

جامعة عمار ثليجي الأغواط  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق

فاعلية التحكيم في منازعات  
التجارة الدولية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في الحقوق  
تخصص: عقود ومسؤولية

إشراف: الدكتور ذيب محمد.

إعداد الطالبة: عراب أمال

| لجنة المناقشة           |             |                           |              |
|-------------------------|-------------|---------------------------|--------------|
| الاسم واللقب            | الرتبة      | المؤسسة                   | الصفة        |
| د. فاطيمة الزهراء عكاكة | أستاذ محاضر | جامعة عمار ثليجي بالأغواط | رئيسا        |
| د. محمد ذيب             | أستاذ       | جامعة عمار ثليجي بالأغواط | مشرفا ومقررا |
| د. لخضر رابحي           | أستاذ محاضر | جامعة عمار ثليجي بالأغواط | ممتحنا       |

الموسم الجامعي: 2017/

## شكر وتقدير

الحمد لله والشكر لله على إنجاز هذا العمل المتواضع، أما بعد:  
فنتقدم ببالغ الشكر والعرفان إلى الأستاذ المشرف الدكتور:  
ذيب محمد الذي لم يخل علينا بتوجيهاته ونصائحه القيمة لإتمام هذا  
البحث، زاده الله رفعة وعلوا  
كما لا يفوتنا أيضا أن نتوجه بالشكر إلى:  
جميع الأساتذة بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الأغواط  
وكل من ساهم من قريب أو من بعيد في إنجاز  
هذا البحث المتواضع ولو بالسؤال عنه.

عرب امال

## إهداء

أتقدم بالشكر العظيم أولا لله عز وجل الذي وفقني على إتمام هذا

العمل المتواضع.

اللهم لك الحمد ولك الشكر كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك.

أما بعد نهدي هاذا العمل إلى من نزلت في حقهم الآيتين الكريمتين في قوله تعالى " و اخفض لهما جناح الذل و الرحمة و قل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا ونهدي هاذا العمل المتواضع للوالدين العزيزين و إلى أفراد

أسرتي

صغيرا وكبيرا.

إلى أساتذتنا الكرام و كل رفقاء الدراسة، وفي الأخير نرجوا من الله تعالى أن يجعل عملنا هاذا نفعا يستفيد منه جميع الطلبة المتربصين المقبلين على

التخرج

أمال عراب

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

وإذ ما سلمنا بأن منازعات التجارية تخضع لسلطة القضاء الوطني وهذا هو أصل فإن أية تسوية لتلك المنازعات لا تتم عن طريق محاكم الدولية تعتبر استثناء هذا الاستثناء يعد امتياز يقصد من ورائه جلب وتسهيل الاستثمارات الأجنبية وقد جاء تلبية لإرادة المستثمرين الأجانب لتجنب الوقوف أمام القاضي الوطني.

كما يعتقد المستثمر الأجنبي أن قضاء الدولة المستقبلية غير كفاء للنظر في المسائل التقنية والقانونية الكثيرة التعقيد أو أن قانون الدولة المستقبلية للاستثمار متكلفا لا يتلاءم مع متطلبات المعاملات الاستثمارية.

لكل هذه الأسباب ولغيرها يفصل المستثمر الأجنبي اللجوء إلى التحكيم الدولي كهيئة مستقلة لفض منازعاته مع الدولة المضيفة أو أحد الهيئات الممثلة لها، وقد كان للمستثمر الأجنبي في الاتفاقيات الدولية بمختلف أنواعها وصيغتها و درجات نفادها الوسيلة

المثلّى لإرساء التحكيم الدولي في مجال الاستثمارات لو أصبحت القوانين الوطنية ومنها القانون الجزائري تنص عليه وتنظم ممارسته على المستويين الداخلي والخارجي.

وقد تم اختيار التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات التجارة نظرا للاهتمام الكبير الذي أصبح يحظى به هذا الأسلوب من أساليب تسوية المنازعات التجارية من جانب الأجانب والدولة المضيفة للاستثمار من جهة أخرى.

حيث أصبح ضمانه فعالة لحسم المنازعات التجارية مع الدول الأخرى، فضلا عن ذلك السرية التي يمتاز بها التحكيم والتي تتناسب مع طبيعة عقود الاستثمار، وهذا ما يساعد في الحفاظ على أسرار المستثمرين وتجنب المساس بمركزهم وسمعتهم في مجال النشاط التجاري فضلا عن ذلك يتم اللجوء إلى التحكيم لما تتمتع به عقود الاستثمار من خصوصية كون الدولة الجاذبة للاستثمار طرف في تلك العقود، وهذا ما يكون دافعا للمستثمر لجعل التحكيم ضمانه إجرائية وفعالة لحماية استثماراته.

## 1- أسباب إختيار الموضوع:

تتمثل رغبتني في البحث في هذا الموضوع لإثراء رصيدي المعرفي ببعض المعلومات و القضايا المستجدة في هذا المجال بالإضافة إلى عدم وجود دراسة بالنسبة للجزائر و تناولت التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار، ما عدا بعض الكتب و الدروس و إلى دوافع علمية تتمثل في الاهتمام المتزايد بموضوع التحكيم في مجال منازعات الاستثمار اتساع المشاكل المرتبطة بالاستثمارات بعد الانهيار التدريجي للحدود الاقتصادية بين الدول تحت تأثير العولمة، مما جعل التحكيم وسيلة لتسوية المنازعات بين الدولة المضيفة و المستثمر بين الأجانب بعد آخر.

## 2- المنهج المتبع : لقد اتبعنا هنا المنهج التحليلي.

## أهمية الموضوع :

تكمن أهمية البحث في أهمية موضوع فاعلية التحكيم التجاري ذاته، كما يحتاجه الناس في كثير من المنازعات التجارية التي يرغبون بعرضها على أشخاص يختارونهم ويتقنون بأحكامهم وخبرتهم في حسم موضوع النزاع بعيدا عن قاعات ومرافعات القضاء، كذلك تسليط الضوء على التحكيم وفعاليته، والتي تعتبر ضمانا لأطراف النزاع وصيانة وحماية لحقوقهم.

## أهداف البحث:

3- ترجع أهمية هذه الدراسة إلى الدور الذي يلعبه التحكيم التجاري في تسوية منازعات الاستثمار و ما يقدمه من ضمان حياد الهيئة التحكيمية التي تفصل فيها وهو ما خلق روح الثقة و الاطمئنان لدى المستثمر في عدم ضياع حقوقه .

4- كما يمكننا القول انه يهدف على ان اتفاقيات التحكيم التجاري الدولي التي يتم خلالها منح الأمان للمستثمر على مصير استثماره.

5- فالتحكيم يتميز بالذاتية بمعنى أنه لا يتطلب أي تدخل من أية جهة خارجية و بالتحديد لا تتمتع المحاكم الوطنية بأي سلطة تفرضها على العملية التحكيمية.

6- وعليه ونظر لأهمية هذا الموضوع ارتأينا أن نسلط الضوء على أهمية التحكيم ومدى فعاليته، ولأجل تسليط الضوء على دور فاعلية التحكيم في حسم المنازعات التجارية، فإنه للخوض في هذا البحث يجدر بنا طرح الإشكالية التالية:

## الإشكالية:

"ما مدى فعالية التحكيم في منازعات التجارة الدولية؟"

وللإجابة على هذه الإشكالية نقترح الخطة التالية التي تلائم موضوع بحثنا

معتمدين في ذلك على المنهج التحليلي لما تحويه الدراسة من وصف وتحليل.

الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية.

المبحث الأول: التحكيم و طبيعته القانونية.

المبحث الثاني: التنظيم القانوني للتحكيم.

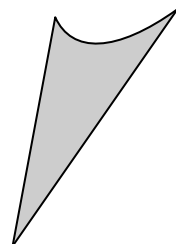
المبحث الثالث: مبادئ اللازمة لضمان فعالية تحكيم و قانون الواجب التطبيق.

الفصل الثاني: حالة تطبيقية حول الاجتهادات العربية و الدولية لفعالية التحكيم.

المبحث الأول: الاجتهادات العربية .

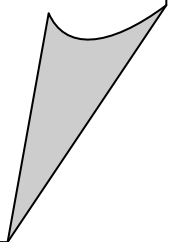
المبحث الثاني: الاجتهادات الدولية.

# الفهرس



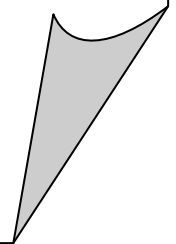
# الفصل الأول

## التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

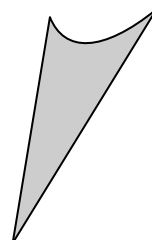


## الفصل الثاني

# حالة تطبيقية حول الاجتهادات العربية و الدولية للتحكيم و فعاليتها

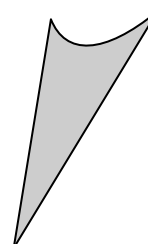


# مقدمة



خاتمة

# المراجع



## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

التحكيم نظام لحل المنازعات المالية بين الأطراف، والأطراف لفظ يمكن أن ينصرف إلى الأشخاص الطبيعيين كما يجوز أن ينصرف إلى الأشخاص الاعتباريين سواء كانوا دولاً أو شركات، وهو ما استتبع وجود التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، مما يحتاج إلى البحث عن المعيار وواجب الإلتزام للتمييز بين هذين النوعين من التحكيم، فضلاً عن ضرورة الإجابة عن التساؤلات التي يثيرها التحكيم.

خاصة فيما يتعلق بتحديد طبيعته القانونية، والتحكيم وسيلة قديمة لحل النزاعات ولا نجاوز الحقيقة إذا قلنا أن حل المنازعات بالتحكيم قد سبق حلها بالقضاء، وإذا كان قد عرف في العصور القديمة كل المنازعات في القانون الداخلي أو داخل الدول فإنه يجد جذوره التاريخية في القانون الدولي العام فيما جرت عليه المدن الإفريقية في اللجوء للتحكيم لفض الخلافات التي كانت تنشأ بينها، واستمر اللجوء إلى التحكيم في العصر الحالي على المستويين الداخلي والدولي بصورة تقلصت وازدهرت تبعا لازدياد وتقلص دور القضاء على مر العصور، متى اتفق الأطراف على حل نزاعهم بالتحكيم فإن قيام هذا النزاع يؤدي بالضرورة إلى تداعي إجراءات التحكيم التي تنتهي بصدور حكم التحكيم فصلا في النزاع وفقا لقواعد قانونية معينة.

وإذا كان من المتصور أن يطبق قانون واحد على كافة مراحل التحكيم منذ اتفاق التحكيم مروراً بإجراءات التحكيم في موضوع النزاع إلا أنه من الممكن اختلاف القانون واجب التطبيق على مختلف هذه المراحل مما يقتضي التفرقة بينهما، وإذا كان جوهر التحكيم هو في تحديد القانون الذي يحل موضوع النزاع وفقاً له، فيه يحصل كل طرف على حقه إلا أنه لا بد من المرور بعدة إجراءات ولا شك في اختلاف القواعد التي تحطم الإجراءات.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

### المبحث الأول: التحكيم وطبيعته القانونية

لم تضع قوانين المرافعات ولا قوانين التحكيم الصادرة تعريفا موحدا لنظام التحكيم، سوى اقتصار دورها على تقرير مشروعية وجود هذا النظام، وتحديد شروط الاتفاقية وقواعد الإجراءات وأشكال الأحكام، لهذا حاول الفقه والقضاء تلمس دور مؤسسة التحكيم والقول بأنها عبارة عن نظام قضائي خاص أوجده المشرع ليعمل بموازاة النظام القضائي الرسمي ويكمّله ويخضع لرقابته ويشرف على تنفيذ أحكامه، ويعتمد على إرادة أطراف العقد أو الاتفاق بإحالة نزاع معين نشأ عن تنفيذ العقد الأصلي أو تفسيره أو يمكن أن ينشأ عنه في المستقبل على محكم واحد أو ثلاثة محكمين ليفصلوا بالنزاع بحكم نهائي وملزم.<sup>1</sup>

واستنادا إلى ذلك فالتحكيم يعتبر نظاما قضائيا خاصا نقص فيه خصوصية معينة عن القضاء العادي، ويعمد فيها إلى المحكمين للفصل فيها.

وإذا كان نظام التحكيم تطور وازداد انتشارا، وذلك إلى خصائصه التي يتمتع بها من سرية وسرعة، ومقتصدا للنفقات فبالإضافة إلى أنه قضاء العلاقات المتصلة، وتشجيع على استمرارها، لذا فهو قضاء صلح وسلم، وقضاء قانون وعرف وعدالة.

ويستمد التحكيم ضماناته من الأنظمة القانونية النافذة ومن إرادة المشرع في حجية الحكم الصادر ومنع المحاكمة من إعادة طرح النزاع من جديد أمامها ولم يعد يقتصر على منازعات الأشخاص الطبيعيين، وإنما امتد اختصاصه بإرادة المشرع لتشمل منازعات أشخاص القانون العام التي تنشأ مع غيره من أشخاص القانون الخاص، لذلك أصبح نظام التحكيم قضاء قائما له نظامه، وقواعده وأن كان لا يتصف بالديمومة.

وسوف نقسم دراسة في هذا المبحث إلى ثلاث مطالب نخصص الأول إلى مفهوم التحكيم وأنواعه ونتناول في المطلب الثاني الطبيعة القانونية للتحكيم.

<sup>1</sup> - مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط 2010، ص ص 33-35.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

### المطلب الأول : مفهوم التحكيم

التحكيم هو نظام بديل للقضاء الرسمي، وهو وسيلة قانونية اتفاقية خاصة لحل النزاع التي تنشأ بين الأطراف المتعاقدة في المواد المدنية والتجارية فقط فاختيار هذه الطريقة لا يكون إلا بإدارة حرة سليمة تتضمن الاتفاق المسبق كتابة على رغبتهم في اللجوء للتحكيم وإنهاء منازعاتهم بواسطة هذا النوع من القضاء ووفقا لأحكامه.

إن لفظ التحكيم في اللغة العربية هو مصدر الفعل حكم بتشديد الكاف وكما جاء في لسان العرب المحيط لابن منظور يقال حكمت فلانا في مالي تحكيما أو فوضت إليه الحكم. فقد قيل بأن التحكيم هو اختيار الشخص لغيره حكما فيكون الحكم فيما بين الخصمين كالقاضي في حق كافة الناس.

والتحكيم في اللغة الفرنسية يعني الفصل في النزاع أو الخلاف، والحكم هو الشخص الذي يفصل في النزاع.<sup>1</sup>

وفي اللغة الإنجليزية وردت تحت كلمة يحكم، من يطلب مساعدة شخص أو مجموعة أشخاص للوصول إلى اتفاق، والمحكم هو الشخص الذي يساعد شخصين أو أكثر للوصول إلى اتفاق أو يفصل بما يراه صحيحا.

لم تضع غالبية الأنظمة القانونية تعريف للتحكيم، ومنها المشرع المصري والجزائري ونظرا لصعوبة وضع تعريف له اكتفين بالإشارة إلى عناصر التحكيم مما فتح الباب أمام اجتهادات الفقه.

فقد عرف بعض الفقه التحكيم بأنه الاتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين ليفصلوا دون المحاكم المختصة، وقد عرفه البعض أيضا بأنه عقد يتفق الأطراف بمقتضاه على طرح النزاع على محكم شخص، أو أشخاص يختارونهم للفصل في النزاع دون المحكمة المختصة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - مناني فراح ، مرجع سابق ، ص 36.

<sup>2</sup> - محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري ، منشورات بغداددي ، الجزائر ، ط 2008 ، ص ص 16-14.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

### الفرع الأول : التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي

وهنا في هذا الفرع سنتطرق إلى التعريف كل من هذين النوعين من التحكيم الخاص الذي يعتبر خاص بالحالات الخاصة أي يتفق في كل من الطرفين في تحديد إجراءات و اختيار المحكمين، أما بالنسبة للتحكيم المؤسسي يمكننا قول أنه يمتاز بالسهولة وخاص بالمؤسسات.

#### أولا :التحكيم الخاص .

أي تحكيم الحالات الخاصة، وفي هذا النوع من التحكيم حدد فيه أطراف النزاع المواعيد والمهل ويعينون المحكمين ويقومون بعزلهم وأوردهم ويقومون بتحديد الإجراءات اللازمة للفصل في قضايا التحكيم ويقومون بتحديد الإجراءات اللازمة للفصل في قضايا التحكيم ، ويعتبر التحكيم خاصا ولو تم الاتفاق بين طرفي النزاع على تطبيق الإجراءات وقواعد منظمة أو هيئة تحكيمية طالما أن التحكيم يتم خارج إطار تلك المنظمة أو الهيئة.

ومن ذلك على سبيل المثال "أن يختار الطرفان تطبيق القواعد الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية المعروف بقواعد (اليونسترال ) للتحكيم فالعبرة في هذا النوع من التحكيم بما يختاره طرف النزاع من إجراءات وقواعد تطبق على التحكيم أو الخارج أي هيئة أو منظمة تحكيمية حتى وإن استعان الطرفان بالإجراءات والقواعد والخبرات الخاصة بتلك الهيئة المنظمة.

فالدولة ذات سيادة وحيث تذهب إلى التحكيم فإنها لا ترضى به إلا إذا فصلته على القياس والشكل الذي يراعي سلطتها وسيادتها وكثيرا ما يحصل ذلك في منازعات تكون أطرافها الدولة ذاتها أو إحدى وزارتها أو مصالح حكومية تابعة للدولة.

#### ثانيا :التحكيم المؤسسي .

كما ذكرنا أنفا لقد فرض التحكيم أهميته وجدواه بل ضرورته خصوصا في مجال علاقات التجارة الدولية ، مما اقتضى قياس مؤسسات وهيئات ومراكز متخصصة في مجال

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

التحكيم بما تملكه من إمكانات علمية وفنية ومادية وعلمية ولوائحها الخاصة في إجراءات التحكيم ، ولقد أنشئت العديد من تلك الهيئات سواء على المستويات الإقليمية أو الدولية<sup>1</sup> ويتميز التحكيم المؤسسي أيضا بالسهولة والسير فهذه المنظمات لديها قوائم بالمحكمين من كاف الخبرات مما يساعد أطراف النزاع على اختيار المحكم المناسب كما أن هذه المنظمات لوائح تنظم إجراءات التحكيم وهي إجراءات سهلة وغير مكلفة، ورغم هذه الإيجابيات التي يتسم بها التحكيم المؤسسي يبدو أن له بعض السلبيات وهي :

أن هذه المنظمات التي تتولى الاضطلاع بالتحكيم قد تنشأ في كنف الدول الصناعية ومن ثم فكثيرا ما كانت تظم ولوائح هذه المنظمات يبقى رعاية مصالح الدولة المتقدمة على حساب الدول النامية ، ونظرا لعدم معرفة أطراف النزاع للمحكم والذي يتم اختياره بمعرفة المركز أو المنظمة أو القوائم المعدة فإن غالبا تنزع ثقة الأطراف في حيدة وأمانة هذا المحكم وعلى الرغم من أن التحكيم النظامي هو السائد في العصر الحديث في مجال المعاملات التجارية ورغم ذلك فإن كثيرا من المنازعات يفضل أطرافها اللجوء إلى التحكيم الخاص كما هو الشأن في حالات التحكيم في عقود البترول.

### الفرع الثاني: التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي.

سنحاول في هذا الفرع أن نتطرق إلى نوعين من التحكيم اللذان يعتبران من أهم النوعين حيث يتميزون أن لهم إجراءات خاصة تتمثل في أن التحكيم الدولي يتميز بالعلاقات التجارية الخارجية للدولة و يشمل النزاع الذي يقع خارج الدولة، اما التحكيم الداخلي تكون إجراءات الخاصة الداخلية للدولة و يشمل المعاملات الداخلية داخل الوطن.

### أولا: التحكيم الدولي.

والمقصود به التحكيم في مجال علاقات التجارة الدولية والمصالح الخارجية لأطراف النزاع والتي تكشف إرادتهما المشتركة عن أن التحكيم ناشئ عن علاقة تجارية دولية أو مصالح خارجية أي خارج الدول التي ينتمون إليها ولقد وجد التحكيم الدولي مجاله الخصيب خصوصا

<sup>1</sup> - محمد كولا ، مرجع سابق ، ص ص 18-20.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

مع تنامي العلاقات التجارية بين الدول وازدهار المشروعات الاستثمارية وتعدد الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار وضمان الاستثمار.<sup>1</sup>

### ثانياً: التحكيم الداخلي.

هو التحكيم الذي يتم طبق لأحكام القانون الوطني لأطراف النزاع داخل دولتهم فالقانون الوطني هو الذي ينص على كافة الإجراءات والقواعد التي تطبق على عملية التحكيم، ويلاحظ أن قوانين بعض الدول العربية تتضمن نصوصاً تتميز بين نوعي التحكيم الدولي والداخلي.

