخ في 5 نوفمبر 1988 يتضمن انضمام الجزائر بتحفظ الى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم
المتحدة في نيويورك في 10 يونيو 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، ج ر عدد 48، صادرة في 5-
11-1988.

⁽³⁾ محمد براهيمى: التحكيم في التشريع الجزائري: مرجع سابق

<http://brahimi-avocat.e-monsite.com/ar/blog/9-4.html>.

⁽⁴⁾ Mohamed Issad: La nouvelle loi Algerienne relative a l'arbitrage internationale, Rev.Arb,
2008, p421.

⁽⁵⁾ نورالدين بكلي: المرجع نفسه، ص53.

الاستثماري، وهو ما يكبد خزينة الدولة مبالغ ضخمة، فغالبية القضايا التي ترفع الى التحكيم تكون خاسرة قبل رفعها.

أما المشرع المصري فقد ربط الصفة الدولية بالصفة التجارية حسب المادة 3 من ق م م ت م م⁽¹⁾، في حين اعتبر المشرع الفرنسي التحكيم دولياً اذا تعلق بمصالح التجارة الدولية حسب ما نصت عليه المادة 1492 من ق م ف⁽²⁾، معتمداً في ذلك على المعيار الاقتصادي طالما تعلق الأمر بالمعاملات الاقتصادية التي تجرّي عبر الحدود الدولية ولا يهم إن كان الطرف الذي يقوم بها يتمتع بصفة التاجر أم لا، وكل نزاع ينشأ عنها يمكن إبرام عقد التحكيم فيها.

المطلب الثاني: ماهية الاستثمار الأجنبي

يحظى الاستثمار الأجنبي بأهمية كبيرة، يرجع ذلك الى دوره في تنمية الاقتصاد القومي للدول المضيفة للاستثمار والدول التي يتبعها المستثمر الأجنبي، فهو بالنسبة للدول المضيفة الركيزة التي يتم بواسطتها بناء الهياكل الاقتصادية للدولة وتنظيم بنيتها الأساسية وإدارة مرافقها العامة على نحو يجعل منه عاملاً حيويًا ورئيسياً في تحقيق خططها التنموية، كما يشكل بالنسبة للدول التي يتبعها المستثمر مزيداً من فرص العمل ونمواً لرأس المال الأجنبي⁽³⁾، لذا تحتاج الدول لكافة الوسائل والسبل لاستقطاب الاستثمار الأجنبي وتحسين

⁽¹⁾ نصت المادة (3) من ق م م ت م م رقم 27-94 على أن "يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية:

أولاً- إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

ثانياً- إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها.

ثالثاً: إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

رابعاً- إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعا خارج هذه الدولة.

(أ) - مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

(ب) - مكان تنفيذ جانب جوهرى من الإلتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.

(ج) - المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

⁽²⁾ Art 1492 Créé par Décret 81-500 1981-05-12 art. 5 JORF 14 mai 1981 rectificatif JORF 21 mai 1981 "Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international".

⁽³⁾ بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 11.

مناخه عن طريق توفير المزايا والضمانات اللازمة لجذبه، ولا يقتصر الأمر على تطوير البيئة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، فالبيئة القانونية تشكل ضمانا اضافية لتكوين صورة واضحة عن العوامل المحيطة بالفرص الاستثمارية .

إن توضيح ماهية الاستثمار الأجنبي يستوجب تحديد مفهومه، بغية التعرف على قواعده الأساسية التي تميزه عن غيره من العقود، نظرا لأهميته في تحقيق التنمية الاقتصادية. كما أن إبراز أنواعه المختلفة يحدد الفائدة التي تحققها تلك الاستثمارات لاقتصاد الدولة المضيفة، تفصيلا لذلك سنقسم هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول: مفهوم الاستثمار الأجنبي.

الفرع الثاني: أنواع الاستثمار الأجنبي.

الفرع الأول: مفهوم الاستثمار الأجنبي.

يعد مفهوم الاستثمار الأجنبي من أهم المصطلحات التي جذبت انتباه التشريعات الوطنية والدولية، لما له من تأثير مباشر على كافة بنود العقد، فوضع تعريف له يمكن أن يحدد المفهوم الدقيق لبند يتعلق بالمنازعة، كما أن الصياغة الدقيقة لهذا البند في مجال عقود الاستثمار الأجنبية، يمكن أن يوضح توجهات أطراف النزاع في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي. لذا فإن اعطاء مفهوم واضح ومحدد للاستثمار الأجنبي، يقتضي تعريفه لغة وذلك بغرض توضيح المفاهيم، ثم إبراز التعريف الاصطلاحي له، يليه تعريفه من الناحية التشريعية وفق ما تقتضيه نصوص القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية، غير أنه وقبل التعرض إلى تحديد مفهوم الاستثمار الأجنبي، من المفيد أن نبين مفهوم الاستثمار بصفة عامة، بحسب أن الاستثمار الأجنبي هو نوع من أنواع الاستثمار.

أولاً- تعريف الاستثمار: للاستثمار تعريف لغوي واصطلاحي وتشريعي نبينها فيما يلي:

أ - **التعريف اللغوي:** الاستثمار لغة مشتق من الثمر أي حمل الشجر، وثمره الشيء ما تولد عنه أو نفعه، والثمر نوع من أنواع المال وثمر ماله أي نماء⁽¹⁾، كما أنه يفيد استخدام الأموال في الانتاج، إما بطريقة مباشرة بشراء الآلات والمواد الاولية وإما بطريق غير مباشرة كسواء الأسهم والسندات.⁽²⁾

ب - **التعريف الاصطلاحي:** يعرف الاستثمار بصفة عامة لدى الفقهاء الاقتصاديين على أنه "توظيف النقود لأي اجل في اي اصل او ملكية لتنميتها وانماؤها سواء بارباح دورية او بزيادات في قيمة الاموال والمنافع المادية أو غير المادية في نهاية المدة"⁽³⁾، كما يوصف على أنه "عملية إيجاد مشروعات مالية دائمة تعمل على توفير احتياجات مختلفة وتحقيق فوائد مالية"⁽⁴⁾ فالاستثمار لدى الفقهاء الاقتصاديين يعبر عن توجيه الموارد المتاحة من أجل تعظيم المنفعة الكامنة وراء هذه الموارد⁽⁵⁾، أي انه يعبر عن مجموع القيمة الاجمالية والكمية من رأس المال والمستخدمة في انتاج مجموع السلع والخدمات والسلع بهدف تحقيق الربح.

أما بالنسبة للفقهاء القانونيين، وعلى غرار الفقهاء الاقتصاديين الذين اختلفوا في تعريفهم للاستثمار، فقد عمد بعض الفقهاء إلى تعريفه على أنه "عمل أو تصرف في شكل أموال مادية أو غير مادية - الملكية الصناعية، المهارة الفنية، القروض.. من أجل تطوير نشاط اقتصادي".⁽⁶⁾

ج - **التعريف التشريعي:** تعرضت العديد من التشريعات الوطنية الى وضع تعريف للاستثمار، بالنسبة للمشرع الجزائري فقبل صدور الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار⁽⁷⁾، لم يضع في التشريعات

(1) ابن منظور محمد بن مكرم بن علي: معجم لسان العرب، دار صاد، بيروت، 1956، ص 503.

(2) مجمع اللغة العربية: المعجم الوجيز، منشورات مجمع اللغة العربية، القاهرة، مصر، 1995، ص 87.

(3) عبد الله عبد الكريم عبد الله: ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2010، ص 18.

(4) فاضل حمة صالح الزهاوي: المشروعات المشتركة وفقاً لقانون الاستثمار، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، العراق، 1990، ص 79.

(5) مروان شموط - كنجو عبدو كنجو: اسس الاستثمار، الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات، القاهرة، 2008، ص 6.

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

(7) عرفت المادة 2 من الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر عدد 47، الصادرة بتاريخ 22

أوت 2001 الاستثمار على أنه " 1 - اقتناء أصول تندرج في اطار استحداث نشاطات جديدة أو توسيع قدرات الانتاج أو اعادة التاهيل أو اعادة الهيكلة، 2 - المساهمة في رأس مال مؤسسة في شكل مساهمات نقدية او عينية، 3 - استعادة النشاطات في اطار خصوصية جزئية او كلية".

الخاصة بقوانين الاستثمار تعريف محدد للاستثمار⁽¹⁾، ولتدارك الوضع لاسيما بعد انخفاض أسعار البترول، وبغية الافصاح عن رغبة الدولة الجزائرية في تشجيع وتحفيز الاستثمار الأجنبي، فقد تم الغاء الأمر رقم 01-03 باستثناء المواد 6-18-22 منه، واستبداله بإطار تشريعي أكثر حداثة بما يؤمن تدفق رؤوس أموال جديدة تساهم في تحريك العجلة الانتاجية وترسم ملامح التنوع الاقتصادي، فكان القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار، الذي أدخل العديد من التعديلات على الاستثمار بشكل عام وعلى الاستثمار الأجنبي بشكل خاص من أجل بعث الثقة والامان لدى المستثمر الأجنبي⁽²⁾، وقد استهل هذا القانون ببيان أحكامه، وهذا بتحديد مفهوم الاستثمار بصفة عامة، دون تحديد لمفهوم الاستثمار الأجنبي، وهذا من خلال ما تضمنته المادة 2 منه بنصها على أنه يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا القانون مايلي:

"1- اقتناء أصول تندرج في اطار استحداث نشاطات جديدة وتوسيع قدرات الانتاج أو إعادة التأهيل.

2 - المساهمات في رأس مال الشركة". البين من هذا التعريف أن الاستثمار يمكن أن يتخذ أشكال مختلفة عن طريق توسيع نشاط المؤسسة بالمساهمة في استحداث نشاطات جديدة أو تحسين قدرات الانتاج - أي جعل المؤسسة أكثر فعالية- أو إعادة التأهيل ويقصد بها استرجاع بعض المؤسسات التي تعاني من صعوبات في التسيير والتنظيم والمعرضة للزوال، كما يشمل الاستثمار المساهمة في تحسين الوضعية المالية للشركات من خلال رفع رأس مالها.⁽³⁾

على الرغم من أن ارادة المشرع الجزائري اتجهت نحو توسيع مجال الاستثمار ليشمل كل القطاعات الاقتصادية، بهدف جذب أكبر قدر ممكن من رأس المال تحقيقا للتنمية الشاملة والمستدامة للبلاد، بحيث لا يقتصر على الاستثمارات النقدية أو المادية، بل يشمل كل اسهام في مشروع عن طريق تقديم أصول فيه،

⁽¹⁾ أكنفى المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 63-277 المتعلق بقانون الاستثمارات بتحديد مجال تطبيق الاستثمار دون تحديد مفهوم له، كما أن الأمر رقم 66-284 المتضمن قانون الاستثمار لم يضع تعريف محدد، بل تطرق إلى تنظيم تدخل رأس المال الأجنبي، وسأيره في ذلك المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار، الذي كرس التوجهات الجديدة في مجال الاستثمار الأجنبي.

⁽²⁾ ملكة أوباية: عن فعالية القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار في استقطاب الاستثمار الأجنبي، المجلة الاكاديمية للبحث

القانوني، المجلد 10، العدد 03، 2019، ص 110.

⁽³⁾ معند وعلى عيوط: الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 144.

سواء كانت هذه الأصول مادية أو غير مادية، ثابتة أو متحركة، أي أنه قام بتعداد أوجه ومجالات الاستثمار إلا أنه لم يعط مفهوم دقيق كونه لايشمل كافة مكونات العملية الاستثمارية.

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد عرف الاستثمار على أنه استخدام المال لإنشاء مشروع استثماري أو توسيعه أو تطويره أو تمويله أو تملكه أو ادارته بما يسهم في تحقيق التنمية الشاملة والمستدامة للبلاد⁽¹⁾، كما عرفه المشرع التونسي على أنه كل توظيف مستدام لأموال يقوم بها المستثمر لانجاز مشروع من شأنه المساهمة في تنمية الاقتصاد التونسي مع تحمل مخاطره، ويكون في شكل عمليات استثمار مباشر أو استثمار بالمساهمة.⁽²⁾

ثانيا- تعريف الاستثمار الأجنبي: يشمل تعريف الاستثمار الأجنبي تعريفه اصلاحا، يليه تعريفه في ظل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية.

أ- التعريف الاصطلاحي للاستثمار الأجنبي: نتيجة التطور الحاصل في ظروف الحياة الاقتصادية وما شهدته العصر الحديث من سهولة وسرعة في الاتصالات بين المجتمعات المختلفة، نتج عنها تشجيع حركة رؤوس الأموال، كان لمصطلح الاستثمار الأجنبي النصيب والمقدار في الدراسات والأدبيات الاقتصادية.⁽³⁾

أما معناه في علم الاقتصاد فيقصد به التحويلات المالية التي ترد من الخارج في صورة عينية أو في صورة نقدية، أو كلاهما بهدف اقامة مشروعات وتحقيق أرباح، وعادة ما تضمن الدول لهذه الاستثمارات تحويل أرباحها ودخولها للخارج في حالة نجاحها وتحقيقها فائض اقتصادي من جراء نشاطها داخل البلاد، وذلك مقابل ما تسهم به هذه الاستثمارات من توفير الموارد والخبرات ونقل التكنولوجيا⁽⁴⁾، ويرى الأستاذ فريد النجار أن الاستثمار الأجنبي " هو كل استثمار يتم خارج موطنه بحثا عن دولة مضيضة، سعيا وراء تحقيق

⁽¹⁾أنظر المادة 1 من قانون الاستثمار المصري رقم 72-2017، ج ر عدد21، الصادرة بتاريخ 31-05-2017.

⁽²⁾أنظر الفصل 3 من قانون رقم 71-2016 المؤرخ في 30-09-2016 المتضمن قانون الاستثمار التونسي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد82، الصادر في 07-10-2016.

⁽³⁾أحمد سمير أبو الفتوح يوسف خلاف: دور القوانين والتشريعات في جذب الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر منذ عام 2001، المكتب العربي للمعارف، القاهرة، مصر، 2015، ص 07.

⁽⁴⁾المرجع نفسه، ص 10، نقلا عن تحليل اتجاهات الاستثمار الأجنبي المباشر خلال الفترة 2003-2004، البنك الأهلي المصري، النشرة الاقتصادية، العدد 4، المجلد 57، 2004، ص84.

حزمة من الاهداف الاقتصادية والمالية والسياسية سواء لهدف مؤقت أو لأجل محدد أو طويل.⁽¹⁾ الملاحظ أن هذا التعريف ركز على النتائج المترتبة على الاستثمار كمعيار لتعريفه دون التطرق الى عملية الاستثمار لاستخلاص عناصرها وأدواتها، أما الاستاذ عبد السلام أبو قحف فيرى أن "الاستثمار الأجنبي ينطوي على تملك المستثمر الأجنبي لجزء من أو كل الاستثمارات في المشروع، بالإضافة الى قيامه بالمشاركة في ادارة المشروع مع المستثمر الوطني في حالة الاستثمار المشترك، وسيطرته الكاملة على الادارة والتنظيم في حالة ملكيته المطلقة لمشروع الاستثمار، فضلا عن قيامه بتحويل كمية من الموارد المالية والتكنولوجية والخبرة الفنية في جميع المجالات الى الدول المضيفة."⁽²⁾

يبدو من التعريفات السابقة أن الاستثمار الأجنبي لدى الاقتصاديين يعبر عن المال الوافد إلى دولة المضيفة والمستخدم مباشرة للغرض الذي تم من أجله، مما يترتب عليه تملك المستثمر الأجنبي جزء من الاستثمارات أو كلها، بالإضافة إلى المشاركة في ادارة المشروع، فضلا عن قيامه بتحويل كمية من الموارد المالية والتكنولوجية، والخبرة الفنية والمهارات الادارية والتسويقية والمالية في جميع المجالات الى الدولة المضيفة للاستثمار⁽³⁾، غير ان هذه التعريفات لم تتفق على ابراز عناصره وأركانه بل اکتفوا بتحديد الغرض منه وهو تحقيق الربح.⁽⁴⁾

فالاستثمارات تتدفق من دولة لأخرى بعثا عن العائد الأكبر والمخاطر الأقل، إلا انه وحتى يمكن القول بوجود مشروع استثماري من الوجهة الاقتصادية فإنه لابد من توافر شروط أربع وهي: المساهمة⁽⁵⁾ وعنصر الزمن⁽⁶⁾

⁽¹⁾ فريد النجار: الاستثمار الدولي والتنسيق الضريبي، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 2000، ص 23-24.

⁽²⁾ عبد السلام أبو قحف: اقتصاديات الأعمال والاستثمار الدولي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2003، ص 266-267.

⁽³⁾ أحمد سمير أبو الفتوح يوسف خلاف: مرجع سابق، ص 10.

⁽⁴⁾ عمر هاشم محمد صدقة: ضمانات الاستثمارات الاجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، د.ت.ن.ص 5.

⁽⁵⁾ عنصر المساهمة: يقدم المستثمر الأجنبي رأس المال عطاءا في شكل حصة نقدية أو عينية، مادية أو معنوية. محند وعلي عيبوط: مرجع سابق، ص 122.

⁽⁶⁾ عامل الزمن: إن المستثمر ينتظر بطبيعة الحال مدة زمنية ليرى ثمرة استثماره، فهو لا يحقق الربح فوراً ذلك أن مسار الإنتاج الذي ترتبط به القيمة المستحدثة أي القيمة المضافة تعني أن الربح المحقق من عملية الاستثمار يستغرق فترة زمنية معينة تكون متوسطة أو طويلة المدة، وهو ما يميز الاستثمار عن المعاملات التجارية. عبد العزيز قادري: الاستثمارات الدولية - التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات -، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 11.

وعنصر المخاطرة أو المجازفة⁽¹⁾، وعنصر الحصول على الربح.⁽²⁾

إذا كان الاقتصاديون لم يفهموا الحظ في الوصول الى تعريف جامع مانع للاستثمار الأجنبي، فإن القانونيين لم يكونوا بأوفر حظاً منهم، حيث تعددت تعريفاتهم فركزت على خصائص معينة وأهملت جوانب أخرى⁽³⁾، حيث عرفه الاستاذ دريد محمود السامرائي بأنه "انتقال لرأس المال عبر الدول بقصد التوظيف في عمليات اقتصادية مختلفة كإنشاء مشروعات إنتاجية أو المساهمة أو الاكتتاب في الأسهم والسندات أو القروض بهدف الحصول على عوائد بشرط أن يتم ذلك خارج النظام القانوني والنقدي والمالي والاقتصادي للدولة المستثمرة"⁽⁴⁾، إذا كان هذا التعريف قد غطى كافة الجوانب ذات الصلة بالاستثمار المباشر وغير المباشر، إلا أنه يعاب عليه أنه أغفل سلطة الدولة المضيفة للاستثمار في الموافقة المسبقة على ولوج الاستثمار أو توجيهه وفقاً للخارطة الاستثمارية.⁽⁵⁾

كما عرفه الأستاذ "عبد العزيز سعد النعماني" على أنه "إسهام غير وطني في التنمية الاقتصادية أو الاجتماعية للدولة المعنية بمال أو عمل أو وضعها في مشروع محدد، قصد الحصول على عوائد مجزية وفقاً للقانون"⁽⁶⁾، يميل هذا المفهوم الى التعريف الواسع للاستثمار الأجنبي، الذي يغطي كافة صور انتقال رؤوس الاموال الأجنبية ليشمل مختلف قطاعات النشاط الاقتصادي قصد تحقيق الربح، إلا انه لم يشير الى عناصر العملية الاستثمارية وأركانها.

يبدو أن الفقه لم يتوصل الى وضع تعريف محدد للاستثمار الأجنبي، بل انه ليس من المتصور بمكان حصر مفهوم الاستثمار في تعريف يتسم بالثبات والجمود حيث فهو مفهوم مرن يتغير حسب مستجدات

⁽¹⁾ المجازفة أو المخاطرة: يتحمل المستثمر بعض المخاطر التجارية المرتبطة بمشروع الاستثمار والتي تخرج عن إرادة الدولة المستقبلية لرؤوس الأموال وهذه المخاطر يمكن التنبؤ بها مستقبلاً، لذا على المستثمر أن يقبل الأرباح المنتظرة والخسائر المتوقعة عند الشروع في أي مشروع استثماري، بمعنى أن مردودية المشروع الاستثماري تتحقق في شكل دوري ومتكرر زيادة أو نقصاناً. عيوب محند وعلى: الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 122. انظر أيضاً غسان علي علي: الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تنور بصدها، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 2004، ص 14.

⁽²⁾ الحصول على الربح: يهدف المستثمر من خلال عملية استثمار رؤوس أمواله والمخاطرة بها، الى الحصول على أكبر قدر ممكن من أرباح أو فوائد من خلال استثماره في الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي.

⁽³⁾ عمر هاشم محمد صدقة: ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، د.ت.ن، ص 7.

⁽⁴⁾ السامرائي: الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006، ص 22.

⁽⁵⁾ عثمان الحداد معاوية: القواعد القانونية المنظمة لجذب الاستثمار الأجنبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، د.ت.ن، ص 31.

⁽⁶⁾ عبد العزيز النعماني: المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر، ط الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د.ت.ن، ص 22.

وظروف الاوضاع الاقتصادية الدولية⁽¹⁾، كما أنه يشكل ظاهرة معقدة الجوانب بسبب اختلاف المعايير القانونية والاقتصادية.

ب - تعريف الاستثمار الأجنبي في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية: تشجع الدول على الاستثمار الأجنبي، فتضع له تقنيات ونصوص تنظمه، إلا أن العديد من هذه التشريعات شابها النقص في تعريفها للاستثمار الأجنبي بسبب عدم شمولية مفهومها لكافة عناصره، كما تباينت مواقفها بشأن ذلك حسب الاتجاه الذي أخذ به التشريع المنظم للاستثمار، ويمكن أن تحدد في هذا الاطار ثلاث اتجاهات⁽²⁾:

الاتجاه الأول عمد الى تعريف الاستثمار الأجنبي من خلال الاستعانة بالمال المستثمر، حيث وضع بيان تفصيلي للمال الأجنبي المراد استخدامه، فعرفه المشرع الكويتي على أنه "توظيف رأس المال الأجنبي في نشاط مرخص فيه طبقاً لأحكام هذا القانون"⁽³⁾، كما أخذ بهذا الاتجاه العديد من الدول العربية كالمشرع الاردني⁽⁴⁾، والقطري⁽⁵⁾، ولعل السبب في تبني أسلوب البيان التفصيلي لشكل الاستثمار هو تمييز الاستثمارات المختلفة من حيث المعاملة التفضيلية، كما أن هذه الطريقة من شأنها أن تمنح للدولة المضيفة

(1) خالد كمال عكاشة: مرجع سابق، ص 88.

(2) عبد العزيز قادري: الاستثمارات الدولية - التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات -، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 13.

(3) أنظر المادة 3/1 من قانون تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في الكويت رقم 8-2001.

(4) نصت المادة 5 من قانون تشجيع الاستثمار في الاردن رقم 16-1995 على أنه "تعني عبارة رأس المال الأجنبي المستثمر لأغراض هذا القانون ما يستثمره غير الأردني من أموال نقدية أو عينية أو حقوق لها قيمة مالية في المملكة، بما في ذلك مايلي:

1 - النقد المحول الى الأردن عن طريق البنوك والشركات المالية المرخصة للاستثمار لغايات هذا القانون.

2 - الموجودات العينية المستوردة مدفوعة التكاليف من خارج المملكة.

3 - الأرباح والعوائد والاحتياطات الناجمة عن استثمار رأس مال أجنبي في المشروع اذا تم زيادة رأس المال هذا المشروع أو اذا استمرت في مشروع منصوص عليه في هذا القانون.

4 - الحقوق المعنوية كالتراخيص وبراءات الاختراع والعلامات والأسماء التجارية المسجلة في المملكة ."

(5) عرفت المادة 5/1 من قانون تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في النشاط الاقتصادي في قطر رقم 13-2000، الاستثمار الأجنبي على أنه "ما يستثمره الاجانب من اموال نقدية او عينية او حقوق لها قيمة مالية في دولة قطر بما في ذلك:

1 - النقد المحول الى الدولة عن طريق البنوك والشركات المالية المرخصة.

2 - الموجودات العينية المستوردة لأغراض الاستثمار وفقاً لاحكام هذا القانون.

3 - الأرباح العائدة والاحتياطات الناتجة عن استثمار رأس المال الأجنبي في احد المشروعات المسموح بها وفقاً لأحكام هذا القانون."

للاستثمار صلاحية اختيار الاستثمار الأجنبي المناسب لعملية التنمية⁽¹⁾، إلا أن ما يعاب هذا الأسلوب هو ما يمكن أن يؤدي إليه التطور الاقتصادي من ظهور أشكال جديدة للاستثمار غير تلك الواردة في التشريع⁽²⁾، أما الاتجاه الثاني فقد تبنى المفهوم الواسع للاستثمار الأجنبي وهذا لتفادي عيوب الأسلوب التفصيلي، فنجد قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم 72-2017، يرى أن الاستثمار هو استخدام للمال قصد انشاء مشروع استثماري أو توسيعه أو تطويره، أو تمويله أو تملكه أو ادارته بما يسهم في تحقيق التنمية الشاملة والمستدامة للبلاد⁽³⁾، في حين اعتمد الاتجاه الثالث على وضع معيار عام في تعريفه للمال المستثمر الأجنبي وقد أخذ به المشرع اليمني⁽⁴⁾، فاعتبر أنه من الأفضل عدم وضع تعداد حصري، ويكفي النص على تقييد استفادته من القانون بكونه محولا من الخارج لأغراض الاستثمار، أو لكونه استوفى الشروط التي وضعها القانون.⁽⁵⁾

على الرغم من ذبوع الاتفاقيات الدولية التي تناولت موضوع الاستثمارات الأجنبية بالتنظيم، سواء منها المتعددة الاطراف والاقليمية أو الثنائية، فإن تعريف الاستثمار الأجنبي في كل منها يتسع ويضيق بحسب مجال نشاطها والهدف من وراء ابرامها⁽⁶⁾. ونظرا لتعدد هذه الاتفاقيات سنكتفي بالاشارة الى البعض منها.⁽⁷⁾

⁽¹⁾ رقيقة قصوري: النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، اطروحة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون اعمال، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، باتنة، 201-2011، ص 15. نقلا عن عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: المركز القانون للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي والقانون الدولي، دار النهضة العربية، 1990، ص 27-28.

⁽²⁾ دريد السامرائي: مرجع سابق، ص 51.

⁽³⁾ أنظر المادة 1 من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم 72-2017، ج ر عدد 21 مكرر، 31 ماي 2017.

⁽⁴⁾ أنظر المادة 17/1 من قانون الاستثمار اليمني رقم 22-1991 المعدل بموجب القانون رقم 14-1995

⁽⁵⁾ أحمد شرف الدين: استثمار المال العربي، الحاجات الاقتصادية والصياغة القانونية، مجلة المال والصناعة، العدد 02، 1981، ص 70.

⁽⁶⁾ هبة هزاع: توازن عقود الاستثمار الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، 2016، ص 77.

⁽⁷⁾ تجدر الإشارة الى أن اتفاقية واشنطن 1965 لم تعرف الاستثمار الأجنبي والسبب في ذلك انما يرجع إلى إرادة المركز في ضمان المرونة بحيث يتوسع النص ليشمل أنواع عدة من الاستثمارات التي تنظمها أحكام تعاقدية متعددة، فيتوسع اختصاصه تبعاً لذلك وفقاً لتطور الحياة الاقتصادية ما لم تقصر الدولة اختصاصات المركز على منازعات معينة أو تستبعد منازعات قد ترى انها لا تتلاءم ونظام التحكيم. كما ترجع الأسباب إلى رغبة هيئات التحكيم في عدم التخلي عن النظر في الدعاوى المعروضة، خشية أن يكون ذلك سبب في الاضرار بالمستثمر الذي سيلجأ إلى وسائل أقل فعالية لفض نزاعه مع الدولة المضيفة، لذا أصبحت هذه الهيئات تختص بنظر جميع الدعاوى سواء تعلق الأمر باستثمار مباشر أو غير مباشر والتي يرفعها أجنب مستثمرون على الدول المضيفة إلى جانب تبييه الدول المضيفة إلى ضرورة تحديد مفهوم الاستثمار على نحو منضبط في كل تعاملاتها مع المستثمرين الأجنبي. انظر عبد العزيز قادري:

اعتمدت اتفاقية انشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار في تعريفها للاستثمار الأجنبي على ذات النهج الذي تسيير عليه تشريعات الاستثمار الوطنية، فقد عرفت الاستثمار من خلال الاستعانة بوضع بيان تفصيلي للأموال المستثمرة الخاضعة لأحكام الاتفاقية الدولية⁽¹⁾، حيث تضمنت المادة 12 من اتفاقية سيول (Seoul) تحديد للاستثمارات الصالحة وغير الصالحة للضمان، وتشمل الاستثمارات الصالحة للضمان حقوق الملكية والقروض المتوسطة أو الطويلة الأجل ويجوز أن تشمل هذه الاستثمارات أي تحويل للنقد الأجنبي لأغراض تحديد أو توسيع الاستثمار، استخدام الأرباح التي تدرها استثمارات قائمة إذا كان من الممكن تحويلها خارج الدولة المضيفة.⁽²⁾

عرفت الاتفاقية المغاربية المتعلقة بتشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي لعام 1990 الاستثمار الأجنبي على أنه "استخدام رأس المال في أحد المجالات المسموح بها في بلدان اتحاد المغرب العربي". يبدو أن هذه تعريفات تحدد طبيعة ونوعية الاستثمار والتي يغطيها الضمان أو التأمين الذي تنظمه الاتفاقية، الى جانب ذلك فإن هذه الاتفاقيات تتعرض لعناصر الاستثمار أكثر من تعرضها لتعريف الاستثمار.⁽³⁾

كما تعرف الاتفاقيات الثنائية اقبالا كبيرا من طرف الدول لاسيما المصدرة لرؤوس الأموال بفضل الفائدة المضمونة لرعاياها وما تحققه من مكاسب، خاصة وأن هذه الاتفاقيات تعطي معاملة أفضل للمستثمر الأجنبي من تلك التي توفرها المشروعات الدولية سعيا منها الى توحيد القواعد الدولية لمعاملة الاستثمارات الأجنبية⁽⁴⁾، وعلى الرغم من أن معظم هذه الاتفاقيات قد تضمنت تعريفا للاستثمار، إلا

الاستثمارات الدولية "التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات"، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 15. انظر ايضا لمياء متولي يوسف مرسي: التنظيم الدولي للاستثمار في اطار اتفاقية استثمار متعددة الاطراف، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 175. أنظر أيضا يحيى أكرام بدر: مفهوم الاستثمار في المادة 25 من معاهدة واشنطن *Badr International Review Of Law 1965*، جامعة قطر، جانفي 2014، ص 1-2.

⁽¹⁾ دريد محمود السامرائي: مرجع سابق، ص 54.

⁽²⁾ محند وعلى عيوبوط: الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 201، ص 126.

⁽³⁾ أنظر المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 90-420 مؤرخ في 22-12-1990 يتضمن المصادقة على اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة في الجزائر في 23 جويلية 1990، ج ر عدد 06 صادرة بتاريخ 06-02-1991.

⁽⁴⁾ رفيقة قصوري: مرجع سابق، ص 106. نقلا عن ابراهيم شحاتة: القواعد الارشادية بشأن معاملة الاستثمارات الأجنبية، مجلة مصر المعاصرة، العدد 427، يناير 1992، ص 11.

أخفا اختلفت في الأسلوب المتبع في تعريفه، بين الاعتماد على الأسلوب التفصيلي⁽¹⁾، وأسلوب الإحالة الى الدولة المضيفة⁽²⁾ الذي اعتمده الجزائر لوصف نشاط الاستثمار⁽³⁾، كما أن البعض من الاتفاقيات مالت الى التوسع في مفهوم الاستثمار الأجنبي عن طريق استعمال عبارات واسعة المعنى وغير محددة مثل "الأموال والأموال والحقوق باختلاف أنواعها وكل عنصر من الأصول مهما كان نوعه"⁽⁴⁾ إذ جعلت من قبيل الاستثمار أية حقوق مستمدة من القانون أو العقد، بما في ذلك حقوق استكشاف واستغلال الثروات الطبيعية وحقوق تصنيع واستخدام وبيع المنتجات الأولية⁽⁵⁾، أو عنصر من الأصول وبيع أو حقوق مرتبطة بالاستثمار مهما كانت طبيعته.⁽⁶⁾

في ضوء ما تقدم فإن اعطاء تعريف دقيق وشامل للاستثمار الأجنبي يستلزم بالضرورة جمع عناصره والمتمثلة في: 1 - مصدر رأس المال، 2 - الملكية الأجنبية، 3 - الحق في إعادة تصديره وتحويل عائداته الى الخارج. ومن خلال الجمع بين العناصر الثلاثة فإن الاستثمار الأجنبي ينصرف الى كل رأسمال نقدي أو عيني، مادي أو معنوي - كالمعرفة الفنية والتكنولوجية والتصاميم الصناعية - وافد من الخارج، مملوك لأفراداً

⁽¹⁾ يعد أسلوب البيان التفصيلي الأسلوب السائد بشأن تعريف الاستثمار، وهو يقوم على أساس تعداد الأموال المشكلة لعملية الاستثمار، كما يشمل قوائم مطولة على سبيل الحصر لا المثال توضيحية لفئات الاستثمار، الأمر الذي من شأنه أن يقلل المنازعات بين الدولتين اشرف السيد حامد قبيل: الاستثمار الأجنبي المباشر، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، د.ت.ن، ص 21.

⁽²⁾ يقوم أسلوب الاحالة الى الدولة المضيفة على تعداد الأموال والأصول الاقتصادية التي تشكل استثمار في شكل قائمة مطولة على سبيل المثال لا الحصر، أي اتباع ما هو محدد في قانون الدولة المضيفة وهو أسلوب يهدف إلى لفت انتباه المستثمر الأجنبي إلى ضرورة الالتزام بالقوانين الداخلية للدولة المضيفة طيلة مدة الاستثمار، كما أن هذا الأسلوب يجسد اقرار حق الدولة في ذلك باعتبارها صاحبة القرار وفق ما تقتضيه عملية التنمية الاقتصادية المرجوة من الاستثمار. رقيقة قصوري: مرجع سابق، ص 18-19.

⁽³⁾ أنظر المادة 1 من المرسوم الرئاسي رقم 02-223 المؤرخ في 22-06-2002 المتضمن التصديق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة سلطنة عمان حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، ج. ر عدد 44 الصادرة في 26 جوان 2002. أنظر أيضا المادة 1 من المرسوم الرئاسي رقم 06-469 المؤرخ في 11-12-2006 المتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وحكومة جمهورية فنلندا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، ج ر عدد 82، الصادرة في 17-12-2006

⁽⁴⁾ أنظر المادة 1 من المرسوم الرئاسي رقم 94-01 المؤرخ في 02-01-1994 المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين، فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلقة بهما، ج ر عدد 1.

⁽⁵⁾ محمد عيساوي: فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر - على ضوء الاتفاقيات الدولية للجزائر، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012، ص 49.

⁽⁶⁾ أنظر المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 95-88 المؤرخ في 25-03-1995 المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر واسبانيا، المتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، ج ر عدد 23، الصادرة بتاريخ 26-10-1995.

مؤسسات أجنبية، للمساهمة في النشاط التجاري والاقتصادي في بلد ما بقصد الحصول على عائدات، على أن يثبت للمستثمر الحق في إعادة تصديره مع عائداته الى الخارج⁽¹⁾.

ثالثا - دور الاستثمار الأجنبي في تحقيق التنمية الاقتصادية.

تعرف التنمية الاقتصادية على أنها عملية يتم بموجبها استخدام الموارد المتاحة في الدولة من أجل تحقيق معدل اقتصادي سريع، يؤدي الى زيادة مطردة في دخلها القومي وفي نصيب الفرد من السلع والخدمات، وتتطلب هذه التنمية التغلب تدريجيا على المعوقات الاقتصادية عن طريق توافر رؤوس الأموال والخبرة الفنية والتكنولوجيا⁽²⁾، وهي تعبر أيضا عن التغيير الجوهرية في الاتجاهات والتنظيمات الأساسية بغية تحقيق أهداف بطريقة واضحة وليس بصفة مانعة، فلا تكون الأهداف النهائية بنسبة ثابتة من النمو⁽³⁾، وعلى الرغم من تعدد واختلاف التعاريف بشأن التنمية الاقتصادية، إلا أن هذه المفاهيم تشير الى مساعي التدخل في السياسات بهدف ضمان الرفاهية الاقتصادية والاجتماعية للدول.

أما عن الدور الذي يلعبه الاستثمار الأجنبي في تحقيق التنمية المنشودة فيبدو من خلال ما يقدمه من أصول متنوعة تعزز بناء القدرات التكنولوجية اللازمة للإنتاج والابتكار وروح المبادرة داخل الاقتصاد الوطني، فضلا عما يتيح من رؤوس أموال وقدرات ومهارات ادارية للوصول الى الاسواق الأجنبية⁽⁴⁾، كما أنه يحقق توسيع حجم المبادلات التجارية وهو ما يحفز المستثمرين التابعين لتلك الدول على إقامة مشروعاتهم الاستثمارية في الدول الراغبة في النمو، لذا فإن اللجوء الى رأس المال الوافد اصبح ضرورة لا بد منها، فهو يساعد الدول المستقطبة له على القيام ببرامج تنمية طويلة الاجل، بحسب مقتضيات تلك البرامج⁽⁵⁾، فالغالب ان تكون عقود الاستثمار الأجنبية طويلة نسبيا فهي عقود دولية تتمتع بطبيعة خاصة ترجع الى تعلقها بالخطط التنموية للدولة المضيفة، لذا يطلق عليها عقود التنمية الاقتصادية⁽⁶⁾ فضلا عن ذلك فإن الاستعانة بالاستثمار الأجنبي يؤدي الى تحسين توازن ميزان المدفوعات وهو من بين الأهداف التي

⁽¹⁾ دريد محمود السامرائي: مرجع سابق، ص 57-58.

⁽²⁾ ابراهيم حسن العسل: التنمية في الفكر الاسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2006، ص 30.

⁽³⁾ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مكتبة النصر، القاهرة، د.ت.ن، ص 14.

⁽⁴⁾ بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 45.

⁽⁵⁾ دريد محمود السامرائي: مرجع نفسه، ص 89.

⁽⁶⁾ حفيفة السيد حداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 19.

يرجوها البلد المضيف⁽¹⁾، خاصة وأن له دور أساسي في توفير احتياط من العملات الأجنبية اللازمة من خلال ما يقدمه من راس المال نقدي وعيني، فضلا عما يرتبه من أثر إيجابي على اقتصاد وتجارة تلك الدولة عن طريق تنشيط التبادل التجاري وزيادة حجم الصادرات، ومن ثم زيادة نصيب الدولة من العملات الأجنبية الناتجة عن التصدير وتدعيم قدرتها الشرائية، كما أن له دور في رفع مستوى العمالة الوطنية من خلال الخبرة المكتسبة.⁽²⁾

تكريسا لهذه الأهداف تقوم الدولة بدخولها في ميدان التجارة الدولية بإبرام عقود الاستثمار بغية دفع عملية التنمية على جميع مساراتها، من أجل زيادة حجم التدفقات الأجنبية إليها باعتبارها مصدر هام من مصادر التمويل الخارجي، فتزايدت اتفاقيات التنمية الاقتصادية بين الدول وتوسع حجم المبادلات التجارية، ولم تنحصر مجالات الاستثمار في قطاعات معينة أو محدودة، بل تنوعت وتعددت تلك المجالات فشملت الاستثمار في قطاعات البترول والتعدين والإنشاءات والخدمات، والتكنولوجيا، والتصنيع...⁽³⁾، ومن أبرز نماذج هذه العقود وأكثرها شيوعا:

أ - عقود البترول: يتطلب استغلال طاقة البترول الدخول في عقود متعددة بين الدولة صاحبة الثروة الطبيعية أو إحدى هيئاتها أو شركاتها من ناحية وبين طرف يقوم بالتنقيب والإنتاج والتسويق من ناحية أخرى، والغالب أن يكون هذا الطرف من الشركات الكبرى المتخصصة، ومما لا شك فيه أن تحقيق قدر مقبول من التوازن العادل بين مصالح الطرفين ليس بالأمر السهل، وقد شهدت العلاقة بين الدول المنتجة والشركات الأجنبية العاملة في المجال عدة تطورات متلاحقة فقد تم التحول من عقود الامتياز التقليدية الى صور عقدية أخرى كعقود المشاركة وعقود المقاوله.⁽⁴⁾

ب - عقود التعاون الصناعي: يعد التعاون الصناعي صورة خاصة للتعاون الاقتصادي الدولي، تتعاون فيها مشروعات مستقلة من دول مختلفة بهدف إنتاج منتج معين بمزيد من الفعالية في استخدام الظروف التكنولوجية بزيادة التخصص والتعاون في الإنتاج والبحث والتطوير من أجل تحقيق الآثار الاقتصادية

(1) عبد العزيز قادري: مرجع سابق، ص 56.

(2) دريد محمود السامرائي: مرجع سابق، ص 89.

(3) خالد كمال عكاشة: مرجع سابق، ص 99.

(4) بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق ص 53.

المستهدفة، وتتضمن عقود التعاون الصناعي صوراً عديدة من العقود التي تهدف الى تحقيق التقدم التكنولوجي والصناعي، ومن أهمها: عقود نقل التكنولوجيا، عقود المساعدة الفنية، عقد التوريد الدولي، عقود تسليم المفتاح في اليد، عقود تسليم المنتج في اليد.⁽¹⁾

ج - عقود الأشغال العامة الدولية: هي العقود التي تبرم في الغالب بين الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة من جهة وطرف أجنبي خاص من جهة أخرى، يتعهد بموجبه الطرف الأجنبي بتشييد مشروع ما كأعمال البناء أو أشغال الهندسة المدنية أو التشييدات الصناعية الأخرى، وما يلحق به من أعمال مثل تصميم المشروع وتوريد التكنولوجيا.⁽²⁾

فلما كانت مشروعات البنية التحتية عالية التكاليف وبالغة التخصص، فإن الدولة تلجأ في الغالب لانجاز هذه المشروعات الى إبرام العقود مع شركات أجنبية عملاقة ذات رؤوس أموال كبيرة، وكذلك متخصصة في إنشاءات معينة. وتمثل هذه العقود أهمية قصوى في مجال المعاملات الاقتصادية الدولية، إذ أنها تمكن الدولة من تطوير بنيتها الأساسية وتحديث مرافقها العامة دون اللجوء الى مغبة الاستدانة الخارجية وفي نفس الوقت هي تحافظ على ما هو موجود لديها من أرصدة أجنبية⁽³⁾، وتأخذ هذه العقود صوراً عديدة أهمها: عقود البناء والتشغيل والتحويل أو البوت.⁽⁴⁾

اعترافاً منها بأهمية الدور الفعال الذي يلعبه الاستثمار الأجنبي في بعث وتعزيز التنمية الاقتصادية المنشودة، والتي تقتضي البحث عن توازن بين مقتضيات السيادة الوطنية وضرورة اشراك رأس المال الأجنبي بعيداً عن اختياراتها السياسية والتأثيرات الأيديولوجية⁽⁵⁾، من أجل تحقيق هذه الأهداف بذلت الجزائر

⁽¹⁾ صلاح الدين جمال الدين: عقود الدولة لنقل التكنولوجيا - دراسة في اطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي -، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 150.

⁽²⁾ عمرو طه بدوي محمد علي: الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد - دراسة تطبيقية على عقود الانشاءات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص 472-473.

⁽³⁾ بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 61

⁽⁴⁾ تجدر الإشارة الى وجود بعض العقود التي تتشابه مع عقد البوت ومنها: عقود البناء والتأجير وعقد نقل الملكية (B.L.T) وعقود التصميم والبناء والتمويل والتشغيل (D.B.F.O) عقود البناء والتملك والتشغيل (B.O.O) عقود التحديث والتملك والتمويل (M.O.O.T) عقود البناء والتشغيل وتجديد الامتياز (B.O.R) عقود الإيجار والتجديد والتشغيل وتحويل الملكية (L.R.O.T) عقود البناء والتمويل التحويل (B.F.T) عقود التأجير والتدريب والتحويل (L.T.T) عقود البناء والتمويل (B.T). عقود البناء والتشييد الدولية (FIDIC). عصام

أحمد البهجي: التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 20.

⁽⁵⁾ محند وعلي عيوط: مرجع سابق، ص 36.

جهودا لتطوير وترقية الاستثمار الأجنبي بما يتوافق مع استراتيجية التنمية وبما يتطلع له المستثمر الأجنبي، فكان لقانون الاستثمار عدة تطورات وتغيرات تماشيا مع الأوضاع الاقتصادية والظروف السياسية التي شهدتها كل مرحلة، فأصدرت قوانين تضمنت امتيازات و ضمانات ممنوحة للاستثمارات الأجنبية⁽¹⁾، كما وضعت أجهزة دورها التعريف بفرص الاستثمار والترويج لها لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، عن طريق تزويد المستثمر الأجنبي بكل المعطيات الخاصة بدعمه وتشجيعه، كما بادرت بفتح المجال امام ترقية الاستثمار وتحقيق التنمية الاقتصادية عن طريق وضع برامج اقتصادية ومالية هامة،⁽²⁾ هذه القوانين وصفت بالملائمة والجاذبة لرأس المال الأجنبي، إلا أن رغبات المستثمرين الأجانب طالبت بالمزيد من المزايا والحوافز وفق ما تقتضيه عقود الاستثمار الأجنبي، حيث أعرب عدة مستثمرين أجانب بشكل صريح عن تخوفهم من الاستثمار في الجزائر نظرا لعدم استقرار سياستها وموقفها من الاستثمار الأجنبي لاسيما المبالغة في فرض القيود.

⁽¹⁾ عرفت الجزائر حزمة من قوانين الاستثمار تطورت عبر عدة مراحل تماشيا مع الظروف الاقتصادية والسياسية التي شهدتها في كل مرحلة.

أولا - قبل مرحلة الإصلاح الاقتصادي: تضمنت هذه المرحلة عدة قوانين تتعلق بالاستثمار:

أ - قانون رقم 63-277 المؤرخ في 26-07-1963 المتعلق بقانون الاستثمارات ج ر عدد 53 الصادرة بتاريخ 2 أوت 1963.

ب - الأمر رقم 66-284 المؤرخ في 15-09-1966 المتضمن قانون الاستثمارات، ج ر عدد 80 الصادرة بتاريخ 17-09-1966.

ج - قانون رقم 82-13 المؤرخ في 28-08-1982 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصادية وسيرها، ج ر عدد 35 الصادرة بتاريخ 31-08-1982.

ثانيا - الاطار القانوني لتشجيع الاستثمار الأجنبي في الجزائر في ظل الاصلاحات: في هذه الفترة تم تكريس مبدأ حرية الاستثمار لأول بموجب

القانون رقم 90-10 المؤرخ في 14-04-1990، المتعلق بالنقد والقروض، ج ر عدد 14، الصادرة بتاريخ 18-04-1990. المعدل والمتمم بموجب الامر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، ج ر عدد 52، الصادرة في 13-08-2003. كما تضمن المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05-10-1993 المتعلق بترقية الاستثمار نصوصا تترجم نية المشرع في جذب رأس المال الأجنبي.

ثالثا- مرحلة ما بعد التسعينات، تميزت هذه الحقبة بعودة الاستقرار الامني والسياسي والاقتصادي، الأمر الذي استوجب مواكبة التطورات الاقتصادية الدولية، بصدور مجموعة من القوانين والمراسيم والاورام، كلها تدخل في عمق الاصلاحات، وقد مست كل القطاعات دون استثناء.. ونخص بالذكر:

الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر ج ج عدد 47، الصادرة بتاريخ 22 أوت 2001 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 06-08 المؤرخ في 15 يوليو 2006 ج ر عدد 47 الصادرة بتاريخ 19 يوليو 2006. والملغى بموجب القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار المؤرخ في 03 أوت 2016، ج ر عدد 46 الصادرة بتاريخ 03-08-2016، المعدل بموجب القانون رقم 18-13 المؤرخ في 11 جويلية 2018، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2018، ج ر ج ج عدد 42، صادرة بتاريخ 15-07-2018. المعدل بموجب القانون 20-07-07 المؤرخ في 04-06-2020 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2020، ج ر عدد 33 مؤرخة في 04-06-2020.

⁽²⁾ أحمد سمير أبو الفتوح يوسف خلاف: مرجع سابق، ص 31-32.

بناء على ذلك فإن تهيئة مناخ الاستثمار الأجنبي يعتبر ركيزة أساسية تتسابق عليه دول العالم، بهدف جذب أكبر حصة من الأصول الاستثمارية، لذا تؤدي القوانين والتشريعات الاستثمارية ومدى استقرارها دور محوريا لتحقيق التنمية الاقتصادية⁽¹⁾، فضلا عن توافر عوامل أخرى تتعلق بالسياسة الاقتصادية ومدى توافر عناصر الانتاج، وحجم السوق المحلي ودرجة الانفتاح الاقتصادي والاستقرار الاقتصادي وجودة الادارة وغيرها، كلها تشكل مجموعة حوافز كفيلة بتحقيق نمو اقتصادي للدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية.

الفرع الثاني: أنواع الاستثمار الأجنبي.

تعددت وتنوعت أنواع الاستثمار الأجنبي، كما تباينت الآراء حول تقسيماته، فهناك من يقسم الاستثمار وفقا لصفة القائم به، في حين يميل تقسيم آخر إلى النظر في مدى فاعليته الاقتصادية⁽²⁾، إلا أن الفقه استقر على تقسيم الاستثمار إلى استثمار أجنبي مباشر واستثمار أجنبي غير مباشر، ويعد هذا التقسيم من أهم التقسيمات التي شغلت بال الاقتصاديين والقانونيين على حد السواء⁽³⁾، وذلك على أساس الفائدة التي تحققها تلك الاستثمارات لاقتصاد الدولة المضيفة، تلك الفائدة التي تعظم في حالة الاستثمارات المباشرة عنها في حالة الاستثمارات غير المباشرة، وعلى أساس مدى سيطرة المستثمر الأجنبي على المشروع وتوجيهه.

⁽¹⁾ أحمد سمير أبو الفتوح يوسف خلاف: مرجع سابق، ص 241.

⁽²⁾ تتخذ الاستثمارات الأجنبية عدة تقسيمات من بينها:

أ - الاستثمار التجاري والصناعي: كلاهما عبارة عن استثمار خاص، أي أنهما متشابهان من حيث الأصل ولكن يختلفان من حيث الغاية، فالاستثمار التجاري يقوم على أساس التصدير، أما الاستثمار الصناعي فيقوم على أساس الانتاج.

ب - الأشكال الجديدة للاستثمار NFI، هذا النوع يشمل العديد من نشاطات المؤسسات الدولية، وما يميزها عن باقي الاستثمارات انها تسمح للمستثمر بممارسة رقابة فعلية على المؤسسة دون أن يكتسب الاغلبية في رأس مالها، ومن بينها: عقود التسيير، عقود المساعدة التقنية، عقود الرخصة. محند وعلي عيوبوط: الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، 2012، ص 150-151.

ج - من حيث المدة تنقسم الى استثمارات قصيرة الأجل يكون الهدف من ارسال رأس مال الأجنبي لمدة قصيرة هو تفادي بعض المخاطر التي تحيط به في موطنه الاصلي كخطر خضوعه الى ضرائب باهضة، أما الاستثمارات الطويلة الأجل فتستخدم لانشاء أو تمويل مشروعات انتاجية في الدول التي تنتقل اليها، وتعلق أساسا بمشروعات البنية التحتية. عثمان الحداد معاوية: القواعد القانونية المنظمة لجذب الاستثمار الأجنبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، د.ت.ن، ص 45-46.

د - من الناحية الاقتصادية يقسم الى استثمار منتج وغير منتج وهذا بالنظر الى مجموع قيمة الخدمات والسلع المنتجة خلال مدة زمنية.

⁽³⁾ صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد: دور الاستثمار الأجنبي في تطور احكام القانون الدولي الخاص، د.د.ن، القاهرة، 2000،

أولاً: الاستثمار الأجنبي غير المباشر.

تعرف الاستثمارات الأجنبية غير المباشرة على أنها الاستثمارات التي تتدفق داخل الدولة في شكل قروض مقدمة من أفراد أو هيئات أجنبية، أو تأتي في شكل اكتتاب في الصكوك الصادرة عن تلك الدولة أو في المشروعات التي تقام بها سواء تم الاكتتاب عن طريق السندات التي تحمل فائدة ثابتة، أو عن طريق الأسهم على ألا يكون للأجانب الحق في الحصول على نسبة من الأسهم تخولهم حق إدارة المشروع⁽¹⁾، معنى ذلك أن المستثمر لا يقوم بإنشاء أو تملك شركات أو منشآت في دولة أجنبية وإنما يستثمر أمواله عن طريق منح القروض التي تعطى عائدات ثابتة في صورة فوائد أو شراء أسهم المضاربة والسندات وغيرها من الأوراق المطروحة بالبورصة⁽²⁾، فهذا الاستثمار يخص الاستثمار في المحفظة أو التوظيف للمنقول أي قيام الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين المقيمين في دولة ما بشراء سندات أو أسهم لشركات قائمة في دولة أجنبية مع عدم اهتمامهم بدرجة النفوذ الممارس بل ينصب الاهتمام بالمحفظة على سلامة رأس مالمهم وزيادة قيمة الأوراق المالية التي يملكونها⁽³⁾، ويترتب على هذا النوع من الاستثمار نقل المهارات والخبرات الفنية والتكنولوجية الحديثة الى الدولة المضيفة المشروع⁽⁴⁾، فدور المستثمر الأجنبي يقتصر على مجرد تقديم رأس المال ولا يكون له ممارسة أي رقابة أو سيطرة على المشروع الاستثماري.⁽⁵⁾

تتميز الاستثمارات الأجنبية غير المباشرة عن الاستثمارات الأجنبية المباشرة بأن المستثمر الأجنبي فيها لا يكون مالكا لكل أو جزء من مشروع الاستثمار، كما أنه لا يتحكم في إدارته أو تنظيمه، كما تتميز أيضا بأنها تتجه نحو الأغراض الاستهلاكية والإنفاق العام بالميزانية، ثم إن إمكانية الريح فيها أكبر على المدى القصير وأقل على المدى الطويل، ولا تنتقل على أثر هذه الاستثمارات المهارات والخبرات الفنية والتكنولوجية الحديثة المرافقة لرأس المال الأجنبي، كما هو الحال في الاستثمارات المباشرة.⁽⁶⁾

(1) غسان علي علي: مرجع سابق، ص 49.

(2) عثمان الحداد معاوية: مرجع سابق، ص 52.

(3) أحمد أبو الفتوح يوسف خلاف: مرجع سابق، ص 11.

(4) بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 40.

(5) خالد كمال عكاشة: مرجع سابق، ص 97.

(6) غسان علي علي: مرجع سابق، ص 49.

أما عن الآلية التي يتم بها استخدام الاستثمار الأجنبي غير المباشر، فالتفق عليه أنه يتم عبر شكلين أساسيين هما: القروض المقدمة من الهيئات الخاصة أو الأفراد، والاستثمار في حافظة الأوراق المالية أو الاكتتاب في السندات والأسهم

أ - القروض: تقدم القروض للدول لمساعدتها على اقتناء السلع والخدمات، كما تقدم على شكل تسهيلات مصرفية لتغطية العجز في النقد الأجنبي، لذلك فهي تمثل عنصر من عناصر تمويل عجز ميزان المدفوعات بفعل الاستراتيجية المتزايدة للدول النامية في استقطاب الأموال من الخارج، ومنها أيضا القروض الدولية التي يحولها المقرض الى عملات محلية لتغطية أعباء التسيير⁽¹⁾، وعلى العموم فإن هذه القروض تختلف باختلاف مصادرها ويمكن تقسيمها الى:

1 - القروض الخارجية الخاصة: يقصد بها جميع ما تقدمه الهيئات أو الشركات الخاصة أو الأفراد من أموال لتوريد السلع والخدمات للدول المقرضة، كما يشمل أيضا رأس المال الذي يتم الحصول عليه من البنوك التجارية الخاصة كتسهيلات مصرفية لتمويل عملية التنمية الاقتصادية في الدول المقرضة، بيد أن هذه القروض تعقد في كثير من الأحيان بشروط تعسفية وغير ملائمة للدولة من حيث مدتها أو سعر الفائدة، لذا فإن الآثار السلبية لهذه القروض تستوعب في الواقع الدور الذي يكمن أن تضطلع به في تنمية اقتصاديات الدول النامية، لذلك تراجعت أهميتها كثيرا⁽²⁾.

2- القروض العامة أو الثنائية: أصبحت هذه القروض في الوقت الحالي وسيلة أساسية تعتمد عليها الدول لتمويل مشروعاتها الانمائية، ولعل السبب وراء رواجها إنما يرجع إلى إعتبرات سياسية، فالدولة تلجأ إلى طلب القرض كأداة لتعزيز سياستها الخارجية.⁽³⁾

3- قروض مؤسسات التمويل الدولية: تحصل عليها الدول من المنظمات والمؤسسات الدولية، وهي مقسمة الى قسمين رئيسيين: المنظمات التابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة، والمنظمات الحكومية

⁽¹⁾ عبد العزيز قادري: مرجع سابق، ص 27.

⁽²⁾ دريد محمود السامرائي: مرجع سابق، ص 54

⁽³⁾ حازم حسن جمعة: الحماية الدبلوماسية للمشروعات المشتركة، دراسة تحليلية للمشروعات الدولية العامة وقواعد حمايتها في القانون الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، القاهرة، 1981، ص 188.

المتخصصة التي ترتبط مع الأمم المتحدة باتفاقيات وصل تجعلها وكالات متخصصة، وهي البنك الدولي للتنمية والإعمار، ومؤسسة التمويل الدولية، ووكالة التنمية الدولية، والصندوق الدولي الزراعي.⁽¹⁾

ب - الاكتاب في السندات والأسهم: قد تصدر الدولة المستوردة لرأس المال سندات ذات قيم وأسعار بفائدة محددة، يحصل المكتتب بموجبها على فائدة سنوية وعلى قيمة السند عند حلول اجل الاستحقاق، وقد تطرح الدولة أسهمها للشركات أو المشاريع التي تود انشائها، يكتب فيها الأجانب الذي يحصلون على عوائد تترتب على الاكتاب.⁽²⁾

ثانيا- الاستثمار الأجنبي المباشر.

يعد الاستثمار الأجنبي المباشر الشكل السائد في الوقت الحاضر ويعد الصورة الأولى للاستثمار، فهو يتضمن تنوعا واسعا في الإنتاج والتنظيم والتسويق لأجل تسهيل انتقال السلع والخدمات ورأس المال والتقنيات بين الدول، فهو يجلب بحكم طبيعته موارد لا يمكن تداولها تجاريا في الأسواق إلا بصورة مفتوحة، كما أنه يقدم مساهمة في النمو عن طريق توسيع نطاق أرصدة رأس المال في الاقتصاد المضيف⁽³⁾، ويعرف الاستثمار الأجنبي المباشر، أو كما يسمى بالاستثمار الحقيقي على أنه هو انتقال رؤوس الأموال الأجنبية مقترنة بعنصري التنظيم والإدارة الى الدولة المضيضة، بحيث يترتب عليه إقامة مشروعات مملوكة ملكية كاملة لمستثمرين أجانب أو ملكية حصص تمكنهم من السيطرة على إدارة هذه المشروعات أو تعطيتهم حق المشاركة في هذه الإدارة يترتب على ذلك نقل المهارات والخبرات الفنية والتكنولوجية الحديثة الى الدولة المضيضة دون أن تكون له أية سيطرة أو رقابة على المشروع⁽⁴⁾، وهو يعني أيضا الانفاق على الأصول الانتاجية الحقيقية أو السلع ذات الطبيعة الاستثمارية، مما يترتب على هذا الانفاق حصول انتاج حقيقي اضافي وزيادة في المخزون من السلع والخدمات⁽⁵⁾، وهو بهذا المعنى يختلف عن الاستثمار غير المباشر لكونه ينطوي على امتلاك المستثمر الأجنبي لجزء أو كل الاستثمارات في مشروع معين بالإضافة الى قيامه

⁽¹⁾ دريد محمود السامرائي: مرجع سابق، ص 68.

⁽²⁾ عبد العزيز قادري: مرجع سابق، ص 27.

⁽³⁾ خالد كمال عكاشة: مرجع سابق، ص 96.

⁽⁴⁾ بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 40.

⁽⁵⁾ عثمان الحداد معاوية: مرجع سابق، ص 46.

بالمشاركة في إدارة المشروع مع المستثمر الوطني في حالة الاستثمار المشترك أو سيطرته التامة على الإدارة والتنظيم في حالة ملكيته المطلقة لمشروع الاستثمار.⁽¹⁾

فهذا النوع من الاستثمارات يتميز بسيطرة المستثمر الأجنبي على رأس المال والتقنية والإدارة ومهارات التسويق لترويج المشروع التجاري، كما يتميز أيضا بأنه استثمار منتج بطبيعته لأنه يضمن الاستخدام الأمثل للموارد، حيث لا يقدم المستثمر الأجنبي على استثمار أمواله وخبراته في الدول النامية إلا بناء على دراسات علمية متعمقة عن الجدوى الاقتصادية للمشروع⁽²⁾. أما عن الألية التي يتم بها استخدام الاستثمار الأجنبي المباشر، فالمتفق عليه أنه يتم عبر الشركات المتعددة الجنسية، أو صفة المشروع المشترك .

أ - الشركات المتعددة الجنسية: يقصد بها قيام كيانات اقتصادية كبرى ذات امكانيات مادية وبشرية هائلة باتخاذ بعض الدول الكبرى مقرا لها، ومن ثم تقوم بتأسيس شركات فرعية لها وفقا للنظام المتبع في البلد المعني، وتلعب هذه الشركات دورا مهما في العلاقات الاقتصادية الدولية⁽³⁾، وتضطلع بدور هام في مجال الاستثمارات الأجنبية لاسيما في البلدان النامية، ومن المؤشرات الدالة على تعاظم هذه الشركات هو انفرادها بإدارة وملكية المشروع الاستثماري، حيث تتخذ من استثمار الأسهم والسندات مجالا خصبا لها لنشاطاتها الدولية⁽⁴⁾، فهي تتميز بتنوع أنشطتها وتقسيماتها وقدرتها على نقل التكنولوجيا⁽⁵⁾، فضلا عن تأثير قراراتها على الرفاهية في المدى البعيد في كل من الشركة الأصلية أين يتواجد مركز ادارتها وفي الدولة المضيفة حيث تمارس الشركة نشاطها⁽⁶⁾، وهذا بفعل النمو السريع والحجم الاقتصادي الذي يميز هذا النوع من الشركات.

كما تتعاظم قوة هذه الشركات من خلال توسيع هيمنتها الموزعة على قطاعات النفط والطاقة وصناعة السيارات، وامتداد نفوذها ليشمل الاحتكارات المرتبطة بالإنتاج العلمي والتكنولوجيا⁽⁷⁾، فضلا عن ذلك

⁽¹⁾ أحمد أبو الفتوح يوسف خلاف: مرجع سابق، ص 11.

⁽²⁾ غسان علي علي: مرجع سابق، ص 33.

⁽³⁾ بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع نفسه، ص 42.

⁽⁴⁾ عثمان الحداد معاوية: المرجع نفسه، ص 48.

⁽⁵⁾ ناصر عثمان: ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 06.

⁽⁶⁾ سيد طه: دور الشركات العابرة للحدود في جذب الاستثمار الأجنبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 49.

⁽⁷⁾ بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 42.

فإن التشتت الجغرافي لهذه الشركات، جعلها تنتشر في عشرات الدول قصد الحصول على أية ميزة نسبية في أي دولة دون أفضلية لبلد المقر، دون الاخلال بالسمة المركزية من حيث وحدة السيطرة التي تخضع لها الشركات الوليدة في مختلف أنحاء العالم.⁽¹⁾

ب - المشروعات المشتركة: تأخذ غالبية الدول النامية المضيضة للاستثمار الأجنبي بفكرة المشاركة مع رأس المال، من خلال النص عليه في تشريعاتها الداخلية عن طريق المشاركة بين القطاع العام أو الخاص في رأس مال المشروع الأجنبي، ومن مزايا هذه المشروعات أنها تسمح للدولة المضيضة بالسيطرة على مصادر ثروتها الوطنية عن طريق ما تمارسه من رقابة داخلية على المشروع من جهة، ومن جهة أخرى فإنها تساهم في زيادة عائدات الدولة⁽²⁾، فضلا عن اكتساب الكادر الوطني الخبرة والمهارة الكافية لإدارة وتشغيل المشروعات الاستثمارية الكبيرة⁽³⁾.

لأجل ذلك تضم المشروعات التي تكون نتيجة اتفاق بين الدولة المضيضة والطرف الأجنبي الخاص اتفاقا بمقتضاه يشترك الطرفان على تأسيس مشروع معين في اقليم الدولة المضيضة على أن يتولى المستثمر الأجنبي خدمات الادارة والتوزيع⁽⁴⁾، في هذه الحالة فإن المشروع الاستثماري يأخذ طابع الشركة الوطنية العادية التي تتمتع بجنسية الدولة المضيضة، كما تتمتع بمعاملة خاصة من حيث الاعفاءات والامتيازات التي تمنحها لها الدولة⁽⁵⁾، اذا فهذه المشروعات تمنح الطرف الأجنبي قدرا أكبر من الطمأنينة باعتباره قد أصبح شريكا وليس مجرد صاحب امتياز أجنبي نظرا لما تنص عليه اتفاقات المشاركة من قواعد واضحة المعالم لمعاملة الشريك الأجنبي.⁽⁶⁾

⁽¹⁾ أسامة عبد المجيد العاني: مستقبل الاقتصاد العربي في ظل الشركات متعددة الجنسية، مجلة شؤون عربية، ديسمبر، كانون الأول، 2001، ص 131.

⁽²⁾ عثمان الحداد معاوية: مرجع سابق، ص 50.

⁽³⁾ بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع نفسه، ص 43.

⁽⁴⁾ خالد محمد القاضي: موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص 40.

⁽⁵⁾ ربيعة قصوري: مرجع سابق، ص 34، نقلا عن ابراهيم شحاته: المشروعات المشتركة في اطار التعاون العربي، مجلة السياسة الدولية، عدد 40، أبريل 1975، ص 22.

⁽⁶⁾ أحمد عبد الحميد عشوش: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في الدول العربية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1975، ص 34.

يعد الاستثمار الأجنبي المباشر النوع الغالب من الاستثمار نظرا لما يتمتع به من مزايا، فهو يضمن للمستثمر الأجنبي السيطرة الفعلية للمشروع من حيث اختيار شركائه ومجالات الاستثمار التي يفضلها، كما أن الوكالات والمنظمات الدولية المتخصصة في مجال ضمان المخاطر غير التجارية تمثل جانبا ايجابيا له في حالة تعرضه لأي من تلك المخاطر، أما بالنسبة للدولة المضيفة فهي تفضل الاستثمار الأجنبي المباشر لأنه يضمن استيراد المال بالإضافة الى استيراد الخبرة الفنية والإدارية من الخارج، فضلا عن ذلك فإن استخدام الوسائل الإنتاجية الحديثة من شأنه أن يطور الاقتصاد الوطني ويخلق فرص عمل جديدة، الى جانب عدم تحمل الدولة أعباء مديونية في هذا الاستثمار بخلاف القروض التي يجب سدادها مع فوائدها⁽¹⁾.

على الرغم من أن الاستثمار الأجنبي بنوعيه غير مباشر ومباشر مازال قائما الا أن هذا الأخير أصبح الشكل السائد لما يترتب عليه من مزايا مذكورة أعلاه، لأجل ذلك فإن الاستثمار المباشر هو المقصود في هذه الدراسة.

المبحث الثاني

منازعات الاستثمار الأجنبي وطرق تسويتها.

تعد عقود الاستثمار من عقود المدة فعليا ما تكون طويلة الأجل حيث يطرأ خلالها تغير في الظروف المحيطة بالعقد كتغير الظروف الاقتصادية أو السياسية مما يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بين الطرفين، وبالتالي تنشأ منازعات بينهما، بسبب اخلال الدولة او المستثمر الأجنبي الالتزامات المتفق عليها في بنود العقد، ليتعرض بذلك العقد إلى الانتهاء أو الإلغاء لاستحالة تنفيذ الالتزام، وأيا كانت أسباب النزاع فقد أصبح لزاما أن يلجأ أطرافه إلى تسويته بالطرق السلمية، وفي حال باتت جهود التسوية بالفشل ينتقل الأطراف إلى الطرق الإلزامية المتمثلة في القضاء سواء الداخلي أو الدولي.

تفصيلا لما تقدم سنتعرض في هذا المبحث الى تحديد مفهوم منازعات الاستثمار الأجنبي، والوسائل المختلفة لتسويتها وفق مايلي:

المطلب الأول: ماهية منازعات الاستثمار الأجنبي.

المطلب الثاني: طرق تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

⁽¹⁾ عثمان الحداد معاوية: مرجع سابق، ص 47.

المطلب الأول: ماهية منازعات الاستثمار الأجنبي

تُحظى الاستثمارات الأجنبية بأهمية بالغة لدى غالبية الدول، وقصد التوفيق بين مصالح الدول المضيفة للاستثمار وحقوق المستثمر الأجنبي⁽¹⁾، تحرص الدولة على إخضاع الاستثمارات إلى تنظيم قانوني بغية عدم الإضرار بمصالح المستثمر والحفاظ على سيادتها، وعلى الرغم من الانتشار الواسع للاستثمار الأجنبي إلا أن حقوق وتوقعات المستثمر الأجنبي تعاني العديد من العقبات غير المتوقعة، وهو ما من شأنه أن يثير العديد من المنازعات، وبالنتيجة يتولد لديه شعور طبيعي للحرص الزائد على ضمان استثماره وحماية رأس ماله⁽²⁾، بناء على ذلك فإنه من المفيد التطرق إلى تحديد مفهوم منازعات الاستثمار، وإلى الأسباب التي تؤدي إلى نشوئها وطبيعتها القانونية، وفق مايلي:

الفرع الأول: مفهوم منازعات الاستثمار الأجنبي.

قبل التطرق إلى مفهوم منازعات الاستثمار الأجنبي، من المفيد أن نشير أولاً إلى مفهوم عقد الاستثمار الأجنبي، يليه تعريف منازعات الاستثمار الأجنبي على النحو التالي:

⁽¹⁾ يترتب على عقود الاستثمار الأجنبي حقوق والتزامات بين طرفي العقد، وبشكل عام يمكن اجمالها في:

أولاً - حقوق والتزامات الدولة المضيفة للاستثمار:

1 - الحق في الاشراف والرقابة.

2 - الحق في الغاء أو تعديل عقد الاستثمار الأجنبي.

3 - التزام الدولة بتقديم الحماية اللازمة للمستثمر الأجنبي

ثانياً: حقوق والتزامات المستثمر الأجنبي.

1 - الحق في حماية الاموال المستثمرة من الاجراءات الانفرادية التي تقوم بها الدولة المضيفة للاستثمار.

2 - الحق في تحويل رأس المال وعائداته.

3 - الحق في الاعفاءات المالية الضريبية الجمركية وغير الجمركية.

4 - الحصول على الضمانات والامتيازات. معنى ذلك فالمستثمر الأجنبي يتمتع بنوعين من الحقوق، النوع الاول هي الحقوق

الموضوعية مثل شرط المعاملة الوطنية، وشرط الدولة الاولى بالرعاية، اما النوع الثاني فهي حقوق اجرائية تتعلق بحالة النزاعات التي تنور

بينه وبين الدولة المضيفة للتحكيم التجاري الدولي، بن علي بن سهلة ثاني: حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء نظام التحكيم غير

الاتفاقي، ص1311.

أما بالنسبة للالتزامات التي تقع على عاتق المستثمر الأجنبي فهي تشمل: 1- التزام المستثمر الأجنبي بالحد الأدنى من الاستثمار

2- التزامه بالمساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية

3- المحافظة على سلامة المجتمع والبيئة

4- التزام المستثمر باعلام الدولة المضيفة للاستثمار بكل الظروف المحيطة بالمشروع الاستثماري - التزم المستثمر بتدريب العمالة

المحلية وتحقيق التنمية الاقتصادية.

⁽²⁾ ازاد شكور صالح: الاستثمار الأجنبي وسبل استقطابه وتسوية منازعاته، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2011، ص81.

أولاً - تعريف عقود الاستثمار الأجنبي.

مع تعدد الآراء واختلاف المضامين المعطاة لهذه العقود قصد تحديد ماهيتها أدى ذلك إلى وجود خلط بينها وبين عقود الدولة الأخرى، خاصة مع عدم وجود عقد مسمى يمكن أن نطلق عليه عقد الدولة للاستثمار⁽¹⁾، ففكرة هذه العقود هي أقرب ما تكون لفكرة وصفية تنطبق على مجموعة من العقود تتوافر فيها خصائص معينة⁽²⁾، وتعرف عقود الاستثمار على أنها "اتفاق مكتوب تلتزم بمقتضاه شركة أجنبية أو مشروع أجنبي بتقديم المساعدة الفنية والمالية بهدف المساهمة في إنجاز خطط وطنية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلد المضيف، الذي يلتزم بدوره بتقديم المقابل لهذه الشركة في صورة مالية أو عينية"⁽³⁾، كما تعرف على أنها كل العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي، والتي تتعلق بمباشرة الأنشطة التي تدخل في اطار خطط التنمية الاقتصادية للبلاد⁽⁴⁾.

أما فيما يتعلق بعقود الدولة فهي تقسم الى عقود داخلية وعقود دولية، أما العقود الداخلية فهي تقسم بدورها الى عقود الدولة الادارية، وعقود الدولة الخاصة، عقود الدولة الادارية هي: العقود التي تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، وتخضع لقواعد القانون العام ويختص بها القضاء الاداري، وتبرم من طرف أشخاص القانون العام بقصد ادارة موفق عام. أما عقود الدولة الخاصة: وهي العقود التي تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، ليس بوصفها شخص عام وانما تنزل منزلة الأفراد، حيث تقف على قدم المساواة مع المتعاقد معها، وتخضع للقانون الخاص وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، في حين أن عقود الدولة الدولية تنقسم الى: 1 - المعاهدات الدولية، 2 - العقود المبرمة بين المنظمات الدولية ودولة المقر، 3 - عقود الدولة الدولية وهي العقود المبرمة بين الدول أو أحد الأجهزة التابعة للدولة، ومشروع خاص أجنبي يكون موضوعه استغلال ثروة طبيعية أو اقامة منشآت صناعية بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية للبلد المضيف⁽⁵⁾.

(1) حفيظة السيد حداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 19.

(2) جابر فهمي عمران: الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2013، ص 383.

(3) علي ابراهيم: العلاقات الدولية في وقت السلم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 317.

(4) بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 12.

(5) مراد محمود المواجدة: مرجع سابق، ص 47.

يبدو واضحاً أنه لا يمكن الخلط بين مصطلح عقود الاستثمار ومصطلح عقود الدولة بمعناها الواسع فعلى الرغم من كون عقود الاستثمار تمثل الموضوع الأصيل لعقود الدولة، إلا أن عقود الدولة أشمل وأوسع فهي لا تقتصر على عقود الاستثمار فقط، فقد تتعاقد الدولة مع شخص طبيعي في مجال معين، ولا ينطبق عليه وصف عقد الاستثمار⁽¹⁾، فما يميز عقود الاستثمار الأجنبية هي خصوصية أطرافه، فهي تضم دولة تتمتع بسيادة وحصانة مع طرف أجنبي من أشخاص القانون الخاص، وهذا ما شكل قفزة نوعية في إطار القانون الدولي العام ومبدأ سيادة الدول⁽²⁾، إلا أن ذلك لا يمنع من أن يتمتع المستثمر الأجنبي بمركز اقتصادي أقوى من الدولة، لذا ينطوي العقد على عدم تكافؤ قانوني من جهة واقتصادي من جهة أخرى، وهو ما يستتبعه إخضاعه لنظام قانوني مختلف عن العقود المعتادة للتجارة الدولية.⁽³⁾

على كل يمكن القول أن عقود الاستثمار الأجنبية هي العقود المبرمة بين الدولة المضيفة للاستثمار أو أحد الاجهزة التابعة لها مع مستثمر أجنبي خاص، يلتزم بمقتضاها هذا الأخير بنقل قيم اقتصادية إلى الدولة المضيفة لاستغلالها في مشاريع استثمارية، وتتعدد هذه العقود وتختلف نماذجها حسب حاجة الدول لتنفيذ خططها التنموية، في مقابل تحقيق المستثمر الربح من وراء استثماره لرأس ماله.

ثانياً - تعريف منازعات الاستثمار الأجنبي.

منازعات الاستثمار من المصطلحات الشائعة وكثيرة التداول على صعيد القانوني والاقتصادي ويمكن تعريفها على أنها "المنازعات التي تنشأ نتيجة انتهاك أحد الأطراف الحقوق أو خرقه الالتزامات المنصوص عليها في عقد الاستثمار، أو انهاء العقد اثناء مبسترا أو نتيجة اتخاذ اجراء انفرادي من قبل أحد الأطراف أو بسبب القوة القاهرة، مما قد ينتج عنها أضرار للطرف الآخر يستلزم التعويض عما أصابه من ضرر"⁽⁴⁾، كما يمكن تعريفها على أنها النزاعات التي تنشأ نتيجة التغيرات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، ويترتب

⁽¹⁾ هفال صديق اسماعيل: التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية مع أحدث أحكام هيئة التحكيم الدولية وأحكام المحاكم الوطنية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2016، ص 47.

⁽²⁾ حسام مروان أبو حامدة: التحكيم في منازعات الاستثمار وفق القانون الأردني وبعض الاتفاقيات المصادق عليها من طرف المملكة الأردنية الهاشمية، 5 سبتمبر 2018: <https://www.mohamah.net/law>

⁽³⁾ محمد شعبان سيد: التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014، ص 16.

⁽⁴⁾ طه أحمد علي: تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2008، ص 10.

عليها تضارب في المصالح، كما انها تنشأ نتيجة فشل في التوقعات الخاصة بنتائج المشروع، وقد لا يستطيع اطراف النزاع التعاون بسبب وجود ضغوط خارجية او اختلافات سياسية واقتصادية وثقافية.⁽¹⁾

الملاحظ أن هذه التعريفات لم تتوافر على عناصر منازعات الاستثمار، كما أنها أهملت الحديث عن اخلال المستثمر الأجنبي لالتزاماته مكتفية بالإشارة إلى التصرفات والإجراءات التي تقوم بها الدولة المضيفة فقط .

أما بالنسبة لاتفاقية واشنطن 1965 فقد وضعت شرطين أساسيين لتحديد منازعات الاستثمار وهما: أن تكون المنازعة الاستثمارية ناتجة عن نزاع قانوني وأن تكون المنازعة ناشئة بطريقة مباشرة عن العملية الاستثمارية. وفيما يلي سنتولى شرح هذه الشروط حسب ما ورد في الاتفاقية .

أ- أن تكون المنازعة الاستثمارية ناتجة عن نزاع قانوني: اشترطت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار ان يكون النزاع القائم بين الطرفين ذو طابع قانوني دون تقديم أي تعريف لمصطلح منازعة او لعبارة قانوني، حيث أشارت المادة 25 منها على ان النزاع المعروض أمام محكمة تحكيم المركز يجب أن يكون نزاعاً قانونياً، أي أنه لا بد من التمييز بين نزاع ذي طبيعة قانونية، ونزاع ذي طبيعة سياسية، اقتصادية، وحتى تجارية⁽²⁾، فهذه الاتفاقية هو ابعاد منازعات الاستثمار عن السياسة وعن احتكار قوانين الدول المضيفة، وهو مايعني بالضرورة توسيع ما يقصد بالنزاع ذي الطابع القانوني ليشمل عندئذ شرعية الاجراء المتمثل في التأميم، وفي هذه الحالة يجب عدم الخلط بين طبيعة الاجراء الذي اقدمت عليه الدولة، وطبيعة النزاع الذي يدور حوله، فقد يكون اجراء التأميم سياسي بالنظر الى بواعثه، في حين قد يكون النزاع الذي نشأ عنه ذو طابع قانوني يدور حول مدى حق الدولة في اتخاذ مثل هذا الاجراء أو صحة الباعث لاتخاذها، على الرغم من أن المنازعات ذات الطابع السياسي قد تحدث في روابط الاستثمار في مثل هذه الحالات⁽³⁾، لذا ينبغي القول أن المنازعة قد تكون متصلة بحق أو التزام قانوني مثل تطبيق ما ينص عليه عقد الاستثمار، أو تفسير أحد بنوده، أو حتى نزاع ناشئ عن اتفاقية استثمار ثنائية بين الدولة المضيفة

⁽¹⁾ حميد شيرزاد هروري: مرجع سابق، ص 24.

⁽²⁾ عبد المعز غفار نجم: الجوانب القانونية لنشاط البنك الدولي للإنشاء والتعمير، الهيئة المصرية للكتاب، 1976، ص 431.

⁽³⁾ لما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص 64.

للاستثمار والمستثمر الأجنبي، وباختصار فإن اللجوء الى المركز ليس إلا أمر اختياري لدى الأطراف المتنازعة سواء كان ذلك في بند عقد دولي أو بند في اتفاقية ثنائية.⁽¹⁾

ب - أن تكون المنازعة ناشئة بطريقة مباشرة عن العملية الاستثمارية: لتمكين المستثمر الأجنبي من فض منازعاته مع الدولة المضيفة للإستثمار، تم ابرام اتفاقية واشنطن قصد توفير بديل لفكرة الحماية الدبلوماسية⁽²⁾، لذا كان من المنطقي تحديد نطاق اختصاص المركز من خلال وضع معايير موضوعية واضحة تبين نوعية المنازعات التي يختص بها المركز، إلا أن الشد والجذب الذي حصل بين الدول، حال دون تحديد مفهوم للاستثمار، لذلك تباينت احكام المركز بين اتجاهين رئيسيين: الأول هو الاتجاه الرضائي الذي يرى أن تحديد المفهوم متروك لإرادة الأطراف دون قيد أو شرط، والاتجاه المقابل له هو الاتجاه الرضائي المقيد الذي يرى أن ارادة الاطراف ليست كافية لانعقاد اختصاص المركز، وإنما ينبغي أن تتوفر في النزاع بعض الخصائص الموضوعية، وذلك بغية مد اختصاص المركز بحيث يتم تدويل جميع المنازعات بين الدولة والطرف الأجنبي، إلا أن ذلك يعني تحقق مخاوف الدول النامية من تدويل جميع منازعاتها مع المستثمرين الأجانب عن طريق خلق نظام جديد للامتيازات الأجنبية.⁽³⁾

كما أثار التعبير الوارد في نص الفقرة 1 من المادة 25 من اتفاقية واشنطن حول ضرورة أن يكون النزاع ناشئاً مباشرة عن الاستثمار نوعاً من الخلط بين الاستثمار والمنازعة، حيث ربط أحد أطراف النزاع في احدى القضايا المعروضة على المركز⁽⁴⁾ بين تعبير "مباشرة" الواردة في المادة⁽⁵⁾ وبين فكرة تقسيم الاستثمار الى استثمار مباشر واستثمار غير مباشر، وترتب على ذلك خروج المنازعات المتعلقة بالاستثمارات غير المباشرة

⁽¹⁾ لما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص 66.

⁽²⁾ تم صياغة القواعد المنظمة لعملية التحكيم بطريقة تغني المستثمر الأجنبي عن اللجوء الى طلب العون من بلده طبقاً لمبدأ الحماية الدبلوماسية القائمة على فكرة أن الأجنبي المقيم بدولة يتمتع بحد أدنى من الحقوق لا يجوز المساس بها، والا أثرت المسؤولية الدولية للدولة المضيفة للاستثمار، وكانت الحماية تتجسد في مقاضاة المستثمر الأجنبي الدولة المضيفة امام محاكمها الوطنية للحصول على التعويض، وفي حالة عدم حصوله على التعويض المناسب، يلجأ المستثمر الى دولته طالبا منها التوسط عبر الوسائل الدبلوماسية. يحي اكرام بدر: مرجع سابق، ص 2.

⁽³⁾ يحي اكرام بدر: مرجع سابق، ص 17-18.

⁽⁴⁾ ICSID.CASE NO.ARB/96/3, JULY 11,1997

⁽⁵⁾ نصت الفقرة الاولى من المادة 25 من الاتفاقية على انه "يمتد اختصاص المركز الى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقدة - أو أحد أقسام مكونة لها الذي تعينه تلك الدولة للمركز أو احدى وكالاتها التي تعينها - وبين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة....."

التي تتم في صورة قروض أو شراء سندات مالية من نطاق اختصاص المركز⁽¹⁾، الا أن هيئة تحكيم المركز أوضحت أن عبارة مباشرة تتعلق بالنزاع وليس بنوع الاستثمار سواء كان مباشر أو غير مباشر.⁽²⁾

في سياق متصل فإن الفقرة 4 من ذات المادة أعطت الدول المتعاقدة في وقت التصديق أو القبول، أو في أي وقت لاحق ان تبلغ المركز بالمنازعات التي تريد اخضاعها لاختصاصه، وقد يكون في منح الاتفاقية للدول المتعاقدة الحرية في ذلك وجهة نظر صائبة في ظل عدم وضع تعريف محدد للاستثمار، ويعود ذلك الى اختلافه بين دولة وأخرى وفقا للسياسة الاقتصادية المتبعة في الدول.⁽³⁾

الفرع الثاني: أسباب منازعات الاستثمار الأجنبي.

تتخذ الدولة المضيفة في علاقتها بالمستثمر الأجنبي عدة تصرفات من شأنها أن تؤثر على حقوقه وتجعله ينظر إلى الدولة نظرة ريبة، ومن الثابت أن قيام الدولة بإنهاء عقود الاستثمار بإرادتها المنفردة والاستيلاء على المشروع الاستثماري دون تعويض، وطرد المستثمر الأجنبي من أراضيها يعد من أسوأ التصرفات التي تقدم عليها، كما أن قيامها بتغيير تشريعاتها الوطنية النازمة للاستثمارات على إقليمها يزيد من مخاوف المستثمر ويساهم في زعزعة الاستقرار المنشود لمناخ الاستثمار⁽⁴⁾، غير أن الأمر لا يتوقف عند اخلال الدولة بالتزاماتها، فالطرف الأجنبي هو الآخر له دور في خرق التزامات بنود العقد تؤدي الى انتهاك مصالح الدولة المضيفة للاستثمار، فضلا عن وجود أسباب أجنبية أو مفاجئة لا دخل لأطراف النزاع فيها.

⁽¹⁾ يبدو ذلك واضحا من خلال الدفع الذي أبدته حكومة فنزويلا في النزاع القائم بينها وبين شركة سمسة مالية Fedax-N.V. والذي تم عرضه على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بالفصل في النزاع على أساس أنه لا يمكن اعتبار امتلاك الشركة المدعية لسندات مالية تمثل ديونا صادرة من حكومة فنزويلا بمثابة استثمار أجنبي مباشر، حيث تدور حيثيات القضية حول النزاع القائم بشأن استيفاء سندات اذنية صدرت عن حكومة فنزويلا، وعلى الرغم من أن شركة Fedax قد ألت إليها تلك السندات عبر التظهير فقط شأنها شأن أي شخص يضارب في سوق الاوراق المالية، الا أن الهيئة رأت أن عائد تلك السندات قد استخدم في تمويل مشروعات البنية التحتية يجعل منها استثمارا، ويستحق الحماية تحت مظلة معاهدة واشنطن، الا أن محكمة التحكيم أوضحت أن عبارة مباشرة الواردة في الفقرة 1 من المادة 25 من الاتفاقية تتعلق بالنزاع وليس بنوع الاستثمار مباشر أو غير مباشر، ويترتب على ذلك اختصاص المركز أيا كان نوع الاستثمار. يحي اكرام بدر: مرجع سابق، ص 8 نقلا عن: ICSID Case No.Arb/96/3 /11 july 1997.Paragraph1، أنظر أيضا عمرو مراد معوض حيدر: تسوية منازعات الاستثمار الأجنبية في اطار اتفاقية واشنطن بشأن انشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2012، ص 226.

⁽²⁾ حميد شيرزاد هروري: منازعات الاستثمار بين القضاء والتحكيم، دارالفكر الجامعي، الاسكندرية، 2018، ص 29.

⁽³⁾ لما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص 71.

⁽⁴⁾ غسان علي علي: مرجع سابق، ص 73.

أولاً- الاجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار.

أ - التغيير التشريعي: من مظاهر سيادة الدولة التشريع وسن القوانين واللوائح التي تراها محققة لمصلحتها والمنظمة للعلاقات بين الأفراد وبين الهيئات العامة وبين الدولة والأطراف الأجنبية وكذا حقها في أن تجري تعديلات أو تغييرات على هذه القوانين، خاصة وان الموضوعات التي يعالجها تشريع الاستثمار والتشريعات الاقتصادية الأخرى ترتبط بنواحي هامة بالاقتصاد القومي وهذه النواحي تتسم بقابليتها للتطور، فتجد الدولة نفسها مضطرة الى مسايرة هذا التطور لمواكبة المستجدات الاقتصادية.⁽¹⁾

غير أن الدولة المضيفة للاستثمار تلجأ في بعض الأحيان وسعيها منها للتهرب من شرط التحكيم، الى التمسك بأحكام قانونها الوطني الذي تم تعديله بعد الاتفاق على التحكيم، والذي لا يجيز اللجوء اليه، والتمسك ببطلانه لأن قانونها الوطني الجديد لا يعترف بالتحكيم.⁽²⁾

لذلك اختلفت الآراء حول التعديلات التي تجريها الدولة على تشريعاتها الداخلية بين مؤيد ومعارض، ويرى المؤيدون أن الدولة تتمتع بكافة مظاهر السيادة في إقليمها سواء تعلقت هذه المظاهر بالتنظيم السياسي أو الإداري الداخلي أو بالقضاء أو بالتشريع، فالدولة صاحبة السلطة العليا طالما أن هذه الإجراءات اتخذت داخل حدود إقليمها ومساءلة الدولة في القرارات التي تتخذها بموجب سيادتها إنما يعد خرقاً لمبادئ القانون الدولي المعمول بها، أما المعارضون فيرون أن قيام الدولة بهذه التغييرات ما هو إلا وسيلة لكي تتحلل بها من الشروط التي تتضمنها العقود كشرط اللجوء الى التحكيم، وبالتالي كيف لا يتم مساءلة دولة خالفت التزامات تعاقدية سبق وأن أبرمتها مع الأطراف الأجنبية.⁽³⁾

إلا أن جانب كبير من الفقه والقضاء التحكيمي لا يعترضان على هذا النوع من الممارسات القانونية لأن الأمر يتعلق بتعطيل مؤقت متعمد لحق الدولة ككيان ذي سيادة في ممارسة اختصاصاتها التشريعية

⁽¹⁾ خالد كمال عكاشة: مرجع سابق، ص 129-130.

⁽²⁾ بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، دراة في ضوء احكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، مرجع سابق، ص 53.

⁽³⁾ خالد كمال عكاشة: مرجع سابق، ص 131.

والتنظيمية وحتى الدستورية، ثم ان الهدف من ادخال هذا البند هو تفادي المساس بسلامة العقود المبرمة وضمن استمرار سريان الاطار القانوني الذي اتخذت وفقا له الالتزامات التعاقدية.⁽¹⁾

بالنسبة للمشرع الجزائري واذا كان من حق الدولة ادخال التعديلات الضرورية على نظامها القانوني خدمة لأهدافها الاقتصادية، فإن التقيد بمبدأ التجميد التشريعي يلزمها بعدم تطبيق القوانين الجديدة على الاستثمارات التي شرع في إنجازها، إن مثل هذا الشرط مهم بالنسبة للمستثمر الأجنبي الذي يطمح للعمل في اطار استقرار تشريعي يسمح بجذب رؤوس الأموال الأجنبية لأنه يشكل حماية اضافية للحقوق والامتيازات التي استفاد منها⁽²⁾، لذلك كرس المشرع الجزائري هذا الضمان بموجب المادة 22 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، بنصها على أنه "لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو الغاء هذا القانون التي قد تطرأ مستقبلا على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون إلا اذا طلب المستثمر ذلك صراحة".⁽³⁾

فضلا عن ذلك فقد منح المشرع المستثمر الأجنبي امتيازاً إضافياً يطلق عليه التدعيم التشريعي، وهذا عن طريق اختيار النص القانوني الذي يكفل مصلحته في صورة تحفيز وضمن عندما وضع عبارة "إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"، ففي حالة ما إذا كانت التعديلات أو الإلغاءات الجديدة لا تخدم مصالح المستثمر الأجنبي فله أن يطبق القانون المنشئ لعقد الاستثمار، أما إذا كانت التعديلات الجديدة تتضمن أحكاماً تشريعية وتنظيمية تتضمن إمتيازات إضافية في صالحه فله الحق في طلب تطبيق القانون الجديد على الرغم من إضراره بمصالح الدولة. إلى جانب ذلك فقد سعى المشرع الجزائري إلى إدراج هذا الشرط على المستوى الاتفاقي في العديد من اتفاقيات المنظمة للاستثمار، لما له من أهمية في إحترام التوقعات المشروعة وتحقيق الأمان القانوني باعتباره من المسائل الرئيسية في عقود الاستثمار.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ محمد يوسف: مضمون احكام الامر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار ومدى قدرته على تشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية، مجلة ادارة، العدد 23، 2001، ص30.

⁽²⁾ محند وعلى عيوبوط: مرجع سابق، ص83

⁽³⁾ تطرق المشرع الجزائري الى مبدأ الثبات التشريعي أو التجميد التشريعي بموجب المادة 39 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار السالف الذكر، ثم في المادة 15 من الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار الملغى بموجب القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار.

⁽⁴⁾ محمد بلاق: التجميد الزمني لقانون العقد في عقود الاستثمار الأجنبي، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 3، العدد 02، 2018، ص08.

ب - إجراءات المباشرة وغير مباشرة: إذا كان العامل الأساسي في انتقال رؤوس الأموال من بلد الى آخر هو البحث عن العائد الاقتصادي، فإن المستثمر الأجنبي يهتم في المقام الأول بالمحافظة على رأسماله قبل الاهتمام بنسبة العائد، فعنصر الأمان يشكل عنصر جوهري في الاستثمارات الأجنبية التي تتعرض الى مخاطر مختلفة⁽¹⁾ بسبب تعدد الأساليب التي تتبعها الدولة في الاستيلاء على المصالح المالية الأجنبية الموجودة في إقليمها، خاصة وأنها تتم بالإرادة المنفردة للدولة وتهدف الى حرمان المستثمر الأجنبي من الفوائد المالية التي تعود عليه سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

1- الإجراءات المباشرة: من أهم هذه الإجراءات الاستيلاء، الحراسة، نزع الملكية للمنفعة العامة والمصادرة والتأميم، بالإضافة الى اجراءات تتعلق بخاطر التحويل وفسخ العقد وعدم الوفاء.

1-1 الاستيلاء والحراسة: ستعرض بصفة عامة الى وضع مفاهيم حول هذه الأساليب التي تلجأ اليها الدول ونذكر على وجه الخصوص الاستيلاء الذي يعبر عن اجراء مؤقت تتخذه السلطة العامة المختصة وتحصل بمقتضاه على حق الانتفاع ببعض الأموال الخاصة لهدف يتعلق بالمصلحة العامة، وذلك في مقابل تعويض لاحق تقوم بأدائه عادة لمن كانت له ملكية المال محل الاستيلاء⁽²⁾، وهو يطبق على الأجانب أسوة بالمواطنين المحليين، وبهذا فإن تطبيق قانون الدولة التي اتخذت اجراء الاستيلاء لا يتم بوصفه قانون موقع المال على نحو المفهوم في القانون الدولي الخاص، وانما ينطبق على قاعدة اقليمية القوانين العامة.⁽³⁾ وقد تطرق المشرع الجزائري إلى إجراء الاستيلاء بموجب المادة 23 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار حيث أكد المشرع أنه لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء، الا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، معنى ذلك أن اللجوء الى اجراء الاستيلاء لا يكون الا في حالات محددة وحصرية منصوص عليها لحماية للمشروع الاستثماري.

(1) محند وعلى عيوط: مرجع سابق، ص 178 .

(2) حميد شيرزارد هروري: مرجع سابق، ص 39.

(3) هشام علي صادق: الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2002، ص 17.

أما الحراسة أو الرقابة فيقصد بها نزع الشيء من يد مالكة أو حائزه ووضعه في حيازة الغير لإدارته لمصلحة من يحدده من فرضها، ويتخذ هذا الاجراء من قبل السلطة القضائية أو بناء على اتفاقية وذلك لفترة وجيزة. (1)

1-2 نزع الملكية: هو تملك الدولة لأموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة لدواعي الصالح العام بموجب قرار إداري صادر عن الجهة المختصة في مقابل الحصول على تعويض (2)، غير أن ما يميز هذه الصورة من تدخل الدولة في الملكية، هو وجود تعويض عن الضرر الذي لحق بالحقوق المكتسبة للمستثمر الأجنبي (3) وعلى الرغم من أن الفقه اختلف حول مدى تمتع الدولة بحريتها في نزع ملكية المستثمر الأجنبي في اطار حدودها الاقليمية (4)، حيث يتمسك بعضهم بعدم المشروعية استنادا الى نظرية الاثراء بلا سبب، في حين اتجه فريق اخر الى حق الدولة في التمسك بنزع الملكية استنادا الى سيادتها الاقليمية وما يترتب عليها من سلطة في تنظيم النشاط الاقتصادي خدمة لأهدافها وأولوياتها في التنمية الاقتصادية، إلا أن المحاكم وهيئات التحكيم الدولية اكدت في العديد من القضايا (5) بأن هذا الحق هو تعبير عن سيادة الدولة الاقليمية المكرسة في القانون الدولي. (6)

(1) معند وعلى عيبوط: مرجع سابق، ص 278.

(2) من أهم أوجه الاختلاف بين قرار نزع الملكية للمنفعة العامة والقرار الصادر بالاستيلاء، بالاضافة الى كون هذا الاخير يتناول الأموال بصفة عامة سواء كانت عقارية او منقولة خلافا للأول الذي لا ينصب عادة الا على الاموال العقارية، هو أن قرار نزع الملكية يؤدي الى نقل الملكية على المال بصورة نهائية، بينما لا يترتب على قرار الاستلاء سوى مجرد تحويل السلطة العامة التي أصدرته الحق في الانتفاع بالمال محل الاستلاء لفترة مؤقتة دون أن يترتب على ذلك نزع ملكية المالك الأصلي. هشام علي صادق: الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2002، ص 19.

(3) عمر هاشم محمد صدقة: مرجع سابق، ص 34.

(4) خالد كمال عكاشة: مرجع سابق، ص 138.

(5) أنظر قضية TOPCO حيث تم التأكيد على مايلي:

« le droit d'un Etat de procéder a des mesures d'expropriation ou de nationalisation n'est pas aujourd'hui contestable, il résulte du droit international coutumier, établi la suite de pratique concordante, considérées par la communauté internationale comme étant de droit. L'exercice de cette compétence étatique est considérée aujourd'hui comme l'expression de sa souveraineté territoriale. » Sentence Topco, citée par Carreau .D, Juillard.P, Droit international économique, 4 éd, 1979, pp, 524-525.

(6) معند وعلى عيبوط: مرجع سابق، ص 278.

تطرق المشرع الجزائري في نصوص قانونية متفرقة إلى إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة والآثار المترتبة عليها⁽¹⁾، غير أن نزع الملكية في عقود الاستثمار يختلف عن الاجراءات المتبعة في القواعد العامة، فبالرجوع الى القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار نجد أن الدولة وفي حدود سلطاتها يمكنها نزع ملكية المستثمر الأجنبي حسب ما أكدته المادة 23 بنصها على أنه "زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية، لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به. ويترتب عن هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف " اعتمد المشرع عبارة " زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية..."، وهذا على خلاف الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، حيث تفادى المشرع الجزائري ذكر عبارة نزع الملكية، أو أي اجراء آخر يمس الملكية، الأمر الذي فسره البعض أن هذا النص كان موجها لاستقطاب الاستثمارات، فليس من المنطقي أن تكون نية المشرع هي تحفيز وجلب المستثمرين في حين يعلم هؤلاء مسبقا بإمكانية حرمانهم من ملكيتهم⁽²⁾، لذلك يتعين على الدولة المستقطبة للاستثمار أن تخفف من اجراءات نزع الملكية، وذلك بفرض قيود على نزع ملكية المستثمر الأجنبي، ولعل أهمها: مراعاة المصلحة العامة وعدم التمييز في نزع الملكية أي احترام المساواة والالتزام بأداء التعويض.⁽³⁾

(1) نصت المادة 2 من القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27-04-1991 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة ج ر عدد 21 صادرة في 8-05-1991. معدل ومتمم بموجب القانون رقم 04-12 مؤرخ في 29-12-2004 المتضمن قانون المالية لسنة 2005 ج ر عدد 85 صادرة في 30-12-2004. على أنه " يعد نزع الملكية طريقة استثنائية لاكتساب أملاك وحقوق عقارية، ولا يتم إلا إذا أدى انتهاج كل الوسائل الأخرى الى نتائج سلبية". أنظر ايضا المرسوم التنفيذي رقم 05-248 المؤرخ في 10 يوليو 2005 المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 93-186 المؤرخ في 27 يوليو 1993 الذي يحدد كفيات تطبيق القانون رقم 91-11 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة. فضلا عن ذلك أشارت المادة 677 من م ج الى أنه "لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته، الا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون، غير أن للادارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، وأنزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل ومنصف."

(2) طيب قبائلي: حماية ملكية المستثمر في القانون الجزائري وقضاء التحكيم، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الواد، المجلد 10، العدد 2، سبتمبر 2019، ص 301. نقلا عن

Rachid Zouaimia: Le régime des investissements étrangers en Algérie, JDI, N3, Paris, 1993, p594.

(3) فاطمة مصابيح: أهم الضمانات التشريعية للاستثمار الأجنبي في مجال نزع الملكية والتخفيف من العبء الضريبي، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، جامعة سيدي بلعباس، العدد 3، 2016، ص 26.

إذا كان تقدير المصلحة العامة من اختصاص الدولة⁽¹⁾ تمارسه في اطار سيادتها الاقليمية وسلطتها التقديرية في تنظيم نشاطها الاقتصادي، الا أنه من الصعب هيئة التحكيم التأكد من أن تصرفا ما يحقق مصلحة عامة وفق لادعاء الدولة، لذا فإن قضاء التحكيم ييسر رقابة محدودة على شرط المصلحة العامة⁽²⁾، أما بالنسبة لشرط عدم التمييز فيعتبر من أهم الضمانات الجالبة للاستثمار الأجنبي كونه يلعب دور في حماية المستثمر الأجنبي⁽³⁾، ضد الاجراءات القانونية التمييزية التي يمكن أن تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار بطريقة تعسفية⁽⁴⁾، ويقصد به أنه لايجوز للدولة المضيفة للاستثمار أن تقوم باتخاذ إجراءات تمييزية على نحو يؤدي الى التفرقة في المعاملة بين الممتلكات الأجنبية ومثيلاتها من الممتلكات الوطنية⁽⁵⁾، أو بين الحقوق والممتلكات الأجنبية بعضها البعض، فيعد الاجراء غير مشروع دوليا اذا انصب على ملكية المستثمر الأجنبي بصفة متحيزة.⁽⁶⁾

1-3- المصادرة: هو اجراء تتخذه الدولة وتستولي بمقتضاه على ملكية كل أو بعض الأموال أو الحقوق المالية المملوكة لأحد الأشخاص دون أي مقابل، وتتسم المصادرة بالطابع الجزائي، وهو اجراء يتم

⁽¹⁾ نصت المادة 2/2 من القانون رقم 91-11 المتعلق بنزع الملكية على أنه "...لايكون نزع الملكية ممكنا إلا إذا جاء تنفيذها لعمليات ناتجة عن تطبيق اجراءات نظامية مثل التعمير والهيئة العمرانية، والتخطيط تتعلق بانشاء تجهيزات جماعية ومنشآت وأعمال كبرى ذات منفعة عمومية."

⁽²⁾ طيب قبايلي: المرجع نفسه، ص308. من الأمثلة حول النزاع القانوني التعلق بنزع الملكية نجد نص المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 95-88 الصادر في 25-3-1995 المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر واسبانيا المتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع في 23-12-1994، ج ر عدد23 والتي نصت على أن "التأميم ونزع الملكية أو اية تدابير ذات خصائص واثار مشابهة والتي يمكن أن تتخذها سلطات احد الطرفين المتعاقدين حيا استثمارات على اقليمها لمشتري الطرف المتعاقد الاخر، يجب ان تتخذ بصفة مطلقة لدوافع المنفعة العامة طبقا لاحكام قانونية، ولايجب ان تكون باية حال ذات طبيعة تمييزية."

⁽³⁾ نصت المادة 21 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار على أنه " مع مراعاة احكام الاتفاقيات الثنائية والجهوية والمتعددة الاطراف الموقعة من قبل الجزائر، يتلقى الاشخاص الطبيعيون والمعنويون الاجانب معاملة منصفة وعادلة، فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة باستثماراتهم." من خلال نص المادة يبدو أن المشرع الجزائري منح امتيازات أو ضمانات للمستثمر سواء كان شخص طبيعي او معنوي اذا كان يحمل جنسية دولة عضو في هذه الاتفاقيات، وهو ما تمليه أحكام القانون الدولي العام. زروق يوسف- رقاب عبد القادر: ضمانات وحوافز الاستثمار في الجزائر وفق قانون 16-09، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 8، 2017، ص102.

⁽⁴⁾ لامية حساني: مبدأ عدم التمييز بين الاستثمارات في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2017، ص12.

⁽⁵⁾ نص المؤسس الدستوري على هذا المبدأ بموجب المادة 2/43 من التعديل الدستوري 2016 "تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية."

⁽⁶⁾ طيب قبايلي: مرجع سابق، ص308.

اتخاذ من طرف السلطة القضائية او السلطة التنفيذية ويستند الى نص قانوني⁽¹⁾، غير أن الدولة ملزمة بتبرير هذا الاجراء نظرا لخطورته خاصة وأنه لا يترتب عليه أي تعويض لاسيما عندما يتعلق الامر بالأموال الأجنبية الخاصة⁽²⁾ غير أن انتفاء عنصر التعويض في المصادرة ادى الى وجود خلاف فقهي دار حول مدى حق الدولة في اتخاذ هذا الاجراء في مواجهة المستثمرين الاجانب، فقد لجأت العديد من الدول الى تأميم المشروعات الأجنبية دون أي تعويض مما ادى الى تكييفها على انها نوع من المصادرة، وهو ما دفع البعض الى تسميتها بتأميمات المصادرة.⁽³⁾

1-4 - التأميم: يقصد بالتأميم الإجراء الذي يراد به نقل مشروع أو مجموعة من الأموال من ملكية الأفراد الى ملكية الدولة إما بهدف القضاء الشامل على كافة مظاهر الملكية الفردية لوسائل الانتاج تلافيا للاستغلال ويسمى التأميم الايديولوجي أولمجرد القضاء على سيطرة رؤوس الأموال الأجنبية على الاقتصاد الوطني ويسمى التأميم الاصلاحى⁽⁴⁾، وهو معترف به في القانون الدولي، كما أنه يدخل في اطار السيادة الاقليمية للدولة، لذلك اعترفت العديد من قوانين الاستثمار والداستير على حق الدول في مباشرة هذا الإجراء، تحقيقا للصالح العام حسب ظروفها ومصالحها الاقتصادية في مقابل تعويض المستثمر، وقد تضمنت المواد 678 من ق م ج⁽⁵⁾، والمادة 23 من القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار نصوصا صريحة حول التعويض الممنوح للمستثمر الأجنبي في حالة تأميم المشروع .

فالمستثمر الأجنبي فمن مصلحته ترك البواعث الحقيقية للدولة سواء الظاهرة منها أو الخفية، والنظر الى الضرر الذي لحق به والتعويض الذي يلزمه، وهذه المسألة لا تتصل بشرعية الاجراء وخصوصا في ظل اتفاقية واشنطن، التي تستبعد منها المنازعات ذات الطابع السياسي، لتتضمن المنازعات ذات الطابع القانوني فقط والناشئة عن الاستثمار بالرغم من أن الطابع القانوني في هذه الاتفاقية جاء مبهم وغير واضح، إلا أن بعض التفسيرات التي أعطيت للاتفاقية تتجه إلى جعل مصطلح نزاع ذو طابع قانوني يشمل جميع صور

⁽¹⁾ حميد شيرزاد هروري: مرجع سابق، ص 40 .

⁽²⁾ محند وعلى عيوط: مرجع سابق، ص 180.

⁽³⁾ هشام علي صادق: الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص 22.

⁽⁴⁾ مرجع نفسه: ص 7.

⁽⁵⁾ نصت المادة 678 ق م ج على أنه " لا يجوز اصدار حكم التامى مالا بنص قانوني على ان الشروط واجراءات نقل الملكية والكيفية التي يتم بها التعويض يحددها القانون."

المنازعات القانونية، وبالتالي يدخل في اختصاص المركز القضاء في الطلبات المتعلقة بشرعية اجراء التأميم، والتعويض الذي قد ينتج عنه باعتبار أن مثل هذا التفسير يتفق مع اهداف الإتفاقية التي أرادت إنشاء صرح دولي يحمي الاستثمار⁽¹⁾، فعند النظر في ما إكان هذا النزاع الناشئ عن إجراء إنفرادي اتخذته الدولة هو ذو طابع قانوني يخضع لتحكيم المركز أم لا، يجب ألا يقع خلط بين طبيعة الاجراء الذي أقدمت عليه الدولة كالتأميم أو نزع الملكية، وبين طبيعة النزاع الذي يدور حوله، فالدولة قد تتخذ أحيانا اجراءات انفرادية ذات طبيعة سياسية بالنظر الى الباعث من اتخاذها، في حين أن النزاع يدور حول أمور يغلب عليها الطابع القانوني كالتعويض، وهكذا فحين يكون النزاع متعلق بتأميم دون تعويض فإنه يخضع للتحكيم في المركز كونه نزاع قانوني، أما حين يدور حول حق الدولة في اتخاذ هذا الاجراء، أو حول صحة هذا الباعث لاتخاذها ففي هذه الحال لا يكون النزاع قانونيا ولا يخضع لاتفاقية المركز.⁽²⁾

يبدو اذا أن الآثار المالية المترتبة على هذه القرارات تقبل الفصل فيها بواسطة التحكيم، طالما أنه لا توجد قاعدة امرة في النظام العام الدولي تحظر ذلك⁽³⁾، لذا يجوز التحكيم بشأن اجراءات نزع ملكية المشروع الاستثماري او تأميمه، اذا تم ذلك وفق للقانون، بمعنى آخر أنه إذا كانت اعتبارات السيادة تحول دون التعرض للإجراء لمحو أثره، فإنها لا تحول دون الاتفاق على التحكيم بشأن التعويض⁽⁴⁾، فممارسة هذا الحق لا بد وأن يتم في اطار الشروط المكرسة في القانون الدولي لإضفاء الشرعية الدولية على مثل هذه الاجراءات.⁽⁵⁾

2- الاجراءات غير المباشرة: تمس هذه الاجراءات التدابير التي تتخذها الدولة المضيفة بملكية المستثمر الأجنبي بصورة غير مباشرة، كما انها تعبر عن الاجراءات المماثلة لنزع الملكية، فالدولة المضيفة للاستثمار لا تكتفي بالإجراءات التقليدية لحرمان المستثمر الأجنبي من ملكيته وإنما تمتد هذه الاجراءات الى وسائل اخرى تؤدي بشكل غير مباشر بالتدريج الى الحد من ملكية المستثمر، ويمكن تقسيمها الى

⁽¹⁾لما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص 99.

⁽²⁾مرجع نفسه، ص 100.

⁽³⁾بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، دراة في ضوء احكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، مرجع سابق، ص 50.

⁽⁴⁾حسام الدين الأهواني: المسائل القابلة للتحكيم، الدورة العامة لاعداد المحكم، مركز تحكيم حقوق عين الشمس، 2015 مارس 2003، ص 57.

⁽⁵⁾مهند وعلى عيوط: مرجع سابق، ص 305.

ثلاث مجموعات رئيسة، تضم المجموعة الأولى الاجراءات التي تمثل تدخلا في حق الملكية كالباع الجبري للأموال المستثمرة، في تضم المجموعة الثانية الاجراءات التي تحول دون تحقيق المستثمر للربح كحرمانه من تراخيص الاستيراد والتصدير او تحديد سقف الانتاج، أما المجموعة الأخيرة فهي تشمل مضايقات ادارية بحتة تجعل من الاستمرار في الاستثمار أمر مرهق ومتعب.⁽¹⁾

من ضمن الالتزامات التي تقع على عاتق الدولة هو دفع المقابل للمستثمر، ويتجسد ذلك بصورة خاصة في عقود نقل التكنولوجيا، أي مقابل المعرفة الفنية، غير ان قيام الدولة بعدم التزامها بذلك وامتناعها كليا يؤدي الى حدوث النزاع، لذا فإن اعلبية عقود نقل التكنولوجيا تتضمن نص يلزم الدولة المضيفة للاستثمار بدفع فائدة محددة في حالة التأخير عن أداء المقابل في الميعاد المتفق عليه، أو قد ينص في العقد على أنه في حالة امتناع الدولة عن أداء المقابل يحق للمستثمر فسخ العقد مع المطالبة بالتعويض.⁽²⁾

ثانيا- خرق المستثمر لالتزاماته تجاه الدولة المضيفة للاستثمار.

أسباب المنازعات لا تعود دائما الى الاجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة، وإنما تعود ايضا الى اخلال المستثمر الأجنبي بالتزاماته تجاه الدولة المضيفة⁽³⁾، كمخالفة المستثمر لالتزاماته المحددة المدة قانونا أو اخفاقه في رفع تقارير دورية عن سير عمل تنفيذ المشروع للسلطة المرخصة المختصة، أو عدم مسك سجل منظم يدون فيه أصول المشروع والمواد المستوردة المعفاة من الرسوم والضرائب، وعلى العموم يمكن اجمال هذه الأسباب في:

أ - عدم التزام المستثمر بالإعلام: يحق للدول أن تمارس الرقابة على كيفية سير المشروع الاستثماري، وهنا يجب على المستثمر أن يمكن الدولة أو الجهاز التابع لها، بكل الوثائق والمستندات والخطط التي تطلبها، مع تقديم تقارير دورية تفصيلية بحالة المشاريع، فهذه المعلومات تفيد الدولة في تقييم ودراسة الجدوى الخاصة بالمشروع⁽⁴⁾، لذلك فإن عدم تقييد المستثمر بهذه الالتزامات من شأنه أن يدفع

(1) طيب قبائلي: مرجع سابق، ص 303.

(2) محمد عامر شنجار- غسان أحمد: الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار -دراسة قانونية مقارنة- مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، العدد 18، 2016، ص 38.

(3) محمد عامر شنجار، علي غسان أحمد: الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار -دراسة قانونية مقارنة، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، العراق، 2016، المجلد 18، العدد 2، ص 39.

(4) حفيظة السيد حداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 221.

الدولة المضيفة الى القيام بإجراءات من شأنها حماية المصلحة العامة⁽¹⁾، ومصصلحة مواطنيها نظرا لتأثيرها على الاقتصاد القومي.⁽²⁾

ب - عدم تنفيذ المستثمر المشروع في الوقت المحدد: على المستثمر الأجنبي الالتزام بتنفيذ المشروع الاستثماري المتفق عليه خلال الأجل والمواعيد المتفق عليها، وفقا للجدول الزمني المقدم من قبل الدولة المضيفة أو أحد أجهزتها، ولعل الحكمة من وراء ذلك واضحة من خلال ما يمثله عامل الوقت من أهمية كبيرة في انجاز وتيرة المشاريع ومدى مساهمتها في دفع عجلة التنمية الاقتصادية.⁽³⁾

ج - عدم التزام المستثمر بنقل التكنولوجيا: لا شك أن موضوع نقل التكنولوجيا يعد من الموضوعات الهامة في مجال التنمية بجميع أنواعها لدى الدول بصفة عامة والدول النامية بصفة خاصة، ومن الأسباب التي فرضت نقل التكنولوجيا هو دورها الحاسم في عملية التنمية الاقتصادية⁽⁴⁾، لذا فإن تحويل التكنولوجيا وتقنياتها الحديثة من أهم الالتزامات المترتبة على المستثمر الأجنبي، وذلك لطول مدة العقد وضخامة المشروعات التي يتضمنها، وتعتبر المعلومات التي تحتوي عليها هذه العقود مالا معنويا يسمى بحق المعرفة والخبرة الفنية بكافة اشكالها، كدراسات الجدوى وخرائط الرسوم والتصاميم والنماذج والتركيبات، وتقديم الخدمات الفنية والخبرة الهندسية وتدريب العمال والمعلومات اللازمة لتركيب أو تشغيل الآلات بما

⁽¹⁾ تعد قضية Klokner ضد حكومة الكامرون من أهم القضايا من حيث بحثها وتحليلها لموضوع التزام المستثمر بإعلام الدولة المضيفة بكافة المعلومات، حيث أنه تم ابرام عقد الاستثمار بأن تقوم الشركة المستثمرة بإنشاء مصنع في الكاميرون متخصص في انتاج السماد، وبعد انشاء السماد امتنعت حكومة الكاميرون عن تسديد قيمة المصنع حسب ما هو متفق عليه، فقامت الشركة بإحالة النزاع الى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تطالب فيه الحكومة الكاميرونية بسداد قيمة المصنع وفقا للاتفاق الذي جرى بينهما، لكن الجانب الكاميروني رفض دفع قيمة المصنع، لأن الشركة المستثمرة قد تصرفت على نحو يتسم بالتدليس والخداع وأخلت بالالتزامات تجاهها لاسيما بالظروف المحيطة بالعقد سواء اثناء مرحلة التعاقد أو بعدها، وهذا التصرف يؤدي إلى اعفائها بالوفاء بقيمة المصنع الذي تطالب به الشركة المعنية، اضافة الى ذلك فإن الشركة اخفت الكثير من المعلومات والحقائق التي لو علمت بها حكومة الكاميرون لأمتنعت على الاستمرار في المشروع، وعليه فقد انتهت هيئه التحكيم بان شركة Klokner خالفت الالتزامات الجوهرية الناشئة عن عقد الاستثمار، ولا يحق لها التمسك بمطالبة الدولة المضيفة بالثمن الكامل للمصنع الذي تم اقامته كما هو منصوص عليه في قانون الاستثمار.

M.Audit: Arbitrage international, contrat administratif: le conseil d'Etat plie mais ne rompt pas, Rev.Arb, 2009, n3, p53. محمد عامر شننجان، علي غسان أحمد: مرجع سابق، ص40.

⁽²⁾ حميد شيرزاد هروري: مرجع سابق، ص43.

⁽³⁾ هفال اسماعيل صديق: المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2014، ص148.

⁽⁴⁾ سميحة القيلوبي: عقد نقل التكنولوجيا، 2019-09-21. : https://www.bibliodroit.com/2016/07/blog-post_998.html

يحقق للدولة المضيفة معرفة حقيقة الاجهزة التي تنتقل ملكيتها إليها⁽¹⁾، الا أن عدم التزام المستثمر بنقل التكنولوجيا الى الدولة المضيفة للاستثمار يعد خرقاً لبنود العقد يترتب عليه نشوء منازعات بين الطرفين.

ثالثاً - القوة القاهرة وتأثير الظروف الطارئة: قد تحصل أحياناً بعض العراقيل تؤدي إلى إختلال التوازن العقدي في الالتزامات التي تشكلت بصورة صحيحة عند التعاقد بين الدولة والمستثمر الأجنبي، هذه العراقيل قد تعرض العقد للاختيار التام وإلغائه من قبل الطرفين، كما لو حدثت قوة القاهرة، تحدث خلل في توازنه الأمر الذي لا يستدعي الغاءه وإنما إعادة النظر فيه والتفاوض مجدداً حول شروطه، وهو ما سنتناوله على النحو التالي:

أ - القوة القاهرة: من أهم المبادئ التي تحكم ابرام العقود هو مبدأ عدالة العقد، فالعقد يجب أن يحقق التوازن الاقتصادي بين طرفيه وخصوصاً في مجال عقود الاستثمار⁽²⁾، فالإستقامة والعدالة العقدية ترفض أي اختلال في التوازن العقدي عندما يتجاوز الحد المقبول في التعامل⁽³⁾، لكن وبسبب استمرار عقود الاستثمار لفترات طويلة يمكن أن يحصل خلالها أحداث غير متوقعة، لذلك جرى العمل على وضع شرط خاص في هذه العقود يهدف الى تعريف القوة القاهرة⁽⁴⁾ وكيفية التعامل معها، وتحديد الظروف التي تعتبر غير متوقعة، وبما أن هذه الأحداث ترتبط عادة بالحياة الاقتصادية والاجتماعية وتتصل بطبيعة النشاط

⁽¹⁾ محمد عامر شنجار، علي غسان أحمد: مرجع سابق، ص42، نقلاً عن الياس ناصيف: العقود الدولية - عقود البوت Bot - في القانون المقارن، مكتبة الحلبي، بيروت، لبنان، 2011، ص276.

⁽²⁾ عمر مشهور حديثة الجازي: التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، المجلة اللبنانية للتحكيم، العدد23، 2002، ص19.

⁽³⁾ سامي المنصور: عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني في القانون اللبناني والفرنسي والمقارن، دار الفكر اللبناني، الطبعة الأولى، 1987، ص501.

⁽⁴⁾ تعرف القوة القاهرة بأنها "حدث أو مجموعة من الأحداث لم يكن في وسع أحد من الأطراف توقعها أو تداركها ويترتب عليها انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه دون أن يتحمل تبعية ذلك، وهي تحدث بفعل مستقل عنم يتذرع بها ولم يكن باستطاعته توقعها أو الوقاية منها" . مصطفى العوجي: العقد والمسؤولية المدنية، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2003، ص685، كما أنها تعبر عن "مجموعة الظروف المفاجئة التي تمر بها الدولة وتؤدي بها الى عدم الالتزام بالقواعد القانونية بحيث لا يعد ارتكابها مخالفاً لالتزاماتها وموجبا للمسؤولية". أنظر أحمد أبو بكر النجار: القوة القاهرة في الدعوى المدنية، العدالة للطباعة والنشر، بغداد، 2001، ص14. من التعريفات السابقة يمكن أن نستنبط الشروط الواجب توافرها لإعمالها وتحققها هي: استقلال الحدث عن إرادة المتعاقدين، وعدم توقع الحدث عند إبرام العقد، وأخيراً وجود استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية .

الاستثماري فإن تحديدها من شأنه أن يساعد في بيان الآثار المترتبة عليها وبالتالي تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد.⁽¹⁾

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد عرف القوة القاهرة بموجب المادة 2/107 من ق م ج بنصها على أنه "...غير أنه اذا طرات حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى، وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك." غير أن هذا التعريف يتعارض مع ما ورد في القانون رقم 05-07⁽²⁾ المتعلق بالحروقات، اذ نصت المادة 9/5 منه على أن القوة القاهرة هي "كل حدث غير متوقع، لا يمكن مقاومته وخارج عن ارادة الأطراف الذي يثيره، والذي يجعل تنفيذ هذا الأخير لأحد التزاماته التعاقدية أو العديد منها انيا أو نهائيا، غير ممكن"، بإجراء مقارنة بين النصين، فإن قوام القوة القاهرة في القانون المدني يختلف عن في عقود الاستثمار، فإذا كان المشرع قد اعتبر بموجب المادة 2/107 المذكورة أعلاه أنه من شروط تحقق القوة القاهرة هو حدوث حادث استثنائي غير متوقع من قبل أطراف العقد، وأن يترتب على ذلك ارهاق للمدين حتى وان لم يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا، حتى يتدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي ويرد الالتزام الى الحد المعقول، فان المشرع في قانون المحروقات وعلى عكس ذلك، عمد الى وضع عبارة "غير ممكن" والهدف من ذلك هو الرغبة في استمرار العلاقة التعاقدية الاستثمارية، الى جانب اعطاء مبدأ سلطان الارادة دور في هذه المسألة وهو ما يتماشى مع طبيعة العلاقات الاقتصادية الدولية.⁽³⁾

بمعنى آخر فإنه وعلى الرغم من حرص أطراف النزاع بصورة عامة على ادراج شرط القوة القاهرة في كافة العقود، فإن هذا الحرص مبعثه الرغبة في الاستفادة من أثر ذلك في إعفاء الطرف الذي حالت القوة القاهرة دون تنفيذ التزامه من المسؤولية، وإلغاء العقد على إثر ذلك⁽⁴⁾، لكن قد يكون الأمر مختلف عند حدوث

⁽¹⁾ لما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص 78.

⁽²⁾ قانون رقم 05-07 مؤرخ في 28-06-2005 المتعلق بالمحروقات، ج ر عدد 50، الصادرة في 19 يوليو 2005، المعدل والمتمم بالقانون رقم 13-01 المؤرخ في 20-02-2013 ج ر عدد 11 الصادرة في 24-02-2013.

⁽³⁾ سي فضيل الحاج: آليات فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي، أطروحة دكتوراه في الحقوق تخصص القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018-2019. ص 153-154.

⁽⁴⁾ علاء التميمي عبده: دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2017 ص 100.