وفي ذات السياق يقول البعض الآخر أن التحكيم هو وسيلة عن طريقها يحيل الأطراف برغبتهم منازعاتهم لشخص ثالث محايد ليصدر قراراً قائماً على الأدلة والبراهين التي تقدم إلى المحكمة التحكيم ، أو نظام قضائي خاص ، بمقتضاه تخرج المنازعة عن القضاء العادي يتولى أفراد مخولون مهمة الحكم فيها وهو نظام بمقتضاه يتولى شخص من الغير تسوية نزاع يقوم بين طرفين أو أكثر ممارسة المهمة القضائية التي عهد هؤلاء إليه ، أو هو النظام الذي يعهد به الأطراف إلى محكمين عينوهم بحرية مهمة الفصل في منازعاتهم.

ومما سبق يمكن تعريف التحكيم بأنه نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف وبإرادتهم قضائهم ويخولونهم بمقتضى اتفاق مكتوب مهمة الفصل في المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهم بخصوص علاقاتهم العقدية أو غير العقدية وفقاً لمبادئ وأحكام القانون والعدالة بإصدار حكم ملزم يفصل في النزاع.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - مناني فرح، مرجع سابق، ص ص 37-38.

<sup>2</sup> - محمد كولا، مرجع سابق، ص ص 20-21.

### المطلب الثاني : أنواع التحكيم.

رغم تعدد أنواع التحكيم التي نحن بصدد التعرض لها ، فإن هذا التعدد لا ينفي أن أساس التحكيم واحد، ولكن جزئياً على تحديد المفاهيم والمصطلحات، تعرض لأنواع التحكيم تبعا للزاوية التي ينظر إليه منها فيمكن تقسيمه من حيث إرادة المحتكمين إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري من حيث طبيعة العقد الذي تضمنه ونطاقه إلى تحكيم وطني وتحكيم دولي ، ومن حيث التقيد بالإجراءات القضائية إلى تحكيم بالصلح وتحكيم بالقانون ومن حيث مدى حرية المحكم وسلطاته إلى تحكيم حر وتحكيم مؤسسي وسوف نتناول هذه الأنواع على النحو التالي.<sup>1</sup>

### الفرع الأول: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري الإلزامي.

#### أولاً: التحكيم الاختياري.

المقصود به التحكيم الذي يستمر بناء على اتفاق طرفي النزاع وبمحض إرادتها الحرة، فلهما اللجوء باختيارهما إلى التحكيم لفض النزاع القائم بينها واختيار المحكمين والإجراءات والقواعد التي تطبق على التحكيم ، وقد نظم القانون مثل هذا التحكيم ووضع الضوابط اللازمة والمناسبة لضمان فاعليته ولكن تبقى الحرية للطرفين في اللجوء إليه عوضاً عن اللجوء إلى المحاكم.<sup>2</sup>

#### ثانياً: التحكيم الإجباري الإلزامي.

وفي هذا النوع من التحكيم يلزم القانون طرفي النزاع في اللجوء إلى التحكيم والخوض لأحكامه في بعض المنازعات.

وقوانين بعض الدول العربية تنص على هذا النوع من التحكيم في شأن منازعات معينة من ذلك القانون السوري إذ يلزم اللجوء إلى التحكيم في منازعات معينة منها :

<sup>1</sup> - مناني فرح، مرجع سابق، ص 40.

<sup>2</sup> - محمد كولا، مرجع سابق، ص 24.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

قضايا العمل حيث تحل الخلافات بين العمال وأرباب العمل بالتحكيم الإلزامي ويستفاد من التحكيم الإلزامي انعدام الإدارة وهو جوهر التحكيم، حيث أن التحكيم مصدر الاتفاق، وهذا النوع من التحكيم يعتبر منافياً للأصل والتحكيم لا يتولد إلا عن الإدارة الحرة ولا يتصور إجراؤه تسلطاً أو كرهاً، الواقع أن التحكيم الاختياري لم يعد له مكانة تذكر وخاصة بعد انهيار الأنظمة الاشتراكية فقد إنهار مجلس المعونة الاقتصادية المتبادلة المعروفة باسمها الكومي كون سنة 1991 وبالتالي زوال اتفاقية موسكو سنة 1972 بشأن التحكيم الإلزامي بين المؤسسات الاقتصادية للدول الأعضاء في المجلس.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن الوسائل الأخرى لتسوية المنازعات

#### أولاً: التحكيم الدولي والقضاء.

يختلف التحكيم عن القضاء من حيث التشكيل والإجراءات وأثار الحكم ووسائل الاعتراض عليه كالتالي:

يختار المحكم عادة من الخصوم أي من ذوي الشأن وهذا الاختيار يتبع من اتفاق التحكيم أو من خلال ورقة عرفية عن هذا الاتفاق الذي يتضمن بالضرورة طريقة اختياره على الأقل أما القاضي فلا يختار من الخصوم بل يعين من السلطة العامة في الدول ممثلاً عنها في الفصل في المنازعات وبالتالي فلا يتقاضى أتعاباً من الخصوم بعكس التحكيم بل يتقاضى مرتباً من الدولة لأنه موظف عام، كما أن ولاية القاضي تكون عامة حيث أنه رجل قانوني يشترط فيه مؤهل قانوني ولا يمكن عزله إلا تأديب على عكس ولأنه المحكم فهي قاصرة فقط على النزاع المختار من أجله حيث أنه شخص فني ويعزل باتفاق الخصوم.<sup>2</sup>

وبالتالي فإن سلطات المحكم تطراً لاختياره بالإدارة الخاصة أي باتفاق الخصوم قد تكون أوسع من سلطات القاضي بالنسبة لتطبيق القانون حيث أن المحكم قد يفوض بالصلح في الخصوم بالاتفاق صريح وتحديد أسماء المحكمين وبالتالي يلزم بتطبيق قواعد القانون على

<sup>1</sup> -لـزهر بن سعيد ، التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، 30 شارع سوتير ، الاسكندرية ، القاهرة ، ط1 ، 2010 ، ص ص 20-22.

<sup>2</sup> -لـزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص ص 23-25.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

وقائع النزاع وهكذا فإن المحكم قد يكون ملزماً بتطبيق قواعد القانون على وقائع النزاع وهكذا فإن المحكم قد يكون ملزماً بتطبيق قواعد القانون (التحكيم بالقضاء) وقد يكون ملزماً بتطبيق قواعد العدالة (التحكيم بالصلح) باستثناء القاعدة المتعلقة بالنظام العام فلا يسري عليها اتفاق التحكيم بينما يكون ملزماً بتطبيق القانون، كما أن المحكم لا يستطيع توقيع جزاءات على الشهود أو إلزام الغير بتقديم مستند أو الأمر بالإنبات القضائية بعكس القاضي:

كما أن سلطة المحكم تكون مقيدة بما هو وارد في اتفاق التحكيم وبالتالي فلا يملك إدخال شخص من الغير لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة إذ لم يسمح اتفاق التحكيم بذلك وهذا على عكس القاضي الذي يملك من تلقاء نفسه حق إدخال الغير في القضية لإظهار الحقيقة أو لمصلحة العدالة كما يلزم المحكم بالمدة المحددة اتفاق أو قانون لإصدار الحكم بعكس القاضي الذي لم يحدد له القانون مدة معينة لإصدار الحكم.

### ثانياً: التحكيم والخبرة القضائية.

الخبير هو شخص فني (طبيب أو مهندس أو غيره) يعطي رأيه الاستشاري بصدد مسألة فنية تقضيها قضية مطروحة على المحكمة.

وفي القانون الجزائري لم يعرف الخبير لا في القانون الإجراءات المدنية القديم الصادر بموجب الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، ولا في القانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 بل اكتفى قانون الإجراءات المدنية القديم بتحديد مهام وصلاحيات الخبير في المواد 47 إلى 55 مكرر كما أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد اكتفى بتعريض الخبرة في المادة 125.

### ثالثا: التحكيم والصلح والتوفيق .

لقد عرف المشرع الجزائري الصلح في المادة 459 من القانون المدني "بأنه عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه.<sup>1</sup>

وبالرجوع إلى مصطلح الصلح المبين بالمادة 990 قانون إجراءات المدينة الجديد باللغة الفرنسية يفيد التوفيق ومصطلحي التوفيق والوساطة اختلف بشأنها كثير من الفقهاء بخصوص الغاية، وأن ما جاء بالمادة 990 صلحا أن توفيقا يتم إما تلقائيا أو بسعي من الخصوم أو بسعي من القاضي في جميع مراحل الخصومة ويثبت هذا التصالح أو التوفيق في محضر يوقع عليه الخصوم القاضي أمين الضبط - ويودع بأمانة كتابة الضبط ليصبح سند تنفيذيا (المواد 991-992-993).<sup>2</sup>

### المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للتحكيم.

معرفة الطبيعة القانونية للتحكيم تعين إلى حد كبير في تحديد الوصف القانوني لحكم التحكيم عند إرادة تنفيذه ومثال ذلك تحديد إجراءات البطلان الذي يمكن أن تشوب إجراءات التحكيم وحكم المحكم، إذا القول بالطبيعة التعاقدية للتحكيم يجري باعتماد أحكام بطلان التصرفات القانونية المنصوص عليها في القانون المدني بينما القول بالطبيعة القضائية للتحكيم يجري باعتماد أحكام البطلان المنصوص عليها في قوانين المرافعات.

كما أن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم تفيدنا من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق في مسألة ما وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بإجراءات التحكيم وتتجلى لنا أهمية هذا التحديد خاصة مع تنوع الاتجاهات التي ظهرت في هذا الشأن، حيث أدى الاختلاف في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم إلى اختلاف أشكال وتقسيمات التحكيم ، والتي انعكست على موقف القضاء في مختلف الدول بل وفي الدولة الواحدة ، ففي فرنسا يوجد تمييز بين التحكيم

<sup>1</sup> - لزهري بن سعيد ، مرجع سابق ، ص 27.

<sup>2</sup> - محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 25.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

الخاضع للقانون المدني وذلك الخاضع لقانون الإجراءات والذي يطلق عليه التحكيم الرسمي وبين التحكيم الخاضع لقانون المدني والذي تكون مهمة المحكم فيه تكملة أو تعديل عقد ما ويسمى بالتحكيم الحر أو غير الرسمي<sup>1</sup>.

فالتحكيم هو نظام أو طريقة خاصة للفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات وسواء كانت مدنية أو تجارية عقدية كانت أو غير عقدية، فالتحكيم قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية فيعتمد أساسا على أن أطراف النزاع هم أنفسهم من يختارون قضاتهم بدلا من الاعتماد على التنظيم القضائي للبلد التي يقيمون بها وتسمى "هيئة التحكيم" وتتكون من محكم واحد أو أكثر حسبما يتفق الأطراف بمشارطة التحكيم أو الوثيقة المنظمة للعلاقة التي يتناولها التحكيم.

وقد اختلف الفقهاء حول طبيعته فأضفى عليه البعض الطبيعة القضائية انطلاقا من طبيعة عمل المحكم التي تتماثل مع عمل القاضي ، بينما ذهب البعض إلى تبني الطبيعة العقدية للتحكيم استنادا إلى أساس التحكيم هو اتفاق الأطراف ، بينما ذهب الرأي الراجح إلى اعتبار التحكيم ليس اتفاقا محض ولا قضاء محض فهو في أوله اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم.

### الفرع الأول: الطبيعة التعاقدية للتحكيم.

اعتبر البعض التحكيم عقدا رضائيا ملزما للجانبين مع عقود المعاوضة ويرى أنصار هذا الاتجاه أن حكم التحكيم يعتبر جزء لا يتجزأ من اتفاق التحكيم بل أنه يندمج و يذوب فيه، والمحكمون هم أفراد يعهد إليهم بمهمة تنفيذ الاتفاق ولا يرتقوا إلى مرتبة القضاء.

ويسلم أنصار القضية العقدية بأن التحكيم يقوم على عمل من المحتكمين وهو اتفاق التحكيم ، وعمل من المحكم وهو الفصل في النزاع ، لكنهم يرون أن عمل المحكم لا يقوم إلا

<sup>1</sup> - أ- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص ص 30-32.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

بعمل المحكّمين باعتباره مجرد تنفيذ له، ومن ثم فإن اتفاق التحكيم يستوعب ويستغرق عملية التحكيم ذاتها.<sup>1</sup>

ويستند أنصار هذا الرأي على عدة حجج أهمها :

1- أن أساس التحكيم هو إرادة الأطراف في التصالح، ولذا فإن أهمية تحديد طبيعة

تتركز في رغبة الأفراد في حل نزاعهم بطريق ودي، ويكون ذلك عن طريق إحلال

تقدير شخصي ثالث (المحكم) محل تقديرهم وقبولهم لهذا التقدير.

2- أن الأفراد باتفاقهم على التحكيم يتفقون ضمناً على التنازل عن الدعوى ويخولون

المحكم سلطة مصدرها إرادتهم، وهذه السلطة لا يمكن أن تكون سلطة قضائية إذ

أنها تقوم على إرادة ذو الشأن، لأنه إذا كانت طبيعة الرابطة القانونية مصدر الأثر

القانوني هي التي تحدد طبيعة هذا الأثر فلا يمكن اعتبار سلطة المحكم سلطة

عامة لأن الأفراد الذين يعينون المحكّمين لا يتمتعون بسلطة عامة.<sup>2</sup>

3- أن التحكيم يختلف في هذه عن القضاء، فالقضاء يرمي إلى تحقيق مصلحة عامة

أما التحكيم فإنه يرمي إلى تحقيق مصالح خاصة لأطراف عقد التحكيم.

4- يفترض القضاء عدم إرادة أحد الطرفين الامتثال للقاعدة القانونية التي تحمي

مصلحة الطرف الآخر في مواجهته، في حين أنه في التحكيم يرغب الأطراف

بإرادتهم ابعاد كل شك حول نطاق حقوقهم.

### الفرع الثاني: الطبيعة القضائية للتحكيم.

يرى أنصار هذه النظرية أن الطابع القضائي يغلب على طبيعة التحكيم، وذلك أنه

قضاء إجباري ملزم للخصوم متى اتفقوا عليه، وأن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها وأن

عمله عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر عن السلطة القضائية للدولة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - مناني فرح، مرجع سابق، ص 42.

<sup>2</sup> - محمد كولا، مرجع سابق، ص 27.

<sup>3</sup> - محمد كولا، نفس المرجع، ص ص 31-32.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

ويرى أنصار هذه النظرية أن أعمال التحكيم يعد رهينا باتفاق الخصوم على الالتجاء إليه ولكن ذلك لا يؤثر على جوهر وظيفته القضائية، ومن ثم فإن هذا الاتفاق هو من قبيل العنصر العارض فرضته ظروف لا صلة لها بوظيفة التحكيم وطبيعته، وذهب أنصار هذه النظرية إلى أنه إذا كان اختيار التحكيم وسيلة لحسم النزاع يتم بعمل إرادي من طرفيه، فإن الالتجاء إلى القضاء يتم بعمل إداري بجانب أحدهما وقد يتفق أطراف النزاع على رفع النزاع إلى محكمة غير المحكمة المختصة أصلاً، وقد يتفق أطراف الخصوم على النزول عن الخصومة بعد رفعها وهذا دليل على أن ما تؤديه إرادة الخصوم من دور في طرح النزاع على التحكيم بدلا من القضاء ليس له أثر على حقيقة الوظيفة التي يؤديها التحكيم من كونها وظيفة قضائية مثلها في ذلك مثل وظيفة الدولة.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: الطبيعة المختلطة للتحكيم.

في اعتقاد الدكتور المصري خالد محمد القاضي أن التحكيم له طبيعته الخاصة وذاتيته المستقلة التي تميزه عن العقود وكذلك عن أحكام القضاء، فالتحكيم أداة مميزة لحل المنازعات فيه اتفاق وفيه قضاء وفيه ما يميزه عنها وليس هناك ما يدعوا أو ما يبرر الزج به في أحضان أنظمة قانونية يتشابه معها في أمور يختلف معها في أمور أخرى.

وقد ذهب بعض الشراح إلى القول بأن التحكيم ذو طبيعة خاصة، لأن أصحاب الطبيعة العقدية للتحكيم لم يستطيعوا أن يتفقوا على طبيعة هذا العقد فهل هو عقد من عقود القانون الخاص، وهل هو عقد ينظم الشكل أو ينظم الموضوع، حتى الذين يقولون بأنه عقد من عقود القانون الخاص اختلفوا في تحديد ماهية ذلك العقد فتارة يقولون عقد عمل، وتارة يقولون عقد الوكالة.<sup>2</sup>

كذلك أصحاب الطبيعة القضائية للتحكيم لم يستطيعوا الفكاك من اعتبارات النظام القضائي الداخلي فالبعض بدى أنه مجرد بطانة للقضاء الوطني، والبعض الآخر يرى أنه

<sup>1</sup> - أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص86.

<sup>2</sup> - مناني فرح، مرجع سابق، ص44.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

تفويض صادر عن الدولة للمحكم لإقامة العدالة بين الخصوم أما أصحاب الطبيعة المختلفة للتحكيم فيكفي القول بأن موقفهم فيه نوع من الهروب للتصدي الجدي لمشكلة تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم.<sup>1</sup>

### المطلب الرابع: مزايا ومساوئ التحكيم.

يكتسب التحكيم أهمية خاصة، فقد أصبح موازيا لقضاء الدولة باعتباره طريقا لفض المنازعات بقرار ملزم لأطرافها، ناهيك عن الاعتبارات العملية التي تدعو دائما إلى اللجوء على التحكيم لطرح المنازعات على أشخاص محل ثقة الخصوم بدلا من طرحها على القضاء العادي إما للاستفادة من خبرتهم الفنية، وإما لتجني مشاكل التنازع الدولي للقوانين، أو لتجنب علانية جلسات القضاء، أو لرغبتهم في حسم النزاع بسرعة بعيدا عن بطء الإجراءات القضائية، أو طبقا لمبادئ وقواعد أكثر مرونة من تلك التي يتضمنها قانون الدولة وفي مواجهة المزايا التي يتسم بها التحكيم كوسيلة بديلة عن القضاء لتسوية منازعات التجارة الدولية.

### الفرع الأول: مزايا التحكيم.

للتحكيم مزايا عديدة، وهو ما يفسر الإقبال المتزايد عليه ورجحان كفته عن القضاء العادي، وليس في هذا انتقاص من قيمة القضاء كأحد سلطات الدولة الحديثة، فالتحكيم والقضاء ليسا نقيضين فهما يؤديان نفس الوظيفة وهي حسم المنازعات، فقد دعت إلى التحكيم حاجة المعاملات الاقتصادية إلى نظام أكثر مرونة من القضاء كونه يوفر حاجيات هذه المعاملات ذات الطابع الدولي من حيث تسيير إجراءات فض المنازعات التي تنشأ حوله، ويمكن إجمال مزايا التحكيم كما يلي:

#### أولا : سرعة الفصل في النزاعات.

في نطاق قضاء الدولة يقيم كافة القضاة في مدينة واحدة عادة ويخصصون كل وقتهم للفصل في القضايا المطروحة أمامهم، حيث أن هذه مهمتهم الوحيدة، كما أن اجتماعهم الدوري يكون في أماكن مختلفة، وهو ما يستجيب لمتطلبات التجارة الدولية، لذلك فإن تسوية المنازعات

<sup>1</sup> - أحمد مخلوفي ، مرجع سابق ، ص 88.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

بواسطة التحكيم تحقق السرعة والبساطة في الإجراءات، وقد اشترطت معظم أنظمة ومؤسسات التحكيم التجاري الدولي وضع مدة معينة يتوجب صدور حكم التحكيم فيها لتفادي التأخير، إذا لم يحدده الأطراف في اتفاق التحكيم.

**ثانياً: تشجيع الاستثمارات الأجنبية ودعم عملية التنمية الاقتصادية الشاملة.**

أصبح قضاء الدولة غير مناسب بنظمه وقواعد عمله لتسوية منازعات التجارة الحديثة وقد أثبت الواقع أن البديل الملائم هو التحكيم الذي عمل على ترسيخ مجموعة من الحلول التي تتجاوب وخصوصية مشكلات التجارة الدولية وعقودها، فالتحكيم وسيلة للإشراف والرقابة في منازعات عقود التنمية الدولية والاقتصادية، فيصعب خضوع دولة لقضاء دول أجنبية خاصة مع زيادة الاستثمارات لشعوبها، وقد قابل ذلك اشتراط المستثمرين الأجانب لشروطهم على تلك الدول، ومن بينها إخضاع كافة المنازعات الناشئة عن الاستثمارات لقضاء التحكيم بدلا من القضاء الوطني الذي يكون مختصا عادة بنظر هذه المنازعات إعمالا للقواعد العامة في الإختصاص القضائي الدولي.<sup>1</sup>

**ثالثاً: الحفاظ على أسرار الخصوم.**

تتنص معظم عقود التجارة الدولية على اختيار التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات لتجنب مبدأ العلنية الذي يعتبر من أسس النظام القضائي، فالتحكيم يكون سرى، حيث يحق للأطراف كذلك اشتراط عدم نشر الأحكام، وهو الأمر الغير موجود في القضاء، حيث يعد مبدأ العلنية من أسس التقاضي وضمان لتحقيق العدالة إلا أنها قد تتقلب على التجارة إذا كان من شأنها إفشاء أسرار صناعية أو تكنولوجية أو اتفاقات خاصة يحرصون على إبقائها سرا مكتوما.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص ص 20-21.

<sup>2</sup> - أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص ص 90-91.

### رابعاً: كفاءة وخبرة المحكمين.

قد يكون القاضي بارعا في مجال اختصاصه ، ولكنه في أغلب الأحيان يكون قليل الخبرة في شؤون التجارة الدولية، الأمر الذي قد يتعذر معه الفصل في المنازعات المتعلقة بها إلا بعد الاستعانة بخبير فني في كشف ما كان غامضا عليه من جوانب النزاع ما يؤدي لإضافة الوقت وتحمل نفقات إضافية لذلك من الأجدر اللجوء إلى الخبير مباشرة واختياره محكما، حيث يتيح نظام التحكيم للأطراف اختيار من يشاءون من خبرات مختصين ليفصلوا في النزاع في أسرع وقت، حيث أن تعدد المحكمين يتيح فرصة لوجود أكثر من خبير في الهيئة المختصة في الفصل في النزاع، الأمر الذي يؤدي للفصل في النزاع على نحو أفضل.

### خامساً: حرية المتحكمين في تحديد واختيار القانون الواجب تطبيقي

من مزايا التحكيم مقارنة بالقضاء ، عدم خضوع الخصومة فيه لأي قانون غير الذي اختاره المحكم، حيث يحق للأطراف الاتفاق على اختيار قانون أو قواعد معينة غير القانون الوطني، يفصل وفقا له المحكمون في النزاع المعروض عليهم، ويمكن ترك هذا الاختيار للمحكمين، وهذا بعكس القضاء في المحاكم ، الذين عليهم الالتزام بنصوص القانون الوطني فيكون التحكيم الوسيلة التي تتناسب الخصوم، وتمكنهم من اختيار المحكم الكفاء والقواعد والقوانين الملائمة، فليس الأمر متروكا في حالة تنازع القوانين لقواعد الاستناد التي قد تؤدي إلى تطبيق قانون يصدم توقعات الأطراف على فرض عدم تحديد القانون بواسطة الأطراف فإن المحكم يتمتع بسلطة اختيار القانون الذي يراه معبرا عن الإرادة الضمنية للأطراف أو الذي يراه أكثر ملائمة تبعا لطبيعة النزاع المعروض عليه.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - مناني فراح ، مرجع سابق ، ص ص 46-47.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

### سادسا : قلة النفقات.

من سمات التحكيم قلة التكاليف مقارنة بإجراءات التقاضي أمام محاكم الدولة ، بدرجاتها المختلفة وما تتطلبه من رسوم ومصاريف وأتعاب المحامين، في مجال التجارة الدولية تنصب المنازعات على مبالغ طائلة، غير أتعاب المحكمين مهما كبرت فلا يمكن مقارنتها بالمبالغ المتنازع حولها.

### الفرع الثاني: مساوئ التحكيم.

رغم المزايا العديدة التي يتمتع بها نظام التحكيم، إلا أنه تعثره بعض المساوئ والاعتراضات، فيرى البعض أن التحكيم وإن كان أسبق في الظهور في القضاء ، فإن ذلك يمثل في تأخر ظهور الدولة وأن القضاء هو أحد سلطات الدولة تحقق من خلاله وظيفة إقامة العدالة، وهي وظيفة لا يصح أن يترك أمرها للأفراد، وإلا سادت الفوضى وهيمن القوي أو الغني، وضاعت حقوق الضعفاء والفقراء.

فالتحكيم إذا كان ضروريا فهو شرا لا بد منه، وما هو إلا آلية من آليات النظام الرأسمالي وهو وسيلة استعمارية وضعت لصالح المستثمر الأجنبي فالتحكيم به أساسا منع القضاء الوطني في الدول النامية من خطر منازعات عقود التنمية الاقتصادية حتى لا يتعرض المستثمر الأجنبي والشركات العملاقة التي تمثل طرفا هاما في العقود لتطبيق القوانين الوطنية، وما ينتج عنه من تأثر القاضي الوطني بما تقتضيه مصالح بلاده الاقتصادية ، فالتحكيم يمثل طوق النجاة للشركات العملاقة في مواجهة القاضي الوطني، ويجعل الدول النامية تحت رحمة المحكم الذي لا يتمتع بنزاهة القاضي ويرى البعض أن تكاليف القضاء مهما بلغت فهي أقل من تكاليف التحكيم خاصة وإذا كان التحكيم يتم في أكثر من دولة لما سيتبعه من نفقات سفر وأجور باهظة للمحكمين وأنه في ارتفاع تكلفة التحكيم ومكافئات في بعض مراكز التحكيم

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

ومؤسساته ما قد يؤدي إلى تخوف وهروب بعض المتنازعين من ولوج هذا الطريق مفضلين اللجوء إلى القضاء نظرا لقلّة تكاليفه.<sup>1</sup>

### المبحث الثاني : التنظيم القانوني لاتفاق التحكيم.

حضي اتفاق التحكيم باهتمام كبير لدى الفقه والقضاء وكذا القوانين الوطنية المقارنة والقانون الدولي حيث أعطيت عدة تعريفات لاتفاق التحكيم وتصب في مجملها في مفهوم واحد وهو أنه: "تصرف قانوني مستقل يتخذ شكل اتفاق مكتوب ويحدد فيه الطرفان موضوع النزاع وأسماء المحكمين ومكان وإجراءات التحكيم وقد يحددون كذلك القانون الذي يطبقه المحكمون وعادة ما يكون اتفاق التحكيم لاحقا على نشوب النزاع".

فاتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين وعزمهما على الالتجاء إلى التحكيم لفض المنازعات الواقعة أو المحتملة، وعقد العزم على عدم الالتحاق إلى القضاء الوطني، إلا أنه بالرجوع إلى القوانين المقارنة الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، نجد أنها لم تعرف اتفاق التحكيم بل أكدت في مجملها أن اتفاق التحكيم قد يبرم حين نشوب النزاع أو قبله أي يكون اتفاقا قائما أو مستقبليا وهذا ما نستقرئ من القانون الفرنسي لسنة 1981 في المادتين 1493 و1494.<sup>2</sup>

أما المشرع المصري فقد عرف في المادة 1/09 من القانون الجديد رقم 27 لسنة 1994 المتضمن التحكيم التجاري الدولي حيث نصت على أنه: "هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية".

أما المشرع الجزائري فقد حذا حذو المشرع الفرنسي "إذ لم يعرف اتفاق التحكيم في المرسوم التشريعي 09/93 رغم أنه حديث العهد بالتحكيم التجاري الدولي فالمادة 458 مكرر

<sup>1</sup> - محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 34.

<sup>2</sup> - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 34.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

1،6 و 18 نصت على أن اتفاق التحكيم سواء شرط التحكيم أو اتفاق مستقل يسري على النزاعات القائمة والمستقلة بشرط أن يكون مكتوب.

كما نظم اتفاق التحكيم حسب المشرع الجزائري من حيث إعطاء الحرية للأطراف لتحديد الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، سواء بوضع نظام خاص بها أو بالإحالة إلى نظام تحكيمي لدى هيئة متخصصة المادة 458 مكرر (6) كما أكدت المادة 458 مكرر 18 على أن إثبات وجود حكم التحكيم يجب أن يكون مرفقا باتفاقية التحكيم بعد هذا نتناول الأحكام العامة لاتفاق التحكيم وفقا للمرسوم التشريعي 09/93 وذلك بالتطرق إلى أشكاله ومدى استقلاليته عن العقد الأصلي وهذا في المطلب الأول.<sup>1</sup>

### المطلب الأول: أشكال اتفاق التحكيم.

رأينا أن اتفاق التحكيم قد يوجد في صلب العقد الأصلي وبالتالي يكون سابقا عن نشوء النزاع وقد يكون في عقد مستقل عن العقد الأصلي، وسواء قبل نشوء النزاع أو بعده. ويتخذ اتفاق التحكيم شكل شرط التحكيم (**Clause compromisso**) وهو نص وارد ضمن شروط العقد الأصلي الذي يربط أطرافه بمناسبة أعمال مصالح التجارة الدولية حيث يدرجه الأطراف لتسوية النزاع الذي قد ينشأ بمناسبة تنفيذ هذا العقد فاتفاق التحكيم الذي يأخذ صور شرط يخص المنازعة التي تثور مستقبلا بين المتعاقدين وقد ظهر شرط التحكيم واضحا في اتفاقيات الاستثمار التي أبرمتها الجزائر في مرحلة الإصلاحات كما أشارت إليه المادة 458 مكرر 1 من المرسوم التشريعي 03/93 على أنه "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات المستقبلية والقائمة".<sup>2</sup>

يفهم من المنازعات المستقبلية أنها هي التي تحيل إلى شرط التحكيم، أما المنازعات القائمة فهي التي تحيل إلى اتفاق التحكيم بمضي (**Compromis**) الذي هو اتفاق يبرمه الأطراف منفصلا عن العقد الأصلي الذي يربطهما حيث غالبا ما يكون لاحقا لهذا العقد

<sup>1</sup> - بشار محمد الاسعد ، مرجع سابق ، ص 24.

<sup>2</sup> - - علاء أباريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية ، دراسة مقارنة ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2008 ، ص 76.

الأصلي بموجبه يتفقون على اللجوء إلى التحكيم في حالة حدوث نزاع بينهم، فاتفق التعاون الجزائري الفرنسي لسنة 1982 لم ينص صراحة على إجراء التحكيم لتسوية النزاعات، وإنما أحال إلى ما يتفق عليه الطرفان لاحقاً، وفعلاً تم وضع نظام للتحكيم سنة 1983 حيث حددت فيه كل الإجراءات منذ بداية النزاع إلى غاية صدور الحكم التحكيمي وهذا ما يطلق عليه مشاركة التحكيم أو اتفاق تحكيم خاص.

ولم يعرفه المشرع الجزائري، بل يستخلص ضمناً على أنه أشار على شروط التحكيم ، وفقاً لنص المادة 458 مكرر 1 وهذا حسب مرحلة ظهور النزاع وإبرام اتفاق التحكيم وإن كان المشرع الجزائري أسوة بالمشرع الفرنسي، السويسري، المصري وتجاوز التميز الكلاسيكي بين شرط التحكيم وإيقاف التحكيم، ففي تقديرنا كان الأولى بالمشرع الجزائري المرور بهذه المرحلة (الكلاسيكية) فإن كانت الدول السابقة قد عرفت هذا التمييز ونتيجة لتجذر التحكيم في أنظمتنا القانونية وتجاوز هذه التفرقة فإن الحال ليس بالنسبة للجزائر حيث أنها حديثة العهد بالتحكيم التجاري الدولي على الأقل تنظيمها فكان من الأفضل المرور بهذه المرحلة وتوضيحها أكثر لنظام التحكيم بإدراج هذه التعرفة في المرسوم التشريعي أم أن المشرع الجزائري أخذ بالأنظمة القانونية على علتها مسلماً بملاءمتها للواقع الجزائري جملة وتفصيلاً.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 36.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

المطلب الثاني : اتفاق التحكيم وصوره المختلفة.

الفرع الأول : اتفاق التحكيم.

وهو الذي يتفق بمقتضاه الفرقاء على حل النزاع الناشئ أو المحتمل نشوئه بواسطة التحكيم ويمنح سلطة الفصل فيه بقرار ملزم ويجعل محاكم الدول غير مختصة للنظر فيه. ويعرف اتفاق التحكيم بصفة عامة الاتفاق الذي بموجبه يعرض النزاع على هيئة تحكيم فيه بحكم ملزم لأطراف النزاع.<sup>1</sup>

ويخضع اتفاق التحكيم للقواعد العامة التي تحكم العقود بالإضافة إلى ما تفرضه طبيعته من قواعد خاصة نص عليها قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية من المادة 762 حتى المادة 821 ويستقل اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.

فالأول يحدد الأصول و القواعد الواجب إتباعها لفصل المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ عن العقد الأصلي، أما هذا الأخير فيحدد حقوق وموجبات الأطراف المعنية.

أما المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري فعرفته كما يلي : " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم " .

أما المادة 7 من قانون اليونسترال لسنة 1985 فقد عرفت اتفاق التحكيم المشرع المغربي في الفصل 307 عرف اتفاق أو شرط التحكيم بما يلي : " اتفاق التحكيم هو إلزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة ، تعاقدية أو صورة اتفاق منفصل".<sup>2</sup>

ويأخذ اتفاق التحكيم إحدى صورتين تاليتين ، عقد التحكيم أو بند التحكيم .

أ) العقد التحكيمي :

هو العقد الذي يتفق بموجبه الفرقاء على حل نزاع ناشئ بينهم عن طريق التحكيم ويخضع هذا العقد للقواعد العامة التي تحكم العقود إضافة إلى العقود الخاصة التي نص عليها

<sup>1</sup> - مناني فراح ، مرجع سابق ، ص 50.  
<sup>2</sup> - لزهر بن سعيد ، مرجع سابق ، ص 36.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

المشرع اللبناني، ومنها وجوب إثبات عقد التحكيم بالكتابة سواء في سند عادي أو رسمي أو مستند آخر له قيمة السند.<sup>1</sup>

ويجب تحديد موضوع النزاع في عقد التحكيم تحت طائلة بطلانه، على أن يكون هذا التحديد بشكل واضح ولا يلزم أن يكون تفصيليا ، ويجب تعيين المحكم أو المحكمين بأشخاصهم أو بصفاتهم أو بيان الطريقة التي يعين بها هؤلاء ويعتبر عقد التحكيم ساقطا إذا رفض المحكم المعنيين المهمة الموكلة إليه.

أما في القانون الجزائري فقد نصت على ذلك المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم وإذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة .  
فقد تطلب القانون الجزائري في مادته 1012 إثبات إتفاق التحكيم بطريقة واحدة وهي الكتابة ، ولكن شرط الكتابة هنا شرط لإثبات وليس ركنا من أركان العقد أو شرط الصحة.

### ب) البند التحكيمي :

فهو البند الذي يجوز للمتعاقدین أن يدرجوه في العقد التجاري أو المدني المتفق عليه، وينص على أن تحل بطريقة التحكيم جميع المنازعات القابلة للصلح والتي تنشأ عن تنفيذ العقد أو تفسيره.

ولا يصح البند التحكيمي إلا إذا كان مكتوبا في العقد أو في وثيقة يحيل إليها هذا العقد ويجب أن يشتمل تحت طائلة بطلان على تعيين الحكم أو المحكمين أو صفاتهم أو على بيان طريقة التي يعين بها هؤلاء ولا يشترط أن يشتمل البند التحكيمي على تحديد دقيق لموضوع النزاع.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - علاء بارين ، مرجع سابق ، ص 79.

<sup>2</sup> - بشار محمد الاسعد ، مرجع سابق ، ص 29-30.

### الفرع الثاني : صور اتفاق التحكيم.

لا يعرض النزاع على المحكمين إلا باتفاق ذوي الشأن اتفاقا واضحا على الفصل فيه بطريقة التحكيم ، فتوافق إرادة الطرفين هو أساس التحكيم ومصدر سلطة المحكمين ، وهذا الاتفاق يأخذ إحدى الصورتين لدى الفقه.

#### أولا : شرط التحكيم.

يقصد به ذلك الشرط الذي يرد ضمن بنود تنظيم علاقة قانونية معنية أو بعبارة أخرى يرد ضمن نصوص عقد معين وبمقتضى هذا الشرط يتفق أطراف العلاقة الأصلية قبل نشوب أي نزاع.

#### 1-الشرط التحكيمي في القانون الجزائري السابق :

##### أ- التحكيم الداخلي :

فرق قانون التحكيم الجزائري السابق بوضوح بين الشرط التحكيمي الوارد في العقد والاتفاق التحكيمي اللاحق للنزاع فالاتفاق التحكيمي اللاحق للنزاع يوقع أمام المحكمين الذين يتم اختيارهم ويحرر من أجل ذلك محضر أو يجب أن يكون خطيا وأن يعين أسماء المحكمين وموضوع النزاع تحت طائلة الإبطال.<sup>1</sup>

##### ب- التحكيم الدولي :

فقد نص القانون السابق على أنه تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات المستقبلية القائمة "وقد أثار نص جدلا حول ما إذا كان يجيز الشرط التحكيمي أولا أو أنه حصر التحكيم في نوع واحد من الاتفاقية التحكيمية.

<sup>1</sup> - -علاء أبا ريان ، مرجع سابق ، ص 80.

### 2- الشرط التحكيمي والاتفاق التحكيمي في القانون الجزائري الحالي:

#### أ- التحكيم الداخلي :

نص القانون التحكيم الداخلي الجزائري حسب تعديل الجديد لقانون الإجراءات المدنية والإدارية المادة 1007 ومنه كالاتي :

"شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة لهم فالمادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم قد يتفق الأطراف بعد نشوب النزاع على عرضه على التحكيم طبقا لاتفاق مكتوب يحدد فيه الأطراف موضوع النزاع وأسماء المحكمين ومكان التحكيم وإجراءات هذا الاتفاق قد يرد في صورة معاهدات تحكيم خاص وهو ما يعرف بـ (معاهدات التحكيم الدائمة) قبل نشوب النزاع أيضا.<sup>1</sup>

#### ب- التحكيم الدولي :

نص على أنه "تسري اتفاقية على القائمة المستقبلية يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذ استجابت للشروط التي يضعها أما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما كالتالي :<sup>2</sup>

1- في التحكيم الدولي فإن الشرط التحكيمي صار صحيحا.

2- في التحكيم الدولي لم يعد من اللازم من أن يحرر الاتفاق التحكيمي أمام المحكمين الذين يتم اختيارهم.

3- أخضع القانون الجديد صحة الشرط التحكيمي أولا لقانون التحكيم الذي أخضع الطرفان له تحكيمهم لأن التحكيم الدولي ليس خاضعا للقانون الجزائري حتما.

<sup>1</sup> - منافي فراح ، مرجع سابق ، ص ص 59-60.

<sup>2</sup> - أحمد مخلوف ، مرجع سابق ، ص 94.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

### المطلب الثالث : شروط وأثار المترتبة على اتفاق التحكيم.

يخضع اتفاق التحكيم لشروط معينة ينبغي أن تتوفر فيه حتى يكون صحيحا وهي نوعان شروط موضوعية وشروط شكلية.

#### الفرع الأول : الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم.

أولا : مدى ضرورة كتابة اتفاق التحكيم : أجمعت القوانين المقارنة وكذا القانون الدولي الاتفاقي على وجوب الشكلية لإيجاد اتفاق التحكيم بحيث اشترط أن يكون مكتوبا .  
ثانيا : الكتابة كشرط لانعقاد اتفاق التحكيم .