قوة القاهرة في عقد استثمار اجنبي، فالأطراف في أغلب الأحيان يعتمدون على هذا العقد وما سوف يجنونه من أرباح، ولهذا فإنهم يفضلون الحفاظ على الرابطة العقدية بغض النظر عن هذا الحدث، وذلك خلافا للقواعد العامة التي استقرت عليها الأنظمة القانونية، والتي تلغي العقد عند حصول حدث يشكل قوة القاهرة، فعقود الاستثمار الأجنبي لا تتمتع بتعريف محدد ولا تقتصر على نوع معين فهي متعددة ومتنوعة، ولهذا فقد يكون الغرض الأول من إدراج شرط القوة القاهرة هو تحديد المقصود بها وتضمينها بيانا يحدد ويجمع الأحداث التي تندرج ضمنها بالنسبة لعقود الاستثمار، وقد يدور النزاع حول تحديد درجة الضرر التي لحقت بالطرف الاخر، وما إذا كان الضرر يشكل سببا لإلغاء العقد أو لوقف تنفيذه أو تعويضه⁽¹⁾، بمعنى أن الطبيعة الخاصة لعقد الاستثمار تتطلب أن يظهر الأطراف بمظهر التوافق والتعاون ومواصلة تنفيذ العقد ومن ثم استمرار الانتفاع المتبادل.⁽²⁾

على الرغم من أن التحكيم أثبت عبر الزمن دوره وفعالته في تسوية منازعات الاستثمار الاجنبي⁽³⁾، إلا أن هذه المسائل الفنية تصعب من المهام الملقاة على عاتق هيئة التحكيم، فعلى الرغم من الإستعانة بالخبراء المختصين في هذا المجال، فإن الفترة الزمنية بين حدوث القوة القاهرة وإحالة النزاع على هيئة التحكيم تجعل الوصول إلى نتائج فعلية تتفق مع ظروف النزاع أمر غير سهل⁽⁴⁾، كما أن الواقع يفيد أن التحكيم يتفق مع طبيعة هذه المنازعات ومع رغبة أطرافها في الحفاظ على روابطهم التعاقدية وإعادة التوازن العقدي إلى العقد بعيدا عن القضاء الوطني.⁽⁵⁾

ب - تأثير الظروف الطارئة في عقد الاستثمار: معظم المنازعات التي تقوم بين الدول المضيفة والمستثمر الأجنبي مبعثها تمسك هذه الدول بضرورة تحقيق المزيد من المرونة في النظام التعاقدى الذي يربطهما حتى يتسنى لها استيعاب المتغيرات الجذرية في الظروف السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية للبلاد، في حين أن المستثمر يتمسك عادة بإستقرار العلاقات التعاقدية دون تعديل أو تغيير، ويرى بأن

⁽¹⁾ لما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص 78.

⁽²⁾ علاء التميمي عبده: مرجع سابق، ص 100.

⁽³⁾ عصام الدين القصي: خصوصية التحكيم في مجال منازعات عقود الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 138.

⁽⁴⁾ عمر مشهور حديثة الجازي: مرجع سابق، ص 19.

⁽⁵⁾ لما أحمد كوجان: المرجع نفسه، ص 83.

اتفاقات الاستثمار لا تعدو أن تكون عقود عادية قائمة على الاتفاق الحر بين أطرافها أفرغت ضوابطها في قالب جامد تضمن نطاقا محدودا للالتزامات والحقوق وأعباء ومكاسب.⁽¹⁾

فالأحداث الطارئة أو الاستثنائية هي الأحداث غير المألوفة النادرة الوقوع، كما أنها غير متوقعة ويكون تعديل العقد هو الحل الغالب في الحالات الاستثنائية الطارئة عوضا عن إلغائه، فيتخذ صورا متعددة إما عن طريق وقف التنفيذ أو منح المتعاقد مهلة للتنفيذ أو تعديل مقدار الالتزام الذي اعتراه الخلل أو رد الالتزام الى الحد المعقول، ولقد درج العرف في التعامل التجاري الدولي على وضع شروط في عقود الاستثمار بحيث تسمح بإعادة النظر في مقومات العقد، والتفاوض فيه عند ظهور مؤشرات تحدث خللا في الالتزامات بين الطرفين، ولكن هذه الشروط تبقى دون فائدة إذا لم تحدد فيه النتيجة التي يرغب الأطراف الوصول إليها، بمعنى أنها لا تهدف فقط إلى إعادة التفاوض أو مراجعة العقد وإنما يجب أن تتعداها إلى إعادة التوازن الاقتصادي على ضوء الظروف الجديدة.⁽²⁾

يعرف شرط إعادة التفاوض بأنه الشرط الذي يدرجه الأطراف في عقد الاستثمار ويتفقون بمقتضاه على تعديل العقد الذي يربط بينهما إذا حدث تغير في الشروط الأساسية التي تعهدا بموجبها وأدت الى تغير توازن العقد وإصابة احد الطرفين بضرر فادح، ويتصف هذا الشرط بأن مضمونه ليس واحد في كل العقود بل تختلف صورته من عقد إلى آخر ومن حالة الى أخرى باختلاف الظروف الاقتصادية أو السياسية⁽³⁾، وسواء تم ادراجه في ذات العقد في صورة بند او شرط من شروطه، أو في صورة اتفاق مستقل عن الاستثمار، وبالتالي لا ينطبق الشرط دون وجود مثل هذا النص الصريح عليه من جانب الاطراف المتعاقدة.⁽⁴⁾

على العكس من شرط الثبات التشريعي التي تلزم الدولة فيه بعدم تطبيق أي قوانين جديدة أو مستقبلية تضر بمصالح المستثمر الأجنبي، فإن شروط إعادة التفاوض لاتحد من الامتيازات السيادية للدولة التي تظل متحررة من كل القيود، وعلى الرغم من ذلك فهي تفتح الطريق أمام إعادة التفاوض على بنود

(1) خالد كمال عكاشة: مرجع سابق، ص 122.

(2) لما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص 88.

(3) خالد كمال عكاشة: مرجع سابق، ص 124.

(4) رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر: مرجع سابق، ص 176.

معينة عندما يتعلق الامر بتعويض المستثمر عن أي ضرر قد يلحق به نتيجة أي سبب ناتج عن أي قوانين او لوائح جديدة، إلا أن تكريس مثل هذه الشروط يؤدي الى ظهور العديد من الاشكالات، ولعل أهمها:

1- وجود شروط في العقد تتعلق بمسألة اعادة التفاوض، أي ما اذا كان هناك قانون جديد يؤثر بالسلب على حقوق ومصالح الطرف الخاص أو وضعه المالي، أو صافي مكسبه الاقتصادي.

2- البنود والشروط التي ينبغي اخضاعها للمراجعة ومقدار هذه المراجعة، وذلك لاعادة خلق التوازن الاقتصادي بين الاطراف، أو الوصول الى حل متكافئ وعادل يحافظ على التوازن الاقتصادي للعقد، او لضمان حصول المستثمر على النتائج الاقتصادية المتوقعة.⁽¹⁾

لذا يتعين على أطراف النزاع الالتزام بما ورد بخصوص هذا الشرط، حيث يترتب على عدم التنفيذ أن يتحمل المسؤولية الطرف المخالف نتيجة اخلاله بذلك، ويوقع عليه الجزاء المناسب أما وفق ما تقتضيه القواعد العامة وفي هذه الحالة يحق للطرف غير محل أن يمتنع عن التنفيذ بشكل مؤقت لحين تنفيذ الطرف المتعاقد الآخر المخل بالتزاماته بما أن العقد ملزم للجانبين، أو وفق ما تفرضه قواعد التجارة الدولية حيث يتمثل الجزاء في أنه يجوز للطرف المتضرر أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة في حالة رفض الطرف الآخر تنفيذ شرط اعادة التفاوض ويجوز للأطراف المتنازعة اللجوء الى طرف ثالث، ليقرر ما اذا هناك ضرورة لتطبيق شرط اعادة التفاوض، وقد يكون هذا الطرف هيئة تحكيمية.⁽²⁾

⁽¹⁾ بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 307.

⁽²⁾ رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر: مرجع نفسه، ص 178/من تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في عقود الاستثمار الأجنبي والتي يمكن على أساسها تقرير او دفع مسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار، قضية الشركة الامريكية Hampurna، والتي كانت مستثمرة في أندونيسيا بموجب عقد انشاء وتشغيل محطات توليد الكهرباء، حيث دفعت الشركة المملوكة لأندونيسيا أمام هيئة التحكيم بان عدم الوفاء بالتزاماتها اتجاه المستثمر الأجنبي والغاء العقد مرده الظروف الاقتصادية التي تمر بها البلاد، فرضت الهيئة هذا الدفع بحجة أن هذه الظروف لا توصف بأنها مفاجئة وغير متوقعة، على أساس أن أندونيسيا مرت بعدة أزمات اقتصادية، وأنه كان على المتعاقدين أن يتوقعوا تكرار هذه الازمات، لذا فإن الهيئة لا ترى في الأزمة الاقتصادية طرفا استثنائيا. سي فضيل الحاج: مرجع سابق. ص 158. نقلا عن Campbell Mclachlan, *lis pendens in international litigation* hague academy of international law published in 2009, new zelan, p239.

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لمنازعات الاستثمار الأجنبي.

يعد البحث في تحديد الطبيعة القانونية لمنازعات الاستثمار من المسائل الجوهرية التي تبني عليها العديد من النتائج القانونية، لذا ارتأينا أن نبحت الآراء الفقهية المختلفة التي تناولت الموضوع بالدراسة على النحو التالي:

أولاً- الطبيعة الادارية لمنازعات الاستثمار الأجنبي: يرى جانب من الفقه أن احتفاظ الدولة بصفتها السيادية في عقود الاستثمارات الأجنبية تدعو لانطباق الاستثمار الأجنبي بطبيعة العقود الإدارية، حيث تدخل السلطة العامة طرفاً فيها ويلتزم المستثمر بتسيير مرفق عام وتشمل جميعها على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وبالتالي فإن المنازعات الناشئة عنها يكون لها طابع عام، بمعنى أنها تخضع للقانون العام⁽¹⁾، ومن ثم فإن عقد الاستثمار بهذا المعنى يعد من العقود الادارية وهو بهذا الشكل يخرج عن المبادئ المستقرة في عقود القانون الخاص كمبدأ سلطان الارادة ومبدأ المساواة بين طرفي العقد ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين⁽²⁾، غير أن هذا الرأي تعرض إلى النقد ومرد ذلك أن النشاط الاستثماري لا يعمل باطراد وانتظام فهو لا يهدف إلى تقديم نفع عام للجمهور وإنما تنص عقود الاستثمار على تقديم خدمة للجمهور وليس إشباع حاجاته، الى جانب ذلك فإن الامتيازات المقررة سواء ضمن العقد أو في قانون الاستثمار إنما هي لمصلحة المستثمر ما دام ذلك لا يمس مركز الادارة المتميز في العقد.⁽³⁾

ثانياً- الطبيعة الخاصة لمنازعات الاستثمار الأجنبي: اعتبر اصحاب هذا الاتجاه أن عقد الاستثمار الأجنبي لا يعدو أن يكون عقداً من عقود القانون الخاص بصرف النظر عن وجود الدولة أو أحد أشخاص القانون العام كطرف في العقد، ويترتب على ذلك جملة من النتائج أهمها:

أ- إن شرط تكوين العقد والآثار المترتبة عليه تخضع للقانون الخاص، كما أن للأطراف حرية واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد واختيار الوسيلة الكفيلة بفض منازعات الاستثمار، وبذلك

⁽¹⁾ هفال صديق اسماعيل: التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية مع أحدث أحكام هيئة التحكيم الدولية وأحكام المحاكم الوطنية، مرجع سابق، ص 34.

⁽²⁾ طارق بن هلال: الطبيعة القانونية لعقود الامتياز والاستثمار التي تبرمها الدولة وفقاً لنظام B.O.T، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق جامعة الكويت، العدد 36، أكتوبر، 2008، ص 22.

⁽³⁾ فارس حسين بيرك، محمد موسى خلف: عقد الاستثمار في تصفية النفط الخام وطبيعته القانونية، دراسة تحليلية في التشريعات العراقية، مجلة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العراق، المجلد 4، السنة 4، العدد 14، ص 43.

يسود مبدأ سلطان الارادة فتكون له كفاية ذاتية وقدرة على تحرير الاستثمار من الخصوصيات الوطنية للدولة المضيفة للاستثمار.⁽¹⁾

ب- ان متطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة ان تتنازل للتعاقد تحقيقا لمصالحها وعلاقتها الاقتصادية، أما اذا تمسكت بسيادتها وسلطتها السياسية فإنها تخدم علاقتها بالمستثمر الأجنبي وقد يؤدي الأمر الى اصطدامها مع دولة المستثمر الأجنبي اذا ما طلب هذا الاخير الحماية الدبلوماسية.⁽²⁾

بناء على ذلك تتسم منازعات الاستثمار بطبيعة خاصة تنجم عن ذاتية وخصوصية عقود الاستثمار أو عقد الدولة والتي يطلق عليها في الغالب عقود التنمية الاقتصادية نظرا لارتباطها بسمات خاصة ومن بينها عدم التكافؤ في الوضع القانوني للأطراف المتعاقدة نتيجة لمظاهر السيادة التي تتمتع بها الدولة المتعاقدة مما يقوي المركز القانوني لها، وذلك نظرا لما تتمتع به من حرية التنظيم السياسي وحقها في التشريع والقضاء.⁽³⁾

بما أن منازعات الاستثمار لها أسبابها على تنوعها واختلافها بتباين هذه العقود وتعددتها وذلك بالنظر الى المجال الذي تنصب عليه نتيجة ارتباطها بالمجال الاستثماري الذي أبرمت في نطاقه، إذ تشمل هذه العقود عقود التكنولوجيا وامتياز البترول وجانبا من عقود التشييد والبناء وغيرها⁽⁴⁾، فمنها ما هو قهري لا دخل لإرادة الطرفين فيها، ومنها ما هو ما هو نابع عن ارادة الأطراف وغالبا ما تكون الدولة الطرف الأقوى، فتقوم بخلق هذا النوع من المنازعات تحقيقا لمصالحها، ولكن ومهما كانت الأسباب التي أدت الى قيام منازعات الاستثمار، فإن طبيعة المنازعة تحدد رؤية كل طرف لها، فالدولة المستضيفة تنظر الى النزاع وكأنه منازعة ذات طبيعة سياسية يتعلق بسيادة الدولة ومصالحها القومية، أما الطرف الأجنبي فيرى أن مبعث المنازعة هو الدولة التي سلبت حق من حقوقه فهي تتعلق بحق ذو طابع قانوني وليس سياسي.⁽⁵⁾

⁽¹⁾ عبد الرسول عبد الرضا، خير الدين كاظم عبيد: تأثير الصفة الأجنبية في قانون الاستثمار العراقي رقم 13-2006 مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العدد1، 2009، ص7.

⁽²⁾ عبد المنعم محفوظ: قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر دراسة مقارنة، دار الهناء للطباعة، د ب ن، 1989، ص 417.

⁽³⁾ خالد كمال عكاشة: مرجع سابق، ص 110.

⁽⁴⁾ مرجع نفسه، ص 110.

⁽⁵⁾ حميد شيرزاد هروري: مرجع سابق، ص 47.

يتضح مما تقدم أن منازعات الاستثمار تتسم بطبيعة معينة، تمتزج فيها العناصر القانونية والعناصر السياسية⁽¹⁾، وتؤكد عقود الاستثمار وما ينشأ عنها من منازعات صعوبة الفصل في تحديد طبيعة النزاع، وعلى الرغم من هذا الامتزاج إلا أن هناك عنصر هام يميز هذه المنازعات ويعطيها الطبيعة الخاصة ألا وهو العنصر الاقتصادي والذي يمثل رأس المال والى الهدف الذي ينشده المستثمر الأجنبي من الانتقال برأس ماله من دولته الى الدولة المضيفة⁽²⁾، أضف الى ذلك فإن مجالات الاستثمار لا تنحصر في قطاعات معينة ومحددة، بل إن هذه المجالات تنوعت وشملت معظم القطاعات الاقتصادية، وبما أن هناك اختلاف في مجالات الاستثمار، إلا أن العقود الخاصة تتميز بخصائص معينة تنفرد بها عن عقود التجارة الدولية، وهو ما يعطيها نوع من الخصوصية تميزها عن غيرها من العقود.⁽³⁾

ثالثا - الطبيعة المختلطة لمنازعات الاستثمار الأجنبي: قد تكون عقود الاستثمار ذات طبيعة مختلطة، بحيث تتضمن على خليط من قواعد القانون الخاص وقواعد القانون العام، فعقد الاستثمار يمر بمراحل عديدة حيث يتطلب إجراءات سابقة على إبرامه ولاحقة عليه وأوضاع تتصل في نفس الوقت بالقانونين فتداخل أحكامهما لتنظيم العملية الاستثمارية، فتحضغ لقواعد القانون العام عند الحصول على الترخيص وكذا منح الاعفاءات الضريبية وعدم تأمين المشروع ونزع الملكية وهي من أساليب القانون العام، وفي نفس الوقت تخضع لقواعد القانون الخاص من حيث تأجير الأراضي وتداول الأسهم والسندات لذلك يصف البعض هذه الطبيعة بالمنطقة الرمادية التي تفصل بين قواعد القانون العام والقانون الخاص.⁽⁴⁾

رابعا- الطبيعة الدولية لمنازعات الاستثمار الأجنبي.

يتضمن العقد الدولي عادة عنصرا أجنبيا سواء تعلق الأمر بأطرافه أو محله أو موضوعه أو بمكان تنفيذه، ويترتب على ذلك أن أطراف نزاع الاستثمار هم طرفين ينتمي كل منهما إلى نظام قانوني مختلف

⁽¹⁾ طه أحمد علي: تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2008، ص 48.

⁽²⁾ عماد حبيب الموصلي: القانون والاقتصاد الدولي، مكتبة نينوى للنشر والتوزيع، الموصل، العراق، 2001، ص 97.

⁽³⁾ حميد شيرزاد هروري: مرجع سابق، ص 52-53، نقلا عن أحمد عبد الكريم سلامة: نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 305. سراج حسين أبو زيد: التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 111..

⁽⁴⁾ هفال صديق اسماعيل: التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية مع أحدث أحكام هيئة التحكيم الدولية وأحكام المحاكم الوطنية، مرجع سابق، ص 45.

عن الآخر الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي وبالنتيجة فهو نزاع دولي، ويترتب على هذا الوصف إخضاع العقد لقواعد القانون الدولي الخاص سواء ما كان منها معتبرا من قواعد تنازع القوانين أم لا، ومن ثم منح الأطراف الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على الموضوع والاجراءات المتبعة أمام الهيئة التحكيمية.⁽¹⁾ غير أن الفقه القانوني لم يستقر على وضع معيار محدد لإضفاء صفة الدولية على عقود الاستثمار، فاتجه جانب من الفقه الى الأخذ بالمعيار القانوني مدعما رايه بجملة من الحجج، في حين اتجه جانب ثان الى الأخذ بالمعيار الاقتصادي. و فضل اتجاه ثالث الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي.

يقوم المعيار القانوني على توافر الصفة الأجنبية في عناصر العلاقة القانونية⁽²⁾، ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن وجود عنصر أجنبي في العقد يضمن عليه الطابع الدولي وهو ما يبرر خضوعه لقواعد القانون الدولي، ويعتبر دوليا اذا كان أحد الاطراف أجنبيا أو كان محله أو الواقعة المنشئة له ذات طبيعة أجنبية.⁽³⁾ على الرغم من وجاهة ما إنتهى إليه أصحاب هذا الرأي والمتمثل في العناصر الغالبة في العقد ومدى فاعليته، إلا أن ترك الامر في تحديد الصفة الدولية للعقد الى السلطة التقديرية للقاضي أمر يؤدي الى اختلاف وجهات النظر القضائية من دولة الى أخرى، بل ويمكن أن تختلف وجهة نظر القاضي نفسه من عقد الى عقد، وبالتالي لا تصلح وجهات النظر المتضاربة والمتعارضة لوضع معيار قانوني جامع ومانع لتحديد الصفة الدولية للعقد.⁽⁴⁾

هذا المعيار منتقد وذلك لأن الفرد لا يتمتع بالشخصية القانونية الدولية، وبالتالي لا يمكن إخضاعه الى القانون الدولي على غرار الدول والمنظمات الدولية، على اعتبار أنه لا ينصرف إلى أفعال الأفراد، وهو ما أكدته معاهدة فيينا لعام 1969 حسب المادة 2 منها على أنه يسري القانون الدولي سواء كان في وثيقة واحدة أو أكثر على كل اتفاق دولي يعقد بين دولتين أو أكثر.⁽⁵⁾

⁽¹⁾بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص76.أنظر أيضا هفال صديق اسماعيل: مرجع نفسه، ص46.

⁽²⁾ابراهيم أحمد ابراهيم: القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين - دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص346.

⁽³⁾ابراهيم محمد القعود: مرجع سابق، ص305.

⁽⁴⁾مرجع نفسه، ص306.

⁽⁵⁾هفال صديق اسماعيل: التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية مع أحدث أحكام هيئة التحكيم الدولية وأحكام المحاكم الوطنية، مرجع سابق، ص46.

أما بالنسبة للمعيار الاقتصادي فيرى أصحاب هذا الاتجاه أن الصفة الدولية التي تتمتع بها القواعد المطبقة على العقود الدولية مثل دولية عقود الاستثمار الأجنبي ودولية التحكيم وكل العناصر المؤثرة في عقد الاستثمار الأجنبي والتي تخرج المنازعة من طابعها الداخلي الى الطابع الدولي كجنسية الاطراف ومكان اقامتهم، ومكان التحكيم والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فضلا عن طبيعة المصالح التي ينظمها العقد والتي تتعلق بصالح تجارية واقتصادية، كلها عناصر تضيي الطابع الدولي لمنازعات الاستثمار الأجنبي⁽¹⁾، إلى جانب ذلك فإن هذا المعيار يعتبر دولية منازعات الاستثمار مرتبط بمصالح التجارة الدولية، ولما كان هذا المصطلح بحاجة تعريفه، فقد اتخذ صورا عديدة تلي حاجات اقتصادية متعددة.⁽²⁾

أما المعيار الثالث وهو المعيار المختلط الذي يجمع بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي، فيرى أنصار هذا الاتجاه أنه يكفي لتقرير دولية العقد التحقق من وجود عنصر أجنبي في الرابطة العقدية وهذا حسب المعيار القانوني، وأن يتعلق بمصالح التجارة الدولية حسب المعيار الاقتصادي، ويبدو أنه المعيار المقترح بشأن دولية منازعات الاستثمار الأجنبي خاصة وأن جوهر عقود الاستثمار إنما هو تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار، لذلك يفضل المعيار الاقتصادي والقانوني كأساس لإصباغ الصفة الدولية.⁽³⁾

المطلب الثاني: طرق تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

على الرغم من أهمية التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، إلا أنه لا يعد الوسيلة الوحيدة، فمعالجة هذه المنازعات يكون بوسائل ودية أخرى، أو عن طريق اللجوء الى القضاء سواء كان قضاء وطني أو دولي، أو عن طريق اللجوء الى الاتفاقيات الدولية، وهو من شأنه أن يحقق التوازن بين مصالح أطراف النزاع. لدراسة هذه الوسائل ينبغي التمييز بين نوعين رئيسيين من الوسائل وذلك بالنظر لمدى إلزامية ما تنتهي إليه.

الفرع الأول: الوسائل الداخلية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

الفرع الثاني: الوسائل الدولية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

⁽¹⁾ سي فضيل الحاج: مرجع سابق. ص 181.

⁽²⁾ بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 81-82.

⁽³⁾ مرجع نفسه، ص 86.

الفرع الأول: الوسائل الداخلية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

نظرا لخصوصية منازعات الاستثمار الأجنبي فقد تزايد الاهتمام بوسائل فض منازعاتها، والعمل على حل الخلافات التي تطرأ بين الأطراف المتعاقدة، لذلك زاد التركيز على الوسائل البديلة لفض المنازعات بطريقة ودية قبل اللجوء إلى القضاء الداخلي للدولة المضيفة للاستثمار. لذا تنقسم الوسائل الداخلية الى وسائل ودية ووسائل قضائية.

أولا - الوسائل الودية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي: تتنوع الوسائل الودية لتسوية منازعات الاستثمار بين المفاوضات، الصلح والوساطة.

أ- المفاوضات: تعرف المفاوضات على انها وسيلة من الحلول البديلة في مرحلة ما قبل الوساطة، كما أنها تعد من أعقد العمليات على الرغم من أنها وسيلة مرنة لا تحتاج الى تشكيلات لإنهاء النزاع بين أطرافه، بل مجرد تعيين المكان والزمان والمسائل موضوع النزاع والتي تحتاج الى حوار جدي وذلك بحسن نية ورضا أطراف النزاع⁽¹⁾، وفي مجال عقود الاستثمار الأجنبي فإن المفاوضات تعني التفاوض والمناقشة وتبادل الافكار والأراء والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول الى اتفاق معين حول مصلحة أو حل مشكلة ما اقتصادية قانونية تجارية. وتجدر الإشارة إلى ضرورة التفرقة بين الصور التي يمكن أن يتخذها التفاوض بصفة عامة سواء كآلية لحل المنازعات أو كآلية لإعادة التوازن العقدي، فقد يرد شرط التفاوض في عقد الاستثمار مهما كانت صورته في العقد أو بصفة مستقلة عن العقد، وعليه فشرط التفاوض في إعادة التوازن العقدي ليس بشرط جديد في عقود الاستثمار الأجنبي، وإنما سبقت الإشارة اليه، وهو يؤدي الى تجنب المنازعات المحتملة من خلال استمرار العقد، أما شرط التفاوض كآلية لتسوية المنازعات فهو يهدف لايلاء أطراف العقد بالتوصل الى حل للنزاع القائم، انما يلزمهما بالتفاوض فقط بحسن نية بغرض إيجاد حل للنزاع بطريق ودي، كما أنه لا يتقيد بأي نوع من الشكليات أو القواعد الموضوعية التي تتقيد بها الاليات الأخرى، فيستوي أن تكون في صورة شفوية أو كتابية، كما أن شرط التفاوض قد يرد بصفة صريحة أو ضمنية.⁽²⁾

⁽¹⁾ ايناس خلف الدين: التحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2016، ص 65.

⁽²⁾ سي فضيل الحاج: مرجع سابق. ص 264.

تشير اغلب الاتفاقيات الدولية المتعددة الاطراف والثنائية وتؤكد على ضرورة حل النزاع القائم بين الاطراف باللجوء أولا الى التفاوض قبل اللجوء الى الوساطة أو التحكيم لحل منازعات الاستثمار الأجنبي، وفي اطار الاتفاقيات الثنائية التي ابرمتها الجزائر حول ترقية الاستثمار وتشجيعه، فقد دعت هذه الاتفاقيات الى التشاور والتفاوض بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار حول المسائل موضوع الخلاف قبل اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي.⁽¹⁾

على الرغم من أن هدف المفاوضات وهو تحقيق المصلحة المشتركة وهي ديمومة العقد دون اللجوء الى وسائل أخرى، إلا أنه قد يفشل اطراف النزاع في الوصول الى اتفاق، بسبب وجود العديد من الظروف والعوامل التي تتحكم في سير العملية التفاوضية، فكفاءة المفاوض وخبرته والقوة الاقتصادية لكل طرف وحاجته الى الدخول في هذا النوع من العقود، ايضا الاستراتيجية المتبعة والتكتيك المستخدم لتنفيذها وطبيعة العملية او المشكل المطروح كلها عوامل تؤثر على النتيجة النهائية للمفاوضات.⁽²⁾

ب - الصلح: يشكل الصلح الأساس القانوني الذي يقوم عليه نظام الوسائل البديلة في تسوية منازعات الاستثمار، والسبيل لإيجاد حل توافقي بين أطراف النزاع بعيدا عن اللجوء الى القضاء، وقد أجاز المشرع الجزائري لجوء أطراف النزاع الى التصالح تلقائيا أو بسعي من القاضي في جميع مراحل الخصومة⁽³⁾، كما تطرق المشرع الى تعريفه بموجب المادة 459 من ق م ج بنصها على أن "الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه."⁽⁴⁾

(1) نصت المادة 8 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وسويسرا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمار، الموقعة في 30-11-2004 على أنه "1 - تتم تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين طرف متعاقد ومستثمر الطرف المتعاقد الاخر قدر الامكان عن طريق المشاورات بين الاطراف المعنية. 2 - اذا لم تأتي المشاورات بحل في مدة 6 اشهر ابتداء من تاريخ الاشعار بطلب الشروع فيها، يمكن للمستثمر إحالة النزاع إما على السلطات القضائية المختصة للطرف المتعاقد الذي انجز على إقليمه الاستثمار، وإما على التحكيم الدولي..." ج ر عدد 45 الصادرة بتاريخ 29-07-2005.

(2) غسان عبيد محمد المعموري: المفاوضات ودورها في تسوية منازعات عقود التنمية التكنولوجية، مجلة اهل البيت، كربلاء، العراق، العدد 22، د ن، ص 381.

(3) أنظر المادة 990 من ق م ج ا رقم 08-09.

(4) قانون رقم 75-85 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن ق م ج المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر عدد 31.

بالرجوع الى ق ا م ا نلاحظ ان المشرع الجزائري ضمن الفصل الخامس منه الطرق البديلة لحل النزاعات وهي الصلح والوساطة والتحكيم، في حين تطرق القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار الى نظام المصالحة والتحكيم واستثناء يتم الرجوع الى القانون الاتفاقي اي ما تضمنته الاتفاقيات الدولية الثنائية او المتعددة الأطراف في هذا الاطار، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر الأجنبي ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص⁽¹⁾، من خلال نصوص هذه المواد يبدو أن المشرع الجزائري ركز على الصلح والوساطة والتحكيم في المنازعات الداخلية، ولم يأخذ بعين الاعتبار نظام الصلح في المنازعات الدولية على الرغم من أهميته في حل النزاعات واستمرار العلاقات التجارية الدولية.

الى ذلك تجدر الاشارة الى وجود فرق بين مصطلح الصلح الذي اعتمده المشرع الجزائري في ق ا م ا ومصطلح المصالحة الوارد في قانون الاستثمار رقم 16-09، فلا يجب الخلط بين الصلح والمصالحة، فهما يختلفان من حيث مجالات الاستعمال والنتيجة او الهدف المرجو وكذا صفة القائم بها، ففي ما يتعلق بالمصالحة واستنادا الى نص المادة 459 ق م ج والتي عرفت الصلح على أنه عقد بين طرفين يتفقان من خلاله على إنهاء نزاع قائم أو محتمل الوقوع من خلال التنازل المتبادل لكل منهما على حقه، وهذا على الرغم من استعماله لعبارة الصلح، قاصدا بذلك المصالحة والدليل على ذلك هو العبارة المستخدمة باللغة الفرنسية وهي De la Transaction، أما الصلح Conciliation والذي اعتمده المشرع في ق ا م ا فيقصد به الاتفاق الذي يكون بين طرفي النزاع لإنهاء النزاع القائم باللجوء الى القضاء في صورة صلح قضائي او خارج القضاء فيكون صلح اتفاقي. اعتبارا لذلك فإن عبارة المصالحة تبدو أكثر تناسبا، ولا دخل للقاضي فيها عكس الصلح وهذا الرغم من ان كليهما يهدفان الى انهاء النزاع بشكل ودي.⁽²⁾

بالرجوع الى نصوص الاتفاقيات الدولية فيبدو أن المصطلح المستعمل في هذه الاتفاقيات هو المصالحة وأحيانا أخرى الصلح أو التوفيق، وقد أخذت المصالحة مكانا بارزا في العديد من مراكز التحكيم الدولية، حيث اعتبرت غرفة التجارة الدولية بباريس CCI أن الصلح يعتبر الحل المرغوب فيه للخلافات التجارية

⁽¹⁾ أنظر المادة 24 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار.

⁽²⁾ كاهنة ايرزل: مكانة المصالحة في تسوية منازعات التجارة الدولية، مجلة العلوم الانسانية، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1، عدد 46

ديسمبر 2016، ص 29.

ذات الطابع الدولي ولمساعدة المتعاملين على تسوية خلافاتهم ودياً⁽¹⁾، فضلاً عن ذلك فقد تدخلت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية بموجب المادة 1 منها على وضع المصالحة كوسيلة بديلة وودية لتسوية منازعات التجارة الدولية.⁽²⁾

على الرغم من تشابه التحكيم مع الصلح في أن كلا منهما ينشأ بعقد، وبهما يتم حسم النزاع القائم بين الاطراف المتعاقدة، الا أنهما يختلفان في بعض المسائل: حيث ينتهي التحكيم بصور حكم يفصل في النزاع المطروح على هيئة التحكيم، ويكون ملزماً وقابلًا للتنفيذ الجبري، اما في الصلح فينتهي النزاع بمجرد التنازل المتبادل بين الاطراف ويكون قابلًا للتنفيذ بذاته بعد تصديق القضاء عليه⁽³⁾، كما أنهما يختلفان في طريقة حل النزاع، ففي الصلح يتم حل النزاع من بدايته الى نهايته باتفاق الطرفين وتنازل الطرفين عن جزء من ادعاءاتهما⁽⁴⁾، أما في التحكيم فلا يوجد تنازل وانما يوجد تفويض للمحكم لفض النزاع بما يراه عادلاً وبالتالي يمكن أن يستجيب لطلبات احد الخصوم ويفرض طلبات الخصم الأخر،⁽⁵⁾ فضلاً عن ذلك يختلف التحكيم عن الصلح من حيث طبيعة كلا منهما فحكم التحكيم يعامل كأحكام القضاء وقد يقبل الطعن بطرق الطعن المختلفة، بينما لا يعامل كذلك عقد الصلح وإن كان يقبل الطعن بالبطلان أو الفسخ.⁽⁶⁾

تأسيساً على هذه الفروق بين التحكيم والصلح، فإن هذا الأخير يلعب دوراً مهماً في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في حالة اتفاق الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي على اللجوء اليه وتبرز فعالية أكثر عند تنفيذ التوصيات أو القرارات الصادرة في جلسات الصلح كخطوة أولى قبل اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي.

ج- الوساطة: في حالة فشل المفاوضات بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، فإن لهم اللجوء الى الوساطة كوسيلة بديلة لفض منازعات الاستثمار الأجنبي، وقد يلجأ اليها ابتداءً أين يتم الاتفاق عليها في مرحلة التعاقد وقبل نشوء أي نزاع، كما أن لهم اللجوء اليها بعد نشوء النزاع، وتعرف الوساطة

⁽¹⁾ أنظر نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس CCI على الموقع: www.startmes.com

⁽²⁾ كاهنة إيرزل: مرجع سابق، ص 29.

⁽³⁾ نصت المادة 993 من ق إ م إ على أنه " يعد محضر الصلح سنداً تنفيذياً بمجرد إيداعه بأمانة الضبط."

⁽⁴⁾ عبد الكريم أحمد أحمد الثلايا: مرجع سابق، ص 23.

⁽⁵⁾ زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 44.

⁽⁶⁾ عبد الكريم أحمد أحمد الثلايا: المرجع نفسه، ص 24.

بأنها وسيلة اختيارية غير ملزمة لحسم النزاعات، يلجأ بموجبها أطراف النزاع الى طرف ثالث محايد يقوم بدور الوسيط في محاولة منه لحسم الخلاف عن طريق فحص طلبات وإدعاءات الأطراف، ويساعدهم في التفاوض لحسم النزاع، والوسيط في ممارسته لمهمته قد يجمع الأطراف وقد يعمل أحيانا مترددا بينهم منفردا بكل طرف على حدى، لمحاولة التوصل الى صيغة مرضية للنزاع، كما انه يسعى الى محاولة التوصل الى صيغة ودية دون إجبار الأطراف على قبول التسوية.⁽¹⁾

تطرق المشرع الجزائري الى تنظيم الوساطة كطريق بديل لحل النزاعات إلا أنه لم يضع تعريفا لها، غير ان اعتبار الوساطة طريق بديل لحل النزاعات يطرح اشكالية حول هل ما اذا كانت موازية للدعوى القضائية؟ اذ يفترض عند استعمال عبارة "طريق بديل" من الناحية اللغوية وجود طريق أصلي، وعند الاقتضاء نستعمل الطريق البديل، غير أن المتأمل لنصوص المواد من 994-1005 من ق ا م ا لا يلمس وجود أي طريق اصلي مادام أن الوساطة تنشأ قانونا بعد قبول طرفي انزاع بها، وهو ما يعني أن الوساطة ليست طريقا بديلا لحل النزاعات وإنما اجراء اوجبهه المادة 994 ق ا م ا، ومن ثم فإنه يتعين على القاضي عرضه على القاضي في جميع المواد.⁽²⁾

يعتبر اتفاق الأطراف على الالتجاء الى الوساطة نقطة البداية في إجراءات تقريب وجهات نظرهم وقد يأخذ هذا الاتفاق شكل شرط في العقد أو شكل مشاركة، على أنه يمكن أن تبدأ الوساطة دون أي اتفاق مسبق، فقد يلجأ كل طرف من الأطراف المتنازعة الى طلب الوساطة من أحد المراكز أو المؤسسات المتخصصة، أما بالنسبة للشروط الواجب توافرها في الوسيط فإنه يشترط صفتي الحياد والاستقلال، والمقدرة على الحوار والإقناع وان تكون له الخبرة الكافية في موضوع النزاع.⁽³⁾

في سياق متصل وعلى الرغم من التشابه الموجود بين الوساطة والتحكيم كطرق بديلة لحل النزاعات، إلا أن التفرقة بينهما واضحة، وذلك بالنظر لنطاق محل التطبيق وكذا القوة القانونية المترتبة على القرار المتخذ في كل منهما، فمن الناحية الاولى تتمتع الية الوساطة كوسيلة سلمية لفض المنازعات بنطاق واسع

⁽¹⁾ بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 316.

⁽²⁾ فراس يقاش: الوساطة كطريق بديل لحل النزاعات في قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، مجلة المحكمة العليا، العدد الاول،

2012، ص 71.

⁽³⁾ بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع نفسه، ص 317.

كأصل عام⁽¹⁾ من ذلك الذي يتمتع به نظام التحكيم، ومن ناحية أخرى فإن الحكم الصادر عن المحكم يتميز بحجية الأمر المقضي فيه منذ صدوره، بينما لا يتمتع القرار الصادر عن الوساطة بأي حجية وقراره هو مجرد حل للمسألة المعروضة عليه والذي يهدف غالبا الى مساعدة الأطراف أنفسهم ويعتبر غير ملزم إلا اذا قبلوا به.⁽²⁾

يبدو اذا أن التحكيم التجاري الدولي وإن كان يعتبر وسيلة قضائية لحل المنازعات، إلا أنه يختلف عن غيره من الوسائل الودية، لأن هذه الوسائل تقتصر على مجرد التوصية، وإبداء الرأي أو إثبات واقعة، دون ان تكون ملزمة للأطراف الذين يكون لهم الحرية في اصدار القرار النهائي، أما التحكيم فإنه يترتب عليه صدور حكم نهائي وملزم للأطراف.⁽³⁾

على الرغم من ذلك فإن التسوية الودية لمنازعات الاستثمار الأجنبي تلعب دورا كبيرا، ومن ذلك ما تم تسويته بالتراضي في القضايا المعروضة على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، والتي بلغت 5.4 % من عدد القضايا التي عرضت على المركز للفصل فيها عن طريق التحكيم، وتم تسويتها بالتراضي وذلك خلال السداسي الأخير من عام 2016، ونسبة 5.2 % خلال السداسي الأول من عام 2017، و4.9 % خلال السداسي الثاني من عام 2017⁽⁴⁾، غير أن فعالية هذه الطرق الودية يتوقف على مدى رضا أطراف النزاع، فلهم كامل الحرية في تنفيذ أو عدم تنفيذ التوصيات والقرارات الصادرة إما من الوسيط أو المفوض، فهذه التوصيات لا تماثل أحكام التحكيم وبالتالي لا يمكن الاعتراف بها كحكم صادر عن تلك المحاكم، لذلك يتم غالبا الدمج بين الوسائل البديلة وبين التحكيم أو القضاء، حيث تنص عقود عديدة

⁽¹⁾ شرعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بعد أن وضعت لائحة التحكيم عام 1976، في وضع لائحة خاصة بالوساطة والمصالحة عام 1980، ولقد نظمت العديد من المراكز الدولية للتحكيم آلية خاصة بشأن الوساطة مستقلة تماما عن التحكيم، وهو ما كرسه المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بموجب معاهدة واشنطن 1965، حيث نظمت المواد من 35/28 من المعاهدة آلية الوساطة، وكما هو الحال في التحكيم التجاري الدولي، فإنه توجد وساطة مؤسساتية ووساطة حرة، اما الاولى فهي منظمة وفق قواعد مراكز متخصصة في الوساطة، اما الوساطة الحرة فهي منظمة وفق لمبدأ سلطان الارادة اي اتفاق اطراف النزاع، ومن بين مراكز الوساطة نذكر على سبيل المثال: المركز الدولي لتسوية الودية للمنازعات التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس، مركز تحكيم الاكاديمية الدولية للوساطة والتحكيم IAMA هو مركز مصري ذو خبرات دولية تأسس عام 2010، المركز البلجيكي للتحكيم والوساطة، مركز الرباط الدولي للتحكيم والوساطة.. وغيرها من المراكز الدولية.

⁽²⁾ حفيظة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، 2007، ص 83.

⁽³⁾ هشام باناجه: مرجع سابق، ص 8.

⁽⁴⁾ سي فضيل الحاج: مرجع سابق. ص 284.

على وسيلتين لحسم المنازعات: اللجوء الى الوسائل البديلة كخطوة أولى، ثم اللجوء الى التحكيم كخطوة ثانية في حالة فشل الطرق الودية.⁽¹⁾

ثانيا- القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار.

الأصل التي يتم تسوية منازعات الاستثمار الاجنبي باللجوء إلى القضاء الداخلي للدولة المضيفة للاستثمار، ومن أجل الاحاطة بهذا العنصر سنتناول كيفية تدخل القضاء الوطني في منازعات الاستثمار الأجنبي، ثم الصعوبات التي يواجهها المستثمر الأجنبي بلجوهه الى القضاء الوطني، على النحو التالي:

أ- تدخل القضاء الوطني في منازعات الاستثمار الأجنبي: بما أن القضاء الوطني يشكل حجر الأساس في نظر وفض المنازعات تحت ظل العدل والامن والاطمئنا، فإن الدول تحرص على الحفاظ على سيادتها، بألا تكون مدعى عليها أمام قضاء أو هيئة أجنبية وأن تخضع في منازعاتها مع الغير الى قضائها الوطني صاحب الاختصاص الأصيل، حتى لو تعلق الأمر بعقود الاستثمارات الأجنبية، وفي سبيل تحقيق الموازنة بين المحافظة على سيادتها وخضوعها لقضائها الوطني وطمأنة المستثمر الأجنبي وجذبه الى ميادين التنمية الاقتصادية، يتعين على الدولة المضيفة للاستثمار الاهتمام ببناء قضائها، ومن أهم لبنات هذا البناء ايجاد القاضي المتخصص سيما في مجال منازعات الاستثمار، فيكون منفتحا على المحيط الخارجي، ملما بالتجارب القضائية وعلى دراية بقوانين التجارة والاستثمار في الدول الأخرى وأحكام القضاء المقارن وما تجود به الاجتهادات القضائية وما تتناوله الاتفاقيات الدولية، إذ لا يكفي المام القاضي بقانونه الداخلي، حتى يكون قادرا على ايجاد الحلول المناسبة لما يعرض عليه من منازعات، وبالتالي يكون فاعلا في خلق مناخ يسوده الاطمئنان والثقة بما يحقق الاستقرار الاقتصادي ويسهم في الدفع بعملية التنمية وتشجيع الاستثمار.⁽²⁾

بناء عليه فقد شجعت وأكدت الانظمة الداخلية على اعطاء الدور الايجابي للقضاء الوطني، في حالة فشل المساعي الحميدة لإيجاد حل ودي للنزاع الاستثماري، وقد تضمنت هذه القوانين مواد عاجلت مسائل تتعلق بتسوية منازعات الاستثمار على سبيل التعداد كما أتاحت معظم الاتفاقيات الثنائية الفرصة

⁽¹⁾ بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 324.

⁽²⁾ فرج أحمد معروف: دور القضاء في تطبيق واناذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار، المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، الدوحة، 24-26 سبتمبر 2013، ص 2-3.

للمستثمر الأجنبي لعرض نزاعه مع الدولة المضيفة على هيئاتها الداخلية اذا رغب في ذلك، ورأى ان القضاء الداخلي يمنح له ضمانات كافية تتسم بالسرعة والحياد⁽¹⁾. ليتجلى بذلك سمو المعاهدات الدولية باعتبارها عمل دولي ملزم للدولة المضيفة، فلا تستطيع التنصل منها او تعديل التزاماتها بإرادتها المنفردة، كما هو الشأن في قوانينها الداخلية على اساس مبدأ سيادة الدولة الاقليمية⁽²⁾. بالإضافة الى ما جاء عن الصيغ الدولية ذات الطابع العالمي او الاقليمي ومنها: القرار الذي اصدرته الامم المتحدة عام 1962 بشأن السيادة الدائمة للثروات الطبيعية في دورتها 29 القرار رقم 29/3281⁽³⁾ الخاص بميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول الاعضاء، حيث أكد على اختصاص القضاء الوطني في البت في المنازعات المتعلقة بالاستثمار التي يكون فيها التعويض المستحق عن التأميم محل خلاف⁽⁴⁾، كما أصدرت منظمة الاوبك في مؤتمرها 16 الذي عقد في فينا عام 1968، على الدول الأعضاء في المنظمة بالتنازل نهائياً عن التحكيم واعتماد حل وطني، ووضح القرار رقم 90/16 أنه "فيما عدا الحالات التي تنص فيها القوانين الوطنية للدول الاعضاء على خلاف ذلك، فإن جميع المنازعات التي تنشأ بين الحكومة والمشروعات - الشركات الأجنبية المتعاقدة مع الحكومة - يجب أن تخضع لقضاء المحاكم الوطنية المختصة أو المحاكم الاقليمية المتخصصة اذا كانت موجودة أو متى وجدت."

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أجازت المادة 24 من القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار تسوية هذه المنازعات عن طريق القضاء الوطني كخطوة أولى قبل اللجوء الى الطرق البديلة وعلى رأسها التحكيم التجاري الدولي، فهذه المادة أكدت على الاختصاص الاصيل للقضاء الوطني، وقد بقي قانون الاستثمار الجزائري يحافظ على هذا الاختيار رغم التعديلات المتكررة، باعتباره يمثل مظهر من مظاهر

(1) محمد عيساوي: مرجع سابق، ص 53.

(2) بسمان نواف فتحي: النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية النفطية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم الدراسات القانونية، القاهرة، 2013، ص 103.

(3) نصت الفقرة 2 من المادة 2 من ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول الاعضاء في الامم المتحدة على القرار رقم 29/3281 على أنه "عندما تثير مسألة التعويض خلافاً، يتم حل هذا الخلاف بمقتضى القانون الوطني وعن طريق محاكمها، ما لم يوجد اتفاق من قبل الدول المعنية على اتباع وسائل أخرى سلمية لحل هذه المنازعات تقوم على اساس المساواة في السيادة بين الدول ووفقاً لمبدأ الاختيار الحر للوسائل".

(4) منصور فرج السعيد: النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في ظل قانون الاستثمار الجديد، دراسة قانونية اقتصادية مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 03، 2003، ص 134.

السيادة الاقليمية، إلا أن التطبيق الفعلي على أرض الواقع يثبت عكس ذلك، فهذا الخيار بالرغم من النص عليه، إلا انه غالبا ما يكون مستبعدا عند نشوب النزاع، وهذا راجع الى مخاوف المستثمر من المثل امام القضاء الوطني⁽¹⁾، وهو ما جعل اللجوء الى قضاء الدولة اجراء حبيس النص على غرار القانون الاتفاقي⁽²⁾

ب - الصعوبات التي تواجه المستثمر الأجنبي في اللجوء إلى القضاء الوطني: المستثمر الأجنبي

هو الشخص الطبيعي او المعنوي الذي يقبل قدرا من المخاطر لتوظيف موارده الخاصة المتاحة وذلك بهدف الحصول على اكبر قدر ممكن من الأرباح، إلا ان فكرة لجوئه الى قضاء الدولة المضيفة يثير العديد من الاشكالات تشمل خصوصا:

1 - التشكيك في أهلية الدولة أو قدرتها على اللجوء الى التحكيم: بداية لابد من التأكيد إلى

أن التحكيم لا يكون إلا اختياريا وبرضاء أطرافه، لذا فإن مسألة التشكيك في أهلية الدولة المضيفة للاستثمار أو قدرتها على اللجوء الى التحكيم، لا تثور إلا اذا وجد اتفاق بين الدولة أو احدى الهيئات أو المؤسسات التابعة لها باللجوء الى التحكيم بصدد عقود الاستثمار التي تبرمها هذه الجهات، حيث تسعى هذه الجهات الى التخلص من اللجوء الى التحكيم متذرعة بعدم أهليتها، ومستندة في ذلك الى قانونها الوطني الذي لا يعترف بشرط التحكيم في هذا النوع من العقود، أو أن أحكام قانونها الداخلي قد تم تعديلها بعد الاتفاق على التحكيم مع المستثمر الأجنبي، فأصبح يحظر ولا يجوز لجوء الدولة الى التحكيم مما يجعل هذا الاتفاق باطلا، ويجعل الاختصاص بنظر هذه المنازعات للقضاء الوطني⁽³⁾.

⁽¹⁾ عمر شتوح: تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين القضاء والتحكيم قارة في ظل القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، العدد 02، 2020، ص 88.

⁽²⁾ أجاز القانون الاتفاقي اللجوء الى تسوية المنازعات الى التحكيم في حالة عدم الاتفاق على اللجوء الى القضاء الوطني، فوجد المادة 2/8 من الاتفاق الجزائري الايطالي حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، تنص على انه "اذا لم يسو الخلاف بتراضي الطرفين يرفع النزاع الى جهات التقاضي المختصة في الدولة التي تم الاستثمار على اقليمها، أو الى المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات"، ج ر عدد 46، الصادرة في 06-10-1991. كما نجد المادة 2/8 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية حول التشجيع والحماية المتبادلين فيما يخص الاستثمارات نصت على أنه " اذا لم تكن تسوية الخلاف بتراضي الطرفين ممكنة في مدة 6 اشهر من تاريخ رفعه من أحد الطرفين في النزاع، فإنه يمكن بطلب من المواطن أو الشركة رفع النزاع أمام الهيئات القضائية المختصة في دولة الطرف المتعاقد المعني بالنزاع، أو الى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار." ج ر عدد 1، الصادرة في 02-01-1994.

⁽³⁾ بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، مرجع سابق، ص 49.

غير أن العمل الدولي أثبت في عدد غير قليل من الحالات لجوء الدولة المضيفة للاستثمار الى انكار شرط التحكيم، الذي سبق وأن قبلت به، بدعوى عدم جواز اتفاقها على التحكيم وفق قوانينها الداخلية⁽¹⁾، وهو ما اضطر أحكام المحاكم وهيئات التحكيم الى رفض مثل هكذا قرارات⁽²⁾، وعليه فإن قبول الدولة اللجوء مسبقا الى التحكيم يعني انها لا تستطيع أن تمسك بقانونها الداخلي لتقضي ببطلانه، فمبدأ استقلال شرط التحكيم في عقود الاستثمار يجعل اتفاق التحكيم في هذا المجال غير خاضع إلا للنظام العام الدولي الذي لا يجيز للدولة التمسك بأحكام قانونها الوطني للتخلص من اتفاق التحكيم الذي أبرمته.⁽³⁾

2 - تخوف المستثمر الأجنبي من مساس الدولة بحياد قضائها: آثار موضوع تسوية منازعات

الاستثمار الأجنبية عن طريق القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار العديد من الاعتراضات والمبررات والعراقيل من قبل المستثمرين الاجانب، والتي تدور في مجملها حول الصعوبات التي يمكن أن يواجهها المستثمر عند اللجوء الى المحاكم الداخلية⁽⁴⁾، فعلى الرغم من أن الدولة مجرد طرف متعاقد مع طرف الأجنبي، إلا أنها تعتبر طرف غير عادي بالنسبة للمزايا السيادية التي تتمتع بها والتي تمكنها بالإضافة الى امكانية الاخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد، الاخلال أيضا بالحياد الذي يجب أن يتوافر للسلطة القضائية الوطنية والتي يمكن أن يعرض عليها النزاع في حالة نشأته، فالمستثمر الأجنبي يرى بان القضاء الوطني غير محايد لاتصاله بالمصالح الاقتصادية والاجتماعية للدولة، ولتجاوزها الخطر الكامن في تصور المستثمر الأجنبي

⁽¹⁾ صلاح سري الدين: التحكيم في العقود الادارية بين الحظر والاجازة مع اشارة خاصة لأحكام القانون المصري وأحكام التحكيم التجاري الدولي، مجلة التحكيم العربي، المركز اليمني للتوفيق والوساطة والتحكيم، 2003، ص 114.

⁽²⁾ افي قضية Calakis لسنة 1967، ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى ان محكمة استئناف باريس كان عليها الفصل في مسألة ما اذا كانت القاعدة المصاغة لحكم العقود الداخلية يجب أن تطبق أيضا على العقد الدولي المبرم من أجل احتياجات التجارة، الأمر الي أجابت عليه المحكمة العليا بالنفي، اذ قضت بأن الحظر لا يعمل به بصدد العقود الدولية، وهو ما يفيد ان الدولة الفرنسية تلتزم بترتيب كافة الالتزامات المترتبة على شرط التحكيم، دون أن تتذرع بالحظر القائم في قانونها الداخلي، والذي يمنع الدولة من قبول شرط التحكيم في العقود التي تبرمها.

Cass: 2/2/1966, Rev Cir, 1967, P533, Note Goldman.

⁽³⁾ بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، مرجع سابق، ص 52.

⁽⁴⁾ حميد شيرزارد هروري: مرجع سابق، ص 70.

من انحياز القضاء الوطني للدولة المتعاقدة لن يكون إلا بسلب الاختصاص منه ومنحه الى قضاء آخر هو التحكيم⁽¹⁾، وهو ما يجعل هذا القضاء لا يحظى بالرضا التام .

3- تخوف المستثمر الأجنبي من تمسك الدولة بالحصانة القضائية: تتمتع الدولة بما لها من استقلالية وسيادة تجعلها على قدم المساواة مع الدول الاخرى بالحصانة القضائية⁽²⁾، وعلى الرغم من أن الاتجاه الحديث يميل الى تقييد الحصانة التي تتمتع بها الدول على نحو يؤدي الى عدم استفادة الدولة منها إلا في الأحوال التي يكون التصرف الصادر عنها تصرفاً سيادياً استخدمت فيه مزاياها كسلطة عامة أو كان التصرف من تصرفات القانون العام، فإن ذلك لا يعني انتهاء التمتع بالحصانة كمبدأ عام بل يظل الأصل هو التمتع بها، وهنا تكمن الخطورة القصوى بالنسبة للمشروع الأجنبي في حالة قيامه برفع دعواه ضد الدولة أمام القضاء الوطني لدولة أخرى.⁽³⁾

لا شك أنه في هذه الفرض سيثار التساؤل حول ما اذا كان من الملائم أن تكون الدولة ذات السيادة طرفاً في دعوى قضائية أمام المحاكم الوطنية، ففي هذا الخصوص فإن العبرة هي بطبيعة النشاط وليس غرضه، لتحديد ما اذا كان النشاط من قبيل أعمال السيادة التي تمنع القضاء الوطني من النظر في المنازعات المتعلقة بها، أو من قبيل أعمال الإدارة العادية التي لا تتصل بالسلطة العامة، وفي هذه الحالة يجوز للمحاكم الوطنية النظر في المنازعات المتعلقة بها وأخيراً حتى لو تم افتراض أن المستثمر الأجنبي قد حصل على حكم ضد الدولة المضيفة، فقد ينتهي به الأمر الى العجز عن تنفيذ هذا الحكم في أغلب الأحوال⁽⁴⁾، لذلك

(1) حفيظة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص32.

(2) يعد مبدأ سيادة واستقلال الدولة من أسس التنظيم الدولي، الذي اقامته الدول ومن مقتضياته أن لا تنظر محاكم الدولة في الدعاوى التي ترفع امامها ضد دولة اخرى، والا تتخذ اجراءات تنفيذية على اموالها الموجودة على اقليمها، وهو ما يعرف بحصانة الدولة ضد المقاضاة وضد التنفيذ، ومن مقتضياته ايضا أن الخواص عندما يتعاقدون مع الدولة فإنهم يخضعون لقانونها الوطني، وبعد أن ظهرت في الفقه الغربي بعد الحرب العالمية الثانية اتجاهات تدعو الى الحد منها وتدويل العقود التي تكون طرفاً فيها، ورغم الخلاف الفقهي بخصوص الاساس الذي تستند عليه فكرة الحصانة، والتوجه نحو الحد منها، إلا أن أحد لم ينكرها، فهي من المبادئ المستقر عليها في القانون الدولي العام، وهي مبدأ مسلم به في مختلف دول العالم، ويجد مصدره في العرف الدولي، وقد قننته الاتفاقية الأوروبية الخاصة بالحصانات الدبلوماسية، التي تم التوقيع عليها 1972 بسويسرا، ودخلت حيز التنفيذ عام 1976. خالد منصور اسماعيل: اشكاليات التحكيم في منازعات عقود النفط، دراسة معمقة وفق التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأحكام التحكيم الدولية المتعلقة بمنازعات النفط، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، السعودية، 2015، ص254/ ابراهيم ابراهيم: القانون الدولي الخاص "الاختصاص القضائي الدولي والاثار الدولية للاحكام"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص88.

(3) حفيظة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع نفسه، ص33.

(4) حميد شيرزاد هروري: مرجع سابق، ص70.

سيواجه بهذه العقبة وهي تمتع الدولة بالحصانة القضائية والتي تؤدي في نهاية الأمر الى اهدار الحقوق الخاصة له احتراماً لحصانة الدولة، ودرءاً لهذه المخاطر فإن المستثمر الأجنبي لا يعتمد الى ابرام عقود مع الدولة المضيفة إلا بوجود شرط التحكيم.⁽¹⁾

قد تتعلق هذه المشاكل أيضاً بأحكام القانون الدولي العام كما لو كانت المنازعة تتعلق بمسؤولية الدولة عن تأميم المشروع الاستثماري والتعويض عنه، او ان المنازعة تتعلق بطلب إعادة شروط العقد الى التوازن في الحالات الطارئة التي تخل بالتوازن في الحالات الطارئة أو بتجميد بعض القوانين التي يؤثر تعديلها على الاستثمار، وقد تتعلق بأحكام القانون الدولي الخاص لكون هذه العقود دولية بطبيعتها وفي هذه الحالة فإن المحكم كثيراً ما يجد نفسه مطالباً بالبحث في فروع مختلفة للقانون لتشعب المشاكل التي تثيرها عقود الاستثمار، فضلاً عن ذلك فقد تتعلق أيضاً هذه المنازعة بمشكلة من مشاكل البيئة في جانب منها أو فيما يتعلق بنقل التكنولوجيا، او بمشاكل فنية بالغة التعقيد تتطلب تخصصات بالنواحي الفنية لاستغلال الحقل أو معدل الإنتاج في عقود البترول أو بمشاكل هندسية بجهة تتعلق بكفاءة المنشآت في عقود الأشغال أو بمشاكل في المحاسبات المالية.⁽²⁾

لا ينبغي انكار الطبيعة الخاصة لمنازعات الاستثمار سواء من حيث اختلاف المراكز القانونية لأطرافها أو من حيث الطابع الفني والاقتصادي الذي تتميز به، والذي يثير التساؤل حول مدى ملائمة تسوية هذه المنازعات عن طريق الوسائل القضائية الداخلية، فالمشكلة قد لا تبدو في تخوف المستثمر من حياد القضاء الوطني، بقدر ما ترجع الى خصوصية هذه المنازعات، بمعنى آخر تقييم المستثمر حل هذه النزاعات من الناحية الموضوعية، ذلك ان القضاء الوطني يفتقر الى الخبرة الفنية اللازمة والى التخصص لنظر هذه المنازعات خاصة مع الاشكالات التي تطرحها، والتي تتطلب قضاة متخصصين في الميدان لهم دراية في هذا النوع من المنازعات⁽³⁾، كما قد لا يتمتع القضاة دائماً بتدريب كاف على حسم منازعات ذات طبيعة

⁽¹⁾ حفيظة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 33.

⁽²⁾ بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، مرجع سابق، ص 39.

⁽³⁾ حميد شيرزاد هروري: مرجع سابق، ص 79 .

مركبة مثل عقود استغلال الثروات الطبيعية ونقل التكنولوجيا وتسليم المفتاح وغيرها الأمر الذي لا يثير ارتياح المستثمر.⁽¹⁾

من ناحية أخرى فإن القضاء يتصف بالبطء في سير المعاملات مما يؤدي الى ضياع الوقت⁽²⁾، ويرجع هذا في المقام الأول الى أن محاكم الدولة مثقلة بالعمل نتيجة تراكم القضايا المعروضة أمامها، اضافة الى تعدد درجات التقاضي التي تتيح للطرف الخاسر امكانية طلب مراجعة وقائع القضية، وهو مالا يتناسب مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار التي تتميز بالسرعة في حسم منازعاتها نظرا لما تنطوي عليه من مبالغ مالية ضخمة، يتسبب جمودها في انتظار صدور الحكم خسائر فادحة⁽³⁾، خاصة أن الطرف الأجنبي يجهل بشكل تام بقوانين الدولة المضيفة، كما انه يتخوف من احتمال تأثر القضاء الوطني بالتيارات الفكرية والسياسية والاجتماعية السائدة في دولته، وهو يجعله حكما وخصما في نفس الوقت.

لذا من الضروري على الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية أن تقوم بتطوير وتحديث أنظمتها القانونية والقضائية، الأمر الذي من شأنه أن يمنح المستثمر الثقة، خاصة مع النظرة المبالغ فيها حول عدم قدرة المحاكم الوطنية للدول النامية لعدم كفاءتها في الفصل في النزاع، وعدم اقامة العدل بين المستثمرين، وقد دفعت رغبة الدول في جذب الاستثمارات الأجنبية الى أراضيها الى مسايرة المستثمر الأجنبي في هذا الاتجاه، فعلى الرغم من أن القضاء الوطني في الدولة المضيفة يعد الوسيلة الأكثر اتفاقا مع مقتضيات سيادتها، إلا أن رغبتها في تشجيع الاستثمار يلزمها بأن تراعي ما يعتمل في نفوس المستثمرين الاجانب فيما يتعلق بالقضاء المحلي.⁽⁴⁾

4 - تخوف المستثمر من الحصانة عند التنفيذ: قد تتمسك الدولة المضيفة للاستثمار في سعيها

الى عرقلة عملية التحكيم، وبعد صدور الحكم التحكيمي، بحصانتها في مواجهة اجراءات تنفيذه، مما يثير التساؤل حول أثر اتفاق التحكيم الذي أبرمته الدولة بإرادتها على هذه الحصانة، فهل يكون لها أن تتمسك بحصانتها في مواجهة اجراءات تنفيذه أم ان مجرد موافقتها على التحكيم يعد تنازلا ضمنيا عن حصانتها.؟

⁽¹⁾ بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 333.

⁽²⁾ حميد شيرزاد هروري: مرجع سابق، ص 79 .

⁽³⁾ بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع نفسه، ص 332.

⁽⁴⁾ المرجع نفسه، ص 333.

اعتبر جانب من الفقه⁽¹⁾ أن اتفاق التحكيم الذي قبلت به الدولة يجب أن يمتد في اثاره ليشمل تنفيذ حكم التحكيم، لأنه يعبر عن تنازل الدولة ضمناً عن حصانتها ضد التنفيذ، وذلك تحقيق لاستقرار المعاملات وتحقيقاً لفاعلية اتفاق التحكيم، في ذهب اتجاه آخر الى أن اتفاق التحكيم لا يفيد في الدلالة على تنازل الدولة عن حقها في التمسك بالحصانة في مواجهة اجراءات التنفيذ، فتنازل الدولة لا يفترض ولا يمكن استخلاصه من قبولها التحكيم، وإنما يلزم ان يكون واضحاً ومؤكداً.⁽²⁾

إلا أن امتناع الدولة المضيفة للاستثمار عن احترام حكم التحكيم سيجردها من المصدقية اللازمة في المعاملات الدولية، وهو خطر لا يمكنها تجاهله⁽³⁾، لذلك فإن موافقة الدولة على التحكيم تعتبر بمثابة خطوة كبيرة لضمان تنفيذ الحكم التحكيمي. وقد أكدت هذا التوجه العديد من الأحكام التحكيمية⁽⁴⁾ فقبول الدولة باتفاق التحكيم يعتبر تنازلاً ضمناً عن حصانتها ضد التنفيذ دون الحاجة الى صياغة نص واضح وصريح بخصوص هذه المسألة.

بناء على ما تقدم لا بد من الإشارة الى أن وصف التحكيم بالضمانة، أنه الوسيلة النموذجية لفض المنازعات الخاصة بالاستثمار، حيث تتوجس الدول المضيفة للاستثمار خيفة منه، بالنظر لتعلق هذه المنازعات بسيادة الدولة على مواردها الطبيعية، الأمر الذي يجعلها حريصة على ان تفض هذه المنازعات امام قضائها الوطني، يأتي هذا في الوقت الذي تنحاز فيه هيئات التحكيم المختلفة بشكل واضح الى مصالح المستثمر على حساب مصالح الدولة المضيفة، فقد ظهرت في الآونة الأخيرة عدة توجهات على الصعيد الدولي ساهمت في فرض بعض المفاهيم المخالفة للنظام العام للدول المضيفة، كالإفراط في تبني

⁽¹⁾ أحمد مخلوف: اتفاق التحكيم كاسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 321.

⁽²⁾ بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، مرجع سابق، ص 68.

⁽³⁾ علي حسين ملحم: دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، اطروحة دكتوراه، كلي الحقوق، جامعة القاهرة، 1998، ص 353.

⁽⁴⁾ قضية Creighton، وتتلخص وقائعها في العقد المبرم بين الحكومة القطرية وشركة Creighton الأمريكية، حيث نشأ نزاع بين الطرفين حول بناء مشفى لحساب الطرف الكويتي، حيث صدر حكم تحكيمي عن غرفة التجارة الدولية بباريس يقضي بتعويض الشركة الأمريكية، وذكرت المحكمة ان توقيع دولة قطر على اتفاق التحكيم الذي نص على الاحتكام الى غرفة التجارة الدولية يعد تنازلاً ضمناً عن حصانتها ضد التنفيذ، وهو ما نصت عليه المادة 24 من قواعد غرفة التجارة الدولية بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، مرجع سابق، ص 68. نقلاً عن

تطبيقات مبدأ سلطان الارادة في كل ما يتعلق باتفاق التحكيم والاجراءات الخاصة به، من اختيار لغة التحكيم ومكانه وجنسية المحكمين والقانون الواجب التطبيق⁽¹⁾، تبدو خطورة هذا الأمر في أن المستثمر غالبا ما يختار لغة دولته كلغة للتحكيم، أو على الاقل الا تكون لغة دولة الاستثمار هي اللغة المتبعة، ويرجع المستثمر ذلك بان لغة دولة الاستثمار ليست من اللغات المعتمدة عالميا في مجال التجارة الدولية، ويستتبع اختيار اللغة اختيار محكمين يستطيعون التعامل بهذه اللغة، وغالبا لا يجيدون لغة دولة الاستثمار، من جهة أخرى فإن المستثمر يلجأ الى اختيار قانون غير قانون دولة الاستثمار، وذلك بحجة عدم تناسب هذا القانون مع مستجدات الحياة التجارية المعاصرة.⁽²⁾

تأسيسا على هذه الاعتبارات يرفض المستثمر الأجنبي في حالات كثيرة اللجوء الى قضاء الدولة المضيفة مما يجعل هذه الوسيلة غير فعالة بالنسبة إليه، فيفضل اللجوء الى التحكيم، غير أن هذه النظرة القائمة في قدرة المحاكم الوطنية في الدولة المضيفة على حل منازعات الاستثمار واقامة العدل بين المستثمر وحكومته وإن كان على جانب من الصحة، إلا أن التصور الحقيقي للدول الغربية هو الغاء دور القضاء الوطني لتسوية هذا النوع من المنازعات وإخراجها من اختصاصه ومنحه الى هيئة دولية تعطي المستثمر مركزا دوليا أكثر فعالية.⁽³⁾

يبدو إذا أنه وحتى تتمكن الدول النامية من بناء قضائها على أسس موضوعية سليمة في هيئة قضاء متخصص قائم على دعائمي الكفاءة والعدل، يبقى للمستثمر الأجنبي العذر الكافي في اختيار التحكيم التجاري الدولي، بما يصاحب ذلك من سلبات تتعلق بإرغام الدولة المضيفة على التنازل عن جزء من سيادتها والخضوع لأحكام صادرة خارج اقليمها الوطني.⁽⁴⁾

(1) علاء التميمي عبده: مرجع سابق، ص 5.

(2) محمد لافي داردكة: أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية لدولة الامارات العربية المتحدة كاحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادس عشر -التحكيم التجاري الدولي-، جامعة الامارات العربية المتحدة، كلية الحقوق، 2008، ص 1373.

(3) رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر: مرجع سابق، ص 252.

(4) فرج أحمد معروف: مرجع سابق، ص 5.

الفرع الثاني: الوسائل الدولية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

تمثل الوسائل القانونية الدولية لتسوية منازعات الأستثمار الأجنبي عموما في القضاء الدولي والاتفاقيات الدولية الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار.

أولا - القضاء الدولي: يوفر القضاء الدولي الضمانات اللازمة للحفاظ على حقوق الأطراف، وتشجع الدولة المضيئة اللجوء اليها بعد القضاء الوطني رغبة منها لتأمين بيئة استثمارية كفيلة لجذب رأس مال الأجنبي، ويباشر القضاء الدولي عمله القضائي من خلال عدة أجهزة ووفق برنامج ومنهج معين تقوم بفض منازعات الاستثمار

أ - محكمة العدل الدولية: أنشئت هذه المحكمة بمقتضى ميثاق الامم المتحدة، وتعد جميع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة أطرافا في النظام الأساسي لهذه المحكمة، كما يجوز لأي دولة ليست عضوا في الأمم المتحدة ان تنضم إلى النظام الأساسي لها بالشروط التي تحددها الجمعية العامة للأمم المتحدة بناء على توصية مجلس الأمن⁽¹⁾، وتهدف هذه المحكمة الى حل المنازعات الدولية بالوسائل السلمية وفقا لمبادئ العدل والقانون الدولي.

غير أن القاعدة العامة هي أن الدول وحدها التي يمكن أن تكون طرفا في خصومة أمام المحكمة، بمعنى آخر أنه وفقا لنظام محكمة العدل الدولية فهذه المحكمة مختصة بحل النزاعات التي تنشأ بين الدول لا بين الأفراد أو حتى بين الدول والافراد، وكل ما في الأمر أنه في حالة الاعتداء على حقوق أحد مواطني احدى الدول الاعضاء أثناء وجوده على اقليم دولة عضو، أو نتيجة دخول علاقات قانونية كعقود الاستثمار داخل دولة أجنبية، فإن هذا المستثمر وبعد ان يستوفي كافة طرق الطعن المتاحة في الدولة المضيئة، يمكن له أن يطلب من دولته أن تتدخل بالوسائل الدبلوماسية التي تستوجب شروطا⁽²⁾ ووسائل وتعتبر البعثات

⁽¹⁾ دريد محمود السامرائي: مرجع سابق، ص320.

⁽²⁾ الحماية الدبلوماسية أو دعوى المسؤولية الدولية تستوجب شروط معينة كالجنسية بحيث يشترط ان تتوافر هذ الرابطة من وقت وقوع المنازعة من قبل الدولة المضيئة وتظل الرابطة قائمة حتى صدور الحكم، وهناك من يضيف شروط أخرى كاستنفاد طرق التقاضي الداخلية، وشرط الأيادي النظيفة بمعنى أن لا يكون المستثمر هو المتسبب في الضرر الذي لحق به كأن ينتهج سلوك متعارض مع أحكام قانون الدولة المضيئة كالاتجار بالمخدرات أو أعمال ارهابية وغيرها، رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر: مرجع سابق، ص264-267.

الدبلوماسية والقنصليات في الخارج هي أقرب الأبواب المتاحة للحماية ورفع الأمر الى محكمة العدل الدولية.⁽¹⁾

الجدير بالذكر أن استناد المستثمر إلى نظام الحماية الدبلوماسية لا يضمن له أحيانا مصالحه تجاه الدولة المضيفة للاستثمار ولا يعطي نتائج عملية هامة بسبب تداخل الاعتبارات السياسية والاقتصادية وتعارض وتوافق المصالح بين الدول إذ قد تتوقف دولة المستثمر عن متابعة الدعوى القضائية أمام محكمة العدل الدولية، وقد تعقد اتفاق لإنهاء الدعوى وقبول تعويض معين، كما أن التوسع في استعمال هذا المبدأ قد يتعارض مع مبدأ سيادة الدولة على الأشخاص الذين يمارسون نشاطا في إقليمها، ويثير المخاوف من تأسيس علاقات الاستثمار، وقد يربط أزمة سياسية بين الدولة المضيفة للاستثمار ودولة المستثمر.⁽²⁾

ب- محكمة التحكيم الدائمة: توصل مؤتمر السلام الدولي في لاهاي بتاريخ 29-06-1899 إلى إنشاء محكمة التحكيم الدائمة، وأعيد النظر فيها في مؤتمر السلام الثاني المنعقد سنة 1907، وتعد هذه المحكمة هيئة مؤقتة، لأن دورها ينتهي بمجرد انتهاء الفصل في النزاع، ويمتد اختصاصها الى نظر المنازعات التي تثور بين الدول وأحد اشخاص القانون الخاص، واللجوء اليها يعد اختياريا⁽³⁾، غير أن هذه الهيئة ليس لها من صفتي المحكمة والديمومة إلا الإسم، فاختصاصها اختياري ويمكن للدول المتنازعة اللجوء إلى هيئة تحكيمية اخرى تختارها⁽⁴⁾، حيث لا ينظر اليها بالمعنى الفني الكلاسيكي الدقيق، لأنها تختص بالنظر في المنازعات بين الدول المتعاقدة دون غيرها، وقد سبق لهذه المحكمة وأن وافقت على الاحتكام لقواعد التوفيق والتحكيم لتسوية المنازعات التي تقوم بين الدولة وأحد أشخاص القانون الخاص وذلك عن طريق محكمين يختارهم أطراف النزاع، وبذلك أصبح بإمكان المحكمة أن تفصل في المنازعات بين الدولة المضيفة للاستثمار

⁽¹⁾ رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر: مرجع سابق، ص 260.

⁽²⁾ منصف الكشو: دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار، المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، الدوحة، قطر، 23-25 سبتمبر 2013، ص 12-13.

⁽³⁾ حميد شيرزارد هروري: مرجع سابق، ص 95.

⁽⁴⁾ سامي محمد عبد العال: دور القضاء والتحكيم الدولي في تسوية منازعات الاستثمار، مؤتمر كلية الحقوق، جامعة طنطا، 29-30/04/2015، ص 13.

والمستثمرين الأجانب، غير أن دورها يبقى محدوداً فلا يفسح مجالها إلا أمام المستثمر الأجنبي التي تكون دولته طرفاً في الاتفاقية.⁽¹⁾

فضلاً عن ذلك فإن المحكمة تمتلك خبرة واسعة في مجال إدارة التحكيم الدولية الخاصة بالمنازعات التي تنشأ بموجب إتفاقيات دولية، مثل الإتفاقيات الثنائية الدولية والإتفاقيات متعددة الأطراف وغيرها من الإتفاقيات، وتعتبر قواعد التحكيم الخاصة بالمحكمة هي الأحدث من بين القواعد الإجرائية والتي يمكن للأطراف الاستعانة بها في التحكيم الخاصة بالمنازعات التي يكون أحد أطرافها دولة أو كيان تسيطر عليه دولة أو منظمة حكومية دولية أو شخص من أشخاص القانون الخاص.⁽²⁾

ج- محكمة الاستثمار العربية: يندرج صنف هذه المحكمة ضمن القضاء الإقليمي المتخصص في مادة الاستثمارات انشئت بموجب الإتفاقيات الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية عام 1980 بعمان والصادرة عن جامعة الدول العربية⁽³⁾، وفي سنة 1985 أصدرت المحكمة نظامها الأساسي وكيفية إصدار الأحكام وتنفيذها، وتم تشكيلها بموجب قرار المجلس الاقتصادي في سنة 1991 وهي تختص في تسوية المنازعات الناشئة عن الاتفاقية الموحدة للاستثمار إذا لم يتفق طرفا النزاع على التوفيق أو رفضا الحل المقترح من هذه الهيئة، ويشترط في النزاع أن يكون قائماً بين دولتين موقعتين على الاتفاقية أو بين مستثمرين عرب.⁽⁴⁾

تتمتع المحكمة بصلاحيات واسعة في مرحلتي الإجراءات الكتابية والشفاهية، ولكل طرف في الدعوى إبداء دفوعاته شفاهياً أو كتابياً، وتجري المرافعات في المبدأ علانية إلا إذا رأت المحكمة خلاف ذلك بطلب من الأطراف أو احدهم أو بدونه فإنها تكون سرية، وبموجب هذه الاتفاقية يمكن للمستثمر العربي اللجوء

⁽¹⁾ منصف الكشو: مرجع سابق، ص 13.

⁽²⁾ تم صياغة قواعد المحكمة لعام 2012 في ضوء المراجعة التي طرأت على قواعد الأونسيتال للتحكيم في عام 2010 وأيضاً في ضوء خبرة المحكمة السابقة في استخدام القواعد الإجرائية القائمة وقواعد الأونسيتال للتحكيم لعام 1967. الجدير بالذكر أن قواعد التحكيم الخاصة بالمحكمة لعام 2012 لا تهدف لإستبدال قواعد المحكمة السابق ذكرها أعلاه، وإنما هي إضافة لمجموعة القواعد التي توفرها المحكمة للأطراف المتنازعة. انظر موقع الاتفاقية: <https://pca-cpa.org/ar/services/arbitration-services/pca-arbitration-rules-2012/>

⁽³⁾ المرسوم الرئاسي رقم 95-306 مؤرخ في 07 أكتوبر 1995 يتضمن المصادقة على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، ج ر عدد 59، صادرة بتاريخ 11-10-1995.

⁽⁴⁾ حميد شيرزاد هروري: مرجع سابق، ص 96.

إلى القضاء الوطني أو إلى هذه المحكمة دون إقامة الدعوى في نفس الوقت أمام كل منها وذلك استنادا إلى المادة 31 من الاتفاقية الموحدة⁽¹⁾، وتعتبر الاحكام الصادرة عن هذه المحكمة أحكاما نهائية غير قابلة للطعن باستثناء إعادة النظر، ويمكن تنفيذها في الدول العربية الاعضاء في الاتفاقية الموحدة مباشرة، كما لو كانت احكاما صادرة عن القضاء الوطني في تلك الدول⁽²⁾، ويجوز للمحكمة إعادة النظر في القرارات التي تصدرها اذا ما تضمنت انتهاكا خطيرا لقاعدة أساسية في الاتفاقية أو في اجراءات التقاضي، أو عند اكتشاف وقائع جديدة، وهنا يجوز لها أن توقف تنفيذ حكمها إلى حين البت في التماس إعادة النظر.⁽³⁾

أما فيما يتعلق باختصاص المحكمة فوفقا لنص المادة 36 منها فهي تختص بالنظر كهيئة قضائية في المنازعات الاستثمارية الخاصة بتطبيق أحكام الاتفاقية، وتنص صراحة على اختصاص المحكمة بالفصل فيما يعرضه عليها أحد طرفي الاستثمار من النزاعات المتعلقة بتطبيق أحكام الاتفاقية أو الناتجة عنها، ومن جانب آخر تعمل كهيئة فتوى على تقديم الآراء الاستشارية في المسائل القانونية الداخلة في اختصاصها⁽⁴⁾، والمهم هنا أن المستثمر العربي يمكنه اللجوء مباشرة إلى هذه المحكمة وبصفته الشخصية لفض النزاع بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار وهو أمر يعتبره بعض الفقهاء في القانون تطورا ملموسا في المجتمع العربي في حسم منازعات الاستثمار ومنح المستثمر العربي الثقة والاطمئنان وبالتالي تشجيعه في توظيف أمواله في أعمال استثمارية.⁽⁵⁾

لكي تقوم بدورها بكل نجاعة وفاعلية لا بد من توسيع اختصاصها لتنظر في مختلف منازعات الاستثمار الأجنبي التي يكون أحد أطرافها عربيا بغض النظر إن كان مستثمرا خاصا أو دولة أو إحدى مؤسساتها لأن ذلك يخول المحكمة حسم النزاعات التي تطرأ بين مستثمر أجنبي ودولة عربية أو تلك التي تقوم بين مستثمر عربي ودولة أجنبية، وربما يكون من المستحسن أن تتضمن الاتفاقات الاستثمارية التي تبرم بين الدول العربية إسناد الاختصاص لحل المنازعات المتعلقة بالاستثمار إلى محكمة الاستثمار العربية وذلك بهدف تفعيل

⁽¹⁾ منصف الكشو: مرجع سابق، ص 15.

⁽²⁾ أنظر المادة 35 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية لسنة 1980.

⁽³⁾ حميد شيرزاد هروري: مرجع سابق، ص 98.

⁽⁴⁾ عبد الرحمن المصباحي: دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار، المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا

في الدول العربية، الدوحة، قطر، 23-25 سبتمبر 2013، ص 5.

⁽⁵⁾ منصف الكشو: المرجع نفسه، ص 15.

دورها⁽¹⁾، فعلى الرغم من أن المحكمة أصدرت قانونها الأساسي الى تاريخ يعود الى سنة 1985، إلا أنها بقيت في سبات عميق حتى سنة 2003 حيث رفعت شركة سعودية مختصة بقضايا التنمية قضية ضد تونس امام محكمة الاستثمار العربية، وصدر الحكم في هذه القضية بتاريخ 12 اكتوبر 2004.⁽²⁾

من خلال ما تطرقنا اليه، يبدو أن أسلوب اللجوء الى القضاء الدولي، يوصف بالقصور لوجود عدة أسباب، فهو لا ينظر الى أطراف منازعات الاستثمار بنظرة المساواة، وذلك لاختلاف المراكز القانونية لكلا الطرفين، فالمستثمر الأجنبي ليس له الحق في المثل وإقامة الدعوى أمام القضاء الدولي بصفته الشخصية إلا عن طريق دولته التي يحمل جنسيتها، كما هو الشأن بالنسبة لمحكمة العدل الدولية، فإن اللجوء إليها مقصور فقط على الدول وذلك وفقا لنص المادة 34 من نظاما الأساسي ضف الى ذلك فإن المساس بحقوق الطرفين من شأنه أن يخلق مشاكل ونزاعات في العلاقات الدولية، وبالتالي يعرقل تنمية المعاملات الاقتصادية، كونه يمس بسيادة الدول⁽³⁾، كما أن امتثال الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي أمام محكمة دولية يعد خرقا للنظام الداخلي للدولة، فلا يجوز التدخل في شؤونها الداخلية فهو امر يتعارض مع المبادئ العامة للقانون الدولي.⁽⁴⁾

أما بالنسبة لمحكمة التحكيم الدائمة حيث يظل اللجوء إليها قاصرا على الدول فقط لفترة زمنية طويلة، ثم سمح بعد ذلك للمستثمر باللجوء إليها مباشرة غير أن هذا الأمر مقيد بضرورة أن تكون الدولة التي ينتمي إليها المستثمر طرفا في اتفاقية انشاء المحكمة، الأمر الذي جعل من المتعذر على غالبية المستثمرين اللجوء الى هذه المحكمة، أما عن محكمة الاستثمار العربية فما يؤخذ عنها أنها قصرت اللجوء إليها فقط على المستثمر العربي، الأمر الذي لا يجوز معه على أي دولة عربية اللجوء إليها عندما يكون الطرف المستثمر غير عربي، وبالتالي يمكن القول أنه لا يوجد هيئة قضائية دولية مختصة بمنازعات الاستثمار.⁽⁵⁾

⁽¹⁾ منصف الكشو: مرجع سابق، ص 16.

⁽²⁾ أنظر في هذا القرار:

Walid Ben Hamid: The First Arab Investment, Court Decision, Journal Of World, 2006, p700.

⁽³⁾ حميد شيرزاد هروري: مرجع سابق، ص 102-103.

⁽⁴⁾ طه أحمد علي قاسم: مرجع سابق، ص 303.

⁽⁵⁾ علاء التميمي عبده: مرجع سابق، ص 4.

ثانيا- الاتفاقيات الدولية: من الثابت أنه من أهم الخصائص المميزة للسياسة الاقتصادية للدول هو تطلعها بصورة لافتة الى جذب الاستثمارات الاجنبية الخاصة، بغية تحقيق عملية الانماء الاقتصادي، طالما أن هذه الاستثمارات تعد من أكبر الموارد المالية المتاحة للتنمية⁽¹⁾، وفي سبيل تحقيق ذلك تسعى معظم الدول الى ابرام الاتفاقيات الدولية سواء الثنائية منها أو متعددة الاطراف عن طريق تحديد نظامها القانوني ووضع وسائل كفيلة لحماية الاستثمار في اطار سياسة تشجيعه وتوثيق تلك الحماية لضمان تدفقه، خاصة مع النقص والعجز الذي اعترى القانون القانون الدولي العربي حول حماية المستثمر الأجنبي والمال الأجنبي، حيث تهدف هذه الاتفاقيات الى تجاوز التباين الكبير بين اقتصاديات الدول، ذلك أن هذا التباين كان من العوامل التي تسببت في عجز التنظيم الدولي عن بلوغ الاهداف التي انشئ من اجلها، والتي من بينها تحقيق التعاون الدولي في المجالات الاقتصادية والاجتماعية⁽²⁾، لذا فإن التكامل الاقتصادي كفيل بتطوير الاستثمارات عن طريق تحقيق حماية قانونية لهذه الاستثمارات.⁽³⁾

أ -الاتفاقيات الثائية: تعتبر الاتفاقيات الثنائية أهم وسيلة ناجعة لتنفيذ الاستثمارات الأجنبية، فقد أصبحت في العصر الحديث الأكثر استعمالا على مستوى العلاقات الاقتصادية الدولية، ولعل الدور الكبير الذي تضطلع به هو الذي كان سببا رئيسيا في توسعها، حيث يتمثل دورها في تطوير النظام القانوني الدولي للاستثمارات الأجنبية، وذلك بهدف تمكين المستثمر الأجنبي من ضمان حماية فعالة له، أضف إلى ذلك فإن هذه الاتفاقيات تنص في مجال معاملة الاستثمار على مبدأ المعاملة الوطنية وشرط الدولة الأكثر رعاية، والنص على هذين المبدئين يكتسي أهمية خاصة في حالة ما إذا كان البلد المستقبل للاستثمار يمنح

(1) عقيل كريم زغير: المسؤولية المدنية للمستثمر الاجنبي دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون ، المنصورة، مصر، 2015، ص09.

(2) بن علي بن سهلة ثاني: حماية الاستثمارات الاجنبية على ضوء نظام التحكيم غير الاتفاقي، مرجع سابق، ص1312.

(3) تعرف هذه الحماية على انها "مجموع المبادئ والقوانين الداخلية والدولية التي تهدف الى عدم المساس بحق الاستثمارات في ممارسة نشاطها واستمرارها."

La protection des investissements est l'ensemble des principes et règles de droit international et de droit interne, qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher ou de réprimer toute atteinte à l'existence de l'investissement international. »Garreau-D et Julliard-P: Droit international économique, Paris, LGDJ, 4^{ème} édition, 1992, p483.

للمستثمرين الأجانب مزايا لا يمنحها لرعاياه، على غرار منع الازدواج الضريبي الذي يشكل أهم عقبة تعترض سبيل المستثمر الأجنبي.⁽¹⁾

لأجل ذلك فالدول عندما تقوم بإبرام اتفاقياتها المتعلقة بعقود الاستثمار فهي تراعي هذه المبادئ، وهي على نوعين النوع الأول لا يحدد شكلها ومضمونها وإنما يترك للأطراف المتعاقدة الحرية في كيفية تحديد شكلها ومضمونها، بشرط ألا تخالف النظام العام الدولي⁽²⁾، ويطلق عليها قواعد المعاملة غير المشروطة لأنها تترك للأطراف حرية التشاور والتنسيق مع تحديد نوع الاستثمار ومضمونه، كما يطلق عليها بالمعاملة العادلة والمنصفة، إلا أن هذه النوع قد تعرض للانتقاد باعتباره معيار غامض ومبهم وهو ما من شأنه أن يخلق نوع آخر من المنازعات، أما النوع الثاني فإنه يحدد شكلها ومضمونها عن طريق الاحالة إلى قوانين الدول المتعاقدة أو إتفاقيات أخرى، ويطلق عليها بقواعد المعاملة المشروطة، حيث يتم تحديد بنود الإتفاقية وقواعدها بالرجوع الى القوانين الداخلية.⁽³⁾

يبدو أن الاتفاقيات الثنائية تتميز بالمرونة والبساطة والدقة في تحديد الحقوق والالتزامات وتنوعها وذلك لأنها تستجيب لرغبة المتعاقدين وتراعي ظروفهما المشتركة، من خلال محاولة إقامة التوازن بين مصالح الأطراف المتعاقدة، فهي تضم آليات قانونية سهلة لتسوية النزاعات بين الدولة والمستثمر الأجنبي، عن طريق تجنب الخلاف بين الدولتين المتعاقدين حول تكييف وتطبيق أحكام الاتفاقية مما يقلل من المنازعات بينهما، الى جانب ذلك فإن هذه الاتفاقيات تتضمن ضمانات إجرائية لحماية وتشجيع الاستثمار الأجنبي، عن طريق الاحالة إلى التحكيم الدولي الذي يكفل بدوره تسوية النزاعات بطريقة سريعة وسهلة، فبالرغم من قيام العديد من الدول بإصلاحات قانونية كمنح المعاملة المتساوية للاستثمارات الأجنبية والوطنية، ومنع

⁽¹⁾عبد المومن بن صغير: دور الاتفاقيات الدولية في تطوير مبادئ القانون الدولي للاستثمار الأجنبي، المركز الديمقراطي العربي

للدراستات الاستراتيجية الاقتصادية والسياسية . 03-08-2018 . <https://democraticac.de/?p=38256>

⁽²⁾حميد شيرزارد هروري: مرجع سابق، ص 118.

⁽³⁾ من القواعد التي تبنى عليها الاتفاقيات والموجودة في القوانين الداخلية للطرفين المتعاقدين:

1 - مبدأ المساواة: بين الوطنيين والأجانب في المعاملة، والنزول عند الحد الأدنى للحماية المقررة ضمن الأعراف الدولية، مالم يكن هناك اتفاق يقضي بخلاف ذلك.

2 - المعاملة بالمثل: وهو تلقي الأجنبي في الدولة المضيفة نفس المعاملة التي تتعامل بها الدولة مع مواطنيها، وهي تعد من العوامل التشجيعية لجذب الاستثمار وتوسيع النشاط الاقتصادي.

3 - الدولة الأولى بالرعاية أي أن البلد المضيف يمنح مستثمري دولة أجنبية المعاملة نفسها في حالات مماثلة كالاتغلال والادارة والبيع والتصفية وغيرها، ويمكن تطبيق هذه القاعدة من جانب واحد أو بالتبادل. حميد شيرزارد هروري: مرجع نفسه، ص 119.

المصادرة والنص على التعويض السريع والكافي والفعال التأميم، إلا أنها مازالت تعاني من السماح الضمني بالمصادرة التعسفية، ومن ضعف النظام القضائي الذي يفرغ مفهوم التعويض السريع من محتواه، الامر الذي من شأنه أن يقلص من حجم مناخ الاستثمار.⁽¹⁾

لذا تحيل بعض اتفاقيات حماية الاستثمار الأجنبي أي خلاف يمكن أن ينشأ بشأن تفسير الاتفاقية إلى التحكيم بغرض تفسيرها، خاصة وأن تفسير المحكمين سيأخذ بعين الاعتبار القواعد العامة في التفسير مع مراعاة خصوصية الاستثمار، على أن لا يخرج هذا التفسير من الهدف من إنشائها، وهو ما يجعل تطبيق الاتفاقية واستيفاء ما يترتب عليها من حقوق ومزايا أكثر سهولة، بعيدا عن التنازع والاختلاف الذي يؤثر سلبا على بيئة الاستثمار الاجنبي.⁽²⁾

ب - الاتفاقيات المتعددة الأطراف: حاولت الدول إيجاد وانشاء وسيلة قضائية ودولية بين أطراف المنازعة، بحيث تمكن الفرد من اللجوء إليها بصفته الشخصية دون الحاجة إلى مساندة من دولته، فتحديد حقوق والتزامات المستثمرين ضمن إقليم الدولة المستثمرة من خلال تنظيمها ضمن إطار تشريعي وإتفاقي لا يكفي لطمأنة المستثمرين وتشجيعهم على الاستثمار، لذلك كان لابد من إيجاد وسائل تحمي هذه الحقوق في حالة الاخلال بها، اعتبارا لذلك لجأت الدول الى ابرام الاتفاقيات الدولية المتعددة الاطراف دولية أو إقليمية بحيث تكون قادرة على تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي وتحقيق الأهداف المرجوة منها، عن طريق وضع قواعد تكفل حماية لرغبات المستثمرين الأجانب، باعتبارها تساهم في تحقيق توحيد للأفكار القانونية كمتعمل على تطوير المعايير المطبقة، فهي خطوة هامة نحو خلق نظام قانوني دولي يضمن وضع قواعد قانونية ملزمة تتعلق بعقود الاستثمار الأجنبي⁽³⁾، ومن أهم هذه الاتفاقيات نذكر: البروتوكول المتعلق بشروط التحكيم جنيف 1923، اتفاقية تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية جنيف 1927، اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية⁽⁴⁾، الاتفاقية الأروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961، وأهم اتفاقية هي اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى لعام 1965⁽⁵⁾، التي أنشأت المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وإيجاد

⁽¹⁾ عبد المومن بن صغير: مرجع سابق، <https://democraticac.de/?p=38256>

⁽²⁾ أحمد كاظم الساعدي: حماية الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي العام، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ص 235.

⁽³⁾ حميد شيرزاد هروري: مرجع سابق، ص 123-124.

⁽⁴⁾ مرسوم رئاسي رقم 88-233 مؤرخ في 5 نوفمبر 1988، يتضمن المصادقة على اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام

التحكيم الأجنبية ج ر عدد 48، صادرة في 23-11-1988.

⁽⁵⁾ مرسوم رئاسي رقم 95-346 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، يتضمن المصادقة على اتفاقية واشنطن المتضمنة اتفاقية تسوية لمنازعات

المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا دول أخرى، ج.ر عدد 66 صادرة بتاريخ 15 نوفمبر 1995.

وسيلة محايدة لتسوية تلك المنازعات من شأنه دعم الثقة المتبادلة بين اطراف النزاع، كما أنه يساعد في الوقت ذاته على زيادة تدفق رأس المال الأجنبي، وتراعي الاتفاقية في سبيل تحقيق ذلك إجراء موازنة دقيقة بين مصالح الدول المضيفة الى رأس المال والمصالح المشروعة للمستثمرين والمتمثلة في الضمان.⁽¹⁾

في سياق متصل فقد أبرمت العديد من الاتفاقيات على المستوى الاقليمي منها ما تم بين دول أمريكا اللاتينية ومنها ما تم بين الدول الأوروبية والخاصة بالقانون الموحد للتحكيم والتي أعدها المجلس الأوروبي عام 1966، أما على مستوى الوطن العربي فقد أبرمت العديد الاتفاقيات التحكيم واعتبرته وسيلة لحل الخلافات التي تنشأ بين الدول المتعاقدة وبين مواطني تلك الدول⁽²⁾ ومنها اتفاقية تنفيذ الأحكام لسنة 1952، وهي خاصة بتنفيذ الأحكام الصادرة بين الدول العربية سواء كانت احكاما قضائية أو تحكيمية، اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار 1970 وهي تتعلق بتسوية منازعات الاستثمار المنصوص عليها طبقا للاتفاقية عن طريق المفاوضات أو التوفيق والتحكيم، أيضا اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى لسنة 1974، وهي مختصة بتسوية المنازعات الناشئة مباشرة عن الاستثمارات بين الدول العربية المضيفة أوأحدى الهيئات أو المؤسسات العامة، وبين مواطني الدول العربية الأخرى عن طريق التوفيق أوالتحكيم، إلى جانب ذلك نجد الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة 1980، تتضمن ملحقا لتسوية النزاعات عن طريق التوفيق أوالتحكيم، وبموجب الاتفاقية تم النص على محكمة الاستثمار العربية لتسوية منازعات الاستثمار بين رعايا الدول العربية، والتي انشئت بتاريخ 1994، اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة 1983 وتشمل على أحكام تتعلق بتنفيذ القرارات التحكيم الصادرة في احدى الدول المتعاقدة لدى الدول الأخرى، اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987، وهي من أهم الاتفاقيات العربية في مجال التحكيم التجاري الدولي فهي الاتفاقية الوحيدة التي نظمت التحكيم في اطار مؤسساتي متكامل بدءا من تشكيل مركز عربي موحد لتسوية المنازعات عن طريق التحكيم مرورا باجراءات التحكيم وتنفيذه الحكم التحكيمي.

⁽¹⁾ دريد محمود السامرائي: مرجع سابق، ص 327.

⁽²⁾ فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 67.

الفصل الثاني

اتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار.

التحكيم هو نظام قضائي اتفاقي يختار فيه الأطراف قضاتهم ويعهدون اليهم بمقتضى اتفاق مكتوب بمهمة تسوية منازعات الاستثمار التي نشأت أو التي قد تنشأ بينهم بخصوص علاقاتهم العقدية أو غير العقدية، من هذا التحديد لمعنى التحكيم يبدو جليا ان صحة وفاعليه اتفاق التحكيم قائم على مقوماته الأساسية المتمثلة في تفويض المحكمين بالفصل في النزاع وتمتعه بالكفاية الذاتية يعني شموله للنواحي الأساسية التي تقوم عليها عملية التحكيم، لذا يجب أن يكون الاتفاق واضحا في طرح النزاع وأن يستبعد طرحه على المحاكم، فهو يعد عقدا قائما بذاته مثل أي عقد وضع له قانون التحكيم أيا كان نوعه شرط أو مشاركة أو تحكيم بالاحالة مجموعة من الشروط لكي يقع صحيحا بين أطرافه، بعضها موضوعي وبعضها شكلي.

كما يترتب على هذا الاتفاق متى قام صحيحا بمراعاة الشروط المتطلبة له مجموعة من الآثار بعضها في مواجهة الأطراف وبعضها في مواجهة المحكمين وبعضها في مواجهة قضاء الدولة⁽¹⁾، فهو يحجب قضاء الدولة عن الفصل في موضوع النزاع بين الطرفين ويحول سلطة الفصل الى المحكمين، كما يترتب آثار موضوعية تتمثل في اكتساب اتفاق التحكيم قوة ملزمة توجب عرض النزاع على التحكيم، ولا يملك أحد أطراف الاتفاق التخلي عنه أو تعطيله بإرادته المنفردة، إلى جانب ترتيب أثر آخر وهو بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن عقد الاستثمار، كما يترتب الاتفاق على التحكيم آثار اجرائية اخرى تتمثل في امتناع محاكم الدولة من نظر أي نزاع يوجد بشأنه اتفاق التحكيم وهو ما يعرف بالآثر المانع، أما الاجراء الثاني فهو مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

تفصيلا لما تقدم ارتأينا تقسيم الفصل الثاني على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية اتفاق التحكيم وشروط صحته

المبحث الثاني: آثار اتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

(1) رائد أحمد على أحمد: مرجع سابق، ص 08.

المبحث الأول:

ماهية اتفاق التحكيم وشروط صحته

يبدو التفاعل بين التحكيم وتدفقات رؤوس الأموال بشكل بارز، وحرصا من الدول ولاسيما النامية منها على جذب الاستثمارات الأجنبية، فقد أقرت التحكيم كضمانة لفض المنازعات المحتمل نشوبها بين الطرفين، ولأن اتفاق التحكيم هو تصرف قانوني ايا كان نوعه سواء ظهر في صورة شرط أو مشاركة تحكيم، أو تحكيم بالإحالة، فإن له خصوصياته ومبرراته في مجال منازعات الاستثمار، سواء تعلق الامر بالشروط الخاصة بأطراف النزاع او الشروط المتعلقة بصحته .

المطلب الأول: ماهية اتفاق التحكيم

المطلب الثاني: شروط اتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي

المطلب الأول: ماهية اتفاق التحكيم

يكتسي اتفاق التحكيم أهمية قصوى فهو يعد الحجر الأساسي لتحريك الخصومة التحكيمية بين أطراف النزاع، فهو يتمتع بمجموعة من السمات والخصائص في مجال عقود الاستثمار الأجنبي⁽¹⁾، وللوقوف على ذاتية اتفاق التحكيم لابد من التطرق الى تحديد مفهومه ومعرفة أنواعه المختلفة، وفق مايلي:

الفرع الأول: مفهوم اتفاق التحكيم ومبررات اللجوء إليه

الفرع الثاني: أنواع اتفاق التحكيم.

الفرع الأول: مفهوم اتفاق التحكيم ومبررات اللجوء إليه

ستعرض في هذا الفرع الى تعريف اتفاق التحكيم ومبررات اللجوء اليه في منازعات الاستثمار الأجنبي وفق مايلي:

⁽¹⁾ رائد أحمد علي أحمد: مرجع سابق، ص11.

أولاً - مفهوم اتفاق التحكيم: قبل التطرق الى تعريف اتفاق التحكيم لابد من الإشارة الى أنه قد يحصل لدى البعض خلط بين التحكيم واتفاق التحكيم، إلا ان هناك اختلافا كبيرا وشاسعا بين كل من التحكيم التجاري واتفاق التحكيم.

فالتحكيم كما مر بنا هو نظام قضائي اتفاقي يختار فيه الاطراف قضاتهم ويعهدون اليهم بمقتضى اتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي تنشأ بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية وغير التعاقدية،⁽¹⁾ اذا فأطراف التحكيم هم المحكم أو هيئة التحكيم وأطراف النزاع اذا كان التحكيم خاصا، أما اذا كان تحكيم مؤسسي فهو يعني لجوء الأطراف أو النص في العقد الاصيلي على احالة النزاع الى مركز تحكيمي.⁽²⁾

أما إتفاق التحكيم فهو تراضي الأطراف المتنازعة على احالة نزاعهم المستقبلي أو الحالي على التحكيم. لذلك قد يظن البعض أن مجرد وجود اتفاق تحكيم، يعني أننا بصدد تحكيم، والحقيقة أن التحكيم يكون بالنظر الى المهمة المسندة للمحكم، حيث قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 2002/02/7 بأن " تكييف التحكيم لا ينظر اليه من النصوص المتضمنة في اتفاق التحكيم، ولكن بحقيقة المهمة المخولة للمحكمين"، فقد يتضمن اتفاق التحكيم بين شخصين على تحديد سعر البيع لشخص ثالث يختارون، فمثل هذ الاتفاق ليس تحكيميا، لأن المهمة المخولة ليست فصلا في النزاع، ولكن تعتبر عمل مادي.⁽³⁾

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا محددًا لاتفاق التحكيم بل ميز بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم في التحكيم الداخلي، الا أنه تراجع عن هذا التمييز في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 1040 من ق ا م ا على أنه "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية"، يتضح من نص المادة أن المشرع جعل عبارة اتفاقية، والتي يقصد بها اتفاق التحكيم تعبر عن

(1) الشاذلي زيار: مفهوم اتفاق التحكيم ومدى تجسيده كوسيلة لحل منازعات الاستثمار، مجلة الدراسات القانونية، العدد 04، 2019، ص 256.

(2) مصطفى ناطق صالح مطلوب: نظام التحكيم التجاري الطارئ دراسة تاصيلية مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة 2018 ص 111-112.

(3) أحمد عبد الله المراغي: دور التحكيم في تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، 2015، ص 31.

شرط التحكيم ومشاركة التحكيم في أن واحد، غير أنه ميز بينهما في اطار التحكيم الداخلي دون الدولي، وهو ما يثير الالتباس من حيث ضبط معيار على أساسه يمكن التفرقة بين المفاهيم.

أما بالنسبة المشرع المصري فعرفه على أنه "اتفاق الطرفين على الالتجاء الى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو التي يمكن أن تنشأ بشأن علاقة بينهما عقدية كانت أو غير عقدية"⁽¹⁾، ويرى المشرع العراقي على أنه "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين".⁽²⁾ في حين نصت المادة 1 من نظام التحكيم السعودي أنه "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع قائم، كما يجوز الاتفاق مسبقاً على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة تنفيذ عقد معين"، يبدو أن هذه التعريفات تتشابه فيما بينها بشأن تعريف اتفاق التحكيم وقد يرجع هذا التشابه الى أن مختلف التشريعات قد استمدت قواعدها من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن التحكيم التجاري لعام 1985، حيث عرف اتفاق التحكيم في الفقرة الأولى من المادة 7 على أنه "اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا الى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية محددة، سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل".

البيان من هذه التعريفات أنها تكاد تدور حول معنى واحد لا تختلف في هذا المقام على أن اتفاق التحكيم هو تراضي بين الأطراف على تسوية النزاع عبر اختيار نظام التحكيم في العلاقات القانونية التي تنشأ فيما بينهم سواء كانت علاقات قانونية عقدية أو علاقات غير عقدية قائمة فعلاً أو ستنشأ في المستقبل.

ثانياً: مبررات اللجوء الى اتفاق التحكيم

يحظى التحكيم بمزايا عديدة جعلته قضاء خاص، الأمر الذي دفع الأطراف المتعاقدة في عقود الاستثمار الى تفضيل اللجوء اليه وتمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم، فهو يتسم بالسرعة والسرية، والحرية في اختيار القواعد الموضوعية والاجرائية التي تحكم موضوع النزاع، فضلاً عن اختلاف العدالة التي

⁽¹⁾ أنظر المادة 1/10 من ق ت م م ت م رقم 27-94.

⁽²⁾ أنظر المادة 251 من القانون رقم 83-69 المتعلق بالمرافعات المدنية والتنفيذ العراقي.

يقدمها عن محاكم الدولة، ومن المزايا أيضا التي جعلت منه قضاء حتمي في عقود الاستثمار هو أن الدولة المضيفة تقدم التحكيم كضمانة اجرائية لتشجيع وترقية الاستثمار الأجنبي، تفصيلا لهذه المعطيات سنتناول هذه المبررات وفق ما يلي:

أ - تمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم: على الرغم من أن الاتجاه الحديث يميل الى الأخذ بالحصانة المقيدة للدولة، ومفادها عدم استفادة الدولة من حصانتها إلا بصدد أعمالها السيادية دون التصرفات الأخرى المتعلقة بممارسة نشاطاتها التجارية وأعمال الإدارة العادية، فإن ذلك لا يعني انتهاء التمتع بالحصانة كمبدأ عام إذ يظل الأصل هو التمتع بها⁽¹⁾، وهنا تكمن الخطورة القصوى بالنسبة للمستثمر الأجنبي وتظهر صعوبة الفصل في المنازعات عندما تتعارض الحصانات القضائية للدولة مع قيام محاكم دول أخرى بحل المنازعات التي تكون الدولة طرف فيها، مما قد يؤدي الى إهدار حقوق المستثمر الأجنبي فقد يتعرض الى قرارات مفاجئة أو تعسفية لتحقيق اعتبارات سياسية أو اقتصادية تخدم مصالح الدولة المضيفة تكريسا لحصانتها ومن هنا كان حرص المستثمر على ضرورة ادراج شرط التحكيم لتفادي الأخطار الناجمة عن طبيعة شخص الطرف المتعاقد.⁽²⁾

غير أنه من المفيد لفت النظر الى أن ذاتية اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار يجب ألا يقتصر على تشجيع الاستثمار فقط بل يجب أن يأخذ بعين الاعتبار المصالح المشتركة لكل من طرفي العقد، عن طريق التوفيق بين مصالح المستثمرين والدول المضيفة استجابة للمتطلبات الضرورية والحاسمة التي يتضمنها القانون الدولي للتنمية.⁽³⁾

⁽¹⁾ بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، مرجع سابق، ص 22.

⁽²⁾ حفيظة السيد حداد: العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 259.

⁽³⁾ حفيظة السيد حداد: العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الأجنبية، المرجع نفسه، ص 260، نقلا عن:

Jean -Pierre Regli: Contrat d'état et arbitrage entre états et personnes privées, these geneve, 1983
« En ce qui concerne l'institution de l'arbitrage, elle ne doit plus dès lors être seulement d'encourager les investissements, mais devra prendre en considération les intérêts légitimes de deux parties aux States Contracts »

« Pour qu'une conciliation se réalise entre les intérêts des investisseurs et ceux des états-hots bénéficiaires des investissements, pour que l'arbitrage ne soit pas un instrument imposé par intérêts des pays en voie de développement parmi les objectifs essentiels.....cette institution ne doit pas être insensible aux nouveaux impératifs énoncés par le droit international du développement »

ب- السرعة والسرية في اتخاذ الإجراءات التحكيمية: يتميز قضاء التحكيم بسرعة الإجراءات اللازمة للفصل في النزاع في اقل وقت، تلك السرعة التي لا تتوافر عادة في النظم القانونية التقليدية المقيدة ببعض النصوص القانونية التي تعاني من بطء في الاجراءات والتراخي في الفصل في الدعاوى، وهو ما تحتاجه منازعات عقود الاستثمار حيث نكون أمام مبالغ مالية ضخمة ومجمدة في انتظار صدور الحكم، فالأطراف المتعاقدة تفضل اللجوء الى التحكيم كبديل مضمون نظرا لما يقدمه من عدالة سريعة مردها عاملين أساسيين: العامل الاول التزام المحكم بالفصل في النزاع المعروض عليه في زمن معين يحدده الأطراف، أما العامل الثاني فهو أن التحكيم نظام للتقاضي من درجة واحدة.⁽¹⁾

بصفة عامة فإن قوانين التحكيم ولوائحه وموثيقه عادة ما تحدد مدة يجب ألا يتجاوزها المحكم عند إصداره قراره، بل وتسمح للأطراف بالتعديل في هذه المدة، غير أن المحكم لا يملك كأصل عام تمديد هذه المدة إلا اذا اتفق أطراف النزاع على مدها⁽²⁾، ولتحقيق السرعة المطلوبة في الانجاز تعتمد مراكز التحكيم الى اعطاء طرفي النزاع الحرية في تحديد الوقت المفروض لإنهاء التحكيم وهذا يتوقف على طبيعة الصفقة الاستثمارية.⁽³⁾

كما تشكل الأسرار الاقتصادية أهمية وضرورة ملحة في عالم التجارة الدولية، لذلك يشدد في شأن المحافظة عليها، فجلسات التحكيم غير العلانية وعدم نشر الأحكام تعتبر من مميزاته، حيث تظل الأسرار مرتبطة بالعقد خاصة وأن الأطراف في عقود الاستثمار لا يرغبون في معرفة المنازعات الناشئة بينهم وأسبابها ودوافعها نظرا لما قد تؤدي إليه هذه المعرفة من المساس بمراكزهم المالية، فإذا كنا بصدد عقد من عقود البترول مثلا، فإن حساسية المعلومات التي لا يحتفظ بسريتها والتي تتعلق بمستوى إنتاج حقل أو تدفق إنتاجيته قد تؤدي الى أزمات أو اضطرابات سياسية أو اقتصادية أو حتى الى اضطراب أسعار البترول في الأسواق العالمية⁽⁴⁾، كما ان عدم نشر الأحكام لا يتم الا بعد موافقة الأطراف، فلا شك أن السرية ستحد

⁽¹⁾ حفيفة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، 2007، ص12.

⁽²⁾ المرجع نفسه، ص14.

⁽³⁾ عصام أحمد البهجي: مرجع سابق، ص56.

⁽⁴⁾ بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، مرجع سابق، ص42.

من تضخم النزاع وقد تؤدي الى التسوية الودية بينهم⁽¹⁾، ويبدو أن العديد من لوائح التحكيم تفرد نصوصا خاصة تقضي بهذه السرية، فعلى سبيل المثال ما جاء في نص المادة 7/20 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس التي أشادت بسرية جلسات التحكيم، وكذلك المادة 35 من لائحة المؤسسة الأمريكية للتحكيم.

إلا أن القول بأن التحكيم يتمتع بالسرية على اطلاقه، هو حجة غير مقنعة على اطلاقها، فأغلب مجموعات القضاء في الدول المختلفة مليئة بالأحكام الصادرة في منازعات الاستثمار تتعلق بأسرار صناعية وعقود ترخيص وغيرها⁽²⁾، أما التي تحرص على السرية في علاقاتها فهي الشركات الكبرى المهيمنة، وليس الطرف الضعيف المستضيف للاستثمار، فشرط السرية يكون دائما لصالح القوى الاقتصادية العظمى.⁽³⁾

ج- حرية الأطراف المتعاقدة والعدالة التي يقدمها التحكيم: يقدم التحكيم حرية لأطراف النزاع وعدالة متميزة فهو يعد قضاء متخصص ومرن، كونه يكفل المعرفة والخبرة القانونية والفنية اللازمة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي التي يتطلب فضها معارف اقتصادية وفنية حديثة وخبرة تتلاءم مع توسع مجالات الاستثمار، فالمحكّمون في الأغلب الأعم على أعلى مستوى من الكفاءة العلمية والقانونية نظرا لما يمتازون به من إحاطة علمية وعملية لأعراف وعادات العقود محل النزاع⁽⁴⁾، وهو ما يساعد على خلق عدالة تحقق رغبات الخصوم، أما المقصود بمرونة التحكيم فلا يعني ذلك أن المحكم لا يحترم المبادئ الأساسية للتقاضي، بل المقصود من ذلك هو أن المحكم لا يتقيد مثل القاضي بالعديد من القواعد الاجرائية، فالأطراف المتعاقدة في عقود الاستثمار ترغب في استمرار العلاقات القائمة بينها وفق أسس يساهم قضاء التحكيم في ارسائها⁽⁵⁾، كما أن هذه المرونة تسمح للأطراف المتعاقدة بتسوية النزاع على النحو المناسب لأنه ينفر من القوالب الجامدة، حيث يملك الأطراف اختيار نوع التحكيم سواء كان خاصا أو مؤسسيا،

(1) مراد محمود المواجدة: مرجع سابق، ص 40.

(2) لم تتردد محكمة استئناف باريس على التأكيد في حكمها الصادر في 18-02-1986 "مما يتماشى مع طبيعة التحكيم وإجراءاته ضمان سرية حل المنازعات ذات الطابع الخاص وهو ما يستجيب لاتفاق الأطراف المتنازعة"، لتعود من جديد محكمة استئناف السويد حول مدى اعتبار مبدأ السرية من الركائز الأساسية لنظام التحكيم في حكمها الصادر في 1999/03/30، حيث رفضت المحكمة ان تقضي بان نشر حكم التحكيم الجزئي في مجلة قانونية يفيد التنازل عن التحكيم، مفسرة ذلك بان السرية لا تعد مبدءا اساسي في التحكيم حفيفة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 26.

(3) مراد محمود المواجدة: المرجع نفسه، ص 42.

(4) بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، المرجع نفسه، ص 21.

(5) حفيفة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 29.

سواء كان تحكيم بالقانون أو بالصلح، كما يفسح المجال أمام إرادة الأطراف في اختيار مكان انعقاد التحكيم وزمانه، والقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وإجراءاته.⁽¹⁾

د - التحكيم ضماناً اجرائياً لتشجيع الاستثمار الأجنبي: أضحي قضاء الدولة غير مناسب بنظمه وقواعده لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، فقد أثبت الواقع أن البديل الملائم هو التحكيم الذي عمل على ترسيخ حلول تتجاوب وخصوصية منازعات الاستثمار⁽²⁾، فرأس المال الأجنبي جبان يحتاج الى الأمان، والمستثمر الأجنبي قلق وخائف ويحتاج إلى طمأنته عن طريق ضمانات يرتاح معها⁽³⁾، وهو ما جعل الدول تقبل عليه كضمانة اجرائية لتشجيع وحماية الاستثمار على اقليمها عن طريق تضمين قوانينها نصوصاً صريحة بقبولها لتسوية منازعاتها مع المستثمر الأجنبي، خاصة مع عدم تجاوب القواعد القانونية مع متطلبات المرونة التي تقتضيها طبيعة المعاملات التجارية الدولية وعقود الاستثمار بصفة خاصة.⁽⁴⁾

الفرع الثاني: أنواع اتفاق التحكيم.

يتخذ اتفاق التحكيم عدة صور اما أن يكون ضمن العقد بمعنى أنه يبرم قبل أن يكون هناك نزاع بين الطرفين وهو ما يسمى بشرط التحكيم، وأما أن يكون لاحق على نشوء النزاع وهو ما يسمى بمشاركة التحكيم، كما يأتي في صورة تحكيم بالإحالة عندما يتم الإشارة الى وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم، من أجل بيان هذه الصور بشكل مفصل، سنقسم هذا الفرع وفق مايلي:

أولاً - شرط التحكيم: يقصد به البند الذي يرد ضمن عقد الاستثمار المبرم بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، والذي تتعهد بمقتضاه الأطراف - قبل نشوء النزاع - باللجوء الى التحكيم لتسوية ما قد يثور بينهم من منازعات⁽⁵⁾، وهو يأتي كبند ضمن بنود العقد ولا يمنع من أن يكون مستقلاً عن العقد وذلك عندما يتم إبرام العقد بين الطرفين دون كتابة شرط التحكيم أو أن يتضمن العقد شرط

⁽¹⁾بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، مرجع سابق، ص 20.

⁽²⁾لزهري بن سعيد: مرجع سابق، ص 36.

⁽³⁾بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، المرجع نفسه، ص 23.

⁽⁴⁾عبد الكريم أحمد أحمد الثلايا: مرجع سابق، ص 17- 18 .

⁽⁵⁾غسان علي علي: مرجع سابق، ص 287.

تحكيم ثم يقوم الطرفين بعد ذلك بكتابة شرط تحكيم بينهما⁽¹⁾، فهو يؤكد رغبة الأطراف على السير قدما تجاه تسوية أي نزاع ينشأ عن العقد مما يقلل من حدوث تضارب في المصالح بين الطرفين.⁽²⁾

تعرضت العديد من التشريعات إلى وضع تعريف لشرط التحكيم، فعرفه المشرع الجزائري في النصوص المنظمة للتحكيم الداخلي في المادة 1007 من ق ا م ا على أنه "الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006⁽³⁾ أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم" كما نجد المشرع المصري عرفه بموجب الفقرة 2 من المادة 10 من ق ت م م ت م على أنه "... يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين"، ما يميز شرط التحكيم هو أنه لا بد أن يرد سابقا على قيام النزاع، لأنه من غير المتصور أن يكون لاحقا باعتباره يرد ضمن بنود العقد الأصلي غير أن ذلك لا يمنع من أن يرد شرط التحكيم مستقلا عن العقد الأصلي، ومثاله أن يبرم العقد خاليا منه ثم يتفق الاطراف عليه بعد ذلك بشرط أن لا يكون ثمة نزاع قد نشأ بينهم، فالعبرة اذا هي في اللحظة التي تم فيها ابرام اتفاق التحكيم، ويستوي في ذلك ان يأتي في العقد نفسه أو مستقلا عنه⁽⁴⁾، وأيا كان نوع التحكيم سواء كان تحكيم حرا او مؤسسيا فإن صيغة ادراج شرط التحكيم في العقد الاصلي المبرم بين الطرفين، يؤدي لا محالة الى الزامية هذا الشرط ولا يمكن التنصل منه في حالة حدوث خلاف مستقبلي.⁽⁵⁾

(1) رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر: مرجع سابق، ص 307.

(2) تعود نشأة شرط التحكيم الى عقود الامتياز التي ابرمتها الشركات متعددة الجنسية مع الدول النامية لاستثمار مواردها الطبيعية كالنفط والمعادن في النصف الأول من القرن الماضي، والتي اعطت الحق لتلك الشركات باللجوء الى التحكيم في حالة تعرضها الى الاضرار والخسائر التي تلحق بعقد الامتياز بسبب تغير الظروف والتشريعات الحديثة التي اصدرتها الدولة النامية بعد حصولها على الاستقلال والتي استهدفت استعادة السيطرة على ثرواتها الطبيعية عن طريق التأميم.. وعليه فان التنازل عن الحصانة القضائية في شرط التحكيم او اتفاق التحكيم انما يتم في اطار النشاط التجاري وحسب .حفيظة السيد الحداد. الموجز في النظرية العامة في التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص 277 .

(3) نصت المادة 1006 ق ا م ا على أنه " يمكن لكل شخص اللجوء الى التحكيم في الحقوق التي ل مطلق التصرف لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام او حالة الاشخاص او اهليتهم ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة ان تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية او في اطار الصفقات العمومية"

(4) أحمد مخلوف: مرجع سابق، ص 33.

(5) محمد علي بني مقداد: مرجع سابق، ص 104.

تثار في هذا الصدد مسألة مدى صحة شرط التحكيم، وذلك عندما يرد في عقد غير صحيح أو باطل أو منعدم، والرأي الراجح في التشريع والفقهاء والقضاء يؤكد استقلالية شرط التحكيم، حيث يعد شرطاً صحيحاً وأن ورد في عقد غير صحيح، لذلك قيل ان مشاركة التحكيم لم يحكم بخطورتها مثل شرط التحكيم⁽¹⁾، والجدير بالذكر أن شرط التحكيم أكثر انتشاراً من مشاركة التحكيم، فحوالي 80% من عقود التجارة الدولية تتضمن شرط التحكيم، خصوصاً في عقود الاستثمار⁽²⁾ كما أن غالبية الاتفاقيات التي أبرمت في مجال عقود الاستثمار أبرمت في صورة شروط تحكيمية ضمن العقد ذاته وليس في صورة اتفاق مستقل عن العقد الأصلي.⁽³⁾

ثانياً- مشاركة التحكيم: يتخذ الاتفاق على التحكيم صورة ثانية من صور الاتفاق تختلف عن الأسلوب الأول في توقيت الاتفاق، فإذا كان شرط التحكيم يتم الاتفاق فيه قبل نشوب النزاع، ويكون متزامناً مع توقيع العقد أو بعده⁽⁴⁾، فإن مشاركة التحكيم هي الاتفاق الذي يتم بين الطرفين بعد قيام النزاع بينهما لعرض النزاع على التحكيم⁽⁵⁾، وبمقتضاه يتم تحديد موضوع النزاع وأسماء المحكمين، ومكان وإجراءات التحكيم، وقد يحددون القانون الذي يطبقه المحكمون. والمشاركة بها المعنى تختلف عن شرط التحكيم، فالمشاركة يتم الاتفاق عليها بعد نشوء النزاع وفي اتفاق لاحق ومستقل عن العقد الأصلي.⁽⁶⁾

من التشريعات التي تناولت تعريف مشاركة التحكيم نجد المشرع الجزائري عرفه في المادة 1011 من ق م ا على أنه "الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم"، ويرى المشرع المصري أن "يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الإتفاق باطلاً"⁽⁷⁾، يبدو أن اللجوء إلى التحكيم من خلال مشاركة التحكيم في منازعات الاستثمار أمر يشكل ضماناً مهمة،

⁽¹⁾ ابراهيم أحمد ابراهيم: مرجع سابق، ص 88.

⁽²⁾ مراد محمود المواجهة: مرجع سابق، ص، 27.

⁽³⁾ هاني محمد كامل المنابلي: اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية- دراسة على الدول العربية مقارنة بالتشريعات الوضعية في العالم، دار الفكر الامعي، الاسكندرية، 2014، ص 154.

⁽⁴⁾ مرجع نفسه، ص 158.

⁽⁵⁾ محمد علي بني مقداد: المرجع نفسه، ص 115.

⁽⁶⁾ غسان علي علي: مرجع سابق، ص 309.

⁽⁷⁾ أنظر المادة 2/10 من ق م ا م ت م رقم 27-94.

فخصوصية الطابع الاتفاقي على مجريات النزاع يدفع الى محاولة استعادة توازن المصالح الاقتصادية بين الطرفين، وهذا من خلال ايجاد حلول تضمن استقرار وبقاء عقد الاستثمار خاصة مع تغير ظروف العقد أو في حالة القوة القاهرة، الأمر الذي تبدو معه أهمية الاتفاق على تفاصيل فض النزاع بعد وقوعه، بدلا من الاتفاق المسبق من خلال شرط التحكيم.⁽¹⁾

الظاهر أن التعريف الواسع لاتفاق التحكيم والذي يشمل كل من شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، يتماشى مع التعريف الفقهي التقليدي، وهو ما يمكن ملاحظته لاسيما في الأنظمة القانونية التي أخذت بهذه التفرقة كما هو الشأن بالنسبة للمشرع المصري، والجزائري على الرغم من عدوله عن موقفه في نص المادة 1040 من ق ا م⁽²⁾ حيث جعل عبارة اتفاقية التحكيم تعبر عن شرط التحكيم ومشاركة التحكيم في أن واحد، فهذه التفرقة هي تفرقة أيلة للزوال كما فلا قيمة لها في اطار التحكيم التجاري الدولي ولاسيما في اطار العلاقات الدولية الخاصة، فإغفال التفرقة بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم من حيث القوة الملزمة ومن حيث طبيعتهما القانونية وادماجهما تحت مسمى واحد هو اتفاق التحكيم، هو الحل الذي انتهى اليه التشريع الفرنسي على الرغم من الاحتفاظ بهذه التفرقة بينهما من الناحية الشكلية في اطار التحكيم الداخلي، وهو الحل الذي اعتمده العديد من التشريعات الحديثة.⁽³⁾

على صعيد الاتفاقيات الدولية، فإن النصوص الحديثة كمعاهدة نيويورك لعام 1958 الخاصة بتنفيذ الأحكام التحكيم الأجنبية، تعالج هذه الصور تحت مسمى واحد هو اتفاق التحكيم دون تمييز بينهما، أما بالنسبة لاتفاقية واشنطن لعام 1965 والخاصة بفض منازعات الاستثمار فإنها اقتصرت على ذكر الرضاء بالتحكيم دون التمييز بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم.⁽⁴⁾

ثالثا- شرط التحكيم بالإحالة: يعتبر شرط التحكيم بالإحالة من الصور المعاصرة لاتفاق التحكيم، والغرض في هذه الصورة أن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرطا صريحا للتحكيم، بل اكتفى

⁽¹⁾ علاء التميمي عبده: مرجع سابق، ص 52.