ما دام اتفاق التحكيم عقد بين الطرفين وإذا كان مستقلا العقد الأصلي أو تضمنه العقد الأصلي ينبغي أن يكون مكتوبا، فقد نصت المادة 1/2 و 2 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على أنه :

"تعترف كل الدول الموقعة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بموجبه الطرفان بعرض منازعاتهما أو بعض منازعاتهما الناشئة عن علاقات حقوقية معينة ، والمقصود بتعبير اتفاقية مكتوبة شرط التحكيم الذي يتضمنه العد أو عقد التحكيم إذا كان موقعين من قبل الطرفين أو إذا تضمنهما تبادل مراسلات أو برقيات.<sup>1</sup>

موقف القانون الجزائري من شرط الكتابة ،انضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية سنة 1988، تجعل الكتابة وسيلة إثبات في حالة المطالبة بالاعتراف أو التنفيذ ممن له مصلحة، هذا من جهة ومن جهة أخرى أن المرسوم التشريعي 09/93 دعم هذا الشرط باشتراط أن يكون اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان مكتوبا ، ومن هنا أخذ المشرع الجزائري بشرط الكتابة في المادة 458 مكرر 2/1 وهي مستمدة جزئيا من نص المادة 1/178 من القانون الدولي الخاص السويسري الجديد التي تنص على أنه :<sup>2</sup> "يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم

<sup>1</sup> - محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 41.

<sup>2</sup> - لزهرة بن سعيد ، مرجع سابق ، ص ص 40 - 12.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

بموجب عقد كتابي من هنا يكون المرسوم التشريعي قد ساير اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بصدد الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية، إذ ينبغي إثبات اتفاقية التحكيم كتابة لتنفيذ الحكم التحكيمي

وعليه لا يمكن إثبات وجود التحكيم بالقرائن أو الإقرار أو الشهود وإنما الكتابة هي الطريقة الوحيدة لتأكيد إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم واستبعاد القضاء الوطني.

### الفرع الثاني : الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم.

إن اتفاق التحكيم مهما كان شكله (شرط، اتفاق) يعتبر عقد بين الأطراف فينبغي أن يخضع للقواعد العامة للعقود، بحيث تتوفر فيه الشروط الموضوعية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي فحسب المرسوم التشريعي حتى يكون اتفاق التحكيم صحيحا فينبغي النظر على القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من الناحية الموضوعية ثم نطاق اتفاق التحكيم أي الموضوعات التي يشملها اتفاق التحكيم.<sup>1</sup>

فبالنسبة للقانون المطبق على اتفاق التحكيم إذا رجعنا إلى القانون الاتفاقي الدولي نجد أن بعض الاتفاقيات تصدت على موضوع القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم سواء كان شرطا أم اتفاقا فقد نصت المادة 1/5 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على أنه "لا يجوز فض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة من البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ الدليل على أنه آخر الاتفاق المنصوص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم ، فمن خلال هذا النص يظهر بأن اتفاق التحكيم الصحيح والذي تتوفر فيه الشروط الموضوعية مثل حالة صحة لرضى ، وخلوه من أي عيب يخضع لقاعدة أصلية هي قانون الإرادة وهي القاعدة التي تحدد مجالها في العقود الدولية ، وقاعدة احتياطية وهي قانون مكان دور حكم التحكيم.

<sup>1</sup> - بشار محمد الاسعد ، مرجع سابق ، ص ص 31-33.

### أ- خضوع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة :

يكون اتفاق التحكيم صحيحا إذا استجاب للشروط التي وضعها القانون المختار من طرف أطراف النزاع وبهذا الاختيار يكون المشرع قد كرس مبدأ سلطات الإدارة وبالرجوع إلى الواقع التطبيقي في الجزائر نجد أن العقود المبرمة في الجزائر تخضع للقانون الوطني تطبيقا للمادة 18 لأن المستثمر الأجنبي هو الذي ينتقل للاستثمار في الجزائر وإبرام العقود بها مما يؤدي إلى تكريس تنازع القوانين لاختيار القانون الواجب التطبيق.

### ب -خضوع اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم موضوع النزاع :

الاختيار الثاني الذي يمكن أن يخضع له اتفاق التحكيم، هو القانون الذي يظم موضوع النزاع أي العقد الأصلي، حيث في غياب الاختيار الصريح للقانون المطبق يمكن اعتبار الاختيار الثاني بمثابة اختيار، ضمنى لإرادة الأطراف وهو القانون الذي يخضع له العقد الأصلي لكن قد تلجأ الهيئة التحكيمية إلى تطبيق مصادر أخرى، دون القانون المطبق على العقد الأصلي للجوء إلى المبادئ العامة للقانون، والعادات التجارية الدولية مثل ما نصت عليه الاتفاقية الثانية السابقة.<sup>1</sup>

### ج- تطبيق القانون الجزائري على اتفاق التحكيم :

احتياطا وفي غياب الاختيارين السابقين يطبق على اتفاق التحكيم القانون الجزائري وهذا حسب نص المادة 458 مكرر 3/1 المطابقة للمادة 1/5 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 وقد يجد القانون الجزائري مجاله الخصب في العقود الدولية التي تبرم في الجزائر باعتبارها بلد الاستثمار.

وقد ذهب الفقهاء إلى القول بتفضيل الأخذ بالقانون المطبق على موضوع النزاع المختار من طرف هيئة التحكيم أو الأخذ بالمبادئ العامة والعادات التجارية الدولية في حالة غياب الإرادة الصريحة للأطراف بدل من الأخذ بالقانون الجزائري تجسيدا لمبدأ حرية اللجوء إلى التحكيم الدولي.

<sup>1</sup> - لزهرة بن سعيد ، مرجع سابق ، ص ص 48-50.

### الفرع الثالث : الآثار المترتبة على اتفاق التحكيم.

عندما يبرم اتفاق التحكيم مستوفيا للشروط الشكلية والموضوعية سواء اتخذ شكل شرط في العقد الأصلي أن اتفاق خاص مستقبل ينتج آثاره على المتعاقدين وعلى الغير وعليه سوف نتطرق إلى هذه النتائج المترتبة على اتفاق التحكيم حسب مراحل التالية:

#### أولا : الإختصاص من القضاء الوطني :

إذا أبرم اتفاق التحكيم لتسوية نزاع ما فإن المحاكم الوطنية يمنع عليها النظر في هذا النزاع أصلا لأنه من اختصاص المحكمة التحكيمية.

#### 1-موقف القانون الدولي من مبدأ الإختصاص :

يستمد هذا المبدأ وجوده من الاتفاقات الدولية في مجال التحكيم التجاري لدولي إذا وضعت قاعدة موضوعية موحدة تسموا على التشريعات الداخلية للدول، حيث تلزم بها محاكم هذه الدول، فاتفاقية نيويورك لسنة 1958 استبعدت اختصاص القضاء الوطني في نظر النزاع الذي أبرم بشأنه اتفاق أو شرط التحكيم، حيث نصت 3/02 الاتفاقية على أنه :  
"إذا عرض النزاع على المحكمة في إحدى الدول المتعاقدة وكان يتعلق بموضوع اتفق الطرفان على عرضه للتحكيم لامتني المقصود في هذه المادة على المحكمة أن تحيل النزاع على التحكيم إذا أغلب أحد الطرفين ذلك إلا إذا رأت المحكمة أن الاتفاق ملغى أو غير ذي مفعول أو غير صالح للتطبيق.<sup>1</sup>

#### 2-موقف بعض القوانين الوطنية المقارنة من نقل الإختصاص :

لقد كرس المشرع الفرنسي مبدأ اختصاص المحاكم الوطنية عند وجود اتفاق التحكيم سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي، وقد كلفه بعض أهل الفقه الفرنسي بالآثر السلبي لاتفاق التحكيم في القانون التجاري الدولي.

أما المشرع المصري في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية الجديد فقد رتب عدم قبول الدعوى المرفوعة أمام القضاء في حالة وجود اتفاق التحكيم حيث نصت على أنه.

<sup>1</sup> - محمد كولا ، مرجع سابق ، ص ص 48-50.

"يجب على المحكمة التي ترفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تتحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل إبدائه أي يغلب أو دفاع في الدعوى ولا يجوز رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون بدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم.

### 3-موقف المشرع الجزائري من نقل الإختصاص :

بانضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 تكون قد اعتمدت القاعدة القانونية الدولية المكرسة والناجمة عن وجود اتفاقية التحكيم صحيحا وهي عدم اختصاص القضاء الوطني أصلا فما مضمون هذه القاعدة في المرسوم التشريعي لسنة 1993 وما مادي نطاق عدم الإختصاص سوف نبين الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم والمتمثل في تقرير اختصاص المحكمة الشككية والأثر السلبي وهو عدم اختصاص القضاء الوطني ثم حدود مبدأ عدم الإختصاص .

#### أ- الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم :

وهو اختصاص المحكمة التحكيمية في نظر النزاع وهذا بموجب اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف المستمدة من إرادتهم في اللجوء إليه واستقلالية هذا التصرف القانوني عن العقد الأصلي وفقا لما سبق بيانه.

وعليه تصبح المحكمة التحكيمية هي المختصة أصلا بنظر النزاع وبالتالي النظر قبل ذلك في مدى اختصاصها وقد نصت المادة 458 مكرر 7 على أن:

"تفصل محكمة التحكيم في الإختصاص الخاص بها ويجب إثارة الدفع بعدم الإختصاص قبل أي دفاع في الموضوع".

"تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بقرار أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الإختصاص مرتبطا بموضوع النزاع.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - مناني فرح ، مرجع سابق ، ص 62.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

وباعتماد الجزائر نظام التحكيم التجاري الدولي لم تعد تنتزع بالحصانة القضائية أو القانونية ولا بفكرة السيادة بل أصبحت تفضل نظام التحكيم سواء كان تحكيما خاصا أو نظاميا على حساب قضائها الوطني وتذهب إلى أبعد من هذا بإعطاء الأولوية للطرف الأجنبي لاختيار وسيلة التسوية يراها أصلح له وإعطاء اختصاص النظر في الاختصاص هو مبدأ معتمد ومكرس في القانون الاتفاقي الدولي منذ زمن مما جعل العديد من الدول منها الجزائر تكرسه في أنظمتها القانونية كما دعمت العديد من الأحكام التحكيمية الصادرة في هذا المجال.

### ب-الأثر السلبي لاتفاق التحكيم :

ويتمثل في عدم اختصاص القضاء الوطني في النزاع الذي يكون قد أبرم بشأنه اتفاق التحكيم حيث إذا عرض عليه النزاع وجب عليه الحكم بعدم اختصاصه، وقد نصت المادة 458 مكرر 1/8 على أنه

"تكون دعوى التحكيم معلقة عندما يرفع أحد الأطراف دعوى أمام الحكم أو المحكمين المعنيين في اتفاقية التحكيم أو عندما يباشر أحد الأطراف إجراء في تأسيس محكمة التحكيم وفي حالة غياب مثل التعيين، يكون القاضي غير مختص في الموضوع متى كانت دعوى التحكيم معلقة وبالتالي يمكن التمسك باختصاص القضاء الوطني مالم يقوم أحد أطراف النزاع بإخطار الهيئة التحكيمية وفقا لاتفاق التحكيم، أو لم يقوم أحد الأطراف بتحريك إجراءات التحكيم شكل المحكمة التحكيمية.

### ج- أثر اتفاق التحكيم على الأطراف والغير:

بمجرد وجود اتفاق التحكيم سواء كان شرطا أو اتفاقا خاصا، يصبح ملزم للأطراف طبقا لمبدأ سلطات الإرادة، وعند نشوب أي نزاع تبدأ مراحل التحكيم وذلك بالدخول في الإجراءات من رفع الطلب وإخطار الطرف الآخر وتشكيل الهيئة التحكيمية... الخ.

ففي فرنسا قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية سنة 1981 لم يكن للأطراف حق الدخول مباشرة في إجراءات التحكيم رغم وجود شرط التحكيم في العقد الأصلي ، لكن بعد

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

التعديل أصبحت لشرط التحكيم نفس المكانة المعطاة لاتفاق التحكيم ومن ثم لم يعد لأحد الأطراف أي مبرر للتماطل في اللجوء إلى الهيئة التحكيمية فالمادة 1493 ق إ م تنص على إمكانية تطبيق اتفاق التحكيم مباشرة أو عن طريق نظام تحكيمي معين، وتعيين المحكم أو المحكمين وبالتالي وجود الاتفاق هو الذي أدى إلى تحريك إجراءات التحكيم.<sup>1</sup>

### المبحث الثالث : مبادئ اللازمة لضمان فعالية تحكيم وقانون الواجب التطبيق.

نظرا لأهمية الدور الذي يلعبه التحكيم في حسم منازعات عقود التجارة، فضلا عما تميز به هذه العقود من خصوصية مستمدة من وجود الدولة طرفا فيها وكذلك تعلقها بمصالح حيوية للدولة المضيفة للاستثمار فإنه يكون من إلهام جدا أن تتوفر عملية تحكيم فعالة وعلى درجة كبيرة من الكفاءة للتعامل مع هذه منازعات ويستلزم تحقيق فعالية التحكيم في منازعات عقود التجارية تبنى من المبادئ التي تشكل في اعتقادنا العناصر المكونة التحكيمي والتي تتمثل في استقلال إيقاف التحكيم واستئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع وتعذر الرجوع عن قبول تحكيم بالإرادة المنفردة وضمان فعالية محكم التحكيم وعدم تأثير التحكيم بالإجراءات تعطيله من جانب أحد الأطراف أما فيما يخص القانون الواجب التطبيق سنتطرق على موقف القانون الدولي والمواطن في قانون الواجب التطبيق ونطاقه في تطبيق إجراءات التحكيم وفضلا حدود فعالية تحكيم في تحديد القانون الإجرائي.

وإذا كان أغلب هذه المبادئ يمكن تطبيقها في الحكيمات بين الأطراف الخاصة غير الحكومية والمتعلقة للأنشطة التجارية، فإن بعضها يرتبط بالتحكميات التي تكون الدولة طرفا فيها.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - بشار محمد الاسعد ، مرجع سابق ، ص ص 36-38.

<sup>2</sup> - لزه بن سعيد ، مرجع سابق ، ص 51.

### المطلب الأول :

استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي و استئثار هيئة تحكيم لتسوية النزاع .

ما يمكننا قوله هنا أنه اختلف الكثير من الفقهاء و التشريعات في كيفية استقلال التحكيم عن العقد الأصلي و ما دور الذي يلعبه شرط التحكيم في العقد الأصلي، أما فيما يخص استئثار هيئة التحكيم فيمكننا قوله هنا متى يطلب الأطراف النزاع إحالة النزاع إلى هيئة التحكيم فلها حق التحكيم و لها كامل الحق في الاختصاص.

### الفرع الأول : استقلالية اتفاق التحكيم في العقد الأصلي.

يقصد بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي أن ننظر إلى شرط التحكيم الوارد في العقد أنه يعتبر عقدا قائما بذاته رغم أنه ليس الإجراء من هذا العقد أو بنوده. وتستمد استقلالية الاتفاق التحكيمي إلى أن هذا الاتفاق يشكل عقد ضمن العقد الآخر ويتعين آخر فإن الاتفاق التحكيمي يشكل عقدا معادلا للعقد الأساسي، ويرجع ذلك إلى أن لكل من العقدين موضوعا مختلفا عن الآخر فعلى الرغم من ورود شرط التحكيم في العقد الأصلي المتعلق به في الأغلب إلا أنه يظل مميزا عنه بمحله الخاص فمحل شرط التحكيم هو عمل إجرائي بحت وهو محل منفصل عن العقد الأصلي الذي يضاف إليه على نحو يجعل كل منهما عقدا مميزا عن الآخر.

وسيترتب على مبدأ الاستقلال أنه إذا اعتبرت هيئة التحكيم أن العقد المتضمن لاتفاق التحكيم غير قائم أو باطل ولا أثر له فإن هذا لا يؤدي إلى أن يكون اتفاق التحكيم ذاته غير نافذ أو باطل ولا أثر له ، فضلا عن تقرير الاستقلال القانوني لاتفاق التحكيم عن العقد الأصلي أي أنه يترتب على هذا المبدأ أثرتين هامتين هما:

### أولا : عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي.

بمعنى أن وجود اتفاق التحكيم أو صحته أو نفاذه لا يتوقف على مصير العقد الأصلي فالادعاء أن العقد الأصلي لم يتم إبرامه في الغرض الذي يكون فيه العقد الذي يتضمن شرط

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

التحكيم تم توقيعه ولكنه لم يدخل حيز نفاذ أو أنه وقع باطلا أو أنه تم فسخه أو أن الالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي تم تجديدها إلى ما شابه ذلك من أحكام قد تلحق العقد الأصلي لا يكون له أثر على فاعلية اتفاق التحكيم أو يؤدي إلى المساس به، وتبعا لذلك يظل الاختصاص لهيئة التحكيم للفصل في حقوق الالتزامات أطراف النزاع والحكم في الطلبات والدفع حتى إذا كان العقد ذاته غير نافذ أو كان باطلا ولا أثر له.

فقد أكدت المادة 1/16 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 على أنه أي قرار من هيئة التحكيم ببطالان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم كما أقرت قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1976 في المادة 2/21 بأن كل قرار يصدر عن هيئة التحكيم ببطالان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم وهو أيضا ما ذهبت إليه المادة 4/6 من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية والنافذة اعتبارا من أول جانفي 1998 والتي نصت على أنه "المحكم يظل مختصا حتى في حالة انعدام العقد أو بطلانه بهدف تحديد حقوق الأطراف والنظر في طلباتهم".<sup>1</sup>

### ثانيا : الاستقلال القانوني لاتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.

وهو ما يعني خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي فاستقلالية اتفاق التحكيم تؤدي إلى قبول و عدم خضوع اتفاق التحكيم بالضرورة إلى ذات القواعد التي تحكم العقد الأصلي، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قضية Hecht سنة 1972 إلى أن لاتفاق التحكيم استقلال قانوني كامل في مسألة التحكيم الدولي مما لاشك فيه أن الاعتراض بهذا الأثر لمبدأ استقلال إيقاف التحكيم من شأنه أن يحقق الفاعلية في مجال استقلال اتفاق التحكيم، إذا لو اقتصرنا على الأثر الأول وهو استقلال الاتفاق عما يصيب العقد الأصلي لكان معنى ذلك أنه إذا ورد العقد صحيحا لا بطلان فيه وكان القانون الواجب التطبيق

<sup>1</sup> - محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 55.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

عليه يحظر شرط التحكيم أو يجعله باطلا لسبب أو لآخر فإن هذا الاستقلال أن يحول دون أن يقع اتفاق التحكيم باطلا.<sup>1</sup>

وقد أضحى مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي اليوم من المبادئ المستقرة بشأن التحكيم التجاري الدولي، إلى درجة أن البعض يذهب إلى القول بوجود قاعدة موضوعية غير دولية مؤداها استقلال اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي ، حيث حرصت معظم التشريعات الوطنية بشأن التحكيم على النص صراحة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في علاقته بالعقد الأصلي بهدف مساعدة الأطراف على الوصول لحل سريع لخلافاتهم.

كما أنه أكد على مبدأ الاستقلالية أيضا القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 في المادة 3/178 التي تنص صراحة على أنه "لا تجوز المنازعة في صحة اتفاق التحكيم لمقولة عدم صحة العقد الأصلي، وكذلك أيضا القانون الهولندي لعام 1986 والساري اعتبارا من 1 ديسمبر 1986 في المادة 53 وقانون التحكيم الإنجليزي لعام 1996 والساري منذ 31 جانفي 1997.<sup>2</sup>

وبالنسبة للاتفاقيات الدولية المتصلة بالتحكيم فإنها لم تنص صراحة على مبدأ استقلال إيقاف التحكيم عن العقد الأصلي، وإن كان يمكن استخلاص اتجاهها الضمني إلى قرار المبدأ من خلال إقرار لمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه، وذلك أن تقرير مبدأ الاختصاص يعني ترك تقدير مدى الأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم للمحكم.

وهكذا فقد اقتضى تحقيق الفاعلية لاتفاق التحكيم الدولي الاعتراف بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي مما يكون من شأنه أن يزيل مخاوف المتعاملين ويخص شرط التحكيم في كل أسباب البطلان التي تمس العقد الأصلي، وكذلك قبول إخضاع العقد الأصلي لنظام قانوني يختلف عن ذلك الذي يحكم اتفاق التحكيم.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - منافي فرح ، مرجع سابق ، ص 64.

<sup>2</sup> - بشار محمد أسعد ، مرجع سابق ، ص 40.

<sup>3</sup> - محمد نصر محمد ، الوافي في عقود التجارة الدولية ، دار الراجحة للنشر والتوزيع ، عمان ط 2012 ، ص ص 20-22.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

### الفرع الثاني : استئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع.

يقتضي احترام اتفاق التحكيم وتحقيق فاعلية الاعتراف لهيئة التحكيم بالاستئثار في تسوية النزاع بمعنى أنه إذا اتفق الأطراف على حالة نزاعهم إلى التحكيم فإنهم يمنحون بذلك هيئة التحكيم اختصاص الفصل في النزاع وبالتالي لا تكون محاكم الدولة مختصة بالفصل فيه حيث يمنع على الأطراف اللجوء إلى القضاء الوطني لطلب الفصل في المنازعة محل التحكيم والواقع أن مبدأ استئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع يعتبر تطبيقاً لمبدأ القوة الملزمة لاتفاق أو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين باعتباره من المبادئ المستقرة في القانون الدولي للعقود فقد نصت اتفاقية نيويورك لعام 1958 للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية على مبدأ استئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع ، وذلك في الفقرة الثالثة من مادتها الثانية التي أوجبت على محكمة الدولة المتعاقدة التي تطرح أمامها نزاع حول موضوع كان موضوع اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم على التحكيم، وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أولاً أثر له أو غير قابل للتطبيق.

كما أكدت على هذا المبدأ أيضاً اتفاقية واشنطن لعام 1965 باعتبارها أن قبول شرط التحكيم لديها يعتبر قبولاً في ذات الوقت لاستبعاد أي طريق آخر لتسوية النزاع ، حيث نصت المادة 26 من الاتفاقية على أن : "موافقة أطراف النزاع على طرحه على التحكيم في نطاق هذه الاتفاقية بغير ما لم ينص على ذلك تخلياً عن مباشرة أي طريقاً آخر للتسوية ، ومن هنا فإنه إذا سعى أحد الأطراف على التخلص من شرط التحكيم وفقاً لقواعد المركز وجذب الطرف الآخر إلى القضاء الوطني، فإنه يجب على المحكمة المرفوع أمامها الدعوى أن تعلن عدم اختصاصها وتقوم بإحالة الأطراف إلى المركز.

وهكذا فإن الغالبية العظمى من التشريعات الوطنية والاتفاقيات المنظمة لعملية التحكيم وكذلك لوائح هيئات التحكيم تعترف لقضاء الدولة بالاختصاص بالفصل في المسائل الوقفية والتحفظية على الرغم من وجود اتفاق التحكيم.

خلاصة ما تقدم فإن مبدأ استثناء هيئة التحكيم بتسوية النزاع من شأنه أن يحقق الفاعلية لعملية التحكيم، إذ أنه يكفل استقلال هيئة التحكيم بنظر النزاع دون أن تتدخل معها في ذلك جهات قضائية أو إدارية، ولا تؤثر في هذه الفاعلية الاعتراف لمحاكم الدولة باتخاذ الإجراءات التحفظية أو الوقتية حيث أن مثل هذه الإجراءات تعتبر صورة من صور الاستعجال التي يتولد عنها حاجة ملحة إلى توفير حماية قضائية عاجلة لتفادي وقوع الضرر بالحقوق والمراكز القانونية التي يراد المحافظة عليه.<sup>1</sup>

**المطلب الثاني: تعذر رجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة وضمن فاعلية حكم التحكيم.**  
**الفرع الأول : تعذر رجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة.**

وقد يحاول طرف من الأطراف الانسحاب من عملية التحكيم بعد الموافقة عليها بفرض إبطاء عملية التحكيم ككل، وإعاقة هيئة التحكيم على أن تصدر حكماً، ولعل ذلك أكثر ما يكون وضوحاً بصدد منازعة عقود التجارية فقد تدفع الدولة بفرض الانسحاب من عملية التحكيم بعدم أهليتها لإبرام اتفاق التحكيم بمقتضى قانونها الوطني أو بما تتمتع به من حصانة سيادية تقتضي عدم مثولها أمام قضاء آخر غير قضائها الوطني، لذلك فقد اقتضت ضرورة ضمان فاعلية التحكيم نظام التحكيم وضع قيود على إرادة أطراف اتفاق التحكيم فيما يتعلق بالانسحاب من هذا الاتفاق بعد أن تمت الموافقة عليه وذلك لضمان جدية الأطراف المتنازعة في اتخاذ إجراءات إنهاء المشكلة المعروضة على هيئة التحكيم حيث أصبح من المسلم به لضمان فاعلية التحكيم و على مبدأ المتقدم الإقرار بعدم أحقية الطرف العام في الدفع بعدم أهليته بعد موافقته على اللجوء إلى التحكيم أولاً وكذلك عدم جواز دفع الدولة لمركزها السيادي للتحلل من الاتفاق على التحكيم.

**أولاً : عدم أهلية الطرف العام في الدفع بعدم أهليته على اللجوء إلى التحكيم.**

يقصد بذلك أن الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها لا يمكن أن تدفع بعدم أهليتها لإبرام اتفاق التحكيم حتى تمنع أو تتخلص من اتفاق تحكيم مع مستثمر أجنبي قد

<sup>1</sup> - محمد نصر محمد ، مرجع سابق ، ص 22.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

وافقت عليه من قبل حيث أضحى مبدأ عدم أحقية العام في الدفع بعدم أهليته بعد موافقته على اللجوء إلى التحكيم من المبادئ المستقرة في التحكيم الدولي إلى الحد الذي دفع البعض إلى القول بوجود قاعدة موضوعية غير دولية مؤداها "عدم جواز دفع الأشخاص التابعة للدولة بعدم تنفيذ التزاماتها استناداً إلى عدم أهليتها على إبرام اتفاق التحكيم أو لعدم استيفاء أو لعدم استيفاء إجراءات شكلية تخضع لها".<sup>1</sup>

وقد قامت بعض الدول بصياغة هذا المبدأ في تشريعاتها الوطنية ولعل أبرز مثال على ذلك هو القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 الذي نص في المادة 177 منه على أنه "إذا كانت أو أحد المشروعات الخاضعة لرقابتها طرفاً في اتفاق التحكيم فإنها لا تستطيع أن تستند إلى قانونها الوطني لتثبت أن النزاع غير قابل للتحكيم أو عدم أهليتها كطرف في التحكيم.

كما كرست ذلك العديد من الاتفاقيات الدولية، من ذلك اتفاقية جنيف الأوربية بشأن التحكيم التجاري الدولي العام 1961 والتي نصت في المادة 1/2 منها على تمتع الأشخاص الاعتبارية العامة بأهلية إبرام اتفاق التحكيم، وهو ما يترتب عليه كما يره البعض أن الدول بعد انضمامها لهذه الاتفاقية لا تملك الاستناد مثلاً على تغيير قانونها بما يحرمها من حل منازعاتها بطريقة التحكيم لكي تتحلل من التزاماتها بعقد التحكيم أبرمته مع الغير طالما أنها لم تعلن عن عدم قدرتها على الالتجاء إلى التحكيم عند الالتجاء إلى التحكيم عند إبرام المعاهدة أو الانضمام إليها.

خلاصة ما تقدم فإنه أصبح من المسلم به في مجال التحكيم الدولي أن الحكومة أو الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها لا تستطيع التمسك ببطلان التحكيم بحجة بطلان هذا الاتفاق لعدم أهليتها بموجب قانونها الوطني لإبرام هذا الاتفاق ، وذلك استناداً إلى أن النظام العام الدولي يقف بقوة في مواجهة الدولة أو الشخص المعنوي العام الذي يتعامل مع جهة أجنبية ويقبل

<sup>1</sup> - بشار محمد الاسعد ، مرجع سابق ، ص ص 42-43.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

شرط التحكيم الذي يكون من شأنه أن يبعث الثقة مع المتعاقد معه ثم يعود ويتمسك ببطلان الشرط الذي سبق له قبوله أي يعود في كلمته.

**ثانيا :عدم جواز دفع الدولة بمركزها السيادي للتدخل من الاتفاق على التحكيم.**

ويقصد بهذا المبدأ رفض ادعاءات الحصانة القضائية من جانب الدولة للتخلص من عملية التحكيم استنادا إلى كونها في وضع سلطة وتسيّد، لأن هذا يتعارض مع اتفاق التحكيم الذي قبلته ، فبعد دخول الدولة في الحياة الاقتصادية بدأ الفقه يدرك خطورة التمسك بفكرة سيادة الدولة في مجال لا يخضع لسلطان الدولة لوجود طرف أجنبي فيه ويراد له في الوقت ذاته بما يعنيه من خضوع الدولة لقانون خضوعا يتطلب إخضاع أعمالها لرقابة القضاء ومسؤولية الدولة عن هذه الأعمال وعليه فمثول الدولة أمام هيئة التحكيم لا يمس سيادة الدولة من قريب أو من بعيد لأن مثول الدولة أمام هذه الهيئات قد تم برضاها وموافقتها.<sup>1</sup>

وقد استقرت أحكام هيئات التحكيم على أن الدولة التي تقبل الدخول في اتفاق التحكيم لا يمكنها التمسك بحصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم.

فقد رفضت هيئة التحكيم المشكلة في إطار نظام التحكيم غرفة التجارة الدولية الدفع الذي تقدمت به إحدى الدول الإفريقية في نزاعها مع شركة فرنسية بأن حصانتها كدولة ذات سيادة تحول دون خضوعها لقضاء أجنبي، لذلك لا تختص هيئة التحكيم بنظر هذا النزاع لأن مثل هذا الأمر يتعارض مع مبدأ اتفاق التحكيم بإرادتها، وأن مثل هذا الأمر لا يتعارض مع سيادتها ، لأنه كان من الممكن لهذه الدولة أن ترفض منذ البداية اللجوء إلى التحكيم ، فلا يمكن في مثل هذه الحالة إكراهها على المثول أمام هيئة التحكيم كما نجد ذلك مقررا في اتفاقية واشنطن لعام 1965 إذ أن قبول اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات التجارية يقود إلى عدد من النتائج القانونية لعل أهمها هو أن هذا القبول يصح نهائيا لا يجوز الرجوع عنه ويتضح مما تقدم أن اتفاق التحكيم يكون ملزما بشكل كاف بحيث لا يكون ثمة ضرورة لصياغة شرط آخر

<sup>1</sup> - بشار محمد الاسعد ، مرجع سابق ، ص 47.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

بشأن تنازل الدولة عن حقها في الحصانة السيادية لدرجة أنه قد أضحي من غير الشائع حالياً من الناحية العلمية بالنسبة للدولة الطرف في التحكيم أن تثير دفعا بحصانيتها القضائية.

### الفرع الثاني : ضمان الفعالية للحكم التحكيمي .

لم يعد هناك جدل في أن التحكيم الدولي قد أصبح المرجع الأساسي في حسم منازعات عقود التجارية بما يمثله من ضمانة الاستثمار الدولي، وبمقدار ما يكون التحكيم سهلاً وميسراً تنتعش حركة هذه التجارة.

ومما لا شك فيه أن ما يعد التحكيم هو النتيجة أهم من عقد تحكيمي وأهم من اختيار محكمين وأهم إجراءات تحكيمية، وأهم من حكم تحكيمي فلأهم في التحكيم هو أن ينفذ الحكم التحكيمي ، فتتفقد الحكم التحكيمي كما يرى أحد الأساتذة بحق يمثل الهدف النهائي من نظام التحكيم ككل ، فكل ما يمر به نظام التحكيم من مراحل تنصب في هذه المرحلة الأخيرة التي تترجم الحل النهائي للنزاع فيما بين الأطراف.<sup>1</sup>

وهكذا فإن فعالية التحكيم باعتقادنا كأسلوب لفض وتسوية المنازعات تتوقف على مدى القدرة على تنفيذ الحكم التحكيمي ، وذلك أنه إذا كانت الثمرة الحقيقية للتحكيم تتمثل في الحكم الذي يتوصل المحكمون إليه ، فإن هذا الحكم لن تتكون له أية قيمة عملية إذا لم يتم تنفيذ ، لذلك يكون من الضروري تحقيق الفعالية للحكم التحكيمي من خلال ضمان تنفيذه.

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

أولاً : الاعتراف والتنفيذ الدولي لأحكام التحكيم.

<sup>1</sup> - بشار محمد الاسعد -، مرجع سابق، ص ص 48-49.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

اهتمت التشريعات والاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم بموضوع التنفيذ الدولي لأحكام التحكيم فوضعت القواعد اللازمة لضمان تنفيذه.

كما قدمت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية تسهيلا ملحوظا لتنفيذ أحكام التحكيم، فجعلت القاعدة هي نفاذ الحكم التحكيمي و الاستثناء هو قبول الدليل على عدم نفاذ لسبب من الأسباب التي أوردتها الاتفاقية على سبيل الحصر أن الأطراف في اتفاق التحكيم لم تكن لديهم الأهلية اللازمة وفقا للقانون الذي يطبق عليهم أو أن 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 .

ب- أن الطرف الذي يطلب الإبطال لم يكن قد أبلغ بتعين المحكم أو الإجراءات التحكيمية أو لم يكن بمقدوره لسبب آخر تقديم دفوعه.

ج- أن حكم التحكيم تجاوز اتفاق التحكيم.

د- أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم تخالف ما اتفق عليه الأطراف.

- كذلك فقد حرصت اتفاقية واشنطن لعام 1965 على ضمان الفعالية الدولية لأحكام التحكيم حيث وضعت في المواد 53-54 منها نظامها مستقلا ومبسط بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة عن هيئات التحكيم المشكلة وفقا للاتفاقية.

- كما أكد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في يونيو 1958 على الفعالية الدولية لأحكام التحكيم كأصل عام واستثناء من هذا الأصل نظم طريق الطعن على أحكام التحكيم في المادة 34 منه حيث يمكن إبطال حكم التحكيم إذا أثبت الطرف مقدم الطلب لأحد الأسباب التالية :

أ- أن أحد طرفي اتفاق التحكيم مصاب بأحد عوارض الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير

صحيح.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

ب- أن الطرف مقدم الطلب لم يبلغ شكل بتعين هيئة التحكيم أو أنه لم يستطع لسبب أو لآخر أن يعرض قضيته.

ج- أن الحكم التحكيمي قد فصل في مسائل خارجة عن اتفاق التحكيم.<sup>1</sup>

ويتضح مما تقدم أن معظم الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم وكذلك القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي قد استهدفت ضمان التنفيذ للحكم التحكيمي وذلك إذا لم يقر الطرف الخاسر للانصياع طوعية لحكم التحكيم حيث يجوز للطرف الصادر لصالحه الحكم التماس تنفيذ هذا الحكم ضد الطرف الخاسر من أجل الحصول على حقوقه الواردة بالحكم.

### ثانيا : الطعن في أحكام التحكيم.

لم تتعرض الاتفاقيات الدولية بالتحكيم إلى طرق الطعن بالبطلان وإجراءاته وإنما تركت ذلك إلى التشريعات الوطنية للدول حيث تعترف هذه الاتفاقيات للقضاء الوطني بحق الرقابة على أحكام التحكيم، فتتولى قوانين مختلف الدول تنظيم طرق المراجعة وأسباب الإبطال للأحكام التحكيمية والتي تنشأ به على درجة كبيرة من تشريعات التحكيم في الكثير من الدول. ومما لا شك فيه أن هذه الطرق لمراجعة الحكم التحكيمي مضرة بفعالية التحكيم طالما كان هناك تعسف في استعمال هذه الطرق لذلك يكون من الضروري في اعتقادنا من أجل المساهمة في استقرار التحكيم وتدعيمه وضمان فعاليته وضع نظام محدد وواضح وضيق على قدر الإمكان لطرق المراجعة.

- كما حدد المشرع الفرنسي في المادة 1502 من قانون المرافعات المدنية الجديد خمس

حالات لقبول دعوى البطلان ضد حكم التحكيم الدولي وهي:

أ-عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه أو انقضائه.

ب-وجود مخالفة للقواعد الخاصة بتعيين المحكم أو بشكل هيئة التحكيم.

ج-إصدار المحكم للحكم دون التزام بحدود مهمته.

د-عدم احترام مبدأ المواجهة.

<sup>1</sup> -محمد نصر محمد ، مرجع سابق ص ص 26-27.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

هـ- تعارض الاعتراف أو تنفيذ الحكم مع النظام العام الدولي.

ومن جانبنا نرى أن مثل هذا التوجه من شأنه زيادة الفعالية للحكم التحكيمي ويضمن تنفيذه بما يتفق مع المادة السابعة من اتفاقية نيويورك التي تفتح باب الاستفادة من اتفاقيات وقوانين تؤمن للحكم التحكيمي طرقاً أسهل للتنفيذ ، إلا أن مثل هذا الأمر قد يشكل تحديدا ملحوظا لسيطرة الدولة التي تم التحكيم فيها ، لذلك يكون من الضروري التوفيق بين ضمان الفعالية للحكم التحكيمي واحترام قرار قاضي بلد المنشأ.

خصوصا وأن فعالية التحكيم لن تتحقق إلا إذا نال ثقة المحاكم في الدول التي يتم فيها التحكيم وتطبق فيها أحكامه ، وهذه الثقة قد نالها التحكيم الدولي في العديد من الأماكن بسبب احتفاظ الدولة بحد أدنى من الرقابة والسيطرة على عملية التحكيم.<sup>1</sup>

### المطلب الثالث : عدم تأثير التحكيم بالإجراءات التعطيلية من جانب أحد الأطراف.

قد لا يبدي أحد أطراف التحكيم رغبته في التراجع عن اتفاق التحكيم وإنما يعتمد على اتخاذ موقف سلبي من التحكيم بفرض عرقلة عملية التحكيم والحد من فاعليتها كأن يمتنع عن تعيين المحكم الذي يناط به اختياره أو عن حضوره إجراءات التحكيم، وهو ما من شأنه التأثير في فاعلية التحكيم، لذلك من الضروري الاعتراف لهيئة التحكيم بالسلطة لمواجهة مثل هذه الإجراءات من خلال الاعتراف لهيئة التحكيم بسلطة مواجهة التحكيم واستصدار حكم ملزم فعال رغم الخطط المعوقة لعملية التحكيم التي قد يضعها طرف من الأطراف.

وترتيباً على المبدأ المتقدم فقد أقرت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية لوائح هيئات التحكيم العديد من الإجراءات لمواجهة امتناع أحد الأطراف عن تعيين محكمة أو عن المساهمة في تعيين رئيس هيئة التحكيم أولاً وكذلك استمرار إجراءات التحكيم بالرغم من غياب أحد الأطراف عن الإجراءات.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - محمد نصر محمد ، مرجع سابق ، ص 30.

<sup>2</sup> - بشار محمد الاسعد ، مرجع سابق ، ص ص 57-59.

### أولاً : الالتزام بتعيين المحكمين.

يقصد بذلك أن ماطلة أحد الأطراف في اختيار محكمة أو عدم قيامه بذلك لن يكون من شأنه تعويق إجراءات التحكيم ، فقد ذهبت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم الدائمة على وضع الحلول لتفادي محاولة أحد الأطراف تعطيل الإجراءات بامتناعه عن تعيين محكمة وذلك من خلال تحديد هيئة قضائية أو إدارية تتولى مهمة تعيين هذا المحكم بدلا من الطرف الذي امتنع أو تقاعس عن تنفيذ التزامه.

كما ذهب قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد إلى امتناع أحد الأطراف عن تعيين محكمة لا يؤدي إلى إعاقة الشروع في إجراءات التحكيم فقرر في المادة 1493 الحق لرئيس المحكمة الجزائية في باريس بأن يقوم بتعيين هذا المحكم بدلا عن الطرف الممتنع عن تعيينه.

كذلك اتجهت اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى في المادة 38 منها إلى وضع آلية لمواجهة عدم تعيين هيئة التحكيم خلال المدة المحدد، والتي تنص على "أن يتولى رئيس البنك الدولي للإنشاء والتعمير تعيين المحكمين بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة في التعجيل وبعد التشاور مع الأطراف بقدر الإمكان وذلك إذا لم تشكل المحكمة خلال التسعين يوما التالية للإخطار بتسجيل الطلب والمرسل من السكرتير للمركز للأطراف أو خلال أية مدة يتفق عليها الطرفان.