⁽²⁾ نصت المادة 1040 ق ا م ا على أنه "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية".

⁽³⁾ كما هو الشأن في قانون المرافعات البلجيكي الصادر بتاريخ 1972 في المادة 1677 منه، والقانون الدولي الخاص السويسري الصادر بتاريخ 1987، فهذه التشريعات لم تستشعر الحاجة الى اظهار التفرقة بينهما حفيفة السيد حداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001، ص 17.

⁽⁴⁾ حفيفة السيد حداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 17.

الأطراف بالإشارة أو الإحالة إلى عقد سابق بينهم أو الى عقد نموذجي، وذلك لتكملة النقص أو سد الثغرات التي تعتري عقدهم، وكان ذلك العقد النمطي من بين بنوده بند أو شرط يقضي بتسوية المنازعات التي تنشأ عنه بواسطة التحكيم⁽¹⁾، وفي هذه الحالة ينسحب أثر شرط التحكيم في العقد النموذجي المحال اليه الى موضوع النزاع في العقد الأصلي المبرم بين الطرفين، فيلتزم بالتالي أطراف العلاقة به، بحيث يتم بمقتضاه تسوية المنازعات القائمة بينما عن طريق التحكيم⁽²⁾، وتعد الوثيقة المحال اليها من قبل الاطراف والتي تتضمن شرط التحكيم جزءا لا يتجزأ من العقد الأصلي، فلا يتأثر في حالة بطلان العقد الاصيلي او انقائه، حيث يعتبر هذا الشرط الوارد مستقلا عن العقد الاصيلي، ومتى وردت الاحالة، فإنه لا يعتد بجعل احد الاطراف بشرط التحكيم الوارد في الوثيقة، اذ يفترض علم الاطراف في معاملات التجارة الدولية.⁽³⁾

تناولت التشريعات الوطنية نظام الاحالة الى التحكيم، فنجد المشرع الجزائري تطرق اليه في اطار الأحكام الخاصة بالتحكيم الداخلي، حيث نصت المادة 1/1008 ق ا م ا على أنه: "يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند اليها"، فالنص يفيد اشتراط أن يكون شرط التحكيم مكتوبا سواء ورد ها الشرط في عقد الأصلي أو وثائق أخرى أحال اليها هذا العقد، وعلى الرغم من عدم النص على شرط التحكيم بالإحالة في النصوص المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، الا أن ذلك لا يمنع من اعمال هذا النص، ويرى المشرع المصري أنه "يعتبر اتفاق على التحكيم كل احالة ترد في العقد الى وثيقة تتضمن شرط تحكيم اذا كانت الاحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزء من العقد"⁽⁴⁾. فسياق النص يدل على أن العقد المتضمن الاحالة يجب أن يكون مكتوبا، أ المشرع الفرنسي فمن حيث المبدأ فقد استوجب⁽⁵⁾ أن يكون شرط التحكيم مكتوبا سواء ورد هذا الشرط في عقد الاساس أم في وثائق اخرى، إلا انه لم يبين فيما اذا كانت الكتابة لازمة في الاحالة أم يكفي قبول الاطراف لها ايا كان شكل وطريقة القبول.⁽⁶⁾

(1) لزهري بن سعيد: مرجع سابق، ص 56.

(2) محمد علي بني مقداد: مرجع سابق، ص 120.

(3) مراد محمود المواجهة: مرجع سابق، ص 30.

(4) أنظر المادة 10 من ق ت م م ت م رقم 27-94.

(5) أنظر المادة 1443 من ق ا م ف رقم 27-94..

(6) أحمد عبد الاله المرابي: مرجع سابق، ص 57.

المطلب الثاني: شروط اتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

بسبب التفاوت وعدم التساوي في المراكز القانونية لأطراف المنازعة، كونها تجمع بين شخص سيادي يتمتع بمزايا خاصة سواء على المستوى الداخلي أو الدولي، في حين أن الطرف الثاني هو شخص أجنبي خاص لا يتمتع على الرغم من قوته الاقتصادية والمالية بأية سيادة أو ميزة ولا يعد شخصا من أشخاص القانون الدولي العام. لذلك يقتضي اللجوء الى اتفاق التحكيم، توافر شروط معينة لصحته، سواء تعلقت بأطراف النزاع، او شروط تتعلق بصحة اتفاق التحكيم.

تفصيلا لذلك سنقسم هذا المطلب وفق مايلي:

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بأطراف النزاع.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بصحة اتفاق التحكيم.

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بأطراف النزاع.

من الثابت أنه اذا كانت العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة وإن ظهرت حسنة في بدايتها إلا أنها سرعان ما تتغير نتيجة تعارض المصالح بين الطرفين، لذا فإن المشكلة الأساسية التي تلازم هذه العقود تتمثل في كيفية التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيفة للاستثمار أو أحد الأجهزة التابعة لها إلى تحقيقها وبين المصالح التي ينشدها المستثمر الأجنبي. لذا سيكون الحديث في هذا الفرع حول الشروط المتعلقة بأطراف النزاع .

أولا- الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي: تحقيقا للتنمية الاقتصادية تقوم بإبرام عقود استثمار مع مستثمرين أجنبيا بحسب حاجتها لتنفيذ خططها الاقتصادية، وتقوم بإبرام هذه العقود إما بطريقة مباشرة بواسطة ممثلها، أو بطريقة غير مباشرة تتمثل في قيام إحدى المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها بإبرامها. (1)

لذا اتجهت الدول الى تعديل تشريعاتها الداخلية من أجل الاعتراف صراحة للدولة بأهليتها لإبرام اتفاقات التحكيم، فتغير الموقف في الجزائر بعد أن عارضت فكرة التحكيم التجاري الدولي بشدة حيث

(1) بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 15.

كانت تحظر على الدولة والأشخاص المعنوية العامة اللجوء الى التحكيم، تخوفاً منه كوسيلة لفض منازعات الاستثمار الأجنبي وبمجة المساس بسيادتها، لاسيما وإنها اعتمدت في ذلك على بعض القرارات التحكيمية التي صدرت بهذا الشأن والتي تخدم مصالح الشركات الأجنبية، ولا تأخذ قضايا تنمية الدول النامية بعين الاعتبار⁽¹⁾، حيث نصت المادة 3/442 من الأمر رقم 154/66 المتضمن ق ا م في على أنه "لا يجوز للدولة والأشخاص العامة اللجوء الى التحكيم"⁽²⁾، الى جانب ذلك فإن السبب في ذلك يرجع بالخصوص الى النظام الاقتصادي الذي تبنته الجزائر كمحور لسياستها الاقتصادية حيث فضلت الركون إلى النظام الاشتراكي الذي ظل يتشبث بمقومات السيادة والاحتكام إلى القوانين والقضاء الداخلي. غير أن المشرع عدل عن موقفه مع بداية الثمانينات أين جسد اللجوء الى التحكيم واعاد النظر في النصوص المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، فنجد انه قد تدخل من أجل ازالة التناقض بين الواقع القانوني والعملي محاولا بذلك اعادة صياغة نص المادة 442 سالفة الذكر بالمادة الأولى من المرسوم التشريعي 93-09 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154 التي نصت على أنه "...ولا يجوز للأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية".

فهذا النص أزال الغموض واللبس حول أهلية الدولة في اللجوء الى التحكيم، ولم يكن اصدار هذا المرسوم بمثابة الخروج من مرحلة المنع والحظر الى مرحلة الإجازة، فالمشرع الجزائري لم ينكر التحكيم التجاري الدولي وانما انكره في المنازعات الخاصة بالعقود الادارية وحثته في ذلك أنه لا يجوز اخضاعها لغير القانون الوطني، بقدر ما هو نقلة نوعية للنظام القانون التحكيمي الجزائري، حيث أباح للأشخاص المعنوية العامة التابعة للقانون العام اللجوء الى التحكيم في علاقاتهم التجارية، كما أن هذا المرسوم يعتبر بمثابة أول قانون

(1) لم تكن نظرة الجزائر للتحكيم التجاري الدولي تختلف عن بقية الدول النامية خاصة منها التي كانت لها تجارب سيئة بعد قضية شيخ ابوظبي وقضية قطر، والتي جسدت الاستهزاء والاحتقار بنصوص القوانين العربية، فما كان منها الا أن ترفض التحكيم كونه يشكل مساس وانتقاص من سيادة الدولة. سهيلة قرطبي: منظومة التحكيم ومساهمتها في حل منازعات الاستثمار، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017-2018، ص 25

(2) من الناحية العملية فإنه وبالرغم من الرفض التشريعي الصريح للتحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الدولة أو أحد أجهزتها، فقد عمدت الجزائر الى ابرام عقود استثمار في مجال البترول مع الشركات الأجنبية الخاصة وتضمنت هذه العقود الاتفاق على التحكيم ومثال ذلك العقد الذي ابرم مع شركة GETTY الامريكية سنة 19-10-1968 والذي استمر حتى بعد تأميم المحروقات سنة 1971، والمثال الثاني: هو عقد التحكيم الجزائري الفرنسي الموقع في 27-03-1983 والذي يعتبر تجسيدا للاتفاق الاطار المبرم بين الحكومتين في 21-06-1982 والمتعلق بالتعاون الاقتصادي بين البلدين لزهري بن سعيد: مرجع سابق، ص 60 .

اجرائي خاص بالتحكيم لاسيما وأنه ادخل عدة مفاهيم كانت غائبة⁽¹⁾، وبصدور ق ا م ا رقم 08-09 الذي ألغى الأمر رقم 154/66 نجد الفقرة الثالثة من المادة 1006 منه تنص على أنه "... ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في اطار الصفقات العمومية"، يظهر من النص أن المشرع قد وضع شرطين للجوء الى اتفاق التحكيم، كما أن المادة 975 من ق ا م ا حددت لنا الأشخاص المعنوية العامة بنصها على أنه "لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800⁽²⁾ أعلاه، أن تجري تحكيميا إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية"، كما أوضحت المادة 800 ق ا م ا أن الاشخاص العامة المعنيين هم الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.

الواضح من هذه النصوص أن المشرع منح الدولة والمؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري امكانية اللجوء الى التحكيم التجاري في الصفقات العمومية، وفي العقود المتعلقة بالاتفاقيات الدولية المصادق عليها من طرف الجزائر في العلاقات الاقتصادية الدولية، ولا تخضع للتحكيم إلا في الحالات المحددة في المادة 1006 والمادة 975 من ق ا م ا، على خلاف المؤسسة العمومية الاقتصادية التي يمكنها اللجوء الى التحكيم في علاقاتها التجارية اعتمادا على طبيعتها القانونية باعتبارها شركة تجارية.⁽³⁾

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد نصت المادة 11 من ق ت م م م على أنه "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي او الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه.."، كما نصت المادة 27 من ذات القانون على أنه "مع عدم الاخلال بالاتفاقيات الدولية... تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع..."، وهو ما يعني أن للدولة أو أحد الجهات أو المؤسسات العامة التابعة لها ابرام اتفاق التحكيم

(1) عبد المالك باسود: حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015، ص ص 155-157.

(2) نصت المادة 800 من ق ا م ا على أن "المحاكم الادارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الادارية تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها".

(3) كريمة كريم - زينب كريم: أهلية المؤسسة العمومية ذات الطابع الاقتصادي لطلب التحكيم في التشريع الجزائري، مجلة القانون، المركز الجامعي أحمد زبانة، غليزان، العدد 8، جوان 2017، ص 69.

بخصوص العقود التي تقوم بإبرامها مع المستثمر الأجنبي.⁽¹⁾ كما تغير الموقف في فرنسا بموجب القانون 1975 الذي أضاف الفقرة الثانية الى المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي والذي أجاز للدولة والمؤسسات العامة ذات الطابع التجاري والصناعي ابرام اتفاق التحكيم ولم يشمل التغيير عقود التجارة الدولية بل شمل التعديل العقود الادارية المحلية والعقود ذات الطابع الدولي وغيرها من المجالات⁽²⁾، كما اجاز المشرع الفرنسي التحكيم في جميع العقود الدولية التي تبرمها الدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة بما فيها عقود الاستثمار، حسب ما نصت عليه المادة 9 من القانون رقم 86-972 الصادر في 19 أوت 1986 المتعلق بالسلطات المحلية.⁽³⁾

في سياق متصل قد يثور التساؤل حول سريان اتفاق التحكيم الذي تبرمه الأجهزة العامة مع المستثمر الأجنبي في مواجهة الدولة؟.

أثيرت مسألة امتداد نطاق التحكيم في العديد من القضايا التحكيمية، ففي قضية هضبة الأهرام، فإن المستثمر الأجنبي شركة SPP لجأ الى تحريك اجراءات الدعوى التحكيمية ضد الحكومة المصرية وشركة Egoth، وعلى الرغم من رفض الحكومة المصرية لهذا الاجراء كونها ليست طرف في النزاع، إلا أن هيئة التحكيم قضت في حكمها الصادر في 16 فيفيري 1983 بتقرير مسؤوليتها، لذا طعنت الحكومة المصرية أمام محكمة استئناف باريس استنادا الى نص المادة 1504 من ق ا م ف وطالبت بإلغاء الحكم كون الحكم مخالف للنظام العام الدولي ولبدأ سيادة الدولة، أما الطرف الأجنبي فطالب برفض الدعوى إستنادا إلى أن توقيع مصر على محضر مهمة المحكم يعتبر قبولا من جانبها للتحكيم وتنازل عن حصانتها بقبول التحكيم، إلا أن محكمة الاستئناف انتهت في حكمها الصادر بتاريخ 12 جوان 1984 الى ابطال حكم التحكيم

⁽¹⁾ رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر: مرجع سابق، ص 312.

⁽²⁾ هاني محمد كامل المنابلي: مرجع سابق، ص 183

⁽³⁾ Article 9 du Loi n° 86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales:

« Par dérogation à l'article 2060 du code civil, l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés, dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissaires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à l'application et l'interprétation de ces contrats. »

لعدم وجود شرط تحكيم من جانب الحكومة المصرية واستقلال الهيئة العامة للسياحة والفنادق Egoth بشخصية قانونية مستقلة عن شخصية الدولة وبالتالي فلا وجه لالزامها.⁽¹⁾

ثانيا- المستثمر الأجنبي: لم يعد يثير تحديد الطرف المتعاقد مع الدولة صعوبات لتحديده كطرف في هذه العقود إذ يشترط أن يكون تابعا لدولة أخرى وقد يكون هذا الشخص شخصا طبيعيا أو معنويا أحادي الجنسية أو متعدد الجنسية أو منعدم الجنسية، والأجنبي في الدولة هو كل من لا يحمل جنسية الدولة.⁽²⁾

أ - المستثمر الأجنبي كشخص طبيعي: المعيار المأخوذ به للتمييز بين الوطنيين والأجانب هو رابطة الجنسية التي بمقتضاها يتم تحديد انتماء الشخص لدولة معينة، والمستثمر الأجنبي يكون أجنبيا بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار اذا كان لا يتمتع بجنسية تلك الدولة، غير أن دلالة الأجنبية هي نسبية وليست مطلقة، فأى فرد قد يكون أجنبي في وقت ما، وقد يصبح وطنيا في وقت آخر، لذا ينظر الى جنسية المستثمر الأجنبي في اللحظة التي يتم التعاقد معه⁽³⁾، وقد اخذت معظم الاتفاقيات الدولية بمعيار الجنسية لتعريف المستثمر الفرد مع الاحالة الى القوانين الداخلية للدول المتعاقدة، وهي بذلك لم تخرج عن القواعد العامة المعمول بها دوليا، والتي جعلت الجنسية ضمن الاختصاص الوطني، فلا يجوز أن تمنح الجنسية الا من طرف الدولة.⁽⁴⁾

بخصوص الاتفاقيات الثنائية التي ابرمتها الجزائر في مجال الاستثمار فقد اشارت الاتفاقية الجزائرية- الاردنية⁽⁵⁾ الى معيار جنسية المستثمر حسب ما ورد في نص المادة الاولى "تعني كلمة مستثمر أي شخص

(1) بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، مرجع سابق، ص 122.

(2) خالد كمال عكاشة: مرجع سابق، ص 103.

(3) سي فضيل الحاج: مرجع سابق، ص 72.

(4) محمد عيساوي: مرجع سابق، ص 43.

(5) الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الأردن الهاشمية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة في عمان بتاريخ 01 أوت 1996، المصادق عليها بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 97-103، المؤرخ في 05 افريل 1997، ج.ر عدد 20، صادرة بتاريخ 06 افريل 1997.

طبيعي يحمل جنسية طرف متعاقد او اقامة دائمة فيه وفق قوانينه"، كما عبرت الاتفاقية الجزائرية المالىزية⁽¹⁾، في نص المادة الاولى منها على أنه: "تعني عبارة مستثمر، بالنسبة لكل طرف متعاقد كل شخص طبيعي يملك طبقا لقوانينه: - جنسية الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية - المواطنة المالىزية او يقيم بصفة دائمة في مالىزيا" في حين وضعت بعض الاتفاقيات عبارة مواطن لتعبر عن كل شخص طبيعي يتمتع بجنسية احد الطرفين المتعاقدين، كما هو الشأن عليه في الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وجمهورية التشيك⁽²⁾، والاتفاقية المبرمة بين الجزائر واليمن.⁽³⁾

على الصعيد الدولي ونتيجة ازمة الثقة وتخوف المستثمرين الأجانب من المخاطر التي قد تلحق استثماراتهم والناجحة عن بعض التدابير الادارية والسياسية والتشريعية التي تتخذها الدول المضيفة فقد اشترطت اتفاقية واشنطن 1965 لانعقاد الاختصاص للمركز أن يكون الطرف الثاني المتعاقد مع الدولة مستثمرا أجنبيا منتما لدولة أجنبية أخرى طرف في الاتفاقية، ويستوي في ذلك أن يكون هذا المستثمر شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا، ولقد اعتبرت الاتفاقية بموجب المادة 2/25 منها على أنه يقصد بعبارة احد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى ما يلي:

- 1- أن يتمتع بجنسية دولة متعاقدة بخلاف الدولة طرف النزاع في التاريخ الذي وافق فيه الطرفان على القيام بالتوفيق أو التحكيم، وكذلك في التاريخ الذي سجل فيه طلب التوفيق أو التحكيم.
- 2- أن لا يكون قد حصل على جنسية الدولة طرف النزاع في أي من تاريخي اتفاق الأطراف على القيام بالتوفيق أو التحكيم، وكذلك يوم تسجيل الطلب.

(1) الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مالىزيا، حول ترقية وحماية الاستثمارات الموقع عليها في الجزائر بتاريخ 27 جانفي 2000، المصادق عليها بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 01-212، المؤرخ في 23 جويلية 2001، ج.ر عدد 42، صادرة بتاريخ 01 اوت 2001.

(2) الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية التشيك حول الترقية والحماية المتبادلين للاستثمارات، الموقع ببراغ في 22 سبتمبر 2002، المصادق عليها بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 02-124، المؤرخ في 07 أفريل 2002، ج.ر عدد 25، الصادرة بتاريخ 14 أفريل 2002.

(3) الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية اليمنية حول التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات، الموقع عليها بصنعاء بتاريخ 25-11-1999، المصادق عليها بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 01-211، المؤرخ في 23 جويلية 2001، ج.ر عدد 42، صادرة في 01-08-2001.

وإذا كان لا يؤثر في طبيعة عقود الاستثمار أن تبرمها الدولة مع شخص طبيعي أجنبي باعتبار أن المعيار المأخوذ به للتمييز بين الوطنيين والأجانب في العصر الحالي هو الجنسية كونها تمثل رابطة قانونية وسياسية ينتمي الشخص بمقتضاها لدولة معينة، وعلى هذا فإن الصفة الأجنبية تلحق بالشخص المتعاقد مع الدولة إذا كان لا يتمتع بجنسية الدولة المتعاقدة، بيد أن الأمر يثير الجدل فيما لو كان الشخص الطبيعي يتمتع بأكثر من جنسية أي شخص متعدد الجنسيات أو إذا كانت إحدى الجنسيات التي يحملها هي جنسية الدولة المتعاقدة فهل يعتبر أجنبيا بالنسبة لهذه الدولة؟⁽¹⁾.

تقضي القواعد العامة بأنه لا يمكن اعتبار شخص ما أجنبيا في دولة يحمل جنسيتها مجرد تمتعه بجنسية دولة أخرى، ومن المستقر عليه أن تعدد الجنسيات يحل في إحدى الدول التي يحمل الفرد جنسيتها بتغليب هذه الجنسية عما عداها. وعليه فإن توافر الجنسية في أحد التاريخين دون الآخر، ينزع الاختصاص عن محكمة المركز بنظر منازعة الاستثمار.⁽²⁾

بما أن الشخص الطبيعي الذي يجوز على جنسية الدولة المضيفة للاستثمار لا يمكنه أن يكون طرفا في التحكيم في المركز ضدها، فيجب أن يصرح عند تقدمه بطلب التحكيم أمام المركز بأنه لا يتمتع بجنسية الدولة المضيفة للاستثمار الطرف في النزاع، بينما يكفي لتعتبر محكمة المركز مختصة ان يتمتع الشخص بجنسية أية دولة متعاقدة، حتى ولو كان يتمتع بجنسية دولة أخرى، سواء كانت متعاقدة او غير متعاقدة، ولكن المهم الا تكون هذه الدولة الأخرى هي طرف في النزاع والسبب في ذلك هو أن أهم ميزة من مميزات التحكيم في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار عدم وحدة جنسية اطراف النزاع.⁽³⁾

ب - المستثمر الأجنبي كشخص معنوي: يتخذ الشخص الاعتباري الأجنبي في عقود الاستثمار في الغالب شكل الشركة، ويمكن أن تظهر في شكل شركة متعددة الجنسيات او مشروعاً مشتركاً، وعلى الرغم من الاستقرار حول الاعتراف للشركات بالجنسية فقد ثار الخلاف حول المعيار الذي يتعين الاعتداد به لتحديد هذه الجنسية، حيث أن هناك عدة معايير يتم اللجوء إليها لتحديد جنسية الشركة ومن أهمها:

⁽¹⁾ بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 26.

⁽²⁾ جلال وفاء محمدين: التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2001، ص 28.

⁽³⁾ لما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص 36.

معيار جنسية الأعضاء أو الشركاء - معيار مركز الاستغلال - معيار التأسيس - معيار الرقابة⁽¹⁾، وقد أخذ المشرع الجزائري بمعيارين هما معيار ادارة الشركة، حيث أوجب المشرع أن يكون لكل شخص إعتباري موطن يتحدد بالمكان الذي يوجد فيه مركز ادارته⁽²⁾، أما المعيار الثاني فهو معيار مكان ممارسة النشاط، ويؤخذ به في الحالة التي لا يكون فيها للشركة مقر ادارة في الجزائر إلا انها تمارس نشاطها بها.⁽³⁾

أما بالنسبة للجانب الاتفاقي الجزائري فإن الكيان القانوني يعبر عن المستثمر كشخص معنوي، حسب ما جاء في المادة 1 من الاتفاقية الجزائرية - الكورية⁽⁴⁾ والتي نصت على أنه "تعني عبارة شخص اعتباري بالنسبة لكل طرف متعاقد كل كيان تأسس طبقا لقوانينه ومعترف به كشخص اعتباري، كالمؤسسات العمومية والشركات وجمعيات الشركات"، أما الاتفاقية الجزائرية - الجنوب افريقية⁽⁵⁾، فقد توسعت في وضع مفهوم المستثمر كشخص المعنوي واعتبرته كل هيئة أو شركة أو جمعية مؤسسة أو منشأة وفقا لقانون هذا الطرف المتعاقد .

في حين اعتبرت المادة 25 من اتفاقية واشنطن أن الشخص المعنوي يجب أن يتمتع بجنسية دولة متعاقدة غير الدولة الطرف في النزاع، في التاريخ الذي يوافق فيه الطرفان على طرح النزاع على التحكيم، وأن أي تعديل لاحق لهذا التاريخ على الجنسية ليس من شأنه أن يؤثر في اعتبار المركز مختصا.⁽⁶⁾

⁽¹⁾ لما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص30.

⁽²⁾ أنظر المادة 5/50 من م ج .

⁽³⁾ أنظر المادة 3/10 من م ج .

⁽⁴⁾ الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة كوريا حول ترقية وحماية الاستثمارات الموقع عليها في الجزائر في 12 أكتوبر 1999، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-204 المؤرخ في 23 جويلية 2001، ج.ر عدد 40 صادرة بتاريخ 25 جويلية 2001.

⁽⁵⁾ الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جنوب افريقيا حول ترقية وحماية الاستثمارات الموقع عليها في الجزائر في 24 أكتوبر 2000، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-206 المؤرخ في 23 جويلية 2001، ج.ر عدد 41 صادرة بتاريخ 29 جويلية 2001.

⁽⁶⁾ نصت المادة 25 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 في تحديدها لاختصاص المركز على أنه "...كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع في تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع على التوفيق أو التحكيم، وأيضا كل شخص معنوي يحمل جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع في ذات التاريخ ويتفق على اعتباره حد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى بالنظر الى الرقابة الى تمارس عليه من قبل المصالح الأجنبية"، هذا وقد أعرضت الاتفاقية عن تعريف الجنسية إلا أن الممارسة العملية للمركز تظهر قبوله للمعايير التقليدية في تحديد جنسية الشركات وعلى وجه الخصوص معيار مركز الإدارة الرئيسي أو معيار مكان التأسيس، ففي قضية Amco ضد الحكومة الاندونيسية ذهبت هيئة التحكيم الى أن شركة Indonesia P.T.Amco هي

غير أنها لم تحدد المعيار المتبع لتحديد جنسية الشخص المعنوي، فإذا تم اعتماد معيار مكان التأسيس فإن أي شركة يتم تأسيسها وفق لقوانين الدولة المضيفة للاستثمار ستتمتع بجنسية هذه الدولة، وبالتالي لا يمكنها اللجوء الى تحكيم المركز لانتفاء شرط أن يكون الشخص المعنوي منتميا لدولة اخرى غير الدولة المضيفة للاستثمار، والغالب أن هذا الأمر يحصل في البلدان النامية، فرغبة منها بالإشراف على الشركة الأجنبية المستثمرة تخضعها لقوانينها الوطنية، وبالتالي فإن أي نزاع ينشأ سوف يفلت من اختصاص المركز، وما يساعد في إيجاد معيار آخر هو نص الفقرة 2/ب من المادة 25 حيث ورد فيها "...أي شخص معنوي كانت له في ذلك التاريخ جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، ولكن اتفق الطرفان على أن يعامل لأغراض هذه الاتفاقية كما لو كانت له جنسية دولة متعاقدة، وذلك لوجود مصلحة أجنبية مسيطرة به." غير أن هذه المادة أثارت الجدل حول تفسيرها وتطبيقها في عدد من القضايا التي عرضت على المركز.⁽¹⁾

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بصحة اتفاق التحكيم .

يعتبر اتفاق التحكيم حجر الزاوية في العملية التحكيمية، فهو البداية الحقيقية التي تظهر عزم ونية الأطراف في اللجوء اليه لحسم النزاع بين الطرفين. ويخضع اتفاق التحكيم في ابرامه الى ذات القواعد التي تسري عليها الاتفاقات والعقود من ناحية الشروط الموضوعية من رضا ومحل وسبب وشروط شكلية تتمثل في الكتابة التي يجب ان تتوافر فيه حتى يكون صحيحا وينتج آثاره.

أولاً- الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم: تكمن الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم في ضرورة توافر التعبير عن الرضا الصحيح بين اطراف النزاع، وأن يرد هذا التراضي على محل ممكن ومشروع، وان يكون سبب هذا الاتفاق مشروع غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

أ - الرضا باللجوء الى التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي: لا يستوجب الرضا بالتحكيم التجاري الدولي في منازعات الاستثمارات الأجنبية النموذج التقليدي للاتفاق على التحكيم، إنما يكون

شخص اعتباري يتمتع بالجنسية الاندونيسية إذ أنه قد نشأ في ظل القوانين الاندونيسية وفي إقليمها، بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 33.

⁽¹⁾ كما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص 37.

الرضا باللجوء اليه من غير اتفاق أو كما يصفه البعض بالتحكيم دون اتفاق مباشر⁽¹⁾، ويختلف تنظيم الرضا بالتحكيم في التشريعات الوطنية، فهناك من تحمل في طياتها نصوصا واضحة بحيث لا تترك مجالا للشك حول قبول الدولة للتحكيم لدى جهة معينة، إذ يعد اعطاء الحق للمستثمر الأجنبي باللجوء الى التحكيم الدولي لتسوية ما ينشئ من نزاع مع الدولة المضيفة تعبيراً برضاء الدولة بالتحكيم، بمعنى اخر يعتبر ذلك ايجاباً موجهاً الى المستثمر ويطلبه بالاتفاق على التحكيم فمجرد قيام المستثمر بعرض الدعوى امام مركز التحكيم يتم الاتفاق عليه دون وجود اتفاق مباشر بينهما على اللجوء الى التحكيم، فهو بمثابة عرض أو ايجاب عام من قبل الدولة المضيفة بإبرام اتفاق تحكيم دولي مع المستثمر⁽²⁾، في حين أن هناك تشريعات أخرى لا تجيز اللجوء الى اتفاق التحكيم الا بموجب اتفاق خاص كما هو الشأن في التشريع المصري، حيث أشار قانون ضمانات الاستثمار لعام 1974 المعدل بموجب القانون رقم 2015/17 الى التحكيم وسمح باللجوء اليه ولكن بشكل غير ملزم بمعنى أنه أجاز اللجوء اليه بموجب اتفاق خاص، وهو الاتجاه الذي تبناه أيضاً المشرع التونسي بموجب قانون الاستثمار رقم 120-1993، فمجرد الإشارة الى التحكيم لا يمكن أن يفسر على كونه ايجاباً أو رضاء من الدولة بالموافقة على التحكيم، ما لم يحتوي على عبارة واضحة لا لبس فيها، تفيد رضا الدولة وموافقتها الصريحة⁽³⁾.

أما بالنسبة للجانب الاتفاقي فقد سعت الدول الراغبة بالنهوض باقتصادها والتوسع في علاقاتها الاستثمارية الى تدويل شرط التحكيم، وذلك من خلال ابرام الاتفاقيات الثنائية الخاصة بتشجيع الاستثمار، فوجود هذه الاتفاقيات يمثل صمام أمان للاستثمار الأجنبي، فهو يضمن موافقة الدول بالمثل أمام الجهة التحكيمية⁽⁴⁾. لذا فقد حرصت ما الجزائر على توسيع نطاق استفادة المستثمر الأجنبي من حقه

(1) أطلقت العديد من التسميات على التحكيم دون اتفاق منها: التحكيم غير الاتفاقي، التحكيم الالزامي الدولي، التحكيم بالرضاء الألي، التحكيم الأحادي العابر للحدود. بن علي بن سهلة ثاني: حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء نظام التحكيم غير الاتفاقي، المؤتمر الدولي 16 " التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية "، كلية الشريعة والقانون، قسم القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، 28-30 أبريل 2008، ص 1327.

(2) هفال صديق اسماعيل: التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية مع أحدث احكام هيئة التحكيم الدولية وأحكام المحاكم الوطنية، مرجع سابق، ص 195.

(3) هفال صديق اسماعيل: التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية مع أحدث احكام هيئة التحكيم الدولية وأحكام المحاكم الوطنية، مرجع سابق، ص 205.

(4) مصلح أحمد طراونة. فاطمة الزهراء محمودي: التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي، نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، الجزء الاول، دار وائل، عمان، الأردن، 2013، ص 181.

اللجوء الى التحكيم الدولي، عند وجود اتفاقية ثنائية او متعددة الاطراف ابرمتها مع الدولة التي ينتمي اليها المستثمر الأجنبي، فضلا عن ذلك فإن المشرع قد فتح المجال امام المستثمر الأجنبي لإدراج شرط التحكيم في عقد الاستثمار المبرم مع الدولة الجزائرية، حتى في حالة عدم ابرام دولته أي اتفاقية استثمار مع الجزائر،⁽¹⁾ وهو ما يعني نزاع اختصاص تسوية المنازعات التي تثار بين الطرفين من القضاء الوطني واسنادها الى التحكيم، وهو اجراء من شأنه أن يزيد من فرص الاستثمارات الأجنبية في الجزائر.⁽²⁾

في سياق متصل نشير الى قضية تحكيمية كانت الجزائر طرفا فيها، حيث استندت هيئات تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في تقرير اختصاصها بنظر نزاع بناء على اتفاقية استثمار ثنائية في قضية بين شركتين ايطاليتين L.E.S.I.SPA وASTALDISPA ضد الجزائر، حيث تقدمت الشركتان بطلب تحكيم الى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من أجل الحكم لها بالتعويض نتيجة اخلال الجزائر بأحكام اتفاقية الاستثمار الثنائية الخاصة بالحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجزائر وايطاليا الموقع عليها في الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي بتاريخ 18-5-1991، وقد أسست الشركتان طلباتها بناء على أحكام المادة 2/8 من هذه الاتفاقية ولم تثر في طلبها لشرط التحكيم، واعتضت الجزائر بعدم اختصاص المركز بالفصل في النزاع مستندة في ذلك الى عدم وجود اتفاق تحكيم مع الطرف المدعي على اختصاص المركز، وبالرغم من ذلك أخذت الهيئة باتفاق التحكيم غير المباشر على اعتبار أن الاتفاق على التحكيم لم يرد في العقد بل تضمنته اتفاقية الاستثمار الثنائية.⁽³⁾

يبدو أن هيئات التحكيم الاختصاص بنظر منازعات الاستثمار بين الدول المضيضة والمستثمر الأجنبي دون أن يستندوا الى اتفاق تحكيم مباشر أو عقد، غير أنهم يستندون على شرط التحكيم الوارد في اتفاقية دولية ثنائية مبرمة بين الدولة المضيضة للاستثمار والمستثمر والتي تعبر عن رضاء الدولة المضيضة باللجوء الى التحكيم. ليصبح بذلك ظاهرة حديثة نسبيا نظرا لما يتمتع به هذا الأسلوب من إيجابيات وتأييد سواء من الناحية العملية أو من جانب اراء الفقهاء، بيد أنه لم تسلم من النقد .

⁽¹⁾ أنظر المادة 24 من قانون الاستثمار رقم 16-09.

⁽²⁾ ملكة أوباية: مرجع سابق، ص 116-117.

⁽³⁾ هفال صديق اسماعيل: التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية مع أحدث أحكام هيئة التحكيم الدولية وأحكام المحاكم الوطنية، مرجع نفسه، ص 218.

1- الاتجاه المؤيد: ذهب جانب من الفقه الفرنسي مؤيدا للتحكيم استنادا الى قوانين الاستثمار او الاتفاقيات الدولية لحماية تشجيع الاستثمار، ومستندا في رأيه الى أن التحكيم يقوم بالضرورة على اتفاقية تحكيمية وهو مبدأ مقبول ومشروع، كما أن له طبيعة تعاقدية غير أن الأمر يختلف في حالة وجود نص قانوني ملزم للتحكيم، فإقرار الدولة المضيفة بالتحكيم الدولي هو اداة لتدعيم سياسة تشجيع الاستثمار وحمايته في شتى المجالات كما يعزز قدرة البلد المضيف على تحسين مستوى الخدمات فيه وهذا يتم عن طريق قانون صريح ينص على ذلك. ثم أنه ليس هناك ما يمنع المستثمر الأجنبي من الاستناد الى تشريعات الداخلية أو الاتفاقيات الدولية من اللجوء الى التحكيم، ويبقى مجرد ان يقع على عاتق المحكمين مهمة تحقق توفر الرضا بين الاطراف والتأكد من صحة اتفاق التحكيم، وقد استند جانب اخر الى نص المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن والتي لا تتطلب شكلا معيناً للموافقة على التحكيم، وفي هذه الحالة فالتراضي موجود وغير معدوم، فالدولة بمجرد توقيعها على اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار تقدم ايجاباً منها وهو الحال عند سنها لقوانين داخلية فإننا نعبر عن رضاها باللجوء الى التحكيم.⁽¹⁾

2- الاتجاه المعارض: لم يلق هذا المسلك قبولا لدى كثير من الفقهاء، مستندين في رأيهم الى أن نظام التحكيم التجاري لا ينهض إلا على رضا الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحل المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهم، فإذا تخلف الاتفاق امتنع الاتجاه الى التحكيم⁽²⁾، كما أن اللجوء اليه لا يجوز إلا بإرادة صريحة من أطراف النزاع الاستثماري من خلال الاتفاق المباشر بينهما وهذا الاتفاق يعتبر وحده مصدر سلطة المحكمين، ثم ان قبول الدولة بالتحكيم الوارد في اتفاقية حماية الاستثمار لا يجعلها ملزمة به بل يقتصر دورها فقط على مجرد فتح الباب الى اللجوء الى التحكيم وفقا لمركزها، حتى وإن أشارت الى مركز تحكيم محدد أو مراكز قانونية يتم الاختيار بينها، فضلا عن ذلك فإن الدولة بقبولها الاتفاقية قدمت ايجاباً

⁽¹⁾ هفال صديق اسماعيل: التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية مع أحدث أحكام هيئة التحكيم الدولية وأحكام المحاكم الوطنية، مرجع سابق: ص 238-239.

⁽²⁾ علي سيد قاسم: شرط التحكيم ومجموعة الشركات، بحث مقدم الى المؤتمر السادس عشر. "التحكيم التجاري الدولي اهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، 28-30 أبريل 2008، ص 80

مسبقا معلقا على شرط وهو قبولها عند التعاقد مع المستثمر الأجنبي اللجوء الى التحكيم، فإن لم يتحقق الشرط انتفى الايجاب وامتنع القول بتمام الاتفاق على التحكيم.⁽¹⁾

ب- توافر الأهلية بين أطراف التحكيم: لا تثير أهلية المستثمر الأجنبي أي اشكال بالنسبة له كشخص طبيعي أو معنوي حيث يلزم لقيام اتفاق التحكيم توافر أهلية التصرف من أجل تطابق الارادتين وترتيب الآثار القانونية تبعا لمضمون العقد⁽²⁾، وقد اشترط المشرع الجزائري أن يكون اتفاق التحكيم صادرا من أشخاص طبيعية تتوفر فيهم الأهلية القانونية لمباشرة التصرفات القانونية⁽³⁾ كما منح المشرع المصري كل شخص طبيعي يتمتع بأهلية التصرف وفقا لأحكام القانون المدني حرية الاتفاق على التحكيم⁽⁴⁾، أما بالنسبة للمستثمر الأجنبي كشخص معنوي فلم تعد تثير اهليته مع الدولة أي صعوبات إذ يشترط أن يكون تابعا لدولة أخرى مستوفي شروط تأسيسه .⁽⁵⁾

إلا أن المسائل القانونية التي يطرحها اتفاق التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي هو أهلية الدولة ومدى قدرتها على ابرام اتفاق التحكيم التجاري الدولي، وقد أثرت هذه المشكلة بسبب وجود تشريعات تحظر على الدولة اللجوء الى التحكيم لتسوية منازعاتها في علاقاتها التجارية الدولية، فقد متمسك الدولة ومن أجل التخلص من التزاماتها تجاه المستثمر بالدفع بأن قانونها الوطني يحظر عليها أو على هيئاتها العامة اللجوء اليه، وقت ابرام الاتفاق وهو ما يجعل الاتفاق باطلا، وأما أن تستند الى أحكام قانونها الوطني الذي تم تعديله بعد الاتفاق على التحكيم، حيث أصبح لا يجيز لجوء الدولة اليه لتسوية منازعات.⁽⁶⁾

⁽¹⁾ هفال صديق اسماعيل: التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية مع أحدث أحكام هيئة التحكيم الدولية وأحكام المحاكم الوطنية، مرجع سابق، ص 232-233.

⁽²⁾ زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 57-58.

⁽³⁾ أنظر المادة 1006 ق ا م ا رقم 08-09.

⁽⁴⁾ نصت المادة 1 من ق م م م على أنه "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه".

⁽⁵⁾ خالد كمال عكاشة: مرجع سابق، ص 103.

⁽⁶⁾ سهيلة قرطبي: مرجع سابق، ص 329.

العمل الدولي اثبت في عدد غير قليل من الحالات لجوء الدولة المضيفة للاستثمار إلى انكار شرط التحكيم، الذي سبق وإن قبلت به، بدعوى عدم جواز اتفاقها على التحكيم وفق قوانينها الداخلية⁽¹⁾، وهو ما اضطر أحكام المحاكم وهيئات التحكيم إلى رفض مثل هكذا قرارات⁽²⁾، وعليه فإن قبول الدولة اللجوء مسبقاً إلى التحكيم يعني أنها لا تستطيع ان تلتزم بقانونها الداخلي لتقضي ببطلانه، فمبدأ استقلال شرط التحكيم في عقود الاستثمار يجعل اتفاق التحكيم في هذا المجال غير خاضع إلا للنظام العام الدولي الذي لا يجوز للدولة التمسك بأحكام قانونها الوطني للتخلص من اتفاق التحكيم الذي أبرمته.⁽³⁾

فضلاً عن ذلك فإنه لا يحق للدولة أن تستر وراء القيود التي تفرضها عليها قوانينها الداخلية في محاولة منها لرفض التحكيم الذي يكون قد سبق لها أن وافقت على اعتماده باعتباره من القواعد المادية التي يفرضها النظام العام الدولي، كما أن اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي لا يمس مبدأ حصانة الدول فهو ليس قضاء دولة ما، وإنما تصدر الأحكام من محكمين لا يمثل أي واحد منهم دولة ما، ولا تصدر أحكامهم باسم أي دولة أو جهة رسمية، وبالتالي فإن الخضوع لهذه الأحكام هو خضوع للعدالة في مفهومها المطلق والمتحرر من سلطان أي دولة عليها⁽⁴⁾، وعلى الرغم من أن الاتجاه الحديث يميل إلى الأخذ بالحصانة المقيدة للدولة، ومفادها عدم استفادة الدولة من حصانتها إلا بصدد أعمالها السيادية دون التصرفات الأخرى المتعلقة بممارسة نشاطاتها التجارية وأعمال الإدارة العادية، فإن ذلك لا يعني انتهاء التمتع بالحصانة كمبدأ عام إذ يظل الأصل هو التمتع بها⁽⁵⁾، وهنا تكمن الخطورة بالنسبة للمستثمر

⁽¹⁾ صلاح سري الدين: التحكيم في العقود الادارية بين الحظر والاجازة مع اشارة خاصة لاحكام القانون المصري واحكام التحكيم التجاري الدولي مجلة التحكيم العربي، المركز اليمني للتوفيق والوساطة والتحكيم، 2003، ص114.

⁽²⁾ في قضية Calakis لسنة 1967، ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى ان محكمة استئناف باريس كان عليها الفصل في مسألة ما اذا كانت القاعدة المصاغة لحكم العقود الداخلية يجب ان تطبق ايضا على العقد الدولي المبرم من اجل احتياجات التجارة، الامر الي اجابت عليه المحكمة العليا بالنفي، اذ قضت بأن الحظر لا يعمل به بصدد العقود الدولية، وهو ما يفيد ان الدولة الفرنسية تلتزم بترتيب كافة الالتزامات المترتبة على شرط التحكيم، دون أن تتذرع بالحظر القائم في قانونها الداخلي، والذي يمنع الدولة من قبول شرط التحكيم في العقود التي تبرمها .

Cass: 2/2/1966, Rev Cir, 1967, P533, Note Goldman.

⁽³⁾ بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، مرجع سابق، ص52.

⁽⁴⁾ لما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص55.

⁽⁵⁾ بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، مرجع سابق، ص22.

الأجنبي وتظهر صعوبة الفصل في المنازعات عندما تتعارض الحصانات القضائية للدولة مع قيام محاكم دول أخرى بحل المنازعات التي تكون الدولة طرف فيها، مما قد يؤدي الى إهدار حقوق المستثمر الأجنبي ومن هنا كان حرص المستثمر على ادراج شرط التحكيم.⁽¹⁾

ج - أن يرد اتفاق التحكيم على نزاع قابل للتسوية بطريق التحكيم: من الضروري توضيح أن اتفاق التحكيم يرد على محل وهذا المحل هو النزاع الحالي أو المستقبلي بين الأطراف، لذا يشترط ان يكون محمدا لا يشوبه الغموض بحيث يحدد شرط التحكيم كافة المنازعات التي يمكن أن يشملها هذا الاتفاق⁽²⁾، وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري فلا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الاشخاص أو أهليتهم⁽³⁾ فالمشرع الجزائري قد اعتمد الحل الكلاسيكي السائد في معظم التشريعات والتي تخرج بعض المسائل من نظام التحكيم باعتبارها تتعلق بالنظام العام، إلا أن فكرة النظام العام وكما هو معروف تعتبر فكرة مرنة ليس لها ضابط محدد، فهي فكرة معيارية نسبية تختلف من دولة إلى أخرى، بل من زمن الى زمن داخل الدولة الواحدة، فكل دولة لها الحرية التامة وفقا لسياستها الاقتصادية والاجتماعية أن تحدد المسائل التي يمكن حلها عن طريق التحكيم.

أشادت اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها 1958 على ضرورة تحديد محل النزاع القابل للتسوية عن طريق التحكيم، حيث أجازت لكل دولة متعاقدة عند التوقيع أو الموافقة أو التصديق على الاتفاقية او في تاريخ لاحق أن تخطر المركز بالنزاع أو النزاعات التي ترى بإمكانية خضوعها أو عدم خضوعها لاختصاص المركز⁽⁴⁾ فضلا عن ذلك فقد اكدت الاتفاقية على أن تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلزم بمقتضاه الاطراف بأن يخضعوا للتحكيم في كل او بعض النزاعات التي نشأت أو يمكن ان تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية معينة، سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية، متى تعلقت بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم⁽⁵⁾، فهذه الاتفاقية ربطت التزام الدول

(1) حفيظة السيد حداد: العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 259..

(2) هاني محمد كامل المنابلي: مرجع سابق، ص 192.

(3) أنظر المادة 1006 من ق ا م ا رقم 08-09.

(4) أنظر المادة 4/25 من اتفاقية نيويورك 1958.

(5) أنظر المادة 2 من اتفاقية نيويورك 1958..

بالاعتراف باتفاقات التحكيم بقبول التسوية عن طريق التحكيم دون أن تضع قواعد مادية أو موضوعية تلتزم بها كل الأعضاء.⁽¹⁾

د - أن يرد اتفاق التحكيم على سبب مشروع: يجد اتفاق التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي سببه في اتفاق الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي على استبعاد طرح النزاع على الجهات القضائية وتفويض صلاحية الفصل في النزاع على هيئة التحكيم، فالسبب بصفة عامة اذا مشروع ولا يمكن تخيل عدم مشروعيته أو مخالفته للنظام العام أو الاداب العامة، إلا اذا أثبت ان الهدف من اتفاق التحكيم هو التهرب⁽²⁾ من تطبيق أحكام القانون الذي كان يتعين تطبيقه على النزاع وهذا نظرا لما يتضمنه القانون من قيود والتزامات يراد التحلل منها.⁽³⁾

ثانيا - الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم: أولت التشريعات الداخلية أهمية بالغة لاستيفاء شرط التحكيم للشروط الشكلية متأثرة بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن الأمم المتحدة، كما اهتمت على الصعيد الدولي الاتفاقيات الدولية التي ابرمت وتناولت بالتنظيم شروط صحة ابرام اتفاق التحكيم على ضرورة استيفاء الشكل الكتابي خاصة وأن الكتابة تهدف الى تأمين الأطراف في ظل المبالغ المالية الكبيرة محل عقود الاستثمارات الدولية، كما أنها تجنب مشاق الاثبات والشكوك التي تثار،

⁽¹⁾ لزهري بن سعيد: مرجع سابق، ص 63.

⁽²⁾ قضت محكمة استئناف الفرنسية -الغرفة التجارية- بتاريخ 30-10-1989 في قضية بين شركة فرنسية C.S.E.E ضد البنك الوطني لباريس BNP والقرض الشعبي الجزائري C.P.A، وتعود حيينات القضية الى ابرام الشركة الفرنسية عقدا مع ولايتي الجزائر العاصمة وولاية البويرة من اجل انشاء ثانويتين وسكنات وظيفية، وتم التوقيع على الاتفاق بين البنكين B.N.P، وC.P.A، بحيث تلتزم الشركة C.S.E.E بايداع المبلغ المتفق عليه في البنك الفرنسي يدفع للبنك الجزائري، في حالة عدم وفائها بالتزاماتها، ولما أخلت الشركة الفرنسية بالتزاماتها وتخوفا من استلام البنك الجزائري لمبلغ الضمان سعت الى رفع دعوى استعجالية لوقف تحويل الاموال، كما اعترضت على اختصاص القضاء الفرنسي في التصدي لموضوع النزاع على اساس اخطار هيئة تحكيمية بالنزاع بين الطرفين. رفض القضاء الاستعجالي الطلب، وتم الاستئناف امام محكمة الاستئناف الفرنسية، حيث قضت هذه الاخيرة برفض الاستئناف واعتبرت القضاء الفرنسي مختص بنظر النزاع على اساس ان هيئة التحكيمية غير مختصة لعدم وجود اتفاق تحكيم مسبق بين الطرفين وان الهدف من هذا الاخطار ما هو الا غش وتهرب من من القانون الواجب التطبيق نظرا لما يترتب عليه من التزامات. محمد عيساوي: مرجع سابق، ص 32، نقلا عن:

C.S.E.E/B.N.P et Credit populqire d Algerie, Rev. Arb, n03, 1990, juillet-septembre, pp 629-632.

⁽³⁾ لزهري بن سعيد: المرجع نفسه، ص 64.

فضلا عن ذلك فإنها توفر على الهيئة التحكيمية مشقة البحث عن وجود الاتفاق قبل الفصل في الخصومة الناشئة عن النزاع.⁽¹⁾

أ- موقف التشريعات الوطنية من كتابة اتفاق التحكيم: إشتراط المشرع الجزائري الكتابة كشرط لصحة العقد وإلا كان باطلا ويستوي في ذلك ان ترد كتابة شرط التحكيم في العقد الاصيلي او في الوثيقة التي يستند اليها⁽²⁾، كما نصت المادة 1012 من ق ا م ا على أن " يحصل الاتفاق على التحكيم كتابة " البين من هذا النص أن المشرع يعتبر الكتابة شرطا لوجود اتفاق التحكيم، وليس شرطا لإثباته، حيث يمكن اثباته بمحضر يوقعه المحكم وأطرافه، وهذا بالنسبة للتحكيم الداخلي، أما بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي فقد اشتراط المشرع أن يبرم اتفاق التحكيم كتابة أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الاثبات بالكتابة، وتتحقق الكتابة اذا ورد شرط التحكيم في رسائل أو برقيات متبادلة بين الطرفين، ويمتد ذلك الى كل وسائل الاتصال المكتوبة والالكترونية،⁽³⁾ حيث نصت المادة 1040 من ذات القانون على أنه " يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن ترم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الاثبات بالكتابة". فهذا النص يفسح المجال لكل وسائل الاتصال للاثبات.

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد اشتراط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا اعتبر باطلا، حيث نصت المادة 12 من ق ت م م ت م على أنه " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا" .

ب - موقف الاتفاقيات الدولية من كتابة اتفاق التحكيم: نظرا لخطورة الاثار التي تترتب على اتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار ومن أهمها سلب اختصاص قضاء الدولة بنظر تلك المنازعات، وإعطاء الاختصاص بنظرها لهيئة التحكيم، كان لا بد من التأكد من وجود اتفاق التحكيم، لذلك اتجه الرأي في ظل بروتوكول جنيف لعامي 1923 و 1927 إلى عدم تنظيم المسألة دوليا والاكتفاء بالإحالة إلى التشريعات الوطنية على أن تقوم كل دولة بتحديد الضمانات التي تقتضيها للتأكد من وجود اتفاق التحكيم، إلا أن الواقع العملي قد أظهر نوع من التضارب نتيجة لاختلاف مواقف الدول، الأمر الذي أدى إلى عدم الاستقرار وهو ما دفع اتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية 1958 إلى الاتجاه

⁽¹⁾ هاني محمد كامل المنابلي: مرجع سابق، ص 218.

⁽²⁾ أنظر المادة 1008 من ق ا م ا رقم 08-09.

⁽³⁾ زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 68.

لتبني موقف موحد المضمون من شأنه القضاء على التباين ويؤدي في نفس الوقت إلى التحقق من وجود اتفاق التحكيم في ضوء ضوابط منضبطة وعمامة التطبيق في مختلف الدول الأعضاء⁽¹⁾، غير أن الفقهاء اختلفوا في تفسير نص الاتفاقية، واعتبر الاتجاه الأول أن شرط الكتابة المذكور في الاتفاقية هو شرط لصحة الاتفاق ويترتب على غيابه بطلان اتفاق التحكيم⁽²⁾، في حين ذهب الاتجاه الثاني إلى أن الكتابة تعد من وسائل الإثبات، وغيابها لا يؤدي بالضرورة إلى بطلان اتفاق التحكيم.⁽³⁾ أما اتفاقية واشنطن 1965، فقد نصت المادة 25 منها على أن "أي نزاع يتم عرضه على المركز لا بد أن يكون مكتوباً".

لكن حالياً ومع تطور وسائل الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات فقد أضحت الشبكة العنكبوتية الطريق الأسرع لنقل المعلومات، ولقد نال المجال القانوني حظ وافر من الثورة المعلوماتية، ليتم استبدال العقود والاتفاقيات القانونية من الشكل الكتابي إلى الشكل الإلكتروني، الأمر الذي يتيح الإمكانية في مجال التحكيم التجاري الإلكتروني ليتم إبرام اتفاق التحكيم إلكترونياً فهو اتفاق ملزم حتى ولو لم يكن موقع من الأطراف، وقد يرغب الأطراف في التوقيع باستخدام التوقيع الإلكتروني الذي صدرت بشأنه قوانين تنظم استخدامه في المراسلات الإلكترونية.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ غسان علي علي: مرجع سابق، ص 353.

⁽²⁾ إبراهيم أحمد إبراهيم: مرجع سابق، ص 80.

⁽³⁾ Goldman .B: Covention d'arbitrage formation, objet, arbitralité JU-CL-DT-inter, fasc586-4, Paris 1989, p12.

⁽⁴⁾ هاني محمد كامل المنابلي: مرجع سابق، ص 252.

المبحث الثاني

آثار اتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

يعتبر اتفاق التحكيم صحيحا متى توافرت أكانه والشروط التي يتطلبها القانون لإبرام التصرفات القانونية، ويتحقق هذه الأركان والشروط تترتب آثار قانونية مهمة حيث يجب قضاء الدولة عن الفصل في موضوع النزاع بين الطرفين ويخول سلطة الفصل الى المحكمين، كما يترتب آثار موضوعية تتمثل في اكتساب اتفاق التحكيم قوة ملزمة توجب عرض النزاع على التحكيم، ولا يملك أحد أطراف الاتفاق التخلي عنه أو تعطيله بإرادته المنفردة، إلى جانب ترتيب أثر آخر وهو مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن عقد الاستثمار، فضلا عن ذلك يترتب الاتفاق على التحكيم آثار إجرائية أخرى تتمثل في امتناع محاكم الدولة من نظر أي نزاع يوجد بشأنه اتفاق التحكيم وهو ما يعرف بالآثار المانع، اما الاجراء الثاني فهو مبدأ الاختصاص بالاختصاص. وفي ما يلي سنتعرض الى هذه الآثار وفق مايلي:

المطلب الأول: الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

المطلب الثاني: الآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

المطلب الأول: الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

نظرا للدور الذي يلعبه التحكيم في حسم منازعات الاستثمار، وما تتميز به هذه العقود من خصوصية تتعلق بالمصالح الحيوية للدولة المضيفة للاستثمار، فإنه من المهم أن تتوافر عملية التحكيم على مبادئ قانونية تعتبر ضرورية للوصول الى تحقيق فعاليته، وتتمثل هذه المبادئ في مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، ومبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن عقد الاستثمار.

الفرع الأول: القوة الملزمة لاتفاق التحكيم.

الفرع الثاني: استقلال اتفاق التحكيم عن عقد الاستثمار.

الفرع الأول: القوة الملزمة لإتفاق التحكيم.

سيكون الحديث في هذا الفرع حول تكريس مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم يليه الحديث حول عدم تأثير التحكيم بالإجراءات التعطيلية من جانب أحد الطرفين ونطاق القوة الملزمة واتفاق التحكيم، وفق مايلي:

أولاً- تكريس مبدأ القوة الملزمة لإتفاق التحكيم: تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فإن اتفاق التحكيم بإعتباره وليد ارادة طرفيه ويوصفه من العقود الملزمة للجانبين، فهو يخضع لمبدأ القوة الملزمة للعقود نظراً لما يترتب على عاتق أطراف النزاع من الالتزام بتحقيق نتيجة معينة، وهي ضرورة عرض النزاع على التحكيم واتخاذ الاجراءات اللازمة تمهيدا لعرضه على الهيئة التحكيمية،⁽¹⁾ بمعنى آخر أنه قد لا يبدي أحد أطراف التحكيم رغبته في التراجع عن اتفاق التحكيم، وإنما يعتمد الى اتخاذ موقف سلبي من الاجراءات بغرض عرقلة عملية التحكيم والحد من فعاليتها⁽²⁾، فإذا خالف أحد الأطراف ذلك يكون قد أحل بمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية.⁽³⁾

ترتبطاً على هذا المبدأ فقد أقرت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم الالتزام الواقع على الأطراف بعرض النزاع على التحكيم المتفق عليه، حيث تبنى بروتوكول جنيف لعام 1923 بشأن شروط التحكيم هذا الحل بتأكيد له ضمناً بموجب المادة 1 منه، أيضاً ما ذهب اليه معاهدة نيويورك لعام 1958 والمتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في المادة 2/1 على أنه: " تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بان يخضعوا لتحكيم كل او بعض المنازعات الناشئة أو التي تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم".⁽⁴⁾

أما بالنسبة لاتفاقية واشنطن لعام 1965 فقد كرست هذا المبدأ في المادة 25 منها، بنصها على أنه "إذا إتفق طرفي النزاع كتابة على إحالة أي خلافات قانونية تنشأ مباشرة عن استثمار بين دولة متعاقدة وبين

(1) محمد علي بني مقداد: مرجع سابق، ص 235.

(2) بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 411.

(3) زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 70.

(4) حفيفة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 216.

مواطن من دولة أخرى متعاقدة، الى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بطريق التحكيم أو بأي طريق آخر، فإنه لا يحق لأي من الطرفين أن يسحب هذه الموافقة دون قبول من الطرف الآخر، وعلى ذلك فإن إتفاق التحكيم الذي أبرم صحيحا يلزم طرفيه ولا يجوز لهما الانسحاب منه انفراديا إلا باتفاقهما معا وإنهاء إجراءات التحكيم قبل صدور الحكم.

بمعنى أن اتفاق أطراف عقد الاستثمار صراحة على انعقاد الاختصاص لهيئة تحكيم يتم تشكيلها وفقا لقواعد نظام التحكيم بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، ولا يحق لأي من الأطراف التراجع عن هذا القبول بالانسحاب من الاجراءات التي تتخذ أمام هيئة التحكيم، فمجرد القبول يعني أن الاجراءات لا تنتهي الا بطريقتين: اما بصدور حكم حاسم للنزاع ومنهي للخصومة، أو بالاتفاق بين الأطراف على انهاء الاجراءات قبل صدور الحكم.⁽¹⁾

ثانيا: عدم تأثر التحكيم بالإجراءات التعطيلية من جانب أحد الطرفين.

قد لا يبدي أحد أطراف التحكيم رغبته في التراجع عن اتفاق التحكيم، وإنما يعتمد الى اتخاذ موقف سلمي بغرض عرقلة السير الحسن للعملية التحكيمية والحد من فاعليتها، كأن يمتنع عن المشاركة في اجراءات التحكيم كتعيين المحكم أو الامتناع عن المساهمة في تعيين رئيس هيئة التحكيم أو لا يقوم بتقديم دفاعه ومستنداته⁽²⁾، فلا يستطيع أحد طرفي النزاع التنصل بإرادته المنفردة بأن ينقض أو يعدل اتفاق التحكيم، وأن سعى الى ذلك جاز للطرف المتضرر اجباره على تنفيذ التزامه⁽³⁾، وتأسيسا على ذلك فقد أقرت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح التحكيم العديد من الاجراءات لمواجهة امتناع أحد اطراف النزاع عن تعيين محكمه وكذا الاستمرار في الاجراءات بالرغم من غياب أحد الأطراف، وهو ما سنتناوله على النحو التالي:

(1) صلاح الدين جمال الدين. محمود مصيلحي: الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004، ص8.

(2) حفيفة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع نفسه، ص220.

(3) يتم التنفيذ العيني الجبري لاتفاق التحكيم من خلال استخدام اليات تهدف الى قهر مقاومة الطرف الذي يحاول عرقلة سير العملية التحكيمية، بعد أن قبل الاتفاق على التحكيم، كما أن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو الذي يختص بتحديد مفهوم القوة الملزمة لاتفاق التحكيم وجزاء الاخلال بها، وتحديد كيفية تنفيذه، وقد استقر الفقه على ان التنفيذ العيني هو الوسيلة الوحيدة المقبولة في هذا الشأن عن طريق اللجوء الى القضاء لاجباره على ذلك عن طريق الحكم له بالتعويض. أحمد عبد الكريم: نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 245-248.

أ - الالتزام بتعيين المحكمين: يقصد بذلك ملاحظة أحد الأطراف في اختيار محكمه أو عدم قيامه بذلك بهدف اعاقا إجراءات التحكيم⁽¹⁾، وتذهب غالبية التشريعات الوطنية بشكل أو بآخر الى وضع حلول تتفادى عرقلة سير إجراءات التحكيم، فقد حرص المشرع الجزائري على تأكيد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم فيما يتعلق بتعيين المحكمين، فعالج هذه المسألة من خلال ما تضمنته المادة 1041 ق. ا.م. ا في فقرتها الثانية بنصها على أنه " في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزاهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بمايلي:

- رفع الأمر الى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها، اذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

- رفع الأمر الى رئيس محكمة الجزائر، اذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الاجراءات المعمول بها في الجزائر. " البين من النص أن المشرع الجزائري قد كفل حماية للطرف المتضرر في حالة غياب تعيين المحكم.

كما أشار المشرع المصري الى الاجراءات الواجب اتباعها في حالة اهدار قيمة اتفاق التحكيم نتيجة التهرب من الاجراءات أو عرقلة تشكيل هيئة التحكيم⁽²⁾، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فإن امتناع أحد الأطراف عن تعيين المحكم لا يؤدي الى اعاقا السير في اجراءات التحكيم، اذ تقرر المادة 1493 من ق.ا.م.ف⁽³⁾ على أنه لرئيس المحكمة الجزئية في باريس أن يقوم بتعيين المحكم بدلا من الطرف الممتنع عن

(1) ابراهيم أحمد ابراهيم: مرجع سابق، ص 149.

(2) نصت المادة 17 من قانون التحكيم المصري أنه اذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد يعود الاختصاص الى محكمة استئناف القاهرة، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، اما اذا كانت مشكلة من 3 محكمين اختار كل طرفا محكما ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث، فإذا لم يعين احد الطرفين محكمه خلال ثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك، اوفي حالة عدم الاتفاق على اختيار المحكم الثالث خلال 30 يوما، تولت المحكمة المشار اليها في المادة 9 من هذا القانون اختياره بناء على طلب احد الطرفين، وتكون له رئاسة هيئة التحكيم، وقد جعل المشرع المصري القرار الذي تصدره المحكمة في هذه المسائل قرار نهائيا غير قابل للطعن فيه باي طريق. لزهري بن سعيد: مرجع سابق، ص 72.

(3) Art 1493 du code de procedure civile " Directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, la convention d'arbitrage peut désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation.

Si pour les arbitrages se déroulant en France ou pour ceux à l'égard desquels les parties ont prévu l'application de la loi de procédure française, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté, la partie la plus diligente peut, sauf clause contraire, saisir le président du tribunal de grande instance de Paris selon les modalités de l'article 1457."

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006412694&cidTexte>

تعيينه، كما أن الامتناع اللاحق على تشكيل محكمة التحكيم أو أي عقبة تحول دون اتمامه لا يؤدي الى تعطيل السير في اجراءات التحكيم.⁽¹⁾

على الصعيد الدولي عمدت اتفاقية واشنطن 1965 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار في المادة 38 منها الى وضع آلية لمواجهة عدم تعيين هيئة التحكيم خلال المدة المحددة، وأشارت الى أن يتولى رئيس البنك الدولي للإنشاء والتعمير تعيين المحكمين بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة في التعجيل وبعد التشاور مع الأطراف بقدر الامكان، وذلك اذا لم تشكل المحكمة خلال تسعين يوماً التالية للإخطار بتسجيل الطلب والمرسل من السكرتير العام للمركز للأطراف أو خلال أي مدة يتفق عليها الطرفان⁽²⁾، اما غرفة التجارة الدولية بباريس فإن المحكمة تتولى تعيين محكم منفرد، في حالة عدم اتفاق الاطراف على تعيين عدد المحكمين، الا اذا تبين أن الخلاف يستدعي تعيين ثلاث محكمين، حينئذ يتولى المدعى عليه تعيين محكمه خلال 15 يوم من تسلم الاخطار، أما اذا اتفق الطرفان على أن يسوى الخلاف عن طريق محكم منفرد فيجوز لهم تعيينه، فإذا لم يتفقوا على ذلك خلال 30 يوماً من تاريخ استلام الاخطار تتولى المحكمة تعيين المحكم المنفرد، أما في حالة الاتفاق على تعيين ثلاث محكمين فإن كل طرف يقوم بتعيين محكم، وفي حالة الامتناع تقوم المحكمة بالتعيين.⁽³⁾

تم تطبيق هذا المبدأ في قضية هضبة الأهرام المعروضة على هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية، وإزاء امتناع مصر عن اختيار المحكم لم يؤدي ذلك الى اعاقا السير في اجراءات التحكيم، بل تم اختيار المحكم بواسطة محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية بتدخل من اللجنة الوطنية المتواجدة على مستوى غرفة التجارة المصرية.⁽⁴⁾

ب - عدم تأثر التحكيم بغياب أحد الأطراف: قد يلجأ المستثمر الأجنبي أو الدولة المضيفة للاستثمار وعلى الرغم من قبولهم اختصاص هيئة التحكيم الى عدم حضور الاجراءات، بهدف الحد من فاعلية التحكيم من خلال تعطيل الفصل في النزاع والتأثير على أهم سمة في التحكيم وهي سرعة الفصل في

⁽¹⁾ حفيظة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، 2007، ص 222.

⁽²⁾ بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 412.

⁽³⁾ انظر المادة 8 من نظام غرفة التجارة الدولية www.iccarbitration.org

⁽⁴⁾ ابراهيم أحمد ابراهيم: مرجع سابق، ص 149-150.

المنازعات، لذلك فقد اتجهت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح التحكيم لضمان فعالية التحكيم، الى عدم السماح بغياب أحد اطراف النزاع بالتأثير على الاجراءات دون ان يكون لغياب الطرف الممتنع عن الحضور أي أثر على فعالية التحكيم من خلال الاقرار بإستمرارته⁽¹⁾، وقد أشار المشرع المصري أن تخلف أحد الطرفين عن حضور احدى الجلسات أو في حالة عدم تقييم المستندات المطلوبة منه، فإن لهيئة التحكيم الاستمرار في الاجراءات واصدار الحكم في النزاع المطروح استنادا الى عناصر الاثبات المتاحة امامها⁽²⁾، كما حرصت اتفاقية واشنطن لعام 1965 على تقنين هذا المبدأ من أجل ضمان فعالية شرط التحكيم، حيث اعتبرت أن تغيب أحد الطرفين أو امتناع أحدهما عن تقديم أوجه دفاعه لا يعتبر تسليمًا منه بادعاءات الطرف الآخر، كما اضافت الاتفاقية أن عدم حضور أحد الطرفين مع عدم ابداء الدفاع في أي مرحلة من مراحل الاجراءات، فإنه يجوز للطرف الآخر أن يطلب من المحكمة أن تفصل في المسائل المطروحة عليها وأن تصدر حكماً بعد اخطار الطرف الذي لم يحضر أو لم ييدي دفاعه⁽³⁾، كما أكد نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية على مبدأ استمرارية اجراءات التحكيم، على الرغم من امتناع أحد الأطراف عن الحضور للإجراءات.⁽⁴⁾

من امثلة القضايا التي التزمت بهذا المبدأ قضية letco ضد الحكومة الليبيرية، اين تبين لمركز التحكيم انه على الرغم من قيام الحكومة الليبيرية بالاشتراك في تعيين المحكمين، الا انها تخلفت عن حضور جلسات التحكيم على الرغم من اعدارها بذلك، الامر الذي دفع بهيئة التحكيم الى الاستمرار في الاجراءات دون تجميدها.⁽⁵⁾

على الرغم من وجود الأليات المتقدمة، فإن محكمة التحكيم قد لا يمكن تشكيلها، إما لأسباب تتعلق بالعيوب التي لحقت باتفاق التحكيم ذاته أو بسبب المصاعب والعراقيل التي يضعها القانون أو الجهات القضائية في دولة مقر التحكيم المختارة من قبل الأطراف، ولمواجهة هذا الاحتمال، فإن بعض القوانين

⁽¹⁾ بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 414.

⁽²⁾ أنظر المادة 25 من ق ت م م م رقم 27-94.

⁽³⁾ أنظر المادة 45 من اتفاقية واشنطن 1965 .

⁽⁴⁾ نصت المادة 3/6 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية على انه "اذا رفض أحد الأطراف أو امتنع عن المشاركة في التحكيم أو في أية مرحلة من مراحل، فيعقد التحكيم بالرغم من هذا الرفض أو هذا الامتناع."

⁽⁵⁾ بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية

والتشريعات الوطنية، مرجع سابق، ص 106، نقلاً عن I.L.M, Vol26, 1987, pp 647.658.

قررت بسبب عدم القدرة على توقيع الجزاء على الطرف الذي خالف الالتزام الوارد في اتفاق التحكيم الالتجاء الى القضاء الوطني .⁽¹⁾

ثالثا- نطاق القوة الملزمة لاتفاق التحكيم: يستمد المحكم ولايته بالفصل في منازعات الاستثمار من الاتفاق المبرم بين أطراف النزاع، واتفاق التحكيم شأنه في ذلك شأن أي عقد يخضع الى مبدأ نسبية الاثار المتولدة عن العقد من حيث الأطراف ومن حيث الموضوع، فلا يمكن الاحتجاج به على من لم يكن طرفا فيه، ولا يمكن أيضا للغير أن يتمسك به في مواجهة من هم أطراف فيه، وهو ما يطلق عليه بأثر اتفاق التحكيم من حيث الأطراف، كما لا يمتد أثره الى غير ذلك من المسائل التي لا يشملها الاتفاق، وهو ما يعبر عنه بمبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم من حيث الموضوع، ونظرا لأهمية كل من المبدأين، ونتيجة للتطورات الحديثة على صعيد أحكام التحكيم سنتعرض لكلا المبدأين على النحو التالي:

أ - نطاق القوة الملزمة لاتفاق التحكيم من حيث الأطراف: تفيد المبادئ العامة في نظرية العقد أن العقد لا يقيد الا أطرافه، ولا ينتج التزامات أو حقوق إلا في مواجهتهم، دون أن يسري الى غيرهم، فمبدأ نسبية الاتفاقات يؤدي الى القول بأن آثار اتفاق التحكيم لا تمتد الى أشخاص لم يوقعوا على الاتفاق سواء بأنفسهم أو عن طريق ممثل لهم⁽²⁾، بيذا أنه اذا كان اتفاق التحكيم لا يطال أثره بوجه عام الا أطرافه، الا أنه من المقبول انتقال هذا الأثر الى غير من الخلف العام أو الخلف الخاص.⁽³⁾ وقد طرح الاشكال في قضايا الاستثمار الأجنبي بوجه خاص حول ما اذا كان اتفاق التحكيم الذي تبرمه احدى الشركات المتفرعة من الشركة الأم أو من مجموعة الشركات المتعددة الجنسيات يسري أو يمتد أثره الى الشركة

⁽¹⁾ كرس هذا الاتجاه القانون الدولي الخاص السويسري بموجب المادة 7 منه والتي اعترفت للمحاكم السويسرية بالاختصاص على الرغم من وجود اتفاق على التحكيم اذا ثبت أن محكمة التحكيم لا يمكن تشكيلها لأسباب ترجع الى المدعى عليه في التحكيم على نحو واضح. حفيظة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 226.

⁽²⁾ زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 74.

⁽³⁾ الخلف العام: هو ورثته بمعنى هم كل من يخلف غيره في ذمته المالية كلها او بحصة شائعة، وفي مجال عقود الاستثمار في حالة اندماج شركتين، فالشركة الدامجة تحل محل محل الشركة المندمجة في الحقوق والالتزامات بما في ذلك ما يرتبه اتفاق التحكيم . محمد علي بني مقداد: مرجع سابق، ص 240.

الخلف الخاص: هو من يخلف غيره في شيء معين، أو في جزء شائع من هذا الشيء، ومن حيث الاصل ان الحقوق والالتزامات التي تنشأ عن عقد السلف لا تتعداه الى الخلف الخاص، غير انه في بعض الحالات تقتضي العدالة انصراف الالتزامات الشخصية عن عقد السلف على خلفه الخاص، فينصرف اثر العقد الذي ابرمه طرفا اتفاق التحكيم الى الخلف الخاص ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك . محمد علي بني مقداد: مرجع سابق، ص 242. أحمد عبد الكريم سلامة: نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 450.

الأم أو الرئيسية، أو على فروع شركات المجموعة التي تتمتع كل منها بشخصية قانونية مستقلة، ولكنها لم تكن طرف في الاتفاق.⁽¹⁾

الأصل أن لا تلتزم أية شركة من الشركات المكونة لمجموعة الشركات باتفاق التحكيم الوارد في العقد الذي أبرمته إحدى هذه الشركات، فالشركة الموقعة على العقد هي وحدها الملتزمة باتفاق التحكيم وهذا الحل يمليه من ناحية مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم، ويمليه أيضا تمتع كل شركة من الشركات بشخصية قانونية مستقلة⁽²⁾، فالمعيار الذي يفصل بين الطرفين هم معيار مادي يتمثل في التوقيع على العقد باعتباره الوسيلة التي لا تثير أي شك أو غموض في طريقة التعبير عن الإرادة والرضا باتفاق التحكيم.⁽³⁾

إلا أن الاتجاهات الحديثة للتحكيم عمدت في العديد من أحكام التحكيم⁽⁴⁾ وتحقيقا لفاعلية اتفاق التحكيم إلى الإقرار بامتداد اتفاق التحكيم ليشمل الشركة الأم وفروعها المؤسسة لمشروع معين، إذا أبرم أحد الفروع عقد تضمن شرط التحكيم على الرغم من تمتعه بشخصية قانونية مستقلة، وعلى الرغم من عدم توقيع الشركة الأم عليه، وذلك متى تبين للهيئة التحكيمية أن الشركة المتعاقدة والتي نشأت كفرع من مجموعة شركات متعددة الجنسيات لم تنشأ إلا بشكل صوري لتسيير تنفيذ الاستثمار في الدولة المضيفة، وأن المتعاقد الحقيقي هو الشركة الرئيسية أو شركة أخرى من المجموعة لم توقع على الاتفاق⁽⁵⁾، أساس ذلك هو عدم التوقف عند مجرد فكرة التوقيع المادي على العقد، والارتكاز على معيار اقتصادي إذا كانت

⁽¹⁾ بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، مرجع سابق، ص 115.

⁽²⁾ لا بد من الإشارة إلى أن مبدأ امتداد أثر اتفاق التحكيم في مواجهة الغير أي الأشخاص التي لم توقع على العقد، لا محل لاثارته إلا إذا كان هذا الغير يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الطرف الذي وقع العقد، ففي هذا الفرض تنور فكرة الأثر النسبي لاتفاق التحكيم، ما إذا كان الغير الذي لم يوقع على اتفاق التحكيم لا يتمتع بشخصية قانونية، كأن يكون مجرد فرع للشركة التي قبلت التحكيم، فإنه لا مجال للحدوث عن امتداد الأثر النسبي لاتفاق التحكيم. حفيفة السيد حداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 137.

⁽³⁾ André Chapelle: L'arbitrage et les tiers: le droit des personnes morales "Groupe de sociétés intervention d'Etats" journée du comité français de l'arbitrage, 1988, p 475.

⁽⁴⁾ ذهبت محكمة التحكيم في القضية رقم 5103 لسنة 1988 والصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس، إلى امتداد أثر اتفاق التحكيم إذا ثبت أنه لحظة إبرام العقد وتنفيذه، وإعادة المفاوضات بشأن العلاقات التعاقدية أن المشروعات المدعى عليها قد ظهرت، وفقا للإرادة المشتركة لكل الأطراف في الإجراءات، وكأنها أطراف في العملية: C.C.I, 5103, 1988, Clunet 1988, p1206.obs

G/Aguilar Alvarez

⁽⁵⁾ بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، المرجع نفسه، ص 116.

الظروف تسمح بذلك، أي الابتعاد عن الموقف التقليدي والتحرر منه، وبالتالي السماح لاتفاق التحكيم بأن يرتب آثاره في مواجهة الغير الذي لم يكن موقعا على هذا الاتفاق، وهذا بالنظر الى الظروف الاقتصادية المتصلة بالغير، فقد يحدث وأن تقوم الشركة الأم أو شركة أخرى غير الشركة الموقعة بالمساهمة بشكل رئيسي سواء في تنفيذ العقد أو عدم تنفيذه، وبالتالي فإن الطرف الموقع على العقد ليس الطرف الفعلي، وهو ما يدعو الى ضرورة عدم التوقف عند المعيار المادي، وتغليب فكرة الوحدة الاقتصادية التي توجد وراء فكرة مجموعة الشركات على اعتبار التعدد القانوني للوحدات المكونة لهذه المجموعة.⁽¹⁾

الواقع أن هذا الاتجاه المتحرر بشأن التقييد من نسبة آثار اتفاق التحكيم، هو تفسير يمنح المحكمين سلطة تقديرية واسعة في تقدير الوقائع المعروضة عليهم، كما أنه يعبر عن الرغبة في جلب الاختصاص للمحكم ومعبرا بذلك عن الميل الدائم للمحكمين، وهو ما دفع جانب من الفقه الغربي وفي مقدمتهم الفقيه الفرنسي Vasseur، الى وصف هذه النزعة بالاستحواذ التحكيمي، ولعله كان من الأفضل بدلا من الارتكاز على تفسير ارادة الاطراف في اللجوء الى استخدام قاعدة قانونية قاطعة وصریحة، تتضمن في ثناياها من حيث مد اتفاق التحكيم للاحتجاج به في مواجهة الغير الذي لم يوقع عليه، سواء كانت هذه القاعدة مستمدة من نظرية الظاهر أو فكرة اتحاد الذمة، أو تدخل الشركة الأم في عمل الشركة الفرع.⁽²⁾

ب - نطاق القوة الملزمة لاتفاق التحكيم من حيث الموضوع: يقوم التحكيم على أساس ارادة الأطراف واتفاقهم، وبالتالي فإن المحكم أو الهيئة التحكيمية لا يمكن لها أن تفصل الا في المسائل التي اتفق عليها الأطراف على أن يتم حسمها بهذا الطريق، فإذا ورد اتفاق التحكيم على المنازعات الخاصة لتفسير عقد معين فلا تمتد سلطات هيئة التحكيم الى المنازعات المتصلة لتنفيذه، إذ لا يفترض امتداد اتفاق التحكيم الى مسائل لم يقصدها المحتكمون.⁽³⁾

فمن الناحية العملية تحدد الأطراف صراحة اتفاقهم على عدم اخضاع بعض المسائل للتحكيم، فعلى سبيل المثال قد يتفق الأطراف عادة على العهدة الى قضاء الدولة بالفصل في الاجراءات الوقتية والتحفظية

⁽¹⁾ حفیظة السيد حداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 138. 139.

⁽²⁾ مرجع نفسه، ص 136، نقلا عن:

Fouchard Philippe: Arbitrage commercial international, J.C.I.D.R. Inter /2,1er cahier, 1989 Fasc 585.

⁽³⁾ لزهري بن سعيد: مرجع سابق، ص 76.

على الرغم من اتفاقهم على التحكيم للفصل في الموضوع، ولعله من المناسب أن تحدوا طبيعة المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم، وأن تبين هذه المسائل بشكل تفصيلي مع عدم اغفال أي شكل من الأشكال المختلفة المحتمل نشؤها، لأنه قد يحدث الاغفال عادة بعدم الإشارة الى المنازعات المتعلقة بصحة العقد، ففي كثير من الأحيان، وفي ظل الحماس السائد أثناء إبرام العقد المنصوص فيه على شرط التحكيم، تكتفي الأطراف بأن تخضع للتحكيم المنازعات المتعلقة بتفسير العقد وتنفيذه. (1)

غير أنه في مجال التحكيم التجاري الدولي يبدو الأمر على خلاف ذلك، فالحرص على زيادة فاعلية اتفاق التحكيم قد دعى الى الخروج على تلك المبادئ أين أضحى مقبولاً اعتماد تفسير موسع منطقي وفعال لاتفاق التحكيم (2)، لأن اغفال الأطراف النص على المنازعات المتعلقة بتفسير العقد يعني اقرارهم ضمناً بتحويل هيئة التحكيم هذه السلطة. (3)

فقد قضى الحكم الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى في قضية AMCO سبتمبر 1983 الى أن "اتفاق التحكيم كأى اتفاق آخر لا ينبغي أن يفسر بنحو ضيق ولا بنحو موسع أو بطريقة متحررة إنما يجب أن يفسر بطريقة تؤدي الى الوصول الى احترام النية المشتركة للأطراف وتلك المنهجية في التفسير ليست إلا تطبيق لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وهو المبدأ الأساسي المشترك بين كل نظم القانون الداخلي والدولي" (4)، كما أن شرط التحكيم النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي يقترح أن يشمل اتفاق التحكيم كل منازعة أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن العقد، كما أن شرط التحكيم النموذجي الذي وضعته غرفة التجارة الدولية بباريس ينص على أن الشرط يشمل جميع المنازعات الناشئة عن العقد. (5)

(1) حفيفة السيد حداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 157.

(2) زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 76.

(3) حفيفة السيد حداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع نفسه، ص 159.

(4) أحمد عبد الكريم سلامة: التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية المدنية والتجارية والادارية والجمركية والضريبية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 256.

(5) حفيفة السيد حداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع نفسه، ص 158.

الفرع الثاني: إستقلال إتفاق التحكيم عن عقد الاستثمار.

يعد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من المبادئ المستقرة حالياً، وقد لعب القضاء في بعض الدول لاسيما في فرنسا⁽¹⁾، دورا في غرس هذه المفاهيم فأصبحت تشكل مبادئ عامة ذات طابع عالمي، كما أن أحكام التحكيم الدولية حرصت هي الأخرى على تكريسها متأثرة في المقام الأول بالاتجاهات الفقهية المعاصرة لاتفاق التحكيم، التي تدور حول استقلالية اتفاق التحكيم والقانون الذي يحكمه والآثار المترتبة عليه، وهو ما دفع معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية الى النص صراحة عليه بهدف مساعدة الأطراف على الوصول الى حل سريع لخلافاتهم⁽²⁾، من خلال الاعتراف بكل النتائج التي تترتب عنه، فلا مجال للحدوث عن التحكيم بوصفه وسيلة لحفظ التوازن الاقتصادي إلا إذا كان مصيره مستقلا عن مصير عقد الاستثمار فيما يلحق هذا الأخير من عوارض، لذلك يقتضي الأمر التعرض لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم من خلال التعرف على مضمونه والآثار المترتبة عليه، وفق التفصيل التالي:

أولا - مضمون مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن عقد الاستثمار الأجنبي: يقصد بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم في العقد الاصلي أن ننظر الى هذا الاتفاق على أنه عقد مستقل عن عقد الاستثمار، وذلك على النحو الذي يجعل تعرض أحد العقدين لأي عارض - كالبطلان أو الفسخ أو الانقضاء - لا يجعله يؤثر في صحة الاتفاق الأخر⁽³⁾، ويتعبير أحر فإن الاتفاق التحكيمي يشكل عقدا معادلا للعقد الأساسي فلكل من العقدين موضوع مختلف عن الأخر، وعلى الرغم من ورود شرط التحكيم في عقد الاستثمار إلا أنه يظل متميزا عنه بمحله الخاص به، فمحله شرط التحكيم هو عمل إجرائي بحت مجاله حسم المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي⁽⁴⁾.

(1) Philippe Fouchard: Arbitrage Commercial International Sources »J.CI.Dr .Inter, 1989, Fasc 582-2.

«

« L'apport le plus notable de la jurisprudence au droit francais de l'arbitrage international est certainement constitué par une série d'arrêts rendus par la 1^{er} chambre civile de la Cour de Cassation dans les années 1960-1970, par lesquels la haute juridiction, écartant plusieurs règles restrictives du droit interne, a édicté pour les seuls arbitrages internationaux, des règles matérielles spécifiques toutes destinées à renforcer leur efficacité. Ces règles ont spécialement porté sur la convention d'arbitrage international. »

(2) حفيظة السيد حداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 9.

(3) علاء التميمي عبده: مرجع سابق، ص 54.

(4) بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية

والتشريعات الوطنية، مرجع سابق، ص 76.

كما تجدر الاشارة إلى أن المقصود بالاستقلال بالمعنى السابق ينصرف الى الاستقلال القانوني، أي انفصال شرط التحكيم عن المؤثرات والعوارض القانونية التي يمكن أن تنال من صحة العقد، ولا يقصد به الاستقلال المادي عن عقد الاستثمار، بمعنى عدم خضوع شرط التحكيم لإيجاب وقبول مستقل عن الايجاب والقبول الخاص بعقد الاستثمار.⁽¹⁾

فضلا عن ذلك فإن شرط التحكيم يتمتع في مجال عقود الاستثمار باختلاف أنواعها باستقلالية تبرز اهميته عن سائر البنود الاخرى للعقد، الأمر الذي يسمح بتطبيق قانون مختلف للشرط او الاتفاق التحكيمي عن قانون العقد، وهو ما يؤدي الى عدم امتداد آثار البطلان التي تصيب العقد والتي تؤدي الى انهاء الشرط أو الاتفاق التحكيمي⁽²⁾، وعلى كل يمكن أن يركز القول باستقلال شرط التحكيم في عقد الاستثمار على عدة تبريرات أهمها:

- التبرير العملي: إن القول بارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير عقد الاستثمار ينفي كل اهمية له كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار، حيث يؤدي هذا القول الى ادعاء أي من الطرفين ببطلانه، الأمر الذي سيفضي الى عدم جواز اللجوء الى التحكيم، بل سيتم اللجوء الى القضاء الوطني اولا للفصل في النزاع، بمعنى آخر أن ارتباط عقد التحكيم بعقد الاستثمار سيؤدي الى رفع يد المحكم عن نظر النزاع وذلك لعدم اختصاصه، فالعقد الذي يستمد منه سلطاته مشكوك فيه، يضاف الى ذلك أن الاعتراف بالاستقلال يؤدي الى الاقتصاد في النفقات والإجراءات فبدلا من أن يوقف المحكم نظر النزاع مع ما يترتب من اهدار للوقت والنفقات ستولى بنفسه الفصل في هذا النزاع.⁽³⁾

- التبرير القانوني: عقد الاستثمار المدرج بشرط التحكيم يتضمن اتفاقين: الأول يتعلق بتنظيم حقوق والتزامات كل مستثمر والدولة المضيفة، والثاني يتضمن الكيفية التي من خلالها يتم تسوية منازعات الاستثمار، الأمر الذي يظهر معه استقلال وانفصال كل اتفاق على حدا، يضاف الى ذلك نظرية البطلان الجزئي للعقد والتي تجعل من المقبول أن يكون العقد باطلا في جزء منه وصحيح في باقي الأجزاء، اي القول بصحة شرط التحكيم رغم بطلان عقد الاستثمار الذي يتضمنه، خاصة وان شرط التحكيم يخضع لنظام

⁽¹⁾ حفيظة السيد حداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 43.

⁽²⁾ هاني محمد كامل المنابلي: مرجع سابق، ص 290.

⁽³⁾ ناريمان عبد القادر: اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص 310.

قانوني مختلف تماما عن النظام القانون لعقد الاستثمار، وهذا بفعل قواعد الاسناد المطبقة على كل منهما ما يستتبع الاختلاف في القانون الواجب التطبيق.⁽¹⁾

وفي مايلي نتعرض الى اتجاه التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية بشأن هذا المبدأ.

أ - موقف التشريعات الوطنية من استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي: أكد المشرع الجزائري بموجب نص المادة 1040 من ق ا م ا على أنه "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي"، البين من النص ان المشرع واضح بشأن تأييده لمبدأ استقلالية شرط التحكيم وعدم تأثره بأي بطلان يلحق بالعقد الأصلي الذي ورد به 'على الرغم من عدم اعتماده عبارة صريحة تفيد الاستقلالية وإنما اكتفى بالنص على الآثار التي يربتها مبدأ الاستقلالية وهو عدم تأثر اتفاق التحكيم بما قد يصيب العقد الأصلي من بطلان، وهو ما يدعم خصوصية هذا الاتفاق في مواجهة العقد الأصلي، ليصبح بذلك هذا المبدأ من الثوابت التحكيمية.

وسايره في الاتجاه ذاته المشرع المصري في قانون التحكيم بأن شرط التحكيم يعتبر اتفاقا مستقلا عن بقية شروط العقد الأخرى، ونص في المادة 22 على أنه "يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو انقائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه اذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته"، يبدو من صياغة النص أن المشرع المصري تبني مبدأ الاستقلال، ولم يكتف بذلك بل أكد على انعدام أثر البطلان أو الفسخ أو الانتهاء الذي يلحق بالعقد على شرط التحكيم، كما حسم المشرع في ذات المسألة على بأن تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم او سقوط او بطلان او عدم شموله لموضوع النزاع.⁽²⁾

بالنسبة للتشريع الفرنسي فقد كان له الفضل في التطور الذي عرفه هذا المبدأ، فالمعروف في فقه التحكيم أن أول تكريس له كان من خلال القضاء الفرنسي في قضية Gosset، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بما يلي " في اطار التحكيم التجاري الدولي، فإن اتفاق التحكيم سواء تم على نحو منفصل

⁽¹⁾ علاء التميمي عبده: مرجع سابق، ص 56.

⁽²⁾ حفيفة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 129.

ومستقل عن التصرف القانوني الاصلي، أو تم ادراجه به فإنه يتمتع دائما - الا في ظروف استثنائية - باستقلال قانوني كامل، يستبعد معه ان يتاثر اتفاق التحكيم باي بطلان محتمل يلحق بهذا التصرف"، وقد شهد هذا المبدأ اقبالا كبيرا كما توسع مجال تطبيقه في العديد من القضايا التحكيمية، لذا يعد هذا المبدأ قضائيا في فرنسا، فالقواعد الناظمة للتحكيم في فرنسا والواردة في قانون اصول المحاكمات الفرنسي لم تنص عليه صراحة، وقد حاول بعض الشراح استنباط مبدل استقلالية التحكيم بدلالة المادة 1446 من ق ا م ف لسنة 1981 في نصها على أنه " اذا كان شرط التحكيم باطلا فإنه يعتبر غير مكتوب." ⁽¹⁾ فهذا النص دلالة قاطعة على استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.

ب - موقف الاتفاقيات الدولية من استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي: تبين موقف الاتفاقيات الدولية بصدد تقرير استقلال شرط التحكيم من عدمه، حيث اغفلت العديد من الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم التجاري الدولي النص صراحة على استقلال اتفاق التحكيم، ومن أهمها اتفاقية نيويورك لعام 1958 والاتفاقية الاوروبية للتحكيم التجاري الدولي جنيف 1961، وقد حاول جانب من الفقه اعتبار أن اتفاقية نيويورك قد اعترفت باستقلال اتفاق التحكيم، بناء على الفقرة الأولى من المادة 5 والتي اعترفت بهذا المبدأ بشكل غير مباشر حيث نصت على بأنه "يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم أو رفض تنفيذه اذا ما تمكن الطرف الصادر ضده الحكم من اقامة الدليل على أن اتفاق التحكيم لم يكن صحيحا طبقا للقانون المطبق من قبل الأطراف، أو قانون البلد الذي صدر فيه الحكم في حالة غياب اتفاق الاطراف بخصوص هذا الأمر" ⁽²⁾، وبالتالي فإن معاهدة نيويورك تكون قد قبلت ضمنا أن يكون اتفاق التحكيم نظام قانوني مستقل عن العقد الاصلي أي يمكن ادراجها في اطار الاتجاهات الحديثة المؤيدة لفكرة استقلالية اتفاق التحكيم ⁽³⁾، لكن يبدو أن هذا الاتجاه قد خلط بين رفض الاعتراف بحكم التحكيم، واستقلال اتفاق التحكيم، فهذا النص جاء لبيان احدى حالات رفض الاعتراف بحكم التحكيم ولم يتعرض لمسألة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي. ⁽⁴⁾

⁽¹⁾ عبد الرحمن علالي: استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي، مجلة حقوق الانسان والحريات العامة، جامعة مستغانم، العدد 6، جوان 2018، ص 385-387.

⁽²⁾ علاء التميمي عبده: مرجع سابق، ص 58.

⁽³⁾ حفيظة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 127.

⁽⁴⁾ علاء التميمي عبده: مرجع سابق، ص 58.

أما بالنسبة لاتفاقية واشنطن فقد اقتضت في المادة 1/41 منها على أن محكمة التحكيم هي القاضي بالنسبة لمسألة اختصاصها⁽¹⁾، كما أقرت قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في المادة 2/21 بأن " كل قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم"⁽²⁾ في حين أكدت المادة 1/16 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 على أن " شرط التحكيم الذي يعد جزءا من العقد يعتبر كما لو كان اتفاقا مستقلا عن بقية شروط العقد، كما أن تقرير محكمة التحكيم ببطان العقد لا يترتب عليه بقوة القانون بطلان شرط التحكيم"، من جانبها أكدت أيضا غرفة التجارة الدولية هذا المبدأ من خلال نص المادة 9/1 من نظامها التحكيمي حيث نصت على أنه: " ما لم يتفق على خلاف ذلك، لا يترتب على الادعاء ببطان العقد او انعدامه عدم اختصاص المحكم ما دام قد انتهى الى صحة اتفاق التحكيم، ويظل المحكم مختصا حتى في حالة انعدام العقد أو بطلانه بهدف تحديد حقوق الاطراف والنظر في طلباتهم .

يبدو أن الاتفاقيات الدولية لم تشر بشكل صريح ومباشر الى قبول مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وإنما تم استخلاص ذلك من قبل جانب من الفقه بالإشارة الى فكرة التفسير الضمني.⁽³⁾

ج - موقف لوائح التحكيم من مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم: تعد لائحة التحكيم التي اعدتها غرفة التجارة الدولية بباريس من اهم اللوائح التحكيم التجاري الدولي والتي أكدت مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، اذ تنص هذه اللائحة في المادة 4/8 على أنه " طالما لم يوجد شرط مخالف، فإنه يترتب على التمسك ببطان أو انعدام العقد المدعى به، عدم اختصاص المحكم اذا تمسك هذا الاخير بصحة اتفاق التحكيم، لذا يظل المحكم مختصا حتى في حالة انعدام أو بطلان العقد وذلك بغرض تحديد الحقوق المتبادلة للاطراف وللفضل في طلباتهم". يبدو أن هذا النص يؤكد على استقلالية اتفاق التحكيم بوضوح كامل ليس فقط في حالة الادعاء ببطان العقد الأصلي ولكن ايضا في حالة الادعاء بعدم وجود هذا العقد من أساسه، كما أنه لا يوجد أدنى شك في أن المحكم اذا لاحظ انعدام العقد الأصلي أو

⁽¹⁾ نصت المادة 1/41 من اتفاقية واشنطن على أنه "تكون المحكمة هي الحكم في اختصاصها".

⁽²⁾ يشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، مرجع سابق، ص 78.

⁽³⁾ حفيفة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع نفسه، 2007، ص 129.

بطلانه، فإنه له أن يستخلص الآثار المترتبة على هذا البطلان أو الانعدام فيما يتعلق بادعاءات الأطراف، فليس للمحكم أن يقضي بعدم اختصاصه ويتوقف على الفصل في المنازعة المعروضة عليه، اذا لاحظ انعدام أو بطلان اتفاق التحكيم ذاته، وبنص مماثل أكدت لائحة التحكيم التجاري الدولي الصادر عام 1992 عن الهيئة الامريكية للتحكيم AAA مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بموجب المادة 15 منها.⁽¹⁾

ثانيا - الآثار المترتبة على استقلال اتفاق التحكيم عن عقد الاستثمار الأجنبي.

اذا كان الاتجاه الغالب يعتبر أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي يجد أساسه وفقا لنظرية ازدواجية العقد، فالأطراف عندما يرمون عقدا يتضمن اتفاق التحكيم، انما يرمون عقدين مختلفين: العقد الأول يتعلق بالتزامات الموضوعية -العقد الأصلي- والعقد الثاني اجرائي يتعلق باتفاق التحكيم⁽²⁾، ثم إن مضمون مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم وتبريراته، وما شاهده من تأييد واسع من جهات مختلفة، أمر ليس مقصود لذاته وانما لغاية وحكمة تتمثل في تفعيل دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، ويتجلى ذلك من خلال الآثار المترتبة على استقلاله والمتمثلة في: عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير عقد الاستثمار، والاستقلال القانوني لاتفاق التحكيم عن عقد الاستثمار.

أ - عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بعقد الاستثمار: من أهم الآثار المترتبة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عدم ارتباط مصيره بعقد الاستثمار، بمعنى أن وجود اتفاق التحكيم أو صحته أو نفاذه لا يتوقف على مصير عقد الاستثمار، كالاتعاء أن العقد الأصلي لم يتم إبرامه في الفرض الذي يكون فيه العقد الذي يتضمن شرط التحكيم تم توقيعه ولكنه لم يدخل حيز النفاذ أو انه وقع باطلا أو أنه تم فسخه أو أن الالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي تم تجديدها الى ما شابه ذلك من أحكام قد تلحق بالعقد لا يكون له أثر على فعالية اتفاق التحكيم أو يؤدي الى المساس به⁽³⁾، بناء على ذلك يظل الاختصاص

⁽¹⁾ حفيظة السيد حداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 39-42.

⁽²⁾ كريم تعويلت: فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، اطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية،

قسم الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2017، ص 197.

⁽³⁾ حفيظة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 143.

معقودا لهيئة التحكيم للفصل في حقوق والتزامات أطراف النزاع والحكم في الطلبات والدفوع حتى إذا كان العقد ذاته غير نافذ أو كان باطلا ولا أثر له. (1)

ما من شك أن لهذا المبدأ عظيم الأثر في حفظ توازن عقد الاستثمار، فمن المتصور أن يتعرض عقد الاستثمار للبطلان على اثر احاطة ابرامه بالعديد من الاجراءات الادارية المعقدة، والتي قد يؤدي غيابها الى انعدام تحقق الرضا اللازم لإبرام العقد، أو نتيجة تخلف أحد أطراف العقد في تنفيذ التزاماته على النحو الذي يجعل العقد مهددا بإبطاله، فكل هذه الظروف وغيرها من شأنها أن تؤثر على صحة عقد الاستثمار أو حتى في وجوده، ومن ثم اذا انفصل مصير التحكيم عن مصير عقد الاستثمار، فإن ذلك يشكل ضمانا كبرى للتحكيم في مواجهة الاختلالات الاقتصادية (2)، في ذات السياق فإن الاشكال يثور بخصوص حالات انعدام عقد الاستثمار أصلا، كما لو كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، فهل يظل مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي قائما ومعمول به؟ في هذا السياق اختلف الرأي حول الاجابة عن هذا الاشكال الى اتجاهين وذلك على النحو التالي:

1 - الاتجاه الأول: انعدام شرط التحكيم بالتبعية لانعدام عقد الاستثمار: ذهب أصحاب هذا الاتجاه الى التفرقة بين حالة ابطال العقد الاصلي وانعدام وجوده القانوني، ففي الحالة الاولى يرون بقاء شرط التحكيم صحيح وقائم ومعمول به، أما في الحالة الثانية اي حالة انعدام الوجود القانوني للعقد الاصلي، فإن ذلك يعني ان شرط التحكيم يتأثر بمصير عقد الاستثمار وينعدم كل اثر له، لكن شريطة ان يعرض النزاع اولا على المحكم ليفصل فيه، فإذا تبين له انعدام الوجود القانوني لعقد الاستثمار وجب عليه أن يقضي بانعدام شرط التحكيم بالتبعية. (3)

2- الاتجاه الثاني: عدم تأثر شرط التحكيم بالانعدام القانوني لعقد الاستثمار الأجنبي: على عكس الإتجاه الأول، يرى هذا الاتجاه أن إتفاق التحكيم يتمتع باستقلالية تامة ومطلقة عن عقد الاستثمار وما يلحقه من بطلان أو إنعدام وجوده القانوني، حيث يظل اتفاق التحكيم صحيحا ومرتباً لآثاره في

(1) بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، مرجع سابق، ص 77.

(2) علاء التميمي عبده: مرجع سابق، ص 63.

(3) حفيفة السيد حداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 1996، ص 47.

اللجوء اليه لفض منازعات الاستثمار، وقد تبنى هذا الإتجاه القانون النموذجي للتحكيم الذي أعدته لجنة القانون التجاري الدولي التابعة لمنظمة الأمم المتحدة، حيث نصت في المادة 1/23 على أن "تكون لهيئة التحكيم صلاحية البت في اختصاصها، بما في ذلك أي اعتراضات تتعلق باتفاق التحكيم أو صحته، ولهذا الغرض ينظر الى بند التحكيم الذي يشكل جزءا من العقد على أنه اتفاق مستقل عن بنود العقد الأخرى، ولا يترتب تلقائيا على أي قرار ببطلان العقد بطلان اتفاق التحكيم"، وفي الإتجاه ذاته نصت لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس في المادة 4/8 على أن البطلان أو الانعدام المدعى بهما في شأن العقد لا يؤديان الى عدم الاختصاص⁽¹⁾، كما أكدت المادة 1/16 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري لعام 1985 على أن "..... أي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم"، كما تبنت المادة 1/4 من القواعد المنظمة للتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية ذات المبدأ بنصها على أن "المحكم يظل مختصا حتى في حالة انعدام العقد أو بطلانه بهدف تحديد حقوق الأطراف وينظر في طلباتهم."

ب - الاستقلال القانوني لاتفاق التحكيم عن عقد الاستثمار الأجنبي: من الضمانات القوية لتفعيل دور التحكيم في حفظ التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار خضوعه لقانون اخر غير القانون الذي يسري على هذا العقد⁽²⁾، فاستقلالية اتفاق التحكيم تؤدي الى عدم خضوع اتفاق التحكيم بالضرورة الى ذات القواعد التي تحكم العقد الأصلي. بل يتيح المجال امام الاطراف لاختيار قانون يراعي خصوصية ما يثور من منازعات⁽³⁾، ومما لا شك فيه ان الاعتراف بهذا الاثر من شأنه ان يحقق فعالية اتفاق التحكيم، فلو تم الاعتماد على الاثر الأول فقط وهو استقلال الاتفاق عما يصيب العقد الاصلي من بطلان، معنى ذلك انه اذا ورد العقد صحيحا لا بطلان فيه وكان القانون الواجب التطبيق عليه يحظر شرط التحكيم او يجعله باطلا لسبب او لآخر، فإن هذا الاستقلال لن يحول دون أن يقع اتفاق التحكيم باطلا.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ علاء التميمي عبده: مرجع سابق، ص 65.

⁽²⁾ علاء التميمي عبده: مرجع سابق، ص 69.

⁽³⁾ رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر: مرجع سابق، ص 327.

⁽⁴⁾ بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 395.

أقر قضاء التحكيم التجاري الدولي واعمالاً لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، ان يكون القانون الواجب التطبيق على هذا الاتفاق مختلف عن ذلك الذي يحكم موضوع العقد الاصيلي⁽¹⁾، ولعل ابرزها حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 1507 لعام 1970 وهي القضية التي كانت بين شركة المانية وشركة جنوب اسيا حيث ذهبت هيئة التحكيم الى أن امكانية خضوعه اتفاق التحكيم لقانون مختلف عن ذلك الذي يحكم العقد الاصيلي، ومن ثم فان اتفاق الأطراف على خضوع النزاع للقانون الألماني لا يعني بالضرورة أن صحة اتفاق التحكيم يتم تقريرها في ضوء الشروط الشكلية للقانون الداخلي الألماني.⁽²⁾

كما حرصت أحكام التحكيم الدولية على تأكيد هذا المبدأ في منازعات الاستثمار الأجنبي، ففي قضية تحكيم Texaco ضد الحكومة الليبية، تمسكت هذه الأخيرة بأن التأميم الذي قامت به قد وضع نهاية لكل من عقد الامتياز وشرط التحكيم المدرج فيه، إلا أن المحكم Dupuy رفض ذلك، وافر باختصاصه للفصل في النزاع استناداً الى مبدأ استقلالية التحكيم⁽³⁾، كما انتهى الى ذلك المحكم المنفرد Bernhard Gonard في قضية Elf Aquitaine الى الاعتراف باختصاصه، استناداً الى ذات المبدأ حيث أقر أنه "من المبادئ المعترف بها في قانون التحكيم الدولي أن شروط التحكيم تستمر لتكون نافذة المفعول، على الرغم من المعارضة من جانب أحد الأطراف في أن العقد المتضمن شرط التحكيم هو غير شرعي وباطل."⁽⁴⁾

في سياق متصل أكدت قواعد التحكيم التي أقرتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في المادة 21 منها على معاملة شرط التحكيم الوارد في العقد بوصفه اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، كما أكدت على ذات المبدأ المادة 4/6 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بنصها على انه "ما لم يتفق على خلاف ذلك، لا يترتب على الادعاء ببطلان العقد أو انعدامه عدم اختصاص المحكم مادام قد انتهى الى

⁽¹⁾ حفيظة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 147.

⁽²⁾ علاء التميمي عبده: مرجع سابق، ص 71.

⁽³⁾ أنظر تحكيم Texaco: I.L.M, 1978, vol17, PP 3/37

⁽⁴⁾ أنظر تحكيم Elf Aquitaine منشور في: Y.B.COM.Arb, Vol 11, 1986, p 97.

صحة اتفاق التحكيم، ويظل المحكم مختصا حتى في حالة انعدام العقد أو بطلانه بهدف تحديد حقوق الأطراف والنظر في طلباتهم".

يبدو اذا أن تحقيق فعالية اتفاق التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار، يقتضي الاعتراف بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم، والذي من شأنه أن يزيل مخاوف المستثمرين الأجانب ويحصن شرط التحكيم من كل أسباب البطلان التي تمس العقد الأصلي، وهذا بقبول اخضاعه لنظام قانوني يختلف عن النظام القانوني الذي يحكم اتفاق التحكيم.

المطلب الثاني: الآثار الإجرائية لإتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

يهدف اتفاق التحكيم إلى اقضاء قضاء الدولة بنظر النزاع في عقود الاستثمار الذي يثور بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، لذا فمتى قام هذا الاتفاق صحيحا فإنه يرتب مجموعة من الآثار، حيث يلتزم اطرافه بعرض النزاع الذي ينشأ عن العقد الذي يتضمن شرط التحكيم على هيئة التحكيم وهذا الأثر يطلق عليه اسم الأثر الإيجابي، كما يلتزم الأطراف بعدم عرض النزاع الذي يقع بينهم على القضاء وفي حالة مخالفة للطرف الآخر أن يدفع بعدم قبول الدعوى استناد إلى وجود اتفاق التحكيم كنتيجة حتمية وهذا الأثر يطلق عليه اسم الأثر السلبي.⁽¹⁾

بناء على ما تقدم سنقسم الدراسة في هذا المطلب على فرعين، على النحو التالي:

الفرع الأول: الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

الفرع الثاني: الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

الفرع الأول: الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

ينعقد الاختصاص للمحكمن بنظر ما يثور من نزاعات بين اطراف عقد الاستثمار، نظرا لاتفاقهم على تنصيب هيئة التحكيم، ومنحها ولاية الفصل في هذه النزاعات، وبموجب ذلك تستمد هذه الاخيرة شرعية وجودها واختصاصها بالفصل في النزاع⁽²⁾، ويعد مبدأ الاختصاص بالاختصاص من أهم اثار اتفاق

⁽¹⁾ رائد أحمد على أحمد: مرجع سابق، ص 149.

⁽²⁾ محمد علي بني مقداد: مرجع سابق، ص 226.

التحكيم التجاري الدولي من الناحية الاجرائية ومن أبرز مبادئه وأدقها، فهو ينقل الاختصاص من قضاء الدولة الى قضاء خاص أنشاه اطراف اتفاق التحكيم، حيث يصبح الأخير هو صاحب الولاية، فأول مسألة اجرائية يجب لهيئة التحكيم أن تبث فيها هي التأكد من ثبوت اختصاصها للفصل في النزاع، حيث أنه يمكن لأحد طرفي التحكيم الذي يرغب في التنصل عن التزاماته الناشئة اثاراً مسألة بطلان التحكيم أو غموضه وتعذر اعماله، أو تنازله عن، وفي اختصاص هيئة التحكيم⁽¹⁾، وبالتالي يثور التساؤل حول سلطة هيئة التحكيم في تقرير اختصاصها من عدمه؟، للإجابة على هذا التساؤل من المفيد التطرق الى مفهوم مبدأ الاختصاص بالاختصاص، مع بيان موقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية في هذا الشأن على النحو التالي:

أولاً- مفهوم مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

المقصود به هو أن قضاء التحكيم وحده له الحق في مسألة البت في اختصاصه، فعلى الرغم من أن مصدر السلطة التي يتمتع بها المحكم في حسم النزاع الاستثماري مستمد من ارادة الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، إلا أنه من المتصور أن ينشأ اعتراض كلي على اختصاص المحكم، وذلك في الحالات التي يواجه فيها دفعا ببطلان اتفاق التحكيم، أو عدم قابلية النزاع للتحكيم، أو بطلان عقد الاستثمار، كما قد يواجه باعتراض جزئي على اختصاصه عند خروج النزاع عن نطاق الاتفاق على النحو الذي حدده الأطراف⁽²⁾، بمعنى آخر أن الاختصاص بالاختصاص يعني أن المحكم يختص بتحديد اختصاصه ونظر المنازعات المتعلقة بها، فهو الذي يقرر ما اذا كان هناك اتفاق تحكيم أولاً.⁽³⁾

لأجل ذلك فإن الاتجاه الحديث في التحكيم التجاري الدولي يتجه الى اعطاء هيئة التحكيم سلطة الفصل في المنازعات المتعلقة بأصل اختصاصها، وبنطاق هذا الاختصاص، أي أن هيئة التحكيم تختص بالفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما فيها الدفوع المبنية على بطلان العقد الأصلي أي عقد

⁽¹⁾ أحمد عبد الكريم سلامة: التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية المدنية والتجارية والادارية والجمركية والضريبية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 293.

⁽²⁾ بليغ حمدي محمود: الدعوى ببطلان احكام التحكيم الدولية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص 49.

⁽³⁾ جميلة ابراهيم المجري، علي عبد الرب منير: مدى سلطة المحكم في البت في اختصاصه في التشريع الليبي، مجلة الشريعة والقانون، جامعة ماليزيا، العدد 07، 2019، ص 87.

الاستثمار أو فسخه أو انقضائه⁽¹⁾، ففي جميع الأحوال فإن قضاء التحكيم هو الذي ينعقد له الاختصاص في تقرير مسألة اختصاصه.⁽²⁾

ثانياً- موقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية من مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

الراجح أن المحكم حتى ينظر فيما عرض عليه من نزاع، فإنه لا بد له يقرر اولا اختصاصه، وان اقتضى الأمر البحث في وجود وصحة اتفاق التحكيم، كما أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص لا يشمل فقط ما يتعلق ببطلان اتفاق التحكيم، وإنما أيضا ما يتعلق بوجوده وكذا ما يتعلق بتحديد ولاية هيئة التحكيم⁽³⁾، ويستمد هذا المبدأ أساسه من العديد من المصادر سواء كانت اتفاقيات دولية المعنية بالتحكيم وكذا التشريعات الوضعية وأيضاً الغالبية العظمى من لوائح هيئات التحكيم.

لذا فقد حرصت معظم التشريعات الوطنية على وضع نصوصا صريحة تؤكد فيها على مبدأ الاختصاص بالاختصاص، حيث حرص المشرع الجزائري على النص على مبدأ الاختصاص بالاختصاص بموجب المادة 1044 من ق ا م ا، والتي نصت على أنه " تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب اثاره الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع، تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي، إلا اذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع"، يبدو من النص أن اعتراف المشرع الجزائري بهذا المبدأ ليس مطلقا، حيث انه 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، وبالتالي فإنه عند مباشرة هيئة التحكيم مهمة الفصل في النزاع فإنه يتحتم على القاضي الذي ترفع امامه دعوى بطلان او عدم وجود اتفاق التحكيم الحكم بعدم الاختصاص، أما اذا لم تتصل هيئة التحكيم بالنزاع، فإنه يمكن للقاضي النظر في البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم، ورفض الحكم بعدم الاختصاص،

⁽¹⁾ هات محي الدين اليوسفي: الاثر المانع لاتفاق التحكيم ومدى تأثيره على الاختصاص القضائي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014، ص52.

⁽²⁾ أحمد مخلوف: مرجع سابق، ص146.

⁽³⁾ فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2007، ص146.

فثبوت البطلان أمام القاضي يجب ان يفتح الباب امامه لطرح اتفاق التحكيم واستعادة اختصاصه الذي لا يصح ان يفقده الا بوجود اتفاق تحكيم صحيح .⁽¹⁾

كما وضع المشرع الجزائري قيда ثانيا على سلطة هيئة التحكيم في البت في اختصاصها، حيث اشترط أن يكون الحكم الذي تصدره هيئة التحكيم فيما يخص تحديد اختصاصاتها حكما أوليا، إلا أنه استثنى من ذلك الاحكام التي تصدر بشأن الفصل في الدفع بعدم الاختصاص اذا كان مرتبطا بموضوع النزاع، فوجب أن يكون الفصل في هذه الدفوع بحكم نهائي.⁽²⁾

كما أكد المشرع المصري سعيه لتكريس هذا المبدأ بإقراره لنص المادة 1/22 من ق.ت.م.م.ت.م. حيث اعترف للمحكم باختصاصه في الفصل بالدفوع المتعلقة بعدم اختصاصه بما فيها الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شموله لموضوع النزاع⁽³⁾، يعبر هذا النص عن ارادة المشرع المصري الصريحة في عدم جواز قيام هيئة التحكيم بوقف الخصومة الى حين الفصل في مسألة وجود أو صحة اتفاق التحكيم من المحكمة المختصة⁽⁴⁾، كما حسم المشرع الفرنسي الخلاف عندما أقر صراحة بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، فالمحكم يملك سلطة الفصل في كلفة النزاعات المتعلقة باختصاصه كنتيجة لاستقلالية اتفاق التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة.⁽⁵⁾

على الصعيد الدولي فقد كرس معظم الاتفاقيات الدولية مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه، حيث اعترفت اتفاقية جنيف الاروية للتحكيم التجاري لعام 1961 في المادة 3/5 للمحكم بسلطة تحديد اختصاصه ووجود أو صحة اتفاق التحكيم أو بطلانه او عدم شموله لموضوع النزاع، كما أخذت بذات المبدأ اتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، حيث نصت في المادة 41 منها على أن "هيئة التحكيم هي التي تحدد اختصاصها"، وأضافت الفقرة الثانية من ذات المادة أن أي اعتراض من جانب أحد طرفي النزاع بأن النزاع ليس من

(1) لزهري بن سعيد: مرجع سابق، ص 88.

(2) مرجع نفسه، ص 88.

(3) هات محي الدين اليوسفي: مرجع سابق، ص 63.

(4) لزهري بن سعيد: المرجع نفسه، ص 86.

(5) أيسر عصام داؤد سليمان: مرجع سابق، ص 227.

اختصاص المركز أو المحكمة، تنظر فيه المحكمة التي تقرر ما اذا كانت تبت فيه باعتباره مسألة أولوية أو تضمه الى موضوع النزاع.

يبدو أن تقرير مبدأ الاختصاص بالاختصاص يهدف الى عدم اعاقه سير خصومة التحكيم، فالهيئة لا توقف سير الاجراءات لحين الفصل في الامر، بل لها أن تواصل نظر النزاع اذا ما قدرت أن هذه الدفوع يرحى من ورائها المماثلة واطالة أمد النزاع، كما لا يمكن الاحتجاج بهذه المبررات لمنع القاضي من التحقق من صحة أو بطلان اتفاق التحكيم، بل بالعكس تبرر تأكيد سلطته⁽¹⁾، فتكريس هذا المبدأ كواحد من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التحكيم التجاري الدولي، من شأنها تيسير سير الاجراءات، وان مثل هذا الدفع لا يؤدي الى وقف التحكيم⁽²⁾، إلا اذا تبين للقاضي بطلان اتفاق التحكيم وتصدى للموضوع وأصدر فيه حكماً أصبح نهائياً، ففي هذه الحالة يتحتم على هيئة التحكيم انهاء الاجراءات لأن استمرارها سيصبح لا جدوى منه لتعارضه مع حكم سبق صدوره من القضاء.⁽³⁾

الفرع الثاني: الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

يقتضي احترام اتفاق التحكيم ضرورة تكريس الأثر السلبي لهذا الاتفاق كما يسمى أيضاً بالأثر المانع لاتفاق التحكيم، وقوامه منع الأطراف المتعاقدة اللجوء إلى القضاء الوطني لطلب الفصل في المنازعة محل اتفاق التحكيم، إلا أنه قد ترد على هذا المبدأ استثناءات وهو ما سنتعرض له على النحو التالي:

أولاً - عدم اختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات المتفق بشأنها على التحكيم.

الاتفاق على التحكيم في عقود الاستثمار اتفاق ملزم لأطرافه، فينتج اثر إيجابي يتمثل في التزام الأطراف باللجوء اليه، غير أن الاشكال يثور حول الدفع بوجود اتفاق التحكيم طبيعته والنظام القانوني الذي يحكمه. وللتعرف على قوام هذا المبدأ سنتعرض الى مضمونه، كما سنين طبيعة الدفع باتفاق التحكيم أمام الجهات القضائية على النحو التالي:

⁽¹⁾ محمود مختار أحمد بريوي: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص 68.

⁽²⁾ بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 403.

⁽³⁾ زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 88.

أ - تعريف مبدأ عدم اختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات المتفق بشأنها على التحكيم: يقتضي احترام اتفاق التحكيم وتحقيق فاعليته الاعتراف لهيئة التحكيم بالاستئثار بتسوية النزاع، اي منح هيئة التحكيم اختصاص الفصل في النزاع فلا تكون محاكم الدولة مختصة بالفصل فيه، ويعتبر هذا المبدأ من المبادئ المستقرة في القانون الدولي للعقود⁽¹⁾، لذلك فقد اعترفت به معظم التشريعات الوطنية المعنية بالتحكيم، والاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالتحكيم.

لذا فقد سعت غالبية التشريعات الوطنية الى الاعتراف بمبدأ عدم اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات محل التحكيم، فنجد أن المشرع الجزائري قد كرس هذا التوجه، حيث عبر عنه بموجب المادة 1045 ق.ا.م.ا في نصها على أنه " يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، اذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، او اذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف"، في هذا الصدد نجد أن المشرع الجزائري قد حجب قضاء الدولة عن نظر النزاع الذي يوجد بشأن اتفاق تحكيم، وقد اشترط لامتناع القاضي عن نظر النزاع أن يدفع أحد الأطراف بوجود اتفاق تحكيم، بحيث اذا تجاهل أحد الأطراف الاتفاق ورفع دعوى الى القضاء بخصوص النزاع فإنه يجب تنبيه المحكمة الى وجود هذا الاتفاق وبالتالي تمتنع المحكمة عن الفصل في النزاع⁽²⁾، غير أنه لم يحدد الوقت الذي يجب أن يثار فيه الدفع بعدم الاختصاص، فهل يتم اثاره هذا الدفع قبل الشروع في أي دفع متعلق بموضوع النزاع، أو في أي مرحلة من مراحل الدعوى التحكيمية.

كما نص المشرع المصري بموجب المادة 13 من ق ت م م ت م على أنه "يجب على المحكمة الي يرفع اليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق التحكيم ان تحكم بعد قبول الدعوى اذا دفع المدعى عليه بذلك قبل ابدائه أي طلب او دفاع في الدعوى"، البين من النص أن حق المدعى عليه في الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم بشأن النزاع المعروض على القضاء يسقط في حالة ابدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى، فهو يعد بمثابة تنازل عن اتفاق التحكيم وقبول الخضوع لقضاء الدولة. والقاضي المطروح امامه النزاع لا يمكن له أن يثير الدفع بعدم الاختصاص من تلقاء نفسه استنادا الى وجود هذا الشرط.⁽³⁾

(1) حفيفة السيد الحداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 111.

(2) لزهري بن سعيد: مرجع سابق، ص 82.

(3) حفيفة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 283.

في حين أن المشرع الفرنسي جاء بموقف مغاير لاتجاه المشرع المصري بهذا الخصوص حيث اعتبر بموجب المادة 1458 من ق ا م ف ان القاضي يعلن احالة الخصوم الى التحكيم ما لم يكن الاتفاق التحكيمي ظاهر البطلان، وبهذا يظهر دور اتفاق التحكيم في مجال اختصاص المحكمة التحكيمية وإعلان المحكمة القضائية عدم اختصاصها، إلا أن ذلك لا يمنع من اتخاذ الاجراءات التحفظية والقضائية من قبل القضاء، فهناك اختصاص تنافسي بين القاضي الوطني والمحكم في المحكمة التحكيمية⁽¹⁾، وهو ما يعني أيضا أن المشرع الفرنسي قد أوجب على القاضي أن يحكم بعدم اختصاصه حتى في حالة عدم تمسك المدعى عليه بالتحكيم.⁽²⁾

على الصعيد الدولي أشارت اتفاقية نيويورك لعام 1958 الى هذا المبدأ بموجب المادة 3/2 حيث نصت على أنه "على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة، ان تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم الى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل ولا أثر له أو غير قابل للتطبيق"، كما تبنت معاهدة جنيف لعام 1961 مبدأ عدم اختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، بشكل غير مباشر وفق ما نصت عليه المادة 3/6 بنصها على أنه "في حالة عدم الالتجاء السابق الى أي قضاء وطني، والشروع في اتخاذ اجراءات التحكيم، فإن المحاكم القضائية في الدول المتعاقدة، والتي عهد إليها بالمنازعة المنصبة على ذات الموضوع المعروض على قضاء التحكيم وبين ذات الأطراف، أن تتوقف عن الفصل في الموضوع الخاضع لاختصاص المحاكم، إلا لأسباب خطيرة الى حين صدور حكم التحكيم." ما يعيب هذا النص انه لا يواجه الحالة التي تكون اجراءات التحكيم قد شرع في اتخاذها، بينما ان القاعدة التي يتعين اعمالها جائزة حتى في حالة عدم الشروع في هذه الاجراءات، طالما انه يوجد اتفاق على التحكيم، وذلك من اجل تحاشي المنافسة بين اختصاص الجهات الوطنية والمحكم.

⁽¹⁾ هاني محمد كامل المنابلي: مرجع سابق، ص 319.

⁽²⁾ رشا موسى محمد: دور اتفاق التحكيم في حل منازعات عقود الاستثمار الأجنبي، مجلة اهل البيت، العدد 11، ص 190

أما بالنسبة لاتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار فقد أعتبرت أن قبول شرط التحكيم لديها يعتبر قبولاً في ذات الوقت لاستبعاد أي طريق آخر لتسوية النزاع⁽¹⁾، فإذا سعى أحد الأطراف إلى التخلص من شرط التحكيم وفقاً لقواعد المركز، باللجوء إلى القضاء الوطني، فإنه يجب على المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى أن تعلن عدم اختصاصها وتقوم بإحالة الأطراف إلى المركز، وهو ما يدل على المسلك الواضح من جانب واضعي الاتفاقية نحو تحقيق مزيد من الفاعلية لأحكام التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة⁽²⁾، ومن القضايا المعروضة على المركز قضية شركة Mobil Oil ضد حكومة نيوزلندا، حيث أنه وعلى الرغم من تقديم الشركة لطلب التحكيم لدى المركز فقد حاولت الحكومة النيوزلندية استصدار احكام قضائية من محاكمها الوطنية لعرقلة سير النزاع أمام هيئة التحكيم، إلا أنه عند عرض النزاع على المحكمة العليا بنيوزلندا قررت وقف نظر جميع الدعاوى المتصلة بالنزاع لحين اصدار هيئة التحكيم لقرارها إعمالاً لشرط التحكيم المبرم بين الطرفين.⁽³⁾

ب - طبيعة الدفع باتفاق التحكيم أمام الجهات القضائية: إذا كان الأثر المانع لاتفاق التحكيم

يلزم طرفي العقد بعد رفع النزاع أمام قضاء الدول، فإن الاشكال الذي يطرح هو في حالة قيام أحد اطراف النزاع الاستثماري بمخالفة هذا الاتفاق عن طريق رفع النزاع الى القضاء، فهل يتمتع القضاء من نظر النزاع من تلقاء نفسه؟

ذهبت الأنظمة القانونية الوطنية على اختلافها الى تخويل المدعى عليه التمسك بسبق الاتفاق على التحكيم، في حالة احلال أحد أطراف النزاع للاتفاق، فيكون للطرف الاخر تنبيه القضاء الى تنفيذ التزاماته وهذا بالامتناع عن نظر النزاع وهو ما يعرف بالدفع بوجود اتفاق التحكيم⁽⁴⁾، غير أن الاتجاهات الفقهية اختلفت حول الطبيعة القانونية للدفع باتفاق التحكيم أمام الجهات القضائية، حيث اعتبر جانب من الفقه أن هذا الدفع يعد من قبيل الدفع بعدم الاختصاص، كما انه يتعلق بالنظام العام، ولا يمكن للمحكمة أن

⁽¹⁾ نصت المادة 26 من الاتفاقية على أن "موافقة أطراف النزاع على طرحه على التحكيم في نطاق هذه الاتفاقية يعتبر ما لم ينص على

غير ذلك تخلياً عن مباشرة أي طريق آخر للتسوية"

⁽²⁾ بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 417.