ووفقا لنظام تحكيم التجارة الدولية والنافذ اعتبارا من أول يناير 1998 فإنه عند عدم اتفاق الأطراف فيما بينهم على عدد المحكمين تتولى المحكمة تعيين محكم منفرد إذا تبين لها أن الخلاف يستدعي تعيين ثلاثة محكمين ، فحينئذ يقوم المدعى عليه بتعيين محكمة خلال خمسة وعشرين يوما من تاريخ تسليم الإخطار بالتعيين الذي قام به المدعي أما إذا اتفق الأطراف على تسوية الخلاف عن طريق محكم منفرد فيجوز لهم تعيينه فإذا لم يتفقوا على ذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ تسليم الإخطار يطلب التحكيم للطرف الآخر أو حتى انقضاء، أية مهلة إضافية منحها الأمانة العامة فإن المحكمة تتولى تعيين المحكم المنفرد وإذا اتفقوا على أن تتم

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

تسوية النزاع بواسطة ثلاثة محكمين فيقوم كل طرف بتعيين محكم واحد ، وإذا امتنع أحد الأطراف تقوم المحكمة بالتعيين كما تعين المحكمة الثالث الذي يتولى رئاسة هيئة التحكيم.<sup>1</sup>

**ثانيا : عدم تأثير التحكيم بغياب أحد الأطراف.**

قد يعتمد أحد الأطراف على الرغم من قبوله اختصاص هيئة التحكيم إلى عدم حضور الإجراءات، بهدف الحد من فاعلية التحكيم من خلال تعطيل الفصل في النزاع لأطول فترة ممكنة والتأثير على سمة هامة يتميز بها التحكيم وهي سرعة الفصل في المنازعات لذلك فقد اتجهت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم، لضمان فعالية اتفاق التحكيم واحترامه، إلى عدم السماح لغياب أحد الأطراف بالتأثير على إجراءات التحكيم من خلال الإقرار باستمرارية هذه الإجراءات دون أن يؤثر غياب الطرف الممتنع عن الحضور على ذلك.

كما حرصت اتفاقية واشنطن لعام 1965 على تقنين هذا المبدأ من أجل ضمان الفاعلية لشروط التحكيم الذي يشير إلى اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار حيث نصت المادة 45 من الاتفاقية على أنه " إذا تغيب أحد الطرفين أو امتنع عن تقديم أوجه دفاعه إلا أنه لا يعد لهذا السبب في حد ذاته مسلما بادعاءات الطرف الآخر.

إذا تغيب أحد الطرفين أو امتنع عن تقديم أوجه دفاعه في أية مرحلة من مراحل الخصومة يجوز للطرف الآخر أن يطلب من المحكمة الاكتفاء بتمام وإصدار حكمها بناء على ذلك ويجب على المحكمة مع إخطارها الطرف المتغيب أو الممتنع عن تقديم أوجه دفاعه بالطلب الذي تلقته أن تمنح هذا الطرف مهلة لتدبر الأمر قبل إصدار حكمها، ما لم تقدر المحكمة عدم توافر النية لديه لحضور المحكمة أو السير في الخصومة.<sup>2</sup>

ومن أمثلة القضايا التي التزمت المبدأ المذكور يمكن أن نشير إلى قضية Lettice ضد الحكومة البيرية فقد تبين لمركز التحكيم أنه على الرغم من قيام الحكومة الليبيرية بالاشتراك في

<sup>1</sup> - محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 59.

<sup>2</sup> - محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 62.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

تعيين المحكمة، إلا أنها تخلفت عن حضور إجراءات التحكيم على الرغم من إغذارها بذلك، مما دفع هيئة التحكيم إلى الاستمرار في الإجراءات والفصل في النزاع، باعتبار أن تخلف أحد الأطراف عن حضور الإجراءات ليس من شأنه إيقاف الإجراءات ولا يحول دون استمرار نظرها وهكذا فإن مقاومة أحد الأطراف للاتفاق على التحكيم وامتناعه عن تنفيذ التزامه لن يؤدي إلى تجميد إجراءات التحكيم.

### المطلب الرابع : الإختصاص بالاختصاص .

إن طعن أحد الأطراف في اختصاص هيئة التحكيم ودفع بعدم صحة اتفاق التحكيم فإنه يكون لهيئة التحكيم سلطة الفصل في صحة اختصاصها حيث أن المبدأ الأساسي الذي يسمح بالحوول دون لجوء أحد الأطراف إلى تأخير أو عرقلة سير التحكيم عن طريق الإدلاء بعدم اختصاص المحكمة التحكيمية وهو الذي يعطي للمحكمن صلاحية البت باختصاصهم ويعرف هذا المبدأ تحت اسم الإختصاص بالاختصاص .

ويهدف هذا المبدأ إلى تحاشي أن يكون التمسك بعيب يتعلق بطريقة مباشرة باتفاق التحكيم من قبل أحد الأطراف سببا في تعويق إجراءات التحكيم عن طريق منح الحكم الصلاحية لأن يقوم بنفسه بالفصل في مسألة اختصاصه مع خضوعه في ذات الوقت للرقابة اللاحقة من جانب القضاء الوطني المختص مما يكون من شأنه أن يتفادى تعويق إجراءات التحكيم دون المساس بمصالح الطرف الآخر يمكن له أن يثبت البطلان أو عدم وجود اتفاق التحكيم أمام السلطات المختصة في الوقت المناسب وهكذا يترتب على مبدأ الإختصاص بالاختصاص أثرتين هامتين أحدهما إيجابي و الآخر سلبي.

فأما الأثر الإيجابي فهو يتوجه في مرحلة أولى للمحكمن فسادا المجال أمامهم لتجاوز الحجة القائلة أنه لا يحق للمحكم النظر في أساس النزاع إلا إذا سبق ومنحته سلطة أخرى هذا الإختصاص ، بمعنى أن هذا المبدأ يسمح للمحكم بالبت في مسألة اختصاصه بصفة تلقائية دون أن ينتظر أن يمنحه قضاء الدولة هذا الإختصاص.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

أما الأثر السلبي فهو السماح للمحكم ليس فقط بالبت في مسألة اختصاصه وإنما بالفصل فيها أولاً وقبل أية جهة أخرى ، بمعنى أنه يتمتع على قضاء الدولة التي يتعرض عليها الفصل في اتفاق التحكيم البت في مسألة تدخل في اختصاص المحكم قبل أن تتاح له الفرصة للبت فيها.

ويستمد مبدأ الإختصاص بالاختصاص أساسه من التشريعات الوطنية المعنية بالتحكيم وكذا الاتفاقيات وقرارات الهيئات الدولية ذات الصلة وأيضاً لوائح هيئات التحكيم والتي حرصت على مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه .

كما حرصت معظم الاتفاقيات الدولية على تكريس مبدأ المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه حيث تعترف اتفاقية جنيف الأوربية للتحكيم التجاري لعام 1961 في المادة 315 للمحكم بسلطة تحديد اختصاصه.

كما أخذت بذات المبدأ أيضاً اتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى حيث نصت المادة 41 منها على أن "هيئة التحكيم هي التي تحدد اختصاصها".

وقد حرص مجمع القانون الدولي في المادة 3 من قراره الصادر عام 1989 على التأكيد بأن يختص المحكم بتحديد اختصاصه.

وهكذا فقد تم تكريس مبدأ الإختصاص بالاختصاص كواحد من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التحكيم التجاري الدولي، والتي من شأنها تيسير سير التحكيم و عدم مقاطعة الطرف الذي يعتبر أن المحكمة التحكيمية غير مختصة أو أن الاتفاق التحكيمي لا يشمل موضوع النزاع وبالتالي فإن مثل هذا الدفع لا يؤدي إلى وقف التحكيم.

**المطلب الخامس : القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وتصدي هيئة تحكيم له.**

أولت مختلف تشريعات التحكيم والاتفاقيات الدولية ولوائح مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة للأطراف كامل الحرية في اختيار القواعد التي ارتضوا إخضاع علاقتهم لها خاصة فيما

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، غير أنه في حالة ما إذا أهمل الأطراف ذلك تولت هيئة التحكيم بنفسها تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على الموضوع ، كما يمكن أن يحررها الأطراف كلية من التنفيذ بأي نصوص أو أنظمة القانونية وإطلاق حريتها في الفصل في الموضوع النزاع وفقا لما تراه محققا للعدالة والإنصاف.

### الفرع الأول : تطبيق قانون الإدارة.

إذا اتفق الأطراف على القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوع النزاع وجب على المحكم تطبيقها فكان أن الأطراف هم الذين اختاروا التحكيم بديلا عن قضاء الدولة واختاروا المحكمين ليفصلوا في نزاعهم، ولهم اختيار إجراءات الخصومة أمام المحكمين فلهم أيضا اختيار القواعد الموضوعية التي يطبقها المحكمون على هذا النزاع وعلى هذا فإنه يجوز لأطراف التحكيم الاتفاق على قواعد قانونية غير قانون الدولة الذي يجب على المحكمين تطبيقه على النزاع دون أية قواعد قانونية.<sup>1</sup>

### أولا : تطبيق قانون دولة معينة.

قد تتجه إرادة الأطراف للاختيار قانون دولة معينة ليكون الفصل في النزاع وفقا لما تضمنه من نصوص وإطلاق النص يسمح باختيار أي قانون سواء كان قانون وطني أو أجنبي، ولو لم يكن بين القانون الذي اختاروه ومحل النزاع أي صلة، بحيث قد يكون أجنبيا عن مكان التحكيم أو عن جنسية أطرافه، أو جنسية المحكمين وهو إطلاق ينسق حالات التحكيم الدولي، ويصعب تصور تطبيق القانون أجنبي على علاقة قانونية بدور النزاع فيها في إطار علاقة محلية بحتة ولكن النص يسمح بذلك من الناحية النظرية على الأقل.

ويجوز للأطراف بدلا من الاتفاق على تطبيق قانون دولة معينة، الاتفاق على تطبيق نظام قانوني معين، وإن كان لا ينتمي إلى دولة معينة ولهذا فإنه يصبح الاتفاق على تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية، وعندئذ يلتزم المحكمون بتطبيقها على موضوع النزاع، وإذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون معين على المحكم أن يطبق فرع القانون الأكثر انطباقا على موضوع النزاع.

<sup>1</sup> - مناني فراح ، مرجع سابق ، ص 67.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الاتجاه المتسم باحترام مبدأ سلطات الإرادة في نصوصه المنظمة للتحكيم التجاري الدولي "حيث نصت المادة (1050) من قانون إجراءات المدنية الجزائري على أن : " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره أطراف "

### ثانيا : تطبيق القواعد المتفق عليها بين الأطراف.

من المتصور خاصة في مجال عقود التجارة الدولية تنظيمها خاصة وقواعد منقضاء تواجه ما قد ينشأ من منازعات ، وهم الأقدر على تصورها على وضع ما يلائمها من حلول مبتكرة لا تجد مصدرها على قانون دولة معينة، وإنما في إرادة الأطراف مباشرة كما قد يلجأ الأطراف على المزج بين عدة مصادر فينشؤون قانون عقدهم من مجموعة من القواعد المستخلصة من تشريعات وطنية أو أجنبية، أو يكرسون العادات والأعراف المتعلقة بموضوع العقد أو الإحالة على القواعد والشروط التي تضمنها وثيقة أو عقد نموذجي ففي هذه الصورة لا يوجد أي إشارة لتطبيق قانون دولة معينة.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني : تصدي هيئة تحكيم لتطبيق القانون واجب تطبيق على النزاع.

حرصت التشريعات الوطنية والمؤسسية على منح المحكم سلطة احتياطية في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عند عدم اتفاق الأطراف.

### أولا : اختيار قانون دولة معينة.

إذا لم يتفق الأطراف على قواعد قانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع قامت هيئة التحكيم باختيار القواعد القانونية الموضوعية التي تطبقها .

فالمحكمون هم الذين يختارون القانون الذي يطبقونه ويمكن أن يكون هذا القانون هو قانون الدولة التي تجري فيها التحكيم أو قانون الدولة التي جرت فيها وقائع النزاع أو أية قواعد قانونية نافذة في دولة أخرى، على أن هيئة التحكيم ليس لها سلطة مطلقة في هذا الاختيار ويلاحظ أنه في التحكيم التجاري الدولي لا ينظر المحكم إلى النظام العام الداخلي وفقا للقانون

<sup>1</sup> - مناني فراح ، مرجع سابق ، ص 69.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

الذي اختار الطرفان تطبيقه إلا باعتباره مكملاً لإرادتها ولهذا فإن تضمن العقد نصوص تخالف النظام العام، وجب على المحكم احترام هذه النصوص ولو خالفت النظام العام الداخلي، وذلك ما لم تكن قاعدة النظام العام الداخلي هي في نفس الوقت قاعدة نظام عام دولي فالمحكم لا يلتزم بقواعد النظام العام الداخلي المرتبطة بالقانون الأكثر اتصالاً بالنزاع وإنما فقط بالنظام العام الدولي.

### ثانياً : تطبيق هيئة التحكيم للأعراف الجارية.

يتضح لنا جلياً أنه يجب على هيئة التحكيم مراعاة الأعراف الجارية في نوع المعاملة سواء كانت تطبق قواعد قانونية اختبارها الأطراف أو قانوناً رأيت هي تطبيقه كما أعطى المشرع الجزائري محكمة التحكيم إمكانية الفصل في النزاع وفقاً لما تراه ملائماً من أعراف من خلال المادة (1050) التي نصت على أنه : " وفي غياب اختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة.

على أنه يلاحظ أن ما يجري عليه العرف باعتباره مصدراً من مصادر القانون يظل أحد مصادر التشريع، فإذا تعرض العرف مع نص تشريعي واجب التطبيق أو مع قاعدة قانونية اتفق الأطراف على تطبيقها على موضوع النزاع فإن هيئة التحكيم لا تلقي أي اعتبار لما يجري في العرف فتطبيق الأعراف يكون تطبيقاً تكميلياً.<sup>1</sup>

ومن الأعراف الجارية مجموعة الأعراف التي تكونت عبر السنين في التجارة الدولية والتي يطلق عليها ( القانون التجاري ) ( Les Mercator ) وكذلك بعض الأعراف التي تجري عليها التجارة الدولية مثل مبدأ القوة القاهرة ومبدأ إعادة التوازن الاقتصادي في العقود الدولية.

### ثالثاً : الفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف .

يلاحظ أن تخويل المحكم إجراء تسوية للنزاع يحلله من التقيد بأي نصوص تشريعية أو أية قواعد قانونية أياً كان مصدرها ليجد المحكم نوعاً من التسوية للنزاع المعروض عليه مستلهماً ما يراه محققاً للعدالة وما يرضي ضميره، فهو يقوم بعمل استثنائي خلاق لا يخضع

<sup>1</sup> - محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 67.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

فيه إلا لما يرضي وجدانه تماما كموقف القاضي الجنائي الذي يتمتع بحرية مطلقة في تكوين عقيدة طالما حقق مبدأ المساواة، وأتاح للأطراف مكنة إبداء أوجه دفاعهم.

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 وشخصية ثقافته كما يجب على المحكم الالتزام بالقواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام الداخلي، حيث لا يمكن التحرر منها ولو كان مفوضا بإجراء تسوية وفقا لقواعد العدالة.

أما في حالة التحكيم التجاري الدولي وتم تفويض المحكم بإجراء تسوية وفقا لقواعد العدالة ، فالسائد أنه يستطيع تجاهل القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام الداخلي ولا يقف أمامه سوى ما يمس النظام العام الدولي .

ويتضح لنا مما سبق أهمية اتفاق التحكيم على تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وعدم الانسياق لتضمن الاتفاق شرط التحكيم وفقا لقواعد العدالة أو وفقا للأعراف الجارية أو ترك أمر تحديد لهيئة التحكيم.<sup>1</sup>

### خلاصة الفصل:

يمكننا القول إلى ما تقدم أن التحكيم بدون اتفاق يخالف ما استقر عليه الفكر القانوني من اقامة إجراءات التحكيم ، تعتمد على وجود اتفاق سابق بين الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعاتهم ، حيث تقضي المبادئ الأساسية في التحكيم الدولي بأن الاتفاق التحكيمي هو الاتفاق على مبدأ التحكيم و اختياره و سببا لحل منازعات معينة حيث لا يكون هنا لا تحكيم بدون اتفاق.

و نظرا لأهمية الدور الذي يلعبه التحكيم في حسم المنازعات يستلزم تحقيق فعالية التحكيم في منازعات عقود استثمار تبني العديد من المبادئ القانونية التي تعتبر ضرورية للوصول إلى عملية التحكيم منظمة و فعالة.

<sup>1</sup> - محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 70-71.

## الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية

---

أما فيما يخص القانون الوجوب التطبيق أولت مختلف التشريعات التحكيم و اتفاقيات الدولة في اختيار الأطراف فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، غير أنه

## الفصل الثاني: حالة تطبيقية حول الاجتهادات العربية و الدولية للتحكيم و فعاليتها

زادت أهمية التجارة الدولية وتعددت مشاكلها بحيث أصبح الاهتمام بمحاولة البحث عن حلول لمشاكلها القانوني، لذلك فقد اتجهت الجهود التي تبذل على مستوى الدولي منذ زمن بعيد إلى العمل على توحيد القواعد التي تحكم المعاملات التجارية الدولية بهدف تنمية التعامل التجاري بين الدول وحماية الأطراف المعاملات من المخاطر التي تنجم عن تطبيق القوانين الوطنية المختلفة التي يجهلون أحكامها.

ولقد سعى الباحثين والمشرعين في مختلف الدول سواء على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي، تؤيده منظمات دولية وهيئات تجارية إلى خلق قواعد موحدة تحكم النشاط التجاري الدولي بغض النظر عن طبيعة النظام الاقتصادي الذي يسود في دولة من الدول ودون اعتبار لطبيعة النظام القانوني الذي تتبعه هذه الدول فهي قواعد تتبع من العرف التجاري الدولي دون اعتبار للتقسيم السائد في دول العالم إلى دول اشتراكية أو دول رأسمالية ودول تطبق نظام القانون المشترك، أو دول تطبق القانون المدني المشتق من القانون الروماني.<sup>1</sup>

لذا فقد جاء التحكيم كنظام مدني يتسم بالسرعة لحل النزاعات بين الأطراف المتخاصمة حيث يعرفه الفقهاء بأنه يشكل عدالة خاصة موضوعة من قبل أطراف النزاع خارج النطاق الإلزامي لقضاء الدولة كما أنه يتماشى متطلبات التجارة الدولية أيضا فهو أمر ضروري وحيوي لتحقيق التكامل الاقتصادي بين الدول التي قد تختلف أنظمتها القانونية والقضائية فيكون بذلك أنسب وسيلة لحماية مصالح الأطراف من خلال ما ينتجه لها من حق في الاتفاق على نمط الحماية الأكثر ملاءمة لأغراضها.<sup>2</sup>

ومن جهة أخرى حيث برزت أهمية التحكيم ومدى فعاليتها في فض النزاعات بين الأطراف فقد أخذ حيز كبير في هذا المجال حيث أصبحت هناك اجتهادات عربية ودولية تحاول الوصول إلى نتائج سلمية وجيدة بين المتعاقدين وأطراف النزاع .

<sup>1</sup> - د - محمد نصر محمد ، مرجع سابق ، ص 96

<sup>2</sup> - لزهة بن سعيد ، مرجع سابق ، ص 60

## الفصل الثاني: حالة تطبيقية حول الاجتهادات العربية و الدولية للتحكيم و فعاليتها

ومن هنا قسمنا فصلنا إلى مبحثين : مبحث الأول نتكلم فيه على المجهودات العربية أما المبحث الثاني نتكلم فيه على المجهودات الدولية ومدى فعالية التحكيم في فض النزاع.

### المبحث الأول: الاجتهادات العربية

نجد هنا أنه لكل قارئ يجد كل الفكر القانوني التحكيمي وتطبيقاته خلال هذه التجربة، وكل النظريات التحكيمية ومعالجة كل الثغرات التي أخذت تعيق سير التحكيم و قواعد اليونسترال أصبحت مطبقة اليوم على نصف التحكميات التي تجري في العالم ومن هنا يأتي اجتهادات المحاكم في البلاد العربية عن التحكيم وقد شمل بعد كل الدول العربية في اجتهادات المحاكم القضائية التحكيمية.