⁽³⁾ رشا موسى محمد: مرجع سابق، ص 190، نقلاً عن

Delaumed GR: ICSID, Arbitration and the court, 1983, p2784

⁽⁴⁾ أيسر عصام داؤد سليمان: مرجع سابق، ص 188.

تقضي به من تلقاء نفسها، ويتعين أن يثبته من يهيمه الأمر قبل التطرق الى أي دفاع في موضوع النزاع، في حين اتجه رأي آخر الى اعتباره دفعا بعدم القبول.

1 - الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفع بعدم الاختصاص:

ذهب رأي في الفقه⁽¹⁾ إلى تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم الاختصاص، وأن اختصاص الهيئة التحكيمية يتركز أساسا الى حكم القانون الذي أجاز استثناء سلب اختصاص الجهات القضائية، وهذا يرجع الى الاعتراف بالطابع القضائي للتحكيم، كما أن اعتبار المحكم قاضي بالمعنى الحقيقي يفرض الحديث عن اختصاص المحكم فهذا التفسير يتماشى مع طبيعة التحكيم⁽²⁾، من جانب آخر فإن هذا الدفع لا يمس حق كل طرف في الدعوى، أي في اللجوء الى القضاء ولا يعد نزولا عن هذا الحق، وأن القضاء قد اتجه الى اعتبار أن التحكيم الاجباري يسلب اختصاص المحاكم بنظر منازعات من نوع معين اذا حكمت المحاكم بعدم اختصاصها بنظر تلك المنازعات.⁽³⁾

في ذات السياق يتجه الرأي السائد في فرنسا وايطاليا الى اعتبار الدفع بالتحكيم دفع اجرائي بعدم الاختصاص، ولا شأن له بمسألة قبول الدعوى القضائية، وقد أيدت هذا الاتجاه الأنظمة القانونية المعاصرة، وعلى رأسها التشريع الفرنسي الذي نص صراحة على عدم اختصاص جهة القضاء بالفصل في النزاع اتفق بشأنه على التحكيم، وأوجب عليها الحكم بعدم الاختصاص ما لم يكن اتفق التحكيم ظاهر البطلان ولم يكن النزاع رفع الى محكمة التحكيم، كما أن المشرع الفرنسي يعتبر أن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام الفرنسي، وإنما يتعلق بالمصلحة الخاصة لأطراف النزاع ولا يجوز للمحكمة ان تحكم به من تلقاء نفسها.⁽⁴⁾

على الرغم من اتفاق أنصار هذا الاتجاه بان الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم الاختصاص، إلا أنهم لم يبينوا ما اذا كان يجب على المحكمة التي تقضي بالدفع أن تأمر بإحالة الدعوى القضائية الى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم أم لا؟ في هذا الصدد أوجبت بعض الأنظمة

(1) More- R: Traite elementaire de procedure civile, sig, 1949, p549 - Jean Robert: Arbitrage civil et commercial, cinequiem edition, 1983, p103.

(2) حمد الله محمد حمد: النظام القانوني لشرط التحكيم في المنازعات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 163.

(3) أيسر عصام داؤد سليمان: مرجع سابق، ص 191.

(4) هات محي الدين اليوسفي: مرجع سابق، ص 78.

القانونية ومن بينها التشريع المصري⁽¹⁾، على المحكمة التي تأمر بإحالة الدعوى القضائية الى المحكمة المختصة، تبعا للحكم القضائي الصادر عنها بعدم الاختصاص.⁽²⁾

ساير المشرع الجزائري هذا الاتجاه، بموجب المادة 1045 ق ا م ا، حيث أشارت إلى عدم اختصاص القاضي بالفصل في موضوع النزاع إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الاطراف، باعتبار أن الدفع باتفاقية التحكيم ينزع الاختصاص من القاضي حسب القانون الجزائري⁽³⁾، كما تبنى القضاء الجزائري هذا الرأي في العديد من القرارات منها قرار محكمة استئناف الجزائر رقم 119 الصادر بتاريخ 04-07-1973- قبل صدور قانون الاجراءات المدنية والادارية - وهذا عند عرض نزاع بين شركة جزائرية وشركة يوغوسلافية بينهما عقد تحكيمي دولي، حيث أصدرت المحكمة حكما بعدم اختصاصها وفق للأثر السلبي المترتب على اتفاق التحكيم.⁽⁴⁾

-النقد: تعرض هذا الاتجاه الى النقد، فالحديث عن عدم اختصاص المحكمة بالنزاع يعني أن المحكم هو المختص، والاختصاص انما يكون بصدد توزيع الدعاوى على المحاكم التابعة لجهة قضاء واحدة، وقضاء المحكم ليس قضاء بإحدى محاكم جهة قضائية حتى يمكن الحديث عن اختصاصه بالدعوى، بحيث تكون المحكمة المرفوعة اليها الدعوى غير مختصة، وإذا كان الأمر يتعلق بتوزيع للاختصاص بين محاكم الدولة وهيئة التحكيم، فإنه حتما توزيع للولاية، ومن المسلم به أن ولاية المحكمة أو عدم ولايتها امر يتعلق بالنظام العام، وهو ما يخالف التنظيم الوضعي لولاية هيئة التحكيم.⁽⁵⁾

من جهة أخرى فإن هذا الاتجاه يرى أن الاختصاص هو جزء من ولاية القضاء، ويقوم على توزيع الدعاوى على محاكم الدولة، ولكن المحكم ليس قاضيا عاما يباشر جزءا من ولاية القضاء حتى تثار مسألة

⁽¹⁾ أنظر المادة 110 من ق ت م م ت م رقم 94-27.

⁽²⁾ محمود السيد عمر التحيوي: مفهوم الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم شرطا كان أو مشاركة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2003، ص159.

⁽³⁾ محمد عيساوي: مرجع سابق، ص69.

⁽⁴⁾ قرار محكمة استئناف الجزائر رقم 119 الصادر في 04-07-1983. انظر محمد قبائلي: الاثر السلبي لاتفاق التحكيم في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تلمسان، كلية الحقوق، العدد 11، جانفي 2017، ص64.

⁽⁵⁾ فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص182.

الاختصاص بالنسبة له، وبالتالي لا يمكن القول أن المحكم هو المختص دون المحكمة بحيث يتعين عليها أن تحكم بعدم اختصاصها.⁽¹⁾

من المعطيات السابقة لهذا الاتجاه، يبرز تعارض تأصيل طبيعة الدفع بالتحكيم على انه دفع بانتفاء الولاية مع قواعد الولاية القضائية والاختصاص، فالأخيرة تعد مظهر من مظاهر سيادة الدولة وحصانتها، كما ان قواعدا من النظام أي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، لذلك لا يسوغ القول بان اتفاق التحكيم يسلب ولاية قضاء الدولة .

فعقود الاستثمار الأجنبية بمختلف أنواعها تكون بين طرفين مختلفين من حيث المركز القانوني، الدولة المضيفة للاستثمار أو أحد الاجهزة التابعة ومستثمر اجنبي يملك الامكانيات المادية والفنية، ونظرا لما يتمتع به التحكيم من خصوصية، تجعله مميزا في مواجهة القضاء كونه ذو طابع تعاقدى وأساسه إرادة الأطراف، لذلك قد تدفع الدولة بحصانتها بعد أن اتخذت التحكيم سبيلا لحل منازعاتها، والذي يتصور أن تدفع به بعد نشوب نزاع فعلي بينها وبين الطرف الأجنبي، أين تبدأ اجراءات الخصومة التحكيمية، فمن المتصور تدخل القضاء الوطني كمرقب في حالات محددة⁽²⁾ بالرغم من وجود دعوى التحكيم، وفي كل هذه الحالات يمكن للدولة أن تدفع بحصانتها القضائية حيال تلك الاجراءات، فقاعدة الاختصاص المانع لاتفاق التحكيم أو منع القضاء الوطني من نظر المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم ليست مطلقة، ويمكن ان ترد عليها استثناءات أو قيود، تزيل هذا المنع ليسترد القضاء سلطانه وولايته على موضوع النزاع.⁽³⁾

2 - الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفع بعدم قبول الدعوى القضائية: يرى أصحاب هذا الاتجاه

أن الدفع بوجود اتفاق تحكيم ليس من شأنه أو من طبيعته نزع اختصاص القاضي الوطني⁽⁴⁾ ويستند هذا الاتجاه في ذلك الى أن شرط التحكيم يتضمن تنازلا من قبل اطرافه عن اللجوء الى قضاء الدولة، وبالتالي

(1) أيسر عصام داؤد سليمان: مرجع سابق، ص 197.

(2) يمكن وصف القضاء بالمراقب لقضاء التحكيم عند تناوله لبعض المسائل المتعلقة بدعوى التحكيم، كدعوى بطلان حكم التحكيم، كما يمكن اعتباره قضاء مساند عند تناوله لمسائل حاسمة كاستدعاء الشهود، ونظر دعاوى التزوير المستندات الخاصة بالدعوى، كما يتدخل في تشكيل الهيئة التحكيمية ويأمر باتخاذ الاجراءات الوقتية والتحفظية.

(3) خالد منصور اسماعيل: مرجع سابق، ص 256.

(4) نبيل اسماعيل عمر: التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2005، ص 103.

يتمتع على المحكمة قبولها، وقد ساد هذا الرأي الفقه المصري، ويؤسس اصحاب هذا الرأي اتجاههم على مجموعة من الحجج أهمها:

إن اتفاق على التحكيم لا يمس الشروط الشكلية المتعلقة بالاختصاص وإنما يمس سلطة الخصم في الإلتجاء الى القضاء⁽¹⁾، وبالتالي فهو ينشئ عائقا مؤقتا يمنع المحكمة من نظر الدعوى، ولأن اتفاق التحكيم يؤدي الى نزول الخصوم عن اللجوء الى القضاء، فإن الدعوى تفقد بذلك شرطا من شروط قبولها فيتمتع على المحكمة نظرها⁽²⁾، فهذا الاتجاه يجعل الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفع الموضوعية، اذ يتمسك به الخصم لتبنيه المحكمة الى ترتيب الأثر السليبي لاتفاق التحكيم⁽³⁾، فضلا عن ذلك فإن التشريعات الوطنية على اختلاف مذاهبها واتجاهاتها تشترط ضرورة التمسك بالاتفاق على التحكيم قبل الخوض في موضوع النزاع المتفق، وإلا اعتبر ذلك تنازلا عن التمسك بعدم القبول، ولا يمكن بعد مناقشة موضوع الدعوى العودة الى طلب الحكم بعدم قبول الدعوى القضائية، وهو الموقف الذي تبناه المشرع المصري حيث نص بموجب المادة 13 من ق ت م م ت م على أنه "يجب على المحكمة التي يرفع اليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم ان تحكم بعدم قبول الدعوى".

– **النقد:** وجهت الى هذه النظرية العديد من الانتقادات منها صعوبة التمييز بين مختلف الدفع بعدم القبول فهناك عدم قبول لمخالفة الحق في الدعوى، وشروط قبولها، او مخالفة حق اللجوء الى القضاء وعناصر قيام هذا الحق.⁽⁴⁾

فتكييف الدفع بوجود اتفاق تحكيم على أنه دفع بعدم القبول فيه خلط بين حق الإلتجاء والحق في الدعوى، إلا أن حق الإلتجاء من الحقوق العامة التي لا يجوز التنازل عنها، أما الحق في الدعوى فهو وسيلة استعمال حق الإلتجاء للقضاء، وهو حق لا يعترف به القانون إلا لصاحب الصفة في الدعوى، أما اتفاق

⁽¹⁾ أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والاجباري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1987، ص 126.

⁽²⁾ هات محي الدين اليوسفي: مرجع سابق، ص 73.

⁽³⁾ فايز نعيم رضوان: اتفاق التحكيم وفقا لقواعد الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، مجلة الامن والقانون، العدد الاول، جانفي

2007، ص 101.

⁽⁴⁾ محمد قبايلي: مرجع سابق، ص 66.

التحكيم فهو لا يسلب اطرافه حق اللجوء الى القضاء بل حق استمرار الاجراءات لحين الفصل في موضوع النزاع.⁽¹⁾

كما أن تخلف شرط من شروط قبول الدعوى يجعلها غير مقبولة أمام سائر المحاكم والأمر ليس كذلك عند الاتفاق على التحكيم، لأن وجود هذا الاتفاق يجعل المحكمة العادية وحدها غير مختصة لأنها غير ذات ولاية ما دام التحكيم قائما وصحيحا.⁽²⁾

ثم إن تردد أصحاب هذا الاتجاه في تحديد طبيعة الدفع بالتحكيم، حيث اعتبره البعض على أنه دفع بعدم القبول فعلي، وجانب آخر اعتبره دفعا اجرائيا يتمثل في التنازل عن إجراءات الخصومة القضائية، أما الجانب الثالث ففسره على أنه أشبه بالدفع بعدم الاختصاص المحلي، فهذا التردد وعدم الاتفاق بين أنصار الاتجاه الواحد، من شأنه أن يشكك في صحة تكييفهم لطبيعة هذا الدفع.⁽³⁾

ثانيا: الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم اختصاص المحاكم الوطنية

على الرغم من أن القاعدة العامة التي تحكم مسلك القضاء الوطني فيما يخص منازعات الاستثمار والمتفق بشأنها على التحكيم تتلخص في عدم اختصاص هذا القضاء بالفصل في هذه المنازعات، إلا أن لهذه القاعدة بعض القيود والاستثناءات، لذلك تتنوع الأسباب التي من أجلها يتدخل القضاء الوطني، وهو ما يؤكد وجود تكامل وتعاون بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني للدولة المعنية، فلم تعد العلاقة بين النظامين علاقة تنافسية كما كان عليه الحال في العديد من الدول في فترات سابقة، بل أصبحت العلاقة بينهما علاقة تعاون سواء أثناء سير إجراءات التحكيم كحالات اتخاذ الاجراءات الوقتية والتحفظية، أو في مسائل الطلبات العارضة والمسائل المستعجلة، وحتى ما يعترى الخصومة التحكيمية من عوارض قد تؤدي الى انقطاعها أو وقفها أو غيرها من المسائل.

ولعل الهدف من ذلك هو ممارسة القضاء حدود الرقابة والاشراف على التحكيم بهدف وضع الضوابط التي تكفل السير الحسن للعملية التحكيمية في مجال الاستثمار من أجل تحقيق الغرض منها، وهو ما شجع

(1) أيسر عصام داؤد سليمان: مرجع سابق، ص 205.

(2) هات محي الدين اليوسفي: مرجع سابق، ص 75.

(3) أيسر عصام داؤد سليمان: المرجع نفسه، ص 205.

الانظمة القانونية على اختلافها على اعطاء القضاء الوطني دور مهم في مجال التحكيم. وعلى الرغم من تعدد صور تدخل القضاء الوطني والتي تشمل تدخله كمساعد للهيئة التحكيمية ومراقب لعملها، الى جانب تدخله في بعض المسائل التي تخرج عن اختصاص الهيئة التحكيمية، ويتعلق الامر باتخاذ الاجراءات الوقوتية والتحفظية، وتوفير الادلة والبحث عنها، فضلا عن ذلك فإن القضاء يتدخل بصفته مراقب لأعمال الهيئة التحكيمية من خلال الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم.

غير أننا سنكتفي في هذا المقام بدراسة تدخل القضاء في اتخاذ الاجراءات الوقوتية والتحفظية، باعتبار أن المحكم لا يملك سلطة الاجبار التي يملكها القاضي، على أن يأتي تفصيل باقي صور تدخل القضاء ضمن الباب الثاني وفق المنهجية المتبعة في هذه الدراسة.

حيث يعبر مبدأ انعقاد الاختصاص للمحاكم الوطنية بشأن اتخاذ الاجراءات الوقوتية والتحفظية عن الرغبة في المساهمة في تحقيق فاعلية التحكيم التجاري الدولي، فلا يقف القاضي والمحكم في ظل التطور الذي لحق بنظام التحكيم وفلسفته، فهذه الاجراءات تعتبر صورة من صور الاستعجال التي يتولد عنها حاجة ملحة الى توفير حماية قضائية عاجلة لتفادي وقوع ضرر بالحقوق والمراكز القانونية⁽¹⁾، لذلك توجد متطلبات وشروط ضرورية لا بد من مراعاتها لاتخاذ هذه التدابير وهي تتعلق ب: توافر الاستعجال⁽²⁾، عدم المساس بأصل الحق⁽³⁾، شرط وجود الحق⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 421.

⁽²⁾ الاستعجال هو الخطر الحقيقي المحدق بالحق المراد المحافظة عليه، والذي يلزم درؤه عنه بالسرعة، ولا يتواجد هذا الخطر إلا إذا كان الضرر محدقا ونهائيا ولا يمكن إزالته إذا وقع. محمد نور عبد الهادي شحاته: النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمن، دار النهضة العربية، د س ن، ص 183.

⁽³⁾ توفر التدابير حماية مؤقتة وسريعة حتى يفصل في موضوع النزاع نهائيا، لذلك فإن القاضي الذي يأمر بهذه التدابير يجب عليه عدم المساس بأصل الحق المتنازع عليه، لأن أصل الحق يظل محجوزا لهيئة التحكيم، لذلك فإن هذه التدابير والصادرة من القضاء لا تكون لها حجية في ما يتعلق بموضوع النزاع عند نظره أمام الهيئة التحكيمية. أبو العلا علي أبو العلا النمر: النظام القانوني للتدابير الوقوتية والتحفظية في مجال التحكيم، دار النشر الالكتروني، د ت ن، ص 98.

⁽⁴⁾ يقصد بوجود الحق أن يقوم القاضي أو المحكم بفحص المستندات والادلة المقدمة من طالب هذا الاجراء، على أن يكون بحثه سطحي لا موضوعيا يدل على احتمال وجود هذا الحق أو عدم قيام هذا الاحتمال، بمعنى آخر أن يكون بحثه عرضيا يستحسن به ما يحتمل لأول وهلة أن يكون هو وجه الصواب في الطلب المعروض. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، 2001، ص 132.

لا ينبغي الخلط بين مصطلح التدابير الوقائية ومصطلح التدابير التحفظية، رغم انهما يهدفان إلى إسباغ حماية لا تمس موضوع النزاع، أي حماية الحقوق والمراكز القانونية أثناء سير الدعوى، إلا أنه من الصعوبة بمكان وضع تعريف دقيق جامع ومانع للتدابير الوقائية والتحفظية، ومرجع ذلك ان هذه التدابير لها صور وأشكال مختلفة⁽¹⁾، تختلف باختلاف صور الحماية التي توفرها للخصوم

التدابير الوقائية يقصد بها التعويض المؤقت الذي يطلبه أحد أطراف النزاع في خصومة التحكيم وأثناء سير الإجراءات، حتى يتم الفصل نهائيا في طلب التعويض، فهذه التدابير تهدف إلى حماية مصلحة مستعجلة، إلا أنها لا ترمي إلى الحصول على حكم حاسم نهائي في موضوع النزاع، وإنما هي حماية مؤقتة تحل مؤقتا محل الحماية القضائية⁽²⁾، فإذا طلب أحد أطراف الخصومة التحكيم من هيئة التحكيم تعويضا مؤقت قبل الفصل في الموضوع، واستجابت له هيئة التحكيم، فلا يعني ذلك أن هذا الطرف هو صاحب الحق، ولكن يمكن القول أنه توافرت الشروط المطلوبة لحمايته بصفة مؤقتة، ومن ثم يمكن أن يصدر الحكم النهائي لصالح الطرف الأخر، وهو المقصود من أن الحكم الصادر في التدابير الوقائية لا يجوز حجية أمام القاضي عند الفصل النهائي في الدعوى.⁽³⁾

أما التدابير التحفظية فهي التدابير التي ترمي إلى المحافظة على الحق لضمانه في المستقبل، فهي وسائل تكفل وجود الحق عندما يصدر حكم في موضوع النزاع، ومن ذلك نجد الحجز التحفظي الذي يهدف إلى المحافظة على أموال المدين ويتيح للدائن بعد الحصول على حكم بثبوت الحق وصحة الحجز باستيفاء حقه.⁽⁴⁾

(1) حاول البعض تقسيم وتجميع هذه التدابير حسب شكلها أو وفقا للغرض منها تلافيا لوضع تعريف غير دقيق على النحو التالي:

- أولا: تدابير تهدف إلى تحقيق توازن في العلاقات القانونية بين الخصوم أثناء سير خصومة التحكيم.
- ثانيا: تدابير ترمي إلى أحداث حالة واقعية أو قانونية لضمان تنفيذ الحكم الذي سيصدر في المستقبل. أبو العلا علي أبو العلا النمر: مرجع سابق، ص 21.

- ثالثا: تدابير تهدف إلى حفظ الأدلة اللازمة للفصل في النزاع.

(2) علي الشحات الحديدي: التدابير الوقائية والتحفظية في التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 19.

(3) أبو العلا علي أبو العلا النمر: النظام القانوني للتدابير الوقائية والتحفظية في مجال التحكيم، مرجع سابق، ص 18.

(4) مهند أحمد الصانوري: دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الاردن،

من تطبيقات التدابير الوقائية والتحفظية في مجال خصومة التحكيم نجد طلب اثبات حالة أو اجراء معين، استدعاء خبير للقيام بمهمة لها طابع فني أو محاسبي، طلب الأمر باتخاذ تدابير للمحافظة على السلع والمعدات موضوع النزاع، أو طلب بيعها اذا كانت سريعة التلف، أيضا طلب اجراء الصيانة اللازمة للمشروع الاستثماري خشية تعرضه للهلاك، وطلب تعويض مؤقت الى حين الفصل في موضوع النزاع.⁽¹⁾

فضلا عن ذلك فإن هذا الطلب تبرز أهميته في انقاذ المستثمر الأجنبي من مخاطر التوقف عن دفع ديونه المستحقة، كما يبرز في عقود الاستثمار الأجنبية الضخمة، فقد يقوم المستثمر بتنفيذ المشروع بالكامل وبالتالي تكون له مستحقات مالية كبيرة في ذمة الدولة المضيفة للاستثمار، ولكن ونظرا لوجود خلاف يتعلق بإجراءات التسليم القانوني للمشروع او عدم مطابقة بعض الاعمال للمواصفات المتفق عليها، تمتنع الدولة عن تسليم المستثمر الأجنبي المستخلصات المتبقية، وهنا يجد المستثمر نفسه مجبرا على اللجوء الى التحكيم لحل النزاع، وعلى الرغم من السرعة التي يتميز بها نظام التحكيم الا أن حسم هذا النزاع وباعتباره يتعلق بعمليات هندسية وفنية ومحاسبية، فإنه يستغرق وقتا ليس بالقليل. لذلك يتم اتخاذ اجراءات سريعة وفورية إلى أن يتم الفصل في النزاع.

في ذات السياق تثير التدابير المؤقتة والاجراءات التحفظية في مجال منازعات الاستثمار، التساؤل حول ما اذا كان يتم اتخاذها من طرف هيئة التحكيم، أو من جانب قضاء الدولة ؟ للإجابة على هذا التساؤل سنبين موقف والفقهاء والتشريعات الوطنية على النحو التالي:

أ- موقف الفقه من تحديد الجهة المختصة باتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية: اختلف جمهور الفقهاء حول تحديد الجهة المختصة باتخاذ الاجراءات الوقائية والتحفظية، فظهرت ثلاث اتجاهات رئيسية:

1- الرأي الأول: منح قضاء الدولة سلطة الفصل في الاجراءات الوقائية والتحفظية وينطلق أنصار هذا الاتجاه⁽²⁾، من فكرة مستقرة في الفقه والقانون المقارن والقضاء⁽³⁾ وهي أن اتفاق التحكيم له أثر سالب، بمعنى أنه يترتب عليه حجب الاختصاص عن القضاء الوطني، في المنازعات المتفق بشأنها على

⁽¹⁾ أبو العلا علي أبو العلا النمر: النظام القانوني للتدابير الوقائية والتحفظية في مجال التحكيم، مرجع سابق، ص 23.

⁽²⁾ Eric Loquin: Les pouvoirs des arbitres internationaux a la lumiere de l'evolution recente du droit l'arbitrage international, Clunet, 1983, p293.

⁽³⁾ أخذ بهذا الاتجاه قانون التحكيم الايطالي لعام 1994، قانون التحكيم السويسري لعام 1969، أحكام غرفة التجارة بباريس ICC

في الحكم الصادر في القضية رقم 6653 لعام 1993، Journal de Droit International, Clunet, 1993, P1040

التحكيم، إلا أن هذا الأثر يقتصر على موضوع النزاع، ولا يشمل المسائل الأخرى التي تثور بشكل تبعي كالإجراءات الوقتية والتحفظية.⁽¹⁾

الطابع الخاص للتحكيم من شأنه أن يحد من السلطات التي يتمتع بها المحكم، وبالتالي يقلل من فعاليته، وهو ما يدفع المحكم الى الاعتماد على القضاء بشأن التدابير الوقتية الصادرة عن المحاكم التابعة للدول⁽²⁾، ثم ان تدخل القضاء المستعجل في هذه المسائل لن يتعارض مع اختصاص الهيئة التحكيمية الاصلي، طالما ان تدخله مشروط بعد التدخل في موضوع النزاع، وان الابقاء على تدخله تبرره الضرورة العملية الناتجة عن وجود حالة الاستعجال⁽³⁾، والتي تتطلب إجراءات سريعة وفعالة، والتحكيم لا يوفر للخصوم هذه الاحتياجات، كما أنه لا يقدم الضمانات الكافية لمواجهة هذه الحالات، لأجل ذلك تم الابقاء على سلطة القضاء المستعجل حتى مع اللجوء الى اتفاق التحكيم.⁽⁴⁾

2- الرأي الثاني: منح هيئة التحكيم سلطة الفصل في الإجراءات الوقتية والتحفظية ويعتمد هذا الاتجاه على الطابع الاختياري الاتفاقي لنظام التحكيم، ويرى أن ارادة الاطراف باعتبارها جوهر التحكيم، فيمكن أن تخول هيئة التحكيم سلطة الفصل في المسائل التحفظية والوقتية، فسلطة المحكم في اتخاذ هذه الإجراءات لا تتعلق بالإجراءات وإنما بالاختصاص، والأساس الذي يستند عليه المحكم هو اتفاق الأطراف أو نص القانون.⁽⁵⁾

⁽¹⁾ أبو العلا علي أبو العلا النمر: النظام القانوني للتدابير الوقتية والتحفظية في مجال التحكيم، مرجع سابق، ص 194.

⁽²⁾ حفيظة السيد حداد: مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، د.ت.ن، ص 19.

⁽³⁾ لم تخرج أحكام القضاء الفرنسية عن هذا الاجماع الفقهي، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأن "وجود شرط التحكيم لا يمنع

القضاء المستعجل من أن يأمر بأي اجراء وقتي طالما وجدت حالة الاستعجال"، Cass civ. 17juill 1957 bull civ, 2, n546.

p.354. كما قضت نفس المحكمة بأن "الاتفاق على التحكيم لا يمثل عقبة أمام قاضي الامور المستعجلة في أن يأمر باجراءات التحقيق

المناسبة وذلك اذا كان هناك سبب مشروع لاثبات حالة معينة، وهذا قبل النظر في الموضوع." Cass civ. 20dec, 1982 bull civ,

3, n260, p195.

⁽⁴⁾ هات محي الدين اليوسفي: مرجع سابق، ص 193.

⁽⁵⁾ Jean Francois et Sebastien Besson: Droit comparé de l'arbitrage international, Bruxelles, L.G.D.J, 2002, n608, p552.

ثم إن هيئة التحكيم هي الأقدر في تقدير مدى ملائمة اتخاذ مثل هذه الاجراءات، لأن منح قضاء الدولة الاختصاص في هذا الشأن من شأنه أن يؤدي إلى تجزئة الاختصاص وتوزيع النزاع، مما قد ينتج عنه صدور أحكام متناقضة تصعب دور الهيئة التحكيمية عند الفصل في الموضوع.⁽¹⁾

تعرض هذا الرأي الى الانتقاد فسلطة المحكم في اتخاذ هذه الاجراءات عديمة الأثر من الناحية العملية، والسبب هو أن مهمة المحكم مقيدة بحدود معينة، ومرجع ذلك أن اختصاص المحكم لا يمتد إلى جميع التدابير التي يختص بها القضاء، ثم إن عدم اجتماع الهيئة التحكيمية بصورة دائمة، فهي تجتمع في فترات متفاوتة أو متباعدة يفوت الفرصة لاتخاذ هكذا إجراءات.⁽²⁾

كما يشهد الواقع العملي أن هيئة التحكيم تتجرد من وسائل الجبر والإكراه ولا يمكنها تنفيذ هذه التدابير، ثم إن احترام مبدأ المواجهة كإجراء جوهري يتعين على الهيئة التحكيمية احترامه من شأنه أن يؤثر على فاعلية الاجراء التحفظي نظرا لانعدام عنصر المفاجأة في اتخاذه، ففي ظل هذه المعطيات يبدو أن منح هيئة التحكيم هذا الاختصاص لا تبدو له أهمية عملية إلا في حالة واحدة، وهي قيام الطرف الذي اتخذ ضده هذا الاجراء بتنفيذه اختياريا، وفي غير هذه الحالة يظهر عجز النصوص القانونية التي تخول هيئة التحكيم هذه السلطة.⁽³⁾

3- الرأي الثالث: منح هيئة التحكيم وقضاء الدولة سلطة الفصل في الاجراءات الوقتية والتحفظية ويذهب أنصار هذا الاتجاه إلى اشراك هيئة التحكيم مع قضاء الدولة في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية، أي توزيع الاختصاص بين الجهازين، بهدف الحفاظ على مصالح وحقوق أطراف النزاع، وبين قضاء الدولة الذي يختص بالإجراءات التي تكفل تنفيذ التدابير الصادرة عن هيئة التحكيم، معنى ذلك أن يكون الاختصاص مشتركا حتى ولو اتفق اطراف النزاع على اختصاص هيئة التحكيم، لأن اختصاصها لا ينفي تدخل القضاء بنظر هذه المسائل.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ هات محي الدين اليوسفي: مرجع سابق، ص191.

⁽²⁾ مرجع نفسه، ص191.

⁽³⁾ أبو العلا علي أبو العلا النمر: القانون الواجب التطبيق على المسائل الاجرائية في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الاولى، 1995، ص94.

⁽⁴⁾ هات محي الدين اليوسفي: المرجع نفسه، ص195.

كما أنه لا يوجد تعارض بين اختصاص الجهتين في ذات الوقت ومرجع ذلك أن القضاء الوطني يوفر للحقوق المتنازع عليها حماية مستعجلة او وقتية، في حين ان محكمة التحكيم توفر للأطراف الحماية الموضوعية لذات الحقوق، أي أن تنظيم الاختصاص المشترك يكون على أساس أن هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص العام وأن اللجوء الى التحكيم هو الاستثناء أو العكس، وقد يتم تنظيم الموضوع بهدف احداث نوع من التوازن والمساواة بين الجهتين.⁽¹⁾

ب - موقف التشريعات الوطنية من تحديد الجهة المختصة باتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية.

اعترف المشرع الجزائري بدور القضاء في اتخاذ الاجراءات الوقائية والتحفظية، فلا يترتب على الاثر السالب لاتفاق التحكيم ان المحكمة المختصة ترفع يدها تماما عن موضوع النزاع محل التحكيم، حيث اعتبرت المادة 1046 من ق ا م ا على أنه يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر باتخاذ تدابير مؤقتة او تحفظية بناء على طلب أحد أطراف النزاع، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك، أما اذا لم يرقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير اراديا، فإنه يجوز لهيئة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي، كما يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع هذه التدابير لتقديم ضمانات ملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدابير.

أما فيما يتعلق بالاختصاص فإنه يؤول إلى رئيس المحكمة حسب ما ورد في نصوص المواد 1041-1046 على التوالي من ق ا م ا، وهنا لابد من التفرقة بين ما إذا كان التحكيم يجري في الجزائر أين يؤول الاختصاص إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، أما إذا لم يعين مكان التحكيم فإن الاختصاص يؤول إلى المحكمة التي يقع في دائرتها مكان ابرام العقد أو تنفيذه⁽²⁾، في حين أنه إذا كان التحكيم يجري في الخارج وإختار أحد طرفي النزاع تطبيق الاجراءات المعمول بها في الجزائر، فإن ذلك يستوجب تقديم طلب التدخل الى رئيس المحكمة المختص عن طريق عريضة، على أن يفصل رئيس المحكمة ي الطلب بموجب أمر على عريضة دون مواجهة بين أطراف النزاع.

⁽¹⁾ أبو العلا علي ابو العلا النمر: القانون الواجب التطبيق على المسائل الاجرائية في مجال التحكيم، مرجع نفسه، ص 216-218.

⁽²⁾ أنظر المادة 1042 من ق ا م ا رقم 08-09.

كما حرص المشرع المصري في القانون رقم 94/27 المتعلق بالتحكيم على تأكيد اختصاص القضاء المصري على الرغم من وجود اتفاق على التحكيم بشأن العديد من المسائل، فعلى سبيل المثال نصت المادة 17 على تدخل القضاء المصري بناء على طلب أحد طرفي التحكيم من أجل حل المشاكل المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم، أما المادة 20 من ذات القانون فقد أشارت الى أنه اذا تعذر على المحكم اداء مهمته أو لم يباشرها أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير لا مبرر له في اجراءات التحكيم، ولم يتنح ولم يتفق الطرفان على عزله، جاز للمحكمة انهاء مهمته بناء على طلب أي من الطرفين، والى جانب هذه المواد التي تشكل نوعا من المساعدة لتدخل القاضي الوطني، فإنه يتدخل أيضا اثناء قيام هيئة التحكيم بأداء وظيفتها في صور الأمر باتخاذ الاجراءات الوقتية والتحفظية على نحو ما نصت عليه المادة 14 من قانون التحكيم⁽¹⁾، حيث أشارت الى أنه يجوز للمحكمة المشار اليها في المادة 9⁽²⁾، من هذا القانون أن تأمر بناء على طلب أحد أطراف التحكيم باتخاذ تدابير مؤقتة او تحفظية سواء قبل البدء في اجراءات التحكيم أو اثناء سيرها، أما المادة 24 من ذات القانون فقد اعتبرت أنه يجوز لأطراف النزاع الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم وبناء على طلب أحدهما، أن تأمر أيا منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية، كما لها أن تطلب ضمان كاف لتغطية نفقات التدابير التي تأمر بها.

يبدو أن اعتراف المشرع المصري للقضاء باتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية على الرغم من وجود اتفاق التحكيم، يفيد أن هذا الأخير لا يشكل عقبة تحول دون اختصاص المحاكم المصرية، كما أن انعقاد الاختصاص لها لا يفيد تنازل الأطراف عن اللجوء الى القضاء العادي⁽³⁾، بل أنه لا مانع من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بنظر المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت، ولو كان النزاع مرفوعا أمام هيئة التحكيم، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد التزم الصمت بالنسبة لمسألة الاختصاص باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية، وخالف بذلك المشرع المصري، ومع ذلك فإن القضاء الفرنسي استقر على اختصاص القاضي المستعجل باتخاذ هذه التدابير رغم وجود اتفاق التحكيم سواء قبل البدء في اجراءات التحكيم، أو أثناء السير فيها، ويستند القاضي في ذلك الى نصوص المواد 808-809/1 من ق ا م ف، وتأسيسا على ذلك يمكن لأحد أطراف النزاع اللجوء الى القضاء لطلب اصدار أمر بذلك.⁽⁴⁾

(1) حفيفة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 282-283.

(2) نصت المادة 9 من ق ت م م ت م على أنه "يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها الى هذا القانون الى القضاء المصري، للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع، أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا، سواء جرى في مصر أو في الخارج، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة، مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف اخرى في مصر."

(3) محسن شفيق: مرجع سابق، ص 198.

(4) هات محي الدين اليوسفي: مرجع سابق، ص 189.

ملخص الباب الأول.

تشكل الاستثمارات الأجنبية مسألة حساسة في الاقتصاد الدولي ومحل خلاف بين البلدان المصنعة والبلدان النامية، هذه الأخيرة التي تسعى إلى الحفاظ على سيادتها الاقتصادية وتوجيه الاستثمار لتحقيق أهدافها التنموية، في مقابل ما يتطلع له المستثمر الأجنبي من توفير ضمانات لحفظ حقوقه في مواجهة دولة مضيضة بإمكانها أن تؤمم استثماره أو تعدل تشريعاتها الداخلية بما يضعف مركزه القانوني، وإذا كان من الثابت أن العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيضة وان ظهرت حسنة في بدايتها، إلا أنها سرعان ما تتغير نتيجة تعارض المصالح بين الطرفين، فنجد أن حقوق وتوقعات المستثمر الأجنبي تعاني من عقبات غير متوقعة، مما يثير العديد من المنازعات بين الطرفين نظرا لما تتمتع به هذه العقود من خصوصية ناجمة عن كونها ترم بين طرف عام يتمثل في الدولة أو إحدى المؤسسات العامة التابعة لها ذات سيادة، وبين طرف أجنبي خاص.

على الرغم من تعدد الوسائل البديلة عن التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، إلا أنه يشكل الملاذ النهائي، على نحو يمكن القول بأن عقود الاستثمار أصبحت لا تتم بغير اتفاق التحكيم، وعلى الرغم من أن الدولة تتولى مهمة الفصل في النزاعات عن طريق قضائها الداخلي، إلا أنها أقرت نظام التحكيم في مجال الاستثمار كوسيلة لحل ما ينشأ عن هذه العلاقات الدولية من منازعات مع الطرف الأجنبي، لذلك فهو يمثل القضاء الأصيل الذي وجد فيه الأطراف مقصدهم بوصفه قضاء متخصص نظرا لما يتميز به من بساطة وسرعة في الاجراءات، من أجل الحفاظ على الثقة والتي يسعى الأطراف الى الاحتفاظ بجوانبها المختلفة في طي الكتمان نظرا للحساسية والسرية التي تصاحب منازعات عقود الاستثمار الأجنبي على وجه الخصوص، حيث اتسع نطاق اللجوء إليه مسجلا بذلك اتجاهها متصاعدا نحو الإفلات من سلطان قضاء الدولة وسلطان الأنظمة القانونية الذي تصنعه مع ما يشوبها من قيود وتعقيد، إلى قضاء خاص يضعه أطراف النزاع بأنفسهم، ليتلاءم مع مقتضيات الاستثمار الأجنبي.

التراضي على التحكيم يمثل بداية الاتفاق عليه لفض النزاعات، فإن هذا الاتفاق قد يأتي في صورة شرط أو بند في العلاقة التعاقدية، ويسمى شرط التحكيم، كما قد يأتي في صورة اتفاق لاحق ويسمى مشاركة تحكيم، ويترتب على هذا الاتفاق متى قام صحيحا بمراعاة الشروط المتطلبة له مجموعة من الآثار اجرائية وأخرى موضوعية تتمثل في اكتساب اتفاق التحكيم ومبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، أما الآثار الاجرائية فتتمثل في امتناع محاكم الدولة من نظر أي نزاع يوجد بشأنه اتفاق التحكيم وهو ما يعرف بالأثر المانع، ومبدأ الاختصاص بالاختصاص.

الباب الثاني

الأحكام الإجرائية للتحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

يشكل الجانب الاجرائي للتحكيم التجاري الدولي في مجال منازعات الاستثمار الأجنبي المرجع الأساسي للفصل في النزاع المعروض على هيئة التحكيم، لذا كان لزاما ان تحاط الدعوى التحكيمية بمجموعة من الاجراءات تشكل دعامة أساسية بجانب إرادة الاطراف، فأساس التحكيم هو اتفاق الأطراف الذي يحدد قدر المرونة التي يتمتع بها المحكم للفصل في النزاع فقد يقيد بنظام إجرائي معين عن طريق اختيار القانون الواجب التطبيق على العملية التحكيمية، أما في حالة عدم اتفاقهم فإن الاختصاص يؤول الى الهيئة التحكيمية التي يقيد بها الالتزام بالمبادئ الأساسية للتقاضي والتي يلزم ان تواكب إجراءات التحكيم في جميع مراحله، فالعدالة المطلوب تحقيقها، لا تنحصر في ممارسة أطراف النزاع حقوق الدفاع فحسب، بل تهدف بشكل واسع الى ممارسة المحكم لمهامه باستقلال وحياد تام. وكما هو مسلم فإن العملية التحكيمية تنتهي بحكم تحكيمي فاصل في النزاع المعروض عليها حائز لقوة الشيء المقضي فيه، غير أن نجاح نظام التحكيم والتسليم بأفضليته لحل منازعات الاستثمار الاجنبي يتوقف على الاعتراف بهذا الحكم وتنفيذه خاصة خارج الدولة التي صدرت فيها هذه الأحكام. ثم إن من صدر ضده حكم التحكيم سيحاول إثارة العقبات عن طريق الطعن فيه، ومما لا شك فيه أن الطعن في الحكم يمس بفعالية التحكيم، لذا يكون من الضروري ومن أجل المساهمة في استقرار التحكيم وتدعيم وضمأن فعاليته، وضع نظام محدد وواضح لطرق المراجعة⁽¹⁾، لاسيما وان طرق الطعن تختلف من تشريع لآخر، فبعض تشريعات التحكيم تخضع احكام المحكمين لنفس طرق الطعن المقررة في الأحكام القضائية، عن طريق الاستئناف، في حين جعلت تشريعات أخرى الطعن فيه عن طريق دعوى البطلان.

بناء على هذه الاعتبارات تقسم الإجراءات التي تتم ضمنها العملية التحكيمية إلى مرحلتين: المرحلة التي تسبق صدور الحكم التحكيمي، ويقصد بها الإجراءات الواجب إتباعها لرفع الدعوى التحكيمية في منازعات الاستثمار، تليها مرحلة صدور حكم التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي وما يترتب على صدوره من اثار من حيث التنفيذ والطعن فيه.

تفصيلا لهذه المعطيات، سنقسم هذا الباب إلى فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول: التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي

الفصل الثاني: حكم التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

⁽¹⁾ بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 435.

الفصل الأول

التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

تعتبر القواعد الإجرائية التي تحكم سير الخصومة التحكيمية من المسائل الجوهرية في فلسفة التحكيم الدولي بحسبان أن أطراف النزاع إنما يلجؤون إلى هذا النظام إنما يهدفون إلى تفادي أي تعطيل قد يصبح محتما إذا أتبعت القواعد الإجرائية والشكلية في القوانين الوطنية، وهو الأمر الذي ينفر منه المستثمر الأجنبي في مجال عقود الاستثمار.

بالرغم من أن إجراءات التحكيم تتفق بوجه عام مع غيرها من إجراءات التحكيم في مختلف المنازعات الأخرى، حيث تخضع لنفس القواعد الخاصة ببدء الإجراءات والاحطار بها وتعيين المحكمين وردهم وإبداء الخصوم لطلباتهم واتخاذ هيئات التحكيم للقرارات الخاصة بتعيين الخبراء وسماع المرافعات وشهادة الشهود، وتقديم المذكرات وتنفيذها، إلا أن التحكيم في منازعات عقود الاستثمار يتسم بخصوصية تميزه عن التحكيم في سائر المنازعات الأخرى، نتيجة تباين نوعية المنازعات التي تتصدى لها هيئة التحكيم، والتي تنبع أساسا من حقيقة أن أحد أطراف النزاع هو شخص عام يتعامل مع شخص خاص أجنبي، وأن موضوع هذه العقود هو تحقيق التنمية لموارد الدولة المضيفة للاستثمار، مما يجعل منازعات هذه العقود لا تخلو من خلفية سياسية واقتصادية دولية⁽¹⁾، الأمر الذي يترتب عليه اختيار نوع التحكيم الملائم لخصوصية منازعاتها.

في ما يلي نبحث في هذا الفصل تحريك خصومة التحكيم، والقانون الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية في منازعات الاستثمار الأجنبي وفق مايلي:

المبحث الأول: تحريك الخصومة التحكيمية في منازعات الاستثمار الأجنبي.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية في منازعات الاستثمار الأجنبي.

⁽¹⁾ بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، دراة في ضوء احكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، مرجع سابق، ص 27.

المبحث الأول

تحريك الخصومة التحكيمية في منازعات الاستثمار الأجنبي.

يستدعي تحريك الخصومة التحكيمية في منازعات الاستثمار الأجنبي، قيام الدولة المضيفة للاستثمار أو المستثمر الأجنبي بتقديم طلب تحكيم ايا كان نوعه حر أو مؤسسي، وعلى اساس قبول هذا الطلب يتم الاتفاق على اختيار أعضاء الهيئة التحكيمية، وهو ما يعني قيام المحكمين بالممارسة الفعلية للمهمة التي تم اختيارهم لانجازها، وهذا يقتضي دعوة الخصوم لإبداء ادعاءاتهم ودفعهم وتقديم مستنداتهم وأدلتهم الثبوتية، مع ما يترتب على ذلك من تتابع للإجراءات من تحديد مكان التحكيم واللغة التي يسري عليها، وتنظيم حقوق الدفاع وسماع الشهود والخبرة وكيفية مراعاة المبادئ الأساسية للتقاضي بين أطراف النزاع، كما سيكون الحديث في هذا المبحث عن العوارض التي يمكن أن تطرأ على خصومة التحكيم شأنها شأن الخصومة القضائية، والتي تؤثر على السير الحسن لخصومة التحكيم.

تفصيلا لهذه المعطيات سنتعرض في هذا المبحث إلى إجراءات تحريك الخصومة التحكيمية، يليها الحديث عن سير الإجراءات التحكيمية وعوارض خصومة التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي على النحو التالي:

المطلب الأول: بدء إجراءات التحكيم.

المطلب الثاني: سير إجراءات التحكيم وعوارض خصومة التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

المطلب الأول: بدء إجراءات التحكيم

لا يكاد يخلو قانون وطني أو اتفاقية دولية أو لائحة مركز تحكيم من قاعدة تحدد كيفية تنظيم خصومة التحكيم من الناحية الإجرائية، وذلك لتحديد نوع العلاقة التي تربط الخصوم بالهيئة التحكيمية،⁽¹⁾ وعموما تنظم خصومة التحكيم في منازعات الاستثمار بداية بتقديم طلب التحكيم ليتم تشكيل الهيئة التحكيمية المعنية بالفصل في النزاع، وهو ما سنتطرق له وفق مايلي:

الفرع الأول: طلب التحكيم.

الفرع الثاني: تشكيل هيئة التحكيم.

⁽¹⁾ ناصر عثمان محمد عثمان: النظام القانوني لمسؤولية المحكم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص101.

الفرع الأول: طلب التحكيم

تبدأ إجراءات خصومة التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي بتقديم الدولة المضيفة للاستثمار أو المستثمر الأجنبي طلباً⁽¹⁾ متضمناً الإفصاح عن الاعتداء على مركز قانوني له ويطلب حمايته⁽²⁾، أو هو كل طلب يوجهه أحد الطرفين أو ممثله القانوني إلى الطرف الآخر، أو إلى مركز التحكيم المتفق عليه، يخطر فيه برغبته في رفع النزاع إلى التحكيم، واتخاذ الإجراءات اللازمة لتحريك الدعوى التحكيمية⁽³⁾، لذلك فإن تحديد تاريخ بدء الإجراءات يعني تعيين الوقت الذي رفعت فيه الدعوى أمام هيئة التحكيم، وعلى ضوء هذا التاريخ يبدأ حساب ما قد يتفق عليه الأطراف من مواعيد، كمواعيد تبادل المذكرات وتسليم المستندات خلال فترة معينة في خصومة التحكيم⁽⁴⁾، كما تمتد أهميته لمعرفة المهلة التي يجب أن يصدر خلالها حكم التحكيم.⁽⁵⁾

تفصيلاً لما تقدم سنتعرض إلى إجراءات تقديم الطلب وفق التشريعات الوضعية المنظمة للتحكيم، ووفق لوائح مراكز أو مؤسسات التحكيم، ونصوص الاتفاقيات الدولية، وفق مايلي:

أولاً - طلب التحكيم وفق التشريعات الوطنية.

عمدت بعض الدول بالنص في تشريعاتها على تحديد وقت بدء خصومة التحكيم، واستندت لذات المعايير التي اخذت بها لوائح مراكز أو مؤسسات التحكيم، غير أن المشرع الجزائري لم يورد نصاً صريحاً فيما يخص بدء إجراءات التحكيم، إلا أنه يمكن أن يستخلص من نص المادة 1018 ق.ا.م.ا إن تاريخ بدء الإجراءات يبدأ من تاريخ تعيين المحكمين أو إخطار محكمة التحكيم⁽⁶⁾، كما لم ينص ق.ا.م.ا على بيانات محددة في طلب التحكيم، على أنه جرت العادة ولكي يحقق الطلب الغرض منه ان يتضمن: اسم الطالب اذا كان دولة أو المستثمر الأجنبي وعنوانه، وذكر من يمثله قانوناً أمام هيئة التحكيم وعنوانه، واسم المدعى عليه وعنوانه، وموجز لموضوع النزاع مع الإشارة إلى العقد الذي يتصل

⁽¹⁾ إذا كانت الخصومة القضائية تنشأ وترتب كافة اثارها القانونية بايداع عريضة الدعوى بقلم كتاب المحكمة المختصة، كما أنها لا تسري في مواجهة المدعى عليه إلا بعد اعلانها على الوجه المطلوب قانوناً، فإن الأمر مغاير تماماً بالنسبة للخصومة التحكيمية نظراً لنشأتها الاتفاقية، فإجراءات الخصومة التحكيمية تبدأ بتقديم الطلب من طرف أطراف النزاع الاستثماري. عاشور مبروك: التحكيم، مرجع سابق، ص 140.

⁽²⁾ ابراهيم أحمد ابراهيم: مرجع سابق، ص 117.

⁽³⁾ زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 272.

⁽⁴⁾ هفال صديق اسماعيل: مرجع سابق، ص 244.

⁽⁵⁾ لما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص 107.

⁽⁶⁾ نصت المادة 1018 ق.ا.م.ا رقم 08-09 على أنه "يكون اتفاق التحكيم صحيحاً ولو لم يحدد أجلاً لانتهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون اتمام مهمتهم، في ظرف أربعة أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم، أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم."

به النزاع شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم، وقد جرت العادة أيضا على ان يتضمن الطلب اسم المحكم الذي عينه الطالب، اذا كانت الهيئة مشكلة من اكثر من محكم⁽¹⁾.

إذا أخذنا بعين الاعتبار أن المشرع اشترط ضرورة قبول المحكمين للمهمة المسندة اليهم، وإلا كان تشكيل هيئة التحكيم باطلا وذلك إستنادا إلى نص المادة 1015 من ق.ا.م.⁽²⁾، فإن ذلك يثير التساؤل حول أي التاريخين نعتد به لبدء الإجراءات، تاريخ قيام الأطراف بتعيين المحكمين، أو تاريخ قبول المحكمين للمهمة المسندة اليهم؟.

بالرجوع إلى نصوص المواد 1015 و1018 من ق.ا.م.ا، يمكن القول أن إجراءات التحكيم تبدأ من تاريخ اعلان المحكم أو المحكمين بقبولهم المهمة المسندة اليهم، على اعتبار أن تعيين المحكم فقط دون قبوله لمهمته لا يعد تشكيلا صحيحا لبداية الإجراءات، كما ان اعتبار ذلك قد يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم بحجة أن تشكيل الهيئة كان معيبا لعدم إبداء الموافقة من اخر محكم، اذا كانت مشكلة من اكثر من محكم وقبول المحكم الفرد لمهمته⁽³⁾.

في حين أن المشرع المصري ترك الأمر كقاعدة عامة لاتفاق الأطراف فلهم حرية تحديد الوقت الذي يجدونه ملائم لبدء إجراءات التحكيم⁽⁴⁾، كما اعتبر أن إجراءات التحكيم تبدأ من يوم تسلم المدعى عليه الطلب من المدعي باعتبار أنه وقت اتصال الخصومة بعلم الخصم ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر⁽⁵⁾، ومن المهم تحديد هذا التاريخ بدقة ووضوح، فإذا لم يوجد اتفاق على غير ذلك وجب أن يصدر الحكم التحكيمي خلال 12 شهرا من تاريخ بدء إجراءات التحكيم⁽⁶⁾، وأن يرسل طالب التحكيم بيانا مكتوبا للمدعى عليه بدعواه متضمنا اسمه وعنوانه وإسم المدعى عليه، وشرحا لوقائع الدعوى يتضمن تحديدا لموضوع النزاع وطلباته، إلى الجهاز المركزي لدى المركز أو مؤسسة التحكيم، غير أن توجيه الطلب في هذه الحالة إلى الجهاز الاداري المختص لا يعني أن الطرف المطلوب التحكيم ضده قد علم بالطلب، بل يلزم أن تتولى هذه الجهة أو الجهاز المنظم اخطار المدعى عليه بذلك⁽⁷⁾، وحتى

(1) فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص318.

(2) نصت المادة 1015 على أنه "لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا الا اذا قبل المحكم او المحكمون بالمهمة المسندة اليهم".

(3) زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص271.

(4) رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر: مرجع سابق، ص330.

(5) أنظر المادة 27 من ق.ت.م.م.ت.م رقم 27-94.

(6) أنظر المادة 45 من ق.ت.م.م.ت.م رقم 27-94.

(7) زهر بن سعيد: المرجع نفسه، ص273.

يتسنى لهيئة التحكيم الوقوف على حقيقة النزاع وانجاز المهمة على وجه السرعة، فإنه يجوز لطرفي النزاع⁽¹⁾، أن يرفق ببيان دعواه أو مذكرة دفاعه صورا من المستندات التي تدعم وجهة نظره.⁽²⁾

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فإن بدء إجراءات التحكيم تختلف بحسب نوع اتفاق التحكيم، بالنسبة لمشاركة التحكيم فإن الإجراءات تبدأ من قبول هيئة التحكيم القيام بمهمة التحكيم، أما بالنسبة لشرط التحكيم فإن الإجراءات تبدأ من تاريخ اعلان موضوع النزاع إلى المحكمين⁽³⁾، كما أن المشرع الفرنسي لم يخضع تقديم طلب التحكيم لإجراءات شكلية معينة، وقد اعتمد إجراءات تتسم بالمرونة لتحريك خصومة التحكيم، وذلك باتخاذ أي اجراء من شأنه أن يصل إلى علم الخصم في النزاع بطرح النزاع على التحكيم، ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك، عن طريق إحالة إجراءات الطلب إلى قواعد تحديدها مؤسسة أو مركز تحكيمي متفق عليه⁽⁴⁾، الى جانب ذلك فقد أجاز المشرع الفرنسي تقديم طلب التحكيم من كلا الخصمين⁽⁵⁾، أي من المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار معا والسبب في ذلك هو التعاون بين الطرفين على انجاح عملية التحكيم، على أن يقدم الطلب من الطرفين كتابة دون شكل خاص، مع تضمينه بيانات محددة، كما يجب أن يحمل الطلب توقيع الطرفين أو ممثليهما ويوجه إلى المحكم أو رئيس هيئة التحكيم أو إلى مركز التحكيم المتفق عليه في شرط أو مشاركة تحكيم حسب الأحوال .

فضلا عن ذلك اذا كان طلب التحكيم قد قدم استنادا إلى شرط التحكيم، فإنه يكفي أن يبين الطلب النزاع محل التحكيم، دون حاجة لتحديد حصري لطلبات المحكم، فهذه الطلبات يمكن تحديدها بعد ذلك في بيان الدعوى، أما اذا كان الطلب مستندا إلى مشاركة تحكيم، فإنه يجب أن ينصب الطلب على كل أو بعض ما حددته مشاركة التحكيم من مسائل محددة اتفق الطرفان على التحكيم بشأنها.⁽⁶⁾

⁽¹⁾ أنظر الفقرة الثالثة من المادة 30 من ق ت م م م م. رقم 27-94.

⁽²⁾ خالد محمد القاضي: موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص 217.

⁽³⁾ مرجع نفسه، ص 215.

⁽⁴⁾ محمد جارد: الدعوى التحكيمية في اطار العلاقات الدولية الخاصة -دراسة مقارنة-، اطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بلقايد ابوبكر تلمسان، 2017-2018، ص 23.

⁽⁵⁾ أنظر المادة 1445 ق ا م ف.

⁽⁶⁾ فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 319-320.

ثانيا - طلب التحكيم وفق قواعد التحكيم الدولية.

إجراءات التحكيم في التحكيم المنظم أو المؤسسي أكثر وضوحا وتحديدا منه في التحكيم الخاص، لأن أطراف النزاع اختاروا القواعد التحكيمية الخاصة بتلك المؤسسة⁽¹⁾، وقد حددت غرفة التجارة الدولية بباريس CCI⁽²⁾ بداية اجراءات التحكيم من تاريخ تلقي سكرتارية الهيئة لطلب التحكيم⁽³⁾، كما أوجب نظام التحكيم الدولي لمؤسسة التحكيم الأمريكية AAA، على الطرف الراغب في الالتجاء لتحكيم المؤسسة اخطارها كتابيا بطلب التحكيم، وإخطار الخصم بذلك على أن تبدأ الإجراءات من تاريخ تلقي المؤسسة طلب التحكيم⁽⁴⁾، كما أن المادة 2/3 من لائحة مركز القاهرة حددت التاريخ الذي يتسلم فيه المدعى عليه اخطار التحكيم هو تاريخ بدء الاجراءات التحكيمية.

في حين لم تشر نصوص اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لسنة 1958 إلى تاريخ بدء إجراءات التحكيم، ولعل السبب في ذلك راجع إلى أن هذه الاتفاقية تعنى بالاعتراف وتنفيذ الأحكام، وبالتالي تخرج عن مرحلة إجراءات الدعوى التحكيمية، أما الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 فهي تفرق في المادة 4 منها، بين اختيار الأطراف اللجوء إلى تحكيم مؤسسة تحكيمية دائمة، أو اللجوء إلى التحكيم الخاص، ففي الحالة الأولى يحصل التحكيم وفقا لنظام المؤسسة التي اختار الأطراف اللجوء إليها، وبالتالي يحدد تاريخ بدء الإجراءات وفقا لنظام المؤسسة، أما في الحالة الثانية يختار الأطراف الإجراءات التي يرغبون في إتباعها في الدعوى التحكيمية، غير أن الاتفاقية لم تحدد تاريخا لبدء الإجراءات التحكيمية، وإنما اشارت إلى تاريخ ابلاغ الطلب التحكيمي إلى المدعى عليه.⁽⁵⁾

بالنسبة لاتفاقية واشنطن 1965 فإن خصومة التحكيم تبدأ بتقديم طلب من طرف الراغب في تسوية النزاع الدولة المضيفة أو المستثمر الأجنبي إلى السكرتير العام حسب ما نصت علي المادة 2/36 من ذات

⁽¹⁾ فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010، ص 258.

⁽²⁾ وفقا لنص المادة 3/4 من لائحة الغرفة التجارية الدولية بباريس ICC يجب أن يتضمن الطلب بيانات وطبيعة النزاع والطلبات، والمبالغ المطالب بها، وكذا البيانات المتعلقة بعدد المحكمين اختياريهم وتسمية المحكم وملاحظات حول مكان ولغة التحكيم والقواعد الموضوعية التي تحكم النزاع.

⁽³⁾ خالد محمد القاضي: مرجع سابق، ص 216.

⁽⁴⁾ أنظر المادة 1/2 من نظام التحكيم الدولي لمؤسسة التحكيم الأمريكية AAA.

⁽⁵⁾ لما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص 110-111.

الاتفاقية، وينبغي أن يقدم هذا الطلب بشكل كتابي⁽¹⁾ وأن يتضمن جملة من البيانات⁽²⁾ بعد التأكد من وجودها وتوفرها بشكل صحيح وسليم، يقوم السكرتير العام للمركز بتسجيل الطلب وتكوين هيئة التحكيم في أقرب وقت ممكن⁽³⁾، وإذا لم يتم تكوينها في ظرف 10 أيام من إرسال السكرتير العام إخطاراً بتسجيل الطلب أو في خلال أي مدة أخرى، يقوم الرئيس بتعيين المحكم أو المحكمين الذين لم يتم تعيينهم بعد، وذلك بناءً على طلب أي من الطرفين وبعد التشاور معهما⁽⁴⁾، فعقود الاستثمار الأجنبية غالباً تكون مقيدة بعنصر الوقت، كما أن عنصر المال هو عملية مكلفة ودفع النفقات يرتبط ببدء عملية التحكيم.

على الرغم من توجيه طلب التحكيم من المدعي إلى المدعى عليه، فإن ذلك لا يعبر عن بدء إجراءات التحكيم، إلا إذا كانت هيئة التحكيم قد تشكلت وقبلت بالمهمة المسندة إليها، فمن غير المتصور أن تبدأ إجراءات خصومة التحكيم أما هيئة ليس لها وجود قانوني، لأن ذلك قد يؤدي انتهاء ميعاد التحكيم قبل أن يباشر المحكمون مهمتهم، وعلى كل فإن لأطراف النزاع الاتفاق على أن تكون بداية الإجراءات في موعد آخر.⁽⁵⁾

⁽¹⁾ بصفة عامة، فإن الإجراءات المتبعة أمام المركز تكون محكومة بقواعد تعرف بـ *Institution Rules*، والتي يتم إقرارها بمعرفة المجلس الإداري طبقاً لما تنص عليه المادة 66 من الاتفاقية، وهذه القواعد لا يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفتها، فهي قواعد يجب إتباعها من طرف المركز، إلا في الحدود التي أجاز فيها المركز صراحة للأطراف مخالفتها. جلال وفاء محمددين: مرجع سابق، ص 51.

⁽²⁾ تتضمن بيانات طلب التحكيم "1 - تحديد موضوع النزاع وبدقة وبياناته بأنه نزاع قانوني نشأ عن استثمار أجنبي، ويعين بدقة شخصية الأطراف والعنوان، مع بيان اتفاق الأطراف أو رضائهم باللجوء إلى التحكيم لدى المركز، ويجب على الطرف الذي يقدم إجراءات طلب التحكيم أمام المركز أن يتبع القواعد الخاصة بذلك، و أن يوقع على طلبه، ويقدمه في خمس نسخ إلى المركز مع الرسوم المقررة. 2- لا بد من الإشارة أيضاً إلى أن الطرف الثاني يحمل جنسية دولة متعاقدة أخرى، ويجب على وجه الخصوص تحديد الجنسية في تاريخ الرضاء بالتحكيم، وإذا كان الطرف في إجراءات التحكيم شخصاً طبيعياً فيجب بيان جنسيته في تاريخ تقديم طلب التحكيم، وأنه لا يحمل جنسية الدولة الأولى الطرف في النزاع سواء عند تاريخ الرضاء أو عند تاريخ الطلب، أما إذا كان الطرف في إجراءات التحكيم شخصاً اعتبارياً، فيجب أن يتحدد في الطلب أنه كان يتمتع بجنسية إحدى الدول المتعاقدة الطرف في المنازعة في تاريخ الرضاء بالتحكيم، أو أنه قد نص في الاتفاق على وجوب معاملته كمواطن لدولة أخرى متعاقدة.

هفال صديق اسماعيل: التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية مع أحدث أحكام هيئة التحكيم الدولية وأحكام المحاكم الوطنية، مرجع سابق، ص 244. أنظر أيضاً جلال وفاء محمددين: مرجع نفسه، ص 52-53.

⁽³⁾ أنظر المادة 37 من اتفاقية واشنطن 1965.

⁽⁴⁾ كما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص 109.

⁽⁵⁾ فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 321.

الفرع الثاني: تشكيل هيئة التحكيم.

إن تسيير إجراءات التحكيم يقتضي تشكيل هيئة تحكيمية تتولى الفصل في النزاع المعروض أمامها، والأصل العام أن يقوم الأطراف بتعيين المحكمين وهذا تجسيدا للطابع الاتفاقي للتحكيم خصوصا في التحكيم الحر، كما يمكن لهم اللجوء إلى أحد مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة مما يستوجب في هذه الحالة احترام لوائح هذه المراكز فيما يخص تشكيل هيئة التحكيم، غير ان اختيار لمحكمين قد لا يتحقق في كل الفروض، فقد لا يتفق الأطراف على تعيين المحكم، لاسيما اذا كان المحكم فردا، أو قد يتقاعس أحد الطرفين في تعيين محكمه ابتداء أو في حالة تعيين بديل عنه عند تنحيه أو عزله أو رده أو وفاته، ففي هذه الحالات يلزم تحويل سلطة معينة مهمة تعيين هيئة التحكيم أو أحد اعضائها.⁽¹⁾ وعليه سنتعرض لمختلف المراحل الخاصة بتشكيل هيئة التحكيم، الى جانب الشروط الواجب توافر في المحكم، وكذا توضيح كيفية رد المحكم، كل ذلك نبينه فيما يلي:

أولا- طرق تشكيل هيئة التحكيم.

يتخذ تشكيل هيئة التحكيم عدة صور، فقد يبرم بين الخصوم والمحكم في حالة المحكم الفرد، وقد يختار كل خصم محكم وذلك في حالة تعدد المحكمين، وهوما يعني وجود عقد بين كل محكم من المحكمين كطرف، والخصوم جميعا بصفتهم طرف واحد، وقد تتولى مؤسسة التحكيم هذا الاختيار تلبية لرغبة الأطراف، فيبرم العقد بمجرد قبول المحكمين لهذه المهمة.⁽²⁾

الا أنه في بعض الحالات قد لا يتفق الخصوم فيما بينهم على اختيار المحكم الوحيد أو على كيفية اعمال طرق التعيين، بل قد يعمد أحدهم إلى رفض تعيين المحكم⁽³⁾، وهو ما يعني تدخل القضاء في العملية التحكيمية لتشكيل هيئة التحكيم، لذا يقتضي تشكيل هيئة التحكيم اتباع أحد الأسلوبين، التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم، و التشكيل القضائي لهيئة التحكيم وذلك في حالة تدخل القضاء في العملية التحكيمية.

أ- التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم: يشكل مبدأ الرضائية أساس نظام التحكيم وهو يعني منح اطراف النزاع المساهمة في شكل هيئة التحكيم⁽⁴⁾، فلهم مطلق الحرية في اختيار وتعيين محكميهم،

⁽¹⁾ لزهري بن سعيد: مرجع سابق، ص 89-90.

⁽²⁾ Abdelkarim Rajah: Droit de l'arbitrage international, les nouvelles législations Tunisienne et Egyptienne, 1996, p44.

⁽³⁾ ناصر عثمان محمد عثمان: مرجع سابق، ص 62.

⁽⁴⁾ دريد السامرائي: مرجع سابق، ص 347.

فمبعث الاتفاق على التحكيم جاء من الثقة في حسن تقدير المحكم، وفي حسن عدالته، وهي مكفولة لهم سواء قبل بداية الخصومة، أو عند اختيار هيئة التحكيم ابتداء، أو بعد بداية خصومة التحكيم إذا ما حدث ما يستوجب إنهاء مهمة المحكم برده أو عزله أو تنحيه لأي سبب آخر.⁽¹⁾

لكن قد يصعب على الأطراف الاتفاق على شخص المحكم أو المحكمين عند تحرير اتفاق التحكيم، لذلك قد يفضل الأطراف ارجاء مسألة التحديد لحين نشوب النزاع، فيتم الاتفاق على المؤشرات العامة التي تمكن من تحديد الهيئة التحكيمية، غير أن الاختيار بهذه الطريقة لا يغني عن الاختيار الفعلي عند بدء إجراءات التحكيم، ويلزم بذلك تحديد الهيئة واستكمال إجراءات تعيينها والتحقق من قبولها المهمة المسندة إليها.⁽²⁾

أكدت غالبية التشريعات الوطنية على الإجراءات المتبعة في تشكيل هيئة التحكيم، حيث منح المشرع الجزائري الأطراف الحرية الكاملة في اختيار المحكم أو المحكمين الذين ستوكل اليهم مهمة الفصل في النزاع، ويعد هذا تجسيدا للطابع الاتفاقي الذي يقوم عليه نظام التحكيم، كما منحهم المشرع الحرية في اللجوء إلى أحد هيئات ومراكز التحكيم الدائمة لتشكيل هيئة التحكيم، وكذا وضع الشروط الواجب توافرها في المحكم أو المحكمين⁽³⁾ حسب ما نصت عليه المادة 1041 من ق ا م ا⁽⁴⁾، في حين أن النصوص المنظمة للتحكيم الداخلي جاءت أكثر تفصيلا، فالمادة 1017 اشترطت ان يكون عدد المحكمين وترا⁽⁵⁾ كما منح المشرع اطراف النزاع مكنة تحديد شروط بتحققها يمكن لهم عزل المحكم أو استبداله حسب ما نصت عليه المادة 3/1018 التي اشترطت أن يكون عزل المحكم باتفاق جميع الأطراف، كما أشارت الفقرة الثانية من ذات المادة إلى بطلان شرط التحكيم إذا لم يعين فيه المحكم أو المحكمين أو لم ينص على طريقة تعيينهم حرصا على تعيين المحكم بمعرفة الاشخاص أنفسهم ورضائهم به كشرط لأعمال اتفاق التحكيم، وفي حالة غياب تسمية المحكمين في شرط التحكيم وجب بيان كيفية تعيينهم وإلا كان شرط التحكيم باطلا. كما اشترط المشرع الجزائري ان يتضمن اتفاق التحكيم أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم، حيث رتب البطلان على تخلف ذكر اسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم

⁽¹⁾ أبو العلاء النمر: المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم، دار أبو مجد للطباعة، القاهرة، 2006، ص 199.

⁽²⁾ ناصر عثمان محمد عثمان: مرجع نفسه، ص 61.

⁽³⁾ لزهري بن سعيد: مرجع سابق، ص 96.

⁽⁴⁾ نصت المادة 1041 من ق ا م ا رقم 08-09 على أنه " يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم واستبدالهم"

⁽⁵⁾ نصت المادة 1017 ق ا م ا رقم 08-09 على أنه " تشكل محكمة التحكيم من محكم واحد أو عدد من محكمين بعدد فردي".

(1)، غير أننا نلاحظ أن تسمية المحكمين في اتفاق التحكيم الذي يبرم قبل نشوء النزاع هو أمر شديد الصعوبة، فليس هناك ما يضمن وجود المحكمين المختارين إلى حين نشوء النزاع.

بالنسبة للمشرع المصري فإنه لم يقيد الأطراف سوى بضرورة اختيار عدد فردي من المحكمين، بل ورتب البطلان على عدم توافر هذا الشرط، حسب ما نصت عليه المادة 15 من قانون التحكيم المصري والتي جاء فيه "تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من حكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد 3، وإذا تعدد المحكمون وجب ان يكون عددهم وترا والا كان التحكيم باطلا"، يبدو من نص المادة ان المشرع المصري ومراعاة لاعتبارات التسيير على المتعاملين لم يقيد إرادة الأطراف بخصوص كيفية اختيار المحكمين أو وقت اختيارهم بل ترك ذلك لحرية الاتفاق، كما وضع قواعد اختيارية عند عدم الاتفاق.(2)

كما نظم المشرع الفرنسي تشكيل هيئة التحكيم ضمن المواد 1450-1461 من ق ا م ف لعام 2011، واشترط أن يكون المحكم شخصا طبيعيا، وان يكون عدد المحكمين فرديا، وفي حالة عدم اتفاقهم على اختيار أو تعيين المحكم أو فشل المحكمين في اختيار رئيس الهيئة أو نشوء نزاع بينهم في شأن متعلق بالتشكيل، فإنه يتولى الشخص المسؤول عن ادارة الحكيم - كمركز تحكيم - أو في حالة غيابه تتولى المحكمة الابتدائية تشكيل هيئة التحكيم.(3)

على صعيد التحكيم المنظم فقد يفوض أطراف النزاع نتيجة صعوبة الاختيار أو التعيين مؤسسات التحكيم الدائمة في هذا الشأن(4)، وذلك بشرط عدم تعارضها مع النظام العام لتجنب تعطيل إجراءات الفصل في النزاع كما امتناع أحد الأطراف اختيار محكمه(5)، فالقواعد المتبعة من طرف هذه المؤسسة التحكيمية هي التي تعالج الامر وفقا لأهمية النزاع وطبيعته. ففي اطار القواعد التي وضعتها غرفة التجارة الدولية بباريس CCI، فقد نظمت قواعد التحكيم الصادرة عنها القواعد المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم وفق المواد 11-15، حيث أكدت المادة 12 منها على أن تشكيل هيئة التحكيم يكون أما من محكم منفرد أو من ثلاث محكمين ولا يجوز للأطراف الاتفاق على تعيين المحكمين من عدد زوجي، وإذا اخفق الطرفين في تعيين المحكمين خلال المدة الممنوحة لهم، فتتولى المحكمة الدولية للتحكيم التابعة

(1) أنظر المادة 1012 ق ا م رقم 08-09.

(2) رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر: مرجع سابق، ص 331.

(3) مرجع نفسه، ص 228.

(4) غالبا ما تضع مؤسسات التحكيم قائمة تشمل اسماء اشخاص متخصصين لهم خبرة ومعرفة بالمعاملات والقوانين التجارية، وللأطراف المتنازعة أن تختار من تشاء من بين تلك الاسماء، ولها ايضا ان تختار من خارج القائمة . فوزي محمد سامي: مرجع سابق، ص 135.

(5) ناصر عثمان محمد عثمان: مرجع سابق، ص 65.

للغرفة التجارية الدولية بتعيين محكم منفرد أو ثلاث محكمين حسب ما يتطلب الأمر، مع مراعاة جنسية المحكمين ومحل اقامتهم وغيرها من الشروط، كما ان قرارات المحكمة قطعية دون ان تبين فيها الاسباب التي استندت عليها هذه القرارات.⁽¹⁾

أما فيما يتعلق باتفاقية واشنطن 1965، فإن اختيار المحكمين يتم وفق القوائم المعتمدة لدى المركز، وقد تكون من خارج هذه القوائم في الحالة التي يقوم فيها الرئيس بالتعيين⁽²⁾، بشرط أن يتصفوا بالصفات التي وضعتها المادة 14 من الاتفاقية⁽³⁾، فضلا عن ذلك فان الاتفاقية تلزم كل دولة متعاقدة بتعيين أربعة أشخاص لدى هذه الهيئة، على أن يكونوا من جنسية الدولة المتعاقدة التي تولت التعيين، كما يجوز ان يكونوا من جنسية أية دولة أخرى أي أنه يمكن للدولة المتعاقدة أن تسمي للهيئة أربعة أشخاص لا ينتمون بجنسيتهم إليها، وعلاوة على ذلك يمكن لرئيس المجلس الإداري ان يقوم بتعيين 10 أشخاص في الهيئة، على أن يكونوا من جنسيات مختلفة وتتطلب الاتفاقية أن يكون الأعضاء المعينون في هيئة المحكمين من الشخصيات المشهود لهم بالنزاهة والكفاءة في مجالات القانون، أو التجارة أو الصناعة أو المال والذين تتوفر لهم المقدرة على معالجة الأمور بحياضية كاملة، كما يجب أن يراعى فيهم ان يكونوا ممثلين للنظم القانونية المختلفة والأشكال الاقتصادية السائدة في العالم، ويجب على الأطراف اختيار المحكمين في مدة لا تزيد عن 90 يوم⁽⁴⁾ من وقت تسجيل الطلب، إلا إذا كان هناك اتفاق مسبق بين الأطراف على تعيين المحكمين في مدة أطول.⁽⁵⁾

⁽¹⁾ هفال صديق اسماعيل: التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية مع أحدث احكام هيئة التحكيم الدولية واحكام المحاكم الوطنية، مرجع سابق، ص 255.

⁽²⁾ أنظر المادة 40 من اتفاقية واشنطن 1965.

⁽³⁾ نصت المادة 14 من اتفاقية واشنطن على أنه " 1 - يجب أن يكون هؤلاء الاشخاص المعينون للخدمة في الهيئة على قدر عظيم من الاخلاق، وان يكون معترفا بكفاءتهم في مجال القانون والتجارة والصناعة والمال، بحيث يمكن الاعتماد عليهم في ممارسة الحكم على الأمور حكما مستقلا، وتشكل كفاءتهم في مجال القانون اهمية خاصة في حالة الاشخاص أعضاء هيئة التحكيم.

2- عندما يقوم الرئيس بتعيين أشخاص للخدمة في الهيئة يجب أن يبذل علاوة على ذلك اهتماما كافيا للتأكد من أن التمثيل في الهيئة يتفق مع المبادئ القانونية الاساسية والاشكال العامة للنشاط الاقتصادي في العالم."

⁽⁴⁾ نصت المادة 38 من اتفاقية واشنطن على أنه " اذا لم تشكل المحكمة خلال 90 يوما التالية للاخطار بتسجيل الطلب بواسطة الأمين العام طبقا لنص المادة 3/36، أو خلال اية مدة أخرى يتفق عليها الطرفان، يقوم الرئيس بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة في التعجيل ويقدر الامكان بعد التشاور مع الاطراف بتعيين المحكم او المحكمين الذين لم يعينوا.

ولاجوز أن يكون المحكمون المعينون بواسطة الرئيس طبقا لأحكام هذه المادة من رعايا الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع أو الدولة التي يكون أحد رعاياها طرف في النزاع."

⁽⁵⁾ جلال وفاء حمدين: مرجع سابق، ص 50-54.

من جانب آخر يبدو أن اتفاقية واشنطن تعطي الأطراف حرية واسعة في اختيار محكميهم، وعند غياب مثل هذا الاتفاق، فإن نصوصها تصبح نافذة المفعول في هذا الخصوص، ومع ذلك فإن القواعد الخاصة باختيار المحكمين قد تكون الزامية على الرغم من وجود اتفاق بين الأطراف، فعلى سبيل المثال ما نصت عليه المادة 37 من الاتفاقية بأنها إذا لم يتفق الأطراف على تقديم نزاعهم إلى محكم واحد، فإن الهيئة التحكيمية يجب أن تتكون من عدد فردي من المحكمين، كما أكدت ذات المادة أن أغلبية المحكمين يجب أن يكونوا من مواطني دولة أخرى غير تلك التي هي طرف في المنازعة أو تلك الدولة التي يكون المستثمر الطرف في النزاع حاملا جنسيتها.⁽¹⁾

ب- **التشكيل القضائي لهيئة التحكيم:** تحرص أغلب التشريعات على تحقيق فاعلية التحكيم، عن طريق القضاء على كل العقبات التي من شأنها أن تعيق السير الحسن للعملية التحكيمية، لذلك فهي تمنح القضاء سلطة تعيين المحكمين عند تعذر اتفاق الأطراف حول اختيارهم⁽²⁾، فعلى الرغم من الأصل في تكوين المحكمة التحكيمية أن يعهد إلى المحتكمين اختيار محكميهم، غير أنه في حالة اختلاف أطراف النزاع وعدم اتفاقهم على التشكيلة، أو عدم منح الفرصة لمراكز التحكيم للمساعدة لعدم اتجاه أطراف النزاع إليها في هذا الشأن، هنا يأتي دور المحاكم، ويعتبر القضاء الوطني الملاذ الأخير⁽³⁾، لذلك راعت التشريعات الوطنية أن يكون تدخل القضاء بالقدر المطلوب أي لا يتعدى وصف الدور الاحتياطي، وضمن أسباب وضوابط يتوجب مراعاتها، وقد تصدى المشرع الجزائري لحالات تدخل القضاء في تشكيل محكمة التحكيم، حيث عالج الصعوبات التي تعترض أطراف النزاع، سواء لسبب يرجع اليهما، فيما اذا تخلف احدهما في تشكيل محكمة التحكيم أو صادف الأطراف عقبات في استكمال التشكيلة كما في حالة اختلافهم في تعيين المحكم الثالث⁽⁴⁾، أو أن يرجع ذلك إلى سبب خارج عن ارادتهم، وفي ذلك نصت المادة 1041 ق ا م ا على أنه "في غياب التعيين، وفي صعوبة حالة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي: 1 - رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، اذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

2 - رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، اذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر." البين من نص المادة ان المشرع الجزائري قد ميز بين التحكيم

⁽¹⁾ جلال وفاء حمدين: مرجع سابق، ص 54.

⁽²⁾ ناصر عثمان محمد عثمان: مرجع سابق، ص 65.

⁽³⁾ زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 124.

⁽⁴⁾ هفال صديق اسماعيل: التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية مع أحدث أحكام هيئة التحكيم الدولية وأحكام المحاكم الوطنية، مرجع سابق ص 250.

الذي يجري في الجزائر، والتحكيم خارج الجزائر، حيث منح المشرع رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم سلطة تعيين المحكمين اذا تخلف احد الأطراف عن ذلك، ولا يكون ذلك إلا بناء على طلب الطرف الذي يهمله امر التعجيل، أما في الحالة الثانية وهي حالة التحكيم التجاري الدولي الذي يجري في الخارج، فقد منح المشرع رئيس محكمة الجزائر العاصمة مهمة مساعدة اطراف النزاع في استكمال تشكيلة الهيئة التحكيمية، إذا تعذر عليهم ذلك، على إلا يكون التدخل إلا بناء على طلب احد الأطراف.⁽¹⁾

كما تعرض المشرع المصري إلى الحالات⁽²⁾ التي يتدخل فيها القضاء لاختيار المحكمين في صورتين:

1- عدم اتفاق الخصوم على شخص المحكم، أو على الكيفية التي يتم بها الاختيار، حيث حرص المشرع المصري على عدم اهدار قيمة اتفاق التحكيم. 2- حالة اتفاق الأطراف على شخص المحكم أو على كيفية الاختيار، ثم يحدث ما يمنع من تعيينه أو عندما يعهد إلى الغير بعملية اختيار المحكم، ثم يمتنع هذا الأخير عن هذا الاختيار.

يترتب على ذلك أنه إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولت المحكمة المشار إليها في المادة 9 من قانون التحكيم المصري اختياره بناء على طلب أحد الطرفين، فإذا كان التحكيم التجاري دولياً فإن الاختصاص يكون لمحكمة استئناف القاهرة، ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرنفي مصر⁽³⁾، أما إذا كانت المحكمة مشكلة من ثلاث محكمين اختار كل طرف محكما ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه الثالث خلال 30 يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث، تولت المحكمة المشار إليها بموجب نص المادة 9 اختيار المحكم بناء على طلب أحد الطرفين، ويكون لهذا المحكم رئاسة هيئة التحكيم.⁽⁴⁾

كما منح المشرع الفرنسي الاختصاص لرئيس المحكمة الابتدائية بصفة أساسية، وهي المحكمة التي يقع في دائرتها النزاع، وأعطى الأطراف الحق في إحالة هذا الاختصاص إلى المحكمة التجارية، وهذا تأكيداً على الاختصاص الممنوح له في جميع حالات تدخل القاضي العادي في دعوى التحكيم سواء في

⁽¹⁾ لزهري بن سعيد: مرجع سابق، ص 138-139.

⁽²⁾ أنظر المادة 17 من ق ت م م ت م رقم 27-94

⁽³⁾ نصت المادة 9 من ق ت م م ت م على أنه " يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، أما إذا كان التجاري دولياً سواء جرى في مصر، أو في الخارج فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة، ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر."

⁽⁴⁾ لزهري بن سعيد: المرجع نفسه، ص 127.

الإجراءات الوقتية، أو التحفظية، أو طلب الأمر بالتنفيذ⁽¹⁾، وفي العموم جميع الإجراءات المستعجلة، ولا يعتبر منح الاختصاص للقاضي بالمشاركة في تشكيل الهيئة التحكيمية حق للقضاء، وإنما هو التزام في نفس الوقت، حيث قضت محكمة استئناف باريس أن امتناع القاضي عن المشاركة في تشكيل الهيئة التحكيمية يعتبر اهدارا للعدالة.⁽²⁾

ثانيا - الشروط الواجب توافرها في المحكم: تتسم منازعات عقود الاستثمار بخصوصية معينة ناجمة عن الطبيعة الدولية الخاصة بأطرافها والعملية محل العقد، إذ تثير خليط من النزاعات المعقدة والمركبة، فقد تتعلق بأحكام القانون الدولي العام، كما لو كانت المنازعة تتعلق بمسؤولية الدولة عن تأمين المشروع الاستثماري والتعويض عنها، و تتعلق بالقانون العام كما لو كانت المنازعة تتعلق بطلب إعادة شروط العقد إلى التوازن في الحالات الطارئة الذي يخل بالتوازن بين التزامات المتعاقدين أو بتجميد بعض القوانين التي يؤثر تعديلها على الاستثمار، أو تتعلق بمشكل من مشاكل البيئة وغيرها، لذلك فإن الأمر يتطلب أن تضم هيئة التحكيم رجل قانون على دراية بأحكام القانون الدولي العام أو القانون الدولي الخاص أو قوانين البيئة وغيرها حسب طبيعة النزاع، لذلك فكثيرا ما نجد المحكم ملزم ومطالب بالبحث في فروع مختلفة للقانون نظرا لتشعب المواضيع التي تثيرها عقود الاستثمار.⁽³⁾

كما لا يتوقف الأمر عند هذا الحد بل إن منازعات الاستثمار تثير مشاكل أخرى هي مشاكل فنية بالغة التعقيد تتطلب تخصصات محددة، تخص النواحي الفنية لاستغلال الحقل أو معدل الانتاج في عقود البترول، أو مسائل هندسية تتعلق بكفاءة المنشآت في عقود الاشغال، أو بمشاكل في المحاسبات المالية أو بنوعية التكنولوجيا المستخدمة وغيرها، اذا فكل هذه المسائل الفنية تستوجب أن تكون ضمن هيئة التحكيم المختارة لتعدد الخبرات اللازمة، فقد تدعو الحاجة إلى أن تضم الهيئة خبراء ومهندسين، وهو ما اصطلح على تسميته بالتحكيم الفني الذي يتطلب تدخل خبير فني.⁽⁴⁾

⁽¹⁾Article 1444 du C D P CF

Créé par Décret 81-500 1981-05-12 art. 5 JORF 14 mai 1981 rectificatif JORF 21 mai 1981

"Si, le litige né, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté du fait de l'une des parties ou dans la mise en oeuvre des modalités de désignation, le président du tribunal de grande instance désigne le ou les arbitres. Toutefois, cette désignation est faite par le président du tribunal de commerce si la convention l'a expressément prévu. Si la clause compromissoire est soit manifestement nulle, soit insuffisante pour permettre de constituer le tribunal arbitral, le président le constate et déclare n'y avoir lieu à désignation."

⁽²⁾ ناصر عثمان محمد عثمان: مرجع سابق، ص 71-72.

⁽³⁾ بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 366.

⁽⁴⁾ مثال ذلك ما أشارت اليه المادة 7 من عقد الامتياز المبرم بين الحكومة المصرية العامة للبترول وشركة SAAM الانجليزية حول تجنب أية منازعات تتعلق بتحديد سعر السوق بالنسبة للنفط او الزيت الخام المنتج عن فترة معينة، وتضفي هذه المادة تعيين خبير ذو

لذلك حرصت معظم تشريعات التحكيم ومؤسساته الدولية إلى بيان الشروط الواجب توافرها في المحكم لإنجاح العملية التحكيمية، منها ما تتضمنه تلك التشريعات، ومنها ما يترك حرية ادراجها إلى إرادة الأطراف، لذلك يوجد نوعان من الشروط شروط قانونية وشروط اتفاقية.

أ - شروط قانونية: تمثل الحد الأدنى والضروري من الشروط الواجب توافرها فهي متعلقة بالنظام العام ويتعلق الأمر بأهلية، الحياد والاستقلال، حيث وضع المشرع الجزائري شروطا تتعلق باختيار هيئة التحكيم في النصوص المنظمة للتحكيم الداخلي، ولم يتعرض إلى وضع هذه الشروط بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي، إلا أن ذلك لا يمنع من تطبيق نفس الشروط الخاصة بالتحكيم الداخلي على التحكيم الدولي حتى يتحقق الاطمئنان إلى قرار أو حكم المحكم ولضمان استقلاليته وحياده، تتمثل في:

1 - ضرورة تمتع المحكم بأهلية المدنية، فمن الطبيعي أن يشترط في المحكم السن القانوني وأن يكون متمتعا بقواه العقلية، وغير محروم من حقوقه المدنية، فيما إذا ارتكب المحكم جريمة مخلة بالشرف والأمانة.⁽¹⁾

2- استقلال المحكم وحياده شرطان لمباشرة الوظيفة التحكيمية، وبالرجوع إلى نص المادة 1015 ق ا م ا في نصها على أنه "إذا علم المحكم أنه قابل للرد ان يخبر الأطراف بذلك ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم"، فالملاحظ ان نص المادة جاء غامضا، ذلك أنه أثار احتمال كون المحكم على علم بأنه قد يكون موضوع طلب الرد، لذلك يتعين عليه اخطار اطراف النزاع بذلك، وهو ما لم يوجب عليه الافصاح من تلقاء نفسه عن اية علاقة بينه وبين اطراف النزاع، ومع ذلك جعل من الاستقلالية أحد الأسباب التي تتيح لأطراف التحكيم طلب رد المحكم⁽²⁾ الذي تحوم حول شخصيته شبهة عدم الاستقلال.⁽³⁾

سمعة وخبرة في مجال صناعة البترول، وذلك في ما يتعلق بتسويق الزيت الخام في التجارة الدولية، بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 367.

⁽¹⁾ نصت المادة 1014 ق ا م ا على أنه "لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي، إلا اذا كان متمتعا بحقوقه المدنية".

⁽²⁾ نصت المادة 1016 ق ا م ا على أنه "....عندما يتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الاطراف مباشرة او عن طريق وسيط."

⁽³⁾ عبد القادر سرحاني، محمد مزاولي: الضوابط القانونية لاختيار المحكم التجاري الدولي في التشريعين الجزائري والمصري، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية، أدرار، المجلد 7، العدد 2، 2019، ص 75.

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد وضع نصوصا ومعايير تتعلق باستقلالية⁽¹⁾ وحياد المحكم⁽²⁾ عن الأطراف واكتمال أهليته فلا لا يجوز ان يكون المحكم قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من الحقوق المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر افلاسه ما لم يرد اليه الاعتبار.⁽³⁾ كما اشترط المشرع الفرنسي في من يعين محكما أن يكون متمتعا بكافة حقوقه المدنية⁽⁴⁾، فهذا الشرط لا يختلف مع التشريع المصري، وذلك في مجال التحكيم الداخلي، أما في مجال التحكيم الدولي فلم يتضمن نصا بخصوص أهلية تاركا ذلك إلى الحلول الخاصة بتنازع القوانين، وهو ما يعني بالضرورة تطبيق نفس المادة.⁽⁵⁾

لذلك فإن الرأي الراجح في الفقه الفرنسي يرى عدم جواز أن يكون القاصر غير المأذون له بإدارة أمواله محكما، وكذلك الامر بالنسبة للراشد اذا كان خاضعا لنظام الوصاية والمحروم من مباشرة حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بعقوبة جناية أو جنحة على أساس أن تصرفاتهم باطلة بقوة القانون.⁽⁶⁾

ب - شروط اتفاقية: إلى جانب الشروط القانونية، فإنه توجد شروط اتفاقية يتعين توافرها في الهيئة التحكيمية أو المحكم، وهي شروط محل اتفاق بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، كما أنها شروط خاصة فهي تتباين وتختلف باختلاف ظروف وملابسات كل تحكيم سواء كان حر أو مؤسسي، غير أنه يصعب حصرها لأنها مرتبطة بجزية وإرادة الأطراف في اشتراطها، فقد تتعلق بجنسية المحكم أو جنسه أو تتعلق لاسيما بالخبرة والكفاءة في الميدان.⁽⁷⁾

باعتبار هذه الشروط محل اتفاق خاص لم يشترط المشرع الجزائري على غرار المشرع المصري تحديد جنس أو جنسية المحكم فيمكن أن يكون عربيا أو أجنبيا، وهذا على خلاف بعض الاتفاقيات الدولية التي اشترطت عدم تعيين المحكمين ممن يحملون جنسية أحد اطراف النزاع، وهذا ضمانا لاستقلالية

⁽¹⁾الاستقلال: يقصد به غياب أي صلة أو مصلحة للمحكم بموضوع النزاع، والا يكون مرتبطا بأحد الأطراف أو ممثليهم بعلاقة خاصة، بمعنى آخر أنه يعني عدم ارتباط المحكم بالخصوم بأي طريقة كانت قرابة أو مصاهرة أو رابطة عمل أو خلاف ذلك. أحمد محمد مليجي: قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، 1996، ص 121 .

⁽²⁾الحياد: هو خلو ذهن المحكم من أي ميل أو تعاطف مسبق مع وجهة نظر أحد الخصوم في النزاع الذي سيفصل فيه. علي رمضان بركات: خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996، ص 211.

⁽³⁾أنظر المادة 16 من ق ت م م ت م رقم 27-94.

⁽⁴⁾أنظر المادة 1451 من ق ا م ف.

⁽⁵⁾ناصر عثمان محمد عثمان: مرجع سابق، ص 45.

⁽⁶⁾خالد محمد القاضي: مرجع سابق، ص 210.

⁽⁷⁾ناصر عثمان محمد عثمان: المرجع نفسه، ص 42.

وحياذ الهيئة التحكيمية وهو ما نصت عليه المادة 38 من اتفاقية واشنطن 1965⁽¹⁾ والتي منعت أن يكون أحد المحكمين متمتعاً بجنسية أحد أطراف النزاع، كما اخذ بهذا الاتجاه قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس حسب ما نصت عليه المادة 2 منها.⁽²⁾

بتحقيق الشروط المطلوبة في المحكم سواء القانونية منها أو الاتفاقية، يتم اختيار الهيئة التحكيمية أو المحكم الفرد وأياً كانت طريقة التعيين، فإنه يترتب على قيام هيئة التحكيم بمهامها بعض الحقوق في مواجهة أطراف النزاع، ويمكن اجمالاً في الحق في الأتعاب حسب ما تم الاتفاق عليه مع أطراف النزاع، والحصول على المصاريف الخاصة بالتحكيم⁽³⁾، والأصل أن يتم الاتفاق على الأتعاب بين الخصوم والمحكم، أو بين المحكم ومؤسسة التحكيم في حالة التحكيم المؤسسي، وقد يتفق الخصوم والمحكم على أن تكون الأتعاب مناصفة بينهم، وقد يتحملها الطرف الخاسر، لكن لا يسير الحال دائماً على هذا النحو، وعندئذ يترك الأمر لتقدير المحكمة مراعية في ذلك بعض الاعتبارات والصعوبات التي واجهت العملية التحكيمية، وهي تتعلق أساساً بقيمة الدعوى والمدة التي إستغرقتها، خبرة المحكم ومؤهلاته، كما يجب مراعاة العرف التجاري في هذا الشأن في الحالات المشابهة إن وجدت، فأتعاب المحكم يجب ان تمثل تعويضاً عادلاً لما قدمه من جهد في نظر النزاع.⁽⁴⁾

أما في حالة ابطال حكم التحكيم لسبب يرجع إلى إهمال المحكم أو خطئه، فلا يجوز له المطالبة بالأتعاب، ولا يؤخذ بالاعتبار الوقت والجهد الذي بذله، غير أنه إذا حكم بالبطلان على الحكم التحكيمي لسبب خارج عن إرادة المحكم أو الهيئة التحكيمية، فتستحق الأتعاب كاملة.⁽⁵⁾

في المقابل وإذا كان للمحكم مجموعة من الحقوق في مواجهة أطراف النزاع، فإنه تقع عليه التزامات في مواجهتهم، وهي تلخص في التزامه بقبول مهمة التحكيم كتابة، والإفصاح عن أية ظروف أو ملاحظات من شأنها إثارة شكوك حول حيده أو استقلاله، وهو التزام مستمر حتى لحظة صدور حكم التحكيم، كما يقع على عاتقه احترام حقوق الدفاع والمحافظة على السر المهني كونه يمثل أحد الالتزامات الجوهرية خلال الدعوى التحكيمية، وأخيراً التزام المحكم بإصدار الحكم في ميعاده وتسيبته.⁽⁶⁾

(1) نصت المادة 38 من اتفاقية واشنطن على أنه "عندما يقوم رئيس مجلس إدارة مركز تسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات بتعيين المحكم أو المحكمين، يجب أن لا يكونوا من مواطني دولة أحد أطراف النزاع".

(2) ناصر عثمان محمد عثمان: مرجع سابق، ص 47.

(3) مرجع نفسه، ص 339.

(4) ناصر عثمان محمد عثمان: مرجع سابق، ص 83-86.

(5) أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 232.

(6) ناصر عثمان محمد عثمان: المرجع نفسه، ص 88.

ثالثا - رد المحكم: يعتبر اجراء رد المحكم نظام قانوني الهدف منه توفير ضمانات حقيقية لأطراف النزاع الاستثماري، وقد حرصت جميع قوانين التحكيم الوطنية في الدول المختلفة على تكريس هذا المبدأ، وكذا اتفاقيات التحكيم ونظم مراكز التحكيم الدولية تأكيدا منها على ضمان حياد المحكم واستقلالته، ودرءا لأي تعطيل في سير الإجراءات، ورد المحكمين عادة ما تختص به هيئات التحكيم المنوط بها الفصل في النزاع وذلك من منطلق الأساس أو المبدأ المتفق عليه وهو مبدأ الاختصاص⁽¹⁾ بالاختصاص.

بهذا الشأن لم يضع المشرع الجزائري، حالات معينة تتعلق برد المحكم في التحكيم التجاري الدولي، غير أنه اشار في المادة 1041 ق ا م ا إلى انه في حالة عزل المحكم فإن الطرف الذي يهمله التعجيل أن يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، اذا كان التحكيم يجري داخل الجزائر، أما اذا كان التحكيم يجري في الخارج، واختار اطراف النزاع تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر، فإن الأمر يرفع إلى رئيس محكمة الجزائر، كما اكتفى المشرع بتحديد أسباب رد المحكم جاءت على سبيل الحصر منظمة بموجب التحكيم الداخلي ومنصوص عليها بموجب المادة 1016 ق ا م ا وهي تشمل: 1 - عدم توفر المؤهلات المتفق عليها بين أطراف النزاع. 2 - في حالة وجود سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف. 3 - إذا تبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلالته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع احد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.

أما المشرع المصري فقد ألزم المحكم الإفصاح عن أية ظروف أو ملابسات تمنعه من قبول مهمته قبل البدء في أي اجراء من إجراءات الدعوى، وهذا ضمنا لصدور حكم تحكيمي صحيح وسليم، حيث اعتبر المشرع المصري أن المحكمة المختصة المنصوص عليها في المادة 9 من قانون التحكيم هي المختصة للفصل فيه، وليس هيئة التحكيم وهذا بحكم غير قابل للطعن، عن طريق تقديم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم مع بيان اسباب الرد خلال 15 يوما من تاريخ طلب الرد بتشكيل هذه الهيئة، فإذا لم يتنح المحكم المطلوب منه الرد خلال 15 من تاريخ تقديم الطلب، يحال بغير رسوم إلى المحكمة المختصة اصلا بنظر النزاع في حالة رغبة الأطراف تسويته بعيدا عن التحكيم⁽²⁾، كما أنه لا يترتب على

⁽¹⁾ أمين العدوي: رد المحكم، اشغال الدورة العامة لاعداد المحكم، مركز تحكيم عين الشمس، 05-07-2001، ص 241.

⁽²⁾ أحمد السيد الصاوي: التحكيم طبقا للقانون رقم 27-1994 وأنظمة التحكيم الدولية، د.د.ن، 2002، ص 3.

تقديم طلب الرد وقف إجراءات التحكيم، وإذا حكم برد المحكم ترتب على ذلك اعتبار ما يكون قد تم من إجراءات، بما في ذلك حكم التحكيم كأن لم يكن.⁽¹⁾

يبدو إذا أن رد المحكم إنما يرجع إلى عدم استيفاء المحكم للشروط المطلوبة فيه، لاسيما وأنه لا يشترط فيه اتفاق اطراف النزاع بل يكفي ان يطلب احدهم ذلك اذا كشف له سبب الرد بعد تعيين المحكم. وبالحكم برد المحكم، فان الاثر المترتب على ذلك هو إنهاء مهامه، وبرده لا تنتهي العملية التحكيمية بل يتم اختيار بديل عن هذا المحكم.⁽²⁾

أما بالنسبة لرد المحكمين وفقا لاتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى بواشنطن، فانها تجيز لأحد اطراف النزاع أن يقترح إلى لجنة أو محكمة التحكيم عدم صلاحية أيا من أعضائها بناء على الحقائق التي تشهد بعدم الصلاحية المطلوب توافرها⁽³⁾، والتي تستند إلى الجنسية والتي وضعت لضمان ألا يكون أغلبية المحكمين من جنسية دولة أحد الأطراف في التحكيم ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك.

كما أن هذا الرد يجب أن يكون قبل اعلان اقفال باب الإجراءات، ويتعين أن يوضح في الطلب أسباب الرد في وثيقة تودع لدى السكرتير العام للمركز، ويرسل بعد ذلك هذا الاقتراح بعدم الصلاحية إلى كل الاعضاء في محكمة التحكيم وإلى الطرف الخصم، وعلى المحكم الذي قدم طلب الرد ضده أن يبادر بتقديم التوضيحات المناسبة إلى محكمة التحكيم أو إلى الرئيس وفقا للحالة دون تماطل.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ أنظر المادة 19 من ق ت م م ت م رقم 27-94.

⁽²⁾ لزهري بن سعيد: مرجع سابق، ص 234.

⁽³⁾ أنظر المادة 14 من اتفاقية واشنطن 1965.

⁽⁴⁾ أمين العدوى: مرجع سابق، ص 246.

المطلب الثاني: سير إجراءات التحكيم وعوارض الخصومة في منازعات الاستثمار الأجنبي.

لا يمكن تصور البدء في التحكيم الحر ولا يمكن اعتبار النزاع مطروحا على الهيئة التحكيمية، إلا منذ تحديد أعضائها، وقبولهم المهمة المسندة اليهم، أما اذا تعلق الامر بتحكيم مؤسسي لدى مركز دولي، فالنزاع يعتبر مطروحا على هيئة التحكيم التي تحددها هذه الهيئة.⁽¹⁾

لذا فإن هيئة التحكيم لا تخضع في تنظيمها لسير عملية التحكيم إلا للقواعد التي اتفق عليها أطراف النزاع، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق تختار الهيئة القواعد والإجراءات المناسبة تبعا لطبيعة موضوع عقد الاستثمار الأجنبي، ومفاد ذلك عدم التزام الهيئة بنصوص الإجراءات، إلا في الحالات التي يحيل فيها قانون التحكيم لهذه النصوص، أو اذا تضمن اتفاق الأطراف التراضي على تطبيق نصوص الإجراءات في تسير وإدارة عملية التحكيم، ويسري على ذلك احترام الهيئة المبادئ العامة للتقاضي، وأن تسمح للأطراف بإبداء دفوعهم وطلباتهم، كما يقع عليها وقبل النظر في النزاع أن تعقد جلسة تمهيدية بحضور الأطراف لبيان المسائل الإجرائية التي ستبعتها الهيئة للفصل في النزاع. وإذا كان الأصل هو صدور حكم نهائي فاصل في النزاع يعبر عن النهاية الطبيعية لإجراءات التحكيم، إلا أنه يمكن أن يرد على خصومة التحكيم قبل الفصل فيها بعض العوارض تؤثر على استمراريتها وهو ما سنتعرض له وفق مايلي:

الفرع الأول: سير إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

الفرع الثاني: عوارض خصومة التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

الفرع الأول: سير إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

يقتضي الحديث عن سير إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي توضيح المسائل الإجرائية التي تحكم سير الدعوى التحكيمية، من حيث ادارة الخصومة التحكيمية، وتقديم الادلة اللازمة للاثبات.

أولا - ادارة الخصومة التحكيمية: تختص هيئة التحكيم بادارة وتنظيم الخصومة التحكيمية، وهو يعني الممارسة الفعلية للعملية التحكيمية، وادارة الجلسات عن طريق دعوة الخصوم لابداء ادعاءاتهم ودفوعهم واختيار لغة التحكيم ومكان التحكيم وتقديم مستنداتهم المتعلقة بموضوع النزاع، بناء عليه يمكن رد ضوابط ادارة الخصومة الى مايلي:

⁽¹⁾ سامي بلعابد: انعقاد الخصومة التحكيمية في القانون الجزائري، مجلة الحوار الفكري، جامعة أحمد درارية، أدرار، العدد 14، 2017، ص131.

أ- إدارة جلسات التحكيم: لا تثار أي مشكلة في إدارة جلسات التحكيم، إذا كانت الهيئة مشكلة من محكم فرد إذا لا ينازعه أحد في ضبط الجلسات وإدارة شؤونها، أما إذا كانت الهيئة مشكلة من محكمين متعددين، تولى رئيس الهيئة وهو المحكم المرجح إدارة الجلسات وضبط عملياتها، على أنه من الأفضل أن يتشاور أعضاء الهيئة حول اتخاذ أي قرار أو إجراء يتعلق بتنظيم الجلسات⁽¹⁾، لذا فعند إرسال طلب التحكيم خلال الأجل المتفق عليها، فإنه من المناسب أن تدعو هيئة التحكيم طرفي النزاع إلى جلسة تمهيدية، لسماع اقوالهم أو من ينوب عنهم قانونا للتوصل إلى تنظيم المراحل الإجرائية لنظر النزاع والمواعيد المتعلقة بها، وعلى المحكم أن يرسل إلى الطرفين قبل يوم جدول أعمال الجلسة، لكي يعلم الطرفين بالمسائل التي ستكون محل مناقشة والقرارات المقترحة بشأنها⁽²⁾، كما تشكل هذه المرحلة أهمية قصوى في حالة شرط التحكيم، فالأطراف لا يعلمون شيئا عن موضوع النزاع أو إجراءاته، وإنما اكتفوا بالاتفاق على التحكيم بشأن ما يثور بينهم من منازعات بشأن علاقة ما، وفي هذه المرحلة التمهيدية تتعدد الجلسات بين أطراف النزاع بهدف اعداد وثيقة تحدد مهمة المحكم وإجراءات التحكيم، وكذا تحديد نقاط الخلاف، على أن هذه الوثيقة قد لا تتضمن بعض المسائل محل الخلاف والتي تترك في الغالب لهيئة التحكيم تتصدى لها أثناء نظر موضوع النزاع⁽³⁾. وعلى العموم يتناول جدول أعمال الجلسة التمهيدية المسائل التالية:

1- تحديد لغة التحكيم: يقصد بلغة التحكيم لغة الإجراءات والمرافعات وتقديم المستندات والوثائق والحكم، وقد تكون لغة واحدة في كل المراحل وقد تتعدد بتعدد لغات الأطراف، وقد ترك المشرع الجزائري مسألة تحديد اللغة التي يسري عليها التحكيم للاتفاق الخاص بين الطرفين تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة، وبهذا يكون المشرع قد انتهج مسلك المشرع الفرنسي في هذا الشأن⁽⁴⁾، في حين تصدى المشرع المصري لتحديد لغة التحكيم وفق ما نصت عليه المادة 1/29، على أن يجري باللغة العربية⁽⁵⁾ ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك أو تحدد هيئة التحكيم لغة أو لغات أخرى، ويسري حكم الاتفاق أو القرار على لغة البيانات والمذكرات المكتوبة وعلى المرافعات الشفوية وكل قرار تتخذه هيئة التحكيم ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك.

⁽¹⁾ محمد جارد: مرجع سابق، ص 178.

⁽²⁾ زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 276-277.

⁽³⁾ خالد محمد القاضي: مرجع سابق، ص 218.

⁽⁴⁾ زهر بن سعيد: المرجع نفسه، ص 266.

⁽⁵⁾ اشترطت بعض التشريعات استعمال اللغة الوطنية في التحكيم الذي يجري على أراضيها، وهو ما قضت به المادة 25 من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي، حيث قررت أن اللغة العربية هي اللغة الرسمية التي تستعمل أمام هيئة التحكيم، وعلى الطرف الأجنبي الذي لا يتكلم اللغة العربية اصطحاب مترجم موثوق به يوقع معه في محضر الجلسة على الاقوال التي نقلها. السيد المراكبي: التحكيم في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ومدى تأثيره بسيادة الدولة، دار النهضة العربية، 2001، ص 78.

كما أكدت اتفاقية واشنطن أن اللغات الرسمية المعتمدة لاستخدامها لدى المركز في تسوية منازعات الاستثمار هي اللغات الثلاث: الإنجليزية والفرنسية والإسبانية، فينبغي على أطراف النزاع الاتفاق على اختيار احدها، كما يجوز لهم الاتفاق على لغة أخرى ليست ضمن اللغات الرسمية المذكورة، بيد أنه يشترط في ذلك الحصول على موافقة هيئة التحكيم بعد التشاور مع السكرتير العام، وفي حالة اخفاق الأطراف في الاتفاق على اللغات المستخدمة في الإجراءات، فإنه يصبح من حق كل منهم اختيار واحدة من اللغات الرسمية للمركز من أجل هذا الغرض.⁽¹⁾

غير أن ما يهمننا في هذه النقطة هو الاشكالات القانونية التي يطرحها اختيار لغة التحكيم وما يثيره اهمال تحديدها من طرف أطراف النزاع، اعتقاداً منهم بأنها ستكون لغة العقد، كما لا يتوقعون أن يثير أحد الأطراف مشكلة بحسن أو سوء نية بحثاً عن معوقات لسير عملية التحكيم، كما تثور نفس المشكلة إذا ما تم صياغة عقد الاستثمار بلغة تختلف عن لغة دولتي الطرفين خاصة وأن مدلولات اللغة فيها اختلاف كبير تخرج ترجمتها غالباً عن المعنى الحقيقي للكلمة خاصة بالنسبة للمصطلحات الاقتصادية والقانونية، على أنه وفي حالة عدم وضع لغة التحكيم في العقد فإنه يمكن الرجوع إلى القانون الواجب لتطبيق وفي حالة عدم الاتفاق يقوم المحكمون بتحديددها بناء على معطيات العقد وما استخدمه الأطراف في مراسلاتهم واتصالاتهم بشأن مفاوضات العقد⁽²⁾، لذا من المفيد عدم اغفال أطراف النزاع لاسيما الدولة المضيفة للاستثمار لغة التحكيم، فالاعداد الجيد للتحكيم يبدأ بصياغة العقد بدقة محكمة بما يكفل التوازن العادل بين الطرفين.

2- تحديد مكان التحكيم: يرتب اختيار مكان التحكيم آثار إجرائية عديدة، فلقضاء الدولة التي يقام التحكيم فيها سلطات واسعة لتدعيم سير التحكيم من حيث فرض الرقابة على إجراءات التحكيم أو منح هيئات التحكيم سلطات وصلاحيات واسعة، كما قد يضع قيود على اختيار المحكمين أو مؤهلاتهم وشروط تعيينهم وشكل الإجراءات، فضلاً عن تحديد القانون الإجرائي الواجب التطبيق⁽³⁾، المعمول به في تلك الدولة إذا لم يحدد الأطراف القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في اتفاق التحكيم⁽⁴⁾، كما يجب أن يتوافر في هذا المكان اعتبارات الحيادة والملائمة، حيث يمكن استدعاء الشهود والخبراء بسرعة، وبالنسبة للتحكيم المؤسسي فان قواعد لوائح مراكز التحكيم الدائمة تحدد

⁽¹⁾ هفال صديق اسماعيل: مرجع سابق، ص 248.

⁽²⁾ سهيلة قرطبي: مرجع سابق، ص 397.

⁽³⁾ هدى محمد مجدي عبد الرحمن: دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة،

1997، ص 207.

⁽⁴⁾ زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 263.

مكان التحكيم، وإذا اتفق أطراف التحكيم على مكان معين فعلى هيئة التحكيم احترام ذلك لأنه يحمل في ثناياه اخلاقاً مبدأً حق الدفاع مما يترتب عليه البطلان، ما لم تكن هناك مبررات للهيئة لمخالفة هذا الاتفاق. (1)

بناءً على هذه الاعتبارات وإذا كان مكان التحكيم يهم الأطراف المتنازعة، ومن ثم يقع على عاتقهم مهمة تحديده، إلا أنه يهم من باب أولى هيئة التحكيم فهو يعد مقرها فيه تبدأ مهمتها ويصدر حكمها، فإن تقاعس أطراف النزاع عن تحديده تولت هي مهمة ذلك (2)، كما أن اختياره من قبل أطراف النزاع دلالة على تطبيق قواعد إجراءات التحكيم المعمول بها في تلك الدولة إذا لم يحدد أطراف النزاع القانون الواجب على الإجراءات في اتفاق التحكيم، وهو ما يساعد في تسيير إجراءات الخصومة التحكيمية، كما هو الشأن حالة تخلف الشهود أو امتناع أحد الأطراف عن تقديم مستند، أو الاستعانة بالقضاء الوطني لاتخاذ بعض التدابير الوقائية أو التحفظية المستعجلة.

على صعيد التشريعات الوطنية لم يشر المشرع الجزائري إلى تحديد مكان التحكيم، فالأصل خضوعه لمبدأ سلطان الإرادة، فيتمتع الأطراف بحرية في تحديد كافة شروط الإجراءات ومن بينها مكان التحكيم (3)، في حين نصت المادة 28 من قانون التحكيم المصري على أن يكون مكان التحكيم داخل مصر أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملائمة المكان لأطرافها (4)، أما المشرع الفرنسي فقد جعل تحديد مكان التحكيم يخضع لإرادة أطراف النزاع، ولهم الحرية الكاملة والمطلقة في تحديد شروطه. (5)

أما بالنسبة لمكان مباشرة إجراءات التحكيم حسب اتفاقية واشنطن 1965، فإنها تبدأ في مقر المركز بالمكتب الرئيسي للبنك الدولي للإنشاء والتعمير بمدينة واشنطن في الوم (6)، ويجوز مع ذلك وبعد موافقة الطرفين أن تتم الإجراءات في مقر الهيئة الدائمة للتحكيم بلاهاي أو في أي هيئة أخرى

(1) خالد محمد القاضي: مرجع سابق، ص 221.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة: التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، مرجع سابق، ص 450.

(3) زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 263-266.

(4) نصت المادة 28 من ق ت م ت م بأنه "لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملائمة المكان لأطرافه".

(5) خالد محمد القاضي: المرجع نفسه، ص 222.

(6) نصت المادة 62 من اتفاقية واشنطن على أنه "تجرى إجراءات التوفيق والتحكيم في مقر المركز الا في الحالات التي ينص عليها فيما بعد"

مناسبة، ويكون المركز قد اتفق معها على الترتيبات اللازمة لهذا الغرض أو في أي مكان آخر توافق عليه هيئة للتحكيم بعد استشارة السكرتير العام.⁽¹⁾

يبدو أن قواعد الاتفاقية تتمتع بالمرونة في شأن تحديد مقر التحكيم من خلال اعطاء فرصة للأطراف بالاتفاق على مقر التحكيم ودون أن تنقيد بمكان معين⁽²⁾، وهذا يعني أن يتم التحكيم في مقر المركز، واستثناء يجوز أن تتم في مقر آخر بموافقة الطرفين، والهدف من وراء ذلك اختيار مكان يتميز بالحيادية، وسهولة القيام بالإجراءات التحكيمية، وهذا الاتجاه الحديث في اختيار مكان التحكيم أصبح سائدا في الوقت الحاضر.⁽³⁾

إلى جانب هذه المسائل، فإن جدول أعمال الجلسة يتناول أيضا: مواعيد الجلسات، ويفضل أن تحدد باتفاق بين الطرفين أو ممثلهما، وفي حالة عدم الاتفاق تحدد هيئة التحكيم مكان الاجتماعات، كما يتم تحديد المسائل التي تحتاج إلى خبرة فنية وحصر صلاحيات المحكم في إصدار الأوامر الوقتية أو التحفظية، فضلا عن ذلك فإنه لا بد من تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، إذا لم يحدده الأطراف وكذا القانون الواجب التطبيق على الموضوع في حالة عدم الاتفاق على تحديده.⁽⁴⁾

ب- تقديم بيان الدعوى: يقصد ببيان الدعوى المذكرة المكتوبة التي يجب على الطرف الذي بادر لتقديم طلب التحكيم أن يرسلها إلى المدعى عليه، وإلى جميع أعضاء هيئة التحكيم خلال الميعاد المتفق عليه أو الميعاد الذي تحدده الهيئة، وقد الزم المشرع المصري أن يتضمن بيان المدعي بياناته الشخصية مع تحديد اسم المدعى عليه وعنوان هو تفصيل وقائع الدعوى وكافة البيانات التي نص عليها اتفاق التحكيم، ويختتم البيان بتحديد طلباته، من جانب آخر يقوم المدعى عليه خلال الميعاد المحدد اتفاقا أو بقرار من الهيئة بإعداد مذكرة مكتوبة يضمنها رده على ما تضمنه بيان المدعي، كما يعرض أوجه دفاعه وطلباته، ويحق لطرفي النزاع تقديم المستندات والوثائق وأدلة الإثبات في وقت لاحق⁽⁵⁾، وقد يطلب المدعى عليه في رده

⁽¹⁾ نصت المادة 63 من اتفاقية واشنطن على أنه "يجوز بموافقة الطرفين أن تتم إجراءات التوفيق والتحكيم في:

1 مقر الهيئة الدائمة للتحكيم أو أي هيئة أخرى مناسبة عامة أو خاصة يكون المركز قد اتفق معها على الترتيبات اللازمة لهذا الغرض

2 أي مكان آخر توافق عليه الهيئة أو المحكمة بعد استشارة السكرتير العام."

⁽²⁾ يبدو أن اتفاقية واشنطن لم تشدد على مكان التحكيم كونها لا تتطلب اعطاء الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي الصادر عن المركز التابع لها، فوفقا لقواعد الاتفاقية فإن الحكم الصادر عن المركز يعتبر حكما نهائيا ملزما للطرفين. لما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص 124.

⁽³⁾ عبد الحميد الاحدب: اجراءات التحكيم، المؤتمر الدولي السادس عشر لكلية الشريعة والقانون حول التحكيم التجاري الدولي اهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، قسم القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، 28-30 افريل 2008، ص 438.

⁽⁴⁾ فنجي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 325.

⁽⁵⁾ زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 278.

طلبات جديدة عارضة متصلة بموضوع النزاع، وفي هذه الحالة على المدعي الاطلاع على هذه الطلبات للرد عليها خلال مدة زمنية معقولة، فضلا عن ذلك يمنح اطراف النزاع فترة زمنية لتعديل الطلبات وأوجه الدفاع أو استكمالها خلال إجراءات التحكيم، ما لم تقرر هيئة التحكيم عدم قبول ذلك منعا لتعطيل الفصل في النزاع المعروض أمامها. (1)

بالنسبة للتشريع الجزائري فلا وجود لأي نص يحدد ما هو مطلوب توافره من معلومات حول بيان الدعوى الذي يطرح أمام هيئة التحكيم، وقد اكتفت المادة 1022 ق ا م ا المنظمة للتحكيم الداخلي بالنص على وجوب تقديم الخصوم لدفاعهم ومستنداتهم قبل انقضاء أجل التحكيم بـ 15 يوما على الأقل، فكأن المشرع أراد بهذا النص القول بأن هيئة التحكيم تعتبر محتجزة للحكم دون الحاجة إلى بيان الدعوى، غير أن ذلك لا يتحقق إلا بناء على اتفاق تحكيم انجز بعد نشوء النزاع، أما في حالة شرط التحكيم فإنه يتعين على الطرف الذي يهيمه التعجيل حجز الهيئة بناء على عريضة تتوفر فيها كل المعلومات المطلوبة. (2)

ج - مراعاة المبادئ الأساسية في التقاضي: نظرا لطبيعة التحكيم القضائية والتي تؤثر قطعا على دور المحكم، فإن هذا الأخير لا يمكنه ممارسة مهامه بعيدا عن القانون، فسلطة المحكم ليست مطلقة فهو يخضع لقيود وضوابط في ممارسة مهامه، لذلك تلتزم هيئة التحكيم باحترام المبادئ الأساسية في التقاضي، مع مراعاة حقوق الدفاع لتعلقها بالنظام العام، بغض النظر عن مصدر إجراءات التحكيم (3)، ويمكن إيجاز أهم هذه المبادئ في:

1- مبدأ المساواة والمواجهة بين أطراف النزاع: يعد هذا المبدأ من أهم المبادئ التي يحرص عليها المحكم عند اضطراره بتسيير إجراءات التحكيم، ويقصد به مواجهة الخصوم بعضهم بعض بادعاءاتهم ودفاعهم، فلا يجوز سماع طرف إلا في مواجهة خصمه لغرض تمكين كل طرف من الاطلاع على أي مستند أو مذكرة يقدمها خصمه تحقيقا لتكافؤ الفرص في تقديم الأدلة وتدعيم الحجج (4)، كما أن الهدف منه هو التزام المحكم بالحد الأدنى من الأمانة، ومراعاة عدم مفاجئة الأطراف بتكييف جديد للوقائع، وإلا تعين عليه إعادة فتح باب المرافعة، ورفع هذا التكييف تحت نظر اطراف النزاع (5)، على هذا الأساس تحرص مختلف قوانين ولوائح هيئات التحكيم على ضمان مبدأ المواجهة والمساواة، فعدم تحقيقه قد يكون سببا

(1) عصام أحمد البهجي: مرجع سابق، ص 107.

(2) سامي بلعابد: مرجع سابق، ص 133.

(3) زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 279.

(4) رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر: مرجع سابق، ص 346.

(5) محمد نور عبد الهادي شحاته: مرجع سابق، ص 325.

لرفض تنفيذ الحكم التحكيمي، حيث سعت اتفاقية نيويورك لتنفيذ الأحكام الأجنبية من خلال المادة 5 منها الى تكريس هذا الشرط عن طريق سماع أقوال الأطراف في مواجهة بعضهم البعض⁽¹⁾، وهو الموقف الذي تبنته الاتفاقية الأوروبية لعام 1961 حيث أكدت على عدم الاعتراف وعدم تنفيذ حكم التحكيم في حالة عدم احترام حق الدفاع للطرف الذي صدر ضده الحكم، وبنصوص مماثلة أشادت القواعد التي وضعتها لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة والتي عبرت من خلالها على منح الهيئة التحكيمية صلاحية الفصل في النزاع بالكيفية التي تراها مناسبة شريطة ان تعامل أطراف النزاع على قدم المساواة وان تهيئ لكل منهما في جميع مراحل الدعوى التحكيمية فرصة كاملة لعرض حثيات القضية.⁽²⁾

كما يقتضي مبدأ المساواة وجوب نظر النزاع من طرف جميع اعضاء هيئة التحكيم، فليس لهيئة التحكيم اذا تشكلت من اكثر من محكم، أن تعقد أي جلسة من جلساتها بعضوين فقط أو بعضو واحد، كما أنه ليس لهيئة التحكيم أن تندب عضوا منها لاتخاذ اجراء من الإجراءات إلا اذا كان يجوز لها ذلك سواء بنص قانون أو باتفاق الأطراف، وإلا كان الاجراء باطلا⁽³⁾، وقد أجاز المشرع الجزائري بموجب المادة 1020 من ق ا م ا أن تنجز أعمال التحقيق والمحاضر من قبل جميع المحكمين، الا اذا أجاز اتفاق التحكيم سلطة ندب أحدهم للقيام بذلك، أما المشرع المصري فقد وضع قواعد للتوفيق بين المبدئين من خلال نص المادة 26 من قانون التحكيم والتي جاء فيها انه "يعامل طرف التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرص متكافئة وكاملة لعرض دعواه " كما دعى الى أن تعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وادلته، ولها الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.⁽⁴⁾

2 - احترام حقوق الأطراف في الدفاع: من المبادئ الأساسية في الإجراءات التحكيمية، احترام

وتمان حق الدفاع، والذي يعني حق المدعي في الدفاع عن دعواه، وحق المدعى عليه في الرد على الدعوى المرفوعة ضده⁽⁵⁾، وسواء كان التحكيم حرا، أو مؤسسيا فإنه يجب على المحكم أن يكفل للأطراف كافة حقوقهم المتعلقة بالضمانات الأساسية للتقاضي⁽⁶⁾، فهذه القواعد الأمرة والمتعلقة بحق الوجاهية واحترام

(1) رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر: مرجع سابق، ص 346.

(2) فوزي محمد سامي: مرجع سابق، ص 172.

(3) زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 285.

(4) أنظر المادة 33 من ق ت م م ت م رقم 27-94.

(5) زهر بن سعيد: المرجع نفسه، ص 283.

(6) Loquin E: Les obligation de confidentialite dans l'arbitrage, Rev de l'Arbitrage, - Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux - Université de Bourgogne - France, 2006, p152.

حقوق الدفاع، هي من النظام العام الدولي، فكل التشريعات الوطنية توجب التقيد بإجراءات التحكيم بها تحت طائلة ابطال الحكم في حال مخالفتها، ونظرا لأهمية هذا الحق فقد كرس الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم هذا المبدأ، حيث أكدت اتفاقية جنيف لعام 1927 في الفقرة ب من المادة الثانية منها، على رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم اذا تبين للقاضي أن الطرف الذي صدر الحكم ضده لم يبلغ خلال وقت ملائم بإجراءات التحكيم لكي يتمكن من تقديم دفاعه، كما أشارت الى ذات الحق الاتفاقية الأوروبية لعام 1961 في المادة 1/9، بنصها على عدم جواز الاعتراف وعدم تنفيذ حكم التحكيم في حالة عدم احترام حق الدفاع للطرف الذي صدر الحكم ضده، كما أن القواعد التي وضعتها لجنة القانون التجاري التابعة للأمم المتحدة لم تغفل الحديث عن ذلك في مادتها 15 بنصها على أنه "مع مراعاة احكام هذه القواعد لهيئة التحكيم ممارسة التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة شريطة ان تعامل الطرفين على قدم المساواة، وان تهيء لكل منهما في جميع مراحل الإجراءات فرصة كاملة لعرض قضيته"، لذا على المحكم مراعاة القواعد الأمرة حتى يبقى حكمه محصنا من الابطال، فهذه القواعد ترسم الحدود الحقيقية للمحكمن في إجراءات المحاكمة التحكيمية.⁽¹⁾

ثانيا- الاثبات في الخصومة التحكيمية .

يجري الاثبات أمام هيئة التحكيم كما هو الحال أمام محاكم الجهات القضائية، ويكون الاثبات بأدلة الاثبات المقررة قانونا⁽²⁾ بالنسبة للواقعة المراد إثباتها وهذا بالنظر إلى قوة كل دليل وأهميته في تكوين اقتناعها.⁽³⁾

غير أن التحكيم التجاري الدولي يتضمن إجراءات محاكمة خاصة بالتجارة الدولية عموما والاستثمار الأجنبي خصوصا، تجيز لأطراف النزاع الذين هم من جنسيات وتقاليد قانونية مختلفة تقديم أنظمتهم الخاصة بالإثبات التي هي جزء من نظامهم القانوني⁽⁴⁾، وبما أن المحكم يفصل في النزاع الاستثماري القائم، فله أن يستعين بكافة وسائل الاثبات التي يراها مناسبة ليتوصل من خلالها إلى اقرار الحق، ولأن التحكيم يختلف عن القضاء، فعلى المحكم أن يراعي اتفاق الأطراف، وفي حالة عدم الاتفاق على ذلك، فلهيئة التحكيم السلطة التقديرية في اجراء المعاينة أو اتخاذ أي وسيلة من وسائل الاثبات بناء على طلب احد

(1) عبد الحميد الأحذب: اجراءات التحكيم، مرجع سابق، ص 457.

(2) الأصل أن الاثبات أمام هيئة التحكيم يتم كما هو جاري العمل عليه في القضاء، على أن هذه القاعدة لا تتعلق بالنظام العام، فيمكن للأطراف الاتفاق على نقل عبء الاثبات لأحدهما، فإذا لم يثبت الواقعة، لا يمكن للمحكم أن يستند اليها في حكمه. لزهري بن سعيد: مرجع سابق، ص 286.

(3) فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 358.

(4) عبد الحميد الأحذب: اجراءات التحكيم، المرجع نفسه، ص 471.

الأطراف، أو من تلقاء نفسها متى رأت ذلك ضروريا، وفي حالة رفض طلب احد الأطراف، عليها أن تسبب قرار الرفض بالإثبات وإلا كان حكم الهيئة معيبا لانتهاكها حق الدفاع⁽¹⁾، وهذا ما أكدته المشرع المصري بموجب نصوص المواد 3/30 و 2/34 من قانون التحكيم المصري، حيث أعطى لهيئة التحكيم الحرية والسلطة الواسعة في تحقيق أدلة الإثبات، وهو الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري في مجال طرق الإثبات ووسائله حسب ما أشارت اليه المادة 1047 من ق ا م ا بنصها على أنه " تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة"، ويمكن التطرق إلى البعض من طرق الإثبات في مواد التحكيم التجاري الدولي على النحو التالي:

أ- تقديم المستندات: يشكل الإثبات بالكتابة في التحكيم التجاري الدولي وسيلة اثبات مميزة، حتى أن بعض الأنظمة التحكيمية فضلت امكانية اجراء محاكمة تحكيمية محصورة في الكتابة اذا قبل أطراف النزاع بذلك⁽²⁾، إلا أن تقديم المستندات تثير العديد من المسائل، تتعلق الأولى بإلزام الخصم بتقديم المحررات الموجودة تحت يده اذا كانت منتجة في النزاع الاستثماري، فإذا امتنع الخصم عن تقديم ما لديه من مستندات، فإن هيئة التحكيم في هذه الحالة لا تملك سلطة الزامه بتقديمها، إلا اذا كان هناك اتفاق يقضي بخلاف ذلك، فيما اذا اتفق الطرفان على تخويل هيئة التحكيم سلطة الزام أي من الخصوم بتقديم محرر تحت يده، أو كان القانون الإجرائي المختار أو اللائحة التحكيمية المختارة تقضي بذلك⁽³⁾، أما المسألة الثانية فهي تخص المنازعة في صحة المستندات المقدمة في الدعوى التحكيمية، أيا كان الشكل الذي تتخذه المحررات الكتابية، فلا تكون لها قوة في الإثبات اذا نازع أحد أطراف النزاع في صحة صدورها.⁽⁴⁾

بناء على ذلك فقد منح المشرع الجزائري لهيئة التحكيم امكانية طلب مساعدة القضاء في تقديم الأدلة، فإذا طلب أحد المحتكمين من الهيئة الزام الطرف الخصم بتقديم مستند تحت يده يفيد في اثبات ما يدعيه، ولم يتمكن منه، جاز لمحكمة التحكيم أو الطرف الذي يهمله التعجيل اللجوء إلى السلطة القضائية المختصة بعد الترخيص له من محكمة التحكيم، الزام الطرف الخصم بتقديم هذا المستند بموجب عريضة

(1) لزهري بن سعيد: مرجع سابق، ص 287.

(2) من النظم التي أخذت بهذا المبدأ نظام التحكيم غرفة التجارة الدولية، والهيئة الأمريكية للتحكيم، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي اليونيسترال، حيث نصت المادة 1/24 منه على أنه "تقرر هيئة التحكيم ما اذا كانت ستعقد جلسات مرافعة شفوية لتقديم البيانات أو لتقديم الحجج الشفهية، أو انها ستسير في الإجراءات على أساس المستندات وغيرها من الأدلة المادية، مع مراعاة أي اتفاق مخالف لذلك بين الطرفين. غير أنه يجب على هيئة التحكيم ما لم يتفق الطرفان على عقد أية جلسات لمرافعة شفوية، أن تعقد تلك الجلسات في مرحلة مناسبة من الإجراءات اذا طلب ذلك منها أحد الطرفين".

(3) أحمد السيد صاوي: الوجيز في التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، د.د.ن، 2010، ص 235.

(4) محمد جارد: مرجع سابق، ص 245.

تقدم إلى القاضي المختص، وتطبق في هذا الصدد أحكام قانون دولة القاضي⁽¹⁾، أما بالنسبة للمشرع المصري فقد حول هيئة التحكيم في مجال الإثبات⁽²⁾ سلطة الزام المحكّمين بتقديم المستندات للإطلاع عليها، وليس هناك ما يمنع أن يطلب الخصم من هيئة التحكيم أن تأمر خصمه من تقديم مستند تحت يده إذا ما توافرت الدلائل على وجوده، وفي حالة عدم امتثاله كان لها أن تعتمد على أقوال الطرف الآخر في وجود هذا المستند وفي صحة محتوياته⁽³⁾، بمعنى آخر أنه متى امتنع الخصم الذي بيده المستند عن تقديمه، وأقام المدعي الدليل على وجود هذه المستندات جاز لهيئة التحكيم اعتبار امتناع الخصم قرينة ضده لإثبات ما يدعيه المدعي.⁽⁴⁾

ب- شهادة الشهود: تقرر هيئة التحكيم ما إذا كانت ستسمع الشهود الذين يقترح سماعهم، ومن صلاحياتها أن ترفض ذلك إذا وجدت أن المسألة التي سيشهد فيها الشاهد أصبحت واضحة لديها، كما يحق للمحكمة أن ترد الطلب أو تسمع شاهد من تلقاء نفسها إذا وجدت فائدة في سماعه، وقد جرت العادة أن يقدم الشهود شهادتهم خطياً قبل انعقاد جلسة المحاكمة وأحياناً كثيرة يكفي بالشهادة الكتابية.⁽⁵⁾

تباينت مواقف التشريعات الوطنية وأنظمة التحكيم الدولية بخصوص الإثبات بشهادة الشهود في خصومة التحكيم التجاري الدولي، بين قوانين وطنية تعطي المحكم الحق بتحليف الأطراف والشهود، فهي تلزمه بإتباع الإجراءات التي تسري في المحاكم أما م القضاء⁽⁶⁾، وبين تشريعات لا تجيز ذلك حيث اعتبر المشرع المصري أن سماع الشهود من قبل هيئة التحكيم يكون دون أداء اليمين⁽⁷⁾، و العلة في عدم تحليف الشهود إنما يرجع إلى أن هذا الاجراء يتضمن نوع من الاجبار، ويحتاج إلى سلطة الأمر، وهو ما لا تملكه هيئة التحكيم⁽⁸⁾، على أنها إذا قررت الهيئة التحكيمية سماع الشهود واحتراماً لحق الدفاع ومبدأ المساواة، فإنه يجب أن تسمعهم في حضور جميع اعضاء هيئة التحكيم وبحضور أطراف النزاع، وفي حالة عدم حضور الأطراف ترسل صورة من المحضر المثبت لأقوال الشهود لإعطاء فرصة لمناقشتها، وإلا كان الحكم المبني على

⁽¹⁾ أنظر المادة 1048 من ق ا م ا رقم 08-09.

⁽²⁾ أنظر المادة 30 من ق ت م م ت م رقم 27-94.

⁽³⁾ مصطفى محمد الجمال، عبد العال عكاشة: مرجع سابق، ص 696.

⁽⁴⁾ خالد عبد المنعم أبو غاية: التحكيم وأثره في فض المنازعات، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2011، ص 60.

⁽⁵⁾ عبد الحميد الأحمد: اجراءات التحكيم، مرجع سابق، ص 478.

⁽⁶⁾ فوزي محمد سامي: مرجع سابق، ص 275.

⁽⁷⁾ نصت الماد 4/33 من ق ت م م ت م على أنه " ويكون سماع الشهود والخبراء بدون أداء اليمين."

⁽⁸⁾ أحمد عبد الكريم سلامة: التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية المدنية والتجارية والجمركية والضريبية دراسة مقارنة، دار

الهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 532.

هذه الاقوال باطل⁽¹⁾، كما منح المشرع الفرنسي هيئة التحكيم سلطة الاستماع إلى الشهود في اطار تحقيق خصومة التحكيم، دون الزام الشهود بأداء القسم⁽²⁾، غير أن شهادة الشهود لا تعتبر ضمن أدلة الاثبات الاجبارية في قانون التحكيم الفرنسي الذي يختار فيه المحكم القواعد الإجرائية دون أن يكون ملزماً بإتباع اجراء معين، مع احترامه للقواعد الإجرائية المتفق عليها من قبل أطراف النزاع.⁽³⁾

يبقى للمحكم صلاحية استجواب الشهود، وله سلطة تقديرية في عدم الاخذ بشهادتهم، إذا رأى أن ما توفر لديه من ادلة اثبات كافية لإصدار الحكم والفصل في النزاع الاستثماري.

ج- تحقيق الخطوط والتزوير: للمحكم الاختصاص في تحقيق الخطوط، عندما ينكر أحد أطراف النزاع نسبة أحد المستندات اليه، أو التوقيع على أحدها، أو يدعي أن المحرر مزور⁽⁴⁾، وقد تعرض قانون التحكيم المصري لهذه المسألة إلا أنه لم يعط للمحكم اختصاص البت في الطعن بالتزوير وإنما له أن يعاينه ويطلع عليه فقط أما الفصل فيه فمسألة تخرج عن ولاية المحكم ويختص بها المحكمة المختصة⁽⁵⁾، ومفاد ذلك أنه إذا كان هناك ادعاء فرعي بتزوير مستند مقدم إلى هيئة التحكيم، فإن على هذه الهيئة أن تتحقق أولاً مما اذا كان هذا المستند لازم لفصل في الدعوى قبل أن تقضي بوقف خصومة التحكيم إلى حين الفصل في الطعن بالتزوير من المحكمة، فإن لم يكن لازماً فإنه تستمر في إجراءات التحكيم، ويدخل تقدير لزوم المستند من عدمه للفصل في الموضوع إلى السلطة التقديرية لهيئة التحكيم، على أن قرارها لا يخل بحق الطرف في التمسك بتزوير المستند بدعوى أصلية أمام المحكمة المختصة.⁽⁶⁾

الا أننا لا نجد ما يشير إلى ذلك في نصوص ق ا م ا المنظمة للتحكيم الدولي، باستثناء ما نظمه المشرع في نصوص التحكيم الداخلي بموجب المادة 1021 من ق ا م التي تقضي بوقف أجل اتفاق التحكيم، بسبب واقعة التزوير كونه يشكل حاجزاً قانونياً، ولا يستأنف إلا بعد صدور الحكم في المسألة العارضة.

⁽¹⁾ فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 368.

⁽²⁾ Art 1467/2 C.P.C.F «Le tribunal arbitral peut entendre toute personne, cette audition à lieu sans prestation de serment.»

⁽³⁾ محمد جارد: مرجع سابق، ص 250.

⁽⁴⁾ زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 290..

⁽⁵⁾ نصت المادة 46 من ق ت م م على أنه "إذا عرضت خلال اجراءات التحكيم مسألة تخرج عن ولاية هيئة التحكيم، أو طعن بالتزوير في ورقة قدمت لها، أو اتخذت اجراءات جنائية عن تزويرها أو عن فعل جنائي آخر، جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في نظر موضوع دعوى النزاع اذا رأت أن الفصل في المسألة أو في تزوير الورقة أو الفعل الجنائي الآخر ليس لازماً للفصل في موضوع النزاع، والا وقفت الإجراءات حتى يصدر حكم نهائي في هذا الشأن."

⁽⁶⁾ فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع نفسه، ص 367.

د- المعاينة: هيئة التحكيم الانتقال لمعاينة محل النزاع كما هو الحال بالنسبة للانتقال إلى مقر المشروع لمعاينة أشغاله، وللمعاينة أهمية كبيرة في مجال التحكيم التجاري الدولي، خاصة في مجال الاستثمارات الأجنبية عندما يتعلق الأمر بعقود المقاولات والانشاءات الدولية كعقود تشييد أعمال البناء والعقار أو مشروعات الهندسة المدنية وغيرها، وذلك بسبب تشابك علاقاتها وضخامة قيمتها المالية فضلا عن تعقد مضمونها، لذلك يثير تنفيذ هذه العقود الكثير من الصعوبات والمسائل الفنية التي تحتاج إلى معاينتها على أرض الواقع في حال الخلاف حولها، كما تمتد أهمية المعاينة في كشف ومعرفة حقيقة وجوهر النزاع المعروض أمامها، ليتبين هيئة التحكيم الألية المناسبة للفصل في النزاع.⁽¹⁾

فضلا عن ذلك فإن هيئة التحكيم تقوم بمعاينة البضائع أو الأموال أو على المستندات في مكان وجودها، وقد أجازت المادة 28 من قانون التحكيم المصري لهيئة التحكيم أن تجتمع في أي مكان غير مكان التحكيم، تراه مناسبا للقيام بإجراء من إجراءات التحكيم، على أن يتم الانتقال بقرار من هيئة التحكيم بناء على طلب أطراف النزاع أو من تلقاء نفسها⁽²⁾، وإذا قررت الهيئة الانتقال، فإنه لا بد من اعلان الأطراف بميعاد ومكان الانتقال، وان يتم تحرير محضر بهذه المعاينة، حتى يتمكن الأطراف من مناقشة النتائج التي توصلت إليها الهيئة⁽³⁾، فمتى انتهت الهيئة التحكيمية من الإجراءات الخاصة بالمعاينة، فان تقييم النتائج المتوصل إليها انما يرجع إلى السلطة التقديرية لها، أما الاخذ بها أو رفض النتائج المتوصل إليها فيما اذا كانت غير منتجة في موضوع النزاع الاستثماري.

هـ- الاستعانة بالخبراء: نظرا لضخامة المصالح المرتبطة بالاستثمارات الأجنبية وتشابكها، وارتباطها بمصالح الدولة المضيفة للاستثمار، وما تفرزه هذه العقود من مسائل فنية لا تستطيع بسببها هيئة التحكيم الفصل في النزاع دون الاستعانة بأهل الخبرة الفنية أو العملية، لذا فهي تلجأ إلى الاستعانة بخبير لإبداء رأيه حول مسألة فنية معينة تتعلق بموضوع النزاع الاستثماري، على أنه يجوز لأطراف النزاع الاتفاق على الزام الهيئة بالاستعانة بخبير، وقد يحدث هذا الاتفاق في مشاركة التحكيم وعندئذ تلتزم هيئة التحكيم بهذا الاتفاق، كما قد يحدث الاتفاق في مرحلة لاحقة اثناء سير الخصومة التحكيمية، حينها يعتبر الاتفاق تعديلا للمشاركة، ويلزم قبول المحكمين لهذا التعديل. غير أن قرار الاستعانة بالخبراء لا يؤدي إلى وقف ميعاد التحكيم، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، فضلا عن ذلك يمكن لأطراف النزاع وبدل الاتفاق على

⁽¹⁾ محمد جارد: مرجع سابق، ص 235.

⁽²⁾ زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 291.

⁽³⁾ فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 367.

وقف التحكيم، الاتفاق على مد مدته بما يوازي المدة التي تستغرقها الخبرة، خاصة وأن مهمة الخبير تستدعي عادة وقتاً طويلاً.⁽¹⁾

باعتبار أن الخبرة من أهم المسائل التي يتم اللجوء إليها في مجال التحكيم التجاري الدولي للحصول على أدلة الإثبات في الدعوى⁽²⁾، فقد اجازت المادة 1/36 من قانون التحكيم المصري، لهيئة التحكيم تعيين خبير أو أكثر ليعد تقريراً بشأن مسائل محددة تعينها فنية أو هندسية أو حسابية، أو الاستعانة بخبير قانوني، على أن يباشر الخبير مهامه بحضور الأطراف، و يحترم مبدأ المساواة وحقوق الدفاع.⁽³⁾

الفرع الثاني: عوارض خصومة التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

إن إصدار الحكم المنهي للخصومة التحكيمية يعتبر المبتغى الأساسي لأطراف النزاع، وإذا كان حكم التحكيم هو النهاية الطبيعية للنزاع الاستثماري، فإنه ليس النهاية الحتمية لأي نزاع، فمن المتصور انتهاء خصومة التحكيم دون إصدار حكم لأسباب متعددة، كما لو تم الصلح أثناء سير الخصومة، أو في حالة ترك المدعي الخصومة التحكيمية، ولم تقرر هيئة التحكيم استمرار الإجراءات حتى حسم النزاع بناء على طلب المدعى عليه، أو إذا اتفق الطرفان على إنهاء التحكيم، أو إذا رأت الهيئة استحالة أو عدم جدوى استمرار الإجراءات وغيرها من الأسباب. لبيان ذلك نتناول في هذا الفرع العوارض القانونية التي تطرأ على العملية التحكيمية، سواء المتعلقة بوقف إجراءات التحكيم أو انقطاع سيرها على النحو التالي:

أولاً - وقف إجراءات التحكيم.

وقف الخصومة هو عدم سيرها لسبب أجنبي عن المركز القانوني لأطرافها، حتى يزول هذا السبب، ويعتبر تنظيم حالات وقف إجراءات خصومة التحكيم من صميم المسائل الإجرائية، وبالتالي فإن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم هو الذي يختص بتنظيم قواعد وحالات وإجراءات وقف الخصومة واستئناف سيرها.⁽⁴⁾

على الرغم من وقف الخصومة، فإنها تظل قائمة، فيعتبر طلب التحكيم مرتباً لأثاره، ويحتفظ كل طرف بمركزه القانوني، غير أن ما يصيب الخصومة التحكيمية هو الركود، فلا يجوز لأي من أطرافها أو للهيئة

⁽¹⁾فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 370.

⁽²⁾خالد عبد المنعم أبو غاية: مرجع سابق، ص 61.

⁽³⁾لزهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 293.

⁽⁴⁾المرجع نفسه، ص 304.

التحكيمية، القيام بأي نشاط فيها، فضلا عن ذلك يترتب على وقف الخصومة وقف ميعاد التحكيم، ولو كان ميعادا إتفاقيا أو ميعادا اضافيا قررته هيئة التحكيم أو قررته المحكمة.⁽¹⁾

فضلا عن ذلك فإنه لا يجوز الاتفاق على وقف السير في إجراءات التحكيم مدة تتجاوز المدة المحددة قانونا لإصدار الحكم، لأن ذلك يعني أن المحكم يتعذر عليه إعادة السير في التحكيم لانقضائه بانقضاء المدة المحددة له، في حين يرى جانب آخر من الفقه أنه يجوز الاتفاق على وقف إجراءات التحكيم لمدة تتجاوز المدة المحددة، لأن وقف هذه الإجراءات مدة تجاوز ذلك لا يضر بطرفي النزاع طالما أن هذا الوقف تم بإرادتهما الحرة واعمالا لمبدأ سلطان الإرادة.⁽²⁾

بناء على هذه الاعتبارات فقد تكون أسباب وقف إجراءات الخصومة التحكيمية أسباب يقدرها الأطراف انفسهم، أو هيئة التحكيم، أو القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم أي بقوة القانون.

أ-الوقف الاتفاقي لخصومة التحكيم: يكون وقف إجراءات خصومة التحكيم بناء على اتفاق الأطراف، حيث يحق لهم أن يتفقوا على ذلك في أي مرحلة قد وصلت إليها إجراءات الدعوى التحكيمية، ولو كان ذلك بعد قفل باب المرافعة وكانت الدعوى مهياًة للحكم فيها، ولا غرابة في تحويل أطراف النزاع هذه الصلاحية، ذلك أن نظام التحكيم يقوم على اطلاق سلطان ارادتهم وهيمنتها على تنظيم إجراءات التحكيم.⁽³⁾

فبناء على الطابع التعاقدي لنظام التحكيم يتم الاتفاق بين اطراف النزاع على وقف الخصومة التحكيمية في منازعات الاستثمار الأجنبي، حيث يجوز لهم ان يطلبوا من المحكمة وقف الخصومة لفترة معينة، أو أن يترك تحديديها للمحكمة، وحيث أن كافة الإجراءات تخضع لمبدأ سلطان الإرادة، فإنه يجوز إثارة هذا الوقف على ان يتم استئناف الإجراءات الخاصة بالتحكيم، فالأمر مرهون بموافقة اطراف النزاع حتى تستجيب هيئة التحكيم لهذا الطلب.

حيث نصت المادة 128 من قانون المرافعات المصري على أنه "يجوز وقف الدعوى بناء على طلب اتفاق الخصوم على عدم السير فيها مدة لا تزيد عن ثلاثة اشهر من تاريخ قرار المحكمة لاتفاقهم... " لآجل ذلك لا يسري على التحكيم الحد الاقصى الاتفاقي الذي ينص عليه قانون المرافعات المصري بالنسبة لوقف الخصومة أمام المحاكم والمحددة بـ 3 أشهر، حيث يجوز لأطراف النزاع الاتفاق عل وقف الخصومة لأية مدة

⁽¹⁾ فنجي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 379.

⁽²⁾ خالد محمد القاضي: موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص 223.

⁽³⁾ محمد جارد: مرجع سابق، ص 305.

دون التقييد بحد أقصى، على أنه إذا كان الأطراف قد أختاروا قانونا اجرائيا معيناً أو نظام مركز للتحكيم تخضع له الإجراءات، وكان هذا القانون أو نظام المركز يحدد حدا أقصى للوقف الاتفاقي فإنه يجب على أطراف النزاع التقييد بذلك، على أنه ولكي يرتب الاتفاق على الوقف اثره، ان يتم بين اطراف النزاع، وأن يصدر قرار بالوقف من هيئة التحكيم أيا كان السبب، على أن لها انقاص ميعاد الوقف إلى مدة معقولة اذا وجدت أنه يؤدي إلى اطالة امد الخصومة أمام الهيئة دون مبرر.⁽¹⁾

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يدرج نصا قانونيا يتضمن الاتفاق بين أطراف النزاع على وقف الخصومة التحكيمية في مجال التحكيم التجاري الدولي.

ب - الوقف بقرار من هيئة التحكيم: قد تعترض سير إجراءات خصومة التحكيم بعض الحالات والوقائع التي يستلزم النظر فيها وقف الإجراءات، ويخضع هذا النوع من الوقف إلى السلطة التقديرية لهيئة التحكيم التي تقرره إذا رأت ضرورة لذلك، ويبدأ الوقف بصدور قرار من هيئة التحكيم دون الحاجة إلى اتفاق الأطراف، وغالبا ما تلجأ الهيئة إلى هذا الوقف لوجود مسالة تخرج عن ولايتها وتدخل في اختصاص جهة قضائية، أو أن الأطراف لم يتفقوا على التحكيم بشأنها، فان قدرت هيئة التحكيم أهمية الفصل في تلك المسائل للبت في القضية المعروضة أمامها كان لها أن تحكم بوقف سير الإجراءات إلى حين الفصل في المسائل المذكورة.⁽²⁾

بناء على ذلك اعتبر المشرع الجزائري أن خصومة التحكيم تظل موقوفة إلى حين صدور حكم نهائي في المسألة العارضة أو الأولية، وبصدوره تستأنف هيئة التحكيم السير في الإجراءات، فاذا طعن بالتزوير مدنيا أو اذا حصل عارض جنائي يحيل المحكمون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة، ويستأنف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة.⁽³⁾

في حدد المشرع المصري بعض حالات الوقف بقرار من هيئة التحكيم إلى حين الفصل في مسألة أولوية لازمة للفصل في الدعوى، لا تدخل في ولاية هيئة التحكيم التي تنظر في الدعوى⁽⁴⁾، ويجب للأمر

⁽¹⁾ أنظر المادة 1021 من ق م ا رقم 08-09. لم يتطرق المشرع الجزائري وقف الخصومة في النصوص المنظمة للتحكيم التجاري

الدولي، و اكتفى بتنظيما في التحكيم الداخلي .

⁽²⁾ زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 303.

⁽³⁾ المرجع نفسه ص 303.

⁽⁴⁾ نصت المادة 46 من ق م م ت م ت على أنه "اذا عرضت خلال اجراءات التحكيم مسالة تخرج عن ولاية هية التحكيم أو طعن بالتزوير في ورقة قدمت لها أو اتخذت اجراءات جنائية عن تزويرها أو عن فعل جنائي آخر، جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في نظر موضوع النزاع اذا رأت أن الفصل في هذه المسألة أو في تزوير الورقة أو في الفعل الجنائي الأخر ليس لازما للفصل في موضوع النزاع، والا أوقفت الإجراءات حتى يصدر حكم نهائي في هذا الشأن، ويترتب على ذلك وقف سريان الميعاد المحدد لاصدار حكم التحكيم."

بوقف الخصومة توافر شرطين هما: 1 - أن تعرض خلال التحكيم مسألة أولوية تخرج عن ولاية هيئة التحكيم، وتدخل في ولاية محكمة من محاكم الدولة، أو في ولاية محكمة أجنبية، كان يكون قد طعن أمام المحكمة المختصة بتزوير ورقة مقدمة للهيئة كمستند في الدعوى.

2 - أن تقدر الهيئة التحكيمية أن الفصل في تزوير الورقة أو في أي مسألة أخرى يعتبر لازماً للفصل في الدعوى، بمعنى آخر أن هذا الاجراء يتعلق بالسلطة التقديرية لهيئة التحكيم، فإذا رأت أن الفصل في تلك المسألة ليس لازماً للفصل في موضوع النزاع فلها أن تستمر في نظر الموضوع، ولا توقف الخصومة التحكيمية⁽¹⁾.

ج - الوقف بقوة القانون: يتحقق الوقف بقوة القانون بمجرد توافر سبب قانوني، ودون الحاجة إلى اتفاق أطراف النزاع على الوقف، أو قرار من هيئة التحكيم⁽²⁾، لم ينص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على اي وقف لخصومة التحكيم بقوة القانون، فيما عدا حالة انقطاع خصومة التحكيم، وعلى غرار المشرع الجزائري لم يضع قانون التحكيم المصري حالات معينة تقضي بوقف خصومة التحكيم بقوة القانون.

أما عن الأثر المترتب في حالة توافر احدى الحالات السابق ذكرها سواء كان الوقف اتفاقي أو بقوة القانون أو كان بموجب قرار صادر عن هيئة التحكيم، ووجدت هيئة التحكيم ان الفصل فيها مرتبط ومؤثر على الفصل في الموضوع، فإنها تقرر وقف إجراءات التحكيم حتى يتم الفصل في هذه الحالات، ويترتب عليه وقف سريان الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم، سواء كان هذا الميعاد اتفاقي أو قانوني، وحسب المشرع الجزائري فقد حدد ميعاد اصدار حكم التحكيم بأربع اشهر تبدأ من تاريخ تعيين المحكمين أو من تاريخ اخطار محكمة التحكيم⁽³⁾، ويمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف، وفي حالة عدم الموافقة عليه، يتم الاتفاق على التمديد، وفي غياب ذلك فإنه يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة، حسب ما اكدته عليه المادة 1/1015 من ق ا م ا⁽⁴⁾ على اعتبار ان تعيين المحكم فقط دون قبول هذا الأخير لمهمته لا يعتبر تشكيلا صحيحا لهيئة التحكيم، وبالتالي فان اعتبار تاريخ قبول المحكم أو المحكمين لمهمتهم يعد الاكثر قبولا لجعله نقطة بداية إجراءات التحكيم⁽⁵⁾، أما المشرع المصري فقد جعل الميعاد محدد بمهلة 12 شهر من تاريخ

⁽¹⁾ فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 381.

⁽²⁾ زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 306.

⁽³⁾ أنظر المادة 1018 من ق.ا.م.ا رقم 08-09.

⁽⁴⁾ نصت المادة 1/1015 من ق ا م ا على أنه "لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا، الا اذا قبل المحكم او المحكمون بالمهمة

المسندة اليهم"

⁽⁵⁾ زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 335.

بدء إجراءات التحكيم⁽¹⁾، كما منح هيئة التحكيم سلطة مد ميعاد التحكيم بموافقة الأطراف، وفي حالة عدم اتفاقهم على فترة التمديد، فإنه يكون وفقا للقانون الذي يحكم الإجراءات.⁽²⁾

لكن في واقع الحال ونظرا لخصوصية منازعات الاستثمار ونتيجة المسائل والصعوبات التي تثيرها نتيجة طول مدة تنفيذ المشاريع الاستثمارية وما تتكبدته من تكاليف، ففي غالب الاحيان قد لا يتم الالتزام بالمدة المحددة لإصدار حكم التحكيم، ففي بعض القضايا التي عرضت على مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار قد تصل مدة الفصل في قضية واحدة إلى عدة سنوات، ويذكر في هذا المجال ان قضية ARAMCO لم يصدر فيها قرار التحكيم الا بعد مرور ثلاث سنوات من بداية إجراءات التحكيم، وهنا يصبح نظام التحكيم معقدا ومرهقا.⁽³⁾

ثانيا- إنقطاع خصومة التحكيم.

انقطاع خصومة التحكيم هو وقف السير في الإجراءات بقوة القانون وفق أسباب محددة، وإذا كانت أسباب الوقف في خصومة التحكيم تتعلق بالعناصر الموضوعية للمنازعة، فإن أسباب انقطاع خصومة التحكيم تتعلق بالعناصر الشخصية في منازعة التحكيم⁽⁴⁾، كعدم السير فيها لسبب يرجع إلى عدم قدرة الأطراف أو ممثلهم على الدفاع عن أنفسهم، وعادة ما يحدد القانون أسباب الانقطاع لحماية لحقوق الدفاع.⁽⁵⁾

لم يتعرض المشرع الجزائري لانقطاع الخصومة التحكيمية في نصوص قانون الإجراءات المدنية والادارية كما لم يتضمن أي إحالة إلى الأحكام المنظمة لانقطاع الخصومة أما م الجهات القضائية.

في حين أحال المشرع المصري في المادة 38 من قانون التحكيم⁽⁶⁾ إلى قانون المرافعات بشأن انقطاع خصومة التحكيم والآثار المترتبة على ذلك⁽⁷⁾، ويتم الانقطاع بمجرد توافر حالة من حالات الانقطاع بعد

⁽¹⁾ رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر: مرجع سابق، ص 370.

⁽²⁾ أنظر المادة 2/1018 ق م ا رقم 08-09.

⁽³⁾ مراد محمود المواجهة: مرجع سابق، ص 36.

⁽⁴⁾ انقطاع خصومة التحكيم تنفق مع وقف خصومة التحكيم من حيث النتيجة المترتبة وهي وقف السير في إجراءات التحكيم، غير أن انقطاع الخصومة تكون بقوة القانون أما وقف الخصومة فتكون بناء على ارادة هيئة التحكيم أو ارادة الأطراف. خالد محمد القاضي: مرجع سابق، ص 224-225.

⁽⁵⁾ أحمد عبد الكريم سلامة: التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية المدنية والتجارية والادارية والجمركية والضريبية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 561

⁽⁶⁾ نصت المادة 38 من ق م م ت م على أنه " ينقطع سير الخصومة أمام هيئة التحكيم في الأحوال ووفقا للشروط المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية..."

⁽⁷⁾ أنظر المادة 130 من القانون رقم 13-68، المؤرخ في 7-05-1968 المتعلق بقانون المرافعات المصري.

بدء الإجراءات، ولو حدث سبب الانقطاع قبل تحديد جلسة أمام المحكمين، أو قبل انعقاد الجلسة المحددة على أنه إذا تحقق سبب الانقطاع بعد إن تهيأت الدعوى للحكم، بان كان الخصوم قد أبدوا أقوالهم، وطلباتهم الختامية أي حجز الدعوى للحكم، فان الخصومة لا تنقطع حيث لا يكون هناك مبرر للانقطاع.⁽¹⁾

من جهة أخرى فإن وفاة أو تنحي أو عزل وكيل احد اطراف النزاع لا يترتب عليه انقطاع خصومة التحكيم، حيث يمكن تعيين ممثل قانوني جديد لاستكمال إجراءات الدعوى التحكيمية، وقد حدد المشرع المصري لهذا الطرف مهلة خمسة عشر يوما تبدأ من تاريخ انتهاء الوكالة، كما ان اسباب الانقطاع لا تتعلق بالنظام العام، فالبطلان المترتب عليها هو بطلان نسبي يملك طلبه إلا الطرف لذي قام به سبب الانقطاع وهو الذي يحق له التمسك به.⁽²⁾

⁽¹⁾ زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 308.

⁽²⁾ رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر: مرجع سابق، ص 371.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية في منازعات الاستثمار الأجنبي.

يقصد بالقانون الواجب التطبيق على منازعات الاستثمار القواعد القانونية التي تطبق على التحكيم منذ حصول الاتفاق عليه إلى حين صدور الحكم وتنفيذه⁽¹⁾، ويعتبر هذا الموضوع من المسائل المعقدة في التحكيم التجاري الدولي، حيث لا يمكن فصل جزئيات التحكيم عن بعضها، وحسب ما وصفه أحد الفقهاء⁽²⁾ على أن التحكيم "في تحليله القانوني عبارة عن مجموعة في غاية التعقيد تتضمن عدة تصرفات أو مراحل متتالية، ويمكن أن نميز أنه في الأساس يوجد اتفاق التحكيم الذي يتخذ صيغة شرط أو مشاركة التحكيم، ثم يأتي دور المحكمين الذين يفترض أن اختيارهم قد تم من قبل الأطراف التي انضمت إلى اتفاق التحكيم، ليأتي بعدها قبول المحكمين بهذه المهمة، كل هذا لآجل بدء الإجراءات للتحكيم ثم اصدار الحكم التحكيمي، وبالنتيجة فان اتفاق التحكيم هو من صنع الأطراف، أما الحكم فهو من صنع المحكم، ومهمة المحكم هي مهمة مشتركة بين المحكم والأطراف." ⁽³⁾

باعتبار أن التحكيم يعتمد في جوهره على اتفاق الخصوم فلا يمكن انكار دور إرادة الأطراف في تحديد إجراءاته، غير أن هذه الإرادة قد تتخلف أو قد يشوبها القصور، لذا كان لا بد من البحث عن ضوابط فنية أخرى يمكن عن طريقها تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم⁽⁴⁾، فضلا عن ذلك فإن القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم من أهم المسائل القانونية، فتحديد قانون معين لتنظيم وحكم عقد ليس مجرد تفضيل قانون على آخر، ويبقى أمام هيئة التحكيم أن تقوم بتحديد المشكلة موضوع النزاع الاستثماري بين الطرفين .

تفصيلا لما سبق سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

(1) Lalive .P.A: Problemes relatives a l'arbitrage international commercial, Academie de droit international.Recueil des cours.1967, pp611 ..

(2) Kelein.F.E: Autonomie de la volonte et arbitrage, Rev critique de droit international privé, Paris, 1958.pp255 .

(3) فوزي محمد سامي: مرجع سابق، ص161.

(4) غسان علي علي: مرجع سابق، ص361.

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

يترتب على تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم ضرورة تحديد بعض المسائل ذات الصلة وفقا لأحكام القانون المختار، ففي مجال تنظيم إجراءات التحكيم قد يتفق الأطراف على تطبيق قانون اجرائي لدولة معينة قد تكون دولة مكان التحكيم أو قانون جنسية أحدهما، كما يمكنهم وضع قواعد اجرائية من طرفهم وفق ما يرونه مناسب، وقد يخلو اتفاق الأطراف من تحديد قانون معين لينظم سير الخصومة التحكيمية تاركين أمر تنظيمها إلى هيئة التحكيم التي تم تشكيلها وفق لاختيارهم الحر، أو إلى أحد مراكز التحكيم الدائمة التي تتولى مهمة تحديد الإجراءات الواجب إتباعها.

لذلك تحظى مسألة القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار بأهمية بالغة، ذلك أن هذا القانون سيكون المرجع الذي يزود اطراف النزاع والمحكمين بمجموعة من القواعد القانونية اللازمة لحسم المسائل الإجرائية التي تثور أثناء خصومة التحكيم، بل إن المشكلة قد تثور أمام القاضي اذا ما طلب منه الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه، أو اذا طعن فيه بالبطلان بحجة صدوره من محكمة تحكيم لم تشكل طبقا للقانون الواجب التطبيق على الاجراءات المتفق عليه.

في هذا الاطار فقد ظهرت اتجاهات فقهية حاولت تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، على غرار النصوص القانونية الوطنية والدولية، وهو ما سنتعرض له على النحو التالي:

الفرع الأول: الاتجاهات الفقهية حول القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

الفرع الثاني: موقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية من القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم

الفرع الأول: الاتجاهات الفقهية حول القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم .

تباينت الاتجاهات الفقهية حول اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، بين مؤيد لتطبيق قانون الدولة مقر التحكيم، وبين اتجاه يدعو إلى تطبيق قانون إرادة اطراف النزاع .

أولا - تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم: ذهب جانب من الفقه⁽¹⁾ الى أن قانون الدولة التي يجري على اقليمها التحكيم هو القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، إستنادا إلى أن المحكم انما يقيم العدالة في الدولة التي يجري على اقليمها التحكيم وهو مبدأ منبثق من سيادة الدولة، ويضيف

(1) خالد محمد القاضي: مرجع سابق، ص 256.

أصحاب هذا الاتجاه انه في حالة انعقاد جلسات التحكيم في أكثر من دولة، فإنه يتعين تطبيق قانون الدولة التي عقدت فيها محكمة التحكيم جلساتها بصفة رئيسية، وخصوصا الدولة التي صدر فيها قرار التحكيم.⁽¹⁾

كما خلص أصحاب هذا الاتجاه إلى أن تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم هو الحل الذي يحقق التوازن بين الطبيعة التعاقدية والطبيعة القضائية للتحكيم الدولي، إضافة إلى أن تحديد مكان التحكيم يتوقف عليه تعيين جنسية حكم التحكيم، أي الفصل ما إذا كان وطنيا أم أجنبيا، وهي مسألة في غاية الأهمية عند طلب تنفيذ الحكم التحكيمي.⁽²⁾

غير أن الاتجاه تعرض للانتقاد لعدة أسباب منها: أن المحكم لا يقيم العدالة باسم الدولة التي يجري التحكيم على إقليمها، فهو لا يعد من أجهزة الدولة ولا يتلقى منها سلطة الفصل في النزاع، كما أن الاعتراف بالطبيعة المختلطة للتحكيم وإمكانية إخضاع إجراءات التحكيم لقانون دواة المقر، فإن أعمال هذا القانون على إطلاقه من شأنه أن يتجاهل الطابع التعاقدية للتحكيم، ويكون من شأنه استبعاد قانون الإرادة المستقلة مادام أنه لا ينطبق إلا في الحدود التي يتطابق فيها مع قانون مقر التحكيم.⁽³⁾

من جانب آخر فإنه لا يسوغ فرض تطبيق قانون مقر التحكيم كقاعدة عامة، لأنه من الصعب التركيز المكاني للتحكيم حتى يتسنى معرفة مقره، ففي التحكيم الإلكتروني مثلا يصعب تحديد مقر التحكيم، ويصعب كذلك إذا اتفق الأطراف على مكان التحكيم⁽⁴⁾، ضف إلى ذلك فإن الاستناد إلى مقر التحكيم كمعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق يثير الكثير من الصعوبات في التطبيق، وذلك في الأحوال التي لا يكون فيها مقر التحكيم محددًا أو في الأحوال التي يوجد فيها أكثر من مقر، وذلك عندما يعقد المحكمين جلساتهم في أكثر من دولة، أو في الحالات التي لا يوجد فيها مقر للتحكيم، وهنا يثار الإشكال حول المكان الذي يعد مقرا للتحكيم.⁽⁵⁾

⁽¹⁾ خالد ابراهيم التلاحمة: القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم التجاري الدولي، دار جهيئة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص19.

⁽²⁾ حسين الماحي: انعكاسات العولمة على التحكيم التجاري الدولي، للمؤتمر السنوي حول الاتجاهات الحديثة في التحكيم، كلية الحقوق، المنصورة، 2000، ص 27.

⁽³⁾ خالد ابراهيم التلاحمة: المرجع نفسه، ص21-22.

⁽⁴⁾ أحمد عبد الكريم سلامة: التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية المدنية والتجارية والادارية والجمركية والضريبية، مرجع سابق، ص333-334.

⁽⁵⁾ خالد ابراهيم التلاحمة: المرجع نفسه، ص22.

لذا يبدو أن قانون مقر التحكيم له طابع احتياطي، يأتي في المرتبة الثانية بعد إرادة الأطراف، لذلك لا مجال لقانون مقر التحكيم في حالة اختيار أطراف النزاع القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، إلا في حالة اختيارهم له عمالا لإرادة الخصوم، وليس عمالا لقاعدة موضوعية.⁽¹⁾

ثانيا- تطبيق قانون إرادة الأطراف: يتميز التحكيم بكونه نظام اتفاقي أساسه إرادة الأطراف واختيارهم له كطريق لحسم منازعات الاستثمار، لذلك فهم يملكون حرية وضع وبيان الإجراءات الواجب إتباعها لحسم النزاع، ولأن مصدر التحكيم هو الإرادة ابتداء، فقد أعطى الاتجاه السائد في الفقه هذه الإرادة دور مهما وحاسما في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي.

سنتطرق إلى أساس تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، ثم إلى مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، وأخيرا القانون الواجب التطبيق عند غياب الاتفاق الصريح من قبل أطراف النزاع. على النحو التالي:

أ - حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم: على الرغم من أن الاتجاه السائد في الفقه مؤيد لفكرة إرادة أطراف النزاع في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، إلا أنهم انقسموا بين مؤيد للنظرية الشخصية واتجاه آخر متمسك بالنظرية الموضوعية، على الرغم من اتفاق كلا الاتجاهين على قبول تحديد الإرادة كمعيار سواء كانت صريحة أو ضمنية، لكن الخلاف يخدم حينما لا يكون بالإمكان الكشف عن الإرادة الصريحة أو الضمنية، فاعتبر جانب من الفقه أنه من المناسب تقرير القانون المعقول المختار، في حين اعتبر الجانب الأخر أنه يتوجب البحث عن الإرادة الضمنية الذي يستعين المحكم في الوصول إليها بالأدلة والقرائن تحرير العقد بلغة معينة أو الاتفاق على الوفاء بعملة معينة، فهنا يستخلص المحكم من ذلك وجود نية ضمنية في تطبيق قانون الدولة التي تستعمل فيها تلك اللغة أو العملة.⁽²⁾

إذا كان هذا مبدأ استقلال الإرادة هو المبدأ السائد لدى جمهور الفقهاء، إلا أنه يثير بعض الإشكالات تتعلق أساسا بمدى حرية أطراف النزاع في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، فهل هذه الحرية مطلقة أم مقيدة؟ .

⁽¹⁾ أبو زيد رضوان: مرجع سابق، ص 99.

⁽²⁾ خالد ابراهيم التلاحمة: مرجع سابق، ص 27.

ذهب الاتجاه الغالب في الفقه إلى الاعتراف للأطراف بالحرية المطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، بحيث يجوز لهم اختيار قانون دولة ليس لها أي صلة بإطراف التحكيم، أو بإجراءاته شريطة مراعاة القواعد الامرة والنظام العام في الدولة التي يجري فيها التحكيم⁽¹⁾، كما يجوز للأطراف أيضا أن يصيغوا في اتفاق التحكيم القواعد الإجرائية التي يجب على المحكم إتباعها أو الاتفاق على الإجراءات السارية المفعول لدى أحد المراكز الدولية للتحكيم أو تفويض المحكمين في تحديد الإجراءات.⁽²⁾

إزاء هذه الحرية المعترف بها لأطراف النزاع، فإنها في المقابل تضيق وتتسع حسب نوع التحكيم الذي يلجأ إليه الأطراف، فيما إذا كان تحكيم حر أو خاص، أو كان تحكيم منظم. فالنسبة للتحكيم الحر فإن لإرادة الخصوم دور أساسي في صياغة القواعد الإجرائية واختيار القانون الواجب التطبيق أيا كان مصدرها سواء من قانون داخلي أو أكثر، أو من لوائح تحكيم لهيئات دولية أو مزيج بين هذه القوانين واللوائح⁽³⁾، كان تختار أطراف النزاع قواعد متفرقة مأخوذة من بعض القواعد الدولية المعروفة في مجال التحكيم التجاري الدولي، كان يكون قسم منها من قواعد التحكيم التي اصدرتها لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة، وقسم آخر من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية وآخر من قواعد تحكيم أحد مراكز التحكيم، كما قد يختار الأطراف قانون بلد معين، ففي هذه الحالة يفترض قبول القواعد الخاصة بتنازع القوانين لذلك البلد⁽⁴⁾، إلا أن اختيار هذه الصياغة الاتفاقية كثيرا ما ينجر عنها نزاعات تتعلق بالصدام مع بعض القواعد الإجرائية الأمرة، أو تلك التي تتعلق بالنظام العام في دولة التنفيذ، أو بسبب بطلان محتمل لمشاركة التحكيم وغيرها لذلك قليلا ما يتم اللجوء إلى اختيار هذا النمط لإجراءات سير المنازعة.⁽⁵⁾

أما بالنسبة للتحكيم المنظم الذي يجري بواسطة هيئات التحكيم الدائمة التي لها لوائحها وأجهزتها، فيكفي فيها أن يقوم أطراف النزاع بإحالة النزاع إلى مركز معين⁽⁶⁾ كما هو الشأن بالنسبة للمركز الدولي لفض منازعات الاستثمار واشنطن الذي عمل على تخلص إجراءات التحكيم من سيطرة القوانين الوطنية، ولكن هذا لا يمنع أنه حتى في حالة اختيار التحكيم المنظم من قبل أطراف النزاع أن

(1) خالد ابراهيم التلاحمة: مرجع سابق، ص 28.

(2) خالد محمد القاضي: مرجع سابق، ص 250.

(3) أبو زيد رضوان: مرجع سابق، ص 38.

(4) فوزي محمد سامي: مرجع سابق، ص 163.

(5) خالد ابراهيم التلاحمة: المرجع نفسه، ص 30.

(6) سامية راشد: التحكيم في إطار المركز الاقليمي بالقاهرة، 1986، ص 13.

يختاروا قواعد قانونية أو قانونا معيناً ليطبق على الإجراءات، إلا أن سكوت الأطراف بالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق فإن قواعد تحكيم المركز المختار هي الواجبة التطبيق.⁽¹⁾

ب - القانون الواجب التطبيق عند غياب الاتفاق الصريح على إجراءات التحكيم: أمام غياب اتفاق اطراف النزاع حول تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، كان لزاماً على محكمة التحكيم تحديد القواعد الواجب إتباعها أمامها، غير أن سلطة الهيئة التحكيمية ليست مطلقة وإنما تحكمها عدة اعتبارات، فقد تطبق قانون مكان التحكيم، أو القانون الذي اختاره الأطراف ليحكم موضوع النزاع، كما قد تلجأ إلى تطبيق قواعد احد المراكز أو مؤسسات التحكيم الدائمة.

1 - قانون الدولة مقر التحكيم: قد يتفق الأطراف في اتفاق التحكيم على البلد الذي يجب أن تجري فيه الإجراءات التحكيم، وذلك دون تحديد للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات، وفي هذه الحالة يثار التساؤل عما اذا كان من الجائز تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم على إجراءات التحكيم. اختلف الفقه في الاجابة عن هذا التساؤل على عدة آراء، فقد ذهب جانب من الفقه⁽²⁾ إلى أن تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم يستند إلى الإرادة الضمنية للأطراف، والإيمان بإعلاء شأن الإرادة بصفة عامة، نظراً لخصوصية الطابع الاتفاقي الذي يتمتع به التحكيم وينطلق هذا الاتجاه من قاعدة الاسناد العامة التي تنص على خضوع الدعوى وإجراءاتها لقانون الدولة التي ترفع الدعوى أمام محاكمها أو تتخذ الإجراءات على اقليمها⁽³⁾، إلا ان هذا الرأي اصطدم مع الرأي الغالب والذي يرفض الركون إلى إرادة الأطراف في تحديد إجراءات التحكيم اذا لم تكن هذه الإرادة صريحة وواضحة، ومع ذلك يرى انصار هذا الاتجاه أنه إذا كانت عملية تحديد مقر التحكيم في دولة معينة ذات دلالة أو قرينة قوية على اتجاه إرادة الطرفين في اختيار قانون الدولة مقر التحكيم ليحكم الإجراءات، فليس معنى ذلك ان هذه القرينة قاطعة ولا يمكن اثبات عكسها فهي غير كافية لاستبعاد القرائن الأخرى التي من شأنها اسناد إجراءات التحكيم إلى قانون دولي معين، ومن هذه القرائن اختيار محكمين من جنسيات مختلفة.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ فوزي محمد سامي: المرجع نفسه، ص 162.

⁽²⁾ أبو العلا النمر: القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، مرجع سابق، ص 3-4.

⁽³⁾ غسان علي علي: مرجع سابق، ص 366.

⁽⁴⁾ خالد ابراهيم التلاحمة: مرجع سابق، ص 33-34.

فيما اعتبر جانب آخر أن جوهر المشكلة لا يكمن في إرادة الخصوم ولكن يكمن في اختيار القانون الملائم والأنسب من الناحية الموضوعية ليحكم المسائل الإجرائية، إلا أن ما يعيب هذا الرأي أنه لم يضع رابطة جدية بين موضوع النزاع وقانون دولة مقر التحكيم.⁽¹⁾

عند تقدير الآراء السابقة، فقد لقي تطبيق قانون مقر التحكيم على إجراءات التحكيم في حالة غياب اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، قبولاً واسعاً لدى جمهور الفقهاء، فقانون دولة المقر يتدخل في مختلف مراحل العملية التحكيمية، فيكون هو القانون الوطني لمحل التحكيم الذي يجب أن يتم الاتفاق عليه بين الأطراف.⁽²⁾

في سياق متصل فقد طبق قانون مقر التحكيم في العديد من منازعات الاستثمار، ومثالها الحكم التحكيمي الصادر في النزاع بين الحكومة الليبية وشركة B.P Exploration، حيث خلصت هيئة التحكيم إلى تطبيق القانون الدانماركي باعتباره قانون محل التحكيم، وقد أشارت المحكمة أنهم المفيد أن يرتبط التحكيم بقانون اجرائي تابع من نظام قانوني وطني متقدم في مجال التحكيم، ويبدو أن الدافع الفعلي لالزام محكمة التحكيم بتطبيق قانون مقر التحكيم هو ما تتمتع به المحكمة من حرية واسعة طبقاً لهذا القانون، خاصة أمام احجام الحكومة الليبية عن الاشتراك في الإجراءات، حيث ان القانون الدانماركي لا يجعل من هذا الغياب عائفاً أمام الاستمرار في إجراءات التحكيم.⁽³⁾

2- تطبيق القانون الإجرائي للدولة التي يطبق قانونها على موضوع النزاع: يؤيد جانب من

الفقه تطبيق القانون الإجرائي للدولة التي يتفق الأطراف على تطبيق قانونها على موضوع النزاع، فالأصل هو وحدة القانون الواجب التطبيق على الموضوع والإجراءات، ويشير هذا الاتجاه إلى القانون الموضوعي دون حاجة إلى الرجوع لقواعد تنازع القوانين، والعكس صحيح بمعنى أن اختيار الأطراف لقانون موضوعي يعبر عن اختيارهم للقانون الإجرائي، وينطبق على كل المسائل الموضوعية والإجرائية.⁽⁴⁾

فمن المسلم به أن اخضاع اجراءات التحكيم لنفس القانون المختار الذي يحكم موضوع النزاع يحقق ميزة مهمة وهي وحدة النظام القانوني المطبق على العلاقات بين الطرفين، والحد بذلك من حدوث تنازع للقوانين، غير انه وفي المقابل فإنه ليس من الضروري ان يكون القانون الواجب التطبيق على الإجراءات هو نفسه القانون الواجب التطبيق على الموضوع، فالأطراف يمكنهم اختيار قانون معين

⁽¹⁾ أبو زيد رضوان: مرجع سابق، ص 99.

⁽²⁾ لزهري بن سعيد: مرجع سابق، ص 251-252.

⁽³⁾ إبراهيم أحمد إبراهيم: مرجع سابق، ص 136-137.

⁽⁴⁾ لزهري بن سعيد: المرجع نفسه، ص 255.

لحكم شروط الانعقاد وقانون اخر لحكم الشروط الشكلية، وثالث لحكم الاثار وغيرها⁽¹⁾، لذلك فإنه وفي حالة غياب الاتفاق الصريح من قبل الأطراف لا يلتزم المحكمون بان يخضعوا لإجراءات التحكيم للقانون المختار بواسطة الأطراف ليحكم الموضوع، وهذا لعدة أسباب منها:

إن اتفاق التحكيم يتمتع باستقلال قانوني كامل اتجاه العقد موضوع النزاع خصوصا فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، وإجراءات التحكيم ما هي الا أثر لاتفاق التحكيم وامتداد له، لذلك أنه ليس من الضروري أن يكون القانون الذي يحكم كلا من اتفاق التحكيم وإجراءات التحكيم واحد، فقد يرغب اطراف النزاع في الاستفادة من نظام اجرائي معين وفي نفس الوقت يرغبون في اخضاع العقد موضوع النزاع إلى قانون آخر يبدو لهم أكثر ملائمة، ضف إلى ذلك ما يعيب هذا التوجه هو انه يقتضي معرفة القانون الذي يحكم موضوع النزاع مسبقا، وذلك حتى يكون بالإمكان تطبيقه على إجراءات التحكيم.⁽²⁾

يرى الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة أن مسألة الإجراءات تعرض أولا أمام هيئة التحكيم، عند التفكير في تشكيلها واختيار اعضائها، في حين أن مسألة موضوع النزاع فإنها تعرض في مرحلة لاحقة عند بدء الخصومة، ومن ثم لا يجب الربط بين هذه المسألة وبين القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، لأن في ذلك تغليب الجانب الاتفاقي للتحكيم على حساب الجانب القضائي منه.⁽³⁾

3 - تحديد القانون الإجرائي بواسطة المحكمين: يتسع دور هيئة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات عنه في دورها بالنسبة لعقد التحكيم، حيث تتولى هيئة التحكيم مهمة تحديد الإجراءات عند غياب قانون الإرادة أو عند عدم اتفاق الأطراف، أو عند تفويضها بذلك من قبل أطراف النزاع، لذلك ذهب جانب كبير من الفقه⁽⁴⁾، إلى أنه من حق هيئة التحكيم نفسها تحديد القواعد الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم مع الاعتراف لها بسلطة تقديرية كبيرة في هذا الخصوص، ومرد ذلك أن سكوت الطرفين عن تحديد القانون الواجب التطبيق يفسر على انهما قد تركا امر تحديده لهيئة التحكيم، وذلك لأنه من غير الراجح تفسير ذلك في مجال الاستثمار والتجارة الدولية

⁽¹⁾ أحمد السمدان: القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول والثاني، 1993، ص194.

⁽²⁾ خالد ابراهيم التلاحمة: مرجع سابق، ص36-37.

⁽³⁾ أحمد عبد الكريم سلامة: التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية المدنية والتجارية والادارية والجمركية والضريبية، مرجع سابق، ص336-337.

⁽⁴⁾ مصطفى الجمال، عكاشة محمد عبد العال: مرجع سابق، ص227.

أن يكون اغفال الطرفين مرجعه الإهمال أو التقصير، بل الراجح تفضيل عدم اثارها لاستحالة الاتفاق بشأنها. (1)

نظرا لما تتمتع به هيئة التحكيم من سلطة واسعة وحرية في تحديد وتنظيم إجراءات التحكيم، فإن البعض يتخوف من التعسف في استعمال هذه السلطة ويرغب في تقييدها بقيود موضوعية، خاصة مع تعدد القوانين ذات الصلة بالعلاقة فيكون عليها تسبب اختيارها لقانون معين دون غيره من القوانين (2). وقد انتقد هذا الاتجاه لعدة أسباب منها:

من الثابت أن حرية الأطراف لا تتقيد بقيود موضوعية عند تنظيم إجراءات التحكيم، وهيئة التحكيم تتمتع بنفس الحرية التي يتمتع بها الأطراف، كما أن الاتجاه السائد في القانون المقارن أن يترك لهيئة التحكيم حرية اختيار الإجراءات التي تراها مناسبة لذلك من الصعب وضع اطار موضوعي لتنظيم هذه الحرية بالنظر إلى اختلاف ظروف وملابسات الفصل في قضية عن أخرى (3)، وبالرجوع الى قضاء التحكيم نجد أن هناك اتجاه نحو تحرير إجراءات التحكيم من النظم الإجرائية، ويترتب على هذا استبعاد أي دور احتياطي لقواعد الإجراءات في تشريع الدولة التي تم التحكيم على اقليمها عند عدم اتفاق الطرفين على اختيار قانون اجرائي معين، ومن قضاء التحكيم النموذجي حكم التحكيم الصادر في 23 أوت عام 1958 في قضية ARAMCO (4) ضد المملكة العربية السعودية، وفي هذه القضية تضمن اتفاق التحكيم المبرم في 23-02-1955 بين الطرفين نصا (5) يخول محكمة التحكيم سلطة تحديد القواعد الإجرائية الواجبة الاتباع، وقد قررت محكمة التحكيم أن القانون الواجب التطبيق هو القانون السعودي، إلا أنهم استبعد القانون السعودي كونه لا يتضمن قواعد كافية فيما يتعلق بعقود استغلال البترول، كما تم استبعاد القانون الأمريكي اعمالا لمبدأ المساواة بين الطرفين. وانتهت الهيئة إلى اخضاع إجراءات التحكيم إلى القانون الدولي العام. (6)

على الرغم من الحرية الممنوحة لهيئة التحكيم في بسط نفوذها حول القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، إلا أن هذه الحرية مقيدة وليست مطلقة، ففي الواقع نجد ان هناك قيود عملية تترجمها

(1) خالد ابراهيم التلاحمة: مرجع سابق، ص 38.

(2) مصطفى الجمال، عكاشة محمد عبد العال: مرجع نفسه، ص 229.

(3) غسان علي علي: مرجع سابق، ص 371.

(4) Fouchrd.PH: L'arbitrage commercial international, librairie, Dalloz, Paris, pans 1962 Vol 11, pp 314 – 315.

(5) نصت المادة 6 من اتفاق التحكيم المبرم بين المملكة العربية السعودية والشركة العربية الامريكية للنفط ARAMCO على ان "هيئة التحكيم تقرر قواعد الإجراءات التي تتبعها."

(6) غسان علي علي: المرجع نفسه، ص 372.

اعتبارات قانونية، يتعين على المحكم مراعاتها من أجل ضمان الفاعلية الدولية للتحكيم، فالمحكم لا يمكنه تجاهل القواعد الإجرائية في دولة مقر التحكيم أو الدولة التي يتم تنفيذ حكم التحكيم على إقليمها، ولذلك فإن هذه النصوص هي التي تحدد حدود الحرية التي يتمتع بها المحكم في تعيين إجراءات خصومة التحكيم، وعلى كل يمكن القول أن القيود تتمثل في:

- على المحكم مراعاة النصوص الإجرائية الأمرة في قانون دولة المقر التحكيم، حيث يمكن رفع دعوى بطلان التحكيم في حالة مخالفة القواعد الأمرة في هذه الدولة.

- يتعين على هيئة التحكيم احترام حدود السلطة المخولة لها في تنظيم إجراءات التحكيم، ومن الثابت ان التجاوز في هذا الشأن امر غير مقبول، ويسمح للطرف الصادر ضد الحكم ان يطعن بالبطلان أما م السلطة المختصة في الدولة التي يراد التنفيذ فيها، بالرغم من ان التحكيم قد يكون غير مخالف للقواعد الإجرائية السارية في قانون هذه الدولة.⁽¹⁾

الفرع الثاني: موقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية من القانون الواجب التطبيق على

إجراءات التحكيم

تعد مسألة القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبية من اهم المسائل القانونية التي تثيرها دراسة هذه العقود، ذلك ان تحديد قانون معين ليس مجرد تفضيل قانون على آخر، وإنما يتم على نحو نظري وعملي للنتائج، والآثار المترتبة على ذلك، وذلك من ناحيتين: الأولى وهي أن القانون المختص سيمثل مرجع الأطراف والمحكمين والذي يزودهم بمجموعة القواعد اللازمة لحسم المسائل الإجرائية، أما النقطة الثانية فهي تتعلق بوجود الاختلافات المتعددة ما بين النظم القانونية الوطنية فيما يتعلق بالقواعد الإجرائية.

للقوقف على دور القواعد التشريعية الوطنية والدولية في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، سنتناول ذلك في نقطتين، أولاً موقف التشريعات الوطنية، ثم موقف الاتفاقيات الدولية على النحو التالي:

أولاً - موقف التشريعات الوطنية.

إن تحديد القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم قد يكون باختيار الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، وقد يكون اختيارهم سواء في الاتفاق الاصيلي أو اللاحق، كما قد يغفل أطراف

⁽¹⁾معين عر المومني: هيئة التحكيم ودورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في التحكيم التجاري الدولي، مجلة جيل الابحاث القانونية المعمقة العدد 19، نوفمبر 2017، ص41.

النزاع عن اختيار القانون الذي ينظم الإجراءات، فلهم أن يخولوا هيئة التحكيم سلطة تحديد هذا القانون وفق ما تراه مناسب.

يمثل التحكيم نظام اتفاقي أساسه إرادة الأطراف واختيارهم له طريقا لحسم منازعات الاستثمار، فإرادتهم يملكون حرية وضع الإجراءات، أي أنه القانون الذي يقع عليه اختيار واتفاق الأطراف، وقد يكون هذا الاختيار صريحا أي بتسمية القانون، وقد يكون ضمنيا عندما يختار أطراف النزاع قانون بلد معين لإجراء التحكيم فيه، على أن لا يتم اختيار قانون بلد آخر غيره، بمعنى آخر أن اختيار مقر التحكيم دليل انصراف إرادتهم إلى إخضاع الإجراءات لقانون هذا المقر.⁽¹⁾

بناء على ذلك أخذت معظم التشريعات الوطنية في المقام الأول بمبدأ سلطان الإرادة في تحديد القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق، كما أنها منحت في المقام الثاني للمحكمن أنفسهم سلطة تحديد القواعد الإجرائية في حالة عدم اتفاق الطرفين وفي حالة عدم كفاية هذه القواعد، إلا أنها اختلفت من حيث مدى الحرية التي قررتا الأطراف والمحكمين بصفة احتياطية في تحديد القواعد الإجرائية.

بالنسبة للمشرع الجزائري الذي يفرق بين التحكيم الداخلي، والتحكيم التجاري الدولي، فقد كرس حرية الأطراف في اختيار القانون الذي ينظم إجراءات التحكيم، ففي شأن التحكيم الداخلي اعطى المشرع الجزائري الحرية لأطراف النزاع لاختيار القانون الذي ينظم إجراءات الخصومة التحكيمية، حيث نصت المادة 1019 ق ا م ا على انه "تطبق على الخصومة التحكيمية الاجال والاوزاع المقررة أما م الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك."، يبدو جليا من نص المادة ان المشرع الجزائري اعطى الأولوية لاتفاق الأطراف في تحديد القانون الذي يحكم الإجراءات، أما في حالة تخلف اتفاق الأطراف في تحديد القانون الإجرائي، فإنه لم يعطي محكمة التحكيم سلطة تحديد القانون، غير أنه الزم محكمة التحكيم بتطبيق الاجال والاوزاع المقررة أما م الجهات القضائية.

أما بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي، فقد أكد المشرع الجزائري على ضرورة احترام إرادة الأطراف فيما يخص تحديد القواعد الإجرائية التي تطبقها هيئة التحكيم، وذلك بتضمينها في اتفاق التحكيم ذاته، ا في اي محرر اخر يحدد كيفية تشكيل هيئة التحكيم وإجراءات رد واستبدال ورد اعضائها، وكذا تحديد وقت بداية ونهاية الإجراءات، فضلا عن تحديد مكان ولغة التحكيم وكيفية تقديم طلب التحكيم وآجال تقديمه وتقديم الأدلة، وتنظيم المرافعات وسماع الشهود وغيرها من المسائل الإجرائية، فالأطراف لهم حرية اختيار اي قانون اجرائي لدولة ما، كما يمكنهم تطبيق القواعد الإجرائية المنصوص عليها في

⁽¹⁾ فؤاد محمد محمد أبو طالب: التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2010، ص 296.

أحد لوائح مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة، كما يمكنهم وضع قواعد اجرائية من ابتكارهم. وهو ما أشارت اليه المادة 1043 ق ا م ا بنصها على أنه "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن اخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم" يبدو اذا أن المشرع لم ينص على تطبيق قانون وطني معين ولو بصفة احتياطية، ومن ثم يمكن القول بأنه قد اتجه نحو الاخذ باستقلال إجراءات التحكيم وتحريرها من الخضوع إلى أي قانون وطني.

هذه القاعدة التي أقرتها المادة 1043 هي مطابقة لأحكام اتفاقية جينيف لعام 1961 واتفاقية واشنطن لعام 1965 كما أن هذا الحل أقره القانون النموذجي لتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، فإرادة الأطراف تتسع لتشمل امكانية وضع قواعد اجرائية سواء بابتكارها، أو استخلاصها من قانون وطني أو اختيارها من بين عدة قوانين وطنية، ودمجها في اتفاق التحكيم⁽¹⁾، فحتى ينتج حكم التحكيم كل آثاره في البلد الذي سيمارس رقابته عليه، فإنه يجب على المحكمين الأخذ بعين الاعتبار الأحكام الإلزامية الخاصة بالنظام العام لهذا البلد.⁽²⁾

من القوانين التي أطلقت حرية الأطراف والمحكمين احتياطيا في تنظيم إجراءات التحكيم في مقدمتها قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الصادر سنة 1981، حسب ما نصت عليه المواد 1494 و1509 من ذات القانون بنصها على أنه "يمكن لاتفاقية التحكيم مباشرة وبالعودة إلى نظام تحكيمي، تنظيم الإجراءات التي يقتضي إتباعها في المحاكمة التحكيمية، كما يمكنها اخضاع هذه المحاكمة إلى قانون اجرائي معين، وفي حال اغفال الاتفاقية التحكيمية لهذا الامر، يعمد المحكم إلى تنظيم الاصول الإجرائية بالقدر الذي يحتاج فيه إلى ذلك، سواء مباشرة أو بالعودة إلى قانون ما، أو إلى نظام تحكيمي ما."

يبدو أن المشرع الفرنسي أخذ في المقام الأول بمبدأ استقلال الإرادة في تنظيم الإجراءات، وأخذ في المقام الثاني بمبدأ حرية المحكمين في تنظيم هذه الإجراءات دون ان يكونوا ملزمين باللجوء إلى قواعد اجرائية معدة مسبقا، كما يجوز لهم المزج بين عدة قوانين وطنية، فضلا عن ذلك فإنه يجوز لهم تجميد القانون الوطني المختار من قبلهم، أي استبعاد التعديلات اللاحقة التي قد تحدث في هذا القانون بعد اتفاقهم، كما أن للأطراف الاتفاق على أن تسري الإجراءات الخاصة بأحد المراكز الدائمة للتحكيم،

⁽¹⁾ لزهري بن سعيد: مرجع سابق، ص 248.

محمد براهيم: التحكيم في التشريع الجزائري: مرجع سابق

⁽²⁾ <http://brahimi-avocat.e-monsite.com/ar/blog/9-4.html>

أي أن المشرع الفرنسي قد أخذ باستقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية وتحررها كلية من الخضوع لأي قانون وطني.⁽¹⁾

أما بالنسبة لبدء إجراءات التحكيم، فإنها تختلف بحسب نوع اتفاق التحكيم، مشاركة تحكيم أو شرط تحكيم، بالنسبة لمشاركة التحكيم فإن الإجراءات تبدأ من تاريخ قبول هيئة التحكيم القيام بمهمة التحكيم، أما بالنسبة لشرط التحكيم فإن الإجراءات تبدأ من تاريخ اعلان موضوع النزاع إلى المحكمين.⁽²⁾

إلى جانب القوانين التي أعطت أطراف النزاع الحرية الكاملة لاختيار القواعد الإجرائية، فإنه توجد بعض القوانين قيدت حرية الأطراف والمحكمين احتياطيا في تنظيم الإجراءات، فنجد قانون التحكيم الاسباني في مادته 21، وقانون التحكيم البرتغالي بموجب المادة 37 منه، فهذه القوانين لا تسمح بالأخذ بالاتجاه الذي يقضي باستقلال إجراءات التحكيم تجاه القوانين الوطنية وتحررها كلية من الخضوع لأي قانون وطني، كما رتبت على مخالفة القواعد الإجرائية الواردة في هذين القانونين بطلان حكم التحكيم، فيجب على اطراف التحكيم وهيئة التحكيم احترام القواعد المنصوص عليها والمتعلقة بالإجراءات.⁽³⁾

أما الطائفة الثالثة من القوانين فقد جاءت بكل وسط بين الطائفتين، ومن هذه التشريعات نجد التشريع المصري، حيث أخضع المشرع المصري في قانون التحكيم إجراءات التحكيم إلى القواعد التي يتفق عليها الأطراف مع الاعتراف لهم بكامل الحرية في اختيارها فنجده يؤكد هذا التوجه من خلال اقراره بذلك في نص المادة 25 من قانون التحكيم والتي اشارت إلى ان لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في اخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في مصر أو خارجها.⁽⁴⁾

إذا كانت المادة 25 من قانون التحكيم المصري قد قررت مبدأ حرية الأطراف في اختيار إجراءات التحكيم، إلا أنها لم تشر إلى اخضاع هذه الإجراءات للقواعد السارية في قانون اجني معين، وقد اشارت المادة 28 من ذات القانون إلى ان لطرفية النزاع الاتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجه، وحرية الأطراف في اختيار مكان التحكيم، ويعني ذلك أنها تجري بطريقة غير مباشرة حريتها في

⁽¹⁾ خالد ابراهيم التلاحمة: مرجع سابق، ص 46.

⁽²⁾ خالد محمد القاضي: مرجع سابق، ص 216.

⁽³⁾ خالد ابراهيم التلاحمة: المرجع نفسه، ص 49.

⁽⁴⁾ زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 244.

اختيار القانون الذي يخضع التحكيم لقواعده الإجرائية وفقا لمبدأ خضوع التحكيم للإجراءات النافذة في مكان التحكيم ذاته.⁽¹⁾

أما في حالة عدم الاتفاق كان لهيئة التحكيم سلطة تحديد القواعد الإجرائية المنصوص عليها في قانون التحكيم، وهذا يعني أن المشرع المصري قد اعترف للمحكمين بحرية مقيدة مقارنة بالحرية المطلقة التي اعطاها لأطراف النزاع، حسب ما ذهبت اليه المادة 25 من قانون التحكيم بنصها على انه "إذا لم يوجد اتفاق كان لهيئة التحكيم ان تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة."، غير أن هذا التوجه تعرض للانتقاد وذلك نظرا لما تتمتع به هيئة التحكيم من سلطة واسعة وحرية كبيرة في تنظيم واختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة التحكيمية، وقد جاء هذا النقد تحوفا من التعسف في استعمال السلطة من قبل الهيئة التحكيمية.⁽²⁾

بناء على هذه الاعتبارات فان اختيار اطراف النزاع الاستثماري القانون الذي ينظم الإجراءات يعد من أفضل السبل للإفلات من القواعد الإجرائية الوطني، وكذا عدم ترك مسألة تحديد هذه القواعد في يد هيئة التحكيم التي قد تختار قواعد تخالف توقعات الأطراف، لذلك يعتبر هذا الاسلوب الاكثر ذيوعا ويرجع السبب في ذلك إلى الوضوح الذي يميز القواعد المختارة، والرغبة في اختصار الإجراءات والحشية من وضع قواعد اجرائية قد تكشف ظروف خصومة التحكيم عن تخلفها أو عدم ملاءمتها.⁽³⁾

إلى جانب ذلك فان مفهوم سلطان الإرادة لم يقف عند حد اعطاء الحرية للأطراف المتعاقدة في اختيار قانون ما يكون واجب التطبيق، واستبعاد سواه، فقد تعدا ذلك اعطاء الحق بتغيير طبيعة القانون المختار من نصوص تشريعية تكتسب قوتها من وقت صدورها عن مشروع وطني أو دولي معين، لتكتسب إلزاميتها من كونها شروط تعاقدية، فهذا المبدأ سمح للأطراف بأن يضمنوا القواعد القانونية التي اختاروها في مشارطتهم، كما ان لهم ان يذهبوا إلى أكثر من ذلك بالاتفاق على تجرئة النظام القانوني الذي ينظم علاقاتهم بتطبيق بعض النصوص واستبعاد نصوص اخرى، وهو ما دفع بالعديد من الفقهاء إلى اعتبار ان المفهوم الواسع لمبدأ سلطان الإرادة قد تحول من مبدأ لحل مشكلة تنازع القوانين إلى مبدأ يسمح بالحرية التعاقدية غير المحدودة للأطراف.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ شيرزاد حميد هروري: منازعات الاستثمار بين القضاء والتحكيم، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2017، ص 180.

⁽²⁾ شيرزاد حميد هروري: مرجع نفسه، ص 182.

⁽³⁾ لزه بن سعيد: مرجع نفسه، ص 247-248.

⁽⁴⁾ فؤاد محمد محمد ابو طالب: مرجع سابق، ص 296.

ثانيا - موقف الاتفاقيات الدولية: أخذت معظم الاتفاقيات الدولية بقاعدة قانون الإرادة بنصوص واضحة وصريحة، ونخص بالذكر.

أ - اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لعام 1958: وضعت اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية ثلاث أسباب لرفض تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي في البلد المطلوب فيه تنفيذ الحكم، وذلك اذ تبين أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم ضده لم يعلن اعلانا صحيحا بتعيين المحكم، أو بإجراءات التحكيم، أو كان من المستحيل لأي سبب آخر أن يقدم دفاعه، أو أن إجراءات التحكيم مخالفة لما اتفق عليها الأطراف، أو لقانون البلد الي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق، في الأخير أشارت إلى ان في الاعتراف بحكم المحكم أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد.⁽¹⁾

يبدو أن الاتفاقية كرسست قاعدة أساسية في إجراءات التحكيم وهي حرية الأطراف في تحديد إجراءات المحاكمة التحكيمية سواء أكان عن طريق الإحالة إلى نظام هيئة تحكيمية دولية أو لنظام تحكيمي دولي مثل اليونيسترال، وفي المقابل أقرت الاتفاقية ان عدم اختيار الأطراف لقانون ما يعني وجوب تطبيق قانون مكان التحكيم، وبالتالي فحرية الأطراف ليست مطلقة وإنما مقيدة⁽²⁾، ويجد هذا المبدأ أساسه في تطبيق الإجراءات التي نصت عليها قواعد التحكيم المعروفة دوليا، أي اختيار قواعد عرفية دولية جرى التعامل بها على صعيد المعاملات التجارية الدولية⁽³⁾، وهو ما أشارت اليه الفقرة الأولى من المادة 5 من الاتفاقية بنصها على أنه "لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم إلا اذا كانت الإجراءات قد تمت وفقا لقانون الإرادة، وعند تخلف الإرادة الصريحة وفقا لقانون المكان الذي جرى فيه التحكيم."، إلى جانب ذلك فان اتفاقية نيويورك اعتبرت أنه لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم إلا اذا كانت الإجراءات قد تمت طبقا لقانون إرادة اطراف النزاع.

ب - اتفاقية جنيف الأروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961: على عكس اتفاقية نيويورك التي منحت أطراف النزاع الحرية في اختيار قانون إجراءات التحكيم ولم تميز بين تحكيم الحالات الخاصة الذي ينظمه الأطراف، وتحكيم الهيئات الدائمة للتحكيم، نجد أن اتفاقية جنيف قد فرقت بينهما، كما منحت للأطراف حرية إحالة النزاع إلى هيئة تحكيمية دائمة، وبالتالي يسير التحكيم وفقا لنظام هذه

⁽¹⁾ أنظر المادة 5 من اتفاقية نيويورك 1958.

⁽²⁾ عبد الحميد الاحدب: التحكيم التجاري الدولي، دار نوفل، بيروت، 1990، ص 261.

⁽³⁾ فوزي محمد سامي: مرجع سابق، ص 166.

الهيئة، أو إلى تحكيم له إجراءات تحكيمية خاصة يكون للأطراف بموجبه الحرية في تعيين المحكمين ومكان التحكيم والقواعد المتبعة من قبل المحكمين.⁽¹⁾

إلا أنها فرضت قواعد يتوجب إتباعها في حالة عدم الاتفاق، حيث منحت رئيس الغرفة التجارية المختص أو اللجنة المختصة، حسب الأحوال القدرة على تحديد القواعد الإجرائية الواجب مراعاتها من قبل المحكمين سواء مباشرة لو باللجوء إلى لائحة مركز دائم للتحكيم، وذلك إذا لم يقيم المحكمون بتحديد هذه القواعد في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف في هذا الصدد.⁽²⁾

أما إذا كان اتفاق التحكيم يحيل إلى التحكيم بشكل عام دون ذكر ما إذا كان مؤسسي أو خاص، ففي هذه الحالة ومنعا لإيقاف إجراءات التحكيم، يرجع المدعي إلى رئيس غرفة التجارة في بلد التحكيم أو في بلد محل إقامة ومركز المدعى عليه ليحدد ما إذا كان نظاميا، أما لا لذلك اعتبر ان التحكيم غير نظامي عندها يعطى الأطراف مهلة للاتفاق على قواعد الإجراءات، وفي حالة عدم الاتفاق يقوم رئيس غرفة التجارة بتعيين مكان التحكيم إذا لم يكن معينا بالعقد، ثم يحيل مباشرة إلى نظام هيئة تحكيمية دائمة لتحديد إجراءات التحكيم⁽³⁾، وفي حالة عدم كفاية الإجراءات أوسكوت القواعد المذكورة عن معالجة بعض المسائل يستطيع المحكم أن يستند في إجراءاته إلى أحد القوانين الوطنية، أو أن يقرر بنفسه الإجراءات المناسبة دون أن يستمدّها من قانون معين⁽⁴⁾، لذا فإن الاتفاقية الأوروبية بوضعها الحلول المختلفة لمسألة القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم قد أوجدت قانونا حقيقيا للتحكيم التجاري الدولي، بتجنبها المشاكل الكثيرة التي قد تحدث بسبب تنازع القوانين في البلد الذي يجري فيه التحكيم.⁽⁵⁾

ج - اتفاقية واشنطن 1965 لتسوية منازعات الاستثمار: تبنت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار مبدأ حرية الإرادة باعتباره أحد المبادئ الأساسية التي تحكم القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، لذا فقد نصت المادة 44 منها على أنه "تسري إجراءات التحكيم طبقا لنصوص القسم الحالي وطبقا للائحة التحكيم النافذة في التاريخ الذي اتفق فيه الأطراف على اخضاع النزاع للتحكيم، ما لم يوجد اتفاق مخالف للأطراف، وإذا ثارت مسألة اجرائية غير منصوص عليها في

⁽¹⁾ لما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص 126.

⁽²⁾ خالد ابراهيم التلاحمة: مرجع سابق، ص 60.

⁽³⁾ لما أحمد كوجان: المرجع نفسه، ص 128.

⁽⁴⁾ Kopeimanas.L: La convention Europeene sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961 dans l'evolution du droit de l'arbitrag, annuaire France de droit international, Paris, 1961, p341.

⁽⁵⁾ فوزي محمد سامي: مرجع سابق، ص 167.

القسم الحالي أو في لائحة التحكيم أو في أي لائحة أخرى معتمدة من قبل الأطراف يتم حسم هذه المسألة بواسطة محكمة التحكيم."، باستثناء نص المادة يمكن ترتيب القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق على التحكيم في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على النحو التالي:

الزامية تطبيق القواعد الإجرائية الواردة في الاتفاقية، وذلك فيما عدا القواعد التي أجازت الاتفاقية للأطراف الاتفاق على مخالفته، وذلك بالإقرار لهم بالحرية الكاملة في تبني القواعد التي يرون بأنها الأنسب لحكم الإجراءات، إذ يمكن لأطراف النزاع الاستثماري اعداد القواعد بأنفسهم أو اختيار لائحة تحكيم أو قانون وطني معين شريطة عدم مخالفة القواعد الامرة في الاتفاقية، أما في حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين ففي هذه الحالة تطبق القواعد الإجرائية الواردة في لائحة التحكيم السارية لدى المركز، كما أن الاتفاقية أشارت إلى أنه في حالة وجود مسالة اجرائية غير منصوص عليها في الاتفاقية أو اللائحة التي تبناها الطرفان، فإنه يتم حسم هذه المسألة بواسطة محكمة التحكيم دون أن تكون ملزمة بالاستناد إلى قانون دولة معينة⁽¹⁾، كما حرصت الاتفاقية على تنظيم طريقة عمل وتكوين هيئة التحكيم نفسها، على الرغم من أن المادة 44 منها هي الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم، إلا أنه يمكن مخالفته في حال اتفق الطرفان على خلاف ذلك⁽²⁾، من جهة اخرى وبالرجوع الى المواد 37-38 منها، فإن القواعد المتعلقة بالإجراءات تتميز بالمرونة، فطرفا النزاع غير مجبرين على التقيد بالقواعد التي فرضتها الاتفاقية، على الا يؤدي ذلك الى تعطيل الإجراءات، وكمثال عن ذلك منع احد الطرفين من تعيين محكم بهدف شل إجراءات التحكيم، لأنه بإمكان رئيس مجلس ادارة المركز ان يعتمد إلى هذا التعيين⁽³⁾، كما أن المادة 45 منها تعتبر أنه في حال عدم حضور أحد الطرفين أو عدم ابدائه دفاعه في أي مرحلة من مراحل الإجراءات، فان يجوز للطرف الآخر أن يطلب من المحكمة أن تفصل في المسائل المطروحة عليها وأن تصدر حكمها.

د - القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985: كرسست قواعد القانون النموذجي

للتحكيم التجاري الدولي مبدأ حرية الأطراف في اختيار قانون الإجراءات حيث نصت في المادة 19 منها على أن للطرفين الحرية في الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على المحكمة أو هيئة التحكيم

(1) خالد ابراهيم التلاحمة: مرجع سابق، ص 62.

(2) ابراهيم أحمد ابراهيم: مرجع سابق، ص 135.

(3) لما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص 122.

إتباعها لدى السير في التحكيم، وفي حالة عدم الاتفاق على هذا الأمر يمكن للمحكمة أن تسيّر في التحكيم وفقا للإجراءات التي تراها مناسبة.⁽¹⁾

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

القاعدة العامة في منازعات الاستثمار وفقا لما استقرت عليه لنظم القانونية المعاصرة، وفقه القانون الدولي الخاص، والاتفاقيات الدولية أنه يتولى تحديد القانون الذي يحكم العلاقة القانونية بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار على أساس قانون الإرادة، وبموجبه يكون للمتعاقدین حق ممارسة اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع⁽²⁾، فقد أصبح من المبادئ المستقر عليها في التجارة الدولية أن يكون لأطراف النزاع الأولوية في التطبيق بالنسبة للقوانين الأخرى القابلة للتطبيق على النزاع، غير أنه في حالة عدم اتفاق أطراف النزاع على القانون الواجب التطبيق، تولت هيئة التحكيم بنفسها تحديد القواعد القانونية عن طريق اطلاق حريتها للفصل في موضوع النزاع وفقا لما تراه محققا للعدالة والانصاف.

في ذات السياق لا بد من الإشارة إلى أن القانون الواجب التطبيق على الإجراءات ليس بالضرورة هو القانون الواجب التطبيق على الموضوع، ومرجع ذلك أن الاعتبارات التي تقود الأطراف أو هيئة التحكيم إلى اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، قد تختلف عن الاعتبارات التي تحكم عملية اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات. وتبدو أهمية التفرقة بين القواعد الإجرائية والموضوعية من زاويتين:

— من حيث سلطة المحكم في الخروج عن هذه القاعدة القانونية، إذ قد لا يطبق المحكم القواعد الإجرائية بينما يطبق القواعد الموضوعية، ومرد ذلك أن القواعد الإجرائية ليست غاية في ذاتها وإنما وسيلة لإظهار كافة الجوانب الحقيقية أما م المحكم، لذلك فلا مانع في هذا التجاوز مادام أنه يحقق غرض جدير بالاعتبار دون المساس بالغاية الي وضعت من أجلها.

— تظهر أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق في نطاق القانون الدولي الخاص، ووفقا للمبادئ التقليدية السائدة في نظرية تنازع القوانين، حيث يتوقف تحديد القانون الواجب التطبيق على تحديد

⁽¹⁾ كما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص 129.

⁽²⁾ فوزي قدور نعيبي، مظفر جابر الراوي: النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل المتغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة، مجلة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد 10، السنة الثالثة، د.ت.ن، ص 3.

طبيعة هذه المسألة وإدراجها في أحد الافكار المسندة، وذلك تمهيدا لأعمال القانون الذي يشير اليه ضابط الاسناد في قاعدة التنازع التي تم ادراج هذه المسألة في الفكرة المسندة⁽¹⁾

تفصيلا لما سبق سنقسم الدراسة في هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم في حالة إتفاق الأطراف.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم في حالة عدم اتفاق الأطراف.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم في حالة اتفاق الأطراف.

أولت مختلف تشريعات التحكيم والاتفاقيات الدولية ولوائح ومؤسسات التحكيم الدائمة لأطراف النزاع كامل الحرية في اختيار القواعد التي ارتضوا اخضاع علاقاتهم لها، فقد تتجه إرادة الأطراف لاختيار قانون دولة معينة وفق ما يتضمنه من نصوص وأحكام سواء كان وطنيا أو أجنبيا، ولو لم يكن بين القانون الذي تم اختياره ومحل النزاع أي صلة، بحيث قد يكون أجنبيا عن مكان التحكيم أو عن جنسية اطرافه أو جنسية المحكمين⁽²⁾، بناء على ذلك سنتعرض في هذا الفرع الى موقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية من القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم في حالة اتفاق الاطراف وفق مايلي:

أولا - موقف التشريعات الوطنية.

بعد أن يتم حل جميع المسائل المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على اجراءات الدعوى التحكيمية، يبقى أمام هيئة التحكيم أن تقوم بتحديد المشكلة موضوع النزاع بين الطرفين، وأن تختار القانون الواجب التطبيق⁽³⁾، ويعتبر مبدأ حرية اختيارالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من أهم المبادئ المقبولة والمكرسة لدى العديد من التشريعات الوطنية، وقد حرص المشرع الجزائري على الأخذ بهذا الاتجاه المتسم باحترام مبدأ سلطان الإرادة، حيث اعتبر أن لأطراف النزاع كامل الحرية في اختيار القانون الذي يفصل في النزاع والذي يختاره أطراف النزاع⁽⁴⁾، فطبيعة منازعات الاستثمار من المتصور أن يكون لها تنظيم خاص وقواعد منتقاة فأطراف النزاع هم الأقدر على تصورها وعلى وضع حلول مبتكرة لا تجد مصدرها في قانون دولة معينة، وإنما في إرادة الأطراف مباشرة، فقد يلجأون إلى المرحج بين عدة مصادر فينشؤون

(1) رمضان، علي عبد الكريم دسوقي عامر: مرجع سابق، ص 319.

(2) لزهري بن سعيد: مرجع سابق، ص 314.

(3) لما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص 132.

(4) نصت المادة 1050 من ق ا م ا على أن " تفصل المحكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف..".

قانون عقدهم من مجموعة القواعد المستخلصة من تشريعات وطنية أو أجنبية، أو يكرسون العادات والأعراف المتعلقة بموضوع العقد أو عن طريق الإحالة إلى القواعد والشروط التي تتضمنها وثيقة أو عقد نموذجي.⁽¹⁾

كما أخذ المشرع المصري بذات الاتجاه واعتبر أنه في حالة اختيار الأطراف لقانون معين فإن ذلك معناه انصراف هذا الاختيار للقواعد الموضوعية التي يتضمنها هذا القانون،⁽²⁾ وليس ما يتضمنه من قواعد خاصة بتنازع القوانين، إلا إذا عبر الأطراف عن رغبتهم الزام هيئة التحكيم لاختيار القانون الذي تشير إليه قواعد التنازع الواردة في القانون الذي وقع عليه الاختيار⁽³⁾، يبدو إذا أن المشرع المصري قد أخذ بقانون إرادة الأطراف دون تقييد ارادتهما، فضلا عن عدم اشتراط وجود صلة تربط موضوع النزاع بالقانون الذي يتفق الأطراف على تطبيقه،⁽⁴⁾ وعلى هذا فإذا اتفق أطراف النزاع بشأن تحكيم تجاري دولي يجري في مصر على تطبيق القانون الفرنسي، فإن هذا يعني أنهم اتفقوا على تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الفرنسي، دون قواعد الاسناد بها، وإذا كانت قاعدة الاسناد في التشريع الفرنسي تحيل بالنسبة لواقعة النزاع إلى تطبيق القانون الإنجليزي، فإنه يجب مع ذلك تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الفرنسي، على أنه يستثنى مما تقدم أن يتفق الأطراف صراحة على تطبيق قانون دولة معينة بما في ذلك قواعد الاسناد بها، وهنا يتوجب على الهيئة التحكيمية تطبيق القانون الذي تحيل إليه قاعدة الاسناد بقانون الدولة التي اتفق على تطبيقه⁽⁵⁾، كما أكد المشرع الفرنسي هذا المبدأ بموجب المادة 1496 من قانون الم ف في نصها على أنه " يفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف، والا فوفقا للقواعد التي يراها مناسبة، ويأخذ بعين الاعتبار الأعراف التجارية في جميع الأحوال " ⁽⁶⁾، البين من النص هو اتجاه ارادة المشرع الفرنسي منح أطراف النزاع الحرية التامة في اختيار القانون الذي يحكم العلاقة القانونية بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار على أساس قانون الارادة

⁽¹⁾ محمود مختار بربري: التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص422.

⁽²⁾ انظر المادة 39 من ق ت م م ت م رقم 27-94.

⁽³⁾ لزهري بن سعيد: مرجع سابق، ص315.

⁽⁴⁾ هفال صديق اسماعيل: التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية مع أحدث احكام هيئة التحكيم الدولية وأحكام المحاكم الوطنية مرجع سابق، ص265.

⁽⁵⁾ فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص420.

⁽⁶⁾ Article 1496 du C D P CF:

« L'arbitre tranche lebanese litige conformément aux règles developement droit que les parties ont choisies, a defaut d'un tel choix, conformément a celles qu'il estime appropriées. Il tient compte dans tous les cas des usages du commerce. »

وعلى النحو الذي يروونه مناسباً، كما يجوز لهم اختيار الأعراف التجارية التي يرونها مناسبة للفصل في النزاع القائم بينهما.

ثانياً - موقف الاتفاقيات الدولية: ونخص بالذكر

أ- اتفاقية جنيف الأوروبية لعام 1961 للتحكيم التجاري الدولي: ذهب اتفاقية جنيف الأوروبية لعام 1961 للتحكيم التجاري الدولي في المادة 7 منها⁽¹⁾، الى أن الأطراف أحرار في تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع، وفي جميع الأحوال فان المحكمين يأخذون بعين الاعتبار أحكام العقد والأعراف التجارية، وهنا يظهر بأن اتفاقية جنيف تتفق على منح الأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق، فهي تتوسع في اختيار هذا القانون لتفسيح لهم المجال في اختيار مجموعة الالتزامات والحقوق القانونية.⁽²⁾

ب - اتفاقية واشنطن 1965 لتسوية منازعات الاستثمار: نصت المادة 42 من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على أنه "1- تحكم المحكمة في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع - بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الخاصة بها-، وما ينطبق من قواعد القانون الدولي.

2- لا يجوز للمحكمة أن تصدر حكماً لا يصفي النزاع على أساس سكوت القانون أو غموضه.
3- لا تمنع احكام الفقرتين 1 و2 المحكمة من الفصل في النزاع بما هو أصلح ودون التقييد بأحكام القانون اذا اتفق الطرفان على غير ذلك"

يتضح من نص المادة أن الاتفاقية قد أخذت بمبدأ سلطان الإرادة واعتبرت انه بإمكان الدولة المضيفة أو المستثمر الأجنبي الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الاستثماري، سواء قبل تقديم الدعوى أما م المركز أو اثناء السير بالإجراءات أما م المحكمة، وهذا يعني ان للأطراف اختيار قانون دولة معينة، أو اختيار قواعد القانون الدولي العام أو قواعد قانونية من عدة نظم قانونية، أو مشتركة من قانون وطني وقانون دولي عام⁽³⁾، بمعنى آخر أنه يجوز للأطراف اختيار نظام قانوني

(1) Article 7: « Les parties sont libres developement determiner lebanese droit que les arbitrer devront appliquer autonomy fond du litige. A défaut d'indication par les parties du drot applicable, les arbitres appliqueront la loi designee par la régle developement conflit que les arbitrs jugeront appropriée en l'espèce. Dans les deux cas, les arbitres tiendront compte des stipulations du contart et des usages du cmmmerce ».

(2) كما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص 138.

(3) خالد محمد جمعة: مرجع سابق، ص 226.

متكامل لكي ينطبق على التحكيم، أو ان يشترطوا تطبيق طائفة معينة من القواعد القانونية، وعلى سبيل المثال يمكن اختيار نظام قانوني لأي من الطرفين أو كليهما⁽¹⁾، أو حتى قانون دولة ثالثة وعلاوة على ذلك من الممكن اختيار قواعد النظام القانوني الدولي الأكثر ملائمة للفصل في النزاع أو المبادئ العامة للقانون أو القواعد الواردة في اتفاقية دولية ذات صلة، أو حتى اعرف التجارة الدولية أو غيرها.⁽²⁾ إلا أن اتفاق الأطراف على تعيين قواعد القانون الدولي الخاص لا يعني أن تذهب ارادتهم إلى حد تعيين قواعد القانون الدولي الخاص التي قد يحتاج المحكم للرجوع إليها للبت في المسائل الخاصة بالنزاع، وهو الأمر الذي يدعو إلى البحث عن كيفية تحديد القواعد الخاصة بتنازع القوانين، لذا من الضروري التحقق من صحة اختيار الأطراف لقانون العقد ومدى تطابق ذلك مع القواعد الملزمة للقانون مثل قانون مكان إبرام العقد، أو مكان تنفيذ العقد والمسائل الأخرى المتعلقة بقواعد القانون الدولي الخاص، وبهذا الخصوص ظهرت اتجاهات فقهية اختلفت حول معرفة القواعد الواجب تطبيقها، والمعايير المتبعة لتطبيق قواعد قانون دولي خاص⁽³⁾، نوجز أهمها فيما يلي:

أخذ الاتجاه الأول⁽⁴⁾ بقواعد التنازع للبلد الذي تم اختيار قانونه ليطبق على النزاع وهو ما اصطلح عليه بتوطين العقد، غير ان هذا الرأي يعطي تفسيراً واسعاً لحرية الأطراف في اختيار القانون، فلم يسلم من الانتقاد، فاختيار قانون معين لبلد معين ليس معناه اختيار النظام القانوني لذلك البلد، فقد ينصب الاختيار على قوانين متفرقة خاصة بالتعامل التجاري⁽⁵⁾، حين أن الاتجاه الثاني اعتمد على فكرة تطبيق أحكام القانون الدولي الخاص ببلد المحكم، أي يجب على المحكمة التحكيمية في هذه الحالة أن تطبق قواعد تنازع القانون الدولي الخاص ببلده على أساس أن له معرفة وإطلاع واسع، غير أن ما يعاب على هذا الرأي أنه ينقص من كفاءة اغلب المحكمين الدوليين على معرفة الأنظمة القانونية الخاصة بقواعد القانون الدولي الخاص غير تلك التي تخص بلدهم، كما أنه يشكل التنازع على قواعد تنازع القوانين الخاص ببلد المحكم، وبالنتيجة ينتهي الأمر إلى تطبيق قانون لا علاقة له بموضوع النزاع⁽⁶⁾، أما الرأي الثالث فقد اتجه إلى تطبيق قواعد تنازع القوانين للبلد الذي يجري فيه التحكيم، وهذا الرأي نتاج الفقه

(1) جلال وفاء حمدين: مرجع سابق، ص 58.

(2) هفال صديق اسماعيل: التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية مع أحدث أحكام هيئة التحكيم الدولية وأحكام المحاكم الوطنية، مرجع سابق، ص 259.

(3) فوزي محمد سامي: مرجع سابق، ص 182 - 183.

(4) Goldman Bernard: La volonté des parties et le role de l'arbitrage, 1981, p378.

(5) فوزي محمد سامي: المرجع نفسه، ص 184.

(6) أبو زيد رضوان: مرجع سابق، ص 53.

التقليدي حول الطبيعة القضائية للتحكيم، فالمحكم كالقاضي عليه ان يطبق القواعد القانونية للبلد الذي يمارس فيه سلطته في الحكم⁽¹⁾، وعلى الرغم من أن هذا الرأي قد لقي قبولا من الفقه الحديث إلا أنه لم يسلم من انتقادات عديدة منها أن الدافع إلى اختيار مكان للتحكيم قد يكون رغبة الأطراف في إيجاد مكان محايد لا علاقة له بموضوع النزاع، كما يبدو الأمر أكثر صعوبة في حالة عدم تحديد مكان واحد، فقد يجتمع المحكمون في عدة أماكن في عدة دول، ضف إلى ذلك فالتحكيم الداخلي ليس كالتحكيم الدولي لأننا أمام علاقة دولية لها صلة بالاستثمار والتجارة الدولية، فتوطن التحكيم ليس سوى علاقة جغرافية ولا صلة له بالجانب القانوني.⁽²⁾

من جانب آخر فإن اختيار الأطراف لقانون دولة معينة يثير اشكالا حول: هل اختيار أطراف النزاع لقانون دولة معينة هو اختيار قانون هذه الدولة وقت انعقاد المحكمة التحكيمية؟

إن اختيار الأطراف لقانون معين يقصد به اختيار هذا القانون وقت حصول النزاع وتشكيل المحكمة التحكيمية للسير بالتحكيم⁽³⁾، إلا أن الأمر لا يقتصر على أي من القانونين يقصد الأطراف أن يطبقوا، فماذا لو اختار الأطراف تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار ثم قامت هذه الدولة بتغيير هذا القانون بهدف الحد من حقوق هذا المستثمر؟ فتصرف الدولة المضيفة على هذا النحو يعد خرقا للقانون الدولي، وللحد من حرية الدولة وقدرتها على المساس بالتوازن العقدي يمكن تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية، من تغيير القانون النافذ وقت إبرام العقد وعدم إصدار تشريع جديد قد يسري على العقد بينها وبين المستثمر الأجنبي⁽⁴⁾ على النحو الذي يسمح بتكريس الثبات التشريعي.⁽⁵⁾

لذلك تأتي الاجابة على التساؤل السابق بالتمييز بين ما اذا كان العقد الاستثماري يتضمن شرط الثبات التشريعي أو لا، ففي حالة وجود هذا الشرط، فان القانون الذي يسري على النزاع يكون القانون الساري والنافذ وقت إبرام العقد، أما في الحالة المعاكسة فيكون القانون الساري هو القانون النافذ وقت التحكيم⁽⁶⁾، فاغلب احكام التحكيم التي صدرت تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

(1) Goldman Bernard: opicit,p367.

(2) فوزي محمد سامي: مرجع نفسه، ص185-186.

(3) لما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص135

(4) حفيظة السيد حداد: الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 1997، ص320.

(5) جلال وفاء محمددين: مرجع سابق، ص59

(6) رشا علي الدين: السوابق التحكيمية اطلالة على ضوء احكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010، ص80.

أشارت إلى هذا الموقف، ومنها قضية *Acip V. Congo*، وفيها قررت هيئة التحكيم ان القانون الواجب التطبيق على النزاع الاستثماري هو القانون الموجود وقت انعقاد عقد الاستثمار بين دولة الكونغو والشركة المستثمرة، على اساس ان اتفاق التحكيم كان يتضمن شرط الثبات التشريعي.⁽¹⁾

من جانب آخر وفي ذات السياق، اختلف الفقه في مسألة وجوب أن يكون اختيار القانون الواجب التطبيق صريحا أو يمكن الاعتداد بالإرادة الضمنية في ظل ظروف معينة، وحيث أن اتفاقية واشنطن لم تبين ما اذا كان يشترط أن يكون هذا الاتفاق صريحا أو يمكن أن يكون ضمنا بحسبان أنها اكتفت بالإشارة إلى التزام هيئة التحكيم بالفصل في النزاع وفقا للقانون الذي تم الاتفاق عليه بين الأطراف⁽²⁾، وقد اعتبر جانب من الفقه أن الفقرة الأولى من المادة 42 من الاتفاقية جاءت مطلقة دون أن تشترط أن يكون اتفاق الأطراف حول القانون الواجب التطبيق على الموضوع صريحا، كما أنه بالاستناد إلى نظرية سلطان الإرادة في القانون الدولي الخاص يمكن أن يكون اتفاق الأطراف حول القانون الواجب التطبيق اتفاقا ضمنا مستخلصا من الظروف والملابسات المتعلقة بالعقد أو المحيطة به، أو من خلال بنوده أو شروطه التي لم يكن هدفها المباشر تعيين القانون الواجب التطبيق.⁽³⁾

على خلاف ذلك اتجه جانب آخر إلى ضرورة وجود الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على النزاع، فان لم يتحقق ذلك وجب على هيئة التحكيم تطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، بما في ذلك قواعد تنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي، دون البحث عن الإرادة الضمنية لأطراف النزاع⁽⁴⁾، لأن قبول الاخذ بفكرة الإرادة الضمنية قد يؤدي إلى تردد الدولة المضيفة للاستثمار في عرض نزاعها على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، نتيجة تخوفها من احتمال استبعاد تطبيق قانونها اعمالا بفكرة الإرادة الضمنية.⁽⁵⁾

⁽¹⁾ تضمنت هذه القضية اتفاق استثمار بين حكومة الكونغو والشركة المدعية، نص فيه على شرط يقضي بتجميد القواعد القانونية المطبقة على الاتفاق المذكور، وعدم تاتره باي تغيير او تعديل في القوانين التي تصدرها دولة الكونغو، وقد حكمت محكمة تحكيم المركز بانهم سلطة الدولة تغيير تشريعاتها الداخلية نتيجة تمتعها بالسيادة، ومع ذلك فطالما وافقت الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي على تضمين اتفاق الاستثمار شرطا يقضي بتجميد العلاقة في الوقت الذي انعقد فيه الاتفاق، فان القوانين الجديدة لا تؤثر ولا تنقص من بالالتزامات التعاقدية للدولة. " جلال وفاء محمدين: مرجع سابق، ص 60-61.

⁽²⁾ حسن الجندي: النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 2005، ص 183.

⁽³⁾ أحمد ضامن السمدان: مرجع سابق، ص 183-184.

⁽⁴⁾ حفيفة السيد حداد: العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 513.

⁽⁵⁾ مصطفى محمد جمال، عكاشة محمد عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ص 270.

لذلك يترتب على الأخذ بهذا الاتجاه توفير أكبر قدر ممكن من الحماية للدولة المضيفة للاستثمار في مواجهة المستثمر الأجنبي، وذلك عند تطبيق قانونها بما في ذلك قواعد تنازع القوانين، طالما لم يتفق الطرفان صراحة على الاختصاص التشريعي للعقد المبرم بينهما، كما يترتب على ذلك تضيق نطاق اختصاص هيئة التحكيم في تحديد هذا القانون طالما أنها تكتفي بتطبيق الاختيار الصريح للأطراف دون الخوض في الإرادة الضمنية.⁽¹⁾

ج- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985: نصت المادة 33 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على ان تطبق على موضوع النزاع القانون الذي يعينه الطرفان، فإذا لم يتفقا على تعيين القانون، وجب أن تطبق هيئة التحكيم القانون الذي تعينه قواعد تنازع القوانين الذي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق في الدعوى، وهو الموقف الذي تبناه القانون النموذجي للتحكيم حيث اعتبرت أن هيئة التحكيم تفصل في النزاع المطروح أمامها وفق القانون الذي يختاره الطرفان بوصفه واجب التطبيق، كما أن اختيار قانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنها إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة، وليس إلى قواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك.⁽²⁾

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم في حالة عدم اتفاق الأطراف .

قد تغفل ارادة اطراف النزاع الاستثماري، عن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، لذلك حرصت التشريعات الوضعية والاتفاقيات الدولية على منح المحكم سلطة احتياطية في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الاستثماري في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق نتيجة المصالح المتعارضة، فيكون لهيئة التحكيم سلطة اختيار الفصل في النزاع وفق ما يتماشى مع مقتضيات النزاع، وفي سبيل ذلك يمكن لهيئة التحكيم تطبيق قانون دولة معينة او اختيار تطبيق القانون الدولي، او تطبيق قواعد الاعراف التجاري وقواعد العدالة والانصاف .

أولاً- تطبيق هيئة التحكيم قانون دولة معينة.

في حالة عدم اتفاق أطراف النزاع على قواعد قانونية واجبة التطبيق، تتصدى هيئة التحكيم لاختيار القانون الواجب التطبيق، ويمكن ان يكون هذا القانون هو قانون الدولة التي يجري عليها

⁽¹⁾ هفال صديق اسماعيل: التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية مع احداث احكام هيئة التحكيم الدولية واحكام المحاكم الوطنية، مرجع سابق، ص 262.

⁽²⁾ أنظر المادة 28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985 .

التحكيم أو قانون الدولة التي جرت فيها وقائع النزاع، أو اية قواعد قانونية نافذة في دولة أخرى⁽¹⁾، غير أن هيئة التحكيم ليس لها سلطة مطلقة في هذا الاختيار، وقد حرص المشرع الجزائري على بمنح هيئة التحكيم سلطة التصدي لتحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في حالة عدم اتفاق الدولة الضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وهو ما نصت عليه المادة 1050 ق ا م ا بنصها على أنه "...وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والاعراف التي تراها ملائمة."

البين من النص أن هيئة التحكيم تتولى تحدد القانون الواجب التطبيق الأكثر اتصالا بالنزاع أو الأكثر ملائمة، عن طريق اختيار قانون دولة معينة، ويمكن أن يكون هذا القانون هو قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم أو قانون الدولة التي جرت فيها وقائع النزاع الاستثماري، أو اية قواعد قانونية نافذة في دولة معينة.

فضلا عن ذلك فإن المادة 1050 تحدثت عن قواعد القانون *Regle de droit* وليس القانون *loi* وهو ما يعني أنه يمكن لمحكمة التحكيم اختيار الفصل في موضوع النزاع، أما بالرجوع إلى قانون دولة معينة، وأما تطبيق قواعد واعراف التجارة الدولية، أو ما يسمى بقانون التجار، وقد يدرج القانون المختار على موضوع النزاع في اتفاقية التحكيم قبل أو بعد نشوء النزاع، وقد يكون هذا الاختيار صريح أو ضمني، لذلك يجوز لأطراف النزاع اختيار قانون محايد ليس له علاقة بموضوع النزاع ودون الارتباط بمبادئ القانون الدولي الخاص، كما يجوز لهم استبعاد تطبيق اي قانون وطني والرجوع إلى القواعد العامة أو إلى اعراف التجار الدوليين.⁽²⁾

كما منح المشرع المصري هيئة التحكيم سلطة احتياطية في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عن عدم اتفاق اطراف النزاع، حيث أكدت المادة 2/39 من ق ت م م ت م أنه "إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنها لأكثر اتصالا بالنزاع." البين من نص المادة أن اختيار القواعد الموضوعية للقانون الذي ترى هيئة التحكيم أنها لأكثر اتصالا بالنزاع هو قانون الدولة التي تم فيها ابرام

⁽¹⁾فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 422.

⁽²⁾ محمد براهيمى: التحكيم في التشريع الجزائري: مرجع سابق

هذا العقد، أما إذا كان النزاع حول تنفيذ التزام معين في العقد، فالقانون الأكثر اتصالاً بالنزاع هو قانون الدولة التي تم فيها تنفيذ هذا الالتزام، أو التي اتفق الأطراف على تنفيذه فيها.⁽¹⁾

على الصعيد الدولي نجد أن اتفاقية نيويورك لعام 1958 لم تذكر بشكل صريح ما يتعلق بموضوع القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فلم تتضمن سوى الإشارة في المادة 5 منها إلى أنه من الممكن إبطال الحكم التحكيمي من قبل السلطة المختصة في البلد الذي صدر هذا الحكم بموجب قانونه، وبالتالي فهي تشير إلى تطبيق قانون مكان التحكيم⁽²⁾، في حين أن اتفاقية جنيف لعام 1961 ميزت بين القانون المطبق على العقد والقانون المطبق على النزاع، فبنسبة لقانون المطبق على صحة العقد التحكيمي، فإن المحكمة تطبق القانون الشخصي لكل من الأطراف فيما يخص أهلية، أما بالنسبة للمسائل الأخرى والمتعلقة بصحة العقد فتطبق المحكمة القانون الذي اختاره الأطراف، وفي حال غياب الاتفاق يطبق قانون مكان صدور الحكم التحكيمي، أما فيما يخص القانون المطبق على أساس النزاع، فعند غياب الاتفاق يطبق القانون المحدد بموجب قاعدة تنازع القوانين المناسبة مع الأخذ بعين الاعتبار الاعراف التجارية.⁽³⁾

أما بخصوص اتفاقية واشنطن فقد عاجلت عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع حيث اعتبرت أن للمحكمة أن تفصل في النزاع طبقاً للنظم القانونية التي وافقت عليها الأطراف المتنازعة، فإذا لم يتفق الطرفان تقوم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة طرف النزاع، بما في ذلك القواعد الخاصة بتعارض القوانين⁽⁴⁾، معنى ذلك أن هيئة التحكيم تفسر سكوت أطراف النزاع على اختيار القانون الواجب التطبيق بأن إرادتهم الضمنية تتجه إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي.

بناء على ما استقر عليه الفقه في بداية القرن 19 على تأييد ما جرى عليه قضاء هيئات التحكيم وسانده رجال القانون من أن العقود التي تبرمها الدولة مع طرف أجنبي ليس شخص من أشخاص القانون الدولي العام تخضع بالضرورة للنظام القانوني الوطني الذي تشير إلى تطبيقه قاعدة الإسناد المتعلقة بالعقود عموماً، والأغلب أن يكون هذا النظام القانوني هو قانون الدولة المتعاقدة، بما في ذلك قواعد

⁽¹⁾ زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 317.

⁽²⁾ لما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص 144.

⁽³⁾ أنظر المادة 7 من الاتفاقية الأروبية للتحكيم التجاري الدولي بجنيف 1961 .

⁽⁴⁾ أنظر المادة 1/42 من اتفاقية واشنطن 1965.

تنزع القوانين، في غياب اختيار واضح لقانون دولة أخرى⁽¹⁾، كما يصدق هذا الرأي بالنسبة لعقود الدولة للتنمية الاقتصادية بصورها المعروفة، بين دولة مضيضة للاستثمار ومستثمر أجنبي خاص، وطبيعي أن هيئة التحكيم التي يعرض عليها النزاع تفضل أن تبحث عن النظام القانوني الوطني الذي ستطبقه، الأمر الذي لا يخرج عن أن يكون بين ثلاث فروض وهي: أن يكون القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، أو قانون دولة المستثمر أو قانون دولة ثالثة⁽²⁾.

بناء على ذلك فضلت اتفاقية واشنطن تطبيق احكام القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار دون غيرها، وفي المقابل استبعدت الاتفاقية النظام القانوني الوطني للمستثمر، بسبب ان تطبيق هذا القانون سيعرضها لعائقين:

العائق الأول: يرجع إلى طبيعة المال والتكنولوجيا التي يقدمها المستثمر الأجنبي، حيث يعد منقول غير ثابت فضلا عن احتمال تعدد جنسيات المستثمر الأجنبي بغض النظر عن طبيعته كشخص معنوي أو طبيعي، ولا شك ان وحدة الإرادة العقدية تقتضي وحدة القانون الذي يحكمها، الأمر الذي يخلق مشكلة في الاختيار والتفضيل بين عدة نظم قانونية وطنية.

أما العائق الثاني: فإنه من الصعب اخضاع الدولة المضيفة للاستثمار أو احدى هيئاتها لقانون دولة أجنبية وجود اتفاق صريح بذلك⁽³⁾، وتدعيما لهذا الاتجاه الدولي كانت معظم العقود تنص على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على موضوع النزاع لتفويت الفرصة على الطرف الأجنبي لفرض قانون دولته على موضوع النزاع⁽⁴⁾.

علاوة على ذلك فإن اختيار قانون الدولة المضيفة للاستثمار مع ما يتضمنه من قواعد تنزع القوانين، وقواعد من القانون الدولي يستند إلى العديد من الحجج، وأهمها كون الدولة طرف في عقد وسيتم الاستثمار على اراضيها أي ان الاستثمار وما ينتج عنه يتواجد ماديا على اقليم الدولة، فضلا عن ارتباطه بوسائل النمو الاقتصادي، وبالتالي لا يمكن افتراض خضوع الالتزامات العقدية والنزاعات

⁽¹⁾ صلاح الدين جمال الدين: دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنزع القوانين دراسة في أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004، ص18.

⁽²⁾ مرجع نفسه، ص19

⁽³⁾ صلاح الدين جمال الدين: نظرات في القانون الواجب التطبيق وفقا للمادة 42 من اتفاقية مركز تسوية منازعات الاستثمار ICSID، دار النهضة العربية القاهرة، 1996، ص82.

⁽⁴⁾ مراد محمود المواجهة: مرجع سابق، ص207.

الناشئة عنها بين هذه الدولة والمستثمر الأجنبي إلى قانون آخر غير قانون الدولة المستثمرة، فهذه العقود تستمد قوتها من النظام القانوني الوطني لهذه الدولة.⁽¹⁾

بمعنى آخر أنه عند غياب شرط صريح على اختيار القانون الواجب التطبيق، فإن الفقرة الأولى من المادة 42 من الاتفاقية تلزم هيئة التحكيم بتطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار شاملا قواعده الخاصة بتنازع القوانين وقواعد القانون الدولي، وعليه، يمتنع - في هذه الحالة - تطبيق أي قانون وطني آخر إلا من خلال قواعد تنازع القوانين (وقواعد الإسناد) في الدولة المضيفة للاستثمار. لان القيام باستثمار في بلد معين يشمل ضمنا الرضاء بتطبيق قوانين هذا البلد المتعلقة بالجوانب المختلفة للعقد الاستثماري⁽²⁾، وذلك اعمالا لنظرية التركيز الموضوعي للروابط القانونية، على اعتبار أنه القانون الذي ترتبط به عقود الاستثمار ارتباطا وثيقا على نحو يتعين معه اعمال قواعد هذا القانون، فعادة ما تبرم هذه العقود في اقليم الدولة المضيفة للاستثمار ويتم تنفيذها في اقليمها، اضافة إلى ارتباطها بالمصالح السياسية لتلك الدولة.⁽³⁾

المتفق عليه ان على المحكمة تحديد شروط صحة ابرام العقد محل التنازع بمساعدة قانون مكان ابرامه، معنى ذلك انه يجب على المحكمة اذا ما عرض عليها نزاع ناشئ عن عقد من عقود التنمية الاقتصادية، كما هو لسان بالنسبة لعقود الاستثمار الأجنبية، أن تبحث أولا عن مدى ارتباطه بقانون الدولة المضيفة للاستثمار.⁽⁴⁾

لا تستطيع هيئة التحكيم ان ترفض تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار الا اذا وجدت أن هذا القانون يخالف قواعد القانون الدولي⁽⁵⁾، وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 25 أكتوبر 1989، بأن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق، نظرا لأن الإرادة العقدية اتجهت إلى تطبيقه من خلال تركيز العلاقة في هذه الدولة"، فمن خلال التفسير المطلق للإرادة المشتركة لأطراف العقد، تكون محكمة الاستئناف بعد ان بينت ان مجموعة الظروف التي من شأنها تركيز العلاقة العقدية تتجه إلى الدولة الجزائرية."، كما سارت على هذا النهج هيئة التحكيم في قضية شركة AMOX ضد دولة اندونيسيا سنة 1981، فنتيجة لعدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على النزاع،

⁽¹⁾ ابراهيم أحمد ابراهيم: مرجع سابق، ص 178.

⁽²⁾ جلال وفاء حمدين: مرجع سابق، ص 59.

⁽³⁾ حفيظة السيد حداد: العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الأجنبية، مرجع سابق،، 2003، ص 507.

⁽⁴⁾ صلاح الدين جمال الدين: دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين دراسة في أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن، مرجع سابق، ص 21.

⁽⁵⁾ جلال وفاء حمدين: المرجع نفسه، ص 87.

لجأت الهيئة التحكيمية إلى تطبيق القانون الإندونيسي باعتباره قانون الدولة المضيفة طبقاً لنص الفقرة 42/1 من الاتفاقية.⁽¹⁾

في سياق متصل فإن اتجاه المستثمر الأجنبي للاستثمار في الدولة المضيفة يتضمن في العادة رضاه المستثمر بالاختصاص القضائي للدولة المضيفة، وبتطبيق قانونها الوطني فيما يتعلق بكل ما يختص باستثماره بما في ذلك تسوية ما ينشأ من منازعات، إلا إذا تضمنت المشاركة العقدية تحديداً لقانون آخر لحكم العلاقة، وفي تبرير ذلك انهمن المنطقي ان يكيف المستثمر الأجنبي نفسه مع القوانين الداخلية لهذه الدولة، غير أن الوقع يبين أن المشكلة لا تحسم في كل الأحوال، فهناك نظم قانونية وطنية لم تصل بعد إلى أن تشمل على المبادئ والقواعد القانونية التي تغطي الموضوعات التي قد تصبح مصدراً للمنازعات في عقود الاستثمار الأجنبي⁽²⁾، فتطبيق هذه القاعدة يسبب صعوبات كثيرة عندما تكون هناك فجوة أو فراغ في قانون الدولة المضيفة للاستثمار⁽³⁾، ففي هذا الفرض، فإن هيئة تحكيم المركز تبحث عن القواعد المناسبة في نظم قانونية أخرى مثل قانون دولة المستثمر أو حتى قانون دولة أخرى ثالثة، إذا كانت قواعد القانون الدولي لا تغطي المسألة محل النزاع.⁽⁴⁾

كما أن المستثمر الأجنبي لا يجذ الخضوع لقانون الدولة المضيفة للاستثمار، لأنه يرى في ذلك اضراً بمصالحه نتيجة تطبيق قواعد قانونية في غير بيئتها، لذلك يسعى إلى الابتعاد عن تطبيق هذا القانون من خلال تدويل النظام القانوني لعقد الاستثمار، لاسيما في ظل معاناة منهج التنازع الذي يحيل إلى القانون الوطني من أزمة حقيقية في ظل الأوضاع الاقتصادية العالمية الجديدة⁽⁵⁾، ناهيك عن أن

⁽¹⁾ هفال صديق اسماعيل: التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية مع أحدث أحكام هيئة التحكيم الدولية وأحكام المحاكم الوطنية، مرجع سابق، ص 271.

⁽²⁾ صلاح الدين جمال الدين: دور احكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين دراسة في احكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن، مرجع نفسه ص 22-24.

⁽³⁾ من أحكام التحكيم البترولية الشهيرة قضية شيخ أبوظبي 195 ، حيث ذهب المحكم عند البحث عن القانون الواجب التطبيق إلى القول أنه " إذا كان هناك نظام قانوني وطني واجب التطبيق، فإنه سيكون قانون امارة ابوظبي"، وعلى الرغم من اقرار المحكم بتطبيق القانون الوطني للامارة، الا أن هذا القانون لم يتضمن أية قاعدة يمكن تطبيقها على موضوع النزاع، حيث قدرت هيئة التحكيم أن ممارسة القضاء بسلطة تقديرية واسعة طبقاً لمبادئ الشريعة الاسلامية، فهذه الاخيرة لاتتضمن أي مبادئ لحل النزاع، وهو ما يكشف الصعوبة التي يمكن ان يقابلها الحكم اذا ما تم الاعتماد على النظام القانوني للدولة المضيفة للاستثمار، الأمر الذي دفعه إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون.

Sheikh of Abu Dhabi: 8-8-1951, I.L.R. Vol.18.1951, P144-161. أنظر أيضا خالد منصور اسماعيل: اشكاليات التحكيم

في منازعات عقود النفط، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2015، ص 460.

⁽⁴⁾ جلال وفاء حمدين: مرجع سابق، ص 62.

⁽⁵⁾ فوزي قدور نعيبي، مظفر جابر الراوي: مرجع سابق، ص 2.

تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي بين الطرفين نتيجة قيام الدولة بتغيير تشريعاتها الداخلية، الأمر الذي من شأنه أن يخلق ضرراً بالمستثمر الأجنبي⁽¹⁾ لاسيما وأن عقود الاستثمار من عقود المدة وتبرم على فترات طويلة .

على الرغم من الموقف الدولي المؤيد لحقوق الدول النامية في السيطرة على ثرواتها، وفرض قوانينها، والذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1952 بحق ممارسة السيادة على الثروات الطبيعية، حيث اقرت للدول الاخذة في النمو بحقوقها في تحديد كيفية استخدام هذه الموارد من أجل تحقيق خطة التنمية الاقتصادية وفق مصالحها الاقتصادية الوطنية، ومن ابرز هذه القرارات القرار رقم 3171 الصادر عن الجمعية في الدورة 22 حول السيادة الدائمة على مواردها الطبيعية وأنشطتها الاقتصادية، ويمثل احد المبادئ الاساسية التي يقوم عليها النظام الاقتصادي الجديد⁽²⁾، فقد وجدت الدول الكبرى أن زمام السيطرة قد فلت من بين يديها، فحاولت اعادة السيطرة ولكن بأسلوب جديد يتمثل في التشويه بقضاء هذه الدول، وهو ما ادى إلى استبعاد تطبيق قوانين الدول المضيفة بحجج واهية تتمثل في ان هذه القوانين متخلفة وجامدة، وعاجزة عن مسايرة التطورات الحاصلة في عالم الاستثمار، كما ان قضاءها غير محايد تجاه المستثمر الأجنبي.⁽³⁾

ثانيا - تطبيق هيئة التحكيم القانون الدولي العام: من آثار محدودية بعض النظم القانونية الوطنية، وما بها من ثغرات قانونية أن تدعو إلى جعل القانون الدولي العام، هو القانون الواجب التطبيق لتنظيم العقود التي تبرمها الدولة المضيفة للاستثمار مع المستثمر الأجنبي، والفصل فيما ينشأ عن علاقتهم التعاقدية من منازعات لاسيما اذا تخلف الاختيار الصريح لاختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، أما عن الحجج فكانت تدور حول افكار أساسية اهمها:

إن الدولة عندما تتعاقد مع المستثمر الأجنبي انما تبرم اتفاقا يجد أساسه القانوني في قاعدة من قواعد القانون الدولي العام جوهرية، وهي قاعدة قدسية العقود، فضلا عن ذلك فإن لا بد من استبعاد القانون الداخلي للدولة المتعاقدة من مجال تحديد القانون الواجب التطبيق، على أساس وجود قاعدة اسناد خاصة قوامها اختيار سلمي يمنع من تطبيق قانون الدولة. ثم ان القانون الدولي هو القانون المناسب

(1) أحمد عبد الكريم سلامة: نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 217.

(2) ابراهيم أحمد العناني: الأبعاد الاقتصادية للعلاقات الدولية الاقتصادية، مجلة الدراسات الدبلوماسية، السعودية، العدد الثاني، 1985، ص 24.

(3) مراد محمود المواجهة: مرجع سابق، ص 208.

لحكم الأوجه المختلفة لمسؤولية الدولة عن تعويض خسائر المستثمر الأجنبي، باعتبار ان حماية المستثمر من المسائل التي تتعلق بالقانون الدولي العام.⁽¹⁾

أما فيما يتعلق بمفهوم القانون الدولي، فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن المقصود بمبادئ القانون الدولي، لا يتعلق بالعلاقات الاقتصادية الدولية، وإنما بالمبادئ التي أشارت إليها المادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية، لذا قد يثار التساؤل حول المقصود أو ما تعنيه الاتفاقية بعبارة قواعد القانون الدولي؟ فالنص غير واضح، ولقد كانت هذه المسألة موضع نقاش خلال التحضير للاتفاقية، حيث ورد في تقرير المدراء التنفيذيين عند تقديمهم الاتفاقية للدول، عبارة " القانون الدولي"، و يجب أن يفهم وفقا للمادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية أن " وظيفة المحكمة ان تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقا لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن:

1- الاتفاقيات الدولية العامة والخاصة، المعترف بها صراحة من جانب الدول المتنازعة.

2- العادات الدولية المعتبرة بمثابة قانون دال عليه تواتر الاستعمال.

3- أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم."