### المطلب الأول : الاجتهادات القضائي الجزائري.

حيث أن المرسوم التنفيذي للقانون 85-07 المذكور أعلاه المؤرخ في 1990/12/22 رقم 90-411 يشترط في مادته 49 الأخيرة تحكيم الوالي في حالة نشوب خلاف بين المؤسسة والخواص قبل اللجوء إلى القضاء إضافة إلى الإجراءات المحددة في المادة 50 من نفس المرسوم، وحيث الرجوع على دعوى الحال فإن قضاء الموضوع أمروا الطاعنة المستأنفة بنقل الخط الكهربائي وحسب أقوالها فإن الخط موجود منذ سنة 1940 وهذا دون تحديد القاعدة القانونية المعتمدة عليها في ذلك، وبه فإن قرارهم منعدم الأساس القانوني ويكون معرضا للنقض مع تحميل المطعون ضده المصاريف القضائية طبقا للمادة 270 من قانون الإجراءات المدنية. حيث نجد هنا تعليق الدكتور مصطفى تراري الثاني بروفيسور بكلية الحقوق جامعة وهران - الجزائر.<sup>1</sup>

يجري الحديث اليوم عن التحكيم وغيره من الطرق البديلة لحل الخلافات سواء على مستوى القانون الوطني على أثر النص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على هذه الطرق في المواد العادية والإدارية أو على الصعيد الدولي الذي تعرف فيه هذه المسائل الجديدة في المواد العادية والإدارية، أو على الصعيد الدولي الذي تعرف فيه هذه المسائل الجديدة انتعاشا منقطع

<sup>1</sup> - مجلة التحكيم ، العدد 3 ، تموز (يوليو) سنة 2009 ، ص 365.

## الفصل الثاني: حالة تطبيقية حول الاجتهادات العربية و الدولية للتحكيم و فعاليتها

النظير الشيء الذي يؤدي في بعض الأحيان إلى التماس والخلط فيما بينهما من الناحية العملية .

وقائع هذه القضية تتلخص في نزاع بين مالك خاص لقطعة أرضية من جهة والمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري المتخصصة في مجال إنتاج ونقل وتوزيع كهرباء وتوزيع الغاز المعروفة بشركة "سونلغاز" هذا النوع من النزاع تعلق بنقل خط كهربائي يمر داخل القطعة الأرضية إلى مكان آخر ، شركة سونلغاز رأّت مصاريف نقل هذا الخط تقع على عاتق المالك العقاري لأن خط ليس بوضع سونلغاز وإنما يوجد على هذه الأرض منذ 1940 أي منذ الحقبة الاستعمارية بينما أدعى المالك العقاري تحمل سونلغاز لمصاريف نقل الخط.

مجلس قضاء تبسة في قراره بتاريخ 20 سبتمبر 2004 والمؤيد للحكم المعاد أمامه فصل لصالح المالك العقاري بإلزام شركة سونلغاز بتحويل الخط تحت طائلة غرامة تهديدية ، القرار هذا كان محل طعن بالنقض نظرت فيه المحكمة العليا استنادا إلى وجهين وهما :  
عدم إطلاع النيابة العامة رغم أن النزاع يتعلق بمؤسسة عمومية (المادة 141 إجراءات مدنية).

الخطأ في تطبيق القانون حينما لم يجب المجلس على دفع الشركة بخصوص أن الخط موجود منذ الاستعمار وأن المادة 90 من المرسوم رقم 90-411 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990 والمتعلق بالإجراءات التطبيقية في مجال إنجاز منشآت الطاقة الكهربائية والغاز وتغيير أماكنها وبالمراقبة الخاصة بها.<sup>1</sup>

والمحكمة العليا في قرارها نقضت القرار بناء على الوجه الثاني بالأسبقية ، مستندة إلى انعدام الأساس القانوني بحيث أن قضاء الموضوع لم يحدد القاعدة القانونية التي اعتمدوا عليها من أجل أمر سونلغاز بنقل الخط الكهربائي من جهة ومن جهة أخرى على الفقرة الأخيرة من المادة 49 من المرسوم المذكور أعلاه التي تشترط تحكيم الوالي في حالة نشوب خلاف بين المؤسسة والخواص قبل اللجوء على القضاء إضافة على الإجراءات المحددة في المادة 50

<sup>1</sup> - مجلة التحكيم ، مرجع سابق ، ص 375.

## الفصل الثاني: حالة تطبيقية حول الاجتهادات العربية و الدولية للتحكيم و فعاليتها

من نفس المرسوم، وليست المرة الأولى التي يفصل فيها المشرع على هذه الطريقة للفصل في بعض المنازعات الخاصة في مجال الطاقة ، فلقد نصت المادة 58 من قانون المحروقات الجزائري لسنة 2005 والمعدلة بأمر 2006 على أنه إذا كانت المؤسسة الوطنية سوناطراك هي المتعاقد الوحيد في عقد البحث أو استغلال المحروقات بمعنى عدم وجود شريك في العقد الذي يربطها بوكالة النفط فإن النزاع لا يخضع للمصالحة والتحكيم طبقا للقواعد المعمول بها في العقود الدولية وإنما يسوي بتحكيم الوزير المكلف بالمحروقات.

أخيرا تجدر الإشارة على أنه ما اصطلح على تسميته تحكما لا يعدوا أن يكون إجراء للمصالحة، إن نجحت وضعت حد للخلاف وأن لم تنتج جاز للطرف المتضرر اللجوء إلى القضاء، اللبس ليس قاصر على التنظيمات ذات الطبيعة الإدارية في النظام القانوني الجزائري ففي مجال القانون الخاص وبصورة أكثر لبسا نص القانون المدني الفرنسي في المادة 1592 على أن ثمن المبيع في عقد البيع "يمكن أن يترك لتحكيم الغير ...". الفقه اعتبر أن استعمال اصطلاح التحكيم هنا أتى عرضا ولا يفيد التحكيم المتعارف عليه فهو يفيد "تقدير الثمن من قبل الغير فقط ...". فاستعمال مصطلح التحكيم في النصوص التشريعية لا يقصد دائما به التحكيم المتعارف اليوم عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني : الاجتهاد القضائي السعودي.

وقائع القضية : حول قضية جداول العالمية السعودية وإعمار الإماراتية

لا شك أن قضية النزاع بين شركة إعمار الإماراتية مع الشركتين السعوديتين جداول العالمية وإعمار السعودية هي قضية الموسم في المملكة العربية السعودية بامتياز.

ويتلخص الخلاف بأن شركتين السعوديتين (الطرف المدعي) تطلبان بأن تدفع الشركة الإماراتية مبالغ يبلغ مجموعها 45 مليار ريال سعودي (1.2 مليار دولار) وتتفي شركة إعمار الإماراتية (المدعى عليه ) نفيا قاطعا مديونيتها بهذا المبلغ كما نفي شراكتها في شركة إعمار السعودية

<sup>1</sup> - مجلة التحكيم ، مرجع سابق ، ص 376.

## الفصل الثاني: حالة تطبيقية حول الاجتهادات العربية و الدولية للتحكيم و فعاليتها

لأن هذه الشراكة كانت معلقة على شرط لم يتحقق حسب قولها وهو موافقة مجلس إدارة إعمار الإماراتية على هذه الشراكة .

وقد تراضا الطرفان على إحالة النزاع إلى هيئة تحكيم مشكلة بناء على نظام التحكيم السعودي من ثلاث محكمين.<sup>1</sup>

وبعد مداوولات امتدت أكثر من ثلاث أعوام أصدرت هيئة التحكيم قرارها في شهر سبتمبر من العام المنصرم يقضي برد دعوى شركتي جداول العالمية وإعمار السعودية وتكليفها بدفع مصاريف التحكيم.

ويقضي نظام التحكيم السعودي بضرورة مصادقة الدائرة التجارية الثانية بديوان المظالم التي وافقت على مشاركة التحكيم بوصفها الجهة المختصة أصلا بنظر النزاع على قرار هيئة التحكيم ليصبح القرار نهائيا وقابلا للتنفيذ من حق أي من الطرفين بهذه المناسبة الاعتراف على قرار التحكيم وبالفعل فقد تقدم الأستاذ عبد العزيز علي القصير المحامي عن الطرف المدعي باعتراض على قرار التحكيم قبل نفاذ المدة المحددة لذلك.

ومما يذكر أن ديوان المظالم يختص أيضا بإصدار الأوامر القضائية بتنفيذ الاحكام والقرارات التحكيم الأجنبية حتى قبل إنظام المملكة العربية السعودية إلى ميثاق نيويورك لعام 1958 وتاريخيا على سبيل المثال فقد نفذ الديوان قراري التحكيم الأول.

صادر عن غرفة التجارة الدولية في باريس (القضية رقم 5070 /ربي/ربي. جي .دي - لعام 1987 وآخر صادر عن هيئة تحكيم مشكلة في الإمارات العربية المتحدة مصادق عليه من المحكمة الشرعية في دبي (القضية رقم 1331 لسنة 1991).

ديوان المظالم من المملكة العربية السعودية وهو بمثابة المحكمة الإدارية في مجالس الدولة التي تأخذ بالنظام الفرنسي أو اختصاصه في المسائل التجارية اختصاص مؤقت ويجب التنويه إلى هذه المعلومات مسقاة من مصادر إعلامية غير رسمية إذ أن الأحكام المتعلقة بقرار التحكيم غير متوفرة ولم يسبق نشرها رسميا، وسبق أن أصدر ديوان المظالم مجموعات سنوية

<sup>1</sup> - مجلة التحكيم ، المرجع السابق ، ص ص 378-379.

## الفصل الثاني: حالة تطبيقية حول الاجتهادات العربية و الدولية للتحكيم و فعاليتها

من الأحكام الإدارية والجزائية في سنوات ماضية غير أن هذه المجموعات انقطع صدورهما منذ أكثر من عشر أعوام، ويوجد ديوان المظالم ضمن تشكيلاته الحالية إدارة تكوين الأحكام ونشرها نأمل أن يتم تفعيلها قريباً.<sup>1</sup>

### المطلب الثالث : الاجتهاد القضائي الكويتي.

بيع أسهم شركات مدرجة في سوق الكويت للأوراق المالية بدون تسجيل هذا التعامل وحصوله خارج قاعة السوق وبغير وسطاء مقيدین وبدون أخطار لجنة السوق بالأسهم طبيعة كيان المحفظتين طرفي عقد البيع هي كيان هجين لا سند قانوني له إذا ليست بالمحفظة ولا بالصندوق الاستثماري الأمر المخالف للنظم الاقتصادية للكويت وللنظام مما يقضي على بطلان العقد.

حيث أن وقائع النزاع ودفاع الخصوم وطلباتهم ومستنداتهم قد أوردتها تفصيلاً الحكم الصادر من هذه الدائرة بهيئة مغايرة بتاريخ 2003/12/20 ومن ثم تحيل إليه هذه الهيئة وتوجزها في أن الشركة تقدمت بطلب إلى إدارة التحكيم القضائي ضد شركة القابضة طالبة الحكم بإلزامها أن تؤدي إليها مبلغ 6545000 دينار على سند أن الأخيرة اشترت منها بموجب العقد المؤرخ 1999/02/20، 550 وحدة أسهم من وحدات محفظة الباب الاستثمارية بالمبلغ المشار إليه وألزمت بسداده بتاريخ 2001/02/22 إلا أنها امتنعت عن الوفاء رغم إنذارها بذلك التاريخ 2001/04/11.

ولما كان عقد مبرم بينهما قد تضمن اتفاقها على أن تتم تسوية أية منازعات تنشأ بينهما عن طريق التحكيم من ثم فقد تقدمت بطلبها المائل فحضر وكيل بجلسة 2003/04/22 وطلب قبول موكله خصماً في النزاع منضمّاً إلى التحكيم ضدها بصفة عضو تعليقاً إلى حين الفصل في الجناية رقم 99/4467 حصر أموال عامة وذلك في مواجهة الحاضرين عن المحكمة والمحتكم ثم تمسك بمذكرات دفاعه التالية بعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع لعدم وجود اتفاق بالتحكيم بين الطرفين فقضت الهيئة بتاريخ 2003/12/20 .

<sup>1</sup> - مجلة التحكيم ، مرجع سابق ، ص ص 379-380.

## الفصل الثاني: حالة تطبيقية حول الاجتهادات العربية و الدولية للتحكيم و فعاليتها

أولا : قبول تدخل خصما انضماميها مع المحتكم ضدها في طلب للتحكيم ويرفض الدفع بعدم قبول التدخل.

ثانيا : ببطان شرط التحكيم في عقد البيع المؤرخ 1999/02/20.

ثالثا : بعدم اختصاص الهيئة ولا آتيا بنظر النزاع.<sup>1</sup>

طعنت المحكمة في هذا الحكم بطريقة التمييز فقضت محكمة التمييز بتاريخ 2005/09/28 بقبول الطعن شكلا وفي الموضوع بتميز الحكم المطعون فيه شقه المتعلق بعدم اختصاص هيئة التحكيم ولائيا بنظر النزاع وباختصاصها بنظر النزاع لسقوط الحق بالتمسك بالدفع باعتباره من الدفوع الشكلية التي يجب أن تبدي قبل التحكيم في الموضوع والتي لا تتعلق بالنظام العام ومن ثم إعادة الطلب إلى هيئة التحكيم القضائي للفصل في موضوعه. حيث أنه لدى نظر الطلب أمام هيئة التحكيم القضائي على النحو الثابت بمحاضر جلساتها مثل كل طرف بوكيل عنه وقدم الحاضر عن المتحكم حافظة مستندات طوين على ما يلي:<sup>2</sup>

1- إتفاقية استثمار في محفظة الباب مبرمة بتاريخ 1997/05/10 بين المتحكمة وشركة .

2- عقد تفويض بإدارة وإنشاء محفظة مالية واستثمارية مؤرخ 1998/01/05 مبرم بين المتحكمة والمحتكم ضدها.

وكانت تلك الوحدات في حقيقتها حسبما كشف عنه تقرير ديوان المحاسبة هي أسهم شركة مدرجة في سوق الكويت للأوراق المالية ولم يتم تسجيل هذا التعامل الذي جرى خارج قاعة السوق وبغير أحد الوسطاء المقيدين فيه، في سجلات السوق أو أخطار لجنة السوق بلاسهم التي تم التعامل فيها كما لم يلتزم طرفا العقد بشروط البيع لأجل الذي نظمته قرار وزير التجارة والصناعة وقرار لجنة السوق .

<sup>1</sup> - مجلة التحكيم ، المرجع السابق ، ص466.

<sup>2</sup> - - يحيى الجمل ، اختيار محكمين ، بحث مقدم إلى مؤتمر الكويت ، تحكيم تجاري دولي ، مطبوعات وزارة العدل.

## الفصل الثاني: حالة تطبيقية حول الاجتهادات العربية و الدولية للتحكيم و فعاليتها

على نحو ما سلف بيانه، فظلا عن طبيعة كيان المحفظتين طرفي عقد البيع ومحفظة الباب بوصفها كيانا هجينا (استدله من القانون إذا ليست هي المحفظة وليست بالصندوق الاستثماري، هو كيان مخالف للنظم الاقتصادية للدولة وللنظام العام يمس سلامة الاقتصاد القومي بما يوصم العقد المبرم بين المحكمة والمحتكم ضدها بالبطلان وتقضي به الهيئة من تلقاء نفسها باعتباره متعلقا بالنظام العام.

ويكون العقد حابط الأثر قانوني ولا يصح سببا لما تطالب به المحكمة من إلزام المحتكم ضدها بأداء المبلغ المطالب به الأمر الذي يضحى معه الطلب بحسب الأساسي الذي أقيم عليه فاقد السند جدير بالرفض.<sup>1</sup>

ولهذه الأسباب حكمت الهيئة بإجماع الآراء :

يرفض الطلب وألزمت المحكمة المصروفات وأمرت بالمقاصة في أتعاب المحاماة

### المبحث الثاني: الاجتهادات الدولية

إن وعد الدولة بالتفويض على المستثمر واتخاذ تدابير أمنية لحمايته بقدر استطاعتها ينفي أي إدلاء ضدها بخرق الاتفاق الثنائي للاستثمار وخرق التزاماتها بالمعاملة العادية والمتصفة انتقاء المسؤولية .

**المطلب الأول : مركز الدولي لتسوية منازعات استثمار (ICSID) بين ASTALDI و الجزائر.**

-الوقائع : إن جهة المدعية هي شركة . Industriel lavoir Idi lin Stradella .  
LESI.SPA شركة إيطالية مقر عملها في روما ، إيطاليا المشار إليها في ما يلي  
(LESI) وشركة ASTALDI-SPA شركة إيطالية مقر عملها في روما.

1-أن شركة ASTALDI ولحسابها وفقا للرسائل المتبادلة بتاريخ 11 و 14 شباط

2005 .

<sup>1</sup> - مجلة التحكيم ، مرجع سابق ، ص 470.

## الفصل الثاني: حالة تطبيقية حول الاجتهادات العربية و الدولية للتحكيم و فعاليتها

2- أن الجهة المدعى عليها هي الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية (المشار إليها فيما بعد "الجمهورية الجزائرية أو الدولة الجزائرية ) المتمثلة بشخص المتمثلة بشخص عبد المالك سلال وزير الموارد المائية، مقره في وزارة الموارد المالية.<sup>1</sup> إن الوقائع التي تلي هي مختصرة قصدا لأن هدفها الوحيد إطار النزاع بالتالي أن الوقائع المهمة من أجل حل المسائل المتنازع عليها ستفصل في قسم القانون .

### (1) إبرام العقد :

بتاريخ 14 أيلول 1992 أعلنت وزارة التجهيز في الجمهورية الجزائرية بواسطة الوكالة الوطنية للسدود المشار إليها فيما بعد ب (ANB) عن مناقصة بشأن إنشاء سد كدية أسردونا في ولاية البويرة يهدف هذا السد إلى تزويد مدينة الجزائر بمياه الشفة وينص إعلان المناقصة بالتحديد على ما يلي :

ان الوكالة الوطنية للسدود بصفتها رب العمل، تدعوا من خلال الإعلان الحاضر عن المناقصة المؤسسات القابلة لأن يتم اختيارها إلى ترشيح نفسها بواسطة ظرف مختوم من أجل تنفيذ التوريدات والأعمال.

كان هذا المشروع ممولا جزئيا من البنك الإفريقي (المشار إليه فيما بعد ب (BAD). طلبت حكومة الجمهورية الجزائرية قرضا من البنك الإفريقي للتمتية بعملات مختلفة من أجل تمويل كلفة بناء السد .

تم الاتفاق على أن يستعمل جزء من المبلغ الممنوح من أجل تسديد المبالغ المنصوص عليها في الصفة (الإعلان عن المناقصة الوطنية والدولية لبناء سد كدية أسردونا بتاريخ 14 ايلول 1992.

بتاريخ 31 أوت 1993 وافق مجلس إدارة البنك على منح قرض بقيمة 106.4 مليون وحدة حساب البنك الإفريقي من أجل تمويل سد كدية أسردونا تم توقيع العقد بتاريخ 17 أيلول 1993 ، ودخل حيز التنفيذ في أول من آب 1994.

<sup>1</sup> - مجلة التحكيم ، المراجع السابق ، ص 676.

## الفصل الثاني: حالة تطبيقية حول الاجتهادات العربية و الدولية للتحكيم و فعاليتها

بتاريخ 24 تشرين الثاني 1992 وقعت كل من LESI ومجموعة DIPEWTA اتفاقية تمهيديا من أجل إنشاء مجموعة مؤقتة من الشركات بهدف التقدم بعرض مشترك لإنشاء السد.

بتاريخ 30 حزيران 1999 أدمجت DIPENTA بشركة ASTALDI<sup>1</sup>.

خلال الاجتماعين الذين عقد بتاريخ 27 و30 تشرين الأول 1993 أبلغت الوكالة الوطنية للسدود ممثلي المجموعة قرارها بتلزيما أعمال إنشاء السد بشرط موافقة هيئات الرقابة معنية على العقد.

بتاريخ 20 كانون الأول 1993 وقعت المجموعة على الوكالة الوطنية للسدود عقدا عنوانه سد كدية أسردونا ، ملف العرض بشأن بناء السد.

واجهت الصفقة خلال تنفيذها صعوبات عديدة و يختلف الأطراف في آراءهم حول طبيعة و مصدر هذه الصعوبات.