فهذا القول محل نظر بالنسبة للمعاملات التجارية الدولية، حيث ان الامر لايتعلق بالعلاقات بين الدول وإنما علاقات يحكمها القانون الخاص والعادات والاعراف المتبعة في التعامل التجاري.

بناء على هذه الاعتبارات تعد أحكام القانون الدولي مصدر أمان للمستثمر الأجنبي، لأنها تؤكد له ضمانات حصوله على المعاملة العادلة والمنصفة، في حالة اخفاق القوانين الوطنية في تحقيق العدالة والانصاف تجاه المستثمر وامواله⁽²⁾، ولتفادي التغيرات التشريعية التي قد تقوم بها الدولة المتعاقدة لتشريعاتها مما قد يؤدي إلى الاحلال بالمراكز القانونية وبالتالي الأضرار بالطرف الأجنبي، فهذه التعديلات فقد اضعفت من تطبيق هذه القوانين، رغم نجاح شرط الثبات التشريعي في الحد من هذه المشكلة، إلا أن هذا القانون يشوبه القصور في حل منازعات الاستثمار، وهو ما أدى إلى ظهور قوانين

⁽¹⁾صلاح الدين جمال الدين: دور احكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين دراسة في احكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن، مرجع سابق، ص32-35.

⁽²⁾هفال صديق اسماعيل: التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية مع أحدث أحكام هيئة التحكيم الدولية وأحكام المحاكم الوطنية، مرجع سابق، ص273، نقلا عن هند محمد مصطفى: القانون الواجب التطبيق في تحكيم الاستثمار، مجلة التحكيم العربي العدد21، ديسمبر 2013ص43.

جديدة تحكم موضوع النزاع⁽¹⁾، بيد أن هذه القواعد لا يمكن اعمالها إلا إذا تم اختيارها صراحة من الأطراف، أو انصرفت ارادتهم بشكل مؤكد إلى تطبيقها.

أتاحت اتفاقية واشنطن بموجب المادة 42 منها لهيئة التحكيم تطبيق قواعد القانون الدولي في حالة خلو القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي من قاعدة تفصل في النزاع المعروض أما مها، أو عندما تتعارض نصوصها مع أحكام القانون الدولي أو عندما يشوب قواعدها قصور في تنظيم علاقات الاستثمار الأجنبي. لذلك يبدو أن وجود احكام القانون الدولي بجانب القانون الوطني للدول لمضيفه أمر ضروري، فمن خلالها يتحقق التوازن المنشود لعقود الاستثمار، لأنه يصعب على القانون الوطني لوحده استيعاب كل تفاصيل العملية الاستثمارية.⁽²⁾

كما يكمن الهدف من اخضاع هذه العقود للقانون الدولي في تحرير العلاقة التعاقدية من قواعد القانون الداخلي حتى لا تعتمد الدولة عليه لتبرير رفضها عن تنفيذ التزاماتها التعاقدية، وبما ان لقانون الدولي هو الذي يحكم فيكفي امتناع الدولة عن تنفيذ التزاماتها العقدية حتى تثبت مسؤوليتها على الصعيد الدولي.⁽³⁾

يبدو من أحكام التحكيم الصادرة من هيئات التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أنها قد تبنت هذا الاتجاه، وترى بان الإشارة إلى القانون الدولي هي فقط لدعم وتأكيده الحكم الذي ينتج عن تطبيق قانون الدولة المتعاقدة وسد الثغرات التي تعترى القانون الوطني، ففي قضية klockner ضد الكامرون عام 1985، اعتبرت اللجنة الخاصة ان للقانون الدولي دور مزدوج، فله دور تكميلي عند وجود نقص في القانون الوطني، وتصحيحي عندما لا يمكن للمحكمن الاستعانة بقواعد القانون الدولي، إلا بعد البحث في مضمون القانون الوطني للدولة المضيفة⁽⁴⁾.

في قضية أخرى قضت اللجنة الخاصة بالفصل في مسألة بطلان الحكم الصادر في قضية Amco ضد حكومة اندونيسيا⁽⁵⁾ التي فصلت في النزاع بعد القضاء ببطلان حكم محكمة التحكيم الأولى، بأنه لا يتوجب تطبيق القانون الدولي إلا عند وجود نقص في قانون الدولة المتعاقدة المضيفة، أو عند تعارض

⁽¹⁾ مراد محمود المواجدة: مرجع سابق، ص 236.

⁽²⁾ هفال صديق اسماعيل: التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية مع أحدث أحكام هيئة التحكيم الدولية وأحكام المحاكم الوطنية، مرجع نفسه، ص 273.

⁽³⁾ عبد الحميد الأحمد: التحكيم، مؤسسة نوفل، بيروت، 1983، ص 255.

⁽⁴⁾ هادي سليم: مرجع سابق، ص 22.

⁽⁵⁾ مراد محمود المواجدة: المرجع نفسه، ص 248.

هذا القانون مع القانون الدولي، وكذلك قرار تحكيم Aramco⁽¹⁾ حيث انتهت المحكمة إلى تطبيق قواعد القانون الدولي العام، وذلك لعدم وضوح المقصود بمصطلح الاختصاص القانوني، ولعدم كفاية الأحكام القانونية السارية في السعودية.⁽²⁾

بناء على ذلك فإن تطوير المبادئ العامة للقانون الدولي العام عن طريق تطبيق بعض المبادئ والقواعد القانونية المستمدة من نظم قانونية أخرى أو التي تقوم هي باستخلاصها لتصدر حكماً عادلاً وفاضلاً في موضوع النزاع، ليصير ناتج من نواتج الأحكام التي يصدرها المركز، كما أن لا يختلف عمل هيئات المركز عما جرى عليه العمل في المحاكم الدولية التي اتبعت نفس الأسلوب، إلا أن الدور الذي تقوم به هيئات المركز يتميز بميزتين، الأولى تتمثل في الاتجاه الذي تضمنته المادة 2/42 والتي تحظر على هيئة التحكيم انكار العدالة استناداً إلى عدم وجود قاعدة قانونية أو لغموض يشوبها، أما الميزة الثانية تستمد من النص الملزم للمحكمة بأن تناقش كل المسائل التي تعرض عليها، وأن تسبب الأحكام⁽³⁾ التي تصدرها، طالما أن النزاع يندرج ضمن اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار⁽⁴⁾.

بيد أن الأمر تغير عندما بدأت الهيئات التحكيمية تستمد اختصاصها من الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين الدول المضيفة للاستثمار والدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي فلم يعد هناك تطبيق لمبدأ سلطان الإرادة، إذ إن هذه الهيئات غيرت مفهوم الفقرة الأولى من المادة 42 من الاتفاقية إلى مفهوم جديد، فالجملة الأولى لم تعد خياراً بين طرفي النزاع، بل بين دولتين الدولة المضيفة ودولة المستثمر الأجنبي، في حين أن الجملة الثانية من نفس المادة تطبق فيها الهيئة التحكيمية بنود الاتفاقية الثنائية - لتشجيع الاستثمار بين الدولتين - المتعلقة بالالتزامات التي تقع على عاتق الدولة المضيفة، والتي تخضع للقانون الدولي وليس للقانون الوطني، فضلاً عن ذلك أصبح القانون الداخلي واقعة مادية ووسيلة إثبات وليس أحكاماً قانونية يمكن الاستناد إليها لحل النزاعات الناشئة عن عقود الاستثمار الأجنبي.⁽⁵⁾

كما أن بعض المحاكم رفضت تطبيق القانون الدولي على موضوع النزاع، حيث وجهت العديد من الانتقادات لتطبيق هذا القانون أهمها: أن تطبيق هذا القانون لم تفرضه هذه الطبيعة الخاصة، وإنما أملت

(1) *Saudia Arabia V. Arabian American Oil Co./Aramco/*, 23-08-1958, I.L.R, Vol.27, 1963.p.1179-233

(2) مراد محمود المواجدة: مرجع سابق، ص 248.

(3) أنظر المادة 3/48 من اتفاقية واشنطن 1965.

(4) صلاح الدين جمال الدين: دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين دراسة في أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن، مرجع سابق، ص 131-132.

(5) هادي سليم: مرجع سابق، ص 77.

اعتبارات أخرى تتعلق بوجود الضمانات الكافية للمستثمر الأجنبي والرغبة الخفية في ابعاد هذه العقود عن سيطرة القوانين الوطنية، فالخشية من تطبيق القوانين الداخلية غير مبررة، اذ يكون مرجعها تلك النظرة الدولية لقوانين الدول النامية.⁽¹⁾

فالقانون الدولي العام بعيد عن العقود التي تبرمها الدولة مع أشخاص القانون الخاص الأجنبية، حيث أنها لا تقع في مجال القانون الدولي العام بل أنها ترتبط بنظام قانوني داخلي لدولة ما يجري تحديده طبقاً لقواعد القانون الدولي الخاص⁽²⁾ فهذا القانون لا يشمل على قواعد خاصة بهذه العقود، فتطبيقه يقتضي اعداد قواعد دولية تنطبق بصفة خاصة على هذا النوع من العقود⁽³⁾، كما أنه لم يتطور بالقدر الكافي ويفتقر للقواعد التي يمكنها أن تحكم العلاقات الاقتصادية فهو لا يتلاءم مع معطيات التجارة الدولية، لذلك ينبغي اللجوء إلى القوانين الداخلية في شأن بعض المسائل المتعلقة بالعقود كالتشريعات الاقتصادية التي ترمي إلى تفادي اللامساواة أو اختلال التوازن في مجال هذه العقود.⁽⁴⁾

فضلاً عن ذلك ومع الدعوة إلى تطبيق القانون الدولي العام، فقد عبرت غالبية احكام المحاكم الدولية عن حقيقة مسلمة مقتضاها ان قانون الدولة المتعاقدة هو الواجب التطبيق والذي يستمد منه العقد قوته الانزامية كما يحكم انعقاده وآثاره، ومن ثم فان مجرد الاخلال بجانب الدولة بالتزام مصدره العقد الذي يربطها بطرف خاص أجنبي لا يشكل بذاته مخالفة لقواعد أو مبادئ القانون الدولي، ومحصلة ذلك أنه في غياب اتفاق صريح من الأطراف، فان القانون الدولي لا يكون هو القانون الواجب التطبيق كما يدعي البعض، بل يطبق القانون الداخلي في المقام الأول.⁽⁵⁾

بيد أنه وعلى الرغم من حجم الانتقادات الموجهة بشأن تطبيق هذا القانون على موضوع النزاع في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، إلا أن هذا التدويل هو الذي يحقق الفعالية الكاملة لهذه العقود، فإسنادها إلى قانون دولي يجعلها بمعزل عن التعديلات والتغيرات التشريعية التي تقوم بها الدول المضيفة للاستثمار.⁽⁶⁾

⁽¹⁾ عصام الدين القصي: خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 63.

⁽²⁾ مرجع نفسه، ص 63.

⁽³⁾ مراد محمود المواجهة: مرجع سابق، ص 250.

⁽⁴⁾ عصام الدين القصي: خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص 59.

⁽⁵⁾ صلاح الدين جمال الدين: دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين دراسة في احكام المركز الدولي لتسوية

منازعات الاستثمار بواشنطن، مرجع سابق، ص 41-42.

⁽⁶⁾ مراد محمود المواجهة: المرجع نفسه، ص 251.

في حين سارت اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية، وبين مواطني الدول العربية الأخرى المؤرخة بتاريخ لسنة 1974، على خطى موقف اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وذلك بنصها على تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار، حيث اعتبرت المادة 16 منها على أنه: "أ - تفصل المحكمة في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي نصت عليها هذه الاتفاقية والأنظمة التي يقرها المجلس، وفي حالة عدم وجود نص فيما سبق، تطبق المحكمة قانون الدواة المضيفة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الخاصة بها وما يصلح للتطبيق من قواعد القانون الدولي.

ب - لا يجوز للمحكمة ان تمتنع عن النظر في الدعوى أو اصدار حكم ينهي الاع بحجة سكوت القانون أو غموضه .

ج - لا تمنح الفقرتان السابقتين المحكمة في الفصل في النزاع بما تراه مناسبا دون التقيد بأحكام قانون الدولة المضيفة اذا اتفق الطرفان على ذلك."

الملاحظ أن الفقرة ج من ذات المادة أشارت إلى أن للمحكمة أن تحكم في النزاع بما تراه مناسبا، دون أن تتقيد بأحكام الدولة المضيفة للاستثمار اذا اتفق الأطراف على أن لا تتقيد بها، وهذا يعني أن قانون الدولة قد يبقى دون تطبيق اذا ما طبقت المحكمة التحكيمية القواعد الأكثر تناسبا مع حل النزاع، وكان هذه الاتفاقية تفرض على الدولة القبول باستثناء تطبيق قانونها على النزاع وتضع سلطان إرادة الأطراف في المرتبة الأخيرة بعد نظامها وقانون الدولة المضيفة والقواعد الانسب لحل النزاع وفق راي المحكمة التحكيمية.⁽¹⁾

ثالثا - تطبيق هيئة التحكيم الأعراف والعادات التجارية: يمنح قضاء التحكيم سلطته للعادات المتبعة في الاوساط المهنية، كما يساعد على تحديد مضمونها وخلق عادات جديدة عن طريق تكرار حلول التحكيم التجاري الدولي لمشاكل العقود الدولية، فيصبح بذلك القانون الموضوعي للتجارة عبر الحدود، فقانون السوابق الذي تتبلور فيه القواعد الملائمة لتلك العادات التجارية هي من طبيعة تعاونية، غالبا ما تكون خاصة بكل عملية تجارية معينة.⁽²⁾

⁽¹⁾ كما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص 147.

⁽²⁾ أسامة أحمد الحواري: القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2008، ص 144.

يمكن تعريف عادات وأعراف التجارة الدولية على أنه "الخصيلة المنطقية لمختلف الممارسات المتعارف عليها من طرف المتعاملين في مجال مهنة أو تجارة معينة، بحيث يتوقع اللجوء إليها وتطبيقها دائما في المجال والوسط الذي نشأت فيه، ولها من الثبات والاستقرار ما يكفل لها صفة القواعد المكتملة لبنود العقد الدولي، ما لم يتفق الأطراف صراحة على ما يخالفها." (1)

على كل للعادات والأعراف التجارية الدولية معنى واسع يشمل الممارسات المعتادة بين أطراف العلاقات التجارية الدولية، فهي تتضمن تنظيما للروابط العقدية ذات الطابع الدولي كما أنها تشكل نظاما قانونيا مستقلا عن نظم القوانين الوطنية كونها نشأت تلقائيا في الاوساط التجارية استجابة لتطور متطلبات الحياة التجارية، فاستقرت مع مرور الوقت نتيجة تواتر العمل بها. (2)

كما أن مصادر هذه القواعد تتعدد وتباين باختلاف مجالات التجارة بصفة عامة والاستثمارات الأجنبية بصفة خاصة، وهي عديدة ومتنوعة، وهي لا ترتبط في شروطها العامة بقانون دولة أو دول معينة، بل إن أطراف النزاع انما يهدفون من ورائها إلى التخلص من الخضوع للقوانين الوطنية لعدم ملاءمتها لضرورات عقود الاستثمار، ثم إن هذه الاعراف والعادات التجارية ليس لها صفة الالزامية ولا تسري أحكامها إلا اذا اتفق الأطراف صراحة على ذلك، فضلا عن ذلك فإن لهم ادخال بعض التعديلات على احكامها، ولا تسري على أي معاملة إلا اذا وقع الطرفان عليها كجزء من العقد (3)، ومن الأعراف الجاري المعمول بها والتي تكونت في التجارة الدولية لاسيما في عقود الاستثمار الأجنبية مبدأ القوة القاهرة، والأعراف المصرفية الخاصة بالاعتمادات المستندية، ومبدأ إعادة التوازن الاقتصادي في العقود الدولية وغيرها.

أما عن الأسباب التي تدعو الهيئة التحكيمية إلى اختيار العادات والأعراف التجارية الدولية لتطبيقها على موضوع النزاع، فترجع إلى استحالة تطبيق قانون معين سواء بسبب نقص أو غموض في العقد أو بسبب تعارض في مواقف أطراف النزاع وعدم القدرة على ربط النزاع بقانون معين، أو حالة سكوت الأطراف سواء في مشاركة التحكيم أو في مراسلاتهم، إلى جانب ذلك فإن لجوء المحكم إلى هذا الأسلوب انما مرده هو سد النقص أو تفسير المواقف الغامضة في القوانين الوطنية التي اختارها

(1) منير محمد ثابت: أية قيمة قانونية لعادات واعراف التجارة الدولية، مجلة المناهج المغربية، الدار البيضاء، العدد 09، 2006، ص21.

(2) محمد جارد: مرجع سابق، ص170.

(3) ثروت حبيب: دراسة في قانون التجارة الدولية، د.د.ن، القاهرة، 1975، ص164.

أطراف النزاع أو نتيجة مخالفتها النظام العام بمفهومه الدولي، فتكون هذه العادات والاعراف هي المؤهلة لحكم موضوع النزاع.⁽¹⁾

منح المشرع الجزائري على اعطاء هيئة التحكيم امكانية الفصل في النزاع وفق ما تراه ملائما من أعراف وفق ما نصت 1050 ق م ا والتي جاء فيها "وفي غياب الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة." على أنه يلاحظ أن ما يجري عليه العرف باعتباره مصدرا من مصادر القانون، فإذا تعارض العرف مع نص تشريعي واجب التطبيق أو مع قاعدة قانونية اتفق أطراف النزاع على تطبيقها، فإن هيئة التحكيم لاتلقي أي اعتبار لما يجري عليه العرف، ذلك أن تطبيق الاعراف يكون تطبيقا تكميليا.⁽²⁾

كما أكد المشرع المصري لهيئة التحكيم مراعاة الأعراف الجارية في نوع المعاملة، سواء كانت تطبق قواعد قانونية اختارها الأطراف أو قانونارتأت تطبيقه، وهو ما أشارت اليه المادة 39 من قانون التحكيم المصري بنصها على انه "يجب ان تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة"، يتضح من نص المادة أنه يجب هلى هيئة التحكيم مراعاة الأعراف الجارية العمل بها، سواء طبقت قواعد قانونية اختارها أطراف النزاع، أو قانون رأت هي تطبيقه، إلى جانب ذلك فإنه لا يفترض علم هيئة التحكيم بالأعراف التجارية، ولهذا فإنه على الطرف ذي المصلحة التمسك بها، وتقديم الدليل على وجودها، مادام أنه يرى فيها سندا قانونيا ملل يقدمه من ادعاء أو دفاع.⁽³⁾

رابعا: - تطبيق هيئة التحكيم المبادئ العامة للقانون: يستند المحكم إلى مبادئ القانون أو قواعد القانون أو المبادئ العامة في القانون أو المبادئ المشتركة للأمم المتحضرة، فكل هذه التسميات تعد بمثابة قواعد عامة وأساسية مشتركة بين كافة النظم القانونية، وتبلغ من عموميتها وتجريدها أن تنتقل إلى القانون الدولي شريطة أن تكون محل اتفاق بين جميع النظم القانونية في العالم، كونها نشأت في نطاق وإطار القوانين الخاصة.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ أسامة أحمد الحواري: القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2008، ص 149.

⁽²⁾ زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 320.

⁽³⁾ فنجي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 424.

⁽⁴⁾ عصام أحمد البهجي: التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014، ص 133.

كما أن المبادئ العامة للقانون ترتبط ارتباطا وثيقا بمبادئ العدالة، فهما يهدفان إلى اعطاء كل ذي حق حقه، و يقصد بقواعد العدالة والانصاف مجموع الافكار والمفاهيم التي تسود الأوساط التجارية، وتستقر في ضمائر أفرادها عما هو حق أو عدل⁽¹⁾، ومن تطبيقات قواعد العدالة والانصاف الأكثر شيوعا، أنه يجوز لهيئة التحكيم تعديل أثر القوة القاهرة على المسؤولية أو توزيع مخاطرها على الطرفين اذا ما رأت أن في ذلك تحقيقا للعدالة، كما يجوز أن تقضي بالتعويض عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه، رغم عدم توافر الأعدار التي يتطلبها القانون⁽²⁾.

اعتبارا لذلك على الهيئة التحكيمية استخدام المبادئ العامة للقانون كوسيلة لتحقيق غايته وهي تحقيق العدالة، وتتلخص اهم المبادئ العامة في: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين - مبدأ التعويض عن الضرر - مبدأ عدم جواز الاثراء بلا سبب - مبدأ حسن النية وعدم التعسف في استعمال الحق، واحترام الحقوق المكتسبة، وحق الدولة في التمتع بثروتها الطبيعية، والملاحظ أن اعمال المحكم لهذه المبادئ من شأنه أن يؤدي إلى تحقيق نوع من العولمة للقواعد القانونية، كون هذه المبادئ محل اجماع جميع النظم القانونية رغم اختلاف فلسفة هذه النظم نتيجة تنوع الايديولوجيات التي تتبعها.⁽³⁾

نصت المادة 39 من قانون التحكيم المصري إلى أنه "يجوز لهيئة التحكيم اذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على أن تفصل في موضوع النزاع بمقتضى قواعد العدالة والانصاف دون تقييد بأحكام القانون." الملاحظ ان تحويل المحكم سلطة الفصل في النزاع يحرره من التقييد بأي نصوص تشريعية أو أية قواعد قانونية ايا كان مصدرها، وهنا يجد المحكم نوع من التسوية للنزاع المعروض عليه، مستلهما ما يراه محققا للعدالة، فهو يقوم بعمل انشائي خلاق لا يخضع إلا لما يرضي وجدانه تماما، غير أنه ونظرا لخطورة ما يتمتع به المحكم من سلطات تتوقف على حسن أو سوء تقديره المطلق الذي يخضع بطبيعة الحال لمعايير شخصية ترجع إلى تكوين المحكم وشخصيته وثقافته، استلزم المشرع المصري اعلان الأطراف اعلانا صحيحا لا لبس فيه عن قصده تحويله هذه السلطة.⁽⁴⁾

كما أن المشرع الفرنسي منح الهيئة التحكيمية تفويضا بتطبيق قواعد العدالة، اذا ما رغب اطراف النزاع ذلك⁽⁵⁾، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإننا لم نجد في نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية

⁽¹⁾ أحمد عبد الكريم سلامة: نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 291.

⁽²⁾ هفال صديق اسماعيل: التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية مع أحدث أحكام هيئة التحكيم الدولية وأحكام المحاكم الوطنية، مرجع سابق، ص 278.

⁽³⁾ محمد ابراهيم موسى: انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، د.د.ن، 2007، ص 110.

⁽⁴⁾ زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 321.

⁽⁵⁾ أنظر المادة 1019 من ق ا م ف.

ما يشير في النصوص المنظمة للتحكيم التجاري الدولي إلى تطبيق هيئة التحكيم قواعد العدالة والإنصاف، على الرغم من أن إطلاق سلطات وصلاحيات المحكم على النحو السابق لا يصل إلى حد السماح له بإهدار المبادئ الأساسية للتقاضي التي تعد من الاجتديات والمقدمات للوصول إلى العدالة، أو المساس بقواعد النظام العام الدولي.⁽¹⁾

أما على الصعيد الدولي فقد فرضت اتفاقية واشنطن أن تصدر المحكمة حكمها بشكل بات، فلا يجوز لها التنصل من ذلك بحجة سكوت القانون أو غموضه، كما أن المادة 42 في فقرتها الأخيرة تعطي المحكمة الحق في الفصل في النزاع بما هو أنسب، ودون التقييد بأحكام القانون، وبالتالي تفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف⁽²⁾، فالاتفاقية اعطت الصلاحية لهيئة التحكيم بالفصل في النزاع نهائيا حيث تستلهم العدل المطلق لتخلق حلا تواجه به النقص في التشريع أو القانون بصفة عامة.⁽³⁾

غير أن حرية المحكمين في اختيار تطبيق قواعد العدالة والإنصاف ليس مطلقا، فلا يمكن لها تطبيق هذه القواعد من تلقاء نفسها، وإنما يتطلب الأمر اتفاق صريح بين الأطراف على ذلك، سواء كان ذلك قبل نشوء النزاع أو أثناء النظر في الدعوى، كما أنه يتعين على المحكم أن يبيّن اجتهاده على اعتبارات موضوعية عامة، لا أن يتأثر في حكمه بأفكاره الذاتية أو الشخصية⁽⁴⁾، والواقع أن اللجوء إلى قواعد العدالة لا يكون مجرد ملء الفراغ القانوني فقط، وإنما يعني كذلك أن هيئة التحكيم لن تقتصر على تفسير أو تكملة القواعد الواجبة التطبيق في ضوء اعتبارات العدالة، بل انه يمكنها أن تفصل في النزاع عندما يقتضي الأمر تغليب قواعد العدالة.⁽⁵⁾

كما أن تطبيق قواعد المبادئ العامة يواجه بعض الصعوبات منها أن تطبيق هذا المبدأ يعتمد إلى حد بعيد على ثقافة المحكم الدولي وقدرته الذهنية على استيعاب واستخلاص هذه المبادئ من خلال التحليل المقارن للنظم القانونية، أو قناعته بتطابق حكمه في موضوع النزاع مع هذه المبادئ، إلى جانب ذلك فان مفهوم هذه المبادئ غير محدد ويمكن أن تصطدم في المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها مع مستثمر أجنبي، وما تثيره هذه العقود تتعلق بضرورة احترام مبدأ سيادة الدولة وحصانيتها القضائية، فضلا عما يمكن أن يثيره عدم الاستقرار القانوني أو التوازن في العلاقة التعاقدية، فحجم التناقضات وتنوعها

⁽¹⁾ زهر بن سعيد: المرجع نفسه، ص 322.

⁽²⁾ جلال وفاء حمدين: مرجع سابق، ص 62.

⁽³⁾ هشام صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001، ص 182.

⁽⁴⁾ رشا علي الدين: السوابق التحكيمية اطلالة على ضوء أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة،

الاسكندرية، 2010، ص 91.

⁽⁵⁾ جلال وفاء حمدين: المرجع نفسه، ص 62.

على المستوى العالمي تقف عقبة أمام تدويل العقود، خاصة وان المحكمين الغربيين لا ينظرون إلى مبادئ القانون إلا بمنظار يتأكد من خلاله اعمال قانون القوي على الضعيف.⁽¹⁾

فضلا عن ذلك فقد أثبت الواقع العملي في منازعات عقود الاستثمار الأجنبية أن المحكمين كثيرا ما يستخدمون المبادئ العامة للقانون كستار وواجهة لإخفاء وتبرير ما يرغبون القيام به عن طريق اساءة استغلالها، ففي تحكيم TEXACO لعام 1977 ذهب المحكم إلى استبعاد تطبيق القانون الليبي، مخالفا بذلك نص المادة 28 من قانون عقود الامتيازات البترولية الليبية التي وردت في المرسوم الليبي الصادر في 22-11-1965، حيث لجأ المحكم DUPPY، إلى كل الحيل القانونية لاستبعاد القانون الليبي من التطبيق، وانتهى إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون. لأجل ذلك فإن استخدام وتطبيق المبادئ العامة للقانون يقتضي حسن النية والنزاهة من طرف المحكمين تحقيقا للعدالة.

يبدو أن الهدف من اختيار قانون ما سواء تم اختياره من الأطراف أو هيئة التحكيم أو وفقا لتشريع ما أو تطبيقا لقواعد العدالة والانصاف، هو الحصول على حكم قابل للتنفيذ، فلا يصطدم بما يعيق تنفيذه أو أن يتعارض مع النظام العام في البلد المطلوب منه الاعتراف بالحكم الذي جاء نتيجة تطبيقه⁽²⁾، ولعل أفضل وسيلة للوصول إلى تسوية عادلة للنزاع، هي الاتفاق الصريح على القانون الواجب التطبيق ضمن نطاق عقد الاستثمار، وبالأحرى اختيار قانون دولة غير قانون الدولة المضيفة للاستثمار وقانون دولة المستثمر الأجنبي.⁽³⁾

⁽¹⁾ أسامة أحمد الحواري: القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2008، ص 155-156.

⁽²⁾ لما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص 148.

⁽³⁾ هفال صديق اسماعيل: التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية مع أحدث احكام هيئة التحكيم الدولية وأحكام المحاكم الوطنية، مرجع سابق، ص 278.

الفصل الثاني

حكم التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

يشكل التحكيم التجاري الدولي نظام مناسب لجذب وتشجيع الاستثمار الأجنبي كونه قضاء متخصص وسريع، سيما وأنه يسعى إلى تحقيق الأمن القانوني والقضائي، بدءاً من اتفاق الأطراف على اختياره، وحتى إصدار هيئة التحكيم حكمها الفاصل في النزاع، غير أن هذا الحكم لن تكون له فائدة عملية إذا لم يتم تنفيذه فهو يمثل الهدف الأساسي والنهائي من النظام ككل، كونه يترجم الحل النهائي للنزاع الاستثماري.

ثم إن أطراف النزاع إنما يرغبون في البحث عن حل سريع ونهائي للنزاع تقتضيه خصوصية منازعات الاستثمار الأجنبي، كما أن الهدف من تنفيذ حكم التحكيم إنما يعود إلى أسباب تتعلق بالتخوف من المساس بالسمعة التجارية لكليهما خاصة أمام المنافسة الحادة في مجال التجارة الدولية، لأجل ذلك حرصت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية على وضع الحكم التحكيمي موضع الحكم النهائي القابل للتنفيذ بعد صدوره، خاصة وأن الاتجاه العام على المستوى الدولي هو تيسير اعطاء الأمر بالتنفيذ عن طريق لجوء معظم الدول إلى تحين نصوصها الداخلية، وبفضل الاتفاقيات الدولية خاصة اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها 1958، أصبح من السهل تنفيذ حكم لتحكيم على المستوى الدولي وهو ما زاد من فعالية التحكيم وانتشاره.

غير أن صدور الحكم التحكيمي غالباً ما يكون صادراً لصالح طرف ضد خصمه، لذا لا بد أن يراعى عند إصداره في نهاية الإجراءات مسألة قابليته للتنفيذ، حتى لا يفقد أثره بإبطاله لخلل فيه مما يستدعي الطعن فيه.

لذا يتعين علينا أن نبحث في الإجراءات الواجب إتباعها لإصدار حكم التحكيم، يليها الحديث في طريقة تنفيذه والطعن فيه، وفق مايلي:

المبحث الأول: إجراءات إصدار حكم التحكيم والآثار المترتبة عليه.

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على حكم التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

المبحث الأول.

إجراءات إصدار حكم التحكيم والآثار المترتبة عليه.

تتمتع إجراءات إصدار الحكم بأهمية بالغة ولا يعد من المبالغة اعتبار هذه الإجراءات بمثابة العمود الفقري الذي يضمن شرعيته لأن مراعاتها على نحو صحيح من شأنه الوصول إلى حكم قابل للاعتراف والتنفيذ⁽¹⁾، لذلك تسعى التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وكذلك لوائح مراكز التحكيم إلى ضرورة مراعاة هذه المسائل الإجرائية وإلا ترتب على مخالفتها بطلان الحكم ورفض الاعتراف به أو تنفيذه⁽²⁾، وإذا كان الأصل أن هيئة التحكيم تستنفذ ولايتها بإصدارها للحكم المنهي للنزاع، إلا أنه يجوز لها وبعد إصدار حكمها أن تصدر أحكاماً لاحقة له تتضمن تفسير الحكم الأصلي أو تصحيح ما شابه من أخطاء مادية أو حسائية وكذا إصدار أحكام إضافية أغفلها الحكم الأصلي⁽³⁾، لذا يبدو من المفيد التطرق في هذا المبحث إلى إجراءات صدور حكم التحكيم، إلى جانب التطرق إلى الآثار المترتبة عليه وفق مايلي:

المطلب الأول: إجراءات إصدار حكم التحكيم

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على صدور حكم التحكيم..

المطلب الأول: إجراءات إصدار حكم التحكيم.

يقع على هيئة التحكيم وقبل إصدارها الحكم التحكيمي الفاصل في النزاع أن تتبع الإجراءات التي تسبق إصداره وفق ما يتطلبه القانون الواجب التطبيق على الإجراءات سواء كان قانون إرادة الأطراف المتفق عليه، أو قانون آخر من اختيار هيئة التحكيم في حالة عدم الاتفاق كما سبق واشرنا، فبعد أن يقدم أطراف النزاع دفعهم ومستنداتهم وتعقد الهيئة جلسات للمرافعة لسماع الشهود والخبراء، تصدر أمراً بقفل باب المرافعة لنظر الدعوى للمدوات .

كما يقع على هيئة التحكيم التزام جوهري هو ضرورة إصدار الحكم في الميعاد المحدد اتفاقاً أو قانوناً، وتفصيلاً لذلك سنتناول في هذا المطلب الإجراءات السابقة لإصدار الحكم التحكيمي، يليها الحديث عن صدور الحكم والاشكال التي يتخذها، على النحو التالي:

الفرع الأول: الإجراءات التمهيديّة لصدور حكم التحكيم.

الفرع الثاني: صدور حكم التحكيم.

(1) رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر: مرجع سابق، ص 351.

(2) حفيظة السيد حداد: الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، 1997، ص 191.

(3) عبد الكريم أحمد أحمد الثلايا: مرجع سابق، ص 256.

الفرع الأول: الإجراءات التمهيدية لصدور حكم التحكيم.

يجمع نظام التحكيم بين الاتفاق والقضاء، غير ان قواعد ادارتها لا تخضع في تنظيمها إلى القواعد المقررة في قوانين المرافعات حسب النصوص الداخلية، وإنما يهمن عليها مبدأ حرية تحديد هذه الإجراءات الذي يعود إلى اختصاص هيئة التحكيم، سيكون الحديث حول الإجراءات السابقة لإصدار حكم التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي، بداية مع نظر الدعوى للحكم أي عقد جلسات المرافعة، المداولة لإصدار الحكم، تحديد ميعاد اصدار الحكم، ثم تحديد الأغلبية المطلوبة لإصدار الحكم، على النحو التالي:

أولاً- نظر الدعوى للحكم: بعد الانتهاء من تبادل المذكرات والمستندات والتحقيق في الدعوى تأمر هيئة التحكيم بغلق باب المرافعة في الدعوى المعروضة عليها متى استبان لها حقيقة النزاع المطروح أمامها أي متى انتهى الخصوم من تقديم دفاعهم وحججهم، غير ان قفل باب المرافعة ليس باتا لا رجعة فيه، فيجوز لهيئة التحكيم ان تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب احد الخصوم اعادة فتح باب المرافعة، ويكون ذلك في حالة اذا تبين لهيئة التحكيم أن البعض من جوانب الدعوى لم يتم استفاؤها أو في حالة ظهور وثائق أو مستندات تفيد في حل النزاع⁽¹⁾، فإذا لم تراعى هيئة التحكيم مبدأ المساواة أو بحق الدفاع بين الطرفين وحجزت الدعوى للحكم، فان حكمها يكون باطلا.⁽²⁾، وقد حرص المشرع المصري على أن يرفق طرفا النزاع ببيان الدعوى أو بمذكرة الدفاع صوراً عن الوثائق الي يستند اليها في دعواه، وأن يشير إلى الأدلة المزمع تقديمها، وهيئة التحكيم أن تطلب أصول المستندات في أي مرحلة من مراحل الدعوى⁽³⁾، وفي المرحلة اللاحقة على ذلك تقوم الهيئة بعقد الجلسات حيث يمثل أمامها الأطراف أو ممثليهم ومحاميهم لتمكينهم من عرض حججهم وأدلتهم، ويجب على الهيئة أن تخطر الأطراف بمواعيد الجلسات قبل تاريخ عقدها بوقت كاف.⁽⁴⁾

على خلاف المشرع المصري الذي بين الإجراءات المتعلقة بنظر الدعوى للحكم، فان المشرع الجزائري لم يوضح على غرار العديد من التشريعات الوطنية الإجراءات الواجب إتباعها، بل اكتفى بالقول أن تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة إستنادا إلى قانون معين أو نظام تحكيم،

⁽¹⁾ عبد الكريم أحمد أحمد الثالبياء: مرجع سابق، ص 260.

⁽²⁾ فنجي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 428.

⁽³⁾ أنظر المادة: 2/30 من ق ت م م رقم 27-94.

⁽⁴⁾ أنظر المادة: 2/33 من ق ت م م رقم 27-94.

في حالة عدم اتفاق أطراف النزاع على تحديد ذلك، كما يمكن إخضاع الإجراءات إلى القانون الذي اختاره الأطراف في اتفاق التحكيم.⁽¹⁾

أما بالنسبة لاتفاقية واشنطن فقد أوضحت أنه لا يمكن لمحكمة التحكيم أن تصدر حكماً في النزاع الاستثماري المعروض أمامها، إلا بعد إجراء المداولة السرية بغية إعداد الحكم والتصويت عليه، وهي في سبيل ذلك تتولى تطبيق الإجراءات وفقاً لأحكام القسم وقواعد المركز الدولي.

ثانياً - المداولة لإصدار الحكم: يقصد بالمداولة الاجراء الذي يلي غلق باب المرافعات، والهدف منه هو تمكين المحكمة من وضع نهاية للخصومة المطروحة عليها، فبواسطة المداولة يصل قضاة المحكمة إلى تكوين الرأي القانوني الواجب التطبيق على الواقعة المطروحة عليهم⁽²⁾، والحال لا يختلف عليه بالنسبة للمداولة التحكيمية والتي يقصد بها تبادل هيئة التحكيم الرأي فيما بينها بالنسبة للوقائع والقواعد واجبة التطبيق، وتتم المداولة عادة في فترة حيز القضية للحكم، ولكن يمكن أن ترى قبل ذلك بين الجلسات أو تجرى بين المحكمين همسا في الجلسة قبل اصدار الحكم، كما يجوز أن تتم في اي مكان يتفق عليه.⁽³⁾

من المتعارف عليه أن القضاة يتداولون في مقر المحكمة التي جرت فيها إجراءات الخصومة التحكيمية، لكن بالنسبة للمحكمين فالأمر يختلف، فإذا كان التحكيم داخليا وطنيا فان أصل مقر التحكيم، هو مقر المداولة وعلى المحكمين الالتقاء للمناقشة حول الدعوى للوصول إلى منطوق الحكم⁽⁴⁾، أما بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي فإن الوضع يختلف، فقد لا يتحقق هذا اللقاء في مكان واحد، فتباعد المسافات بين المحكمين، قد يدفعهم إلى إتخاذ وسائل أخرى للتداول كان يرسل الرئيس مشروعا لقرار التحكيم وترسل نسخة منه إلى كل محكم في الدولة التي يوجد بها، ويقوم كل منهم بالإدلاء برأيه عن طريق المراسلة إلى أن يصل الأمر إلى الاتفاق على صيغة نهائية للحكم التحكيمي، أما إذا كانت هيئة التحكيم تتألف من عدة محكمين، فلا بد من اجراء المداولة بينهم قبل اصدار الحكم

⁽¹⁾ أنظر المادة: 1043 من ق ا م ا رقم 08-09.

⁽²⁾ محمد السعيد عبد الرحمن: الحكم القضائي أركان وقواعد واصداره، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 209

⁽³⁾ فنجي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 428.

⁽⁴⁾ سليم بشير: الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، اطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه علوم في العلوم، قانون خاص، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق، 2010-2011 ص 120.

التحكيمي، ولا توجد أي شكلية خاصة بالمداولة فهي تستمد من اتفاق الأطراف ومن قواعد التحكيم، على أن تحترم قواعد النظام العام الدولي.⁽¹⁾

بالنسبة لقانون الإجراءات المدنية والادارية لم يتم النص على اجراء المداولة في التحكيم التجاري الدولي، غير ان ذلك لا يعني أنها غير ملزمة بل بالعكس من ذلك، فهي تعد من النظام العام، ثم إن أي حكم تحكيمي دولي لا يمكن ان يتصور ان يصدر دون مداولة، وإلا كان هذا الحكم معرضا لرفض طلب الاعتراف والتنفيذ حسب ما أكدته المادة 6/1056 من ق ا م ا بعدم جواز استئناف الأمر بالاقرار وتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي إلا في حالات محددة، ومن بينها أن يكون صدور هذا الحكم مخالف للنظام العام الدولي، لذا وجب الجزم بأن وضع الدعوى التحكيمية للفصل فيها والحكم في النزاع المعروض أمامها بمقتضى المداولة أمر وجوبي للحكم التحكيمي.⁽²⁾

على غرار ما ذهب إليه التشريعات الوضعية ومؤسسات التحكيم من وجوب جعل مداوات اصدار حكم التحكيم سرية، فإن المشرع الجزائري اوجب بدوره جعل المداوات سرية، غير أنه تناول هذا المبدأ في الفصل الثالث المتعلق بالتحكيم الداخلي، بموجب المادة 1025 من ق ا م ا بنصها على أن "تكون مداوات المحكمين سرية"، إلا أن اغفال المشرع لا يعني أن تكون مداوات التحكيم التجاري علنية، ويمكن تبرير ذلك بضرورة كفالة قدر من الحرية للمحكمين في إبداء الرأي والتشاور دون الوقوع في الحرج الذي يمكن أن يتعرضوا له في حالة السماح للأطراف أو ممثليهم بالحضور أثناء المداوات⁽³⁾، فضلا عن ذلك فقد أكد المشرع أن على هيئة التحكيم وبعد استنفاذها جميع الإجراءات الواجبة التطبيق على النزاع، فلها أن تنفرد بمراجعة وتدقيق المستندات والأدلة⁽⁴⁾، وهو ما يعني عدم اشراك أي شخص آخر مع المحكمين كالخبراء أو المستشارين، وإلا اعتبر ذلك سبب للطعن في حكم التحكيم.

في حين أوجب المشرع المصري الى أنه في حالة تعدد المحكمين فلا بد أن يشتركوا جميعهم في المداولة ويصدر الحكم بالأغلبية أو بالإجماع، ويجب الا يشرك في المداولة غير المحكمين الذين انيط بهم تسوية النزاع، وإلا أعتبر الحكم باطلا، و أن تتولى هيئة التحكيم تحديد طريقة المداولة، ما لم يتفق الأطراف على طريقة أخرى تتم بها، كما لا يجوز للأطراف الاتفاق على اصدار الحكم دون مداولة⁽⁵⁾، و أضاف

⁽¹⁾ فوزي محمد سامي: مرجع سابق، ص 301.

⁽²⁾ سليم بشير: مرجع سابق، ص 122.

⁽³⁾ زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 334.

⁽⁴⁾ أنظر المادة: 1047 ق ا م ا رقم 08-09.

⁽⁵⁾ عبد الكريم أحمد أحمد التلايا: مرجع سابق، ص 262.

المشرع الفرنسي أنه لا يجوز لأي من الأطراف خلال مدة المداولة تقديم أي طلبات أو مستندات إلا إذا كان ذلك بناء على طلب من هيئة التحكيم، وهو ما نصت عليه المادة 1476 من ق ا م ف (1)، وهذا من أجل قفل باب المرافعة وحجز الدعوى للمداولة، وإلا فصل المحكم بناء على ما قدم إليه خلال هذا الأجل، على أنه يمكن للهيئة أن تخطر أطراف النزاع قبل ميعاد التحكيم عزمها غلق باب المرافعة، حتى تعطي فرصة لإبداء وتقديم ما تبقى من مستندات وأدلة (2)، كما أوجب المشرع الفرنسي أن تكون المداولة سرية باعتبارها قاعدة من قواعد أصول التقاضي التي يجب مراعاتها في نظام التحكيم حسب ما نصت عليه المادة 1479 من ق ا م ف (3)، غير أن مخالفتها لا ترتب البطلان وإنما يمكن الرجوع بالمسؤولية على من أفضى من المحكمين بسرية المداولة (4)، كما تقابلها المادة 167 من قانون التحكيم المصري باعتبارها قاعدة أساسية من النظام العام. (5)

في سياق متصل يعتبر توقيع جميع أعضاء هيئة التحكيم على الحكم دليلاً على حصول المداولة واشتراكهم فيها جميعاً، كما يعتبر اثبات امتناع المحكم عن التوقيع لمخالفته الرأي بالأغلبية أو تقديمه مذكرة برأيه المخالف لإلحاقها بالحكم دليلاً على المداولة (6)، أما إذا كان المحكم فرداً فهو يصدره حكمه بعد اقفال باب المرافعة وبعد الانتهاء من تقديم الوثائق والمذكرات من قبل أطراف النزاع، وبعد استنفاد كافة الفرص لإبداء الطلبات والدفوع، يدرس المحكم الموضوع من كافة جوانبه إستناداً إلى القانون الواجب التطبيق على العملية التحكيمية، دون الحاجة إلى المداولة عكس التحكيم الذي يجري من قبل عدة محكمين. (7)

ثالثاً - ميعاد اصدار الحكم: يلجأ المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار إلى اختيار التحكيم لحل خلافاتهم والفصل فيها عن طريق حكم سريع، فعامل الزمن مهم جداً، كما أنه سبب أساسي وصفة ملزمة لاختيار التحكيم، وإذا ما انتقلنا إلى ما تقرره التشريعات الوطنية ومراكز التحكيم الدولية في هذا الشأن، فهي تحدد مدة زمنية معينة يصدر خلالها حكم التحكيم، إلا أنها تختلف في تحديد هذه المهلة والقواعد المنظمة لها.

(1) Arct 1476: « le tribunal arbitral fixe la date a la quelle le délibéré délibération sera prononcé au cours du délibéré, aucune demande ne peut etre formée, aucune moyen soulevé et aucune pièce produite, si ce n'est à la demande du tribunal arbitral »

(2) لزهري بن سعيد: مرجع سابق، ص 333.

(3) Art 1479 du C.P.C.F « les délibérations du tribunal arbitral sont secretes ».

(4) عيد محمد القصاص: حكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 103.

(5) عبد الكريم أحمد أحمد الثلايا: مرجع سابق، ص 262.

(6) فنجي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 431.

(7) فوزي محمد سامي: مرجع سابق، ص 300.

أ - تحديد ميعاد اصدار حكم التحكيم باختيار قانون معين: معنى ذلك ان الحكم قد صدر وفق ما هو منصوص في القانون المختار، فاذا وقع الاختيار على ق ا م ا فالمشرع الجزائري قد حدد ميعاد اصدار الحكم خلال مهلة 4 اشهر حسب ما نصت عليه المادة 1018 من ق ا م ا "يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد اجلا لأتهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف 4 اشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ اخطار محكمة التحكيم، غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف، وفي حالة عدم الموافقة عليه، يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم، وفي غياب ذلك يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة." البين من نص المادة أن اجراءات التحكيم تبدأ من تاريخ اعلان المحكم، أو المحكمين بقبولهم المهمة المسندة إليهم، على اعتبار أن تعيين المحكم فقط دون قبوله لمهمته⁽¹⁾ لا يعتبر تشكيلا صحيحا لهيئة التحكيم، وبالتالي فإن تاريخ قبول المحكم أو المحكمين لمهمتهم يعد الأكثر قبولا لبعمله نقطة بداية لإجراءات التحكيم⁽²⁾، كما منح المشرع هيئة التحكيم سلطة مد ميعاد التحكيم بموافقة الأطراف، وفي حالة عدم اتفاقهم على فترة التمديد، فإنه يكون وفقا للقانون الذي يحكم الإجراءات، حسب ما نصت عليه المادة 2/1018 ق ا م ا، غير أن ما يؤخذ على هذا النص أن المشرع الجزائري لم يحترم مبدأ سلطان الإرادة الذي يعد عماد التحكيم فقد منح هيئة التحكيم صلاحية سلطة مد ميعاد التحكيم بالرغم من وجود امكانية رفض الأطراف لهذا المدد، لأن مجرد رفض الأطراف تمديد ميعاد التحكيم بعد انتهاء الميعاد المحدد اتفاقا أو بنص القانون تنتهي الإجراءات، ضف إلى ذلك فان المشرع لم يحد من سلطة محكمة التحكيم في مد هذا الميعاد، فهو لم يحدد المدة الاضافية التي يمكن ان تامر بها هيئة التحكيم، مما يفتح المجال أما م هيئة التحكيم لمدة فترة التحكيم.

أما المحكمة المختصة فهي المحكمة التي يجري في دائرة اختصاصها التحكيم، اذا كان التحكيم يجري في الجزائر، ومحكمة الجزائر العاصمة اذا كان التحكيم يجري في الخارج واتفق الأطراف على تطبيق القانون الجزائري، وهم ما كرسته المادة 1041 ق ا م ا، غير ان المشرع اورد نصا يناقض ما ذهب اليه في نص المادة 1042 ق ا م ا والتي تحدد الجهة القضائية في اتفاقية التحكيم، حيث يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ابرام العقد أو مكان تنفيذه، لكن يبدو أن مكان ابرام العقد أو تنفيذه قد

⁽¹⁾ نصت المادة 1/1015 من ق ا م ا على أنه "لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا، الا اذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة

المسندة إليهم"

⁽²⁾ زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص335.

يكون بعيد عن مكان اجراء التحكيم، وهو ما يكلف اطراف التحكيم اعباء اضافية وهو ما يتنافى مع رغبة اطراف النزاع في تسريع إجراءات فض المنازعات.⁽¹⁾

أما اذا تم اختيار قانون التحكيم المصري لإصدار الحكم، فإن الأمر يقتضي الرجوع إلى ما نصت عليه المادة 45 من قانون التحكيم المصري والتي أوجبت أن يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد الذي اتفق عليه الأطراف، فإذا لم يكن هناك اتفاق وجب على هيئة التحكيم أن تصدر حكمها خلال 12 شهرا من تاريخ بدء الإجراءات، كما أجاز المشرع المصري لهيئة التحكيم أن تمد هذه المهلة على أن لا تزيد عن 6 أشهر ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك⁽²⁾، أما اذا وقع الاختيار على قانون الإجراءات المدنية الفرنسية ففي هذه الحالة، فان المشرع الفرنسي حدد مدة ستة أشهر تبدأ من اليوم الذي قبل فيه آخر واحد من المحكمين القيام بمهمته وهذا في حالة تعدد المحكمين، أما اذا كان المحكم فردا فتبدأ المدة من تاريخ قبوله لمهمته في حسم النزاع.⁽³⁾

ب - تحديد ميعاد اصدار حكم التحكيم عن طريق اختيار لائحة مركز تحكيم دائم: يمكن لأطراف النزاع اختيار ميعاد اصدار حكم التحكيم بناء على لائحة تنظيمية لأحد مراكز التحكيم الدائمة، شريطة ان تلتزم هيئة التحكيم بذلك وكأنه قانون، وقد حددت المادة 24 من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس أنه يتعين على المحكم ان يصدر حكمه خلال 6 اشهر من تاريخ التوقيع على وثيقة عمل المحكم، ويجوز للمحكمة ان تمد هذه المهلة اذا اقتضت الضرورة بناء على طلب من المحكم أو بناء على مبادرة من هيئة التحكيم⁽⁴⁾، وإذا لم يتم مد هذه المهلة رغم استبدال المحكم فإنه يتعين على المحكمة التحكيمية اذا رأت ذلك مناسبا ان تحدد الطريقة التي سيتم بها تسوية النزاع، وقواعد الغرفة التجارية الدولية تتسم بالمرونة في هذا الشأن، فمد ميعاد اصدار الحكم يتم بطريقة منتظمة اذا ترتب على تأخير اصداره نتائج خطيرة من الناحية العملية، ما يدفع اطراف النزاع إلى البحث عن حل بديل وهو البدء في عملية التحكيم من جدي⁽⁵⁾

من جهة أخرى يبدو أن التحكيم قد لا يكون وسيلة سريعة لتسوية المنازعات فمتوسط الفترة التي تستغرقها إجراءات التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار هي سنتان ونصف تقريبا،

⁽¹⁾ لزهري بن سعيد: مرجع سابق، ص 338-339..

⁽²⁾ غسان علي علي: مرجع سابق، ص 389.

⁽³⁾ فوزي محمد سامي: مرجع سابق، ص 306.

⁽⁴⁾ غسان علي علي: المرجع نفسه، ص 390.

⁽⁵⁾ خالد محمد القاضي: حكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 237.

على الرغم من اتجاه الاتفاقية إلى تعيين ميعاد لصدور الحكم وذلك خلال 120 يوما من تاريخ نهاية الخصومة التحكيمية، على أنه يمكن تمديد هذا الاجل إلى مدة 60 يوما اذا تبين استحالة اعداد الحكم وصدوره خلال الأجل الأصلي. (1)

لكن قد تختلف هذه المدة من قضية إلى أخرى، فقد يحدث بعض التأخير لمدة أطول بسبب الصعوبات التي قد تعترض تكوين هيئة التحكيم كوفاة أحد المحكمين مثلا أو اعتزال أحدهم، أو بسبب ادعاء أحد أطراف النزاع احتياجه إلى وقت إضافي لإعداد مذكرات الدفاع أو لاعتراضه على اختصاص المركز. (2)

ج - تحديد ميعاد اصدار حكم التحكيم عن طريق هيئة التحكيم: قد يتفق أطراف النزاع على عدم الدخول في متاهات الإجراءات واللوائح التنظيمية، خاصة في حالة التحكيم الحر، الذي لايتوفر على لائحة تحكيم، على عكس التحكيم المؤسسي، فيفوضون هيئة التحكيم تحديد ميعاد لإصدار حكم التحكيم، وهي طريقة أو اسلوب ناجع، حيث تتصرف الهيئة في جميع المواعيد ابتداء من أول اجراء خاص بطلب التحكيم إلى غاية صدور الحكم النهائي، على ان تكون هذه المدة متناسبة مع ظروف وملايسات طبيعة النزاع. (3)

رابعا - الأغلبية المطلوبة لإصدار حكم التحكيم.

يقصد بصدور الحكم بالأغلبية ان غالبية المحكمين العددية قد وافقت عليه، ولم توافق عليه الاقلية، فلا يكف لإصدار الحكم ان ينفرد غالبية اعضاء الهيئة بإصدار الحكم في غياب الاقلية دون الاخذ برأيها، اذ يلزم ان يصدر بكامل التشكيلة (4)، ومما لا شك في ان اكتفاء معظم التشريعات بأغلبية اراء المحكمين لصدور حكم التحكيم في حالة عدم امكانية توافر الاجماع من شأنه أن يجعل الاتفاق على صدور الحكم أكثر سهولة مما لو كانت قد أوجبت أن يصدر الحكم بإجماع آرائهم. (5)

تختلف الأغلبية المطلوبة لإصدار حكم التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي بحسب عدد المحكمين، ويلاحظ أنه عندما تكون الهيئة التحكيمية مشكلة من محكم واحد فهي تعد طريقة سهلة وأقل

(1) طيب قبائلي: التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى ضوء اتفاقية واشنطن، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012، ص 390.

(2) جلال وفاء حمدين: مرجع سابق، ص 56.

(3) سليم بشير: مرجع سابق، ص 94.

(4) فنجي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 432.

(5) عيد محمد القصاص: مرجع سابق، ص 105..

تكلفة، فعند اجتماع المحكم وأطراف النزاع يكون استنباط المسألة واضح بالنسبة للمحكم، ومن ثم تكون عقيدته الخاصة بطريقة فردية ومحايدة لا تعقيب ولا تثريب عليها من أي طرف من أطراف النزاع، وهذا على خلاف الهيئة التحكيمية المجتمعة عندما تتكون من عدد فردي من المحكمين فهنا تظهر الصعوبة حيث يكون الامر متسما بالصعوبة حيث تتضارب آراء المحكمين في فهم موضوع النزاع⁽¹⁾، وقد اعتبر المشرع المصري انه في حالة ما اذا لم تتكون الأغلبية بأن تعددت الآراء إلى أكثر من رأيين كما لو كانت الهيئة مشكلة من خمسة وكان هناك رأي لاثنين ورأي لاثنين، ورأي لواحد، أو كانت الهيئة مشكلة من ثلاثة وكان لكل واحد رأي، فعندئذ يجب أن تستمر المداولة حتى تتكون الأغلبية، فإذا لم تتكون وجب على الهيئة اصدار قرار ولو من تلقاء نفسها بإنهاء إجراءات التحكيم.⁽²⁾

كما أن القاعدة التي تسود صدور الحكم التحكيمي هي الأغلبية لدى كافة مؤسسات ومراكز التحكيم فحسب ما نصت عليه المادة 48 من اتفاقية واشنطن⁽³⁾ فالصورة الغالبة في تحكيم المركز هي تشكيل المحاكم من ثلاث محكمين، لذلك تصدر أحكام التحكيم بأغلبية اصواتها، غير ان قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس⁽⁴⁾ تسيير على نهج مغاير يخالف قاعدة الأغلبية، حيث تقضي هذه القواعد بأنه في حالة تعيين ثلاث محكمين يصدر القرار بالأغلبية، ولكن في حالة لم يكن هناك اغلبية فان رئيس محكمة التحكيم هو الذي يصدر الحكم.⁽⁵⁾

الفرع الثاني: صدور حكم التحكيم .

يعتبر حكم التحكيم القرار الصادر من الهيئة التحكيمية أو محكم له الولاية للفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم، بالشكل الذي يحدده القانون الذي حددته هيئة التحكيم أو المتفق عليه بين اطراف النزاع الاستثماري، بناء على سنتطرق في هذا الفرع إلى مفهوم حكم وانواعه المختلفة، واهم البيانات الواجب توافرها، الى جانب ما تتخذه هيئة التحكيم من قرارات تتعلق بالمنازعة، الا أنها لا تحسم ولا

(1) غسان علي علي: مرجع سابق، ص 391.

(2) فنحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 432.

(3) نصت المادة 48 من اتفاقية واشنطن على أن " 1 - تفصل المحكمة في المسائل باغلبية اصوات جميع الاعضاء..

2 - يجب أن يكون حكم المحكمة كتابة وان يوقعه اعضاء المحكمة الذين صوتوا في صالحه.

3 - لا بد أن يتناول الحكم كل مسألة طرحت على المحكمة وان يبين الاسباب التي بني عليها

4 - يجوز لأي عضو في المحكمة أن يلحق بالحكم رايه الفردي سواء كان يعارض راي الاغلبية اولا، او بيانا بمعارضته.

5 - لا يجوز للمركز أن ينشر الحكم بغير موافقة طرفا النزاع."

(4) أنظر المادة 1/25 من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس.

(5) غسان علي علي: المرجع نفسه، ص 392.

تفصل في موضوع النزاع بل تتعلق ببعض المسائل التحضيرية والتمهيدية أو ببعض الأمور الجزئية التي يلزم المحكم بإتخاذها.

أولا - مفهوم حكم التحكيم.

على الرغم من ان معظم الانظمة القانونية المعاصرة اعتنت بنظام التحكيم ونظمته إلا أنها لم تضع تعريف محدد لحكم التحكيم⁽¹⁾، فلم يضع المشرع الجزائري تعريفا للحكم التحكيمي، حيث اكتفى بتنظيم الجانب الشكلي والمحتوى والبيانات التي يتوافر عليها الحكم دون تحديد مفهوم له، تاركا بذلك الامر إلى الاجتهادات الفقهية، لان وضع تعريف معين يعني وضع الاسس وإبراز الاعتبارات التي يستند اليها الاختيار والتي ترتبط بالضرورة بالغاية من الفكرة المراد تعريفها والهدف الذي تسعى إلى تحقيقه. كما أن المواد من 39-51 والمنظمة لحكم التحكيم المصري جاءت خالية من اي تعريف، واكتفت بتنظيم المسائل المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق والحكم بالتسوية والصلح غيرها، كما لم يتطرق المشرع الفرنسي الى وضع تعريف للحكم، فالمواد 1469-1480 من ق ا م ف جاءت لتعبر عن أحكام المداولة ومحتوى حكم التحكيم من دفع وطلبات وبيانات الزامية لابد من ذكرها في منطوق الحكم.⁽²⁾

على الصعيد الدولي فإن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لم يضع تعريفا محددًا لحكم التحكيم، على الرغم من أن هذا الموضوع تمت إثارته أثناء وضع هذا القانون، واقترح التعريف التالي " يقصد بحكم التحكيم كل حكم قطعي يفصل في جميع المسائل المعروضة على محكمة التحكيم، وأيضا كل قرار اخر صادر عن محكمة التحكيم يفصل بشكل نهائي في مسألة تتعلق بموضوع النزاع ايا ما كانت طبيعتها أو الفصل في مسألة اختصاص محكمة التحكيم أو أي مسألة أخرى تتعلق بالإجراءات، لكن في الحالة الاخيرة يعد قرار المحكمة حكما تحكيميا فقط اذا قامت محكمة التحكيم بتكييف القرار الصادر عنها بأنه كذلك"⁽³⁾، إلا أن هذا

⁽¹⁾ من خلال التعرض إلى تعريف حكم التحكيم يمكن التعرف على حقيقته وجوهره فيما اذا كان حكم قابل اوغير قابل للطعن فيه، فليس كل ما يصدر عن المحكم او الهيئة التحكيمية يعد حكما تحكيميا، بسبب وجود قرارات تتخذ اثناء سير المحاكم، لاترقى إلى درجة الحكم التحكيمي، كالقرارات التي تصدر بشأن تحديد زمان ومكان جلسات التحكيم او التاجيل، وايضا اعداد القضية للفصل فيها، فضلا عن اتخاذ قرارات تتعلق بنداب الخبراء او سماع الشهود، فهذه القرارات لاتعد من قبيل الأحكام التحكيمية الفاصلة في النزاع كليا او جزئيا. نبيل اسماعيل عمر: التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004، ص172.

⁽²⁾ P.H Fouchard.E Berthed Goldmane: traite de l'arbitrage commercial international, litec delta, 1996, p1028.

⁽³⁾ « Le mot sentence doit s'entendre d'une sentence définitive qui tranche toutes les questions soumises au tribunal et de toute autre décision du tribunal arbitral qui regle définitivement une question de fond quelconque ou la question de sa compétence ou toute autre question de procédure, mais dans le dernier cas, seulement si le tribunal qualifie sa décision de sentence. »

التعريف كان محل خلافات عديدة لاسيما مسألة ما اذا كانت القرارات التحكيمية الصادرة من الهيئة التحكيمية من اختصاصها ام لا، أو تلك المنصبة على الإجراءات نظرا لما يترتب عليها من اثار، لذا فقد انتهى الامر إلى ترك مسألة وضع تعريف لحكم التحكيم.⁽¹⁾

أمام غياب مفهوم محدد للحكم التحكيمي لدى معظم التشريعات المقارنة، والاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم واللوائح التنظيمية للمؤسسات التحكيمية الدائمة، تفاديا للدخول في مجادلات عقيمة، يبدو من الضروري ان نبحث في هذا التعريف لدى جمهور الفقهاء، حيث انقسم الفقه في تعريفه للحكم التحكيمي إلى اتجاهين: اتجاه موسع لتعريف حكم التحكيم واتجاه آخر مضيق له.

أ - الاتجاه الموسع لتعريف حكم التحكيم: اعتبر اصحاب هذا الاتجاه ان الحكم التحكيمي هو "القرار الصادر عن المحكم الذي يفصل بشكل قطعي، على نحو كلي أو جزئي في المنازعة المعروضة عليه سواء تعلق هذا القرار بموضوع المنازعة ذاتها أم بالاختصاص أم بمسألة تفصل بالإجراءات أدت بالمحكم إلى إنهاء الخصومة"⁽²⁾ يبدو ان هذا التعريف يؤدي إلى بعض النتائج حيث لا تعتبر القرارات الصادرة عن مؤسسات التحكيم والتي يعمل المحكم تحت لوائها احكاما تحكيمية، كما أن الإجراءات التي يتخذها المحكمون والتي لا تهدف إلى الفصل في المنازعة لا تعتبر احكاما تحكيمية يمكن الطعن فيها بالبطلان مثل إجراءات التحقيق في الدعوى، أما القرارات الصادرة عن محكمة التحكيم والمتعلقة بالفصل في اختصاص المحكمة أو بتحديد القانون الواجب التطبيق أو بصحة العقد أو بتقرير مسؤولية احد الأطراف، فإنها تعد احكاما تحكيمية.⁽³⁾

تعرض هذا الرأي إلى الانتقاد، فالحكم له جوهره وله أوصافه وأثاره، ولا يجوز خلط هذه الأمور مع بعضها، ووصف الحكم بأنه قطعي أو غير قطعي يبني على اسس معين، ويهدف إلى تحقيق غايات خاصة كما ان له معايير معينة، وكل ذلك لا يدخل في تحديد جوهر الحكم، كما أن وصف النهائية أو الابتدائية لا تدخل في مضمونه.⁽⁴⁾

E.Gaillard: Arbitrage Commerciale International.Sentence Arbitrale.Procédure, J.C.I.D.R, inter, fASC586-9-2-n: 5.

⁽¹⁾ حفيظة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 289-290.

⁽²⁾ « L'acte des arbitres qui tranche de manière défénitive, en tout ou en partie, le litige qui leur a été soumis, de procedure qui les conduit à mettre fin a l'instance. ». E.Gaillard « Arbitrage commercial international, sentence arbitral. », procedure, J.C.I.D.R, inter, fasc 586-9, n7

⁽³⁾ ابراهيم رضوان الجعبر: بطلان حكم المحكم، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2009، ص 32.

⁽⁴⁾ نبيل اسماعيل عمر: مرجع سابق، ص 171.

ب - الاتجاه المضيق لتعريف حكم التحكيم: يرى اصحاب هذا الاتجاه⁽¹⁾ إلى ان القرارات التي تفصل في المسائل المتصلة بالموضوع كصحة العقد الاصيلي لا تعد احكاما تحكيمية، وإنما هي مجرد احكام تحضيرية أو اولية⁽²⁾، ويمثل التعريف الضيق الفقه السويسري ممثلا في الفقيه Lalive et Peymand، حيث عرف حكم التحكيم بأنه "القرار الذي ينهي بشكل كلي أو جزئي منازعة تحكيم، حتى تلك المتصلة ولا تفصل في طلب محدد"، ووفقا لهذا الاتجاه لا يمكن ان تكون الأحكام محلا للطعن فيها بالبطلان استقلالا عن الحكم التحكيمي الذي سيصدر⁽³⁾، وبالتالي فان القرارات الصادرة عن الهيئة التحكيم والمتصلة بموضوع النزاع ولا تفصل في طلب محدد لا تعد احكاما تحكيمية، إلا اذا انتهت بشكل كلي أو جزئي في الخصومة التحكيمية.

إذا سلمنا بالمفهوم الضيق للحكم الصادر بشأن الاختصاص، فإنه لا يجوز الطعن فيه أما م القضاء مستقلا إلا بعد الانتهاء من الفصل النهائي في الموضوع، ليتم يتم الطعن فيه برمته، ويصدر القضاء حكمه بشأن الاختصاص، وهنا نكون أمام فرضيتين، الأولى وهي المصادقة على الحكم لأول القاضي بالاختصاص، غير ان المشكل يتعلق بصدور الحكم القضائي بإلغاء الحكم التحكيمي القاضي بالاختصاص وهو ما يعني العودة إلى نقطة الصفر، والنتيجة هي اضاءة الوقت، ويمكن تفادي ذلك عن طريق الطعن في الحكم الأول القاضي بالاختصاص مستقلا عن المفهوم الضيق.⁽⁴⁾

انتقد هذا الرأي على أساس أن أصحاب هذا الاتجاه أسسوا نظريتهم على المفهوم الضيق لفكرة الطلب، التي تهدف إلى طلب التعويض مثلا، وليس على مفهوم الطلب بعد انتهاك العقد كسبب للمسؤولية، وبالتالي فالقرارات الصادرة عن هيئة التحكيم في مسائل الاختصاص مثلا، تفصل بشكل قطعي في جزء من المنازعة، وبالتالي فهي تعتبر أحكاما تحكيمية.⁽⁵⁾

مما تقدم فإن التعريف الراجح لحكم التحكيم أخذ بالمفهوم الواسع، فالسرعة للفصل في النزاع الاستثماري، والوصول الى الحلول الملائمة بين أطراف النزاع هو الغاية المنشودة من نظام التحكيم التجاري الدولي، لذلك يمكن تعريف الحكم التحكيمي على أنه "الحكم الذي يشمل جميع القرارات

(1) Lalive Poudret, Reymond: Le droit de l'arbitrage interne et international en suisse, Payot lausanne, 1989, p 405-406.

(2) حفيظة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 297.

(3) فارس محمد عمران: موسوعة الفارس قوانين ونظم التحكيم بالدول العربية الخليجية ودول اخرى، المركز القومي للاصدارات القومية، القاهرة، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، 2015، ص 394.

(4) سليم بشير: مرجع سابق، ص 58.

(5) نوال زروق: الرقابة على اعمال المحكمين في ظل التحكيم التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، 2014-2015، ص 58.

الصادرة عن المحكم والتي تفصل بشكل قطعي في المنازعة المعروضة عليه، سواء كانت أحكاما كلية تفصل في موضوع المنازعة ككل أو أحكام جزئية تفصل في شق منها، سواء تعلقت هذه القرارات بموضوع النزاع ذاته أو بالاختصاص أو بمسألة تتعلق بالإجراءات ادت بالمحكم إلى إنهاء الخصومة.⁽¹⁾

ثانيا - أنواع حكم التحكيم.

تتخذ هيئة التحكيم أثناء سير اجراءات التحكيم بعض القرارات تتعلق بالمنازعة، غير أنها لا تحسم ولا تنهي موضوع النزاع فتأتي هذه القرارات في صورة أحكام جزئية أي أحكام صادرة قبل الفصل في الموضوع أو احكام نهائية تكون أما في صورة تسوية بناء على اتفاق اطراف النزاع أو في صورة صلح أو قرار نهائي يصدره المحكم .

أ- أحكام التحكيم الجزئية: يقوم اطراف النزاع في بعض الأحيان بمنح هيئة التحكيم صلاحية الفصل في جزء من المنازعة، كالفصل في اختصاص المحكمة أو تحديد القانون الواجب التطبيق أو تقرير مبدأ المسؤولية، وذلك بإصدار أحكام جزئية قبل اصدار الحكم النهائي من أجل ازالة أي لبس أو غموض، لذا فإن هذه الأحكام تقابل أحكام التحكيم الكلية أو الشاملة لموضوع الدعوى ولا تقابل أحكام التحكيم النهائية، فلفظ حكم التحكيم النهائي يشير إلى الأثر المترتب على حكم التحكيم حتى لو كان جزئيا يفصل في جزء من النزاع.⁽²⁾

كما تبدو اهمية اصدار هذا النوع من الأحكام في أنها تلعب دورا في حل المنازعات المعقدة والتي تتفرع عنها العديد من المسائل المستقلة فهي تفيد على المدى البعيد⁽³⁾، ففي بعض الحالات قد يسمح الاستمرار في تنفيذ العقد محل المنازعة، فيما اذا صدر قرار جزئي مثلا بتغطية الاجزاء ودفع بعض التعويضات للطرف المتضرر في العقد، ويعد حكم التحكيم الموافق وسيلة فعالة للبت في المسائل التي يمكن حسمها خلال سير إجراءات التحكيم والتي ربما توفر بمجرد الفصل فيها وقتا وأموالا.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ Cette definition a été introduit par la cour d'appel de paris dans son arret sardisud du 25 mars 1994. Rev. Arb 1994.p391, note , Ch Jarrosson « les actes des arbitrs qui tranchent de manière définitives, en tout en partie, le litige qui leur est soumis, que soit sur le fond, sur la compétence ou sur un moyen de procédure qui les conduit a mettre fin a l'instance. » Francois-Xavier TARIN: Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères: le Droit Français au prisme de la convention de new york, Rev international de droit comparé, n: 2, R.I.D.C, juillet 2014, p251.

⁽²⁾ ابراهيم السوقي أبو الليل: قواعد واجراءات التحكيم وفقا لنظام التجارة الدولية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول والثاني، مارس ويونيو، 1993، ص 99.

⁽³⁾ ابراهيم رضوان الجفيري: مرجع سابق، ص 63.

⁽⁴⁾ محمد بدران: مذكرات في حكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 30.

حرص المشرع الجزائري على منح هيئة التحكيم اصدار أحكام جزئية ما لم يتفق الأطراف على خلاف
فهيئة التحكيم تتمتع بسلطة تقديرية لإصدار احكام جزئية من عدمه حسب طبيعة وظروف النزاع، ولا
يمكن تقييد سلطة المحكم ما لم يتفق الأطراف على خلاف⁽¹⁾، كما منح المشرع المصري هيئة التحكيم
صلاحية اصدار احكام في جزء من الطلبات وذلك قبل اصدار الحكم المنهي للخصومة،⁽²⁾ كما يجوز لها
التصدي لذلك حتى في حالة عدم اتفاق الأطراف على منحها هذه السلطة اذا رأت أن ذلك ضروريا، كما
أجازت المادة 3/22 من قانون التحكيم المصري لهيئة التحكيم الفصل في الدفع المتعلقة بعدم
اختصاصها أو في حالة عدم وجد اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانها وعدم شموله لموضوع نزاع، وذلك
قبل الفصل في النزاع، إلا أنه يجوز لها أن تضم هذه الدفع إلى الموضوع وتفصل فيها مع الحكم النهائي،
فيذا قضت برفض الدفع فلا يجوز لها التمسك به إلا عن طريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم .⁽³⁾

مما تقدم يبدو أن الحكم الجزئي هو حكم موضوعي وليس حكم وقتي⁽⁴⁾، ويتميز بأنه يفصل فقط في
جزء من المسائل محل النزاع وليس كلها، مع استمرار هيئة التحكيم في نظر باقي هذه المسائل، ولهذا فان
الحكم الجزئي لا ينهي نظر النزاع في باقي المسائل التي لم يشملها الحكم الجزئي.⁽⁵⁾

ب - أحكام التحكيم الغياية: من الثابت أن غياب أحد أطراف النزاع عن حضور جلسات
التحكيم لا يؤدي إلى عرقلة إجراءات التحكيم، اذ يكفي لتحقيق الاعتبارات الخاصة بالخصومة التحكيمية
احترام المساواة بين الأطراف وحقوق الدفاع، وأن يكون لكل طرف فرص متساوية لتقديم حججه وأوجه
دفاعه، لذلك فان هذا الغياب لن يحول دون صدور حكم التحكيم.⁽⁶⁾

بناء لذلك اعتبر المشرع المصري أنه اذا لم يقدم المدعى عليه مذكرة بدفاعه محددة بموجب المادة 30
من قانون التحكيم المصري، فان هيئة التحكيم تستمر في الإجراءات دون أن يعتبر ذلك بذاته اقرار من
المدعى عليه بدعوى المدعى، ما لم يتفق اطراف النزاع على خلاف ذلك⁽⁷⁾، كما أكدت المادة 35 من
ذات القانون⁽⁸⁾، على أن تخلف أحد الأطراف عن حضور الجلسات، لا يمنع هيئة التحكيم من الاستمرار

⁽¹⁾أنظر المادة 1049 من ق ا م ا رقم 08-09.

⁽²⁾أنظر المادة 42 من ق ت م م ت م رقم 27-94.

⁽³⁾ابراهيم رضوان الجفيري: المرجع نفسه، ص62.

⁽⁴⁾محمد بدران: مرجع سابق، ص38.

⁽⁵⁾فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص398.

⁽⁶⁾حفيظة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص312.

⁽⁷⁾أنظر المادة 2/34 من ق ت م م ت م رقم 27-94.

⁽⁸⁾ نصت المادة 35 من ق ت م م ت م على أنه " اذا تخلف احد الطرفين عن حضور احدى الجلسات او عن تقديم ما طلب منه ن

مستندات جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في اجراءات التحكيم واصدار حكم في النزاع استنادا إلى عناصر الاثبات الموجودة امامها."

في الإجراءات وإصدار الحكم استنادا إلى عناصر الإثبات الموجود أمامها⁽¹⁾، في حين لم يتطرق المشرع الجزائري إلى حكم التحكيم الغيابي، واكتفي بنص المادة 1032 ق م ا على أن الأحكام التحكيمية غير قابلة للمعارضة، وإذا كانت فكرة الغيابية هذه موجودة في النزاعات العادية المطروحة أمام الجهات القضائية، فنتيح للقاضي إصدار حكم قضائي غيابي⁽²⁾، لعدم تمكين الطرف الآخر من الدفاع عن حقوق، فله تسجيل معارضة في الحكم الغيابي، ولذا لا تنعقد الخصومة التحكيمية ما لم يتم تبليغ الطرف الخصم بالدعوى التحكيمية.⁽³⁾

غير أن عدم اشراك أحد أطراف النزاع في الإجراءات التحكيمية يجعل مهمة التحكيم أكثر صعوبة، وهو ما يدفعها إلى بذل جهد أكبر عن طريق الفحص الدقيق لطلبات طالب التحكيم والاسانيد المؤيدة لذلك، فضلا عن طلبها الحجج والأدلة القانونية لذات الغرض، وإذا ما قضت محكمة التحكيم لصالح الطرف الحاضر فعليها ان تبذل قصارى جهدها في جعل الحكم التحكيمي قابل للتنفيذ.⁽⁴⁾

ج - أحكام التحكيم التحضيرية: قد تصدر الهيئة التحكيمية بصدد الفصل في النزاع المعروض عليها احكاما أخرى هي الأحكام التحضيرية، فمن خلال الاعمال التي يقوم بها المحكم أثناء سير الخصومة التحكيمية إلى غاية الفصل النهائي في النزاع، يقوم بإصدار هذه الأحكام غير أنها لا تفصل في الموضوع كليا أو جزئيا⁽⁵⁾، كما أنها لا تنهي الخصومة، وإنما تهدف إلى التمهيد لإصدار حكم موضوعي مؤقت، فهي احكام سابقة على الفصل في موضوع الدعوى لارتباطها بتحقيق الدعوى، عن طريق اتخاذ اجراء أو استيفاء تحقيق للاستشارة به في الدعوى، وقد منح المشرع الجزائر هيئة التحكيم سلطة اصدار الأحكام التحضيرية حسب ما نصت عليه المادة 1035 ق م ا "يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ..."، فالمشرع الجزائري جعل من الحكم التحضيري حكما قابلا للتنفيذ، يمكن تنفيذه جبرا شأنه شأن باقي الأحكام التحكيمية، إلا أنه لم ينص على شكل خاص بالحكم التحضيري، ولهذا يمكن ان يصدر في شكل قرار من الهيئة يثبت في محضر الجلسة، كما يمكن أن يصدر في شكل ورقة حكم مستقلة يوقع عليها اعضاء الهيئة التحكيمية أو غالبيتهم، كما يمكن أن يصدر من رئيس الهيئة اذا

(1) حفيفة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع نفسه، ص 313.

(2) نصت المادة 292 ق م ا على أنه "اذا لم يحضر المدعى عليه او وكيله او محاميه رغم صحة التكليف بالحضور يفصل القاضي غيابيا."

(3) سليم بشير: مرجع سابق، ص 84.

(4) محمد محمد بدران: مذكرات في حكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 40-41.

(5) فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 398.

خوله القانون ذلك⁽¹⁾، وهنا تجدر الإشارة إلى ضرورة التفرقة بين الحكم التحضيري الذي لا يمس بأصل الحق، والأوامر الوقتية أو التحفظية، فهي الأخرى لا تناقش الموضوع ولكنها تصدر استعجاليا عند الضرورة القصوى بناء على اتفاق اطراف النزاع، تفاديا لوقوع أضرار لا يمكن جبرها مستقبلا، وفي هذا الاتجاه نص المشرع الجزائري بموجب المادة 1046 ق ا م ا على انه "يمكن لمحكمة التحكيم ان تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب احد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك."

د - أحكام التحكيم المنهية للخصومة: تصدر احكام التحكيم النهائية أما في صورة تسوية بناء على اتفاق الطرفين، أو في صورة صلح أو قرار نهائي قطعي صادر من هيئة التحكيم في موضوع النزاع، وحكم التحكيم المنهي للخصومة هو الذي يحسم النزاع بصورة قطعية وكلية .

1- حكم التحكيم بناء على اتفاق تسوية: أثناء سير إجراءات التحكيم قد يحدث ان يتفق الأطراف على حل النزاع بطريقة التسوية، وفي هذه الحالة يمكن هم ان يطلبوا من هيئة التحكيم إنهاء إجراءات التحكيم وان يوثقوا ما توصلوا اليه من تسوية في شكل عقد بينهم، أو ان يطلبوا من الهيئة اصدار حكم تحكيمي بما توصلوا الي من اتفاق بالشكل والصيغة المتفق عليه، ويتمتع هذا الحكم بحجية الشيء المقضي فيه شأنه شأن الأحكام النهائية⁽²⁾، فالأساس الذي يقوم عليه حكم التحكيم الاتفاقي يتمثل في أن إرادة الأطراف هي التي تخول المحكمة التحكيمية سلطة الفصل في النزاع، وتكريسا واحتراما لهذه الإرادة فإنه يجوز للأطراف اثناء السير في عملية التحكيم الاتفاق على تسوية خلافهم في شكل عقد، ولهم أن يطلبوا من المحكمة التحكيمية ان تضمن حكمها ما توصلوا اليه.⁽³⁾

تضمنت المادة 1049 ق ا م ا⁽⁴⁾ الاشارة إلى حكم التحكم التحكيمي الاتفاقي، ليؤكد بذلك المشرع الجزائري الطابع الاتفاقي الذي يحكم نظام التحكيم التجاري وقوامه إرادة اطراف النزاع، كما اعتبر المشرع المصري أنه في حالة اتفاق اطراف النزاع خلال إجراءات التحكيم على تسوية تنهي النزاع كان لهما أن يطلبوا اثبات شروط التسوية أمام هيئة التحكيم، التي يجب عليها أن تصدر قرارا يتضمن شروط التسوية وينتهي الإجراءات، حيث يكون لهذا القرار ما لأحكام المحكمين من قوة بالنسبة للتنفيذ.⁽⁵⁾

⁽¹⁾مرجع نفسه، ص 399.

⁽²⁾ابراهيم رضوان الجفيري: مرجع سابق، ص 64.

⁽³⁾نوال زروق: مرجع سابق، ص 78.

⁽⁴⁾نصت المادة 1049 من ق ا م ا على أنه "يجوز لمحكمة التحكيم اصدار احكام اتفاق الاطراف.....".

⁽⁵⁾أنظر المادة 41 من ق ت م م ت م رقم 27-94.

2 - حكم التحكيم بالصلح: قد يتفق أحيانا اطراف النزاع على عقد صلح بينهم، فإذا ما تم هذا الصلح وأراد الأطراف توثيقه فما عليهم سوى تفويض هيئة التحكيم صراحة بذلك، وعادة ما يكون هذا الاتفاق مكتوبا في صورة عقد صريح، أو بصيغة يفهم منها ذلك كان يكتب أن المحكم يقوم بحسم النزاع طبقا لقواعد العدالة والانصاف⁽¹⁾، غير ان المشرع الجزائري لم يتطرق الى حكم التحكيم بالصلح، في حين اعتبر المشرع المصري انه يجوز لهيئة التحكيم اذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح ان تفصل في موضوع النزاع بمقتضى قواعد العدل والانصاف دون التقييد بأحكام القانون.⁽²⁾

3- أحكام التحكيم النهائية: الحكم النهائي الصادر عن المحكم أو هيئة التحكيم هو الحكم الفاصل في النزاع المعروض أمامها، والمنهي للخصومة والذي يصدر بعد اقفال باب المرافعة، كما يؤدي إلى استنفاد ولاية هيئة التحكيم، اي انه لم يعد لها اختصاص بشأن النزاع⁽³⁾، كما يعني أنه القرار الرئيسي الذي يعالج النزاع المعروض على المحكم بجميع عناصره ويجد له حلا نهائيا ملزما لأطراف النزاع، وفي حالة عدم تنفيذه من قبلهم بشكل ودي تتبع في تنفيذه الإجراءات التي تتبع في تنفيذ الأحكام القضائية وذلك بعد اسباغ الصفة التنفيذية على الحكم.⁽⁴⁾

بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لا يوجد ضمن نصوص قانون الإجراءات المدنية والادارية ما يفيد تعريف أو تحديد مفهوم الحكم التحكيمي النهائي، واكتفى بنص المادة 1035 ق ا م ا التي حصرت أنواع الحكم "يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ...." دون ان يعطي لها مفهوم، إلا ان ذلك لا يعني عدم وجود ما يفيد توضيح لهذا الحكم، فالمشرع الجزائري قصد بالحكم النهائي الحكم الذي يفصل في جميع الطلبات التي قدمها اطراف النزاع، وبصدور هذا الحكم تنتهي جميع إجراءات الخصومة التحكيمية وولاية هيئة التحكيم عن النظر في النزاع بمجرد الفصل فيه.⁽⁵⁾

في سياق متصل من المفيد أن نشير هنا إلى التفرقة بين الحكم القضائي النهائي والحكم التحكيمي النهائي، وهذا للتعرف على معنى عبارة نهائي، فإذا كانت الأحكام القضائية النهائية لها دلالة خاصة تتمثل في أن الحكم القضائي أصبح غير قابل للطعن فيه بالطرق العادية، فإن الأمر يختلف عنه بالنسبة لأحكام التحكيم، فهذه العبارة لها معنى خاص، وهو الحكم الذي فصل في جميع المسائل التي عرضت أمام هيئة

⁽¹⁾ابراهيم رضوان الجعير: مرجع نفسه، ص 65.

⁽²⁾أنظر المادة 4/39 من ق ت م م ت م رقم 27-94..

⁽³⁾محمد بدران: مرجع سابق، ص 25.

⁽⁴⁾فوزي محمد سامي: مرجع سابق، ص 312.

⁽⁵⁾نصت المادة 1030 من ق ا م ا على ان "يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه".

التحكيم، وأنه لا يجوز إعادة النظر فيها، كما أنه لا تشرط الفصل كلياً في موضوع النزاع بل يكفي الفصل في جزء منه ومع هذا يعد الحكم هنا نهائياً لأنه فصل في جزء من النزاع، ولا يجوز إعادة النظر فيه، كما يمكن الطعن فيه جزئياً إذا أجاز القانون ذلك.⁽¹⁾

على الصعيد الدولي، وعلى الرغم من ترك مسألة وضع تعريف لحكم التحكيم ولتحديد ما إذا كان الحكم قطعي أو نهائي، فإنه توجد بعض المواد في القانون النموذجي للتحكيم استخدمت لفظ حكم التحكيم، حيث أشارت المادة 30 منه إلى أنه "إذا اتفق الطرفان خلال إجراءات التحكيم على تسوية النزاع بينهما كان لهيئة التحكيم أن تنهي الإجراءات وأن تثبت التسوية بناء على طلب الطرفين وعدم اعتراضهما في صورة قرار تحكيم بشروط متفق عليها." كما نصت المادة 32 من ذات القانون على أن "حكم التحكيم النهائي هو الذي ينهي الإجراءات التحكيمية"، فاستخدام لفظ حكم تحكيم بهذا المعنى يعني إنهاء الإجراءات التحكيمية، هو أيضاً المعنى الذي وضعته المادة 1/21 من لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس.⁽²⁾

أما بالنسبة للحكم التحكيمي الصادر عن مركز واشنطن فإنه يعد حكماً نهائياً الحكم الذي يفصل في النزاع أو في نقطة أو مطلب منه، فصلاً نهائياً وملزماً لأطراف النزاع الاستثماري⁽³⁾، فبعد أن تقوم هيئة التحكيم بدراسة جميع الأدلة المتعلقة بالنزاع وبعد سماع أقوال الأطراف، يصدر الحكم النهائي بأغلبية اصوات جميع أعضاء الهيئة وبتوقيع جميع أعضاء الهيئة متضمناً الأسباب التي بني عليها، ويتولى السكرتير العام إرسال صورة من الحكم إلى الطرفين، ولا يجوز نشره دون موافقة أطراف النزاع، بمن جانب آخر فإن الحكم الصادر عن المركز لا يجوز الطعن فيه وتلزم الاتفاقية الدول الأطراف بالانصياع للحكم، فيكون له مرتبة الحكم الصادر من محكمة قضائية مختصة داخل إقليم الدولة المتعاقدة التي يطلب منها الاعتراف بالحكم وتنفيذه.⁽⁴⁾

ثالثاً - بيانات حكم التحكيم: يشمل حكم التحكيم بيانات أساسية لصدوره صحيحاً ومنتجاً لآثاره، فلا يقبل الطعن بالبطلان، هذه البيانات على نوعين بيانات شكلية وأخرى موضوعية، مترابطة ومتلازمة لا يغني بعضها عن بعض، وإلا كان الحكم عرضة لدعوى البطلان، وقد أسهبت التشريعات

⁽¹⁾ بشير سليم: مرجع سابق، ص 79.

⁽²⁾ حفيظة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 306.

⁽³⁾ لما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص 149.

⁽⁴⁾ هفال صديق اسماعيل: التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية مع أحدث أحكام هيئة التحكيم الدولية وأحكام المحاكم الوطنية، مرجع سابق، ص 278-279.

المختلفة، بل وهيئات التحكيم ذات الطابع الدولي في بسط هذه الشروط، وفيما يلي نبين بعض من البيانات على النحو التالي:

أ- ملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم: يشمل حكم التحكيم ملخص عن سبب النزاع، كما يحتوي أيضا على طلبات المدعي ودفع المدعى عليه، وجميع الاوراق الثبوتية والأدلة التي قدمت في القضية، وفي حالة وجود اقوال الطرفين أو الشهود في محضر الجلسة تودع صورة من محاضر الجلسات، الا أن عدم ذكر هذه البيانات لا يبطل الحكم⁽¹⁾، أما المشرع الفرنسي فقد اشترط أن يعرض في منطوق الحكم وبإيجاز ادعاءات الأطراف ودفعهم وأسانيدهم التي تدعم هذه الطلبات والدفع تحت طائلة البطلان.

الهدف من تحديد طلبات الخصوم وواجه دفاعهم هو معرفة نطاق سلطة هيئة التحكيم، للتأكد من حسن استيعاب الوقائع ودفاع الطرفين، وكذا معرفة الصلة بين مضمون الحكم والطلبات، فيستحيل معرفة صحة المضمون دون التعرف عليها، كما أن المحكمة المختصة غير ملزمة بالرجوع الى المستندات المستعملة في اجراءات الدعوى لمعرفة الطلبات وربطها بالمضمون⁽²⁾، فالمشرع الجزائري لا يلزم هيئة التحكيم بسرد كل الطلبات والدفع بشكل تفصيلي وانما بشكل موجز⁽³⁾.

ب-منطوق الحكم التحكيمي: يمثل النتيجة التي توصلت إليها هيئة التحكيم أو المحكم من نتائج نهائية لحسم النزاع المعروض أمامها، بالفصل في طلبات الخصوم⁽⁴⁾، لذا يجب ان تصدر هيئة التحكيم حكمها وفقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، سواء بالنسبة للإجراءات أو الموضوع⁽⁵⁾، أي أن تلتزم بما اتجهت اليه إرادة الأطراف، لذلك يعتبر سببا من أسباب بطلان حكم التحكيم، تجاوز المحكم حدود المهمة أو التصدي لما لم يتفق الأطراف على عرضه على التحكيم، أوحى في حالة تجاهل المحكمين لإرادة الأطراف والحكم وفق قانون آخر⁽⁶⁾.

أما إذا تعددت المسائل المتنازع عليها فيجب تجزئة منطوق الحكم، بحيث يفصل كل جزء في كل منازعة على حدى، ومن المتصور أن يرد البطلان على بعض أجزاء الحكم دون البعض الآخر، كما لو تجاوزت الهيئة في حكمها لاتفاق التحكيم، ففي هذه الحالة يقتصر البطلان على اجزاء الحكم الذي تجاوز

⁽¹⁾أنظر المادة 3/43 من ق ت م م ت م رقم 94-27.

⁽²⁾بشير سليم: مرجع سابق، ص 145.

⁽³⁾أنظر المادة 1027 من ق ا م ا رقم 09-08.

⁽⁴⁾ابراهيم رضوان الجفيري: مرجع سابق، ص 47.

⁽⁵⁾محمد داود الزعي: دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011،

ص 151.

⁽⁶⁾محمود مختار أحمد بري: مرجع سابق، ص 180.

حدود الاتفاق⁽¹⁾، حسب ما نصت عليه المادة 3/43 من قانون التحكيم المصري، فلا ينبغي إلا يخرج منطوق الحكم عن موضوع النزاع، وإلا كان سببا في رفع دعوى بطلان الحكم.

على الرغم من أن المشرع الجزائري حدد مجموعة من البيانات في منطوق حكم التحكيم الداخلي، إلا أنه لم يشير إلى هذه البيانات الواجب توافرها في منطوق حكم التحكيم الدولي، إلا أن ذلك لا يمنع من أعمال هذا النص وتطبيقه على التحكيم التجاري الدولي، وتشمل بيانات منطوق الحكم مايلي:

- أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء، وأن يتضمن حكم التحكيم عرضا موجزا لادعاءات الأطراف وواجه دفاعهم والاسانيد الي تدعم هذه الادعاءات⁽²⁾.

- اسم ولقب المحكم أو الحكمين⁽³⁾، وذلك لمراقبة مدى تطابق الأسماء الواردة في الحكم مع الاسماء التي تضمنها اتفاق التحكيم، حيث يلزم المشرع تسمية الحكمين وبيان طريقة تعيينهم⁽⁴⁾ سواء في شرط أو مشاركة التحكيم، هذا وقد فرق المشرع الفرنسي بين بيان أسماء الحكمين وبين أسماء الخصوم ورتب على تخلف البيان الأول بطلان الحكم طبقا لنص المادة 1480 من ق ا م ف، وهذا للتأكد من صلاحية المحكم للفصل في النزاع وبأنه الشخص المسمى في اتفاق التحكيم.⁽⁵⁾

- تاريخ صدور الحكم⁽⁶⁾ وتبدو أهمية بيان التاريخ في اثبات صدور الحكم خلال سريان اتفاق التحكيم، ويصبح الحكم قابلا للاستئناف من تاريخ صدوره⁽⁷⁾، في حين اعتبر للمشرع المصري هذا البيان من البيانات الالزامية الواردة في المادة 3/43 كما أن تاريخ صدور الحكم هو تاريخ توقيع الحكمين على الحكم بعد كتابته، ولتحديد تاريخ لإصدار حكم التحكيم أهمية جوهرية، فهذا التاريخ هو الذي يحدد ما اذا كان الحكم قد صدر خلال المدة المقررة، فإذا ثبت صدوره بعد فوات الميعاد اعتبر الحكم باطلا، إلا ان هذا البطلان ليس من النظام العام، لذا يجوز النزول عنه صراحة أو ضمنا⁽⁸⁾

(1) غسان علي علي: مرجع سابق، ص 401.

(2) أنظر المادة 1/1027 من ق ا م رقم 08-09.

(3) المادة 1/1028 من ق ا م رقم 08-09.

(4) المادة 2/1028 والمادة 2/1012 من ق ا م رقم 08-09..

(5) ابراهيم رضوان الجفيري: مرجع سابق، ص 45.

(6) المادة 1/1028 من ق ا م رقم 08-09.

(7) المادة 1033 من ق ا م رقم 08-09.

(8) غسان علي علي: مرجع سابق، ص 394.

- مكان اصدار الحكم، أسماء والقاب الأطراف في النزاع وموطن كل منهم وتسمية الاشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي .- أسماء والقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف عند الاقتضاء. (1)

الشائع ان معظم التشريعات تنص على وجوب ذكر تاريخ ومكان صدور الحكم، نظرا لأهمية ذلك عند إتخاذ الإجراءات اللازمة للاعتراف بهذا الحكم وتنفيذه، كما تبدو أهمية تحديده لمعرفة مدة مهمة المحكمين، فهذه المدة تضع نهاية لخصومة التحكيم وهو ما أكدته المادة 1464 ق ا م ف والمادة 1486 من ذات القانون (2)، كما تبدو أهمية تحديد مكان اصدار حكم التحكيم من عدة اوجه منها ما نصت عليه المادة الأولى من اتفاقية نيويورك لعام 1958 بنصها على إتخاذ المكان الذي صدر فيه الحكم معيارا لمعرفة حكم التحكيم الأجنبي، كما يتحدد على اساسه تعيين المحكمة المختصة بطلب التنفيذ، ويعين في الغالب المعتاد بالمكان الذي جرت فيه إجراءات التحكيم، بمعنى ان مكان التحكيم هو مكان صدور الحكم، ويبدو ان هذا المبدأ مستقر عليه في المجال الدولي. (3)

لم يقتصر الاهتمام بتحديد مكان التحكيم على التشريعات الوطنية، فاتفاقية نيويورك لعام 1958 تحدد نطاقها في المادة الأولى منها بأحكام المحكمين الصادرة في اقليم دولة غير التي يطلب اليها الاعتراف وتنفيذ الأحكام على اقليمها، وتكون ناشئة عن منازعات بين أشخاص طبيعية أو معنوية كما تطبق على أحكام المحكمين التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوب اليها الاعتراف أو تنفيذ هذه الأحكام. (4)

ج- تسبب الحكم التحكيمي: تسبب الحكم هو بيان الحجج والأدلة القانونية، والواقعية التي اعتمد عليها المحكم في اصدار حكمه، فالتسبب هو ضمان لرصد الثقة بالتحكيم والرقابة على مهمة المحكمين أو الطريقة التي توصلوا بها إلى النتائج في حسم النزاع (5)، كما أن تسبب الحكم لا يشترط أن يتمتع بالدقة المقررة في الأحكام القضائية فيكفي أن تذكر نصوص القانون التي استند اليها المحكم سواء من ناحية تكييف الوقائع، أو من ناحية ارساء حكم القانون على الوقائع المستخلصة في النزاع. (6)

حرص المشرع الجزائري بالنص على تسبب أحكام التحكيم حسب ما نصت عليه المادة 2/1027 ق ا م "يجب أن تكون احكام التحكيم مسببة"، فهذا النص وان كان ينظم حكم التحكيم الداخلي، الا

(1) أنظر المادة 4/1028 ق ا م رقم 08-09.

(2) محمد داود الزعبي: مرجع سابق، ص 162.

(3) مرجع نفسه، ص 162.

(4) غسان علي علي: مرجع سابق، ص 395.

(5) عبد الحميد الاحدب: موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف، القاهرة، 1998، ص 316.

(6) ابراهيم رضوان الجفيري: مرجع سابق، ص 48.

أنه لا مانع من تطبيقه في حكم التحكيم الدولي، فقد جاء صريح ولم يعف المحكمين من امكانية عدم تسبب الأحكام التحكيمية الفاصلة في النزاع المعروض أما مهم وهو ما يعكس عقيدة وترجمة هيئة التحكيم للحكم الذي انتهت اليه.

كما نص المشرع المصري على هذا الالتزام بموجب المادة 2/43 من قانون التحكيم المصري التي جاء فيها "يجب ان يكون حكم التحكيم مسببا الا اذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك، أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر اسباب الحكم"، البين من النص أن تسبب الحكم من الالتزامات الجوهرية التي تقع على المحكم، الا اذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك، فالمشرع المصري فتح بذلك مجالا واسعا لأعمال مبدأ سلطان الإرادة بأن أعطى للأطراف المتخاصمة مكنة الاتفاق على الزام المحكم بالإسراع في اصدار الحكم ودون تسبب⁽¹⁾، كما اشترط المشرع الفرنسي أن يكون الحكم التحكيمي مسببا وإلا اعتبر باطلا، سواء كان تحكيما بالقضاء أو بالصلح، نظرا لتعلقه بالنظام العام غير ان هذا البطلان يتعلق بالتحكيم الداخلي، أما بالنسبة للتحكيم الجاري الدولي فان خلو الك من التسبب لا يبطل الحكم، فلا يقضي القاضي بالبطلان من تلقاء نفسه باعتبار عدم التسبب يمثل اخلافا بقاعدة تتعلق بالنظام العام الداخلي الفرنسي، ولا علاقة له بالنظام العام الدولي.⁽²⁾

على الصعيد الدولي فإن الاتفاقية الأوروبية لسنة 1961 تفترض أن يكون الأطراف قد وافقوا على ضرورة ذكر أسباب حكم التحكيم ما لم تعلن الأطراف صراحة أنه لا يجب ذكر الأسباب، ويشترط الا يطلب أي طرف في هذه الحالة اعطاء الاسباب قبل انتهاء جلسات الاستماع، أو قبل اصدار حكم التحكيم اذا لم تكن هناك جلسات وهو ما نصت عليه المادة 8 من ذات الاتفاقية⁽³⁾، أما اشترطت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار ان يكون حكم التحكيم مسببا، من خلال نص المادة 3/48 منها.⁽⁴⁾

د- كتابة حكم التحكيم والتوقيع عليه: تشترط تشريعات التحكيم أن يصدر حكم التحكيم كتابة، وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من اكثر من محكم يكتفي توقيع اغلبية المحكمين بشرط ان يثبت في الحكم اسباب عدم توقيع الاقلية، وكتابة الحكم قاعدة اساسية واجبة الاتباع حتى لو كان التحكيم بالصلح

(1) زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 345.

(2) محمود مختار البربري: مرجع سابق، ص 205.

(3) غسان علي علي: مرجع سابق، ص 400.

(4) محمد داود الزعبي: مرجع سابق، ص 159.

(1)، فالكتابة شرط لوجود الحكم لا لإثباته، كما ان القانون لا يعترف بالحكم الشفوي فمثل هذا الحكم يعد منعدما، لان حكم التحكيم يجب ايداعه، ووضع امر التنفيذ عليه على ورقة مكتوبة، ولم يورد المشرع الجزائري نصا صريحا على اشتراط الكتابة، غير أن المتأمل في احكام المواد 1027-1028-1029 من ق ا م ا يدرك ضرورة كتابة العقد. (2)

كما اشترط المشرع المصري أن يصدر المحكمون قرارهم بالأغلبية في حالة التعدد، ولذا لزم توقيع الاغلبية على الحكم اذا رفضت الاقلية التوقيع، وفي هذه الحالة اشترط ضرورة ذكر أسباب عدم توقيع الاقلية، وتبدو الحكمة من ضرورة تسبيب عدم توقيع الاقلية في كونه قد يتضمن ما يؤيد طلب بطلان الحكم، كما لو اوضحت اسباب رفض الاقلية وقوع اخلال بحقوق الدفاع، أو تطبيق الاغلبية قانونا اخر غير القانون الذي اختاره الأطراف باتفاقهم، أو ان كون الهيئة قد طبقت قانون لا يتصل بموضوع النزاع عند عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون الذي يحكم النزاع، ففي مثل هذه الحالات يجوز رفع دعوى البطلان. (3)

أما المشرع الجزائري فلم يضع نصا يفيد ذلك في التحكيم التجاري الدولي، واكتفى بالنص على أن يصدر حكم التحكيم بالأغلبية الاصوات حسب ما نصت عليه المادة 1026 ق ا م ا، كما اشترط توقيع حكم التحكيم من قبل جميع المحكمين، وإذا تشكلت محكمة التحكيم من اكثر من محكم يجب توقيع الاغلبية على الحكم، كما أنه لم يستلزم ضرورة بيان أسباب عدم توقيع الاقلية، وإنما اقتصر على ضرورة الإشارة إلى واقعة رفض الاقلية التوقيع على الحكم، واعتبر الحكم الموقع من الاغلبية كأنه موقع من جميع المحكمين. (4)

(1) عبد الكريم أحمد أحمد الثلاثاء: مرجع سابق، ص 266.

(2) زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 342.

(3) محمد داود الزعي: المرجع نفسه، ص 154.

(4) أنظر المادة 1029 من ق ا م ا رقم 08-09.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على صدور حكم التحكيم

المبدأ العام هو أن أحكام التحكيم كأحكام القضاء تحوز الحجية بمجرد صدورها، وبالتالي يمنع على الهيئة التي أصدرته العودة إليه إلا في الحدود التي يسمح بها القانون أو ما اتفق عليه الأطراف، فإصدار الحكم المنهني لخصومة التحكيم يؤدي إلى انتهاء إجراءات التحكيم، وانتهاء مهمة هيئة التحكيم في مباشرة أي إجراء أو تلقي أي طلب جديد من أطراف النزاع، إلا أن بعض التشريعات قد أبقّت لهيئة التحكيم صفة محدودة لمواجهة بعض الحالات فلها أن تصدر أحكاماً لاحقة تتضمن تفسير وتصحيح الحكم التحكيمي والفصل فيما اغفل الفصل فيه.

تفصيلاً لهذه المعطيات سنقسم هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول: حجية حكم التحكيم.

الفرع الثاني: استنفاد ولاية الهيئة التحكيمية.

الفرع الأول: حجية حكم التحكيم.

يكتسب حكم التحكيم الصادر في منازعات الاستثمار حجية الأمر المقضي بمجرد صدوره، شأنه شأن الحكم القضائي، وتثبت هذه الحجية للحكم قبل منحه الصيغة التنفيذية، ويترتب على ذلك أنه يكون لطرف النزاع الذي صدر الحكم لصالحه أن يتمسك به وبما تقرر له من حقوق في مواجهة من صدر ضده، ولا يجوز لهذا الأخير أن يطلب طرح النزاع مرة أخرى أمام أية جهة قضائية أخرى أو محكمة تحكيم.

أولاً: مفهوم حجية حكم التحكيم .

يقصد بالحجية في فقه المرافعات أن الحكم الصادر يحمل عنوان حقيقته بخصوص ما فصل فيه بالنسبة لأطراف الدعوى، وفي حدود الأساس الذي قدمت عليه هذه الدعوى، لذلك فإنه لا يجوز طرح نفس النزاع من قبل نفس الأطراف، أما نفس الجهة التي فصلت في النزاع أو جهة أخرى، ولا تقبل مناقشة أو إثارة أي دفع أو حجج تهدف إلى نقض هذه الحجية حتى وإن كان هذا الحكم قابلاً للطعن فيه.⁽¹⁾

بناءً على ذلك تبدو حجية الأمر المقضي في أثرتين أحدهما سلبي يتمثل في عدم جواز إعادة النظر في الدعوى، والآخر إيجابي يتمثل في احترام ما قضى به الحكم السابق، فامتناع القاضي عن الفصل في الدعوى التي سبق الفصل فيها، إنما يترتب على التزامه باحترام الحكم السابق، فالقانون يفرض احترام الأمر المقضي

⁽¹⁾ محمود أحمد بربري: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 255.

فيه حماية للمراكز القانونية، ويترتب على هذا عدم الحاجة إلى رفع دعوى جديدة فيما تم الفصل فيه⁽¹⁾، وعلى الرغم من ثبوت الحجية لحكم التحكيم منذ اصداره، إلا ان الجدل انصب حول مدى قوة هذه الحجية، لتظهر بذلك اتجاهات فقهية حول حجية حكم التحكيم وحجية حكم القضاء وفق مايلي:

أ- الاتجاه الأول: حجية حكم التحكيم اقوى من حجية حكم القضاء: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن حكم التحكيم يجوز قوة الشيء المقضي فيه، وليس فقط حجية الشيء المقضي فيه، فحجية الشيء يقصد بها أن الحكم الصادر حجة فيما بين الخصوم بالنسبة إلى الحق محلا وسببا، ولا يمكن دحض هذه الحجية إلا عن طريق الطعن في الحكم بإحدى طرق الطعن العادية، أما قوة الشيء المقضي فيه، فيقصد به عدم امكانية الطعن في هذه الحجة إلا بطرق الطعن غير العادية.⁽²⁾

ب - الاتجاه الثاني: حجية حكم التحكيم أقل من حجية حكم القضاء: ذهب أصحاب هذا الاتجاه الى أن حكم التحكيم لا يجوز حجية الشيء المقضي فيه، وإنما يجوز حجية الشيء المحكم فيه، وحجتهم في ذلك هو ان التحكيم طريق استثنائي لحسم النزاع، وان محكمة التحكيم ليست هيئة قضائية فهي تفصل في النزاع دون قانون موضوعي ودون قاض⁽³⁾، كما يدعو أصحاب هذا الاتجاه إلى ضرورة استعمال مصطلحات خاصة بالتحكيم، كحجية الشيء المحكم فيه، ذلك نظرا لما يتمتع به حكم التحكيم من استقلالية وخصوصية، ومن ثم فان وضع عبارات ومصطلحات ينفرد بها تفيد عدم الخلط بينه وبين الحكم القضائي، فضلا عن ذلك فكون المحكم عون من اعوان القضاء لا يجعل من عمله عملا قضائيا، وهذا لعدم خضوع حكم التحكيم إلى طرق الطعن في الأحكام القضائية، وإنما يتمتع بقوة ملزمة تتمثل في حجية الامر المحكم فيه، وهي اقل قوة من حجية الشيء المقضي فيه، وبالتالي ومهما يكن فان حكم القضاء اقوى من حكم التحكيم، فقوة حكم التحكيم في تأكيد الحق تظل حتى بعد صدور الأمر بتنفيذه أضعف من حجية الحكم القضائي، ومرد ذلك هو أنه يجوز رفع دعوى اصلية ببطلانه، بينما لا يجوز هذا من حيث المبدأ بالنسبة للأحكام القضائية.⁽⁴⁾

بالنسبة للتشريعات الوطنية فقد تضمنت العديد من النصوص الصريحة على حيابة أحكام التحكيم لحجية الأمر المقضي فيه وتكون واجبة النفاذ فور صدورها، غير أن المشرع الجزائري لم يتناول حجية حكم التحكيم التجاري الدولي، على الرغم من تنظيمه لهذه الحجية بمقتضى حكم التحكيم الداخلي بموجب

⁽¹⁾ عبد الكريم أحمد أحمد الثلاثاء: مرجع سابق، ص316.

⁽²⁾ نوال زروق: مرجع سابق، ص87.

⁽³⁾ أحمد محمد حشيش: الهيئة القضائية واعوانها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص74.

⁽⁴⁾ نوال زروق: مرجع سابق، ص88.

المادة 1031 ق ا م في نصها على أنه " تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه."، ويفيد نص المادة أن حكم التحكيم حائز لحجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدوره، فمتى صدر حكم التحكيم فإنه لا يجوز لأي طرف إعادة طرحه من جديد سواء أمام هيئة التحكيم التي فصلت فيه أو أمام هيئة تحكيم أخرى أو جهة قضائية .

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد اعتبر أن حكم التحكيم حكم قضائي بالمعنى الصحيح، وقد منحه قانون التحكيم صراحة حجية الأمر المقضي فيه، وهي نفس حجية أحكام القضاء، فهذه الحجية تتعلق بتطبيق القانون بواسطة من له سلطة القضاء سواء كان قاضيا أو محكما. (1)

غير أنه لما كان نظام التحكيم نظام تعاقدي يخضع من البداية لمبدأ سلطان الإرادة، فإن حجية الحكم الذي تصدر الهيئة تزول إذا اتفق الأطراف على رفض ما قضت به الهيئة، حيث يمكن لهم بدء إجراءات تحكيم جديدة أمام هيئة تحكيم جديدة، فهذه الهيئة لا تملك من تلقاء نفسها الحكم بعدم قبول طلب التحكيم استنادا لحجية حكم التحكيم السابق صدوره، ولا يتسنى لها ذلك إلا إذا تمسك أحد الأطراف بهذه الحجية، والأمر نفسه إذا لجأ المحكوم ضده إلى القضاء لإعادة عرض النزاع الذي فصل فيه حكم التحكيم، غير ان الامر يختلف اذا تمسك الطرف المحكوم لصالحه بحجية التحكيم، فهنا يتعين على القاضي ان يأخذ بعين الاعتبار نص المادة 55 من قانون التحكيم المصري. (2)

بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد انتهج طريقا آخر حول حجية حكم التحكيم، إذ أحال الأمر بنصه على ذلك في نظام التحكيم الدولي إلى التحكيم الداخلي، ويرى المشرع الفرنسي ان للحكم التحكيمي منذ صدوره حجية الشيء المقضي فيه، فيما يتعلق بالنزاع الذي يفصل فيه أي ان الحجية لا تتعدى الموضوع. (3)

على الصعيد الدولي فقد تضمنت العديد من الاتفاقيات الدولية نصوصا قانونية تركز تتمتع أحكام المحكمين بحجية الامر المقضي فيه، حيث اعتبرت اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية على الدول المتعاقدة أن تعترف بحجية حكم التحكيم مع بتنفيذه طبقا لقواعد المرافعات المتبعة في الاقليم المطلوب اليه التنفيذ (4)، وفي ذات السياق نصت المادة 54 من اتفاقية واشنطن على أنه "تعترف كل دولة متعاقدة بالحكم الذي صدر بناء على أحكام هذه الاتفاقية وتضمن تنفيذ

(1) فنحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 460.

(2) زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 361-362.

(3) أنظر المادة 1476 من ق ا م ف.

(4) أنظر المادة 3 من اتفاقية نيويورك 1958.

الاعترافات المالية التي يفرضها الحكم الصادر كما لو كان حكماً نهائياً صادراً من محكمة محلية." وبنصوص مماثلة اعتبرت الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، أن يكون للحكم الذي تصدره المحكمة قوة النفاذ في الدول الأطراف التي يجري تنفيذه فيها مباشرة كما لو كان حكماً نهائياً قابلاً للنفاذ صادر من قضائها المختص.⁽¹⁾

ثانياً: مدى تعلق حجية حكم التحكيم بالنظام العام.

كما تقدم فإن الأصل أنه لا يجوز لهيئة التحكيم النظر في نزاع سبق الفصل فيه، سواء فصلت فيه هيا أو تم الفصل فيه من قبل هيئة تحكيمية أخرى، ومرد ذلك أن حكم التحكيم له حجية الشيء المقضي فيه يعبر عن صحته، ونفس الأمر بالنسبة للحكم القضائي الذي يصدر ويجوز الحجية، فلا يمكن طرح النزاع من جديد أمام نفس الأطراف والمحل والسبب، سواء أمام نفس الجهة القضائية أو جهة قضائية أخرى.

غير أن آراء الفقه تباينت حول مدى تعلق حجية الحكم التحكيمي بالنظام العام، وذلك في حالة ما إذا رفع من صدر ضده حكم التحكيم دعوى أمام محاكم الدولة أو أمام هيئة تحكيم، فهل للمحكمة أو للهيئة أن تقضي بحجية الحكم من تلقاء نفسها لتعلق ذلك بالنظام العام؟ أم أن حكم التحكيم لا يتعلق بالنظام العام وبالتالي لا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها.

أ- الاتجاه الأول- حجية أحكام التحكيم لا تتعلق بالنظام العام: اعتبر انصار هذا الاتجاه ان حجية احكام التحكيم تستند إلى القوة الملزمة لعقد التحكيم اكثر مما تستند إلى طبيعة عمل المحكم، فإذا اتفق الطرفان بعد صدور الحكم التحكيمي على اعادة التحكيم أما م ذات المحكم أو أما م هيئة تحكيم جديدة نفذ اتفاقهما ويعود ذلك إلى الطبيعة الاتفاقية الخاصة بالتحكيم الامر الذي يجعل غير متعلق بالنظام العام، بينما حجية الحكم القضائي الصادر من المحاكم تتعلق بالنظام العام.⁽²⁾

معنى ذلك أن حجية أحكام المحكمين تتعلق بالمصلحة الخاصة، وأساس هذا الرأي ان القانون يمنح حكم التحكيم الحجية حماية لحقوق خاصة وليس حماية لمصلحة عامة كما هو الحال بالنسبة لأحكام محاكم الدولة، فالتحكيم له طبيعة تعاقدية وليس طبيعة قضائية، ولهذا فكما أن لأطراف النزاع العدول عن العقد و ابرام عقد جديد، فان لهما التنازل عن حكم التحكيم واللجوء مرة أخرى إلى التحكيم، إلا أن الرأي

⁽¹⁾ أنظر المادة 34 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية الصادرة عام 1980.

⁽²⁾ محمود مختار بري: مرجع سابق، ص 277.

محل نظر ذلك ان حكم التحكيم حكم قضائي بالمعنى القضائي يجوز حجية الأمر المقضي، وهي نفس حجية احكام القضاء، تتعلق بتطبيق القانون بواسطة سلطة القضاء سواء كان قاضيا أو محكما.⁽¹⁾

ب-الاتجاه الثاني - حجية أحكام التحكيم تتعلق بالنظام العام: يرى غالبية الفقهاء أن حكم التحكيم بمجرد صدوره والتوقيع عليه يعد ورقة رسمية شأنه شأن الأحكام الصادرة عن محاكم الدولة⁽²⁾ وبالتالي تحوز حجية الأمر المقضي فيه ويكون قابلا للتنفيذ الجبري بعد صدور الامر بتنفيذه ووضع الصيغة التنفيذية عليه⁽³⁾، وبالتالي فان حكم المحكم قضائي بالرغم من صدوره من أشخاص ليس لهم في الأصل ولاية القضاء ولا يقومون بخدمة عامة، وذلك لأن نظام التحكيم جاء احتراماً لإرادة الخصوم، ولما كانت حجية الأمر المقضي به سمة أساسية من سمات العمل القضائي فإنها تتناقض مع فكرة العقد الذي يجوز تعديله أو فسخه بإرادة الأطراف، فإذ الطبيعة القضائية للتحكيم وما يصدر عنه من أحكام تتأكد من خلال ما لهذه الأحكام من حجية الأمر المقضي به بين اطراف المنازعة إلا أن تكون باطلة لمخالفتها النظام العام.⁽⁴⁾

تجدر الملاحظة إلى أنه وبالرغم من اكتساب حكم التحكيم لحجية الأمر المقضي، فإنه يجوز لأطراف النزاع الاتفاق على اللجوء إلى القضاء أو إلى التحكيم مرة أخرى بالنسبة لما قضى به حكم التحكيم ويكون هذا الاتفاق صحيحاً دون الاعتداد بسبق صدور حكم تحكيم سابق على اعتبار أن هيئات التحكيم هيئات خاصة وليست من مرافق القضاء الذي تنظمه الدولة، ولا ينطبق هذا الحكم على الأحكام القضائية التي تعطي للخصوم حق اللجوء إلى القضاء مرة واحدة في نفس الدعوى وبعد صدور حكم حائز حجية الأمر المقضي به.⁽⁵⁾

⁽¹⁾ فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص461.

⁽²⁾ أنظر أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص282، ونفس المؤلف نظرية الأحكام في قانون المرافعات،

منشأة المعارف، الاسكندرية، 1980: ص696، عبد محمد القصاص: مرجع سابق، ص177.

⁽³⁾ أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، مرجع نفسه، ص36.

⁽⁴⁾ عبد الكريم أحمد أحمد الثلايا: مرجع سابق، ص324-325.

⁽⁵⁾ فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع نفسه، ص461.

يبدو أن حجية الحكم القضائي ومدى تعلقها بفكرة النظام العام فكرة مرنة، لوجود تشريعات تعتبره من النظام العام كما هو الشأن في التشريع المصري⁽¹⁾، ويجب على المحكم أن يقضي من تلقاء نفسه بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل، وهناك من التشريعات ما لا يعدها من النظام العام.

بالنسبة للمشرع الجزائري فإن الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي فيه تكون حجة بما فصلت فيه من حقوق كما أنها لا تعد من النظام العام، لذلك لا يجوز قبول أي دليل ينقص هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم انفسهم، دون ان تتغير صفتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب، كما انحلا يجوز للمحكمة ان تأخذ بهذه القرينة تلقائيا⁽²⁾، بناء عليه فإذا ما طرح نفس النزاع امام محكمة سبق لها وان فصلت فيه، فإن على الطرف الآخر الدفع بسبق الفصل، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها، وإذا ما قسنا حكم التحكيم على الحكم القضائي، فلي صاحب المصلحة أن يدفع بعدم القبول لسبق الفصل سواء أمام هيئة التحكيم التي سبق وإن فصلت في النزاع أو أمام هيئة تحكيم أخرى أو جهة قضائية.⁽³⁾

الفرع الثاني: إستنفاد ولاية الهيئة التحكيمية.

سنبحث في هذا الفرع مفهوم استنفاد ولاية الهيئة التحكيمية والاستثناءات الواردة عليها.

أولا - مفهوم إستنفاد ولاية الهيئة التحكيمية.

يقصد باستنفاد الولاية في النظام القضائي أنه متى ما فصلت المحكمة في النزاع المعروض عليها بحكم قطعي امتنع عليها العدول عما قضت به أو تعديل قضائها أو احداث اضافة فيه⁽⁴⁾، كما أن استنفاد هيئة التحكيم لولايتها لا يتحقق إلا اذا كانت هذه الهيئة قد أصدرت حكما قطعيا في النزاع المعروض أمامها وفي حدود ما هو مطلوب منها، أما اذا كان الحكم القطعي الذي أصدرته لم يفصل إلا في جزء من هذا النزاع، فإن استنفاد الولاية لا يتحدد إلا في هذا الجزء فقط.⁽⁵⁾

(1) نصت المادة 101 من قانون الاثبات المصري على أنه "الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي به تكون حجة فيما فصلت من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية الا في نزاع قائم بين الخصوم انفسهم دون ان تتغير صفتهم وتتعلق بذات الحق محلا وسببا، وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها".

(2) أنظر المادة 338 ق م ج.

(3) سليم بشير: مرجع سابق، ص 205.

(4) أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 229.

(5) عبد الكريم أحمد أحمد التلايا: مرجع سابق، ص 272.

كرست قوانين التحكيم الوطنية والاتفاقيات الدولية هذا المبدأ، حيث نصت المادة 1030 من ق ا م ا على أنه " يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه." معنى ذلك أنه لا يجوز لهيئة التحكيم وبعد فصلها في النزاع أن تحكم فيه من جديد لاستنفادها ولايتها، كما نص قانون التحكيم المصري على هذا المبدأ بموجب المادة 1/48 حيث أكدت على انتهاء اجراءات التحكيم بصدور الحكم المنهي للخصومة، وتقابلها المادة 1475 من ق ا م ف، حيث حرص المشرع الفرنسي على انتهاء مهمة المحكم بالنسبة للنزاع المعروض عليه والذي فصل فيه بمجرد صدور حكم التحكيم، وبنصوص مماثلة أشارت اتفاقية واشنطن 1965 الى هذا المبدأ بنص المادة 50 منها والتي تفيد أن محكمة التحكيم قد استنفذت ولايتها بعد صدور الحكم التحكيمي، ولم يغفل القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985 التطرق لهذا المبدأ بنص المادة 32 والتي عبرت عن انتهاء اجراءات التحكيم بصدور قرار التحكيم النهائي.

ثانيا- الاستثناءات الواردة على مبدأ إستنفاد ولاية الهيئة التحكيمية: قد تتصدى هيئة التحكيم إلى تعديل حكم التحكيم الاستثماري بعد صدوره، في صورة ضمان يمنح لأطراف النزاع فيستطيع الطرف الذي يشعر بأن الحكم الصادر ضده نتيجة اخطاء واردة في الدعوى التحكيمية، أو في الحكم الصادر عن الهيئة التحكيمية ان يتخذ الإجراءات المناسبة في سبيل تصحيح أو تفسير ومراجعة الحكم.

أ - تفسير حكم التحكيم: يقصد بتفسير حكم التحكيم توضيح ما قد يكتنف الحكم من غموض، حيث يقوم المحكم بتوضيح حقيقة المقصود منه اذا شاب منطوق الحكم غموض أو ابهام من شأنه ان يجعل حقيقة المقصود منه مثارا للبس⁽¹⁾، أي تحديد ما يتضمنه من تقدير على اعتبار أنه عمل تقديري وليس تصرف قانوني، ويتم ذلك بالبحث في العناصر المكونة للحكم وفقا لما يمليه المنطق القويم⁽²⁾، وطبعاً فان طلب التفسير يكون غير مقبول اذا واضحاً، وذلك حتى لا يكون طلب التفسير سبباً للمساس بما حكمت الهيئة من حجية الامر المقضي فيه، غير انه لا يترتب على تقديم طلب التفسير اي اثر على حجية حكم التحكيم، أو على قابليته لرفع دعوى البطلان، أو على امكانية طلب تنفيذه، كما اهلا يؤدي إلى منع اعلان الحكم أو وقف التنفيذ⁽³⁾، كما لا يقبل طلب التفسير اذا لم يتعلق بمنطوق الحكم، كما لو تعلق بوقائعه أو بأسبابه، على أنه يجب إلا يؤخذ الامر على نحو شكلي، ذلك أن المنطوق قد يوجد في الوقائع

(1) لزهري بن سعيد: مرجع سابق، ص 354.

(2) مصطفى خالد النظامي: الحماية الإجرائية للاستثمارات الأجنبية الخاصة، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2002، ص 129.

(3) لزهري بن سعيد: المرجع نفسه، ص 356.

أو في الأسباب، فضلا عن ذلك فإن الحق في طلب التفسير يقتصر على أطراف النزاع، فليس لهيئة التحكيم ان تقوم بتفسير حكمها من تلقاء نفسها، ولو كان ميعاد التحكيم ممتدا.⁽¹⁾

بالنسبة للمشرع الجزائري، فإنه لا يوجد في النصوص المنظمة للتحكيم التجاري الدولي ما يفيد طلب تفسير الحكم التحكيمي، واكتفى بالإشارة إلى هذا الطلب ضمن النصوص المنظمة للتحكيم الداخلي، حسب ما نصت عليه المادة 2/1303 من ذات القانون، بنصها على أنه "يمكن للمحكم تفسير الحكم، أو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه، طبقا للأحكام الواردة في هذا القانون..."، إلا أن نص المادة جاء عاما، فلم يوضح المشرع الجزائري الطريقة أو الاجراء التي يجب أن يعتمد عليها طالب تفسير حكم التحكيم، إلا أن العبارة الاخيرة في المادة تحيل طالب التفسير إلى تطبيق الأحكام الواردة في نصوص قانون الإجراءات المدنية والادارية.⁽²⁾

في حين نظم المشرع المصري طلب تفسير حكم التحكيم، و حسم مسألة التفسير بموجب المادة 49 من قانون التحكيم المصري فأجازت لكل طرف في التحكيم ان يطلب من الهيئة التحكيمية خلال ثلاثين يوما التالي لتسلمه حكم التحكيم تفسير ما وقع في منطوقة من غموض ان يقتصر على منطوقة الغامض دون باقي الاجزاء، على انه يجب على طالب التفسير اعلان الطرف الاخر بهذا الطلب قبل تقديمه لهيئة التحكيم، ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متما لحكم التحكيم وتسري عليه احكامه⁽³⁾، كما عالج التشريع الفرنسي هذا الاستثناء وهو ما نص عليه بموجب المادة 1485 من ق ا م ف المعدل بموجب المرسوم رقم 48-2011 المؤرخ في 13 جانفي 2011 فهي تجيز لهيئة التحكيم تفسير وتصحيح الاخطاء حتى بعد اصدارها للحكم .

على الصعيد الدولي نصت المادة 50 من اتفاقية واشنطن على أنه - اذا نشأ أي نزاع بين الطرفين بالنسبة لمعنى الحكم أو نطاقه، يجوز لأي من الطرفين أن يطلب تفسيره بطلب كتابي يوجه إلى السكرتير العام.

- يعرض الطلب على المحكمة التي ادرت الحكم اذا كان ذلك ممكنا، وإذا لم يمكن ذلك تؤلف محكمة جديدة وفقل للقسم الثاني من هذا الباب، ويجوز للمحكمة اذا قدرت ان الظروف تتطلب ذلك أن توقف تنفيذ الحكم إلى انتصدر قرارها"، البين من نص المادة أن اتفاقية واشنطن أجازت لكل من المستثمر الأجنبي

⁽¹⁾ فنحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 464-465.

⁽²⁾ نصت المادة 285 ق ا م ا على انه "يقدم طلب تفسير الحكم بعريضة من احد الخصوم او بعريضة مشتركة بحكم وتفصل الجهة القضائية بعد سماع الخصوم او بعد صحة تكليفهم بالحضور".

⁽³⁾ غسان علي علي: مرجع سابق، ص 404.

أو الدولة المضيفة للاستثمار طلب تفسير حكم التحكيم عن طريق طلب كتابي يوجه إلى السكرتير العام، كما أن هذا الطلب يقدم كلما كان ذلك ممكناً إلى هيئة التحكيم التي أصدرت الحكم في الموضوع، فإن لم يكن ذلك ممكناً تشكل هيئة تحكيم جديدة⁽¹⁾ بنفس الطريق التي شكلت بها المحكمة الأولى للنظر في الموضوع، وهيئة التحكيم إذا رأت أن الظروف تتطلب ذلك ان تأمر بإيقاف تنفيذ حكم التحكيم إلى ان تصدر هيئة التحكم حكمها في طلب التفسير.⁽²⁾

يبقى أن نشير إلى أن الحكم التفسيري يرتبط بالحكم الاصيلي ارتباطاً وثيقاً، فالحكم التفسيري يندمج في الحكم الاصيلي المفسر ويعتبر امتداد له، وبالنتيجة فهو يخضع للأحكام التي يخضع لها الحكم الاصيلي وعلى ذلك اذا الغي الحكم المفسر فإنه يلغى الحكم التفسيري بالتبعية دون الحاجة إلى حكم جديد يقضي بذلك.⁽³⁾

ب- تصحيح حكم التحكيم: قد يحدث أن يصدر حكم التحكيم الصادر عن المحكم أو هيئة التحكيم مشوباً ببعض الأخطاء، سواء كانت هذه الأخطاء مادية وهي الأخطاء في التعبير وليس الخطأ في التفكير، أي أن المحكم استخدم أسماء وأرقاماً غير تلك التي يجب أن يكون عليها أو يستعملهاها للتعبير عما في ذهنه⁽⁴⁾، أو أخطاء كتابية ويقصد بها الأخطاء التي تشمل كل أخطاء السهو التي تظهر بمقتضاها في الحكم أرقام أو أسماء أو بيانات غير تلك التي يجب ظهورها أو تؤدي إلى نقص أو اغفال ما يتعين ذكره منها، كخطأ في ذكر رقم العقار أو الخطأ في تاريخ اصدار الحكم⁽⁵⁾، كما يمكن أن تكون أخطاء حسابية وهي الأخطاء في اجراء العمليات الحسابية سواء بجمعها أو طرحها أو ضربها، ومن الطبيعي حدوث بعض الأخطاء الحسابية في عالم الاستثمار، فعلى الرغم مما يملكه المحكم أو الهيئة التحكيمية من خبرات ومعلومات سابقة إلا أن وجود مثل هكذا أخطاء أمر شائع، يعود ذلك إلى أن الاستثمار غالباً ما ينطوي على جوانب غامضة ومعقدة، بالإضافة إلى طبيعة وخصوصية عقود الاستثمار الأجنبي التي تبرم على المد الطويل.⁽⁶⁾

فحكم التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم كأى عمل بشري يمتثل للخطأ والصواب، وعلى ذلك تنحصر سلطة المحكم في تصحيح الأخطاء فقط، ولا يكون له تحت ستار هذا التصحيح أن يعدل فيما ورد

⁽¹⁾ أنظر المواد من 37-40 من اتفاقية واشنطن 1965.

⁽²⁾ غسان علي علي: مرجع سابق، ص 480.

⁽³⁾ زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 356.

⁽⁴⁾ ابراهيم رضوان الجفيري: مرجع سابق، ص 71.

⁽⁵⁾ أحمد ماهر زغلول: مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 153.

⁽⁶⁾ فن المال لتطوير المهارات المالية 2020-01-29. <https://www.money-master.net>.

به من قضاء في المنطوق، لذلك لا يجوز الاستناد إلى وجود سهو أو غلط مادي لإبطال الحكم التحكيمي، فالتصحيح اوجده المشرع لتفادي هذه الدعوى⁽¹⁾، ويجب أن تكون الأخطاء المادية المطلوب تصحيحها واردة في طلبات التحكيم أو المذكرات أو تقارير الخبراء أو محاضر الجلسات⁽²⁾، ووفقاً لذلك فإن الهيئة التحكيمية التي أصدرت الحكم تتولى تصحيح ما يقع في احكامها من اخطاء وذلك بقرار تصدر من تلقاء نفسها أو بطلب من الخصوم.⁽³⁾

كما هو عليه الحال بالنسبة لتفسير حكم التحكيم، لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تصحيح حكم التحكيم التجاري الدولي، واكتفى بالنص على هذا الطلب ضمن الفصل الثالث من احكام التحكيم الداخلية، حسب ما نصت عليه المادة 2/1030 ق ا م ا .

في حين منح المشرع المصري هيئة التحكيم مهمة التصدي لتصحيح ما يشوب منطوق الحكم من أخطاء مادية كالخطأ في اسماء الخصوم أو الخطأ الحسابي من تلقاء نفسها بناء على طلب أحد الخصوم. وتجري الهيئة التصحيح من غير مرافعة خلال ثلاثين يوماً التالية لصدور الحكم أو ايداع طلب التصحيح⁽⁴⁾، كما عالج المشرع المصري هذا الاجراء بموجب المادة 50 من ق.ت.م.م.ت.م واعتبر أن الأخطاء المادية البحتة التي تقع في حكم التحكيم سوا كانت كتابية أو حسابية، كخطأ في شق اسم من اسماء الخصوم أو في عملية حسابية قررها المحكم، أو على حقيقة واقعية انتهى إليها، فمن البديهي أن هذه الأخطاء لا تنال من ذاتية الحكم أو كيانه، غير أن المشرع المصري لم يحدد مدة لتقديم الطلب لذلك يجوز تقديمه في أي وقت بعد صدور الحكم، كما أنه اجاز مد ميعاد اصدار التصحيح مدة مماثلة أخرى إذا رأت الهيئة ان ذلك يعد ضرورياً.⁽⁵⁾

إلى جانب ذلك اعتبر المشرع الفرنسي انه في حالة عدم امكان اجتماع هيئة التحكيم لأي سبب من الاسباب تنتقل سلطة التصحيح إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع، وهو ما اشارت المادة 1485 من ق.ا.م.ف⁽⁶⁾، كما حددت المادة 1486 من ذات القانون المدة التي يتعين على أي من الأطراف التقيد بها لتقديم طلب التفسير أو التصحيح وهي مدة 3 اشهر من تاريخ الاخطار بحكم التحكيم.⁽¹⁾

⁽¹⁾ محمد داود الزعي: دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2011، ص222.

⁽²⁾ أبو العلا النمر: تعديل أحكام التحكيم، الدورة العامة لاعداد المحكمين، مركز تحكيم عين شمس، 10/12-10/21-2002، ص15.

⁽³⁾ عبد الكريم أحمد أحمد التلايا: مرجع سابق، ص283.

⁽⁴⁾ غسان علي علي: مرجع سابق، ص406.

⁽⁵⁾ ابراهيم رضوان الجغبير: مرجع سابق، ص72.

⁽⁶⁾ Article 1485 du code procédure civile "La sentence dessaisit le tribunal arbitral de la contestation qu'elle tranche.

ويقتصر دور هيئة التحكيم على تصحيح الخطأ الذي لا يؤدي إلى تعديل الحكم أو تغييره أو التأثير في ذاتيته، وفي حالة تجاوز صلاحيتها في التصحيح جاز الطعن في الحكم بطرق الطعن المقررة اذا كان الحكم الاصيلي قابلا للاستئناف أو بدعوى البطلان اصلية اذا كان الحكم الاصيلي لا يقبل الاستئناف⁽²⁾ فهو يخضع لذات الأحكام التي تنقيد بها إجراءات تصحيح الأحكام القضائية⁽³⁾، لأن الحكم بالتصحيح هو مكمل للحكم الاصيلي وتسري عليه أحكامه.

كما أجازت اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار في مادتها 2/49 ذات تصحيح ما وقع في الحكم من اخطاء، وذلك اذا توافرت الشروط التالية: - أن يطلب أي من الخصوم ذلك، وبالتالي لا يجوز للمحكمة ان تقوم بالتصحيح من تلقاء نفسها ولا بد من وجود طلب خطي من احد الخصوم بذلك. - أن يكون الخطأ ماديا. أي الخطأ في التعبير عن الإرادة سواء اتخذت صورة خطأ كتابي أو حسابي، وعلى ذلك لا يعد من قبيل الاخطاء المادية التي تجيز التصحيح الخطأ فيما يتعلق بتقدير الوقائع أو تحديد القاعدة القانونية التي تحكم النزاع أو تفسر تلك القاعدة. - لا بد أن يقدم الطلب خلال 45 يوم من تاريخ صدور الحكم الاصيلي.

كما أضافت ذات المادة أن يبلغ الخصوم بهذا الحكم عن طريق ارسال السكرتير العام للمركز صورة معتمدة من الحكم المطابق إلى الخصوم للحيلولة دون استغلال عملية التصحيح للمساس بالحكم، ويعتبر قرار الهيئة في هذا الشأن جزء لا يتجزأ من الحكم الاصيلي⁽⁴⁾، وأن يحدد ميعاد للطعن بإعادة النظر أو الإلغاء من تاريخ ارسال صورة القرار المطابق إلى الخصوم.⁽⁵⁾

Toutefois, à la demande d'une partie, le tribunal arbitral peut interpréter la sentence, réparer les erreurs et omissions matérielles qui l'affectent ou la compléter lorsqu'il a omis de statuer sur un chef de demande. Il statue après avoir entendu les parties ou celles-ci appelées.

Si le tribunal arbitral ne peut être à nouveau réuni et si les parties ne peuvent s'accorder pour le reconstituer, ce pouvoir appartient à la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage. "

(1) Article 1486 du code procédure civil: " Les demandes formées en application du deuxième alinéa de l'article 1485 sont présentées dans un délai de trois mois à compter de la notification de la sentence.

Sauf convention contraire, la sentence rectificative ou complétée est rendue dans un délai de trois mois à compter de la saisine du tribunal arbitral. Ce délai peut être prorogé conformément au second alinéa de l'article 1463.

La sentence rectificative ou complétée est notifiée dans les mêmes formes que la sentence initiale. "

⁽²⁾ أنظر المادة 20/50 من ق م م م م رقم 94-27.

⁽³⁾ لزهري بن سعيد: مرجع سابق، ص 358.

⁽⁴⁾ هفال صديق اسماعيل: التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية مع احدث احكام هيئة

التحكيم الدولية واحكام المحاكم الوطنية، مرجع سابق، ص 280.

⁽⁵⁾ غسان علي علي: مرجع سابق، ص 479.

ج - اصدار حكم التحكيم الاضافي: يرد على قاعدة استنفاد سلطة المحكم بإصدار الحكم جواز اضافة ما اغفله المحكمون في معالجة ما شاب الحكم من قصور بسبب اغفال بعض طلبات الخصوم التي قدمت أثناء إجراءات التحكيم⁽¹⁾، بمعنى آخر استكمال هيئة التحكيم الفصل في مسائل كانت معروضة عليها أثناء النزاع، إلا أنها عند الفصل في النزاع لم تتعرض في حكمها بالفصل فيها، مما يترتب عليها اصدار حكم تكميلي يشمل ما اغفلته من مسائل في حكم التحكيم الاصيلي، غير انه لا يجوز تقديم طلبات جديدة لم تكن مطروحة على المحكم .

لذا فقد أجازت المادة 1030 من ق ا م ا على أن هيئة التحكيم سلطة الفصل في الطلبات التي اغفلتها التي تشوب الحكم. كما منحت المادة 51 من قانون التحكيم المصري لأطراف النزاع تقديم طلب هيئة التحكيم لتكملة ما أغفلت الفصل فيه من طلبات خلال إجراءات التحكيم وأن يكون الطلب قائما حتى اقفال باب المرافعة وحجز الدعوى للحكم، وألا تكون الهيئة قد سبق وقضت برفض هذه الطلبات.⁽²⁾ بالنسبة لميعاد اصدار الحكم الاضافي فقد حرصت بعض التشريعات على الزام الهيئة على اصدار حكمها خلال مهلة 60 يوما من تقديم الطلب، ويجوز للهيئة مد هذا الأجل اذا رأت ضرورة في ذلك كما هو الشأن في المادة 2/51 من قانون التحكيم المصري، عكس التشريع الفرنسي الذي مدد الاجل إلى ثلاث أشهر حسب ما نصت عليه المادة 1486 من ق.ا.م.ف، في حين نجد أن المشرع الجزائري لم يقيد هيئة التحكيم بمدة معينة لإصدار حكمها.

على الصعيد الدولي أشارت المادة 33 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي أنه يجوز لأي طرف بشرط اخطار الطرف الآخر، أن يطلب من هيئة التحكيم خلال 30 يوما من تاريخ تسلمه قرار التحكيم أن تصدر حكم اضافي في الطلبات التي قدمت خلال إجراءات التحكيم، وإذا رأت الهيئة أن لهذا الطلب ما يبرره وجب عليها أن تصدر ذلك القرار الاضافي خلال 60 يوما، كما أكدت اتفاقية واشنطن أنه يجوز لكل طرف ان يطلب مراجعة حكم التحكيم عن طريق تقديم طلب كتابي إلى السكرتير العام على أساس اكتشاف بعض الوقائع التي تؤثر طبيعتها بالتأكيد على حكم التحكيم، بشرط أن تكون هذه الوقائع غير معروفة لهيئة التحكيم وقت اصدار حكم التحكيم، ولا لمقدم الطلب وأن جهله بهذه الوقائع لم يكن نتيجة اهماله، على أن يقدم الطلب خلال أجل 90 يوم من تبدأ من تاريخ اكتشاف هذه الوقائع، وفي كل الأحوال لا يجوز تقديم الطلب بعد مضي ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم الفاصل في النزاع الاستثماري.⁽³⁾

⁽¹⁾ محمد داود الزعيبي: مرجع سابق، ص 225.

⁽²⁾ لزهري بن سعيد: مرجع سابق، ص 359-360.

⁽³⁾ غسان علي علي: مرجع سابق، ص 410.

المبحث الثاني

الرقابة القضائية على حكم التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

تتوقف فعالية التحكيم كأسلوب لفض وتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي على تنفيذ الحكم التحكيمي، ذلك أنه إذا كانت الثمرة الحقيقية للتحكيم تتمثل في الحكم الذي توصل إليه المحكمون، فإن هذا الحكم لن تكون له أية قيمة عملية إذا لم يتم تنفيذه .

فحاجة المعاملات الدولية تأبي مبدأ رفض تنفيذ الأحكام الأجنبية أو تجاهل الاعتراف بآثارها، فحكم التحكيم هو النتيجة النهائية لنظام التحكيم كما ان تنفيذه يمثل أساسه ومحوره، لذا لا يكفي وضع شرط التحكيم في العقود المبرمة بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، بل يحتاج الأمر إلى تدخل الجهات القضائية لإعطاء الفعالية الكاملة للحكم التحكيمي، وقد حرصت معظم القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية بصفة أساسية على الوصول إلى وضع السبل الكفيلة لتنفيذ الأحكام التحكيمية على النحو الذي من شأنه أن يحسم النزاع بين الطرفين .

غير أن تأثير الطبيعة القضائية لاتفاق التحكيم أدى إلى فتح باب الطعن ضد الحكم التحكيمي، فقد يصدر الحكم وهو يحمل معه سبب من الأسباب التي تجعل منه باطلا، قد تتعلق باتفاق التحكيم أو بأشخاصه، أو قد تمس بإجراءات التحكيم أو تتعلق بحكم التحكيم ذاته، تفصيلا لهذه العليات سنقسم هذا المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول: تنفيذ حكم التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

المطلب الثاني: الطعن في حكم التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

المطلب الأول: تنفيذ حكم التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.

تنفيذ حكم التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي يمثل الهدف النهائي للعملية التحكيمية، فكل ما يمر من اجراءات تصب في هذه المرحلة الأخيرة التي تترجم الحل النهائي للنزاع⁽¹⁾، لذا حرصت تشريعات الدول والاتفاقيات المنظمة للتحكيم التجاري الدولي على وضع القواعد اللازمة لضمان تنفيذه، فالحكم وان كان يملك سلطة اصدار الحكم والفصل في النزاع، إلا أنه شخص عادي لا يملك سلطة الجبر التي تؤول إلى القضاء فقط، فبعد التأكد من صحة حكم التحكيم تمنح له القوة التنفيذية التي ترفعه إلى مرتبة الأحكام القضائية.⁽²⁾

⁽¹⁾ أحمد ابراهيم أبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص345.

⁽²⁾ رضا السيد عبد الحميد: تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص513.

تفصيلا لهذه المعطيات سنتعرض في هذا المطلب إلى إجراءات وشروط تنفيذ حكم التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي في ظل التشريعات الوطنية، كما نشير في هذا الاطار إلى موقف الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي وفق مايلي:

الفرع الأول: تنفيذ حكم التحكيم في التشريعات الوطنية.

الفرع الثاني: تنفيذ حكم التحكيم في الاتفاقيات الدولية.

الفرع الأول: تنفيذ حكم التحكيم في التشريعات الوطنية.

تنظم تشريعات الدول تنفيذ أحكام التحكيم التي تصدر في اقليمها، ولكن عندما يتعلق الأمر بتنفيذ حكم تحكيمي اجنبي صدر في اقليم دولة أخرى غير الدولة التي يراد تنفيذ الحكم فيها، فتكون أمام صعوبات ناتجة عن اختلاف الانظمة القانونية والإجراءات الواجب إتباعها للاعتراف وتنفيذ تلك الأحكام⁽¹⁾، فتنفيذ احكام التحكيم الأجنبية من المسائل المتصلة بمفهوم السيادة، ونظرا لحساسية الموضوع تسعى كل دولة إلى تنظيم الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام فوق اقليمها عن طريق تحديد الإجراءات المؤدية إلى الاستجابة لما جاء فيه⁽²⁾، لذلك فإن بحث تنفيذ احكام التحكيم يستلزم التعرض إلى النظام القانوني للاعتراف واجراءات التنفيذ وفق مايلي:

أولا - الاعتراف بحكم التحكيم.

يقصد بالاعتراف يعني أن حكم التحكيم قد صدر بشكل صحيح وملزم للأطراف، أما التنفيذ فيعني الطلب إلى الخصم الذي صدر القرار ضده بان ينفذ ما جاء في الحكم وإلا اجبر على ذلك بموجب الإجراءات التنفيذية لقانون الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها، ومن أجل طلب الاعتراف وطلب التنفيذ في مجال التحكيم التجاري الدولي لا مناص من اختيار أو تحديد المكان الذي يراد فيه الاعتراف بالحكم، ومعلوم أن هذا المكان هو الدولة التي توجد فيها أموال وممتلكات الطرف المحكوم ضده سواء الدولة المضيفة للاستثمار أو المستثمر الأجنبي، وفي حالة توزيع هذه الممتلكات في أكثر من دولة يكون لطالب التنفيذ اختيار المكان الأكثر ملائمة للاعتراف بالحكم وتنفيذه⁽³⁾، أما طلب التنفيذ فهو يهدف

⁽¹⁾ فوزي محمد سامي: مرجع سابق، ص 359.

⁽²⁾ تستوجب بعض التشريعات أن يعامل الحكم القضائي الأجنبي معاملة القرارات التحكيمية الأجنبية، ومثال ذلك المشرع التونسي الذي يأخذ بمبدأ المعاملة بالمثل، حسب ما نصت عليه المادة 277 من قانون المرافعات المدنية والتجارية. كذلك الحال بالنسبة لقانون المرافعات الليبي حسب ما نصت عليه المادة 319 منه.

⁽³⁾ محمد داود الزعبي: مرجع سابق، ص 235.

إلى اجبار المدين على الوفاء بالتزاماته⁽¹⁾، لذا يوجد فرق بين الاعتراف بالحكم وتنفيذه، فقد يثبت الاعتراف بالحكم ولكن لا ينفذ، في حين أنه لو نفذ فحتمًا يكون قد تم الاعتراف به من الجهة التي اعطت القوة التنفيذية.⁽²⁾

ورد الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها الجزري في القسم الثالث من الفصل السادس من ق ا م ا تحت عنوان " في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي"، وقد استوجب المشرع الجزائري قبل منح حكم التحكيم القوة التنفيذية، أن يمر هذا الحكم بمرحلة الاعتراف وهو يعني أن الحكم صدر بشكل صحيح وملزم لأطراف النزاع، كما اشترط المشرع لمن يهيمه التعجيل ايداع الوثائق المحددة أمانة ضبط المحكمة المختصة، ليصدر بذلك الامر عن رئيس المحكمة التي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصها، أو محكمة محل التنفيذ اذا كان مقر التحكيم موجود خارج الجزائر.⁽³⁾

غير أن الملاحظ هو غموض التفرقة بين الاعتراف والتنفيذ في ق ا م ا فقد ورد في القسم الثالث منه "الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها"، وهو ما يدل على تباين المفهومين، لكن المواد الأخرى لا تعكس هذا الاختلاف، ولا تخص الاعتراف بأي قانون مستقل، بل تضعه دائما كمكمل للتنفيذ فالظاهر هو ان المشرع الجزائري قد فرق بين قواعد الاعتراف والتنفيذ، إلا أنه لم يفرق بين شروطهما، حسب ما أشارت اليه المادة 1051 ق ا م ا بنصها على انه "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر، اذا اثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي، وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت احكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ اذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الاقليم الوطني."، فتنفيذ الحكم التحكيمي يختلف عن الاعتراف، فهذا الأخير يعني أن الحكم قد صدر بشكل صحيح وملزم للأطراف، أي اقرار القضاء الوطني المختص بصحة ما صدر في الموضوع من قبل هيئة التحكيم في النزاع المعروض على المحكمة الوطنية، ليدخل حينئذ في النظام القانوني لدولة القاضي مطابقا لقواعدها، أما طلب التنفيذ فهو يهدف إلى اجبار المدين على الوفاء بالتزاماته، اذا فالاعتراف بالحكم لا يعني

⁽¹⁾ نورالدين بكلي: مرجع سابق، ص 54

⁽²⁾ فوزي محمد سامي: مرجع سابق، ص 359.

⁽³⁾ عمر بن سعيد: تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة، العدد الثاني،

جويلية 2014، ص 56.

الأمر بتنفيذه، عكس لو صدر أمر بتنفيذه فمن الضروري أن يكون قد تم الاعتراف به من الجهة القضائية التي اعطته القوة التنفيذية.⁽¹⁾

في سياق متصل فإنه يتعين على من يتمسك بحكم التحكيم أن يثبت وجوده بكل الطرق القانونية للمطالبة بالاعتراف به، فوضع شرطين للاعتراف بحكم التحكيم، شرط مادي وهو اثبات الحكم التحكيمي وفي هذه الحالة يقع على الخصم اثبات العكس، وشرط موضوعي هو عدم مخالفته النظام العام الدولي.⁽²⁾

ثانياً- إجراءات تنفيذ حكم التحكيم .

تفترض كل اتفاقية تحكيم تنفيذ الحكم بحسن نية، لذلك وضعت معظم التشريعات الوطنية هذا الحكم في وضع الحكم النهائي القابل للتنفيذ مباشرة، غير أنه إذا وجد الطرف الذي صدر الحكم التحكيمي لصالحه صعوبة في التنفيذ كان له اللجوء إلى القضاء، خاصة وأن الاتجاه العام في الوقت الحالي هو تيسير التنفيذ لاسيما بعد تحديث التشريعات الخاصة بالتحكيم⁽³⁾، لأجل ذلك ظهرت عدة أنظمة قانونية لتنفيذ أحكام التحكيم وعلى العموم تنتهج الدول أحد الاسلوبين الأكثر شيوعاً، وهما نظام الدعوى الجديدة⁽⁴⁾، ونظام الأمر بالتنفيذ.⁽⁵⁾

لذا فإن بحث تنفيذ احكام التحكيم يستلزم التعرض إلى الاجراءات التالية:

أ- استصدار الأمر بالتنفيذ: اذا كانت الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية تتمتع بقوة التنفيذ لأنها نابعة من سلطة تابعة للدولة تملك وسائل القهر التي تضمن تنفيذ هذه الأحكام، فإن

⁽¹⁾ نورالدين بكلي: مرجع سابق، ص 53-54.

⁽²⁾ محمد عيساوي: مرجع سابق، ص 212.

⁽³⁾ مرجع نفسه، ص 196.

⁽⁴⁾ يرفض نظام الدعوى الجديدة تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي بحد ذاته ولا يعترف حتى للحكم القضائي الأجنبي بأي حجية قضائية، ويسود هذا النظام الدول الأنجلوساكسونية، حيث يوجب هذا الأسلوب على من صدر لصالحه حكم التحكيم ويرغب في تنفيذه أن يقوم برفع دعوى جديدة امام المحاكم الوطنية في الدول المطلوب فيها التنفيذ، على ان يقدم حكم التحكيم كدليل اثبات، ويكون الحكم الصادر في الدعوى الجديدة هو القابل للتنفيذ. عمار غالب مصطفى تركمان: تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في ضوء التشريع الفلسطيني واتفاقيتي الرياض ونيويورك - دراسة مقارنة - مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والادارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2013، ص 54.

⁽⁵⁾ يقصد بنظام الأمر بالتنفيذ أنه يتعين على صاحب الشأن للحصول على حقه الثابت في حكم التحكيم أن يلجأ إلى قضاء الدولة، لطلب اصدار أمر قضائي لتنفيذ الحكم داخل الدولة، بمعنى أن هذا الحكم لا يتمتع بالقوة التنفيذية في الدول المطلوب فيها التنفيذ، الا بعد امهارة من المحاكم الوطنية بالصيغة التنفيذية، وبأخذ هذا النظام عدة أشكال وهي: نظام المراجعة، نظام المراقبة، نظام المراقبة غير المحدودة، وقد اخذ المشرع الجزائري بنظام الأمر بالتنفيذ. سامية خواثر: تنفيذ القرارات التحكيمية المترتبة عن منازعات التجارة الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003، ص 13.

الأحكام التحكيمية تصدر من أشخاص طبيعيين أو مراكز تحكيمية لا تملك السلطة والوسائل الكفيلة لتنفيذ قراراتها، لذلك وجب تدخل الدولة عن طريق اجهزتها بغرض منح القوة التنفيذية للأحكام التحكيمية⁽¹⁾، فلا يكفي أن يصدر حكم التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي حائزا لحجية الشيء المقضى به، حتى يتمكن المحكوم له من مباشرة إجراءات التنفيذ الجبري بل يتوجب استصدار الأمر بالتنفيذ⁽²⁾، غير أن هذا الأمر لا يضيف للحكم التحكيمي أية قوة الزامية وإنما بموجبه توضع على الحكم الصيغة التنفيذية.⁽³⁾

بناء على هذه الاعتبارات يجد المستثمر الأجنبي الذي صدر الحكم لصالحه نفسه ملزما بالمرور اجباريا بقضاء الدولة المضيفة للاستثمار، لغرض متابعة تنفيذ الحكم في الدولة المطلوب فيها التنفيذ، وعليه سنتناول في هذا الجزء إجراءات استصدار الأمر بالتنفيذ، وفق مايلي:

1- إيداع حكم التحكيم أمام الجهة القضائية المختصة: تحتاج أحكام التحكيم الدولية حتى تأخذ مكانتها في قائمة السجلات المخصصة لذلك ايداعها لدى كتابة الضبط بمجرد صدورها، نظرا لما يحققه الإيداع من أهداف عديدة فهو يشكل وسيلة ضغط ضد الطرف الخاسر لحمله على تنفيذ الحكم⁽⁴⁾، كما أن ايداع الحكم إنما يدل على استنفاد سلطة المحكم في النزاع المعروض عليه، فبعد صدور حكم والتوقيع عليه من قبل المحكمين يقوم الطرف الذي صدر الحكم لمصلحته بالتعجيل بالإيداع حسب ما نصت عليه المادة 1035 ق ا م ا، غير أنه لا يوجد ما يمنع أن يتم هذا الإيداع من طرف المحكوم عليه الذي يريد أن ينفذ حكم التحكيم، على أن يتم إيداع أصل حكم التحكيم أو نسخة منه باللغة التي صدر بها مرفقا باتفاقية التحكيم أو نسخة منها⁽⁵⁾، غير أن المشرع الجزائري لم يربط عملية الأمر بالتنفيذ بإجراء الإيداع، ومع هذا فان عملية الإيداع قد تسبق طلب الامر بالتنفيذ وقد تتزامن معها، وهذا على خلاف قانون الإجراءات المدنية القديم الذي ربط اصدار الامر بالتنفيذ بإيداع حكم التحكيم.⁽⁶⁾

⁽¹⁾ محمد عيساوي: مرجع سابق، ص 202.

⁽²⁾ رمضان زرقين: التعليق على القرار الصادر لدى المحكمة العليا المتضمن الامر بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في الجزائر، مجلة المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم 311816، مؤرخ في 29-12-2004، 2006، ص 146.

⁽³⁾ أحمد حشيش: القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008، ص 79.

⁽⁴⁾ مبروك عاشور: النظام القانوني لتنفيذ احكام التحكيم، النظام القانوني لتنفيذ احكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 195-198.

⁽⁵⁾ عمر زودة: اجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مجلة المحكمة العليا، الجزء الأول، عدد خاص، الجزائر، 2009، ص 7.

⁽⁶⁾ أنظر المادة 452 من ق ا م القديم.

كما جعل المشرع الجزائري كل حكم تحكيمي صادر عن هيئة التحكيم وان صدر لإجراء تحقيق أن يودع لدى كتابة الضبط، حيث اعتبر أن جميع الأحكام التحكيمية سواء كانت نهائية أو جزئية أو تحضيرية⁽¹⁾ كلها قابلة للإيداع والتنفيذ⁽²⁾، غير أنه لم يحدد ميعادا محدد لإيداع حكم التحكيم وطلب التنفيذ، كما أنه لم يقرر فترة زمنية لا يقبل بعد فواتها طلب التنفيذ، واكتفى بوجود ايداع الوثائق من الطرف المعني بالتعجيل⁽³⁾، تاركا بذلك الحرية لأطراف النزاع، لاسيما وأن الأصل في تنفيذ الأحكام التحكيمية يكون اختياريا، غير أن امتناع المحكوم ضده عن التنفيذ يجعل للمحكوم له الحرية في اللجوء إلى التنفيذ الجبري عن طريق القضاء⁽⁴⁾، في حين حدد المشرع المصري المدة التي يتعين فيها تسليم حكم التحكيم إلى الأطراف خلال ثلاثين يوما من تاريخ اصداره⁽⁵⁾، بينما منح المشرع الفرنسي الطرف المستعجل ايداع اصل الحكم أو صورة من اتفاق التحكيم وغيرها من المستندات مصحوبة بطلب استصدار أمر التنفيذ⁽⁶⁾، كما لم يحصر المشرع المصري والفرنسي⁽⁷⁾ حق تقديم طلب أمر التنفيذ في المحكوم له فقط، بل منح الحق في هذا الطلب لكلا طرفي النزاع.

أما فيما يتعلق بالجهة القضائية المختصة فإن الاختصاص يتحدد من عدة نواحي، فمن حيث طبيعة المنازعة التي تعرض على القضاء، وتلك التي تخرج عن ولايته فهو اختصاص ولائي، أما من حيث نوع القضايا التي تنظرها كل درجة من درجات التقاضي فهو الاختصاص النوعي، أما بالنظر إلى ما تختص به الوحدة القضائية من خلال مكان تواجدها فهو الاختصاص المحلي في دعوى الامر بالتنفيذ.⁽⁸⁾

⁽¹⁾ أنظر المادة 1035 من ق ا م ا رقم 08-09.

⁽²⁾ سليم بشير: مرجع سابق، ص 276.

⁽³⁾ أنظر المادة 1056 من ق ا م ا رقم 08-09.

⁽⁴⁾ نورالدين بكلي: مرجع سابق، ص 61.

⁽⁵⁾ أنظر المادة 44 من ق.ت.م.م.ت.م رقم 27-94.

⁽⁶⁾ Art 1516 du C P C F «La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel elle été rendue ou du tribunal de grande instance de Paris lorsqu'elle a été rendue à l'étranger.

La procédure relative à la demande d'exequatur n'est pas contradictoire.

La requête est déposée par la partie la plus diligente au greffe de la juridiction accompagnée de l'original de la sentence et d'un exemplaire de la convention d'arbitrage ou de leurs copies réunissant les conditions requises pour leur authenticité ».

⁽⁷⁾ Art 1477 N.C.P.C.F.R.AR "La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel la sentence a été rendue. L'exequatur est ordonné par le juge de l'exécution du tribunal. A cet effet, la minute de la sentence accompagnée d'un exemplaire de la convention d'arbitrage est déposée par l'un des arbitres ou par la partie la plus diligente au secrétariat de la juridiction. "

⁽⁸⁾ نورالدين بكلي: مرجع سابق، ص 56.

فيكون الاختصاص النوعي لرئيس المحكمة لمنح الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي، ويستوي في ذلك ان يكون الحكم داخليا، وان يكون حكما تحكيميا اجنيا⁽¹⁾، فإذا رفعت دعوى الامر بالتنفيذ أمام جهة قضائية أخرى غير مختصة، فعليها ان تقضي بعدم الاختصاص لأنه من النظام العام، حتى وان لم يتمسك به اطراف النزاع، وإلا كان الأمر الصادر باطلا، ولعل اسناد اصدار الأمر إلى رئيس المحكمة انما يعود إلى ابتداء التحكيم كنظام يقوم على السرعة في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، كما أن المشرع الجزائري ربط فكرة سرعة الفصل برئيس المحكمة باعتباره قاضي الامور المستعجلة، والفاصل في المسائل الوقتية، ثم ان اصدار الامر بالتنفيذ على ذيل العريضة انما هو من اختصاص رئيس المحكمة.⁽²⁾

أما بالنسبة للاختصاص المحلي فلا بد من التفرقة بين ما اذا كان حكم التحكيم صادرا بالجزائر أو ببلد اجنبي، وذلك حسب تواجد مقر هيئة التحكيمية مصدرة الحكم، وقد نصت المادة 2/1051 ق ا م ا "...وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ اذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الاقليم الوطني"، البين من نص المادة أنه اذا كان حكم التحكيم صادرا داخل الجزائر فالاختصاص يعود لرئيس المحكمة التي صدر القرار التحكيمي في دائرة اختصاصها، أي أن الاختصاص يؤول المحكمة الكائن بدائرة اختصاصها الهيئة التحكيمية، أما اذا صدر الحكم خارج الجزائر، فإن الاختصاص يؤول الى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها محل تنفيذ الحكم.

في حين حدد قانون التحكيم المصري مجال اعمال القواعد التي اوردها في المادة 58 بأنها تتناول احكام التحكيم الصادرة في الخارج طبقا للقانون المصري، وقد سواها المشرع بأحكام التحكيم الصادرة في مصر اذ يتم تنفيذها في كلتا الحالتين طبقا للقواعد الواردة في قانون التحكيم، اما أحكام التحكيم التي تصدر في الخارج، فيتعين التفرقة في شأنها بين ثلاث احتمالات: الاحتمال الأول: أن يصدر الحكم في دولة ترتبط مع مصر بمعاهدة دولية لتنفيذ احكام التحكيم، وفي هذه الحالة يتعين تنفيذ الحكم في مصر طبقا لقواعد المعاهدة، الاحتمال الثاني: أن يصدر الحكم في دولة أجنبية وفقا لقانون اجنبي في تحكيم يتم خارج اطار الاتفاقيات الدولية، الاحتمال الثالث: وهو أن يصدر الحكم في دولة أجنبية واتفق الأطراف التي صدر فيها الحكم على اخضاعه لقانون التحكيم المصري.⁽³⁾

⁽¹⁾ أنظر المادة 2/1051 من ق ا م ا رقم 08-09.

⁽²⁾ نورالدين بكلي: المرجع نفسه، ص 57.

⁽³⁾ غسان علي علي: مرجع سابق، ص 414.

في حين منح المشرع الفرنسي الاختصاص لمحكمة الاستئناف سواء كان التحكيم داخليا أو دوليا حسب ما نصت عليه المادة 1505 من ق ا م ف، وسواء انعقد الاختصاص للمحكمة المختصة اصلا بنظر النزاع أو لمحكمة الاستئناف، فان قاضي التنفيذ يختص بكل ما يتعلق بتنفيذ حكم التحكيم، مع مراعاة أنه إذا صدر حكم التحكيم في مسألة هي من اختصاص محكمة الاستئناف فان ايداع الحكم واصدار الامر بالتنفيذ يكون من اختصاص هذه المحكمة⁽¹⁾، كما تضيف المادة 1447 من ذات القانون ان "المحكمة التي صدر في نطاقها الحكم التحكيمي"، وقد ظهر اختلاف بشأن الاختصاص المحلي للمحكمة، ذلك ان نص المادة حدد محليا المحكمة بالنسبة للحكم التحكيمي الدولي الصادر في فرنسا، ولم يتناول الحكم التحكيمي الدولي الأجنبي. لذا ظهرت عدة اتجاهات فقهية⁽²⁾، ليفتح المجال للتأويلات، وهو ما يتنافى مع السرعة التي يتطلبها التحكيم التجاري الدولي في مجال منازعات الاستثمار الأجنبي، كما أنه سيؤدي إلى اطالة عملية التنفيذ.

2 - تقديم طلب التنفيذ: أحكام التحكيم مجردة ولا تحوز القوة التنفيذية، انما تحتاج إلى صدور أمر خاص من القضاء هو أمر التنفيذ،⁽³⁾ وذلك لتحقيق رقابة على الحكم من السلطة القضائية المراد تنفيذه فيها، والغرض من هذه الرقابة هو أن يثبت للقضاء خلو الحكم من العيوب الجوهرية التي قد تشوبه، وانتفاء ما يمنع تنفيذه⁽⁴⁾، ويقصد بأمر التنفيذ الإجراء القضائي الصادر من السلطة القضائية في الدولة المطلوب منها التنفيذ، يمنح به الحكم قوة تنفيذية ليكون قابلا للتنفيذ الجبري⁵ ومن المقرر ان

(1) عبد الكريم أحمد أحمد الغلايا: مرجع سابق، ص 379.

(2) ظهر اختلاف كبير في فرنسا حول الاختصاص المحلي للمحكمة، لتمييز ثلاث آراء:

أ- الاتجاه الأول: يرى أن الاختصاص المحلي يعود إلى محكمة باريس الابتدائية .

ب - الاتجاه الثاني: يرى أن الاختصاص يعود إلى محكمة المطلوب التنفيذ عليه، اذا كان مقيما بفرنسا، وان لم يكن مقيم في فرنسا فمحكمة التنفيذ. ج- الاتجاه الثالث: يرى أن طال التنفيذ هو الذي يتولى تحديد المحكمة المختصة محليا، وهو معيار مرن حيث يمكن اختيار محكمة اقامة المنفذ ضده، او محكمة باريس، أو المحكمة التي توجد بدائرتها الأموال محل التنفيذ، أو محكمة موطن المدعى عليه. ميروك عاشور: النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، مرجع سابق، ص 373-374.

(3) يختلف النطاق الموضوعي لدعوى امر تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي عن موضوع الدعوى القضائية بصفة عامة، فلا علاقة لدعوى امر التنفيذ بالنزاع الذي فصل فيه حكم التحكيم، بمعنى اخر فان موضوعها ينحصر فقط في الحكم التحكيمي وليس النزاع الاصلي، فهي ذات طبيعة خاصة، أما النطاق الشخصي لدعوى امر التنفيذ فيشمل أطراف النزاع، المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار فهم اطراف الخصومة الاصلية

حفيفة السيد الحداد: النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 381-385.

(4) محمد داود الزعبي: مرجع سابق، ص 236.

التنفيذ الجبري لا يتم دون سند تنفيذي كما أن حكم التحكيم وحده لا يصلح سندا لإجراء التنفيذ الجبري، لذلك فإن السلطة القضائية تتدخل عند طلب الامر بالتنفيذ لتحقيق رقابتها.⁽¹⁾

لذا لا يكفي أن يصبح حكم التحكيم قابلا للتنفيذ الجبري، أن يتم ايداع أصل الحكم التحكيمي أمانة ضبط المحكمة المختصة، بل لابد من القيام بإجراء آخر وهو تقديم طلب تنفيذ، فإجراء الايداع لا يعدو أن يكون عملا ماديا يتمثل في تسليم أصل حكم التحكيم مصحوبا باتفاقية التحكيم، في حين أن طلب التنفيذ المقدم إلى المحكمة هو عمل قانوني، يلزم القاضي بإصدار الأمر بالتنفيذ.⁽²⁾

بالنسبة للوثائق الخاصة بطلب التنفيذ، فقد أحال المشرع الجزائري عن طريق المادة 1054 ق م ا إلى نصوص المواد 1035-1038 حيث اشترطت المادة 1/1035 أن يرفق طلب التنفيذ بأصل حكم التحكيم فقط، وهنا قد نتساءل عن اغفال المشرع الجزائري اتفاقية التحكيم؟ خاصة وأن المادة 458 مكرر 18 من ق م ا القديم أشارت إلى ضرورة ارفاق أصل الحكم التحكيمي، بأصل اتفاقية التحكيم أو نسخة مصادق عليها من الجهات الرسمية⁽³⁾، فكان على المشرع إعادة النظر في صياغة المادة 1035 لتشمل اتفاقية التحكيم على غرار المشرع المصري والفرنسي حيث اشترط أن يرفق الطلب بالوثائق التالية: أصل الحكم أو صورة منه موقعة من المحكمين - صورة من اتفاق التحكيم - صورة من محضر ايداع الحكم، وإذا كان التحكيم بغير لغة الدولة المطلوب لديها التنفيذ، فيتم تقديم ترجمة معتمدة.⁽⁴⁾

أما فيما يتعلق بتقديم طلب الأمر بالتنفيذ، فإن الطلب يقدم بكيفية عادية لا تحتاج إلى تبليغ الطرف الآخر ولا إلى حضوره، فبعد التأكد من صحة الوثائق والمستندات المقدمة من طرف طالب التنفيذ وأن الحكم غير مخالف للنظام العام الدولي، يصدر رئيس المحكمة المختصة قراره أما بقبول طلب التنفيذ، حيث يسلم رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية مهور بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من أطراف النزاع⁽⁵⁾، كما قد يصدر قراره بالرفض، فيقضي ببطالان طلب التنفيذ اذا لم يستوفي الشروط المطلوبة وكان مخالفا للنظام العام الدولي، على أن يكون قرار رفض الطلب مسببا حتى يكون

⁽¹⁾ أحمد أبو الوفا: اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1982، ص 213.

⁽²⁾ عمر زودة: مرجع سابق، ص 8.

⁽³⁾ نصت المادة 458 ق م ا مكرر 18 (المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25-04-1993) على أن "ينبت وجود قرار تحكيمي بتقديم الاصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ من هذه الوثائق، تتوفر فيها الشروط المطلوبة لاثبات صحتها".

⁽⁴⁾ أنظر المادة 56 من ق م ت م ت م رقم 27-94، المادة 1487-1516 من ق م ا ف.

⁽⁵⁾ نصت المادة 1036 ق م ا على أنه "يسلم رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية مهور بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف".

محل طلب استئناف، حسب ما نصت عليه المادة 1055 ق م ا⁽¹⁾، إلى جانب ذلك فقد أكدت المادة 600 ق م ا على أنه "لا يجوز التنفيذ الجبري الا بسند تنفيذي والسندات التنفيذية.....9- أحكام التحكيم المأمور بتنفيذها من قبل رؤساء الجهات القضائية والمودعة بأمانة الضبط...."، فالمشرع حصر عدد السندات التنفيذية ومن بينها الحكم التحكيمي شريطة أن يكون مأمورا بتنفيذه من قبل رؤساء الجهات القضائية وأن يكون مودعا لدى كتابة الضبط.

3 - صلاحيات القاضي لإصدار أمر التنفيذ: قد يثار التساؤل حول مدى تدخل القاضي في طلب الأمر بالتنفيذ هل تكون له صلاحيات تتعدى الرقابة الشكلية والسطحية، أم أن سلطاته تمتد إلى رقابة عمل الهيئة التحكيمية من حيث الموضوع؟ أي رقابة الحكم التحكيمي الفاصل في النزاع بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي من حيث الموضوع؟ وما تأثير ذلك على فعالية التحكيم في فض منازعات الاستثمار الأجنبي؟.

نصت الفقرة الثانية من المادة 1051 من ق م ا على أنه "وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط بأمر من رئيس المحكمة التي صدرت احكام التحكيم في دائرة اختصاصها..."، البين من نص المادة أن المشرع الجزائري اعتبر أن الشروط المطلوبة للاعتراف بالحكم التحكيمي هي نفسها المتعلقة بطلب الأمر بالتنفيذ، وهو ما يؤكد أن رقابة القاضي الأمر بالتنفيذ تنحصر في التأكد من أن حكم التحكيم خال من العيوب الإجرائية، ومن ثم فهو مختص فقط بمراقبة الشكل الذي يوجبه القانون لإصدار حكم التحكيم، و في حالة ملاحظة أية مخالفة تؤدي إلى البطلان وجب عليه ان يمتنع عن إصدار الأمر بالتنفيذ، غير انه لا يملك ان يبحث في موضوع النزاع، كما يخرج من صلاحياته المساس بحكم التحكيم، من حيث التعديل أو الالغاء⁽²⁾، أي انه لا يملك التحقق من عدالة هذه الأحكام أو صحة قضائها في الموضوع فهو لا يعد هيئة استئنافية ولا الجهة المختصة بنظر بطلان الحكم، وعلى الرغم من ذلك فإن للقضاء دور كبير في ممارسة الرقابة الخارجية للتأكد من صحة الإجراءات وإمكانية تنفيذها دون أن يتعرض ذلك إلى النظام العام في البلد المطلوب التنفيذ فيه⁽³⁾، لأن في ذلك مساس بفعالية التحكيم في تسوية النزاع وتجاوز للسلطة من طرق القضاء، فدور القضاء هو دور مساعد ومكمل للتحكيم وليس معرقل له.

⁽¹⁾ نصت المادة 1055 ق م ا على أن " يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للاستئناف."

⁽²⁾ عمر زودة: مرجع سابق، ص 10-11.

⁽³⁾ خالد أحمد عبد الحميد: دور القضاء في الامر بتنفيذ احكام التحكيم، مجلة دفاتر المجلس الاعلى، مركز النشر والتوثيق القضائي، المغرب، العدد 07، 2005، ص 29.

أما عن موقف المشرع الجزائري من القرارات القضائية الصادرة في بلد المنشأ، والقاضية ببطان حكم التحكيم، فإن ق ا م ا لم يقيد القضاء الجزائري بأحكام قاضي بلد منشأ حكم التحكيم الصادر خارج الجزائر، حيث اكتفى بشرط وحيد وهو ان يكون حكم التحكيم الدولي نهائي حسب ما نصت عليه المادة 1035 ق ا م ا⁽¹⁾، بمعنى آخر أن حكم التحكيم الذي يبطل خارج الجزائر في بلد آخر، فإنه يبقى بإمكان القاضي الجزائري منحه الصيغة التنفيذية، فهو غير مقيد وملزم بقرارات خاصة ببلد المنشأ، وهو ما يتماشى مع المادة 7 من اتفاقية نيويورك 1958، والتي لا تحرم أي فريق من حقه من الاستفادة بالقدر المقرر في تشريع البلد المطلوب اليه الاعتراف والتنفيذ.⁽²⁾

4 - طبيعة الأمر بالتنفيذ: أثارت طبيعة الأمر بالتنفيذ جدلا فقهيًا تباينت فيه الآراء، فجانب يعتبره عملا قضائيا لأنه يتعلق بنزاع وجد أصلا، ويقدر فيه القاضي حقوق الخصوم والتزاماتهم، ويأمر بالتنفيذ على أساسها وجانب آخر اعتبره تصرفا ولائيا على أساس اتخاذ إجراءات مستقبلية هي في الواقع إجراءات ادارية محضه.⁽³⁾

الأمر بتنفيذ حكم التحكيم يعد عملا صادرا عن الجهة القضائية المختصة في البلد المطلوب فيها التنفيذ، يقوم طالب التنفيذ بتقديم الطلب إلى رئيس المحكمة المختصة في شكل عريضة وفق نص المادة 331 ق ا م ا⁽⁴⁾، مشتملة على الوقائع والأسانيد مع تحديد موطن مختار للطالب في دائرة اختصاص المحكمة المقدم اليها الطلب، ويفصل رئيس المحكمة في الطلب المقدم اليه⁽⁵⁾، فإذا تأكد القاضي من توافر الشروط المطلوبة قانونا فإنه يصدر امره بتنفيذ حكم التحكيم، وبالتالي يرفعه إلى مرتبة الأحكام القضائية، غير أن الأمر الصادر منه بالتنفيذ لا يعد عملا قضائيا لأنه لا يفصل في النزاع، كما أنه لا يعد اجراء استمراري لعملية التحكيم التي انتهت بصدور الحكم، غير أنه يعد عملا ولائيا⁽⁶⁾، وهذا تماشيا مع دوره الذي ينحصر في رقابة هذا الحكم.

إذا كانت الأوامر على العرائض من أهم صور الاعمال الولائية، فإن المشرع الجزائري لم يوضح شكل هذا الأمر بالتنفيذ، فيما اذا كان سيصدر في ذيل العريضة أو يوضع على اصل الحكم أو على هامشه، ومادام المشرع سكت عن الشكل، فإن ذلك يعني أنه يصدر وفق أحكام القواعد العامة

⁽¹⁾ نصت المادة 1035 ق ا م ا على انه " يكون حكم التحكيم النهائي قابلا للتنفيذ بامر من قبل رئيس المحكمة... " .

⁽²⁾ سليم بشير: مرجع سابق، ص 283.

⁽³⁾ نورالدين بكلي: مرجع سابق، ص 55.

⁽⁴⁾ نصت المادة 311 على انه " يجب ان يكون الامر على عريضة مسببا، ويكون قابلا للتنفيذ بناء على النسخة لاصلية. "

⁽⁵⁾ عمر زودة: مرجع سابق، ص 11.

⁽⁶⁾ خالد أحمد عبد الحميد: مرجع نفسه، ص 45.

المتعلقة بالأوامر الولائية وبالتالي يصدر بذيل العريضة⁽¹⁾، على خلاف قانون الإجراءات المدنية القديم حيث أشار المشرع الجزائري الى أن يوضع الأمر بالتنفيذ على أصل الحكم وعلى هامشه، حسب ما نصت عليه المادة 458 مكرر منه.

من جهة أخرى فإن الأوامر الولائية تخضع إلى نظام قانوني يختلف عن النظام القانوني للأحكام القضائية، فالأوامر الولائية لا تحوز على الحجية، ويتظلم فيها بواسطة دعوى البطلان أمام نفس القاضي الذي أصدر الأمر، فهي تصدر بغرض حماية الحقوق المفترضة لأحد الأطراف دون ان تمس بأصل الحق⁽²⁾، كما أنه لا يحتاج الى المواجهة بين أطراف النزاع⁽³⁾، أما أحكام التحكيم فهي أحكام قضائية تحوز حجية الشيء المقضي به حسب ما نصت عليه المادة 1031 ق م ا⁽⁴⁾، ويستنفذ المحكم ولايته بمجرد صدورها، لذلك لا يجوز الأمر بالتنفيذ حجية الشيء المقضي به، فهو يعد من قبيل الأوامر الولائية، حيث يجوز للقاضي العدول عنه واصدار أمر مخالف له⁽⁵⁾، حسب ما نصت عليه المادة 312 ق م ا⁽⁶⁾، بل يمكن استئنائه بالتوازي مع الطعن ببطلان الحكم التحكيمي.⁽⁷⁾

بالنسبة للمشرع المصري فإن اصدار الأمر بالتنفيذ يكون كما تصدر الأوامر على العرائض، والقرار الصادر في طلب الأمر بالتنفيذ هو عمل ولائي ليس له حجية الأمر المقضي، ولهذا فإن رفض اصدار الأمر بالتنفيذ لا يحول دون رفض دعوى بطلان حكم التحكيم، على أنه إذا صدر قرار ببطلان حكم التحكيم فان هذا القرار يحول دون اصدار أمر بالتنفيذ⁽⁸⁾، كما أن للقاضي المختص بإصدار أمر التنفيذ سلطة ولائية يباشرها دون مواجهة بين الخصوم وعليه ابتداء ان يتحقق من أن المستند المقدم أمام

(1) أنظر المادة 2/1051 ق م ا رقم 08-09

(2) محمد عيساوي: مرجع سابق، ص 228.

(3) نصت المادة 310 ق م ا على أن "الأمر على عريضة امر مؤقت، يصدر دون حضور الخصم، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك". كما أضافت المادة 311 من ذات القانون أنه "يجب أن تقدم العريضة من نسختين، ويجب ان تكون معللة وتتضمن الاشارة إلى الوثائق المحتج بها".

(4) نصت المادة 1031 ق م ا على أنه "تحوز احكام التحكيم حجية الشيء المقضي بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه".
(5) عمر زودة: مرجع سابق، ص 13.

(6) نصت المادة 312 ق م ا على أنه "في حالة الاستجابة إلى الطلب، يمكن الرجوع إلى القاضي الذي اصدر الامر للتراجع عنه أو تعديله....".

(7) نصت المادة 2/1058 ق م ا على أنه "لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي اي طعن، غير ان الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ، اذا لم يتم الفصل فيه".

(8) زهر بن سعيد: مرجع سابق، ص 368.

هو حكم تحكيمي، فإذا تأكد من عدم وجود ما يمنع من تنفيذ الحكم اصدر امره بالتنفيذ، ولا يلزم ان يسبب الأمر بالتنفيذ إلا اذا كان مخالف لأمر سابق.⁽¹⁾

ب - صدور الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي: نصت المادة 1035 ق ا م ا على أنه "يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلاً للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها.."، فبعد الانتهاء من الإجراءات الخاصة بإيداع حكم التحكيم مرفقاً بالوثائق التي تثبت صحته، وبعد التأكد من عدم توافر الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 ق ا م ا، وانه غير مخالف للنظام العام الدولي، يكون حكم التحكيم الأجنبي قابلاً للتنفيذ. فقاضي التنفيذ لا يعارض الاعتراف بهذا الحكم أو تنفيذه الا بصفة استثنائية⁽²⁾، ويتم التأشير بذيل الحكم أو بهامشه على الأمر بتنفيذه بأمانة ضبط المحكمة، حيث يقوم رئيس أمناء الضبط بتسليم نسخة رسمية مهور بالصيغة التنفيذية لحكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف.⁽³⁾

لهذه الاعتبارات فإن الحكم التحكيمي لا تكون له اية قوة تنفيذية قبل صدور الامر بتنفيذه، رغم الاعتراف له بصفة الحكم القضائي، والاعتراف له بقوة النفاذ⁽⁴⁾، ومن ثم فان صدور الأمر بالتنفيذ ومهر الحكم بالصيغة التنفيذية، يعني أنه أصبح سنداً تنفيذياً له القوة التنفيذية⁽⁵⁾ ومكون من عنصرين أساسين هما: السند التحكيمي وقوته التنفيذية، ثم إن هذا السند مكون من عنصرين هما: الحكم التحكيمي والأمر بتنفيذه، كما ان القوة التنفيذية هي الأخرى مكونة من عنصرين: الشكل والمضمون، أما الشكل فيظهر في الصيغة التنفيذية ووضعا على الحكم، في حين أن مضمونها فيبرز في الحق في التنفيذ الجبري.⁽⁶⁾

على أنه لا بد وأن تكتب الصيغة التنفيذية حرفياً على الصورة، أي تكتب عبارات كاملة دون تحريف، والا فلا تقوم القوة التنفيذية على الاطلاق، فووقوع خطأ في الصيغة التنفيذية لا تؤدي إلى بطلانها ما دامت الدلالة واضحة، فأى عبارة تؤدي هذا المعنى تحقق ما قصده المشرع، والقول بغير ذلك

⁽¹⁾ عبد الكريم أحمد أحمد التلايا: مرجع سابق، ص 384.

⁽²⁾ من خلال دراسة احصائية تبين أنه خلال عشر سنوات من طلبات التنفيذ أمام الجهات القضائية الباريسية، باعتبارها مقر غرفة التجارة الدولية CCI، فإنه من بين 2000 حكم تحكيمي طلب التنفيذ بشأنها، أربعة فقط لم يتم اعتمادها وتنفيذها، وهو ما يثبت الفعالية المطلقة لهذا الحكم. نورالدين بكلي: مرجع سابق، ص 49.

⁽³⁾ أنظر المادة 1036 ق ا م ا رقم 08-09.

⁽⁴⁾ نبيل اسماعيل عمر: التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص 212.

⁽⁵⁾ يتكون السند التحكيمي من عنصرين هما: الحكم التحكيمي والأمر بتنفيذه، أما القوة التنفيذية فهي تشمل: شكلها الذي يظهر في صورة صيغة تنفيذية، ومضمونها الذي يبرز في الحق في التنفيذ الجبري. أحمد محمد حشيش: مرجع سابق، ص 109-116.

⁽⁶⁾ أحمد محمد حشيش: مرجع سابق، ص 109-116.

يتنافى مع الروح العامة للتشريعات الحديثة⁽¹⁾، ليمتتع هذا الحكم بالقوة التنفيذية التي كان يفترضها⁽²⁾ فيجعله سندا تنفيذيا واجب التنفيذ، ينفذ بكافة الطرق القانونية بعد أن يمر بمقدمات التنفيذ وهي الإجراءات التي يوجب القانون اتخاذها قبل الشروع في التنفيذ الجبري، وتمثل هذه الإجراءات في اعلان السند التنفيذي وتكليف المدين بالوفاء، وانقضاء ميعاد التنفيذ.⁽³⁾

تجدر الإشارة الى أن تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي وفق ق ا م ا يقتضي تطبيق أحكام المواد من 1035-1038، لكن يبدو ان هذه المواد لا تتعلق بالتنفيذ الجبري لأحكام التحكيم التجاري الدولي، بل تتعلق بإجراءات مهتر هذا النوع من الأحكام بالصيغة التنفيذية وبكيفية تسليمها وتطبيق قواعد النفاذ المعجل على حكم التحكيم المشمول بالنفاذ المعجل وعلى نطاق حكم التحكيم من حيث اطرافه، اذا فهذه النصوص لا تتضمن الإجراءات الأولية لتنفيذ والمعروفة بمقدمات التنفيذ، فضلا عن ذلك فهي لا تتضمن طرق التنفيذ الجبري لحكم التحكيم، لذا يجب على المشرع الجزائري استدراك هذا الخطأ عن طريق التفرقة بين إجراءات تنفيذ الحكم التجاري الدولي، وبين إجراءات مهتر الحكم بالصيغة التنفيذية. فكان على المشرع أن يميلنا الى الباب الرابع من الكتاب الثالث والخاص بالتنفيذ الجبري للسندات التنفيذية عملا بنص المادة 600 من ق ا م ا. ثم ان نصوص المواد 612 وما بعدها من ق ا م ا، والمواد 636 وما بعدها من ذات القانون تبين لنا مقدمات التنفيذ وانواع طرق التنفيذ الجبرية واجراءات تسوية اشكالات التنفيذ وصولا الى المرحلة الأخيرة وهي توزيع حصيلة التنفيذ.⁽⁴⁾

الفرع الثاني. تنفيذ حكم التحكيم في الاتفاقيات الدولية.

إيماننا من المجتمع الدولي بضرورة التعاون وتحقيق أكبر قدر ممكن من الفعالية في مجال تنفيذ احكام المحكمين الأجنبية في مجال منازعات الاستثمار الأجنبي، فقد حفل بنشاط ملحوظ كان من نتائجه مجموعة من الاتفاقيات على الصعيدين الدولي والإقليمي زيادة على اتجاه العديد من الدول إلى الارتباط فيما بينها باتفاقيات ثنائية من اجل وضع القواعد اللازمة لضمان تنفيذ احكام التحكيم لتخطي العقبات المتعلقة بتباين نصوص التشريعات الوطنية التي تحول دون الاعتراف وتنفيذ احكام المحكمين الأجنبية.

⁽¹⁾ عميد محمد القصاص: أصول التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 314.

⁽²⁾ عميد محمد القصاص: حكم التحكيم، مرجع سابق، ص 309.

⁽³⁾ انفردت بعض التشريعات بجعل حكم التحكيم واجب التنفيذ بمجرد ايداعه كتابة طبط المحكمة المختصة أصلا لنظر النزاع أو بعد مرور أجل معين من الأيداع، ومرور أجل الطعن دون الحاجة إلى مهتر بالصيغة التنفيذية، ومن هذه التشريعات: التشريع النرويجي والنمساوي والبحريني. علي مصطفى ملحم: تنفيذ الحكم التحكيمي، مجلة جامعة البعث، جامعة دمشق، كلية الحقوق العدد 6، 2015 ص 214.

⁽⁴⁾ عمر بن سعيد: مرجع سابق، ص 59-60.

بناء على ذلك سنتعرض في هذا الفرع الى اجراءات وشروط تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية وفق اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية 1958، واتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى 1965، وفق مايلي:

أولاً- إجراءات تنفيذ حكم التحكيم وفق اتفاقية نيويورك 1958.

اهتمت العديد من الاتفاقيات الدولية⁽¹⁾ بتنفيذ القرارات التحكيمية وفي طليعة هذه الاتفاقيات اتفاقية نيويورك لعام 1958 التي تعد من اهم الاتفاقيات التي اتسمت بطابعها الدولي من حيث التطبيق والذي يشمل جميع احكام التحكيم الصادرة خارج اقليم الدولة المطلوب منها التنفيذ وكذلك الأحكام التي تعتبرها قوانين هذه الدولة احكام غير وطنية، ومن حيث عالميتها حيث فتحت مجال الانضمام اليها لكافة الدول العالم⁽²⁾، فقد اهتمت هذه الاتفاقية بمشكلة الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية حيث نصت المادة 1/1 منها على أنه " تطبق هذه الاتفاقية على الاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها متى صدرت هذه القرارات في أراضي دولة خلاف الدولة التي يطلب الاعتراف بهذه القرارات وتنفيذها فيها، ومتى كانت ناشئة عن خلافات بين أشخاص طبيعيين أو اعتباريين، وتنطبق على قرارات التحكيم التي لا تعتبر قرارات محلية في الدولة التي يطلب فيها الاعتراف بهذه القرارات وتنفيذها"، البين من النص اتساع دائرة ما يعتبر حكم اجنبي فمن الممكن أن يعتبر كذلك حتى لو كان

⁽¹⁾ حرصت اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري لعام 1961 على ضمان تنفيذ حكم التحكيم، فنصت في المادة 9 منها على أن البطلان في احدى الدول المتعاقدة في الحكم التحكيمي طبقا لاحكام هذه بالاتفاقية لا يشكل سببا لرفض الاعتراف او تنفيذ الحكم في دولة أخرى طرف في الاتفاقية، الا اذا كان حكم البطلان قد صدر أما من قضاء دولة مقر التحكيم، او من قضاء الدولة التي تم تطبيق قانونها على التحكيم، وذلك طبقا لاسباب الاتية:

ا - أن الاطراف في اتفاق التحكيم لم تكن لديهم الأهلية اللازمة وفقا للقانون الذي يطبق عليهم .
ب - الاتفاق المذكور لم يكن صحيحا طبقا للقانون الذي اتفق الطرفان على تطبيقه وفي حالة عدم الاتفاق على ذلك وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم .

ج - أن الطرف الذي يطلب الابطال لم يكن قد ابلغ بتعيين المحكم أو باجراءات التحكيم، او لم يكن بمقدوره لسبب اخر تقديم دفوعه.

د - تجاوز حكم التحكيم اتفاق التحكيم.

هـ - أن تشكيل هيئة التحكيم أو أن اجراءات التحكيم تخالف ما اتفق عليه الأطراف. بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص.431.

أما قواعد تحكيم اليونسترال والقانون النموذجي للتحكيم فهي مستقاة من أحكام اتفقيه نيويورك وهي جميعها تعطي الحكم القوة في التنفيذ وتلزم اطرافه بتنفيذه. لما احمد كوجان: مرجع سابق، ص165.

⁽²⁾ عبد الكريم أحمد أحمد الثلاثاء: مرجع سابق، ص532.

صادرا في الدولة نفسها التي يراد تنفيذه فيها اذا كان هذا الحكم لا يمكن اعتباره حكم تحكيم وطني وفقا لقانون هذه الدولة بمعنى ان الاتفاقية اخذت بأكثر من ضابط لاعتبار حكم تحكيم أجنبي⁽¹⁾.

الضابط الأول يتمثل في معيار مكان التحكيم، وهي الأحكام الصادره في دولة غير تلك الدولة التي يراد الاعتراف بالحكم وتنفيذه على اقليمها، أما الضابط الثاني فيتمثل في أحكام التحكيم التي تصدر على اقليم دولة ويراد تنفيذها في اقليم الدولة نفسها، إذا كانت هذه الدولة تعتبر أن هذه الأحكام هي أحكام اجنبية رغم صدورها في اقليمها، و يمكن مواجهه هذا الفرض عندما تأخذ دولة من الدول بضابط جنسية المحكّمين أو القانون الواجب التطبيق على التحكيم أو صدورهم من هيئة التحكيم داخل الدولة ويكون لهذه الهيئة نظامها الخاص باعتبارها هيئة دولية، كغرفة التجارة الدولية في باريس⁽²⁾، على أنه تجدر الإشارة إلى ان اتفاقية نيويورك لا تشترط أن يكون حكم التحكيم الأجنبي المطلوب تنفيذه صادرا في دوله عضو في الاتفاقية ما لم تتحفظ الدولة عند انضمامها، على ذلك على اساس المعاملة بالمثل⁽³⁾، أما عن الإجراءات التي وضعتها الاتفاقية بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبي فيبدو أنها قدمت تسهيلات ملحوظا، حيث جعلت القاعدة هي نفاذ الحكم التحكيمي والاستثناء هو قبول الدليل على عدم نفاذه لسبب من الأسباب التي وضعتها الاتفاقية على سبيل الحصر، وقد اشترطت المادة 3 منها أن تعترف كل الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وأن تأمر بتنفيذه طبقا للشروط المنصوص عليها في الاتفاقية، كما ألزمت هذه الدول بأن لا تفرض للاعتراف أو تنفيذ أحكام المحكّمين التي تطبق عليها أحكام الاتفاقية شروطا أكثر شدة ولا رسوما قضائية أكثر ارتفاعا من تلك التي تفرض للاعتراف أو تنفيذ أحكام المحكّمين الوطنيين⁽⁴⁾، ولا يجوز رفض الاعتراف إلا اذا قدم الخصم الذي يحتج عليه بالحكم الدليل على توافر واحدة أو أكثر من الحالات التي اوردتها المادة 5 هي على سبيل الحصر⁽⁵⁾، فضلا عن ذلك فإن اتفاقية نيويورك لم تحدد الإجراءات التي يتعين إتباعها

(1) محمود مختاري بربري: مرجع سابق، ص 299.

(2) عبد الكريم أحمد أحمد التلايا: مرجع سابق، ص 534.

(3) أنظر المادة 3/1 من اتفاقية نيويورك 1958.

(4) بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 431.

(5) جاءت حالات رفض الاعتراف الواردة في المادة 5 من اتفاقية نيويورك على سبيل الحصر وهي تشمل:

- 1 - اذا كان اطراف الاتفاق التحكيمي طبقا للقانون الذي ينطبق عليه عديمي الاهلية، أو اذا كان الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه الاطراف او عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.
- 2 - اذا لم يعلن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه اعلانا صحيحا بتعيين المحكم، أو باجراءات التحكيم، أو كان من المستحيل عليه لسبب اخر ان يقدم دفاعه.
- 3 - اذا فصل الحكم في نزاع غير وارد في مشاركة التحكيم أو في عقد التحكيم، أو تجاوز حدودهما في ما قضى به، ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلا للتحكيم اذا ما أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم غير المتفق على حله بهذه الطريقة.

للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية أو تنفيذها تاركة هذه المسألة لقانون الدولة التي يراد تنفيذ الحكم على اقليمها حسب ما نصت عليه المادة 3 منها.⁽¹⁾

على أن المادة 4 منها أوجبت على طالب التنفيذ ارفاق طلبه بالمستندات التالية: أصل الحكم الرسمي أو نسخة معتمدة منه - أصل اتفاق التحكيم أو نسخة معتمدة منه - تقديم ترجمة رسمية معتمدة، إذا كان الحكم أو اتفاق التحكيم محررين بغير لغة الدولة المطلوب لديها التنفيذ. ويقدم الطلب إلى المحكمة المختصة التي يحددها قانون الدولة المطلوب لديها التنفيذ، ولا تملك هذه المحكمة صلاحية رفض طلب التنفيذ لوجود خطأ في تحصيل الوقائع أو فهم أو تطبيق القانون أو عدم ملائمة الحكم، فهي ليست جهة استئناف.⁽²⁾

هذه المستندات هي الحد الأدنى التي يجب تقديمها، فإذا كان قانون الدولة المطلوب منها التنفيذ على اقليمها يشترط تقديم مستندات أخرى، التزم الطالب بتقديمها، فهو القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وفقا لقاعدة الإسناد التي اخذت بها الاتفاقية.⁽³⁾

ثانيا: إجراءات تنفيذ حكم التحكيم وفقا لاتفاقية واشنطن 1965.

تعد الدعاوى التي تخضع لاتفاقية واشنطن دعاوى خاصة ومتميزة ومحدودة سواء من حيث الأطراف المتنازعة أو من حيث موضوعات النزاع لذلك يطلق على نظام المركز بالنظام المتخصص، كما انه نظام يتميز بكونه ذاتي التكوين، فبمجرد منح الموافقة على التحكيم أمام المركز، يمنع اللجوء إلى المحاكم الوطنية وتخضع احكام التحكيم بدلا من ذلك لآلية المراجعة الداخلية من جانب هيئة تشكل لهذا الغرض⁽⁴⁾، لذلك فإن بحث تنفيذ احكام التحكيم الصادرة عن ICSID يستلزم التعرض إلى النظام القانوني للاعتراف والتنفيذ ثم بيان الإجراءات الواجب إتباعها وكذا الجزاءات المقررة في حالة عدم الالتزام بحكم التحكيم، وهو ما سنبينه على النحو التالي:

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

5 - إذا لم يصبح الحكم ملزما للخصوم، أو الغته او اوقفته السلطة المختصة في البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

⁽¹⁾ أنظر المادة 1/3 من اتفاقية نيويورك 1958 .

⁽²⁾ محمود مختاري بربري: مرجع سابق، ص501.

⁽³⁾ خالد أحمد عبد الحميد: مرجع سابق، ص48.

⁽⁴⁾ هشام محمد اسماعيل محمد: مرجع سابق، ص64.

أ - الالتزام بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة عن المركز: يبدو أن نظام الاعتراف بأحكام التحكيم والتنفيذ الذي جاءت به اتفاقية واشنطن يعد خطوة متقدمة أكثر من النظام الذي جاءت به اتفاقية نيويورك لعام 1958، كما يعد في الوقت ذاته مرحلة متطورة في إطار السعي الحثيث والمتواصل للمجتمع الدولي لتوحيد المعاملة القضائية لأحكام التحكيم وتوحيد الجهة التي تملك مراجعة تلك الأحكام، يجعل الرقابة على تلك الأحكام رقابة ذاتية بغية توفير الحماية الدولية لها ومنعاً للتضارب والاختلاف في المعاملة القانونية لتلك الأحكام من قبل المحاكم الوطنية.⁽¹⁾

كما يعد حكم التحكيم الصادر عن المركز هو الآخر فريد في نوعه، إذ يختلف عن أي حكم تحكيم صادر طبقاً لأي لاتفاقية دولية أخرى، حيث تحد طبيعة الاستقلال الذاتي للاتفاقية من دور المحاكم الوطنية في الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها، فالأثر الأساسي لإصدار حكم التحكيم وفقاً لقواعد المركز هو الزامية هذا الحكم بالنسبة للمستثمر وكذلك بالنسبة للدولة المضيفة، وذلك منذ تاريخ إصداره أي منذ تاريخ ارسال صورة رسمية عنه من طرف السكرتير العام للمركز لكل طرف في النزاع حسب ما نصت عليه المادة 49 من الاتفاقية، و الإلزامية التي فرضت على الأطراف ويقصد بها الالتزام بتنفيذ هذا الحكم والمقرر بموجب المواد 53 و54 منها.⁽²⁾

حيث اعتبرت المادة 1/54⁽³⁾ على أنه يتوجب على كل دولة متعاقدة أن تعتبر حكم المحكمين الصادر طبقاً لقواعد الاتفاقية ملزماً وتنفذ الالتزامات المالية التي يقضي بها الحكم في أراضيها كما لو كان حكماً نهائياً صادراً من إحدى محاكم تلك الدولة، دون الحصول على الصيغة التنفيذية، ولا يقتصر الأمر على الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، أوتلك التي يعتبر المستثمر الأجنبي مواطناً تابعاً لها، وإنما يشمل كل دولة متعاقدة في الاتفاقية، فتكون ملزمة بالاعتراف بهذا الحكم وتنفيذه⁽⁴⁾، فاتفاقية واشنطن قد ساوت بين أحكام التحكيم الصادرة عن المركز وأحكام التحكيم الصادرة عن المحاكم الوطنية، وذلك بإلزام الدول المتعاقدة على الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي، كما لو كان حكم قضائي نهائياً صادر عن محاكمها الوطنية.

⁽¹⁾مرجع نفسه، ص.67.

⁽²⁾لما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص152.

⁽³⁾نصت المادة 1/54 من اتفاقية واشنطن على أنه "يجب على كل دولة من الدول الاعضاء في الاتفاقية الاعتراف بحكم التحكيم الصادر طبقاً لهذه الاتفاقية باعتباره حكماً ملزماً، والقيام بتنفيذ الالتزامات المالية المقررة بالحكم داخل حدودها الإقليمية، كما لو كان حكماً قضائياً نهائياً صادراً من إحدى محاكمها..."

⁽⁴⁾لما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص153.

لأجل ذلك يمكن القول أن المركز قد منح اطراف المنازعات الاستثمارية الية دولية للتحكيم تعمل في استقلالية تامة وبكفاية ذاتية بعيدا عن الانظمة الداخلية، إلا ان ذلك لا يعني ان يتحقق الانفصال التام بين التحكيم في اطار المركز والأنظمة القانونية المحلية، ذلك أنه إذا ما امتنعت احدى الدول عن الالتزام بحكم التحكيم الصادر ضدها من المركز، فإن الأمر قد يستلزم اللجوء إلى اتخاذ إجراءات توقيع الحجز على الأموال والممتلكات التابعة لهذه الدولة تنفيذا لهذا الحكم وذلك عن طريق المحاكم التابعة لها وهو ما اشارت اليه المادة 1/26 من الاتفاقية.⁽¹⁾

كما يبدو من نصوص المواد أن الألية التي جاءت بها اتفاقية واشنطن هي ألية خاصة جديدة ومبتكرة للحصول على الاعتراف أو التنفيذ مقارنة بالآليات التقليدية للتحكيم التجاري الدولي التي تترك التنفيذ إلى القوانين الوضعية، أو إلى الاتفاقيات الدولية كما هو الشأن في اتفاقية نيويورك لعام 1958، حيث تتطلب إجراءات الاعتراف والتنفيذ بالحكم التحكيمي طبقا لاتفاقية واشنطن التعرض إلى الشروط الواجبة توافرها والمنصوص عليها في المواد 53⁽²⁾ و54⁽³⁾، وذلك من خلال ما تقدمه من حل حاسم لثلاث اشكاليات تتعلق ب: منح الصفة النهائية لحكم التحكيم - الالتزامات الخاصة بأطراف النزاع - الدور الذي تؤديه المحاكم الوطنية التابعة لدول الاتفاقية بشأن تنفيذ أحكام التحكيم.

الأثر المشترك لهذه النصوص جاء ليضع أحكام التحكيم موضع تنفيذ بصورة فعالة تفوق ما هو مقرر في اتفاقية نيويورك، لذلك انشأت اتفاقية واشنطن نظام مستقل ومبسط للاعتراف والتنفيذ يستبعد النصوص الواجبة التطبيق في القوانين الإجرائية المحلية⁽⁴⁾، غير أن هذا التنفيذ لا ينصرف إلى اطراف النزاع، بل ينسحب بآثاره إلى المحكم أو المحكمة التحكيمية التي أصدرت الحكم، فبمجرد صدور الحكم ترفع يد المحكم أو المحكمين الذي اصدروا القرار التحكيمي ولا يعودوا لهم الحق بنظره مرة أخرى إلا اذا تعلق الامر بالفصل في أي مسألة اغفلت المحكمة الحكم فيها أو نتيجة تصحيح خطأ كتابي أو حسابي

⁽¹⁾ هشام محمد اسماعيل محمد: مرجع سابق، ص.66.

⁽²⁾ نصت المادة 53 من اتفاقية واشنطن على انه " يكون الحكم ملزما بالنسبة لاطرافه، ولا يجوز ان يكون محلا لاية طريق من طرق الطعن خلاف ما ورد في الاتفاقية، وينعين على كل طرف أن ينفذ الحكم بحسب منطوقه، الا اذا كان تنفيذه موقوفا بمقتضى الأحكام المناسبة لهذه الاتفاقية."

⁽³⁾ نصت المادة 1/54 من اتفاقية واشنطن على أنه " يتعين على كل دولة متعاقدة ان تعترف باي حكم يصدر في نطاق الاتفاقية باعتباره حكما ملزما وتضمن داخل اراضيها تنفيذ الالتزامات المالية التي يفرضها الحكم، على نحو ما يتبع بالنسبة للأحكام الصادرة من محاكم هذه الدولة.."

⁽⁴⁾ هشام محمد اسماعيل محمد: مرجع سابق، ص.67.

ويعتبر قرارها جزء من الحكم ويخطر به الطرفان بنفس طريقة تبليغ الحكم الأول⁽¹⁾، وهذا بناء على طلب يقدمه احد الاطرف خلال 45 يوم من تاريخ صدور الحكم.⁽²⁾

كما لا يحتاج المستثمر الأجنبي لتنفيذ الحكم داخل الدولة المتعاقدة إلى اتخاذ إجراءات قضائية محددة لإعطاء هذا الحكم صيغة التنفيذ، بل يكفي أن يتقدم بصورة من الحكم مصادق عليه من السكرتير العام للمركز إلى المحكمة المختصة أو الجهة المعنية لهذا الغرض في كل دولة متعاقدة، ومع ذلك فإن الاتفاقية لم تمنع جميع المصاعب الخاصة بالتنفيذ، خاصة إذا كسب الطرف العادي القضية وأراد تنفيذ الحكم ضد الدولة المضيفة سواء في إقليمها أو في إقليم دولة أخرى، إذ سيصطدم بعائق الادعاء بسيادة الدولة وحصانيتها ضد التنفيذ، التي لم تستطيع الاتفاقية إلغاؤها، وهو ما بينته المادة 55 منها على أنه يحد أو ينتقص من القانون الساري المفعول في أية دولة متعاقدة في شأن حصانة تلك الدولة أو أية دولة أخرى ضد التنفيذ⁽³⁾، وبذلك لم تحل الاتفاقية مشكلة حصانة الدولة ضد التنفيذ، ومع ذلك لم يحدث عمليا ان اثار ت دولة مسالة الحصانة ضد تنفيذ حكم تحكيم صادر عن المركز، ويرجع ذلك إلى التالية:

- ان امتناع الدولة عن تنفيذ حكم التحكيم يجردها من المصادقية اللازمة في المعاهدات الدولية، وهو خطر لا يمكن لأي دولة ان تتجاهله.

- ان امتناع الدولة عن تنفيذ الحكم سرعان ما ينتشر، الأمر الذي يدفع بالاستثمارات القائمة إلى البحث عن فرص استثمارية في دولة أخرى إضافة إلى حرمانها من مستثمرين جدد

- من المؤكد ان البنك الدولي سيعمل على استخدام نفوذه كعلاج فعال ضد الدولة التي تعارض تنفيذ الحكم⁽⁴⁾

ب- الجهة المختصة بالاعتراف: أكدت المادة 3/54 من اتفاقية "واشنطن" أن تنفيذ الحكم الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار يكون وفق الشروط والاوضاع المقررة في دولة التنفيذ⁽⁵⁾، لذلك ورد النص على قيام كل دولة متعاقدة بتعيين جهة قضائية، أو سلطة أخرى تعينها الدولة

⁽¹⁾ لما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص 154.

⁽²⁾ انظر المادة 49 من اتفاقية واشنطن 1965.

⁽³⁾ غسان علي علي: مرجع سابق، ص 491.

⁽⁴⁾ مرجع نفسه، ص 492.

⁽⁵⁾ نصت المادة 3/54 من اتفاقية واشنطن على أنه "ويحكم تنفيذ هذا الحكم التشريع الوطني المتعلق بتنفيذ الأحكام المعمول بها في الدولة التي يسعى المحكوم له تنفيذ الحكم على اراضيها".

المتعاقدة، حيث يتم اخطار المركز بما تنتظر في طلبات الاعتراف بأحكام التحكيم الصادرة عنه، حيث لجأت بعض الدول المتعاقدة إلى تعيين احدى الوزارات مثل بلجيكا والسويد اللتان عينتا وزارة الخارجية، كما قامت مصر بتعيين وزارة العدل، في حين عينت بعض الدول محاكم الاستئناف أو المحاكم الجهوية مثل ايطاليا والمغرب التي حددت المحكمة الجهوية لمكان التنفيذ، أما تونس فقد عينت المحكمة الابتدائية لمكان التنفيذ، إلى جانب ذلك فإنه يتوجب اخطار المركز بكل تغيير لاحق بشأن الجهة التي عينتها للاعتراف وتنفيذ الحكم، حسب ما نصت عليه المادة 2/54 من ذات الاتفاقية.

أما بالنسبة للجزائر فيبدو أنها لم تقم بإخطار المركز بأي جهة قضائية مختصة، وهو ما يستوجب الرجوع إلى نصوص ق ا م ا، غير أن هذه النصوص لم تستوعب خصوصية تنفيذ أحكام التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي الصادرة عن المركز، فطبقا لنصوص المواد المنظمة لتنفيذ والاعتراف بحكم التحكيم في التشريع الجزائري كما تقدم ذكره، لا تجد محلا للتطبيق بخصوص الاعتراف بحكم المركز وتنفيذه، ذلك أن اتفاقية واشنطن وضعت قرينة قانونية مفادها أن حكم التحكيم قد صدر صحيحا، لا يمكن إيقاف تنفيذه إلا في الاوضاع المنصوص عليها في الاتفاقية عملا لنص المادة 1/53⁽¹⁾ منها، فضلا عن ذلك لا يمكن تصور رفض الاعتراف وتنفيذ حكم المركز لأن الدول المتعاقدة التزمت بموجب نصوص الاتفاقية بمعاملة حكم التحكيم باعتباره حكما نهائيا صادرا عن احدى محاكمها.⁽²⁾

ج - الضمانات المقررة في حالة عدم تنفيذ حكم التحكيم الاستثماري الصادر المركز: يعتبر

حكم التحكيم الصادر عن محكمة المركز من أهم الجوانب في العملية التحكيمية والمحصلة النهائية والطبيعية لعمل هيئة التحكيم، وبالنسبة للحكم الصادر ضد المستثمر الأجنبي فإنه لا يثير أي اشكال لأن أموال المستثمر تقع في اقليم الدولة التي صدر الحكم لصالحها، غير ان الاشكال يثار عندما يصدر حكم لصالح المستثمر وتمتنع الدولة المضيفة عن تنفيذه، فهنا يجد المستثمر نفسه في موقف صعب، وذلك لأن السبل التي يملكها المستثمر لحمل الدولة على التنفيذ هي جميعا سبل ضعيفة فهو لا يستطيع ملاحقة الدولة أمام محاكمها لأن هذه الدعاوى تخضع لشروط وقيود تفرضها القوانين الوطنية، فتمتنع الدولة بالسيادة والحصانة قضائية يحول دون قدرة المستثمر على اجبارها على تنفيذ التزاماتها.⁽³⁾

⁽¹⁾ يرى جانب من الفقه عكس ذلك اذ يجب مراعاة أوجه صحة حكم تحكيم المركز لما يشترطه القانون الداخلي كعدم تعارضه مع حكم داخلي سابق في موضوع النزاع، وعدم مخالفته النظام العام الداخلي وغيرها، راجع في ذلك: علي حسن طرح البحور: الاختصاص القضائي الدولي بحكم التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2006، ص 96-97.

⁽²⁾ محمد عيساوي: مرجع سابق، ص 425.

⁽³⁾ عمر هاشم محمد صدقة: مرجع سابق، ص 226.

لذا فإن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين لا يمكن أن يكون فعالاً دون امكانية ضمان تنفيذ حكم التحكيم وبالرغم من ان إجراءات التنفيذ تنفصل عن العملية التحكيمية ولا تعتبر جزءاً منها، إلا أن التحكيم لا يكون ناجحاً دون وضع نظام يدعم تنفيذ الأحكام، وحتى تضمن اتفاقية واشنطن تنفيذ احكامها وضعت طريقتين للضمان وهما الحماية الدبلوماسية واللجوء إلى محكمة العدل الدولية حسب ما اشارت اليه المادة 27 من ذات الاتفاقية.

1 - الحماية الدبلوماسية: اذا كانت الاتفاقية تعطي المستثمر الأجنبي الحق بالوقوف متساوياً أمام الدولة المضيفة للاستثمار عند حصول النزاع بينهما، عن طريق حرمان هذه الدولة من التذرع بحصاناتها السيادية، فإنه في المقابل تحرم المستثمر وتمنعه من طلب الرعاية والحماية الدبلوماسية من دولته عبر تبني دعواه ضد الدولة المضيفة للاستثمار، وتقوم بمطالبة دولية بالنسبة لنزاع اتفق فيه أحد مواطنيها مع دولة أخرى على أسلوب التحكيم لفض نزاع استثماري، كما أنه على دولته ألا تقوم بهذا الأمر من جهتها، فهي تعطي المستثمر الأجنبي أهلية مباشرة دون الحاجة إلى تمثيله من قبل دولته أما م تحكيم المركز⁽¹⁾، إلا في حالة رفض الدولة المضيفة حكم المحكمة الصادر في النزاع أو عدم تنفيذها له، فان ذلك يبعث مرة أخرى حق المستثمر في الحماية الدبلوماسية.⁽²⁾

2 - اللجوء إلى محكمة العدل الدولية: إن عدم احترام الدولة المضيفة للحكم التحكيمي الصادر ضدها وعدم تنفيذها يفتح المجال أمام هذا المستثمر لطلب الحماية الدبلوماسية على أنه لا تعتبر المباحثات الدبلوماسية غير الرسمية بين الدولتين بهدف تسهيل حل النزاع من قبيل الحماية الدبلوماسية⁽³⁾، ويبقى السؤال مطروح هو: هل أن فتح الباب للمستثمر الأجنبي إلى محكمة العدل الدولية في حاله عدم تنفيذ الحكم من قبل الدولة المضيفة يفرض طلب الحماية الدبلوماسية من قبل دولته أمام محكمة العدل الدولية ذلك أن المادة 64 من الاتفاقية وردت في الباب الثامن منها تحت عنوان المنازعات بين الدول المتعاقدة وليس بين الدول المضيفة للاستثمار المتعاقدة والمستثمر الأجنبي فهل يحق للأفراد اللجوء إلى محكمة العدل الدولية دون الحصول على حماية دبلوماسية من الدولة التي يتبعونها.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ لما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص 158.

⁽²⁾ عمر هاشم محمد صدقة: مرجع سابق، ص 226.

⁽³⁾ أنظر المادة 2/27 من اتفاقية واشنطن 1965.

⁽⁴⁾ لما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص 154.

أجابت عن هذا السؤال المادة 34 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية فعلى الدول وحدها الحق في أن تكون طرف في الدعاوى التي ترفع إلى المحكمة، وبالتالي فإن الافراد والشركات ليسوا مخولين الحق في الترافع أمامها، وبالنتيجة على المستثمر الأجنبي أن يطلب من دولته تمثيله أمام محكمة العدل الدولية بتوافر شروط محددة، وتعتبر قراراتها نهائيا ولا تقبل أي طريق من طرق الطعن ما عدا حالات طلب التفسير والتعديل الخطأ، إلا، ن كون القرار ملزما فإن هذا لا يعني نفاذه، والدولة التي تشكو من عدم التنفيذ يمكنها اللجوء إلى مجلس الأمن الذي يمكنه أن يوصي أو يقرر الإجراءات المناسبة لتنفيذ أحكام المحكمة.⁽¹⁾

كما ذهبت المادة 64 من اتفاقية واشنطن إلى انه في حالة عدم امتثال الدولة المضيفة للحكم الصادر من محكمة المركز يترتب عليها المسؤولية الدولية لخرقها لأحكام الاتفاقية، واستنادا إلى ذلك تستطيع دولة المستثمر رفع دعوى ضد الدولة المضيفة أمام محكمة العدل الدولية وفقا للشروط التي يقرها النظام الأساسي للمحكمة بغرض إلزامها على تنفيذ القرار التحكيمي أو استصدار حكم بالتعويض اذا كانت الدولة المدعية اصابها ضرر مادي من جراء ذلك.⁽²⁾

المعلوم أن المركز الدولي يعتبر جهاز تابع للبنك الدولي للإنشاء والتعمير ويعمل تحت اشرافه ورقابته، ومن ثم فقد تستخدم سلطة البنك ومركزه المعترف به بين الدول الاعضاء كسلاح فعال وأداة ضغط ضد الدولة المضيفة لإجبارها على تنفيذ حكم التحكيم، كما أن هذا التصرف من قبل الدولة المضيفة قد يؤثر على تدفق رؤوس الأموال الأجنبية وإلى عزوف المستثمرين عن الاستثمار وبالتالي البحث عن فرص استثمار في اقاليم أخرى⁽³⁾، فضلا عن ذلك فإن هذا التصرف من شأنه أن يؤثر على المصالح الاقتصادية للدولة التي يرغب البنك في مساعدتها ويؤدي إلى الاضرار بعلاقة هذه الدولة مع البنك، والأهم من ذلك فإن امتناع الدولة عن احترام قرار التحكيم الصادر عن المركز سوف يجرمها من المصدقية اللازمة في المعاملات الدولية في مجال الاستثمارات الأجنبية، وهو خطر لا تملك أي دولة أن تتجاهله.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ أحمد سرحال: قانون العلاقات الدولية المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، 1993، ص 461-464.

⁽²⁾ جلال وفاء محمددين: مرجع سابق، ص 91.

⁽³⁾ عبد المعز عبد الغفار: مرجع سابق، ص 438-439.

⁽⁴⁾ عمر هاشم محمد صدقة: مرجع سابق، ص 228.

من جانب آخر نجد المادة 55⁽¹⁾ من الاتفاقية التي تسمح للدول الأطراف أن ترفض تنفيذ الحكم التحكيمي على أساس الاعتبارات المتعلقة بالسيادة وهذا الدفع قد ينجح في بعض الأحوال، وبالتالي نكون أمام حكم تحكيم صحيح ومعتزف به ولكن من الناحية العملية يصبح معطل بسبب الانصياع لقواعد التنفيذ في دولة التنفيذ مما يؤدي إلى استخدام الدول لهذا الدفع للتهرب من الالتزامات التعاقدية.⁽²⁾

مما تقدم يستدل من منازعات الاستثمار الأجنبي التي احيلت على المركز أن الغالبية العظمى من هذه المنازعات كان مآلها التسوية الودية أو وقف الدعوى⁽³⁾، أو أن الأطراف اختاروا طواعية تنفيذ أحكام المركز، وأن القليل جدا منها هو الذي تخلله تطبيق إجراءات الحجز على الأموال والممتلكات، وهو ما يؤكد على فعالية نظام التحكيم أمام المركز كما يبرهن على نجاح الاتفاقية في تحقيق مسعى واضعيها من كفالة حماية دولية للأحكام الصادرة في إطار الاتفاقية رغبة منهم في حماية مصالح وحقوق المستثمرين الأجانب، ومع ذلك ومن أجل تعزيز الثقة الدولية، فإنه ينبغي توحيد معايير التفسير والتقييم المتبعة في مراجعة الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم.⁽⁴⁾

فالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى من حيث الجوهر-ليس أداة لتسوية منازعات الاستثمار فحسب، وإنما قصد من انشائه تهيئة جو مناسب من الثقة المتبادلة بين المستثمرين من مواطني الدول الأطراف والدول الأطراف في الاتفاقية بغرض تشجيع زيادة تدفق الاستثمارات الدول النامية، عن طريق ارساء قواعد الثقة بين الدول المضيفة للاستثمار والمستثمرين، بحيث يتأكد للطرفين أن منازعاتهما سوف ينظرها جهاز تحكيمه مبادئ قانونية واقتصادية بعيدا عن التيارات السياسية الدولية.⁽⁵⁾

⁽¹⁾ نصت المادة 55 من الاتفاقية على أنه " لايجوز تفسير المادة 54 على أنها تتضمن أي استثناء من احكام القانون المعمول به في أي دولة من الدول المتعاقدة والمتعلق بحصانة تلك الدولة أو أي دولة أجنبية ضد التنفيذ ."

⁽²⁾ كما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص 185.

⁽³⁾ أنظر على سبيل المثال قرار التسوية الودية في الدعوى الصادر بتاريخ 5-02-2007 بناء على طلب أطراف النزاع في القضية « ICSID Case No. Arb06/06 »، بين Rail World LLC and other .v. Republic of Estonia، وايضا قرار التسوية الودية ووقف الدعوى الصادر بتاريخ 12 مارس 2007، بناء على طلب من الطرفين في قضية « ICSID Case No 6/14 Arb »

Shell بين « Bands International AG And Shell Nicaragua.S.A.Vrepublique Of Nicaragua.

⁽⁴⁾ هشام محمد اسماعيل محمد: مرجع سابق، ص 79.

⁽⁵⁾ غسان علي علي: مرجع سابق، ص 493.

المطلب الثاني: الطعن في الحكم التحكيمي في منازعات الاستثمار الأجنبي.

أدى تأثير الطبيعة القضائية لاتفاق التحكيم إلى فتح باب الطعن ضد الحكم التحكيمي، فقد يصدر الحكم وهو يحمل معه سبب من الأسباب التي تجعل منه باطلا، قد تتعلق باتفاق التحكيم أو بأشخاصه، أو قد تمس بإجراءات التحكيم أو أنها تتعلق بحكم التحكيم ذاته⁽¹⁾، فعلى الرغم من حتمية خضوع حكم التحكيم إلى رقابة القضاء، إلا أن الطبيعة الخاصة للعدالة التي يقوم بها المحكم والمستندة أساسا إلى إرادة الأطراف، تضي على طرق الطعن ذاتية مستمدة منها ومن كيفية تنظيمها.

بناء على هذه الاعتبارات لا تختلف أوجه الطعن ضد الأحكام التحكيمية عن تلك الموجهة ضد الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم من حيث الأهداف التي تسعى إلى بلوغها، إنما تختلف من حيث الأشكال التي تتخذها، فهناك طرق طعن لا يمكن اعمالها بشأن حكم التحكيم بسبب ذاتية عدالته، لأجل ذلك حرصت الأنظمة القانونية الوطنية والدولية مجابهة هذه الصعوبة بأساليب مختلفة أخذة بعين الاعتبار الطبيعة غير المتجانسة للتحكيم بوصفه عملا اتفاقي في مصدره وقضائيا في آثاره⁽²⁾، بناء على ذلك سنقسم هذا المطلب وفق مايلي:

الفرع الأول: الطعن في الحكم التحكيمي وفق التشريعات الوطنية.

الفرع الثاني: الطعن في الحكم التحكيمي وفق الاتفاقيات الدولية.

الفرع الأول: الطعن في الحكم التحكيمي وفق التشريعات الوطنية.

تباينت مواقف تشريعات الدول حول طرق الطعن في الحكم التحكيمي، ويمكن التفرقة في هذا الصدد بين اتجاهين: اتجاه يمنح المحتكمين صلاحية الطعن بالاستئناف والطعن بالتماس إعادة النظر، واتجاه لا يجيز الطعن في الحكم التحكيمي إلا عن طريق الطعن بالطلان.

أولا - الطعن في الحكم التحكيمي عن طريق الاستئناف.

اتجهت بعض التشريعات إلى اخضاع أحكام التحكيم إلى نفس الطرق المقررة في الأحكام القضائية عن طريق الاستئناف، ومن بين هذه التشريعات قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري⁽³⁾، وقانون الإجراءات المدنية والتجارية الإماراتي⁽⁴⁾.

(1) لزهري بن سعيد: مرجع سابق، ص 379.

(2) حفيظة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 324.

(3) أنظر المادة 205 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري رقم 13-90 المؤرخ في 17-06-1990، ج ر عدد 13 الصادرة في 10-10-1990.

(4) أنظر المادة 215 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم 11-92 المؤرخ في 8-06-1992، ج ر عدد 235 الصادرة في 8-03-1992.

لا بد من الإشارة إلى أن التشريعات التي تميز استئناف أحكام التحكيم، يقصد به طرح النزاع ويسمح للمحكمة بتصحيح الحكم سواء من حيث الشكل أو الموضوع، على عكس دعوى البطلان التي لا تقبل إلا إذا توافر حالة من الحالات المحددة⁽¹⁾، غير أن هذا الاتجاه تعرض للانتقاد ومرد ذلك كونه يتعارض مع نهائية أحكام التحكيم ويتناقض مع روح النظام لأنه يذهب ببعض مزايا التحكيم.⁽²⁾ أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد ميز بين الاستئناف ضد الأمر برفض الاعتراف والتنفيذ، وبين الاستئناف ضد الأمر بالاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي التجاري الدولي.

أ- الاستئناف في الأمر الرفض الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الدولي: نصت المادة 1055 من ق ا م ا على أنه "يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للاستئناف."، البين من نص المادة أن المشرع الجزائري جعل تنفيذ حكم التحكيم الصادر خارج الجزائر هو الأصل، أما الاستثناء فهو استئناف الأمر القاضي برفض الاعتراف أو التنفيذ، حيث منحت هذه المادة لطالب الاعتراف والتنفيذ الحق في الطعن، على أن يكون الاستئناف أمام المجلس القضائي وهذا خلال شهر ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة⁽³⁾، بمعنى أنه إذا كانت الجهة القضائية الأمرة بالرفض هي رئيس المحكمة الواقع في دائرتها محل التنفيذ⁽⁴⁾، فإن جهة الاستئناف هو المجلس القضائي الواقع في دائرته هذه المحكمة.

غير أن مسألة الأجل القانونية تعرضت للنقد، فالمشرع الجزائري نص على أجل شهر من تاريخ التبليغ، في حين أن الطرف الذي سيطعن في الأمر الرفض هو نفسه الطرف الذي سيقدم طلب الحصول على الصيغة التنفيذية، فإذا لم يتم تبليغ الطرف الخصم بقرار الرفض فإن الأجل يبقى مفتوحا أمامه للاستئناف، وهو ما يعني زوال مفعول الأجل المنصوص عليه.⁽⁵⁾

في ذات السياق قد يطرح التساؤل حول مجال الرقابة التي يمارسها المجلس القضائي على حكم التحكيم الدولي، هل سيكتفي بالرقابة الشكلية شأنه شأن رئيس المحكمة الأمر بالرفض، أم أن الرقابة ستطال الرقابة الموضوعية لحكم التحكيم الدولي؟، وهل من الضروري التبليغ وحضور اطراف النزاع أم أن الإجراءات تبقى على أساس القضاء الولائي؟.

(1) عبد الكريم أحمد أحمد الثلاثاء: مرجع سابق، ص 305.

(2) ابراهيم احمد ابراهيم: مرجع سابق، ص 226.

(3) أنظر المادة 1057 ق ا م ا رقم 08-09.

(4) أنظر المادة 1051 ق ا م ا رقم 08-09.

(5) محمد عيساوي: مرجع سابق، ص 296.

للإجابة على هذه التساؤلات يقتضي الأمر الرجوع إلى نصوص المواد 1055-1056 ق م ا، فهذه المواد جاءت صريحة وواضحة ولم تضع أي شرط، فمن الطبيعي أن يكون دور المجلس القضائي دوراً شكلياً يعتمد على الرقابة الولائية، من خلال التأكد من الوجود المادي لحكم التحكيم واتفاقية التحكيم، وعدم مخالفته النظام العام الدولي⁽¹⁾، إلا أن ذلك لا يعني أن نصوص المواد المنظمة للاستئناف في الأمر الرفض الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الدولي لا يشوبها الغموض، فهذه المواد لم توضح بدقة الآليات التي تسمح لأطراف النزاع الاستثماري بالدفاع عن حقوقها، دون أن يمس ذلك أو حتى يعرقل حججاً أحكام التحكيم الدولية في فض منازعات الاستثمار الأجنبي.

ب- الاستئناف في الأمر الصادر بالموافقة على الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الدولي: قد تصدر الجهة القضائية المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ قرارها بالموافقة على الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الدولي، وهنا قد يطرح التساؤل حول امكانية الطعن في هذا القرار؟ بمعنى آخر هل يجوز للطرف الذي سينفذ ضده حكم التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي الطعن في الأمر الصادر بالموافقة على الاعتراف أو تنفيذ الحكم.؟

أجابت على ذلك المادة 1056 ق م ا، حيث أكد المشرع الجزائري على عدم جواز استئناف الأمر القضائي بالاعتراف أو التنفيذ إلا في حالات محددة⁽²⁾ وحصرياً يتم على أساسها قبول الاستئناف أمام المجلس القضائي المختص إذا ما تحققت، وهذا لضمان فعالية حكم التحكيم ومنع عرقلة التنفيذ من الطرف الذي صدر الحكم ضده في منازعات الاستثمار الأجنبي، فالمشرع يؤمن بضرورة ممارسة الرقابة القضائية على أحكام التحكيم مهما كانت طبيعتها. هذه الأسباب هي نفسها أسباب الطعن بالبطلان، وسيأتي تفصيل هذه الحالات عند الحديث عن دعوى البطلان.

من جهة أخرى يبدو أن المشرع الجزائري قد أورد نصاً غامضاً تضمنته المادة 1037 ق م ا في نصها على أن "تطبق القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل للأحكام على أحكام التحكيم المشمولة بالنفاذ المعجل"،

(1) سليم بشير: مرجع سابق، ص 321-322.

(2) نصت المادة 1056 ق م ا على أنه "لا يجوز استئناف الأمر القضائي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات التالية:

1- إذا فصلت محكمة التحكيم دون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة.

2- انقضاء مدة الاتفاقية.

3- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو كان تعيين المحكم الوحيد مخالف للقانون.

4- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

5- إذا لم يحترم مبدأ الوجاهية.

6- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب.

7- إذا كان حكم التحكيم مخالف للنظام العام الدولي.

فهذا النص يتعارض مع الفقرة الأولى من المادة 1056 من ذات القانون، والتي تجعل الأوامر التي تقضي بالاعتراف بحكم التحكيم أو الأمر بتنفيذه غير قابلة للاستئناف، وبالتالي فالأمر هنا نهائي وهو واجب التنفيذ بمجرد صدوره، فكان على المشرع الجزائري استدراك هذا الخطأ بأن يكمل ما تضمنته المادة 1037 بالنص على تطبيق قواعد التنفيذ المعجل اذا وقع الاستئناف في أمر الاعتراف المنصوص عليه في المادة 1056 بسبب من الأسباب الواردة على سبيل الحصر.⁽¹⁾

في ذات السياق اعتبرت المادة 3/58 من قانون التحكيم المصري أنه "لا يجوز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم، أما الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة وفقا لحكم المادة 09 من هذا القانون خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره"، غير أن هذا النص تم الطعن فيه أما م المحكمة الدستورية العليا كونه يخل بمبدأ المساواة بإعاقته حق التقاضي لطرف في الخصومة دون الطرف الأخرى، ولكن مازال النص يحتاج إلى تدخل تشريعي لإعادة صياغة الفقرة 3 من المادة 58 بما يتفق وحكم المحكمة الدستورية.⁽²⁾

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد فرق بين ما اذا كان التحكيم دوليا وبين ما اذا كان التحكيم داخليا، فيما يتعلق بالتحكيم الدولي نجده في المادة 1523⁽³⁾ من ق ا م ف يميز الطعن بالاستئناف في القرار الصادر برفض الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر في فرنسا وذلك في غضون شهر من تاريخ الاخطار بالقرار، أما المادة 1524⁽⁴⁾ من ذات القانون فإنها لا تجيز الطعن في الامر الصادر بإعطاء الصيغة التنفيذية بأية طريقة من طرق الطعن إلا اذا توافرت حالة من الحالات المنصوص عليها في 1522، بينما أجازت المادة 1525 من ذات القانون⁽⁵⁾ الطعن بالاستئناف في القرار الصادر

⁽¹⁾ عمر بن سعيد: مرجع سابق، ص 58.

⁽²⁾ عبد الكريم أحمد أحمد التلايا: مرجع سابق، ص 418.

⁽³⁾ Art1523 C D P C F "La décision qui refuse la reconnaissance ou l'exequatur d'une sentence arbitrale internationale rendue en France est susceptible d'appel.

L'appel est formé dans le délai d'un mois à compter de la signification de la décision.

Dans ce cas, la cour d'appel connaît, à la demande d'une partie, du recours en annulation à l'encontre de la sentence à moins qu'elle ait renoncé à celui-ci ou que le délai pour l'exercer soit expiré. »

⁽⁴⁾ Art1524 C D P C F "L'ordonnance qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours sauf dans le cas prévu au deuxième alinéa de l'article 1522. Toutefois, le recours en annulation de la sentence emporte de plein droit, dans les limites de la saisine de la cour, recours contre l'ordonnance du juge ayant statué sur l'exequatur ou dessaisissement de ce juge »

⁽⁵⁾ Art 1525 C D P C F "La décision qui statue sur une demande de reconnaissance ou d'exequatur d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger est susceptible d'appel.

L'appel est formé dans le délai d'un mois à compter de la signification de la décision.

Les parties peuvent toutefois convenir d'un autre mode de notification lorsque l'appel est formé à l'encontre de la sentence revêtue de l'exequatur.

بإعطاء الأمر التنفيذي لحكم التحكيم الصادر خارج فرنسا، وذلك خلال شهر من تاريخ الاخطار بالقرار، وقد شدد المشرع الفرنسي في هذه المادة بأنه لا يجوز لمحكمة الاستئناف رفض الاعتراف أو التنفيذ إلا اذا توافرت حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة 1520 من ذات القانون.⁽¹⁾

ثم ان التظلم من الأمر، سواء صدر بالتنفيذ أو برفض التنفيذ، فإن المحكمة المختصة بنظر التظلم تكون لها السلطة التحقق من توافر الشروط اللازمة لتنفيذ حكم المحكمين، وليس لها السلطة بان تقضي بتأييد الأمر أو بإلغائه استنادا إلى توافر أو عدم توافر سبب من أسباب البطلان.⁽²⁾

غير أنه وبالنظر إلى مدى فعالية حكم التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، فإن فتح المجال أمام استئناف امر التنفيذ أو الاعتراف من شأنه أن يؤدي إلى تضييع الوقت والمماطلة، فضلا عن الزيادة في النفقات، لذلك ظهر اتجاه يعارض الطعن في الأحكام الصادرة في الخارج فالنظام القضائي الراهن لا يتطلب نظاما للطعن في الأحكام الدولية لاعتبارات متعددة، إلا أن الأخذ بهذا الرأي يكتنفه العديد من المخاطر، خاصة اذا شاب هذه الأحكام عيوب تتعلق بالاختصاص أو قصور في التسبيب أو وجود تعارض في المبادئ العامة للتقاضي من شأنها أن ترتب بطلان الحكم وعدم تنفيذه.⁽³⁾

ثانيا - الطعن في الحكم التحكيمي عن طريق البطلان.

اتجهت تشريعات بعض الدول بالنص على أن أحكام التحكيم لا يجوز الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن، سوى بدعوى البطلان، وقد سارت هذه التشريعات على نهج القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985⁽⁴⁾، الذي لا يميز الطعن في أحكام المحكمين عن طريق الاستئناف وإنما عن طريق دعوى البطلان اذا توافرت حالة الحالات المنصوص عليها⁽⁵⁾، غير أن اغفال طريق الاستئناف والتماس اعادة النظر يمثل نقصا تشريعا، لأن التماس اعادة النظر يواجه حالات صدور الحكم بناء على غش أو استنادا إلى مستندات مزورة لم تكن تحت تصرف المحكمة وقت صدور الحكم، كما أن هذا الاتجاه يواجه حالات يصعب حتى مع

La cour d'appel ne peut refuser la reconnaissance ou l'exequatur de la sentence arbitrale que dans les cas prévus à l'article 1520 »

⁽¹⁾ عبد الكريم أحمد أحمد الثلايا: مرجع سابق، ص 418-417

⁽²⁾ فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 495.

⁽³⁾ محمد عيساوي: مرجع سابق، ص 299.

⁽⁴⁾ أنظر المواد 34-35 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985.

⁽⁵⁾ عبد الكريم أحمد أحمد الثلايا: مرجع سابق، ص 305.

التوسع في تفسير أسباب البطلان اعتبارها مبررا لدعوى البطلان التي وردت على سبيل الحصر⁽¹⁾، وفي مايلي نوضح حالات وأسباب البطلان وأثار دعوى البطلان حسب اتجاه بعض التشريعات.⁽²⁾

أ - موقف المشرع الجزائري.

اتبع المشرع الجزائري نهج المشرع الفرنسي، الذي فرق بين طرق الطعن في أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة داخل الاقليم الوطني وخارجه، حيث يخضع كل نوع إلى أحكام خاصة فيقبل حكم التحكيم التجاري الدولي الصادر داخل الجزائر إلى الطعن بالبطلان أمام القضاء الجزائري، في حين أن حكم التحكيم التجاري الدولي الصادر خارج الجزائر لا يقبل الطعن فيه بالبطلان أمام القضاء الجزائري⁽³⁾ لذا سيكون الحديث حول حالات الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي الصادر داخل الجزائر المحددة في المادة 1056 من ق ا م ا وتشمل

1- عدم وجود اتفاقية تحكيم: إن وجود اتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي يعد أمر لا مفر منه، طالما أنه يستند إلى إرادة اطراف النزاع، ومن ثم فإذا ادعى أحد الأطراف بعدم وجود اتفاق التحكيم فعليه أن يبحث في الوجود القانوني لهذا الاتفاق⁽⁴⁾، وعلى الرغم من أن صدور حكم التحكيم دون اتفاقية تحكيم يعد أمر نادر الوقوع، ولا يمكن لهيئة التحكيم أن تفصل في النزاع الاستثماري بين الطرفين دون وجود شرط أو مشاركة تحكيم، إلا انه يمكن تصوره في حالة وجود أوراق كرسائل متبادلة

⁽¹⁾ رضا السيد عبد الحميد: قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 في الميزان نظرات انتقادية لبعض الجوانب الإجرائية مدعما بأحدث أحكام النقض، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 123.

⁽²⁾ العيوب التي يجوز التمسك بها بدعوى البطلان يجب أن تكون اخطاء في الاجراء، أي عيوب اجرائية تؤدي إلى بطلان الحكم، أما الخطأ في التقدير أي مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله، فمهما كانت جسامته فإنه لا يؤدي إلى بطلان الحكم، وبالتالي لا يجوز رفع دعوى ببطلانه. عبد الكريم أحمد أحمد الثلايا: مرجع سابق، ص 313.

⁽³⁾ أنظر المادة 1/1058 ق ا م ا. كما أكدت ذلك قرار المحكمة العليا في قضية شركة صناعة الحليب العامة GLT ضد شركة sodi ma حيث قضت بان قرار التحكيم الدولي الصادر خارج التراب الوطني غير قابل للطعن فيه أمام القضاء الجزائري، حتى وإن تعلق بالنفذ المعجل، حيث جاء في قرار انه "حيث ومن الثابت من قرار التحكيم المطعون فيه امام المجلس وغير متنازع فيه، أنه صدر عن محكمة التحكيم الدولي بباريس في 25 أكتوبر 2007، حيث لا يوجد اي نص بقانون الإجراءات المدنية والادارية يسمح بالطعن فيه بالاستئناف أمام المجالس الوطنية وبالأحرى مجلس قضاء الجزائر، وعليه، وبقبولهم للطعن في قرار تحكيمي صادر بباريس حتى وإن كان على النفاذ المعجل، يكون قضاة المجلس بالقرار المطعون فيه قد تجاوزوا سلطاتهم بفعلهما كان عليهم تركه وعرضوه بذلك للنقض والابطال دون حاجة لمناقشة الأوجه المثارة. حيث لم يبق من النزاع ما يتطلب الفصل وعملا باحكام الفقرة الأولى من المادة 365 من ق ا م ا، يتعين القول بأن النقض يكون دون احالة. قرار المحكمة العليا: الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 662514، بتاريخ 05-05-2011، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2013، ص 183-184.

⁽⁴⁾ صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي: الفعالية الدولية لقبول التحكيم في المنازعات الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2004، ص 123.

باعتبارها تتضمن اتفاق تحكيم، في حين أن المحكوم عليه يعتبرها مجرد مفاوضات لم تبلغ اتفاق تحكيم ملزم، كما قد تطرح فرضية وجود هذا الاتفاق ضمن مجموعة عقود متشابهة أو متتابعة، فيثور النزاع حول ما اذا كان يسري هذا الاتفاق على غير العقد الذي يتضمنه. (1)

2- بطلان اتفاقية التحكيم: لم يحدد المشرع سببا معينا لبطلان اتفاق التحكيم أو لقابليته للإبطال، فتنتطبق هنا القواعد المقررة بالنسبة للعقود بصفة عامة، سواء بالنسبة لعيوب الإرادة أو لمحل العقد أو بسببه (2)، غير أن الأمر لا يتوقف على القواعد العامة بل لا بد من مراعاة النصوص المنظمة للتحكيم، كالشروط المتعلقة بالمحل في التحكيم (3)، فضلا عن مراعاة الشروط الشكلية المتعلقة بكتابة اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان وكذا الاخذ بعين الاعتبار مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الاصلي الذي يتضمنه، فلا يترتب على بطلان عقد الاستثمار الأجنبي أو فسخه أو إنحائه أي اثر على شرط التحكيم اذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته. (4)

3- انتهاء ميعاد اتفاقية التحكيم: بالرجوع إلى المادة 1018 ق ا م ا (5)، نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مدة اتفاق التحكيم سواء من بداية الاتفاق أو نهايته، انما اكتفى بتحديد ميعاد التحكيم، إلا ان المقصود بانتهاء ميعاد اتفاقية التحكيم هو انتهاء مدة اتفاق التحكيم - شرط أو مشاركة-، ومن تطبيقات هذه الحالة أن ينص اتفاق التحكيم على ان تبدأ إجراءات التحكيم خلال مدة معينة من قيام النزاع أو من الاتفاق، فإذا لم تبدأ قبل انقضاءها سقط اتفاق التحكيم، كما يدخل في هذه الحالة ايضا تجاوز إجراءات التحكيم للمدة التي اتفق الطرفان على وجوب صدور الحكم خلالها أو التي يحددها النظام الإجرائي الذي اتفق الطرفان على تطبيقه، فهذه المدة تعتبر أحد أهم عناصر الاتفاق. ويكون الامر كذلك عند عدم الاتفاق على المدة، حيث تطبق المدة التي ينص عليها القانون، او في حالة مد المدة الاتفاقية أو القانونية من طرف هيئة التحكيم إلى مدة اضافية، فإذا سقط اتفاق التحكيم، على ما تقدم ومع ذلك بدأت خصومة التحكيم، فللمحتكم ضده التمسك بسقوط الاتفاق لانتهاء مدته. (6)

(1) سليم بشير: مرجع سابق، ص 360

(2) فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق مرجع سابق، ص 576

(3) نصت المادة 1039 على أنه "يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

(4) أنظر المادة 1040 ق ا م ا رقم 08-09.

(5) نصت المادة 1018 ق ا م ا على أنه "يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولولم يحدد اجل لانتهائه..."

(6) فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق مرجع سابق، ص 578

4- التشكيل المعيب لهيئة التحكيم: إذا ثبت للجهة القضائية أن حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر معيب، كون اتفاقية التحكيم لم تعين المحكمين أو المحكم الوحيد، ولم تحدد كيفية تعيين المحكمين، أو كان تعيينهم مخالف للقانون، فإنه لا تقضي ببطان حكم التحكيم⁽¹⁾، لذلك لا بد من مراعاة كيفية تشكيل هيئة التحكيم، فضلا عن مراعاة الشروط الواجب توافرها في المحكم⁽²⁾ فتخلف احدى هذه الشروط من شأنه ان يؤدي إلى ابطال الحكم أو رد المحكم⁽³⁾. بناء على هذه الاعتبارات فان حكم التحكيم في الاستثمار الأجنبي يبطل اذا كان تشكيل الهيئة التحكيمية، سواء كانت مشكلة من محكم واحد أو اكثر تشكيلا مخالفا للاتفاق أو للقانون، لذا ينبغي احترام النظام الإجرائي المنظم لتشكيلها.

5- فصل محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة اليها: إن تجاوز المحكم حدود الصلاحيات المخولة له يأخذ عدة صور فقد تتعلق باختيار الأطراف للقواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، سواء كانت وطنية أو عابرة للدول، وعلى الرغم من ذلك تقضي هيئة التحكيم على خلاف ذلك، وقد يظهر هذا التجاوز ايضا عن طريق اغفال الفصل في بعض الطلبات المقدمة من الأطراف، كما قد يتعدى المحكم لحدود مهمته أما موضوعيا بفصله في مسائل لم يشملها اتفاق التحكيم أو تجاوزه حدود الاتفاق، أو اجرائيا وهذا في حالة عدم احترامه للإجراءات المتفق عليها بين أطراف النزاع⁽⁴⁾، لذا فإن تجاوز هيئة التحكيم أو المحكم الوحيد المهم المسندة اليه من شأنها ان يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم الدولي، وهو ما اكده المشرع الجزائري بنص المادة 3/1056 ق ا م ا، حيث ألزمت المحكمين أو المحكم الوحيد حدود المهمة المسندة اليهم.

6-عدم مراعاة مبدأ الوجاهية: نصت المادة 4/1056 من ق ا م على انه "...اذا لم يراع مبدأ الوجاهية.."، ويقصد بمبدأ المواجأة حق الخصم في ان يعلم علما تاما، وفي وقت مناسب بكل إجراءات الخصومة⁽⁵⁾، وما تشمله من عناصر قانونية وواقعية تدخل وتؤثر في اقتناع القاضي⁽⁶⁾، ومن اسباب بطلان

(1) بشير سليم: مرجع سابق، ص 364.

(2) أنظر المادة 1014 ق ا م رقم 08-09.

(3) أنظر المادة 1016 ق ا م رقم 08-09.

(4) محمد فرعون: الرقابة القضائية على القرارات التحكيمية، اطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون المنازعات، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2017-2018، ص 48.

(5) على الرغم من الفروقات الموجودة بين الخصومة التحكيمية، والخصومة القضائية التي تضمن عدالة وجدية وحسن سير جلسات، الا أن المحكم يقع عليه نفس الالتزام وهو ملزم باحترام مبدأ المواجأة، فالحرية الممنوحة له ليست مطلقة، وينبغي عليه التقييد بالضمانات الأساسية في عملية التقاضي. نوال زروق: مرجع سابق، ص 340. نقلا عن محمد علي حسن عويضة: حق الدفاع كضمانة اجرائية في خصومة التحكيم، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2008، ص 152.

(6) عيد محمد القصاص: التزام القاضي باحترام مبدأ المواجأة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 19.

حكم التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي ثبوت الاخلال بحقوق الدفاع، فهو يعد خرق اساسي لمبدأ التقاضي بسبب عدم احترام مبدأ المواجهة والمساواة بين الخصوم في جميع مراحل الخصومة التحكيمية⁽¹⁾، اذ ينبغي على المحكم ان يمكن كل طرف في النزاع من تقديم الأدلة والحجج، كما ينبغي على المحكم أن يبلغ كافة الوثائق التي تنتهي اليه كتقارير الخبرة، وأن يدعو إلى إبداء الرأي والمناقشة حول أي دفع.⁽²⁾

بصفة عامة فان حكم التحكيم يبطل اذا لم تمكن هيئة التحكيم الخصم من الادلاء بما له من طلبات ودفع ودفوع، أو اثبات ما لديه ونفي ما يثبته خصمه، اولم تتخذ الإجراءات في مواجهة الطرفين، سواء تعلق الامر بتنظيم المرافعات الشفوية وتبادل المذكرات، مع الاخذ بعين الاعتبار حرية الأطراف في تنظيم الإجراءات، ومدى تدخل هيئة التحكيم لتنظيمها عن عدم الاتفاق مع التقييد بما ينص عليه قانون التحكيم.⁽³⁾

7- عدم تسبب الحكم أو وجود تناقض في الأسباب: نصت المادة 5/1056 ق ا م ا بنصها على أنه "اذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو اذا وجد تناقض في الأسباب"، فالمرجع الجزائري اشترط تسبب الحكم التحكيمي، كونه يعد من مستلزمات الحكم شأنه شأن الحكم القضائي، كما دعم المشرع هذا الموقف أيضا بنص المادة 2/1027 من ذات القانون⁽⁴⁾، وفي هذا تأكيد على أهمية التسبب، فهو السبيل الذي اوصل المحكم إلى ما انتهى اليه في حكمه، كما أنه لا يكف تسبب الحكم، بل لابد أن لا تكون هذه الأسباب متناقضة تستند إلى افكار قانونية متناقضة ومختلفة، وتحقق هذه الحالة عندما تهدم بعض الأسباب بشكل لا يمكن معه أن يبقى الحكم مؤسسا.⁽⁵⁾

8- مخالفة حكم التحكيم النظام العام الدولي: يعرف النظام العام الدولي على انه مجموعة القواعد والمعايير والمبادئ المستخلصة من المقتضيات الأساسية في مختلف القوانين الوطنية وخاصة القانون الدولي⁽⁶⁾،

⁽¹⁾قضت المحكمة العليا ببطان حكم التحكيم لعدم مراعاة مبدأ الوجاهية، بين مؤسسة تحويل الجيوب للغرب STCO، ومؤسسة ROBLAK PANAMA، حيث صدر حكم التحكيم عن جمعية تجارة البذور غافنا بلندن، وجاء في حيشيات القرار: "ان الامر المستأنف عاين الشروط المتوافرة في المادة 1056 ق ا م ا، والتي توجب احترام مبدأ الوجاهية في التحكيم، ومن ثم قبل الاستئناف، غير انهبالرجوع إلى هذا الاخير لا يظهر للمحكمة العليا ان عاين مبدأ الوجاهية في حكم التحكيم....وهو ما يؤدي إلى نقض وابطال القرار المطعون فيه." قرار المحكمة العليا: الغرفة التجارية والبحرية، مجلة المحكم العليا، ملف رقم 838445، بتاريخ 04-04-2013، العدد الأول، 2013، ص 210-212.

⁽²⁾فوزي محمد سامي: مرجع سابق، ص 391.

⁽³⁾فنجي والي: مرجع سابق، ص 590-591.

⁽⁴⁾ نصت المادة 2/1027 ق ا م ا على أنه " يجب ان تكون احكام التحكيم مسببة."

⁽⁵⁾ معتر عفيفي: نظام الطعن على حكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012، ص 709.

⁽⁶⁾ سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 178.

أما في مجال الإجراءات فهو يعبر عن الاصول العامة في التقاضي التي لا يتصور تحقيق العدالة دون الالتزام بها⁽¹⁾، وقد ميز المشرع الجزائري بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي، فيما يتعلق بالقواعد المطبقة على التحكيم الداخلي والدولي، وتبدو أهمية التمييز بين النظامين في الطريقة التي يفسر بها القاضي النظامين عند تطبيقه للقانون في المسائل المتعلقة بكل واحد منهما في مجال التحكيم⁽²⁾ وهو ما نصت عليه المادة 6/1056 ق ا م ا، التي فرضت على القاضي أن يتحقق من عدم مخالفة التحكيم الدولي الصادر في الجزائر النظام العام الدولي، وليس النظام العام الداخلي كما هو الحال بالنسبة لأحكام التحكيم الداخلية، لذا يتوجب على القاضي عند تحديده النظام العام الدولي ألا يعتمد على المعايير الداخلية لأنه ليس كل ما يخالف النظام العام الداخلي يخالف حتما النظام العام الدولي والعكس صحيح⁽³⁾، ومن ثم يبطل حكم التحكيم الدولي اذا خالف النظام العام الدولي، ولا يبطل اذا خالف النظام العام الداخلي في الجزائر.

أما عن الآثار المترتبة على رفع دعوى البطلان فقد نصت المادة 1060 ق ا م ا على انه "يوقف تقديم الطعون واجل ممارستها، المنصوص عليها في المواد 1055 و 1056 و 1058، تنفيذ أحكام التحكيم"، البين من نص المادة ان رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي من شأنه وقف تنفيذ حكم التحكيم فورا، دون الحاجة إلى رفع دعوى بوقف تنفيذه. لذا فإن الطرف الذي يريد تقديم طلب تنفيذ حكم التحكيم إلى الجهات القضائية المختصة، عليه أن ينتظر إلى غاية انقضاء ميعاد الطعن في حالة رفعه، أو ينتظر إلى غاية الفصل في الطعن بالبطلان في حالة رفعه⁽⁴⁾، غير أن المشرع الجزائري أغفل الحديث عن الإجراءات الواجب إتباعها، وهذا في حالة ان محكمة الاستئناف قضت برفض دعوى البطلان، فيثار الاشكال هنا حول اثر قرار محكمة الاستئناف على الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر، هذا من جهة ومن جهة أخرى اغفل المشرع أيضا حالة قبول دعوى البطلان وقبول حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر، فلم يتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية نصوصا تنظم هذه الحالات.

⁽¹⁾ هذه القيم أو الاصول تتسع لتشمل مبداء حرية التعاقد والقوة الملزمة للعقد، ومبداء عدم جواز استعمال الحق، ومبداء حسن النية في تنفيذ العقود، وابطال الغش ومبداء عدم جواز الاثراء بلا سبب وغيرها من المبادئ الواردة في تشريعات الدول. ابراهيم رضوان الجغبير:

مرجع سابق، ص 233-234

⁽²⁾ نوال زروق: مرجع سابق، ص 347.

⁽³⁾ بشير سليم: مرجع سابق، ص 373.

⁽⁴⁾ محمد جارد: مرجع سابق، ص 584.

ب- موقف المشرع المصري: نظم المشرع المصري حالات قبول دعوى البطلان ضد الحكم التحكيمي بموجب المادة 53 من قانون التحكيم المصري، و اعتبر ان دعوى البطلان لا تقبل إلا في الحالات التالية:

- 1- اذا لم يوجد اتفاق تحكيم، أو اذا كان هذا الاتفاق باطلا أو قابلا للإبطال أو سقط بانتهاء مدته.
- 2 - اذا كان احد طرفي اتفاق التحكيم وقت ابرامه فاقد أهلية أو ناقصا وفقا للقانون الذي يحكم أهلية.
- 3 - اذا تعذر على احد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم اعلانه اعلانا صحيحا بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم، أو لأي سبب اخر خارج عن ارادته .
- 4 - اذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين.
- 5 - اذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم، أو جاوز حدود هذا الاتفاق.
- 6 - اذا وقع بطلان في حكم التحكيم، أو اذا كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلانا اثر في الحكم.
- 7 - اذا تضمن حكم التحكيم ما يخالف النظام العام في مصر.

أما من حيث المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان،، فنجد المشرع المصري حدد بموجب نص المادة 2/54 من قانون التحكيم المصري ان المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان، سواء جرى التحكيم في مصر أو خارجها هي محكمة استئناف القاهرة، ما لم يتفق الأطراف على اختصاص محكمة استئناف اخرى، وعلى ذلك فان المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان هي محكمة الدرجة الثانية، واختصاصها في هذه الحالة يكون اختصاصا نوعيا متعلقا بالنظام العام.⁽¹⁾

من جهة أخرى فقد رتب المشرع المصري على الحكم ببطلان حكم التحكيم زوال هذا الحكم كله أو جزء منه، حسب ما اذا كان البطلان كلياً أو جزئياً، كما يزول كل ما يترتب عليه من اثار، وإذا قضت المحكمة ببطلان حكم التحكيم، انتهت الخصومة أمامها، فليس للمحكمة بعد ان تقضي بالبطلان سلطة نظر الموضوع للفصل فيه، فدعوى البطلان ليست استئناف للحكم⁽²⁾.

ج- موقف المشرع الفرنسي: حددت المادة 1502 من ق ا م ف، حالات قبول دعوى

البطلان ضد الحكم التحكيمي وهي تشمل:

⁽¹⁾ نبيل اسماعيل عمر: مرجع سابق، ص416.

⁽²⁾ فتحي والي: مرجع سابق، ص625.

1 - عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانها وانقضائه.

2 - وجود مخافة للقواعد الخاصة بتعيين المحكم أو بتشكيل هيئة التحكيم.

3 - عدم احترام مبدأ الوجاهية.

4 - تعارض الاعتراف أو تنفيذ الحكم مع النظام العام الدولي.

كما اتجه القضاء في فرنسا سعيًا وراء تحقيق القدر الأعظم من الفعالية لأحكام التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة إلى الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية رغم إبطالها في الدولة التي صدر فيها، وذلك بناءً على أن أسباب البطلان التي أبطلت من أجلها تلك الأحكام لا تتوافر في قوانين هذه الدول، حيث استند هذا القضاء في ذلك إلى نص الفقرة الأولى من المادة 7 من اتفاقية نيويورك التي نصت على أنه " لا تخل أحكام هذه الاتفاقية بصحة الاتفاقات الجماعية أو الثنائية التي أبرمتها الدول المتعاقدة بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها ولا تحرم أي طرف من حقه في الاستفادة بحكم من أحكام المحكمين بالكيفية وبالقدر المقرر في تشريع أو معاهدات البلد المطلوب إليها الاعتراف أو التنفيذ"، وقد تم تبني هذا التوجه لأول مرة في قضية Norsolor حيث أوضحت محكمة النقض الفرنسية أن حكم التحكيم الصادر في النمسا يمكن تنفيذه في فرنسا بالرغم من إبطاله جزئياً في النمسا، وذلك إستناداً إلى المادة 7 من اتفاقية نيويورك.⁽¹⁾

فهذا التوجه من شأنه زيادة فعالية حكم التحكيم كما يضمن تنفيذه بما يتفق والمادة 7 من اتفاقية نيويورك، إلا أن ذلك قد يشكل تحدياً ملحوظاً لسيطرة الدولة التي تم فيها التحكيم، لذلك يكون من الضروري التوفيق بين ضمان الفعالية للحكم التحكيمي واحترام قرار قاضي بلد المنشأ، خصوصاً وأن هذه الفعالية لن تتحقق إلا إذا نال ثقة صناعات القرارات والقوانين وكذلك ثقة المحاكم في الدول التي يتم فيها التحكيم أو تطبق فيها أحكامه.⁽²⁾

في ذات السياق جعل المشرع الفرنسي أحكام التحكيم قابلة للتنفيذ الجبري وفق الإجراءات القانونية الواجب إتباعها دون أن يكون لميعاد الطعن بالبطلان أثر موقوف على تنفيذ حكم التحكيم⁽³⁾، أما فيما يتعلق بقبول دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي الصادر في فرنسا، فإن محكمة

⁽¹⁾ بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 437.

⁽²⁾ المرجع نفسه، ص 440.

⁽³⁾ نوال زروق: مرجع سابق، ص 352.

الاستئناف وبعد قضائها بالبطلان تنتهي مهمتها ولا يكون لها التصدي، وهذا على خلاف التحكيم التجاري الداخلي⁽¹⁾.

ثالثا - الطعن بالحكم التحكيمي عن طريق النقض.

إلى جانب الطعن بالاستئناف في أوامر تنفيذ أو رفض تنفيذ حكم التحكيم، نص المشرع الجزائري على امكانية الطعن في قرارات القاضي الرافض الاعتراف ومنح الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم وأوامر الاعتراف والتنفيذ للأحكام الصادرة خارج الجزائر، حسب ما اشارت اليه المادة 1060 ق م ا بنصها على انه "تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و 1056 و 1058 اعلاه قابلة للطعن بالنقض."، غير ان هذا النص جاء غامضا فلم يحدد المشرع الإجراءات الواجب إتباعها أما المحكمة العليا، أو حتى الحالات التي يمكن على اساسها طلب الطعن بالنقض. فهل يؤسس الطعن بالنقض وفق الحالات المنصوص في المادة 358 ق م ا⁽²⁾، فيما اذا كان المشرع قصد القواعد العامة للطعن بالنقض حسب ما تنص عليه المادة 349 ق م ا بنصها على أنه " تكون قابلة للطعن بالنقض الأحكام والقرارات الفاصلة في موضوع النزاع والصادرة في اخر درجة من المحاكم والمجالس."، أو على اساس الحالات الواردة في المادة 1056 ق م ا؟.

لابد من التمييز بين ما اذا كان موضوع الطعن بالنقض يتعلق برفض الاعتراف أو التنفيذ وهنا نعود إلى القواعد العامة، أي الحالات المؤسس المحددة في المادة 358 ق م ا، أما اذا كان الطعن بالنقض منصب على الامر القاضي بالاعتراف والتنفيذ، فان المشرع الجزائري لم يجز الاستئناف ولا الطعن بالبطلان، وأجازه في 6 حالات حسب المادة 1056 ق م ا، والتي تمثل اوجه للاستئناف والطعن بالنقض في نفس الوقت، وعليه فان الطعن بالنقض يؤسس على الحالات الواردة في المادة 1056.⁽³⁾

(1) بشير سليم: مرجع سابق، ص 376.

(2) نصت المادة 358 ق م ا على أنه "لا يبيى الطعن بالنقض الا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية:

1 - مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات. 2- اغفال الاشكال الجوهرية للاجراءات. 3- عدم الاختصاص. 4- تجاوز السلطة. 5- مخالفة القانون الداخلي. 6 -مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الاسرة. 7- مخالفة الاتفاقيات الدولية 8- انعدام الاساس القانوني 9 انعدام التسيب. 10- قصور التسيب. 11- تناقض التسيب مع المنطوق. 12- تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم او القرار. 13- تناقض احكام او قرارات صادرة في اخر درجة، عندما تكون حجية الشيء المقضي فيه قد اثرت بدون جدوى، وفي هذه الحالة يوجه الطعن بالنقض ضد اخر حكم او قرار من حيث التاريخ، واذا تأكد هذا التناقض يفصل بتأكيد الحكم او القرار الأول...» .

(3) حورية يسعد: طرق الطعن في احكام التحكيم طبقا للقانون الجزائري، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 21-22 أبريل 2010، ص 394.

فضلا عن ذلك فإن اجراء مقارنة بين الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 ق ا م ا، وتلك المنصوص عليها في المادة 358 ق ا م ا، تسمح بوجود تطابق إلى حد ما مع اختلاف في التسميات، لذلك فإن سكوت المشرع عن تحديد اوجه الطعن بالنقض هو بمثابة اعطاء حرية للقاضي في التطبيق، سواء الأحكام الخاصة المتعلقة بالاستئناف والطعن وفتح المجال أما م تطبيق الأحكام العامة الواردة في المادة 358 ق ا م ا.⁽¹⁾

الفرع الثاني: الطعن في الحكم التحكيمي وفق الاتفاقيات الدولية.

اتجهت معظم الاتفاقيات الدولية إلى الاخذ بالمبدأ الذي يعطي للقضاء حق الرقابة على الأحكام التحكيمية، هذا الموقف يجد اساسه في ضرورة احترام نصوص التشريعات الوطنية التي اقرت الطعن في حكم التحكيم⁽²⁾، غير ان ذلك لم يمنع من لجوء بعض الاتفاقيات إلى اعتبار احكام التحكيم احكام نهائية غير قابلة للطعن، كما هو الشأن بالنسبة للاتفاقية الموحدة لرؤوس الاموال العربية في الدول العربية، والتي اعتبرت ان قرار هيئة التحكيم نهائي وملزم ويتوجب على اطراف النزاع الامتثال له، وتنفيذه بمجرد صدوره⁽³⁾، فضلا عن وجود بعض القواعد التحكيمية الدولية تعتبر الحكم التحكيمي عند صدوره باتا ونهائيا، ولا يجوز الطعن فيه، وتبرير ذلك ان قبول الطرفين حسم النزاع عن طريق التحكيم يعتبر قبولا للقرار الذي يصدر، فهذه القواعد اخذت بنظام الرقابة السابقة على القرار التحكيمي قبل صدوره عن طريق عرضه على هيئة خاصة نصت عليها تلك القواعد، مثال ذلك ما نصت عليه المادة 21 من قواعد الغرفة التجارية الدولية بباريس، التي لم تترك مجالا للطعن في حكم التحكيم أمام القضاء، وإنما أوجدت نظاما للرقابة المسبقة على صدور الحكم للتأكد من سلامته.⁽⁴⁾

غير أننا سنكتفي في هذا الفرع بما جاء في اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ احكام المحكميين الاجنبية 1958، واتفاقية واشنطن 1965 لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى من اسباب تتعلق برفض تنفيذ حكم التحكيم.

⁽¹⁾ مثال عن اختلاف التسميات تمسك المحكمة التحكيمية خطأ باختصاصها، فهو يندرج ضمن الحالة 3 و4 وهي حالة عدم الاختصاص وتجاوز السلطة، وكذلك الشأن عندما تفصل هيئة التحكيم دون اتفاقية تحكيم او بموجب اتفاقية باطلة، فهذه الحالة تدخل في حالات عدم الاختصاص وتجاوز السلطة او انعدام الاساس القانوني، إلى جانب ذلك فان تشكيل محكمة التحكيم او تعيين المحكم الوحيد بشكل مخالف للقانون يعتبر ضمن الحالات التي نصت عليها الأحكام العامة وهي مخالفة او اغفال قاعدة جوهرية في الإجراءات.

نورالدين بكلي: مرجع سابق، ص 54

⁽²⁾ محمد علي بني مقداد: المسلك السليم لاصدار وتنفيذ حكم التحكيم، دار دروب للنشر والتوزيع، الاردن، 2012، ص 176.

⁽³⁾ أنظر المادة 8/3 من الاتفاقية الموحدة لرؤوس الاموال العربية في الدول العربية لعام 2013.

⁽⁴⁾ فوزي محمد سامي: مرجع سابق، ص 390.

أولاً - الطعن في الحكم التحكيمي وفق اتفاقية نيويورك 1958.

إذا ما توافرت القواعد والأحكام السابقة والخاصة بطلب تنفيذ حكم التحكيم، وقام طالب التنفيذ بالوفاء بالتزامات التي تلقىها على عاتقه نصوص اتفاقيات التحكيم أو نصوص التشريعات الوطنية، فإن حكم التحكيم تقوم في شأنه قرينة الصحة والسلامة، وهنا يعد الحكم من الناحية القانونية في حدود المنازعة التي صدر في شأنها نهائياً وملزماً، وبالتالي يكون واجب التنفيذ، ومع ذلك فإن هذه القرينة قد يعتريها توافر إحدى حالات رفض تنفيذ حكم التحكيم جاءت على سبيل الحصر، خاصة وأن هذه الحالات تمثل جميع الحالات المنصوص عليها في التشريعات الوطنية، والاتفاقيات الدولية الخاصة بموضوع التحكيم⁽¹⁾، وبالنظر إلى نص المادة 5 من الاتفاقية، يبدو أن حالات رفض تنفيذ حكم التحكيم تنقسم إلى مجموعتين:

أ - حالات رفض تنفيذ حكم التحكيم بناء على طلب أحد الخصوم: تشمل هذه المجموعة خمس حالات لرفض تنفيذ الحكم، ويقع عبء اثباتها على عاتق الطرف المحكوم ضده، ومن ثم فإن المحكمة المختصة لا تقضي بالرفض من تلقاء نفسها، بل يشترط لذلك طلب من الطرف المحكوم ضده، وهي كما يلي:

1- انعدام أهلية أحد الخصوم أو عدم صحة اتفاق التحكيم. وفقاً لنص المادة 5/1 من اتفاقية نيويورك فإنه لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم، إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليه الاعتراف والتنفيذ الدليل على أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقاً للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي أهلية، أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقاً للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

بناء على هذه الاعتبارات فإنه لا يجوز للمحكمة المختصة رفض تنفيذ حكم التحكيم، إلا إذا قدم المحكوم عليه الدليل على أن أطراف الاتفاق كانوا طبقاً للقانون الذي يحكمهم ناقصي أهلية، وهنا يقع عليه عبء اثبات ذلك وتقديم الدليل عليه⁽²⁾، وفي سبيل معرفة القواعد القانونية التي تحكم مسائل أهلية ينبغي الرجوع إلى القانون الشخصي لأطراف التحكيم، حيث تذهب بعض الدول إلى تفسير القانون الشخصي بأنه قانون الدولة التي يحمل الطرف جنسيتها، وهذا هو الحال في معظم القوانين

⁽¹⁾ محمد داود الزعبي: مرجع سابق، ص 242.

⁽²⁾ المرجع نفسه، ص 49.

العربية،⁽¹⁾ وعلى الرغم من ذلك فإن دول العالم تنقسم إلى مجموعتين أساسيتين: الأولى تعتبر قانون الجنسية هو القانون الشخصي، والثانية تعتبره قانون الموطن، لذا تركت الاتفاقية تحديد ذلك للقاضي عند نظر الطلب⁽²⁾، فقد يكون قانون البلد الذي يحمل الشخص جنسيته كما هو الشأن في التشريع الجزائري والفرنسي وغيرهما، وقد يكون قانون الموطن كما هو الحال في التشريع الأمريكي والانجليزي.⁽³⁾

إلى جانب ذلك حددت اتفاقية نيويورك من ناحية أخرى القانون الذي يعتد به للتعرف على مدى صحة اتفاق التحكيم، وهو قانون إرادة الأطراف، فإذا لم يتفق الطرفان على تحديد القانون، فالعبرة حينئذ بقانون الدولة التي صدر فيها الحكم، وهو ما نصت عليه المادة الثانية من ذات الاتفاقية⁽⁴⁾، فضلا عن ذلك فإن الاتفاقية افترضت في حكم التحكيم الأجنبي المطلوب تنفيذه صدوره استنادا إلى اتفاق تحكيمي توافرت له مقومات وجوده وصحته، وأقامت بذلك قرينة قانونية من شأنها نقل عبء إثبات كل ادعاء بانعدام هذا الاتفاق أو عدم صحته على عاتق من يطلب تنفيذ حكم التحكيم ضده⁽⁵⁾.

2 - اهدار حق الدفاع للخصم وعدم ابلاغه بإجراءات التحكيم: لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم

التحكيم إذا قدم الخصم في منازعات الاستثمار الأجنبي الذي يحتج عليه بالحكم الدليل على أنه لم يعلن اعلانا صحيحا، أي تخلفه اعلانه على النحو الذي يتحقق معه جهله بخصومة التحكيم أو استحالة متابعتها وتقديم دفاعه فيها⁽⁶⁾، لذلك بينت الفقرة الأولى من المادة الخامسة هذه الحالة، والتي إذا توافرت جاز للطرف الخاسر أن يطلب رفض تنفيذ الحكم، حيث أوجبت الاتفاقية إقامة الدليل على عدم اعلانه اعلانا صحيحا بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم، أو كان من المستحيل لسبب آخر تقديم الدفاع⁽⁷⁾، فاحترام حقوق الدفاع كإجراء يعد مطلب أساسي في مجال منازعات الاستثمار الأجنبي، لذا ينبغي على هيئة التحكيم توفير ذلك لأطراف النزاع.

(1) محمد داود الزعبي: مرجع سابق، ص 244.

(2) سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 332.

(3) محمد عيساوي: مرجع سابق، ص 243.

(4) محمد داود الزعبي: المرجع نفسه، ص 245.

(5) خالد أحمد عبد الحميد: مرجع سابق، ص 50.

(6) مرجع نفسه، ص 49.

(7) حقوق الدفاع متعددة منها ما يتعلق تكليف المدعى عليه بالحضور في المرافعات، تبادل المستندات سملع الاطراف والشهود، تحديد مدة كافية لتبادل المذكرات، الاخطار بمواعيد عقد الجلسات، تبليغ الخصم باسم المحكم الذي عينه الطرف الاخر او عينته هيئة التحكيم وغيرها، محمد داود الزعبي: مرجع سابق، ص 246.

3 - خروج المحكمين عن حدود التحكيم: اذا كان المحكم يستمد ولايته من اتفاق التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار فإنه يجب عليه ان يتقيد بنطاق هذا الاتفاق وموضوعه، وإلا كان حكمه عرضة للبطلان⁽¹⁾، حيث اجازت اتفاقية نيويورك بمقتضى المادة 1/5 ج⁽²⁾، رفض الاعتراف بالحكم أو تنفيذه وذلك اذا قام الطرف الذي يجري التنفيذ في مواجهة الدليل على ان الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشاركة التحكيم أو في شرط التحكيم أو تجاوز حدودها فيما قضته، وبالرغم من ذلك فقد اجازت الاتفاقية الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع اصلا للتسوية بطريق التحكيم إذا امكن الفصل عن باقي اجزاء الحكم غير المتفق على حلها بهذا الطريق، معنى ذلك أنه يجوز تجزئة الحكم بحيث يمكن للقاضي ان يرفض الجزء الذي لم يدخل في نطاق التحكيم⁽³⁾.

4 - عدم صحة تشكيل هيئة التحكيم أو عدم سلامة الإجراءات التحكيمية: من أسباب رفض تنفيذ حكم التحكيم نجد تشكيل هيئة تحكيم على غير ما اتفق عليها الأطراف، أو ان الإجراءات المتبعة من قبل الهيئة مخالفة للاتفاق، ويرجع تحديد صحة تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم إلى القواعد التي اتفق اطراف النزاع الاستثماري على تطبيقها صراحة أو ضمنا، أما في حالة عدم اتفاقهم فيرجع في ذلك إلى قانون الدولة التي تم فيها التحكيم، فقانون دولة التحكيم يسد ذلك النقص⁽⁴⁾.

5 - عدم نهائية الحكم أو ابطاله أو ايقاف تنفيذه: جاء النص على هذه الحالة في البند ه من المادة 1/5⁽⁵⁾، حيث تضمن هذا البند وقف الأمر بتنفيذ الحكم اذا اثبت الطرف الخاسر في النزاع، سواء المستثمر الأجنبي أو الدولة المضيفة للاستثمار ان حكم التحكيم لم يصبح بعد ملزما للأطراف، أو ان حكم التحكيم الأجنبي قد ابطل أو اوقف تنفيذه .

غير ان الاتفاقية لم توضح المقصود من استعمال لفظ ملزم، هل يقصد به أن حكم التحكيم لم يصبح نهائيا؟ أو ان هذا الحكم لم يجز حجية الشيء المقضي؟.

⁽¹⁾عاشور مبروك: النظام القانوني لتنفيذ أحكام المحكمين، مرجع سابق، ص 273.

⁽²⁾نصت المادة 1/5 ج من اتفاقية نيويورك على انه " اذا فصل المحكم في نزاع غير وارد في مشاركة التحكيم او في عقد التحكيم، او تجاوز حدوده فيما قضى به، ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع اصلا للتسوية بطريق التحكيم اذا امكن فصله عن باقي اجزاء الحكم غير المتفق على حله بهذا الطريق."

⁽³⁾محمد داود الزعبي: مرجع سابق، ص 247

⁽⁴⁾خالد احمد عبد الحميد: مرجع سابق، ص 53

⁽⁵⁾نصت المادة 1/5 ه على انه " اذا كان حكم التحكيم لم يصبح بعد ملزما للطرف او كان قد اغي، او اوقف تنفيذه بمعرفة السلطة المختصة لدولة التي صدر فيها او الدولة التي يطبق قانونها."

يبدو أن غموض هذا اللفظ كان مقصودا من جانب واضعي اتفاقية نيويورك، وذلك بقصد تفسيره في كل دولة التفسير المناسب لها، وقد عبر البعض عن ذلك بالقول أن هذا اللفظ اخذ به باعتباره حلا توفيقيا، وان من شأنه تلافي تكرار الحصول على أمر بالتنفيذ في كل من الدولة التي صدر فيها والتي ينبغي تنفيذه فيها⁽¹⁾، حيث أراد واضعو اتفاقية نيويورك حل مشكلة ازدواجية التنفيذ التي كانت واردة في اتفاقية جنيف لعام 1927، التي توجب ضرورة حصول حكم التحكيم على امر التنفيذ في بلد المنشأ وبلد التنفيذ⁽²⁾.

أما الحالة الثانية التي تعرضت لها الاتفاقية فهي ألا يكون حكم التحكيم الأجنبي قد أبطل أو اوقف تنفيذه، ويتعلق الامر هنا برفض المحكمة تنفيذ الحكم اذا قدم الطرف الذي سيكون التنفيذ ضده الدليل على ان الحكم قد ابطال أو اوقف تنفيذه من قبل السلطة المختصة في البلد الذي صدر حكم التحكيم فيه، أو البلد الذي صدر الحكم طبقا لقانونه، وذلك باعتبار تلك السلطة هي الوحيدة التي لها روابط وثيقة بالتحكيم، ومن ثم يتحتم قبول رأيها في حكم التحكيم. ومن جهة أخرى ولتفادي العراقيل نصت المادة 6 من ذات الاتفاقية على ان للسلطة المختصة اذا رات مبررا ان توقف الفصل في هذا الحكم اذا كان قد طلب الغاء الحكم أو وقفه أما م السلطة المختصة.⁽³⁾

ب- حالات رفض تنفيذ حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم نفسها: في هذه الحالة تقضي محاكم الدولة المطلوب منها التنفيذ برفض تنفيذ الحكم التحكيمي من تلقاء نفسها دون التوقف على طلب احد الأطراف بذلك، وهذه الحالات حددتها المادة 5 في فقرتها الثانية، وفيما يلي نبين هذه الحالات.

1 - عدم قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم: درجت التشريعات المختلفة على وضع قيود عند اللجوء إلى حل المنازعات عن طريق التحكيم، حتى ان بعض منها جعلت الاختصاص القضائي ببعض المنازعات اختصاصا امرا ولا يجوز مخالفته⁽⁴⁾، لذلك اجازت اتفاقية نيويورك للدولة المطلوب تنفيذ حكم التحكيم على اقليمها ان ترفض محاكمها هذا التنفيذ اذا كان قانونها لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم.⁽⁵⁾

⁽¹⁾ محمد داود الزعبي: مرجع سابق، ص 249.

⁽²⁾ محمد عيساوي: مرجع سابق، ص 253.

⁽³⁾ عبد العزيز قادري: مرجع سابق، ص 314.

⁽⁴⁾ محمد داود الزعبي: مرجع سابق، ص 251.

⁽⁵⁾ خالد أحمد عبد الحميد: مرجع سابق، ص 53.

2 - تعارض تنفيذ الحكم مع النظام العام: من المبادئ الأساسية التي يتعين على هيئة التحكيم مراعاتها عند إصدارها حكم التحكيم في نظر اتفاقية نيويورك احترام قواعد النظام العام لكل دولة يراد تنفيذ الحكم فيها⁽¹⁾، ووفقا للقانون الدولي الخاص الذي يختلف مفهومه للنظام العام عن القانون الوطني⁽²⁾، والجدير بالذكر ان ترك مهمة النظر في مدى تعارض حكم التحكيم مع النظام العام للقضاء الوطني لدولة التنفيذ يثير التخوف من عرقلة التنفيذ بناء على نظرة ضيقة للقانون الوطني لتلك الدولة، ومن اجل تفادي هذه الصعوبة تطور الاتجاه إلى القول ان النظرة الوطنية للنظام العام، قد لا تكون ملائمة في مجال العلاقات التجارية الدولية، وأصبحت قضية تحديد مفهوم النظام العام الدولي الذي يمكن ان يحول دون تنفيذ احكام التحكيم لازمة في دولة تنفيذ الحكم⁽³⁾.

في سياق متصل فإنه لا بد من الإشارة إلى مسألة هامة تطرحها الحصانة التنفيذية للدول، حيث يثار الاشكال حول مدى قدرة الدولة على الافلات من تنفيذ قرارات التحكيم تدرعا بحصانتها التنفيذية التي تحمي اموالها بالخارج، فقد يواجه المستثمر الأجنبي عقبة هذه الحصانة بعد أن تجاوز عقبة الحصانة القضائية، فالحصانة التنفيذية قد تحرمه من الحصول على التعويض عم لحقه من اضرار، غير ان العمل القضائي قد تطور في هذا المجال، حيث ساهم القضاء الفرنسي بشكل كبير في تراجع تلك الحصانة⁽⁴⁾ مما تقدم واعترافا بأهمية التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لتسوية المنازعات التجارية بصفة عامة ومنازعات الاستثمار الأجنبي بصفة خاصة، تسعى اتفاقية نيويورك إلى الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، إلى جانب توفير معايير تشريعية مشتركة بشأن الاعتراف باتفاقات التحكيم، وكذا اعتراف المحاكم بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها.

ثانيا: الطعن في الحكم التحكيمي وفق اتفاقية واشنطن 1965.

بالنسبة للأحكام التحكيمية الصادرة عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فتتسم هذه الأحكام في كونها احكام نهائية أي أنها غير قابلة للاستئناف، ويجد التكييف القانوني لحكم التحكيم الصادر عن المركز تحديدا له في المادتين 1/53 و 1/54 من الاتفاقية، حيث تصف المادة 1/53 بأنه: "حكم نهائي" وباستثناء الوسائل القانونية المنصوص عليها في الاتفاقية للمراجعة أو البطلان، لا يجوز

⁽¹⁾ محمد داود الزعبي: المرجع نفسه، ص 252.

⁽²⁾ عصام الدين القصي: النفاذ الدولي لاحكام التحكيم - دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولي الاتفاقي والقانون المقارن -، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 111.

⁽³⁾ عبد العزيز قادري: مرجع سابق، ص 316-317.

⁽⁴⁾ المرجع نفسه، ص 318.

لأي طرف من طرفي النزاع الطعن في الحكم الفاصل في النزاع الاستثماري بطريق الاستئناف"، ومفاد ذلك ان المسائل التي فصل فيها الحكم تحوز حجية الشيء المقضي به، ولا يجوز لذات الأطراف اتخاذ وسائل أخرى أمام أي هيئة أخرى أو محكمة محلية بشأن ذات النزاع، إلا ان هذه القوة الملزمة لحكم التحكيم تقتصر على أطرافه ولا تمتد إلى قضايا أخرى أمام هيئات أخرى ولا ينشئ سوابق ملزمة.⁽¹⁾

فالحكم الصادر من محكمة تحكيم المركز يمكن تنفيذه تلقائيا دون اللجوء إلى أي إجراءات أخرى، إذ يجب على كل دولة متعاقدة الاعتراف بأن الحكم الصادر من محكمة المركز ملزم لها بمجرد إبراز نسخة من الحكم مصادق عليها من السكرتير العام للمركز، كما يجب على كل دولة متعاقدة تنفيذ الالتزامات المالية التي فرضها الحكم التحكيمي، كما لو كان هذا الحكم صادر عن إحدى محاكمها الوطنية وذلك بمجرد تقديم النسخة المصدق عليها من السكرتير العام للمركز⁽²⁾

لاشك أن عدم خضوع الأحكام الصادرة عن المركز للإشراف والرقابة من قبل المحاكم سواء وطنية أو دولية، لا يعني تجريد الأطراف المتنازعة من وسائل الطعن، ومن هنا اعطت الاتفاقية الحق في طعن الأحكام بإحدى الطريقتين، وينتج عن ممارسة احدهما وقف تنفيذ الحكم، والأخر يتسبب في تغييره، وهاتان الطريقتان هما: إعادة النظر في الحكم، وطلب ابطال الحكم⁽³⁾

أ - طلب إعادة النظر في الحكم الصادر عن مركز واشنطن: أجازت الاتفاقية في مادة 51

منها ان لكل طرف من أطراف النزاع بعد صدور الحكم ان يتقدم بطلب إعادة النظر فيه إلى السكرتير العام للمركز، ويكون هذا الطلب مبني على اساس اكتشاف واقعة جديدة من شأنها التأثير في الحكم بشكل جوهري⁽⁴⁾، وقد احسنت صنعا الاتفاقية اين اتاحت لأي من الطرفين التقدم بمثل هذا الطلب، وهو يماثل حالات طلب التماس إعادة النظر المقرر في القواعد العامة.⁽⁵⁾

حددت الفقرة الأولى من المادة 51 الأسباب التي يجب أن يستند عليها طلب إعادة النظر والمتمثلة في ظهور وقائع جديدة لم تكن معلومة عند صدور الحكم، بمعنى لو كانت معلومة لهيئة التحكيم وقت صدور الحكم لصدر بشكل مغاير لما هو عليه، بمعنى أن تكون مجهولة لدى كل من الهيئة والطرف

⁽¹⁾ هشام محمد اسماعيل محمد: الحماية الدولية لاحكام التحكيم الأجنبية، اطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق،

قسم القانون الدولي الخاص، جامعة عين الشمس، 2010، ص71.

⁽²⁾ جلال وفاء حمدين: مرجع سابق، ص68.

⁽³⁾ غسان علي علي: مرجع سابق، ص481.

⁽⁴⁾ لما أحمد كوجان: مرجع سابق، ص169.

⁽⁵⁾ عبد الكريم أحمد أحمد الثلاثاء: مرجع سابق، ص615.

طالب إعادة النظر قبل النطق بالحكم، وأن تكون من الواقع وليس من القانون، وألا يكون عدم العلم بهذه الوقائع راجعاً إلى خطأ أو إهمال أو تقصير من طرف طالب إعادة النظر.

كما أضافت الفقرة الثانية من ذات المادة أن مثل هذا الطلب يجب أن يقدم خلال المهلة 90 يوماً من تاريخ اكتشاف الواقعة وإلا في خلال ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم ويعرض هذا الطلب على المحكمة التي أصدرته وإذا لم يكن ذلك ممكناً عند تشكل محكمة جديدة وفقاً للقواعد المنصوص عليها في هذه الاتفاقية⁽¹⁾، كما أن تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة عن المركز يتم وفق القواعد السائدة الخاصة بتنفيذ الأحكام القضائية في الدولة التي يراد التنفيذ على إقليمها⁽²⁾، أي أن هذه الأحكام تخضع لحالات وقف التنفيذ التي حددها القواعد العامة، وفي ذات السياق فإنه يجوز لهيئة التحكيم إذا قدرت الظروف أن تؤجل تنفيذ الحكم إذا رأت ضرورة لذلك لحين صدور قرارها في الطلب المعروض عليها بشأن إعادة النظر في الحكم على أساس اكتشاف وقائع جديدة، ويتعين أن يكون الطلب قد تضمن طلب تأجيل تنفيذ الحكم إلى أن تفصل المحكمة في هذا الطلب وهو ما أكدته المادة 4/51 من الاتفاقية⁽³⁾.

ب- طلب ابطال الحكم الصادر عن مركز واشنطن: الطعن في الحكم التحكيمي بطريق

الاستئناف وفقاً لاتفاقية واشنطن غير مقبول، ولعل الهدف المنشود هو الوصول إلى حل النزاع بطريقة فعالة وحاسمة، مع الحفاظ على حماية سلامة الإجراءات التحكيمية أمام المركز، لا حماية نتيجة هذه الإجراءات⁽⁴⁾، أجازت الاتفاقية للمستثمر الأجنبي أو الدولة المضيفة للاستثمار الطعن بالإبطال في حكم المركز بطلب مكتوب يقدم إلى السكرتير العام، وذلك إذا توافرت أحد الأسباب، وبهذا يتميز التحكيم في منازعات الاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار عن التحكيم التقليدي، بان له خصوصيته المستقلة في مسألة الطعن بإبطال الحكم. وبناء عليه نبحت في موضوع طلب بطلان حكم التحكيم الاستثماري الصادر عن المركز من خلال بيان نطاقه وأسباب بطلانه على النحو التالي:

1- نطاق بطلان حكم التحكيم الاستثماري: إذا صدر حكم من هيئة التحكيم سواء لمصلحة

المستثمر أو الدولة المضيفة للاستثمار، فإن هذا الحكم غير قابل للطعن أو المراجعة بأية وسيلة أمام القضاء الوطني في دولة أي من الطرفين، ولا أمام أي جهة أخرى سواء دولية أو محلية، هذا يعني أن أحكام التحكيم الاستثماري تتمتع باستقلالية تامة وكفاية ذاتية تحت رعاية المركز بعيداً عن الانظمة

⁽¹⁾لما أحمد كوجان: المرجع نفسه، ص 169.

⁽²⁾أنظر الفقرة الثالثة من المادة 54 من اتفاقية واشنطن.

⁽³⁾عبد الكريم أحمد أحمد الثلاثاء: المرجع نفسه، ص 615.

⁽⁴⁾هفال صديق اسماعيل: التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية مع أحدث أحكام هيئة التحكيم الدولية وأحكام المحاكم الوطنية مرجع سابق، ص 282.

القانونية الداخلية التي تمنع تماما من التدخل في عملية التحكيم⁽¹⁾، بناء على ذلك فلكل طرف ان يقدم طلب ابطال الحكم الصادر عن المركز من خلال طلب يقدم إلى السكرتير العام، وان يبين في طلبه احد الاسباب الواردة على سبيل الحصر والواردة في الاتفاقية بموجب المادة 52 منها⁽²⁾.

في سياق متصل اعتبرت اتفاقية واشنطن أنه في حالة تقديم طلب البطلان، فان رئيس المركز يتولى تعيين لجنة خاصة تتألف من ثلاث اشخاص يتم اختيارهم من بين المحكمين المدون اسمائهم في قائمة المحكمين، على ألا يكونوا من بين اعضاء المحكمة التي اصدرت حكمها من قبل، أو أن يحمل نفس جنسية أحد أعضاء المحكمة، أو جنسية الدولة الطرف في النزاع أو الدولة التي يكون أحد رعاياها طرفا في النزاع، أو ادرج في قائمة المحكمين عن طريق الدول المذكورة وقام بوظيفة التوفيق في نفس النزاع⁽³⁾، ويكون للجنة صلاحية الالغاء الكلي أو الجزئي للحكم استنادا إلى أحد أسباب البطلان، كما يجوز لها ان تقرر وقف تنفيذ الحكم مؤقتا أو تأجيله إلى أن يصدر قرارها⁽⁴⁾، و في حالة الغاء الحكم يجوز للمركز تشكيل محكمة جديدة للنظر في النزاع بناء على طلب أي من الطرفين⁽⁵⁾، إلا أن مهمة اللجنة الخاصة محدودة فهي لا تملك سلطة محكمة استئناف، كما لا يمكنها مراقبة الحكم التحكيمي، انما يقتصر دورها حول التأكد من الصحة الشكلية والإجرائية للقرار التحكيمي وليس صحته من حيث الأساس والمضمون.⁽⁶⁾

2 - أسباب بطلان حكم التحكيم الاستثماري: فرضت اتفاقية واشنطن على الطرف الخاسر في قضايا التحكيم في مجال الاستثمار التزاما صارما بضرورة الانصياع مع حكم المحكم، ولقد تقرر هذا الالتزام في المادتين 51 و54 من الاتفاقية، أما المادة 53 فهي تقضي بان حكم التحكيم يكون ملزما

⁽¹⁾ هشام محمد اسماعيل: مرجع سابق، ص 65.

⁽²⁾ المدة التي يجب أن يقدم فيها الطلب فهي 120 يوما من تاريخ النطق بالحكم، وذلك اذا كان الطلب يستند إلى تحقق اسباب البطلان التي حددها المادة 52 من الاتفاقية، ما عدا الفقرة الثالثة منها - رشوة احد اعضاء الهيئة التحكيمية - فهنا يجب تقديم الطلب خلال 120 يوما من تاريخ اكتشاف عدم الصلاحية او خلال 3 سنوات من تاريخ صدور الحكم غير انه لا يشترط ان يقدم هذا الطلب الطرف الذي خسر الدعوى، فمن الممكن ان يقدمه الطرف الرابع كان تكون له مصلحة في تحريك طلب البطلان خصوصا في الاحوال التي لا يلبى فيها الحكم طموحات كان يصبو اليها. هفال صديق اسماعيل: التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية مع احدث احكام المحكمة الدولية واحكام المحاكم الوطنية مرجع سابق، ص 281، نقلا عن عبد المنعم زمزم: الابعاد القانونية لتصدير الغاز المصري المشكلات وبعض الحلول المقترحة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 176.

⁽³⁾ أنظر الفقرة الثالثة من المادة 52 من اتفاقية واشنطن 1965.

⁽⁴⁾ أنظر الفقرة الخامسة من المادة 52 من اتفاقية واشنطن 1965.

⁽⁵⁾ عبد الكريم أحمد أحمد الثلاثاء: مرجع سابق، ص 614.

⁽⁶⁾ هفال صديق اسماعيل: التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية مع احدث احكام هيئة التحكيم الدولية واحكام المحاكم الوطنية مرجع سابق، ص 286.

للأطراف ولا يمكن استئنافه أو استبعاده لأي سبب، إلا ما ذكرته الاتفاقية نفسها، فكل طرف يلتزم بتنفيذ الحكم ما عدا في الحالات التي تنص فيها الاتفاقية ذاتها على عدم التنفيذ⁽¹⁾، ويمكن اجمال أسباب بطلان حكم التحكيم في حالات محددة على سبيل الحصر حددتها الفقرة الأولى من المادة 51 وهي تشمل: 1 - التشكيل المعيب لهيئة التحكيم 2 - رشوة أحد أعضاء الهيئة التحكيمية⁽²⁾ 3 - التجاوز الخطير لقاعدة إجرائية أساسية 4 - عدم تسبب حكم التحكيم⁽³⁾ 5 - تجاوز هيئة التحكيم لاختصاصاتها.⁽⁴⁾

الملاحظ ان أسباب البطلان الواردة في المادة 52 من الاتفاقية ضيقة جدا فهي لا تسمح مثلا باللجوء إلى طلب ابطال الحكم بسبب كونه غير عادل أو مخالفا للنظام العام، وبهذا فإن واحدة من أهم مميزات تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، هي عدم امكانية الاعتراض على الحكم التحكيمي أمام المحاكم الوطنية في الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع أو غيرها، ولكن هذه الأحكام تبقى قابلة للإبطال أمام لجنة خاصة تعين لهذا الهدف وتعين محكميها من قائمة المحكمين في المركز.⁽⁵⁾

(1) جلال وفاء حمدين: مرجع سابق، ص 69.

(2) يتعلق هذا السبب بشكل مباشر بأحد المبادئ الأساسية التي ترتبط باختيار المحكم، وهي استقلالية المحكم عن الطرف الذي قام بتعيينه واستقلاليتها عن البلد الذي ينتمي إليه، بالإضافة إلى تمتعه بأخلاق وسمعة حسنة تمنعه من الوقوع تحت تأثير غير مشروع قد يمارس عليه من الخارج، كان يتلقى المحكم مبلغا من المال في صورة رشوة أو منفعة من قبل أحد الأطراف لإصدار حكم لصالحه، لما احمد كوجان: مرجع سابق، ص 171. غسان علي علي: مرجع سابق، ص 486.

(3) نصت المادة 3/48 من الاتفاقية والتي تنص على أنه "يجب أن يرد الحكم على كافة الطلبات الموجبة في الدعوى، وأن يبين الأسباب التي بني عليها".

(4) الجدير بالذكر في هذا السياق ان اول طلب ابطال حكم للجنة التحكيم التابعة للمركز قدم عام 1984 من قبل شركة فرنسية Klockner ضد جمهورية Cameroon، ضمن القضية التحكيمية رقم 02/81، حيث قدمت الشركة الفرنسية بطلب ابطال قرار الهيئة التحكيمية، اعمالا لنص المادة 52 من الاتفاقية، وقررت اللجنة المشكلة ان تنظر في طلب الابطال لان هيئة التحكيم قد تجاوزت اختصاصها بعدم تطبيق القانون الفرنسي بعد ان قررت انه القانون الواجب التطبيق، وطبقت بدلا عنه مبادئ العدالة والانصاف، كما انها لم تسبب الحكم، وبذلك فهي خالفت قواعد اجرائية اساسية، وكان قرار اللجنة هو الغاء حكم التحكيم نهائيا، على اساس ان الحكم وحدة واحدة ولا يمكن تجزئته، الامر الذي ترتب عليه اعادة النظر في اجراءات التحكيم مرة أخرى لافتقار الحكم التحكيمي لحيوية الشيء المقضي فيه.

Klocker industrie-Anlagen GmbH v.Repof Cameroon, ICSID Case No.ARB on annulment May Hereinafter klockner -1994- ICSID REP 95 -3.1985,2 هفال صديق اسماعيل: التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية مع احدث احكام هيئة التحكيم الدولية واحكام المحاكم الوطنية مرجع سابق، ص 285.

(5) لما احمد كوجان: مرجع سابق، ص 173.

ملخص الباب الثاني.

من الثابت أن التحكيم التجاري الدولي أصبح يمثل الإطار القانوني الذي يلي رغبات الدول المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي في المجال الاقتصادي والعاكس لمصالحهم التجارية، ومن ثم اعتبر من الناحية العملية ركيزة وضرورة من ضرورات التعامل التجاري الدولي وأداة لازمة من أدواته يعترف به النظام القانوني للدولة، لاسيما وأن أطراف النزاع هم الذين يسمون نطاق التحكيم ويحددون القواعد والإجراءات التي تحكم سير الخصومة التحكيمية.

يعتمد جوهر التحكيم على اتفاق الخصوم فلا يمكن انكار دور إرادة الأطراف في تحديد إجراءاته، فخصوصيته في مجال عقود الاستثمار منحت أطراف النزاع حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية من حيث الإجراءات ومن حيث الموضوع، بدءا بتقديم طلب التحكيم وما يتبعها من إجراءات وصولا إلى إصدار حكم نهائي فاصل في موضوع النزاع وحائز حجية الأمر المقضي به، أما في حالة عدم الاتفاق، فإن الاختصاص في ذلك يؤول لهيئة التحكيم لاختيار القواعد والإجراءات المناسبة تبعا لطبيعة موضوع عقد الاستثمار الأجنبي، ومفاد ذلك عدم التزام الهيئة بنصوص الإجراءات، إلا في الحالات التي يجيل فيها قانون التحكيم لهذه النصوص، أو إذا تضمن اتفاق الأطراف التراضي على تطبيق نصوص الإجراءات في تسيير وإدارة عملية التحكيم، على كل فان إجراءات الدعوى التحكيمية، تمر بمرحلتين: مرحلة ما قبل صدور حكم التحكيم، ومرحلة ما بعد صدور الحكم التحكيمي، ومما لا شك ان مرحلة ما بعد الحكم تعد أهم مرحلة فهي تعكس النتيجة النهائية لاختيار نظام التحكيم كأسلوب لفض منازعات الاستثمار، فكل ما يمر به التحكيم يصب في هذه المرحلة الأخيرة باعتبارها تترجم الحل النهائي للنزاع.

كما أن فعالية حكم التحكيم تتوقف على مدى ضمان تنفيذه. وفي سبيل تحقيق ذلك حرصت معظم الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوضعية بصفة أساسية على وضع السبل والضمانات الكفيلة لتنفيذ أحكام التحكيم، مع الإقرار بالحق للقضاء الوطني في ممارسة الرقابة من خلال الاعتراف بإمكانية الطعن على حكم التحكيم. فتتخذ أحكام التحكيم الأجنبية من المسائل المتصلة بمفهوم السيادة، ونظرا لحساسية الموضوع تسعى كل دولة إلى تنظيم كيفية تنفيذ هذه الأحكام فوق إقليمها والإجراءات المؤدية إلى الاستجابة لما جاء فيه.

الخاتمة

الاستثمار الأجنبي مفتاح التنمية الاقتصادية والاجتماعية، لذا تحرص الدول على تبني سياسة الانفتاح والإصلاح الاقتصادي، بهدف جذب الاستثمارات الأجنبية للاستفادة من المزايا العديدة التي يقدمها للاقتصاد الوطني، غير أن توفير بيئة استثمارية لا يعتبر كافياً، إذا لم يرافقه وضع ضمانات كفيلة للفصل في المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي، فجلب رأس المال الأجنبي يتطلب تدويل علاقات الاستثمار ومنازعاته عن طريق تحريه من الخضوع لأحكام القوانين الوطنية للدول المضيفة، لأجل ذلك برز التحكيم التجاري الدولي كضمانة قانونية، وعدالة من نوع خاص لحسم منازعات الاستثمار الأجنبي.

بغية الامام بموضوع الدراسة نختم هذه الأطروحة بخاتمة نوجز فيها أهم ما توصلنا اليه من نتائج تناولنا فيها مزايا وعيوب التحكيم التجاري الدولي، وما قدمنا من مقترحات على النحو التالي:

أولاً - النتائج.

I. مزايا التحكيم التجاري الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبي .

1- اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، ضرورة ملحة تملئها الحاجة إلى رأس المال الأجنبي نظراً لما يحققه من عدالة بعيداً عن القضاء الداخلي، وما يتمتع به من مزايا تتماشى مع طبيعة هذه العقود، إلى جانب ما يتميز به من مرونة توفر الوقت والتكاليف، هذه السرعة التي لا تتوافر في النظم القضائية الداخلية.

2- سرية إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي يمثل مبدأ جوهري، وهي ميزة تدفع المستثمر الأجنبي إلى اختياره، نظراً لما يترتب على هذه العقود من آثار اقتصادية ايجابية، فمبدأ العلانية الذي يميز القضاء والذي يعتبر من أهم ضمانات التقاضي، قد يمس بأطراف النزاع وبمصالحهم، إذا كان من شأنه نشر أسرار صناعية أو تكنولوجية تخص المشروع الاستثماري، إلا أن هذه السرية هي نسبية، فالقول بأن التحكيم يتمتع بالسرية المطلقة هي حجة غير مقنعة، فمجموعات القضاء في الدول المختلفة مليئة بالأحكام الصادرة في منازعات الاستثمار، أما التي تحرص على السرية في علاقاتها فهي الشركات الكبرى المهيمنة وليس الطرف الضعيف.

3- بطلان عقد الاستثمار أو شرط التحكيم لا يؤثر على صحة أو بطلان أحدهما على الآخر، فإذا أبطل عقد الاستثمار فعندئذ يمكن التمسك بصحة شرط التحكيم، وبالتالي السير في إجراءات التحكيم، أما إذا كان عقد الاستثمار صحيحا وكان شرط التحكيم باطلا، ففي هذه الحالة يمكن لكل من الطرفين اللجوء إلى القضاء الوطني للفصل في النزاع، ولا يمكن اللجوء إلى التحكيم بسبب بطلان شرط التحكيم، فاستقلال شرط التحكيم عن عقد الاستثمار من المبادئ المستقرة في التحكيم التجاري الدولي، ومن نتائجه أيضا أن القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي قد لا يكون بالضرورة هو نفسه القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وهو ما يوفر للمستثمر الأجنبي ضمانا أكثر من خلال تحصين شرط التحكيم، وبالتالي ضمان استقرار العلاقات التعاقدية.

4- تمثل ارادة أطراف النزاع أساس نظام التحكيم، وأمام هذا الطابع التعاقدية فإنه يمكن لأطراف النزاع أن يستقلوا في ادارة العملية التحكيمية، عن طريق اللجوء الى التحكيم الخاص، أو اختيار التحكيم المنظم عن طريق اللجوء الى مؤسسات ومراكز التحكيم، خاصة مع توافر هيئات التحكيم على التخصص الفني والمالي، فتسوية هذه المنازعات يتطلب معرفة اقتصادية وخبرة تتلاءم مع توسع مجالات الاستثمار الأجنبي.

5- النجاح الذي صادف التحكيم في مجال العلاقات الدولية الخاصة، يعبر عن قصور القانون الدولي الخاص وأدواته في الإيفاء بمتطلبات الاستثمار الدولي، فالتحكيم يعتمد على فض المنازعات على قواعد موضوعية دولية تتلاءم مع طبيعة المعاملات الاقتصادية الدولية، علاوة على ذلك فإن تطبيق قانون القاضي على الجانب الاجرائي والموضوعي للنزاع يشكل ثقلا على المستثمر الأجنبي حسب الاعتقاد السائد، بما يخل بتكافؤ فرص اقتضاء العدالة.

6- في مجال الرقابة القضائية يظهر الدور المساعد للقضاء الوطني للتحكيم التجاري الدولي، في المرحلة السابقة على صدور الحكم التحكيمي والمتمثلة في تعيين الهيئة التحكيمية والفصل في رد المحكم، إلى جانب اتخاذ الاجراءات التحفظية والأوامر الوقفية، والتدخل في أدلة الإثبات والمسائل العارضة، وهذا حرصا على درء المماطلة وتعطيل اجراءات الدعوى التحكيمية.

7- تنفيذ الحكم التحكيمي يعتبر من أهم ضمانات نظام التحكيم، والمتعارف عليه أن أطراف النزاع يقبلون الحكم بعد صدوره ويقومون بتنفيذه، وهنا لا يثار أي إشكال، غير أن الإشكال يثور عند عدم تنفيذ

الحكم بصفة اختيارية. فطبيعة المعاملات التجارية الدولية تأبى مبدأ رفض تنفيذ الأحكام الأجنبية أو تجاهل الاعتراف بآثارها، فحكم التحكيم هو النتيجة النهائية، كما أن تنفيذه يمثل أساسه ومحوره وبه تتحدد فعاليته كأسلوب لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي لذا لا يكفي صدور الحكم، فالأمر يحتاج إلى تدخل الجهات القضائية لإعطائه الفعالية الكاملة، لما لها من سلطة الإكراه، وفي سبيل تحقيق ذلك حرصت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية بصفة أساسية للوصول إلى وضع السبل الكفيلة لتنفيذ الأحكام التحكيمية على النحو الذي من شأنه أن يحسم النزاع، ونظرا لحساسية الموضوع واتصاله بمفهوم السيادة تسعى كل دولة إلى تنظيم تنفيذ هذه الأحكام فوق إقليمها ووضع الإجراءات اللازمة لمنحها القوة التنفيذية التي ترفعها إلى مرتبة الأحكام القضائية.

8- على الصعيد الدولي نجد مساهمة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى في تطوير قوانين التحكيم التجاري الدولي، فهو يعتبر أهم مؤسسة تحكيمية دولية في الوقت الحالي، كونه يمثل صرح دولي يقف أمامه المستثمر الأجنبي على قدم المساواة مع الدولة المضيفة بفعل الامكانيات التي يوفرها نظام تحكيم المركز من حيث استقلال إجراءات التسوية، إلى جانب وضعه نظام قانوني للطعن للتحقيق في صلاحية وسلامة أحكام التحكيم الصادرة عنه، كما حرص المركز على وضع ضمانات في حالة عدم تنفيذ الحكم التحكيمي الصادر عنه من طرف الدولة المضيفة، كون المستثمر يجد نفسه في موقف صعب، وذلك لأن السبل التي يملكها حمل الدولة على التنفيذ سبل ضعيفة فهو لا يستطيع ملاحقة الدولة أمام المحاكم فهذه الدعاوى تخضع لشروط وقيود تفرضها القوانين الوطنية.

II. عيوب التحكيم التجاري الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبي:

على الرغم من المزايا الإيجابية التي يحققها التحكيم التجاري الدولي، إلا أنه لا يعد الوسيلة النموذجية لفض منازعات الاستثمار الأجنبي، حيث تتوجس الدول المضيفة خفية منه بالنظر لتعلق هذه المنازعات بسيادة الدولة وعلى مواردها وثروتها الطبيعية، وفي مايلي نستعرض أهم الإشكالات التي يثيرها تحكيم الاستثمار:

1- لجوء الدولة المضيفة للاستثمار إلى التحكيم، يعني تضحية هذه الدولة بأهم مظاهر سيادتها، ففي الحالات التي تكون فيها قوانين هذه الدول هي الواجبة التطبيق، فإن الطرف الأجنبي يسعى إلى تغيير

وإعاقه ذلك بطريقة أو بأخرى مستندا في ذلك إلى مفاهيم غير مؤسسة تفتقد إلى الدقة القانونية لتحقيق مصالحه، يترتب على ذلك تحول في سيادة الدولة من الإطلاق إلى النسبية بما يتماشى ومتطلبات العولمة، فالتحكيم يعد أداة من أدواتها ومن البديهي أن تطبع العولمة على النظام القانوني والقضائي بطابعها الخاص، وتجعله ينسجم مع توجهاتها.

2- أصبح التحكيم وسيلة الدول صاحبة الاقتصاد الحر والفكر الرأسمالي، حيث تستطيع من خلاله فرض وجهة نظرها الاقتصادية على دول العالم النامية، فالمحكم عند اختياره القانون الذي يحكم النزاع غالبا لا يختار قوانين الدول المضيئة، وهذا يعني أن الطرف القوي يعتمد إلى الضغط على خصمه وصولا إلى تطبيق القانون الذي يحقق مصالحه هكذا تصبح المسألة هي مسألة اختيار القانون الذي يحقق مصلحة الطرف الأقوى، وهذا يؤدي إلى زعزعة الثقة بالمحكمين، لتصبح عدم الموضوعية أو عدم الحياد لدى بعض المحكمين سهما يوجه إلى التحكيم.

3- يشير التحكيم العديد من العراقيل، إلا أن أهم مشكل إنما تتعلق بضوابط صياغة الاتفاق الخاص به، وذلك على النحو الذي يجعل التحكيم وسيلة لتحقيق مصالح أطراف العقد، وحفظ توازنه الاقتصادي إذا ما أصابه خلل، لاسيما مسألة التعامل مع حالات الظروف الطارئة التي من شأنها أن تخل بالتوازن الاقتصادي للعقد، سواء من خلال تعديل شروط العقد أو إعادة صياغته بما يضمن استمرار العلاقة في شكل متوازن بين اطراف النزاع.

4- بالنسبة لتنفيذ أحكام التحكيم وفي ظل افتقار المحكمين إلى السلطة الملزمة لإجبار الخصوم على الإمتثال لأوامرهم وأحكامهم، ومع ما يترتب الطعن في أحكام المحكمين حيث يشكل سبب في إطالة أمد التقاضي، ومن ثم القضاء على أهم خاصية في التحكيم وهي السرعة فسقوط بعض أحكام التحكيم وترديها في الخطأ الجسيم قد يكون سبب مقبول للطعن لكن لا ينبغي لمراكز التحكيم فتح أبواب الطعن لأن هذا يفتح التشابه مع النظم القضائية، إلى جانب ذلك وأمام تباين الشروط والقواعد الإجرائية لتنفيذ الأحكام في الدول المختلفة، فإن مخاوف عدم الاعتراف بها وتنفيذها عقبه أساسية أمام تطور نظام التحكيم التجاري الدولي على نحو يعيق فعاليته وكفاءته، كما أن الحافز على اللجوء إلى التحكيم الدولي

سيكون ضعيفا فتصبح عملية التحكيم حافلة بأساليب المماثلة ومجرد خطوة تمهيدية في سبيل التداعي أمام القضاء.

5- نظام التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وفق نصوص اتفاقية واشنطن 1965، وعلى الرغم من المميزات الايجابية التي قدمها المركز كقضاء بديل، إلا أن ذلك لا يعني أنه لم يحرص على تكريس حقوق المستثمر الأجنبي على حساب مصالح الدولة المضيفة، وهذا عن طريق توسيع اختصاصه التحكيمي، واستحداثه صورة جديدة للتراضي، هذه المسألة التي غيرت وجه التحكيم في جانبه الإتفاقي المعروف إلى تحكيم مفروض بشكل إجباري إلى جانب توسيعه مجال الحماية الموضوعية والإجرائية للمستثمر الأجنبي، كما أن تواتر إبطال أحكام التحكيم الصادرة عن المركز يمكن أن يهدر وبشدة فعالية هذه الأحكام، فما على الطرف الخاسر إلا الإدعاء ببطالان الحكم أمام اللجنة المؤقتة كوسيلة ضغط على الطرف الرايح للمساومة على تنفيذ الحكم. ثم إن نصوص المواد 51-52-53-54 من الاتفاقية جعلت نظام الطعن مغلق، فالأحكام الصادرة عن المركز تعتبر نهائية كما لو أنها صادرة فوق أراضي الدولة المطلوب إليها التنفيذ، بمعنى أن أحكام المركز تتمتع بالنفذ الوجوبي، أما الجهات القضائية فينحصر دورها في مجرد الاعتراف بالحكم التحكيمي.

بالنسبة للوضع في الجزائر وتماشيا مع التوجهات الجديدة في المجال الاقتصادي وبعد إقتناعها بمزايا الاستثمارات الأجنبية وأهميتها في تحقيق التنمية، ومسايرة للتطورات الاقتصادية فقد قامت بإعادة النظر في المنظومة القانونية من أجل تسهيل إجراءات تدفق رأس المال الأجنبي ومنحه حماية قانونية مطابقة لمبادئ وقواعد القانون الدولي، ورغبة منها في الحصول على الخبرة والتكنولوجيا الحديثة في مجال المعاملات التجارية الدولية، وسعق إم إم إ مجال تطبيقه، ليتم تكريس اتفاق التحكيم كضمانة اجرائية لحسم منازعات الاستثمار الأجنبي.

- أما فيما يخص واقع الاستثمار الأجنبي وعلى الرغم من أن الجزائر بدأت تخطو خطوات مهمة على المستوى التشريعي من أجل ضمان بيئة ملائمة لإستقطاب رؤوس الأموال، إلا أن قوانين الإستثمار سجلت جملة من الاخفاقات في مجارة متطلبات الاقتصاد العالمي المفتوح، من هذا المنطلق سعى المشرع الجزائري إلى اصدار قانون أكثر حداثة في الرؤية وأكثر تفاؤلا في الطموحات، وقد صدر القانون رقم 16-

09 المتعلق بترقية الاستثمار، مستجيبا إلى جملة من المبررات الجديدة العملية والقانونية التي فرضت واقع التغيير.

- في سبيل دعم فعالية الحكم التحكيمي ضيق المشرع الجزائري من مجال تدخل القضاء الوطني، فحصر طرق الطعن وحدد أسبابها، كما جعل أغلبية أسباب الطعن بالاستئناف أو البطلان مرتبطة باتفاق التحكيم وإرادة أطراف النزاع، كما وضع المشرع أحكاما خاصة بالاعتراف والتنفيذ، من خلال منح الحكم التحكيمي قوة الشيء المقضي فيه والاعتراف به أمام القضاء الوطني الجزائري، وجعل رقابة القضاء الداخلي مقيدة بمسألة النظام العام الدولي وليس الداخلي، وهذا للحد من تخوف المستثمرين الأجانب من مواجهة الأحكام التحكيمية ورفض تنفيذها، إلا أن ذلك لا يعني أن النصوص المنظمة لتنفيذ الحكم التحكيمي لا تتضمن نقضا وتناقضا، فبالرجوع إلى نصوص المواد 1035-1038-1037 من ق م إ، يتضح أن هذه النصوص لا تنظم طرق تنفيذ حكم التحكيم، بل تضمنت كيفية إكمال العنصر الشكلي في حكم التحكيم والممثل في منح القوة التنفيذية، أما بالنسبة للتناقض وبالرجوع إلى نص المادة 1037 من ذات القانون يتبين أنها جاءت متناقضة في صيغتها، فأغلبية الأوامر التي تمنح الإقرار لحكم التحكيم غير قابلة للإستئناف، إلا في حالات محددة على سبيل الحصر حسب ما نصت عليه المادة 1056، فحكم التحكيم هو نهائي وقابل للتنفيذ بمجرد الإقرار به، وبالتالي لا حاجة إلى النص على منحه القوة التنفيذية قبل أوانها. إلى جانب ذلك فإن المشرع لم يحدد الجهة القضائية التي يتم الاعتراض أمامها بالإنفاذ المعجل.

- على الرغم من الجهود المبذولة لتذليل العقبات أمام المستثمر الأجنبي واعترافا منها باللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، إلا أن الجزائر تعاني من ضعف على مستوى آليات التحكيم، هذا الضعف يرجع أساسا إلى عدة أسباب أهمها:

- غياب الحرفية القانونية في إبرام عقود الاستثمار الأجنبي، وتهاون المسؤولين عند كتابة بنود العقد، فالإعداد الجيد لاتفاق التحكيم يبدأ بصياغة عقد الاستثمار بدقة وإحكام بما يكفل التوازن العادل لأطراف النزاع سيما وأن الطرف الأجنبي يصر دائما عند إبرام العقود على إدراج شرط التحكيم، ونظرا لعدم استيعاب الطرف الجزائري لمدلول بنود العقد وضعفه في إبرام العقود أدى ذلك إلى عدم القدرة على تفسير العقود المحررة بشكل صحيح، لينتهي التحكيم لصالح الطرف الأجنبي على حساب المتعامل الجزائري.

- تخسر الجزائر 95% من قضايا التحكيم التجاري الدولي بسبب الثغرات القانونية في نصوصها القانونية المنظمة للاستثمار والتحكيم، فملفي سونطراك والجنوية الجزائرية نموذج للقضايا الخاسرة، وهو ما يكبد خزينة الدولة أموالا طائلة تتحصل عليها الشركات الأجنبية، كما أن السبب الرئيسي وراء خسارتها إنما يرجع إلى الاعتماد على مكاتب دولية أجنبية في إبرام العقود مع المستثمرين الأجانب، بدل إشراك رجال القانون والمختصين في المجال، فغالبية المسؤولين والمسيرين لا يولون أهمية لبنود العقد لاسيما الشق الخاص بالمنازعات، وبينون قرارات مالية تتعلق بتنفيذ وتحقيق المشروع الاستثماري وغير مبالية ببند النزاعات، فضلا عن ذلك فإن الطرف المحلي لا يحترم بنود العقد المبرم، فيتعامل على أساس أنه صاحب الحق دائما في حين يستغل المستثمر الأجنبي الثغرات القانونية الموجودة في بنود العقد، لتخسر الجزائر أموالا طائلة. فغالبية القضايا التي ترفع إلى التحكيم تكون خاسرة حتى قبل رفعها.

- نقص التجربة بسبب تغييب المحكم الجزائري عن مختلف المحاكم الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، فقد أثبت الواقع أن رابط الجنسية يلعب دور كبير في اختيار الاطراف المتنازعة للمحكم، لذا يتم استبعاد اختيار الخبراء الجزائريين في النزاعات الاقتصادية بصفة عامة، بحجة نقص الخبرة والتجربة في الميدان، وبالتالي من الصعوبة بمكان أن يكون للجزائر تجربة ناجحة مع غياب الخبرة خاصة أمام هذه العوامل الكابحة.

ثانيا- التوصيات:

التوصيات نابعة عن النتائج المتقدمة وهي كما يلي:

1- ينبغي التروي الشديد وبذل العناية القصوى عند صياغة شرط التحكيم في عقود الاستثمار، فوجود بعض الثغرات في مضمونه أو في صياغته قد تنحرف بالتحكيم عن مساره الطبيعي، وهو ما من شأنه أن يؤثر على التوازن الاقتصادي للعقد، لذا لا بد من إشراك أهل الاختصاص في المفاوضات قبل إبرامه، فالتحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار سلاح ذو حدين حيث تتوقف نتائجه على الطريقة التي يتم من خلالها توظيفه في بنود العقد.

2- الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وعلى اجراءاته بواسطة أطراف النزاع، لأن ذلك من شأنه أن يمنع احتمال نشوء نزاع حول ذلك، كما يجنب المخاطرة غير المحسوبة التي

يحملها قرار هيئة التحكيم في شأن القانون الواجب التطبيق، إلى جانب تعيين مكان التحكيم بشكل واضح لما له من أهمية في عملية التنفيذ، وتحديد طريقة تعيين المحكمين ولغة التحكيم.

3- ينبغي على المحكمين وهيئات التحكيم الإهتمام بإيجاد قوانين عالمية تحكم النزاعات التي تنشأ عن عقود الاستثمار الأجنبي فطبيعة التجارة والعلاقات الدولية أصبحت بحاجة إلى هذه النوع من النصوص العابرة للحدود الأمر الذي من شأنه أن يخلق مزايا اقتصادية في مجال الاستثمارات الأجنبية.

4- على قضاة تنفيذ أحكام التحكيم عدم الإسراف في وقف تنفيذ هذه الأحكام فما يقوم به قاضي التنفيذ لا يمتد إلى بحث مدى سلامة أو صحة قضاء التحكيم في موضوع الدعوى، فمهمته تقتصر على الفصل في الصعوبات التي تعترض تنفيذ الحكم دون البحث في الموضوع، لذا فمن الضروري وفي ظل ما يجتاح العالم من انفتاح على الاقتصاد وتبني سياسة السوق المفتوح، عولمة ثقافة التحكيم التجاري والسعي نحو إيجاد قوانين دولية وتوحيد المشكلات التي تعترض الاعتراف بأحكامه وتنفيذها، وزيادة التنسيق بين القوانين الوطنية التي تنظمه وكذا توحيد سبل ووسائل وجهات وشروط الطعن في أحكامه من أجل ضمان الحماية الدولية له، كإنشاء محكمة دولية تعمل على تطبيق نظام قانوني دولي موحد، ليمتد اختصاصها بنظر الطعون والأحكام التحكيمية الصادرة عن مراكز وهيئات التحكيم.

5- أمام إصرار هيئات تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على قبول التحكيم دون اتفاق، وإنما بناء على تشريعات اتفاقيات حماية الاستثمار، فإنه يكون من الضروري على الدول توخي الحيلة والحذر عند صياغة تشريعاتها، وذلك بأن تشترط أن تكون الموافقة صريحة لكي تتم الإحالة إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار حفاظا على مصالحها الاقتصادية.

6- تفعيل دور مراكز التحكيم العربية، بأن تكون هي المختصة بتسوية منازعات الاستثمار التي تنشأ بين هذه الدول، تشجيعا للتكامل الاقتصادي العربي وقيام السوق العربية المشتركة، من خلال حث الدول العربية على إدراج نص قانوني في تشريعات الاستثمار أو ضمن بنود اتفاقيات الاستثمار على غرار اتفاقية واشنطن، إضافة إلى توسيع نطاق اختصاصها لتشمل جميع المستثمرين بما فيهم الأجانب، كما هو الوضع بالنسبة لمحكمة الاستثمار العربية فهي تجربة جديدة بالاهتمام في مجال تسوية منازعات الاستثمار، غير أن دورها بقي سلبيا بالنظر إلى ندرة القضايا التي تنظرها.

7- تفضيل الوساطة كآلية قانونية بديلة ومشجعة لتسوية منازعات الاستثمار، وكعامل لجذب المستثمرين الاجانب، حيث أصبحت قضايا التحكيم التي تعرض على مراكز وهيئات التحكيم تكلف باهضا، كما أنها تتطلب أجال غالبا ما تكون طويلة لتسويتها، لأجل ذلك ندعو الجزائر إلى التوقيع على الإتفاقية الدولية للوساطة كآلية لتسوية المنازعات، والتي اعتمدت من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن اتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة، والتي تُعرف أيضا باسم "اتفاقية سنغافورة بشأن الوساطة" 2018، حيث ترسي الاتفاقية إطارا قانونيا متجانسا لتيسير التجارة الدولية والترويج للوساطة باعتبارها طريقة بديلة وفعالة لتسوية المنازعات التجارية.

8- تعزيز آلية التحكيم كنظام متفرد قائم بذاته وكأداة متميزة وجاذبة لرؤوس الأموال الخارجية، عن طريق تأهيل وإعداد جيل من المحكمين من خلال تنفيذ برامج تدريبية ذات جودة عالية، ونشر وتعزيز الثقافة التحكيمية في ميدان التجارة الدولية بصفة عامة والاستثمار الأجنبي بصفة خاصة، الى جانب العمل على تحسين معارف الجهات القضائية داخل المؤسسات الاقتصادية الوطنية المتعاملة مع الشركاء الأجانب وذلك لتجنيبها الوقوع في خسائر فادحة، فالجزائر متأخرة جدا في نشر ثقافة التحكيم الدولي مقارنة بالدول المجاورة مثل تونس الرائدة في هذا المجال، لاسيما وأن له دور كبير في بعث العلاقات الدبلوماسية الاقتصادية الدولية، كما أنه يشكل استثمار حقيقي في حد ذاته يدر مداخيل هائلة لخزينة الدولة.

في الأخير يمكن القول أن نظام التحكيم التجاري الدولي مازال بحاجة إلى تطوير أحكامه من أجل إيجاد صيغة دولية قادرة على وضع قواعد قانونية كفيلة بحماية رأس المال الأجنبي، وإقامة عدالة متوازنة تتطلع إليها الدول النامية، لاسيما وأن قبول الدولة المضيفة للاستثمار اللجوء إلى التحكيم أساسه حاجتها الملحة للحصول على رؤوس الأموال اللازمة لتحقيق تنميتها الاقتصادية، وليس بالضرورة عن قناعتها بملائمته تسوية منازعات الاستثمار، على الرغم من ذلك يبقى للمستثمر الأجنبي العذر الكافي في اختيار التحكيم التجاري الدولي، بما يصاحب ذلك من سلبيات تتعلق بإرغام الدولة المضيفة على التنازل عن جزء من سيادتها والخضوع لأحكام صادرة خارج اقليمها الوطني .

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الاتفاقيات والنصوص التشريعية والتنظيمية:

أ- الإتفاقيات الدولية.

1. إتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها الموقعة في 10 يونيو 1958 بنيويورك، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 88-233 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988، ج ر عدد 48، صادرة في 23-11-1988.
2. إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى الموقعة في 18-03-1965 بواشنطن، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346 مؤرخ في 30-10-1995، ج.ر عدد 66 صادرة في 15-11-1995.
3. الإتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91-346 المؤرخ في 05-10-1991، ج ر عدد 46 الصادرة في 06-10-1991.
4. الإتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والاتحاد الاقتصادي البلجيكي للكسمبورغي، المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91-345 المؤرخ في 05-10-1991، ج ر عدد 46، الصادرة في 06-10-1991.
5. إتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين، فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلقة بهما، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-01 المؤرخ في 02-01-1994، ج ر عدد 1، الصادرة في 02 يناير 1994.
6. الإتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الإسبانية والمتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-88 المؤرخ في 25-03-1995، ج ر عدد 23، الصادر في 26-05-1995.
7. الإتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الأردن الهاشمية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 97-103، المؤرخ في 05-04-1997، ج ر عدد 20، صادرة في 06-04-1997.

8. الإتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية اليمنية حول التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-211، المؤرخ في 23-07-2001، ج.ر عدد 42، صادرة في 01-08-2001.
9. الإتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة ماليزيا، حول ترقية وحماية الاستثمارات، المصادق عليها بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 01-212، المؤرخ في 23-07-2001، ج.ر عدد 42، صادرة في 01-08-2001.
10. الإتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جنوب افريقيا حول ترقية وحماية الاستثمارات، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-206 المؤرخ في 23-07-2001، ج.ر عدد 41 صادرة في 29-07-2001.
11. الإتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية العربية الليبية الشعبية بشأن تشجيع وحماية وضمن الاستثمار، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 3-210، المؤرخ في 05-05-2003، ج.ر عدد 33 الصادرة في 11-05-2003.
12. الإتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة سلطنة عمان حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-223 المؤرخ في 22-06-2002، ج.ر عدد 44 الصادرة في 26-06-2002.
13. الإتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية التشيك حول الترقية والحماية المتبادلين للاستثمارات، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-124، المؤرخ في 07-04-2002، ج.ر عدد 25، الصادرة في 14-04-2002.
14. اتفاقية بين الجزائر وجمهورية البرتغال حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-192 المؤرخ في 28-05-2005، ج ر عدد 37 صادرة في 29-05-2005.
15. اتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وحكومة جمهورية فلندا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-469 المؤرخ في 11-12-2006، ج.ر عدد 82، الصادرة في 17-12-2006 .

ب- القوانين.

1. قانون رقم 63-277 المؤرخ في 26-07-1963 المتعلق بقانون الاستثمارات ج ر عدد 53 الصادرة في 2-08-1963.
1. قانون رقم 90-10 المؤرخ في 14-04-1990، المتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 14، الصادرة بتاريخ 18-04-1990. المعدل بالأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26-08-2003، ج ر عدد 52، الصادرة في 13-08-2003 المعدل والمتمم بالقانون رقم 17-10 المؤرخ في 11-10-2017، ج ر عدد 57 الصادرة في 12-10-2017.
2. قانون رقم 91-11 المؤرخ في 27-04-1991 يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة ج ر عدد 21 صادرة في 8-05-1991
3. قانون رقم 05-07 مؤرخ في 28-06-2005 المتعلق بالمحروقات، ج ر عدد 50، الصادرة في 19-08-2005 المعدل والمتمم
4. قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، ج ر عدد 21 الصادرة في 23-04-2008.
5. قانون رقم 16-09 المؤرخ في 03-08-2016، المتعلق بترقية وتطوير الاستثمار، ج ر عدد 46، الصادرة في 03-08-2016.
6. قانون تحكيم المواد المدنية والتجارية المصري رقم 27-94 المعدل والمتمم.
7. قانون الاستثمار المصري رقم 17-72، ج ر عدد 21 الصادرة بتاريخ 31-05-2017.

ج- الأوامر.

2. الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون الاجراءات المدنية، ج ر عدد 48، الصادرة في 09-06-1966.
3. الأمر رقم 66-284 المؤرخ في 15-09-1966 المتضمن قانون الاستثمارات، ج ر عدد 80 الصادرة في 17-09-1966.
4. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13-05-2007، ج ر عدد 31 الصادرة في 13-05-2007

5. الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 20-08-2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر عدد47، الصادرة في 22-08-2001.

د- المراسيم.

6. المرسوم التشريعي رقم93-09 المؤرخ في 25-04-1993، المتضمن تعديل قانون الاجراءات المدنية، ج ر عدد27 الصادرة في 27-04-1993.

7. المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05-10-1993 المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد64 الصادرة في 10-10-1993

8. المرسوم التنفيذي رقم 05-248 المؤرخ في 10-07-2005 يحدد كفيات تطبيق القانون رقم91-11 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

9. المرسوم التنفيذي رقم 06-355، المؤرخ في 09-10-2006 المتعلق بصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار وتشكيلته وسيره. ج ر عدد 64 الصادرة في 11-10-2006.

10. المرسوم التنفيذي رقم 17-100 المؤرخ في 05-03-2017 المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها، ج ر عدد 16، الصادرة في 08-03-2017.

ه- قواعد التحكيم الدولية.

11. القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985 المعدل www.unictral.org

12. قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس www.iccwbo.org

13. قواعد مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي www.crcica.org

14. قواعد المركز الدولي لحسم المنازعات التابع لجمعية التحكيم الأمريكية AAA.

ثانيا- الكتب.

15. ابراهيم ابراهيم: القانون الدولي الخاص "الاختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية للأحكام"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

16. ابراهيم أحمد ابراهيم: التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

17. ابراهيم حسن العسل: التنمية في الفكر الاسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات، لبنان، 2006.

18. ابراهيم رضوان الجغبير: بطلان حكم المحكم، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.

19. أبو العلا النمر: المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم، دار أبو مجد للطباعة، القاهرة، 2006.

20. أبو العلا علي أبو العلا النمر: القانون الواجب التطبيق على المسائل الاجرائية في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
21. أبو العلا علي أبو العلا النمر: النظام القانوني للتدابير الوقائية والتحفيزية في مجال التحكيم، دار النشر الالكتروني، د ت ن.
22. أبو زيد رضوان: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر 1981.
23. أحمد ابراهيم أحمد: التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
24. أحمد أبو الفتوح يوسف خلاف: دور القوانين والتشريعات في جذب الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر منذ عام 2001، المكتب العربي للمعارف، القاهرة، مصر، 2015.
25. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1980.
26. أحمد أبو الوفا: اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1982.
27. أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والاجباري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1987.
28. أحمد ابو بكر النجار: القوة القاهرة في الدعوى المدنية، العدالة للطباعة والنشر، بغداد، 2001.
29. أحمد البهجي: التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010.
30. أحمد السيد صاوي: الوجيز في التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 على ضوء أحكام القضاء وانظمة التحكيم الدولية، د.د.ن، 2010.
31. أحمد السيد صاوي: الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، د.د.ن، 1994.
32. أحمد بركات مصطفى: تحديد معيار التجارية والدولية في التحكيم التجاري الدولي، دراسة في القواعد الدولية والقانون الفرنسي وقانون التحكيم المصري، د.د.ن، 2010.
33. أحمد حشيش: القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008.
34. أحمد سرحال: قانون العلاقات الدولية المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، 1993.
35. أحمد سمير أبو الفتوح يوسف خلاف: دور القوانين والتشريعات في جذب الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر منذ عام 2001، المكتب العربي للمعارف، القاهرة، مصر، 2015.
36. أحمد عبد الحميد عشوش: التحكيم وسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار دراسة مقارنة، مؤسسة الشباب، القاهرة، 1991.

37. أحمد عبد الكريم سلامة: التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية المدنية والتجارية والادارية والجمركية والضريبية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
38. أحمد عبد الكريم سلامة: نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
39. أحمد عبد الكريم: نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989 .
40. أحمد عبد اللاه المراغي: دور التحكيم في تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، 2015.
41. أحمد ماهر زغلول: مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
42. أحمد محمد حشيش: القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001.
43. أحمد محمد مليحي: قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، 1996.
44. أحمد هندي: تنفيذ أحكام المحكيم - الأمر بتنفيذ أحكام المحكمين الوطنية والأجنبية-، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2001.
45. ادوار عيد: موسوعة أصول المحاكمات المدنية، مطبعة نيم نبيروت، لبنان، 1998.
46. ازاد شكور صالح: الاستثمار الأجنبي وسبل استقطابه وتسوية منازعاته، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2011.
47. أسامة احمد الحواري: القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
48. أشرف السيد حامد قبال: الاستثمار الأجنبي المباشر، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، د.ت.ن.
49. أشرف عبد العليم الرفاعي: النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
50. أشرف عبد العليم الرفاعي: اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006.

51. أيسر عصام داؤد سليمان: الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014.
52. ايناس خلف الدين: التحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016.
53. بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
54. بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
55. بليغ حمدي محمود: الدعوى ببطالان أحكام التحكيم الدولية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
56. ثروت حبيب: دراسة في قانون التجارة الدولية، د.د.ن، القاهرة، 1975.
57. جلال وفاء حمدين: التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.
58. حسام عيسى: دراسات في الآليات القانونية للتبعية الدولية للتحكيم التجاري الدولي نظرة نقدية مستقبلية، دار المستقبل العربي، القاهرة، مصر، 1998.
59. حسن الجندي: النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 2005.
60. حفيظة السيد الحداد: النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
61. حفيظة السيد حداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
62. حفيظة السيد حداد: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.
63. حفيظة السيد حداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الاجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.

64. حفيظة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2007.
65. حفيظة السيد حداد: الطعن بالبطلان على احكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 1997.
66. حفيظة السيد حداد: مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الاجراءات الوقتية والتحفظية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، د.ت.ن.
67. حمد الله محمد حمد: النظام القانوني لشرط التحكيم في المنازعات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
68. حمد مخلوف: اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
69. حميد شيرزاد هروري: منازعات الاستثمار بين القضاء والتحكيم، دارالفكر الجامعي، الاسكندرية مصر، 2018.
70. خالد ابراهيم التلاحمة: القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم التجاري الدولي، دار جهينة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.
71. خالد سعد زغلول حلمي: مثلث قيادة الاقتصاد العالمي، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2002.
72. خالد كمال عكاشة: دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2014.
73. خالد محمد القاضي: موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، دار الشروق، القاهرة، 2002.
74. خالد منصور اسماعيل: اشكاليات التحكيم في منازعات عقود النفط، دراسة معمقة وفق التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأحكام التحكيم الدولية المتعلقة بمنازعات النفط، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، السعودية، 2015.
75. دريد السامرائي: الاستثمار الاجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006.

76. رائد أحمد على أحمد: موسوعة التحكيم في عقود الاستثمارات البترولية، الجزء الثاني، النظام القانوني لعقود الاستثمار البترولية، مركز الدراسات العربية، القاهرة، 2018.
77. رشا علي الدين: السوابق التحكيمية اطلالة على ضوء احكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010 .
78. رضا السيد عبد الحميد: تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
79. رضا السيد عبد الحميد: قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 في الميزان نظرات انتقادية لبعض الجوانب الاجرائية مدعما بأحدث احكام النقض، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
80. رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر: الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2011.
81. سامي المنصور: عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني في القانون اللبناني والفرنسي والمقارن، دار الفكر اللبناني، الطبعة الأولى، 1987.
82. سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة، 1984.
83. سراج حسين أبو زيد: التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
84. السلام ابو قحف: اقتصاديات الاعمال والاستثمار الدولي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2003.
85. السيد المراكبي: التحكيم في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ومدى تاثره بسيادة الدولة، دار النهضة العربية، 2001.
86. سيد طه: دور الشركات العابرة للحدود في جذب الاستثمار الاجنبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
87. شاعر العبيسي: التحكيم التجاري الدولي، ابن اليمن للطباعة والنشر، صنعاء، 2000.
88. شيرزاد حميد هروري: منازعات الاستثمار بين القضاء والتحكيم، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2017.
89. صفوت أحمد عبد الحفيظ: دور الاستثمار الاجنبي في تطور احكام القانون الدولي الخاص، د.د.ن، القاهرة، 2000.

90. صلاح الدين جمال الدين: دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين دراسة في أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004.
91. صلاح الدين جمال الدين: عقود الدولة لنقل التكنولوجيا - دراسة في اطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي -، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
92. صلاح الدين جمال الدين. محمود مصيلحي: الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004.
93. صلاح الدين جمال الدين: نظرات في القانون الواجب التطبيق وفقا للمادة 42 من اتفاقية مركز تسوية منازعات الاستثمار ICSID، دار النهضة العربية القاهرة، 1996.
94. طه أحمد علي: تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2008.
95. عاشور مبروك: النظام القانوني لتنفيذ احكام المحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
96. عاشور مبروك: التحكيم، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2014.
97. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مكتبة النصر، القاهرة، د.ت.ن.
98. عبد الحميد الأحديب: موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف، القاهرة، 1998.
99. عبد الحميد الأحديب: التحكيم احكامه ومصادره، الجزء الثالث، منشأة المعارف، القاهرة، مصر، 1998.
100. عبد الحميد الأحديب: التحكيم التجاري الدولي، دار نوفل، بيروت، 1990.
101. عبد العزيز النعماني: المركز القانون للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت.ن.
102. عبد العزيز قادري: الاستثمارات الدولية "التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات"، دار هومة، الجزائر، 2004.
103. عبد الكريم أحمد أحمد الثلايا: تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في منازعات عقود الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014.
104. عبد الله عبد الكريم عبد الله: ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن، 2010.

105. عبد المعز غفار نجم: الجوانب القانونية لنشاط البنك الدولي للإنشاء والتعمير، الهيئة المصرية للكتاب، 1976.
106. عبد المنعم زمزم: الابعاد القانونية لتصدير الغاز المصري المشكلات وبعض الحلول المقترحة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
107. عبد المنعم محفوظ: قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر دراسة مقارنة، دار الهناء للطباعة، د ب ن، 1989.
108. عبدالرحمن بريارة: طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائري وفقا للتشريع الجزائري، منشورات البغدادي، الجزائر، 2009.
109. عثمان الحداد معاوية: القواعد القانونية المنظمة لجذب الاستثمار الأجنبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015 .
110. عزالدين عبدالله: القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين تنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1986.
111. عصام احمد البهجي: التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014.
112. عصام الدين القصبي: خصوصية التحكيم في مجال منازعات عقود الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
113. عقيل كريم زغير: المسؤولية المدنية للمستثمر الأجنبي دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2015.
114. علاء التميمي عبده: دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2017 .
115. علي ابراهيم: العلاقات الدولية في وقت السلم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997 .
116. علي الشحات الحديدي: التدابير الوقائية والتحفظية في التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
117. عماد حبيب الموصللي: القانون والاقتصاد الدولي، مكتبة نينوى للنشر والتوزيع، الموصل، العراق، 2001.
118. عمر زودة: قانون الاجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، انسكلوبيديا، الجزائر، 2015.

119. عمر هاشم محمد صدقة: ضمانات الاستثمارات الاجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، د.ت.ن.
120. عمرو طه بدوي محمد علي: الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد الانشاءات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
121. عبد الرحمن بربارة: شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، منشورات بغداددي، الجزائر، 2009.
122. عيبوط محند وعلى: الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2012.
123. عيد محمد القصاص: حكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
124. عيد محمد القصاص: التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
125. فارس محمد عمران: موسوعة الفارس قوانين ونظم التحكيم بالدول العربية الخليجية ودول اخرى، المركز القومي للاصدارات القومية، القاهرة، 2015.
126. فاضل حمة صالح الزهاوي: المشروعات المشتركة وفقا لقانون الاستثمار، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، العراق، 1990.
127. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
128. فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2007.
129. فريد عبد النجار: الاستثمار الدولي والتنسيق الضريبي، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 2000.
130. فؤاد محمد محمد أبو طالب: التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الاجنبي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2010.
131. فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
132. كمال عليوش قربوع: قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
133. لزهر بن سعيد: التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة، الجزائر، 2012.
134. لما أحمد كوجان: التحكيم في عقود الاستثمار، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
135. لمياء متولي مرسي: التنظيم الدولي للاستثمارات في اطار اتفاقية استثمار متعددة الاطراف، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

136. مبروك عاشور: الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ احكام المحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
137. مبروك عاشور: النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
138. محمد السعيد عبد الرحمن الحكم القضائي اركان وقواعد واصداره، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
139. محمد بدران: مذكرات في حكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
140. محمد داود الزعبي: دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2011.
141. محمد شعبان سيد: التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2014.
142. محمد عبد الله المؤيد: الاطار العام للقانون الدولي الخاص، مطبوعات جامعة صنعاء، 2009.
143. محمد علي بني مقداد: المسلك السليم لإصدار وتنفيذ حكم التحكيم، دار دروب للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
144. محمد علي بني مقداد: الطريق القويم للاتفاق على التحكيم، دار اليازوردي، عمان، الاردن، 2012 .
145. محمد نور عبد الهادي شحاته: النشأة الإتفاقيه للسلطات القضائية للمحكمين، دار النهضة العربية، دس ن.
146. محمود السيد عمر التحيوي: مفهوم الأثر السليبي للاتفاق على التحكيم شرطا كان أو مشاركة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2003.
147. محمود مختار بربري: التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
148. محند وعلى عيبوط: الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2012 .
149. محي الدين اسماعيل علم الدين: أحكام مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري، 1984-2000، د.د.ن، 2002.
150. محي الدين علم الدين: منصة التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
151. مراد محمود المواجدة: التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
152. مروان شموط- كنجو عبدو كنجو: أسس الاستثمار، الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات، القاهرة، 2008

153. مصطفى العوجي: العقد والمسؤولية المدنية، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2003.
154. مصطفى خالد النظامي: الحماية الاجرائية للاستثمارات الاجنبية الخاصة، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2002.
155. مصطفى ناطق صالح مطلوب: نظام التحكيم التجاري الطارئ دراسة تأصيلية مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة 2018 .
156. مصطفى محمد الجمال، محمد عبد العال عكاشة: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الدولية، والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، 1998.
157. مصلح أحمد طراونة. فاطمة الزهراء محمودي: التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي، نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، الجزء الاول، دار وائل، عمان، الأردن، 2013.
158. معتز عفيفي: نظام الطعن على حكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012.
159. مهند أحمد الصانوري: دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، عمان، الاردن، 2005
160. موسى شحاتة: القانون الادراي، منشورات جامعة القدس المفتوحة، عمان، الأردن، 1996.
161. نادر محمد محمد ابراهيم: مركز القواعد عبر الدولية امام التحكيم الاقتصادي الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002 .
162. ناريمان عبد القادر: اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
163. ناصر عثمان: ضمانات الاستثمار الاجنبي في الدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
164. نبيل اسماعيل عمر: التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2005.
165. نجلاء حسن السيد احمد خليل: التحكيم في المنازعات الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
166. هات محي الدين اليوسفي: الأثر المانع لاتفاق التحكيم ومدى تأثيره على الاختصاص القضائي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014.
167. هاني محمد كامل المنايلي: اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية- دراسة على الدول العربية مقارنة بالتشريعات الوضعية في العالم، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014.
168. هبة هزاع: توازن عقود الاستثمار الاجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016.

169. هدى عبد الرحمن: دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997.
170. هشام باناجه: أساسيات التحكيم الدولي التجاري الاستثماري، مؤسسة الطوبجي للتجارة والطباعة والنشر، القاهرة، 2014 .
171. هشام صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001.
172. هشام علي صادق: الحماية الدولية للمال الاجنبي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2002.
173. هفال اسماعيل صديق: المركز القانوني للمستثمر الاجنبي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2014.
174. هفال صديق اسماعيل: التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية وفق الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية مع أحدث أحكام هيئة التحكيم الدولية وأحكام المحاكم الوطنية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2016.
175. وجدي راغب: النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973.
176. الياس ناصيف: العقود الدولية -عقود البوت BOT - في القانون المقارن، مكتبة الحلبي، بيروت، لبنان، 2011.

ثالثا- أطروحات الدكتوراه ورسائل ماجستير:

أ- أطروحات الدكتوراه

177. أحمد عبد الحميد عشوش: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في الدول العربية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1975.
178. بسمان نواف فتحي: النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية النفطية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم الدراسات القانونية، القاهرة، 2013.
179. بشير سليم: الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، أطروحة الدكتوراه علوم، قانون خاص، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق، 2010-2011 .

180. حازم حسن جمعة: الحماية الدبلوماسية للمشروعات المشتركة، دراسة تحليلية للمشروعات الدولية العامة وقواعد حمايتها في القانون الدولي، أطروحة دكتوراه، جامعة عين الشمس، القاهرة، 1981.
181. حسن الجندي: النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 2005.
182. حسين سراح محمد أبوزيد: التحكيم في عقود البترول، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 1998.
183. ربيعة قصوري: النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، أطروحة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون اعمال، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، باتنة، 2010-2011.
184. سهيلة قرطي: منظومة التحكيم ومساهمتها في حل منازعات الاستثمار، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017-2018.
185. سي فضيل الحاج: آليات فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي، أطروحة دكتوراه، القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018-2019.
186. عبد المالك باسود: حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي، أطروحة دكتوراه، القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015.
187. علي حسين ملحم: دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998.
188. عمرو مراد معوض حيدر: تسوية منازعات الاستثمار الأجنبية في اطار اتفاقية واشنطن بشأن انشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2012.
189. غسان علي علي: الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصدها، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 2004.
190. كريم تعويلت: فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2017.
191. لامية حسايني: مبدأ عدم التمييز بين الاستثمارات في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2017.

192. محمد جارد: الدعوى التحكيمية في اطار العلاقات الدولية الخاصة -دراسة مقارنة -، أطروحة الدكتوراه، القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بلقايد أبو بكر تلمسان، 2017-2018.
193. محمد عيساوي: فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر - على ضوء الاتفاقيات الدولية للجزائر، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012.
194. محمد فرعون: الرقابة القضائية على القرارات التحكيمية، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون المنازعات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، 2017-2018.
195. نجيب احمد عبد الله: التحكيم في القانون اليمني دراسة مقارنة مع أحكام الشريعة الاسلامية، أطروحة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، 2004.
196. نوال زروق: الرقابة على أعمال المحكمين في ظل التحكيم التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه علوم، القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، 2014-2015.
197. هدى محمد مجدي عبد الرحمن: دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997.
198. هشام محمد اسماعيل محمد: الحماية الدولية لأحكام التحكيم الأجنبية، أطروحة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون الدولي الخاص، جامعة عين الشمس، 2010.

ب-رسائل ماجستير.

199. سامية خواتر: تنفيذ القرارات التحكيمية المترتبة عن منازعات التجارة الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003.
200. عمار غالب مصطفى تركمان: تنفيذ قرارات التحكيم الاجنبية في ضوء التشريع الفلسطيني واتفاقيتي الرياض ونيويورك - دراسة مقارنة . رسالة ماجستير، كلية الحقوق والادارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2013.

رابعا -المجلات العلمية.

201. ابراهيم أحمد ابراهيم: اختيار التحكيم ومفهومه في اطار -مركز حقوق عين الشمس للتحكيم-، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد 7، يوليو، 2001.
202. ابراهيم أحمد العناني: الأبعاد الاقتصادية للعلاقات الدولية الاقتصادية، مجلة الدراسات الدبلوماسية، السعودية، العدد الثاني، 1985.

203. ابراهيم السوقي ابو الليل: قواعد وإجراءات التحكيم وفقا لنظام التجارة الدولية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول والثاني، مارس ويونيو، 1993.
204. ابراهيم شحاته: أهم المسائل الخلافية في تكوين هيئة دولية لضمان الاستثمارات الأجنبية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين الشمس، العدد الثاني، جوان 1970.
205. ابراهيم محمد القعود: الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد السابع، ديسمبر 2015.
206. أحمد ابراهيم عبد التواب: الدفع بوجود اتفاق التحكيم في القانون القطري والقانون المقارن، المجلة القانونية والقضائية، العدد الأول، 2008.
207. أحمد السمدان: القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول والثاني، 1993.
208. أحمد شرف الدين: استثمار المال العربي، الحاجات الاقتصادية والصياغة القانونية، مجلة المال والصناعة، العدد 2، 1981.
209. أسامة عبد المجيد العاني: مستقبل الاقتصاد العربي في ظل الشركات متعددة الجنسية، مجلة شؤون عربية، ديسمبر، كانون الأول، 2001.
210. جميلة ابراهيم الجرسى، علي عبد الرب منير: مدى سلطة المحكم في البت في اختصاصه في التشريع الليبي، مجلة الشريعة والقانون، جامعة ماليزيا، العدد السابع، 2019.
211. جورج حزبون - مصلح الطراونة: التكييف القانوني لعقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الثالث، العدد الأول، جانفي 2006.
212. حسام مروان أبو حامدة: التحكيم في منازعات الاستثمار وفق القانون الاردني وبعض الاتفاقيات المصادق عليها من طرف المملكة الأردنية الهاشمية، 5 سبتمبر 2016.
213. حسان ثابت رفعت: الدولة والتحكيم، المجلة اللبنانية للتحكيم، العدد 16، 2000.
214. حسن طالبي: خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 1، 2008.
215. حفيفة السيد حداد: التعليق على قرار الدعوى التحكيمية رقم ARB 02/70 بين Hussein Nuamman Soufraki ضد الامارات العربية المتحدة، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثاني، 2009.

216. خالد أحمد عبد الحميد: دور القضاء في الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم، مجلة دفاتر المجلس الأعلى، مركز النشر والتوثيق القضائي، المغرب، العدد 07، 2005.
217. خالد محمد جمعة: المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كطريق لحل منازعات الاستثمار المباشر، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، العدد 3، 1998.
218. رشا موسى محمد: دور اتفاق التحكيم في حل منازعات عقود الاستثمار الأجنبي، مجلة أهل البيت، العدد 11.
219. زروق يوسف-رقاب عبد القادر: ضمانات وحوافز الاستثمار في الجزائر وفق قانون 16-09، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 8، 2017.
220. سامي بلعابد: انعقاد الخصومة التحكيمية في القانون الجزائري، مجلة الحوار الفكري، جامعة أحمد درارية، ادرار، العدد 14، 2017.
221. الشاذلي زيار: مفهوم اتفاق التحكيم ومدى تجسيده كوسيلة لحل منازعات الاستثمار، مجلة الدراسات القانونية، العدد 4، 2019.
222. شهاب فاروق عبد الحي: تشكيل هيئة التحكيم وفقا لقانون التحكيم المصري والتشريعات الاجنبية وقواعد مراكز التحكيم الدولية، مجلة التحكيم العربي، العدد 23، ديسمبر 2014.
223. صلاح سري الدين: التحكيم في العقود الادارية بين الحظر والاجازة مع اشارة خاصة لأحكام القانون المصري واحكام التحكيم التجاري الدولي مجلة التحكيم العربي، المركز اليمني للتوفيق والوساطة والتحكيم، 2003.
224. طارق بن هلال: الطبيعة القانونية لعقود الامتياز والاستثمار التي تبرمها الدولة وفقا لنظام b.o.t، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد 36، أكتوبر، 2008.
225. طيب قبائلي: حماية ملكية المستثمر في القانون الجزائري وقضاء التحكيم، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الواد، المجلد 10، العدد 2، سبتمبر 2019.
226. عبد الباقي نعمة: نزع الملكية، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة بغداد، العدد 14، 1987.
227. عبد الحميد الأحذب: مفهوم النظام العام في التحكيم، مجلة التحكيم العربي في أفق الألفية الثالثة، سلسلة اصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، العدد الأول، الطبعة الأولى، 2003.
228. عبد الرحمن علالي: استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي، مجلة حقوق الانسان والحريات العامة، جامعة مستغانم، العدد 6، جوان 2018.

229. عبد الرسول عبد الرضا، خير الدين كاظم عبيد: تأثير الصفة الأجنبية في قانون الاستثمار العراقي رقم 13-2006 نبحت منشور في مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العدد1، 2009.
230. عبد الفتاح عزمي: سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الرابع، ديسمبر، 1984.
231. عبد القادر سرحاني - محمد مزاولي: الضوابط القانونية لاختيار المحكم التجاري الدولي في التشريعين الجزائري والمصري، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية، أدرار، المجلد 7، العدد2، 2019.
232. علي مصطفى ملحم: تنفيذ الحكم التحكيمي، مجلة جامعة البعث، جامعة دمشق، كلية الحقوق العدد6، 2015
233. عمر زودة: اجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مجلة المحكمة العليا، الجزء الأول، عدد خاص، الجزائر، 2009.
234. عمر بن سعيد: تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة، العدد الثاني، جويلية 2014 .
235. عمر شتوح: تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين القضاء والتحكيم قراءة في ظل القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد34، العدد 2، 2020.
236. عمر مشهور حديثة الجازي: التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، المجلة اللبنانية للتحكيم، العدد23، 2002.
237. عن بريك فارس حسين، محمد موسى خلف: عقد الاستثمار في تصفية النفط الخام وطبيعته القانونية، دراسة تحليلية في التشريعات العراقية، بحث منشور في مجلة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العراق، المجلد4، السنة 4، العدد14.
238. غسان عبيد محمد المعموري: المفاوضات ودورها في تسوية منازعات عقود التنمية التكنولوجية، مجلة أهل البيت، كربلاء، العراق، العدد22، د. ت. ن.
239. فاطمة مصاييح: أهم الضمانات التشريعية للاستثمار الاجنبي في مجال نزع الملكية والتخفيف من العبء الضريبي، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، جامعة سيدي بلعباس، العدد3، 2016 .
240. فايز نعيم رضوان: اتفاق التحكيم وفقا لقواعد الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، مجلة الأمن والقانون، العدد الأول، جانفي 2007.

241. فراس يقاش: الوساطة كطريق بديل لحل النزاعات في قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012.
242. كاهنة ايرزل: مكانة المصالحة في تسوية منازعات التجارة الدولية، مجلة العلوم الانسانية، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1، عدد 46، ديسمبر 2016.
243. كريمة كريم - زينب كريم: أهلية المؤسسة العمومية ذات الطابع الاقتصادي لطلب التحكيم في التشريع الجزائري، مجلة القانون، المركز الجامعي أحمد زبانه، غليزان، العدد 8، جوان 2017.
244. محمد بلاق: التجميد الزمني لقانون العقد في عقود الاستثمار الأجنبي، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 3، العدد 2، 2018.
245. محمد عامر شنجار، علي غسان أحمد: الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار - دراسة قانونية مقارنة، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، العراق، المجلد 18، الاصدار 2، 2016.
246. محمد عامر شنجار - غسان أحمد: الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار - دراسة قانونية مقارنة - مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، العدد 18، 2016.
247. محمد قبائلي: الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تمارست، كلية الحقوق، العدد 11، جانفي 2017.
248. محمود سمير الشرقاوي: مفهوم التجارية والدولية وفقا لقانون التحكيم المصري، مجلة التحكيم العربي، العدد الاول، ماي 1999.
249. معين عر المومني: هيئة التحكيم ودورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على الاجراءات في التحكيم التجاري الدولي، مجلة جيل الابحاث القانونية المعمقة العدد 19، نوفمبر 2017.
250. منصور فرج السعيد: النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في ظل قانون الاستثمار الجديد، دراسة قانونية اقتصادية مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 03، 2003.
251. مليكة أوباية: عن فعالية القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار في استقطاب الاستثمار الاجنبي، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10، العدد 03، 2019.
252. منير محمد ثابت: أية قيمة قانونية لعادات وأعراف التجارة الدولية، مجلة المناهج المغربية، الدار البيضاء، العدد 9، 2006.

253. نورالدين بكلي: تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي وطرق الطعن فيها في القانون الجزائري، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2013.
254. هادي سليم: القانون المطبق في مجال التحكيم المتعلق بالاستثمار، مجلة التحكيم العالمية، العدد 14، 2012.
255. هند محمد مصطفى: القانون الواجب التطبيق في تحكيم الاستثمار، مجلة التحكيم العربي العدد 21، ديسمبر 2013.
256. هند محمد مصطفى: التحكيم بدون اتفاق خاص ودور الرضا في تحكيم الاستثمار، مجلة التحكيم العالمية، العدد 21، 2014.
257. يحيى أكرام بدر: مفهوم الاستثمار في المادة 25 من معاهدة واشنطن 1965 badr international review of law، جامعة قطر، جانفي 2014.
258. يعقوب يوسف صرخوه: شروط صحة الحكم التحكيمي في التشريع الكويتي مقارنة بما ورد في اتفاقيات التحكيم الصارة في رحاب الأمم المتحدة، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثامنة عشر، العدد الثالث، سبتمبر، 1994.
- خامسا- مؤتمرات وندوات وملتقيات**
259. أمين العدوي: رد المحكم، أشغال الدورة العامة لإعداد المحكم، مركز تحكيم، عين الشمس، 5-7-2001.
260. بن علي بن سهلة ثاني: حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء نظام التحكيم غير الاتفاقي، المؤتمر الدولي 16، التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون، قسم القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، 28-30 أبريل 2008.
261. حسام الدين الأهواني: المسائل القابلة للتحكيم، الدورة العامة لإعداد المحكم، مركز تحكيم، عين الشمس، 15 إلى 20 مارس 2003.
262. حسين الماحي: انعكاسات العولمة على التحكيم التجاري الدولي، للمؤتمر السنوي حول الاتجاهات الحديثة في التحكيم، كلية الحقوق، المنصورة، 2000.
263. حمد سامي الشوا: التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية، المؤتمر السنوي السادس عشر: التحكيم التجاري الدولي، المجلد 3، 25-27 أبريل 2011

264. حورية يسعد: طرق الطعن في أحكام التحكيم طبقاً للقانون الجزائري، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 21-22 أبريل 2010.
265. سامي محمد عبد العال: دور القضاء والتحكيم الدولي في تسوية منازعات الاستثمار، مؤتمر كلية الحقوق، جامعة طنطا، 29-30/04/2015.
266. سيد عيد نايل: محاضرة امتداد شرط التحكيم، الدورة المنعقدة لإعداد المحكم الدولي، مركز تحكيم حقوق عين الشمس، جامعة عين شمس، القاهرة، 18/04/2009.
267. عبد الحميد الأحديب: اجراءات التحكيم، المؤتمر الدولي السادس عشر لكلية الشريعة والقانون حول التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، قسم القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، 28-30 أبريل 2008.
268. عبد الحي صفريوي: الممارسات التحكيمية والتوجيهات الاصلاحية الجديدة، المؤتمر الثالث للتحكيم العربي الأوروبي، عمان، 23-25 أكتوبر 1989.
269. عبد الرحمن المصباحي: دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار، المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، الدوحة، قطر، 23-25 سبتمبر 2013.
270. علي سيد قاسم: شرط التحكيم ومجموعة الشركات، بحث مقدم الى المؤتمر السادس عشر، التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، 28-30 أبريل 2008.
271. فرج أحمد معروف: دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار، المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، 24-26 سبتمبر 2013.
272. كامران الصالحي: دور القضاء الدولي والاتفاقيات الدولية والاقليمية في تسوية المنازعات الاستثمارية، المؤتمر الدولي للاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، كلية الحقوق جامعة الامارات العربية، 25-27 أبريل 2011.
273. محمد أبو العينين: الخصائص المميزة للتحكيم في منازعات البترول والغاز، المؤتمر الدولي للطاقة البترول والغاز ووسائل حسم المنازعات الناتجة عنها، شرم الشيخ، مصر. 9-10 مارس 2002.

274. محمد لافي داردكه: أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية لدولة الامارات العربية المتحدة كإحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، المؤتمر السنوي السادس عشر -التحكيم التجاري الدولي-، جامعة الامارات العربية المتحدة، كلية الحقوق، 2008 .
275. مصلح طراونة: نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الناشئة عن عقود الاستثمار الأجنبية وفقا لاتفاقية واشنطن، المؤتمر الدولي التاسع عشر، "قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وإثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الامارات العربية المتحدة"، جامعة الامارات العربية المتحدة، د.س.ن.
276. منصف الكشوشو: دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار، المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، الدوحة، قطر، 23-25 سبتمبر 2013.

سادسا- معاجم وقواميس:

277. ابن منظور محمد بن مكرم بن علي: معجم لسان العرب، دار صاد، بيروت، 1956.
278. ابن منظور: لسان العرب، المؤسسة العامة للتأليف والنشر، ج15، القاهرة، 1990
279. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزبادي: القاموس المحيط، مطبعة فن الطباعة، ج4، القاهرة، د.ت.ن .
280. مجمع اللغة العربية: المعجم الوجيز، منشورات مجمع اللغة العربية، القاهرة، 1995.

سابعا - المراجع باللغة الأجنبية:

A-Les Ouvrages:

281. Abdelkrim Rajah: Droit de l'arbitrage international, les nouvelles législations Tunisienne et Egyptienne, paris, 1996.
282. Garreau-D et Julliard-P: Droit international économique, Pari, LGDJ, 4^{ème} édition, 1992.
283. Jean François et Sébastien Besson: Droit comparé de l'arbitrage international, Bruxelles, L.G.D.J, 2002 .
284. Lalive Poudret, Reymond: Le droit de l'arbitrage interne et international en suisse, Payot Lausanne, Suisse,1989.
285. Lalive .P.A: Problèmes relatives a l'arbitrage international commercial, Academie de droit international. Recueil des cours.1967,
286. PH. Fouchard.E Berthed Goldman: traite de l'arbitrage commercial international,litec delta, Paris, 1996 .
287. R David: l'arbitrage dans le commerce international, éditions conomica,Paris, 1982.

B-Articles de Revue:

288. Ben Cheneb: Droit commercial des investissements, Rev, Mutation, Alger, 1994.

289. Boivin/R: International arbitration with states: An overview of the risks, J.I.A, Vol19, No4, 2002
290. C.S.E.E/B.N.P et Crédit populaire d Algerie, Rev. Arb ,n03 ,juillet-septembre .1990.
291. E.Gaillard: Arbitrage Commerciale International, J.CI.DR, inter . Fasc 586-9-2-n: 5
292. E.Gaillard « Arbitrage Commercial International », J.CI.DR.inter, FASC 586-1 no 1,1994.
293. Fouchard Philippe: Arbitrage Commercial International Sources, J.CI.DR. Inter Fasc. 585/2,1er cahier, 1989.
294. Goldman .B: Convention d'arbitrage formation, objet, arbitra lité, Juris-classeur-dt-inter, Fasc 586-4, Paris 1989.
295. Goldman.B: Arbitrage Commercial International. « J.CI.Droit inter.Fasc 586-1, no1, 1989.
296. Jean Robert: Arbitrage civil et commercial, Rev internationale de droit comparé, cinquième édition, 1962.
297. Jean-Louis Delvolve au cours des débat-trav.com.fr. Rev.Arb.23 septembre.Paris, 1981 .
298. Loquin E: Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage, Rev Arb, 2006 .
299. Mohamed Issad: La nouvelle loi Algérienne relative a l'arbitrage international ,Rev.Arb, 2008.
300. Rachid Zouaimia: Le régime de l'investissement étranger en Algérie, JDI, N3, Paris, 1993.
301. Kelein.FE: Autonomie de la volonté et arbitrage, Rev critique de droit international privé, Paris, 1958.
302. François-Xavier TARIN: Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères: le Droit Français au prisme de la convention de New York, Rev international de droit comparé, n: 2, R.I.D.C, juillet 2014 .

ثامنا- مواقع الانترنت:

303. سميحة القيلوبي: عقد نقل التكنولوجيا، 21-09-2019

https://www.bibliotdroit.com/2016/07/blog-post_998.html

304. محمد براهيمي: التحكيم في التشريع الجزائري 23-09-2019.

<http://brahimi-avocat.e-monsite.com/ar/blog/9-4.html>

305. التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري: 23-12-2019

<https://www.law-arab.com/2015/02/Optional-arbitration-and-compulsory-arbitration.html>

306. عبد المومن بن صغير: دور الاتفاقيات الدولية في تطوير مبادئ القانون الدولي للاستثمار الأجنبي

<https://democraticac.de/?p=382562018-08-03>.

تحرص الدول على استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية عن طريق توفير بيئة ملائمة للاستثماري، نظرا لدوره في تحقيق التنمية الاقتصادية ونقله التكنولوجيا، إلى جانب زيادة كفاءة رأس المال البشري، بفعل تحسين الخبرات والمهارات. وفي سبيل تحقيق ذلك، سعت الدول إلى وضع رؤيا شاملة كفيلة بجذب المستثمر الأجنبي، من خلال ازالة العراقيل والحواجز، ووضع ضمانات وامتيازات لتحفيزه على الدخول للسوق المحلي، في اطار الحفاظ على سيادتها ومصالحها الاقتصادية.

تتميز عقود الاستثمار الأجنبي في كونها من عقود المدة، لذا فمن الثابت أن تنشأ بين طرفي العقد منازعات نتيجة تعارض مصالحهم، غير أن اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة لا يعد الحل المناسب لتسوية منازعات الاستثمار، نظرا لما يثيره من ريبة وتخوف لدى المستثمر الأجنبي من انحيازه لصالح الدولة، وأمام غياب هيئة قضائية متخصصة تعنى بتسوية مثل هذه المنازعات، وللخروج من جمود النصوص التشريعية والانسجام بشكل أكبر مع ما هو مستجد على الصعيد الدولي، برز التحكيم التجاري الدولي كأسلوب لتسوية هذه المنازعات.

الأمر الذي دفع بالدول إلى أن تساير متطلبات الاستثمار الأجنبي، من خلال تعديل نصوصها القانونية باحتواء نظام التحكيم والاعتراف به، لتسمح وتسهل المهمة أمام المستثمر الأجنبي للولوج إلى أراضيها للاستثمار فيها، فسنت القوانين التي تنظم سلامة قواعده وإجراءاته، ليصبح بذلك أهم ضمانة اجرائية في الحياة الاقتصادية الدولية، كونه يمثل القضاء الأصيل الذي وجد فيه أطراف النزاع مقصدهم، نظرا لما يتميز به من بساطة وسرعة في الإجراءات، ومرونة تتماشى مع مقتضيات عقود الاستثمار الأجنبية، ليتسع نطاق اللجوء إلى التحكيم وينتشر مسجلا بذلك اتجاهها متصاعدا نحو الإفلات من سلطان قضاء الدولة والأنظمة القانونية، مع ما يشوبها من قيود وتعقيد، ناهيك عن الاشكالات والمسائل التي يثيرها. غير أن تحقيق فعالية التحكيم يبقى منوط بمدى تحقيقه للتوازن المنشود بين حقوق المستثمر الأجنبي ومصالحه، وبين متطلبات خطط التنمية الاقتصادية للدول المضيفة بما يكفل تطور العلاقات التجارية الدولية.

Summary

Countries are keen to attract foreign capital by providing an appropriate environment for the investment climate, due to its role in achieving economic development and transfer of technology, as well as increasing the efficiency of human capital, by improving expertise and skills. In order to achieve this, countries sought to develop a comprehensive vision that would attract the foreign investor, by removing obstacles and barriers, and establishing guarantees and privileges to motivate him to enter the local market, within the framework of preserving the sovereignty and the economic interests of the countries.

Foreign investment contracts are distinguished by their being of period contracts, which may give rise to new developments that were not taken into account, so it is proven that disputes arise between the parties to the contract because of their conflict of interests. However, resorting to the national judiciary of the host country is not the appropriate solution to settle investment conflicts, due to the suspicion and fear that the foreign investor raises about his bias in favor of the state, and in view of the absence of a specialized judicial body concerned with settling such conflicts. And to get out of the rigidity of legislative texts and to get along with what is new at the international level, international commercial arbitration has emerged as a method for settling these conflicts.

The matter that prompted countries to conform to the requirements of foreign investment, by amending their legal texts to include the arbitration system and recognize it, to allow and facilitate the task for the foreign investor to access their lands to invest in them. So the laws were enacted in order to regulate the integrity of its rules and procedures. Thus becoming the most important procedural guarantee in international economic life, as it represents the original judiciary in which the parties to the conflict found their destination, due to its simplicity and speed in procedures, and flexibility in line with the requirements of investment contracts. To expand the scope of resorting to arbitration and spread, thus recording an upward trend towards evading the authority of the state's judiciary and legal systems, with its restrictions and complexity, not to mention the problems and issues it raises.

Achieving the effectiveness of arbitration remains dependent on the extent to which it achieves the desired balance between the rights and interests of the foreign investor, and the requirements of the host countries' economic development plans to ensure the development of international trade relations.

الصفحة	العناوين
01	مقدمة
11	الباب الأول: الأحكام الموضوعية للتحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.
12	الفصل الأول : الاطار المفاهيمي للتحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.
13	المبحث الأول: ماهية التحكيم والاستثمار الأجنبي .
13	المطلب الأول: ماهية التحكيم
14	الفرع الأول: مفهوم التحكيم .
14	أولا: تعريف التحكيم .
17	ثانيا : الطبيعة القانونية للتحكيم .
23	الفرع الثاني: أنواع التحكيم
23	أولا : تحكيم اختياري و تحكيم اجباري .
24	ثانيا: تحكيم حر و تحكيم مؤسسي .
27	ثالثا : تحكيم داخلي و تحكيم تجاري دولي
31	المطلب الثاني: ماهية الاستثمار الأجنبي
32	الفرع الأول: مفهوم الاستثمار الأجنبي
33	أولا: تعريف الاستثمار
35	ثانيا: تعريف الاستثمار الأجنبي .
42	ثالثا: دور الاستثمار الأجنبي في تحقيق التنمية الاقتصادية .
46	الفرع الثاني: أنواع الاستثمار الأجنبي .
47	أولا: الاستثمار الأجنبي غير المباشر .
49	ثانيا: الاستثمار الأجنبي المباشر .
52	المبحث الثاني: منازعات الاستثمار الأجنبي وطرق تسويتها .
53	المطلب الأول: ماهية منازعات الاستثمار الأجنبي .
53	الفرع الأول: مفهوم منازعات الاستثمار الأجنبي .
54	أولا : تعريف عقود الاستثمار الأجنبي
55	ثانيا :تعريف منازعات الاستثمار الأجنبي
58	الفرع الثاني: أسباب منازعات الاستثمار الأجنبي .

59	أولا: الاجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار
67	ثانيا : خرق المستثمر لالتزاماته تجاه الدولة المضيفة للاستثمار .
69	ثالثا : القوة القاهرة وتأثير الظروف الطارئة
74	الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لمنازعات الاستثمار الأجنبي
74	أولا: الطبيعة الادارية لمنازعات الاستثمار الأجنبي
74	ثانيا : الطبيعة الخاصة لمنازعات الاستثمار الأجنبي .
76	ثالثا : الطبيعة المختلطة لمنازعات الاستثمار الأجنبي
76	رابعاً: الطبيعة الدولية لمنازعات الاستثمار الأجنبي .
78	المطلب الثاني: طرق تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي
79	الفرع الأول: الوسائل الداخلية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي .
79	أولا : الوسائل الودية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي
85	ثانيا : القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار .
94	الفرع الثاني:الوسائل الدولية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي
94	أولا: القضاء الدولي .
99	ثانيا: الاتفاقيات الدولية
103	الفصل الثاني: اتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.
104	المبحث الأول: ماهية اتفاق التحكيم وشروط صحته .
104	المطلب الأول: ماهية اتفاق التحكيم .
104	الفرع الأول: مفهوم اتفاق التحكيم ومبررات اللجوء إليه
105	أولا: مفهوم اتفاق التحكيم .
106	ثانيا : مبررات اللجوء الى اتفاق التحكيم .
110	الفرع الثاني: أنواع اتفاق التحكيم
110	أولا: شرط التحكيم
112	ثانيا: مشاركة التحكيم
113	ثالثا: شرط التحكيم بالإحالة .
115	المطلب الثاني: شروط اتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي .
115	الفرع الأول: الشروط المتعلقة بأطراف النزاع .
115	أولا: الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي

119	ثانيا: المستثمر الأجنبي
123	الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بصحة اتفاق التحكيم .
123	أولا : الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم . .
130	ثانيا: الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم
133	المبحث الثاني: آثار اتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي
133	المطلب الأول : الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي .
134	الفرع الأول: القوة الملزمة لاتفاق التحكيم
134	أولا : تكريس مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم .
135	ثانيا : عدم تأثر التحكيم بالإجراءات التعطيلية من جانب أحد الطرفين .
139	ثالثا : نطاق القوة الملزمة لاتفاق التحكيم
143	الفرع الثاني: إستقلال إتفاق التحكيم عن عقد الاستثمار الأجنبي .
143	أولا : مضمون مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن عقد الاستثمار الأجنبي
148	ثانيا :الآثار المترتبة على استقلال اتفاق التحكيم عن عقد الاستثمار الأجنبي
152	المطلب الثاني: الآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي .
152	الفرع الأول : الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي .
153	أولا: مفهوم مبدأ الاختصاص بالاختصاص .
154	ثانيا: موقف التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية من مبدأ الاختصاص بالاختصاص
156	الفرع الثاني: الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي
156	أولا : عدم اختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات المتفق بشأنها على التحكيم
164	ثانيا:الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم اختصاص المحاكم الوطنية
172	ملخص الباب الأول
173	الباب الثاني: الأحكام الإجرائية للتحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.
174	الفصل الأول:التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي .
175	المبحث الأول: تحريك الخصومة التحكيمية في منازعات الاستثمار الأجنبي
175	المطلب الأول: بدء اجراءات التحكيم
176	الفرع الأول: طلب التحكيم
176	أولا :طلب التحكيم وفق التشريعات الوطنية .
179	ثانيا : طلب التحكيم وفق قواعد التحكيم الدولية .

181	الفرع الثاني: تشكيل هيئة التحكيم .
181	أولاً: طرق تشكيل هيئة التحكيم .
187	ثانياً : الشروط الواجب توافرها في المحكم .
191	ثالثاً: رد المحكم
193	المطلب الثاني: سير إجراءات التحكيم وعوارض الخصومة في منازعات الاستثمار الأجنبي
193	الفرع الأول : سير إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي
193	أولاً : ادارة الخصومة التحكيمية
200	ثانياً :الاثبات في الخصومة التحكيمية
205	الفرع الثاني: عوارض خصومة التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي .
205	أولاً - وقف إجراءات التحكيم .
209	ثانياً- انقطاع خصومة التحكيم .
211	المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية في منازعات الاستثمار الأجنبي.
212	المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي
212	الفرع الأول: الاتجاهات الفقهية حول القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم .
212	أولاً : تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم
214	ثانياً: تطبيق قانون إرادة الأطراف .
220	الفرع الثاني: موقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية من القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم .
220	أولاً : موقف التشريعات الوطنية .
225	ثانياً : موقف الاتفاقيات الدولية
228	المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي
229	الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم في حالة اتفاق الأطراف .
229	أولاً : موقف التشريعات الوطنية.
231	ثانياً : موقف الاتفاقيات الدولية
235	الفرع الثاني:القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم في حالة عدم اتفاق الأطراف
235	أولاً :تطبيق هيئة التحكيم قانون دولة معينة
241	ثانياً:تطبيق هيئة التحكيم القانون الدولي العام

246	ثالثا: تطبيق هيئة التحكيم الأعراف والعادات التجارية
248	رابعا: تطبيق هيئة التحكيم المبادئ العامة للقانون
252	الفصل الثاني: حكم التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي
253	المبحث الأول: إجراءات اصدار حكم التحكيم والآثار المترتبة عليه .
253	المطلب الأول: اجراءات اصدار حكم التحكيم .
254	الفرع الأول :الإجراءات التمهيدية لصدور حكم التحكيم
254	أولا :نظر الدعوى للحكم
255	ثانيا:المدافلة لإصدار الحكم .
257	ثالثا:ميعاد اصدار الحكم
260	رابعا:الأغلبية المطلوبة لإصدار حكم التحكيم .
261	الفرع الثاني : صدور حكم التحكيم
262	أولا : مفهوم حكم التحكيم .
265	ثانيا : أنواع حكم التحكيم .
270	ثالثا : بيانات حكم التحكيم
276	المطلب الثاني: الآثار المترتبة على صدور حكم التحكيم .
276	الفرع الأول: حجية حكم التحكيم
276	أولا: مفهوم حجية حكم التحكيم .
279	ثانيا: مدى تعلق حجية حكم التحكيم بالنظام العام .
281	الفرع الثاني: استنفاد ولاية الهيئة التحكيمية
281	أولا :مفهوم استنفاد ولاية الهيئة التحكيمية
282	ثانيا: الاستثناءات الواردة على مبدأ استنفاد ولاية الهيئة التحكيمية
288	المبحث الثاني: الرقابة القضائية على حكم التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.
288	المطلب الأول : تنفيذ حكم التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.
289	الفرع الأول : تنفيذ حكم التحكيم في التشريعات الوطنية.
289	أولا : الاعتراف بحكم التحكيم.
291	ثانيا : إجراءات تنفيذ حكم التحكيم .
301	الفرع الثاني: تنفيذ حكم التحكيم في الاتفاقيات الدولية.
302	أولا: إجراءات تنفيذ حكم التحكيم وفق اتفاقية نيويورك. 1958.

فهرس الموضوعات

304	ثانيا: إجراءات تنفيذ حكم التحكيم وفق اتفاقية واشنطن. 1965
312	المطلب الثاني: الطعن في حكم التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.
312	الفرع الأول : الطعن في الحكم التحكيمي وفق التشريعات الوطنية.
312	أولا : الطعن في الحكم التحكيمي عن طريق الاستئناف.
316	ثانيا : الطعن في الحكم التحكيمي عن طريق البطلان.
324	ثالثا : الطعن في الحكم التحكيمي عن طريق النقض.
325	الفرع الثاني: الطعن في الحكم التحكيمي وفق الاتفاقيات الدولية.
326	أولا : الطعن في الحكم التحكيمي وفق اتفاقية نيويورك. 1958
330	ثانيا : الطعن في الحكم التحكيمي وفق اتفاقية واشنطن. 1965
335	ملخص الباب الثاني.
336	الخاتمة
345	قائمة المصادر والمراجع.
370	ملخص البحث بالعربية .
371	ملخص البحث بالانجليزية.
372	فهرس الموضوعات.