### أ) إجراءات التحكيم الأول :

بتاريخ 03 شباط 2003 قدم اتحاد (LESI-DIPONTA) طلب تحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات ضد الجمهورية الجزائرية.

إن هذه الدعوى التحكيمية كانت تهدف إلى الحصول على تعويضات عن العطل والضرر نتيجة الصعوبات التي ظهرت في ورشة السد وفسخ الصفة والتأخير الذي يستلزم التعويض.

في لوائحها اعترضت الجهة المدعى عليها على اختصاص هيئة التي تشكلت و على جواز سماع الدعوى لسيما لأنه و بنظرها أن اتحاد " LESI DIPONTA ليس فريقا في العقد الموقع بين شركتي LESI DIPONTA.

بتاريخ 10 كانون الأول 2005 أصدرت أول هيئة تحكيمية قرارها بعدم الاختصاص جاء

في منطوق الحكم ما يلي:

1-إن هيئة التحكيم غير مختصة لنظر النزاع القائم بين LESI والجمهورية الجزائرية .

<sup>1</sup> - مجلة التحكيم ، المرجع السابق ، ص 679.

## الفصل الثاني: حالة تطبيقية حول الاجتهادات العربية و الدولية للتحكيم و فعاليتها

2- سيتحمل كل فريق في الدعوى نصف مصاريف التحكيم وأتعاب محاماة الخاصة به.

3- على الجهة المدعى عليها أن تدفع إلى الجهة المدعية مبلغ 45.050 دولار أميركا يمثل سلفة مدفوعة .

وبتاريخ 15 شباط 2005 تقدمت LESI بطلب تحكيم جديد أمام المركز الدولي لتسوية منازعات ضد الجمهورية الجزائرية.

بتاريخ 24 آذار 2006 تقدمت الجمهورية الجزائرية بمذكرة في الموضوع والاختصاص من دون أن تحدد أية طلبات ختامية شكلية وطلبت بموجبها مذكرة المدعي عليها بتاريخ 26 آذار 2006<sup>1</sup>.

أن ترد دعوى ASTALDI لفقدان الصفة اللازمة للدعاء.

ان تعلن الهيئة التحكيمية عدم اختصاصها للنظر بطلب الذي تدعي الجهة المدعية تقديمه إليها بتاريخ 15 شباط 2005 لأن هذا النزاع لا يطابق الشروط المنصوص عليها في المادة 25 من معاهدة واشنطن.

قررت الهيئة التحكيمية أن الادعاءات المقدمة من الجهة المدعية تتوافر فيها الشروط المطلوبة بموجب المادة 25 من اتفاقية واشنطن "على الهيئة التحكيمية أن تعلن عدم اختصاصها بسبب عدم تقديم الجهة المدعية أي إثبات على خرق الجمهورية الجزائرية للالتزامات المفروضة عليها بموجب الاتفاق الثنائي.

ان أهيمه الحكم تكمن هنا في استناده في تأويل الاتفاقية الثنائية إلى مبدأ أن الخاص يسبق على العام وتطبيقه على الوضعية المتعلقة بالمسألة الأمنية.

المسألة مهمة من ناحيتين :

- أولها نظرية : إذ توضح المبادئ المنطبقة لتأويل المعاهدات، وخاصة تعتبر أن مبدأ الخاص يسبق على العام ينطبق على المعاهدات وهذا الانطباق وأن بدا الأول وهلة بديها ، فإنه ليس كذلك ، لأن معاهدة فينا حول قانون المعاهدات المؤرخ في 23 ماي

<sup>1</sup> - مجلة التحكيم ، مرجع سابق ، ص 681.

## الفصل الثاني: حالة تطبيقية حول الاجتهادات العربية و الدولية للتحكيم و فعاليتها

1969 التي تنطبق إلى العديد من قواعد التأويل ومبادئه على غرار مبدأ حسن النية لا تتعرض على مبدأ تسبيق الخاص على العام، ومن ثم فإن الاستناد على هذا المبدأ من قبل هيئة التحكيم في هذه القضية يؤكد أن مبادئ التأويل المنصوص عليها باتفاقية فيينا حول قانون المعاهدات غير حصرية وأنه يجب إتمامها بمبادئ أخرى يكرسها القانون الدولي ، وهنا تؤكد هيئة التحكيم ما صدر في الرأي المخالف للمحكم أساني في القضية التحكيمية التي أدت إلى تحكيم ICSID المؤرخ في 27 جوان 1990 والذي استند أمام وقائع مشابهة ونصوص مشابهة إلى قاعدة إيلاء الأولوية للخاص على العام للمناداة إلى تطبيق مادة المعاهدة.<sup>1</sup>

• ثانيا : تطبيقية إذ سمحت قاعدة تسبيق الخاص على العام لهيئة التحكيم من اعتبار أن الدولة الجزائرية وفرت ما استطاعت من الحماية، وأن التزامها الدولي بتأمين الحماية ينحصر في بذل العناية ولا يصل فرض تحقيق النتيجة المرجوة، وهيئة التحكيم باتخاذ هذا الموقف تكون قد تجاوزت ما صدر في 27 جوان 1990 الصادر عن أغلبية هيئة التحكيم ICSID.<sup>2</sup>

• وفي نهاية هذا التعليق، وأمام حصول الطرف على مبتغاه في هذا التحكيم لا يمكن إلا أن نأمل أن يساهم هذا الحكم في تغيير النظرة إلى التحكيم الدولي من قبل عديد الأطراف العربية من مؤسسات وتتصارع فيها الحضارات إلى مؤسسة تتقارع فيها الحجة بالحجة وتتصارع فيها الملفات.

<sup>1</sup> - مجلة التحكيم، المرجع السابق، ص 689.

<sup>2</sup> - مجلة التحكيم، المرجع السابق، ص 738.

## الفصل الثاني: حالة تطبيقية حول الاجتهادات العربية و الدولية للتحكيم و فعاليتها

**المطلب الثاني : قضية (أكسيد) بين شركة هيلانان الدنماركية وجمهورية مصر العربية.**  
تعريفات :

(أكسيد) : المركز الدولي لحسم منازعات الاستثمار .

هيلانان (الطرف المدعي) شركة فنادق هيلانان الدولية وهي شركة دانماركية).  
مصر (الطرف المدعى عليه ) جمهورية مصر العربية.

### ملخص الوقائع :

بناء على عقد إدارة هيلانان والهيئة العامة للسياحة والفنادق وهي هيئة عامة مصرية وقع بتاريخ 1986/03/08 أسندت إدارة فندق شيدر في القاهرة للدولة إلى هيلانان مدة العقد سنة وعشرون عاما قابلة للتديد، وقد أدخل هذا العقد تعديل بتاريخ 2002/10/15 يقضي بجواز بيع الفندق، وعندئذ سيكون من حق هيلانان إما الاستمرار في إدارة الفندق أو ترك إدارة الفندق مقابل تعويض عادل.

وفي شهر (حزيران) 1999 وقعت معاهدة ثنائية بين مملكة الدانمارك ومصر لتشجيع وحماية استثمارات مواطني أي طرفين في بلاد الطرف الآخر.<sup>1</sup>

في شهر سبتمبر 2003 قررت وزارة السياحة المصرية خفض تصنيف الفندق إلى أربعة نجوم، بعد حملات تفتيش يفرض إعادة تصنف الفنادق حسب مستواها الفعلي بعد أشهر قليلة عمدت الهيئة العامة على إقامة دعوى تحكيم ضد هيلانان أمام هيئة تحكيم مكونة وفق شرط التحكيم الوارد في عقد الإدارة، وقد اتفق الطرفان على أن تقوم هيئة التحكيم هذه بحل النزاع وفقا لقواعد العدالة وصدر قرار تحكيم القاهرة ليقضي بإنهاء عقد الإدارة لاستحالة التنفيذ مع دفع تعويض لشركة هيلانان مقداره اثنا عشر مليون ونصف المليون جنيها مصريا ووصف هذا التعويض بأنه تسديد للديون المترتبة على تنفيذ التزامات عقد الإدارة.

وخلال الإجراءات القضائية أمام المحاكم المصرية عمدت هيلانان إلى إقامة دعوى ضد مصر أمام أكسيد في 2005/03/08 أي بعد 3 أشهر .

<sup>1</sup> - مجلة التحكيم ، مرجع سابق ، ص 770.

## الفصل الثاني: حالة تطبيقية حول الاجتهادات العربية و الدولية للتحكيم و فعاليتها

بدأت هيئة التحكيم بأن خصصت تسع فقرات من (100 إلى 100) لتأكيد اختصاصها في نظر النزاع وتحديد القانون الواجب التطبيق ، قبل أن تبحث في دفع الطرف المدعي عليه وطلبات الطرف المدعي لتصدر حكمها في نهاية المطاف وقد أكدت اختصاصها في نظر النزاع وحددت إطار قانون واجب التطبيق عليه كالتالي :

أما من حيث الإختصاص فإن الوقائع كما قدمها الطرف المدعي يجب قبولها كمبدأ عام حتى قبل فحصها من هيئة التحكيم طالما أن تلك الوقائع تبدوا ممكنة في ضوء مرافعات الطرفين والحكم بالاختصاص بناء على كل ذلك .

وفيما يتعلق بالموضوع فإن هيئة التحكيم ستبحث فيما إذا كان هناك خرق للمعاهدة بدعية الطرف المدعي، ونظرا لوجود تحكيم محلي فإن هيئة التحكيم ستأخذ بعين الاعتبار القانون المحلي فيما يتعلق بتطبيق وتفسير ذلك القانون.

الأسباب والحكم فمن حيث الإختصاص : اعتمدت هيئة التحكيم في رفض الدفع الذي تقدمت به مصر بعدم الإختصاص على أساس أن الميثاق قد أعطاه في المادة : 1141 الحق في تحديد اختصاصها وبأن المعاهدة الثنائية بين الدانمارك ومصر تعتبر قبولاً خطياً من مصر باختصاص هيئة التحكيم في رأينا أن هذا التفسير مجحف من وجهين :  
الأول: أن اختصاص هيئة التحكيم استثناء من الأصل وهو اختصاص قضاء الدولة والاستثناء يجب تفسيره تفسيراً ضيقاً.

ثانياً : أن هيئة التحكيم اعتمدت على المعاهدة دون أن ترجع إلى نص المعاهدة ومنطوقها.  
ومن حيث تحديد القانون واجب التطبيق على النزاع : كرست هيئة التحكيم السوابق التي ابتدعتها سابقاتها فأعلنت أن القانون واجب التطبيق على النزاع يكمن في المعاهدة الثنائية وأن من الصعوبة بمكان أن تنتقل أن مجرد توقيع مصر على معاهدة ثنائية مع الدانمارك يقضي بالضرورة إخضاع جميع المنازعات المتعلقة باستثمار مواطنين دانماركيين إلى تحكيم أكسيد ويجعل مصر ملزمة مقدماً وبدون أي قيد أو شرط بقبول اختصاص تحكيم أكسيد في

## الفصل الثاني: حالة تطبيقية حول الاجتهادات العربية و الدولية للتحكيم و فعاليتها

نزاع لم ينشأ بعد بل تعتبر هذا الإلزام بمثابة قبول خطي لهذا التحكيم ، كل ذلك بالرغم من وجود شرط تحكيم خاص أو مؤسسي كشرط عقد الاستثمار .

إن هيئة التحكيم تتوسع في تطبيق السوابق، بل وتعتمد في نطاق في غاية الخطورة على آراء وأدبيات قانونية صادرة عن أشخاص أو جمعيات مهنية في اعتقادنا أن ذلك مخالف للشروط المتبعة في تكوين السوابق القضائية.

وهو الأهم فهو استعمال تعبير "القانون الدولي" بدون تحديد ما إذا كان عاما أم خاصا وفي اعتقادنا أن تجاهل هذا التحديد واستبعاده كليا حسب علمنا في قرارات التحكيم الصادرة عن أكسيد هو ما تعاني منه دول العالم الثالث .

لقد وجدت هذه الدول نفسها مجبرة على توقيع الميثاق للحصول على قروض البنك الدولي للإنشاء والتعمير التي تصرفها على عقود توقع مع شركات جنسيات معينة وتوقع الدولة مع دولها معاهدات ثنائية لحماية الاستثمارات وتبرم في ظل هذه الظروف عقودا بشروط قد لا تكون الدولة المتعاقدة حرة في اختيارها وتكون النتيجة المثل القسري أمام محكمة تحكيم منبثقة من نظام "أكسيد" <sup>1</sup>.

### المطلب الثالث : قضية تراس - غلوبال بتروليوم ضد المملكة الأردنية الهاشمية.

المدعية : هي شركة أمريكية تأسست وفقا لقوانين ولاية تكساس ولايات المتحدة الأمريكية أي ( TBPG ) - تران - غلوبال بتروليوم - والأردن هي فرع للمدعية تأسس وفقا لقانون "فروجن إيرلندي" من أجل تنفيذ استثمار المدعية في الأراضي الوطنية للمملكة الأردنية الهاشمية.

المدعى عليها : المملكة الأردنية الهاشمية

الوقائع : نشأ نزاع عن استثمار المدعية بقيمة 29 مليون دولار أمريكي في مشروع تنقيب البترول على الأراضي الأردنية التي كشف لأول مرة عن عدد من المناطق المغلة " Paye

<sup>1</sup> - مجلة التحكيم ، مرجع سابق ، ص 780.

## الفصل الثاني: حالة تطبيقية حول الاجتهادات العربية و الدولية للتحكيم و فعاليتها

Zones" التي أكدت تقنيا وجود رواسب نفطية في البحر الميت وحوض وادي عرابة في منطقة الاستكشاف.

نفذت المدعية أعمال التنقيب في المنطقة المحددة لفترة عشر سنوات وفقا لعقد خطي موقع في ما بين TGPJ الصريح بالمشاركة وفقا لـ : بصفتها "المقاول" و "NRA" أي عقد المشاركة في الإنتاج في أبريل 1996 (PSA) هذا العقد "PSA" مصادق عليه من قبل البرلمان الأردني

نفذت المدعية أعمال تنقيب في المنطقة المحددة لفترة عشر سنوات وفقا للعقد خطي موقع ما بين TG PJ بصفتها المقاول و "NRA" أي عقد المشاركة في الإنتاج في أبريل 1996 PSA هذا العقد PSA مصادق عليه من قبل البرلمان الأردني في 17 أبريل 1997 بموجب قانون خاص 3/93<sup>1</sup>

عندما أكدت المدعية للمدعي عليه اكتشافها للمنطقة المفلسة بدأت المدعية عليها تشن حملة لتدمير استثمار المدعية عليها من خلال منعها من متابعة أي نشاط في تطوير رواسب النفطية بالرغم من حق TGPJ الصريح بالمشاركة وفقا لقانون PSA أخيرا صرفت المدعية عليها المشغل وفقا لقانون PSA وأجبرتها على التنازل عن 80 % من حصتها في لقانون PSA الى POROSITY وهي شركة مملوكة من شيخ أيمن حريري لبناني .

بعد هذا التنازل الجبري تراجعت مدعمة عليها عن إعفاء TG PJ تعاقديا من الرسوم الجمركية وأخرجت عمالها من الأردن ورفضت التواصل فيما يتعلق بالجزء المتبقي من المتبقي من الاستثمار في PSA

بموجب طلب التحكيم تطالب المدعية إصدار قرار بأن المدعى عليها خالفت المادة 11 و 7111 من الاتفاقية بين الحكومة الولايات المتحدة الأمريكية وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية حول تشجيع وتبادل حماية الاستثمار الموقعة في عمان الثاني من يوليو 1997 وسارية

<sup>1</sup>مجلة التحكيم ، المرجع السابق، ص 786.

## الفصل الثاني: حالة تطبيقية حول الاجتهادات العربية و الدولية للتحكيم و فعاليتها

المفعول منذ 13 يوليو 2003 بأنه من جراء مخالفة المواد المذكورة أعلاه أجبرت أن تشارك في استغلال هذه المستودعات وشنت حملة إخراج TGPJ من PSA لصالح شركة غير أمريكية.

فتدعي المدعية بأن دافع المدعى عليها التمييزي ظهر في تصريح سابق صادر عن وزير الطاقة في 10 أغسطس 2004 في وسائل الإعلام أنا أعارض التمديد الثاني الذي منحه الحكومة إلى شركة تراس -غلوبال- بسبب عدم كفاية أدائها وكونها مفلسة وكونها غير متفرغة من شركة دولية لها جذور في العالم.

وباشرت المدعى عليها بذلك بعد أن اكتشفت TGPJ مستودعات بتزول مما أدى الى زيادة قيمة الاستثمار.<sup>1</sup>

ف نجد أنه طرفان على تغيير وتطبيق قاعدة 15-41 من قواعد التحكيم الى الأكسيد وكانت هذه المرة الأولى التي تواجه فيها محكمة الأكسيد اعتراض يتعلق بهذه القاعدة: فلتنص المادة 15-41 من قواعد تحكيم الأكسيد على ما يلي:

(1) ما لم يتفق الأطراف على الإجراء معجل آخر لتقديم اعتراضات أولية يمكن لأي الطرف خلال مهلة لا تتعدى 30 يوما بعد تشكيل المحكمة وفي جميع الأحوال قبل الجلسة الأولى للمحكمة، أن يقدم اعتراضا بأن الادعاء خال من أساس قانوني يشكل فاضح.

(2) يجب على الطرف أن يحدد بقدر الإمكان الأساس الذي يبني عليه الاعتراض.

(3) يجب على المحكمة بعد الإتاحة للأطراف الفرصة لتقديم ملاحظاتهم على الاعتراض أن تبلغ الأطراف قرارها بشأن الاعتراض في جلستها الأولى أو فورا بعد ذلك.

ف نجد أن موقف المدعية بأن جملة تشمل فقط الادعاءات التافهة بشكل واضح والمقدمة سوء النية وبهدف إخراج أو إغاضة المدعية عليها وأنه لا يمكن تفسير القاعدة 15-41 بأنها تساوي دفعا تحوطيا وفق القوانين الإجراءات الوطنية التي تتطلب من المدعي أن يثبت دعوى ظاهرة الواجهة في طلب التحكيم وتدلي المدعية أيضا.

<sup>1</sup> - مجلة التحكيم، مرجع سابق، ص 798.

## الفصل الثاني: حالة تطبيقية حول الاجتهادات العربية و الدولية للتحكيم و فعاليتها

بأن هذه القاعدة منصوصة بحذر كي تفرض عبئا ثقيلا على الدول التي تحاول المنازعة في الأساس القانوني لنزاع استثمار في مرحلة الادعاء.

أما موقف المدعى عليها بأنه على المحكمة ان تتبنى مقاربة ذات وجهين.

أن تقبل الوقائع المتذعر بها من المدعية في طلب التحكيم على قدر ما تكون هذه الوقائع جديرة ظاهريا بالتصديق بشكل كاف.

وأن تحدد إذا كانت هذه الوقائع تشكل مخالفة لأي من المواد المذكورة وفقا لادعاءات المدعية.

فيما يتعلق بعبارة شكل فاضح تفرض المحكمة أن يكون الاعتراض المدعى عليها ملائما لمفهوم الصفاء، اليقين والوضوح وفق ما هو مناقش أعلاه.

وفيما يتعلق بعبارة خالية من الأساس القانوني "تحليل المحكمة إلى اللائحة الأولية المقدمة من المدعى عليها المشار إليها أعتلاه.<sup>1</sup>

وفي تطبيق القاعدة 15-41 تعتبر المحكمة بأنه بالنسبة إلى الوقائع المتنازع عليها والمتعلقة بالأساس القانوني لادعاء المدعية، لا يمكن للمحكمة أن تقبل ظاهريا أي إدلاء واقعي تراه بشكل فاضح غير معقول تافه مغيب أو غير صحيح أو مثار عن سوء نية، ولا يمكن أن تقبل إدلاء قانونيا بمظهر الإدلاء الواقعي إلا أن المحكمة لا تعتبر أنه في تطبيق المادة 15-41 على الحالة الخاصة يجب عليها أن تقدر مصداقية أو جدارة إدلاء واقعي بالتصديق متنازع عليه أخيرا تعتبر المحكمة أنه يجب طبعا تطبيق العبارتين، فالقاعدة أنه لا يجوز منح المدعي الحماية القضائية التي يطلبها إلا إذا كان صاحب حق أو مركز يحميه القانون، ذلك أنه حيث لا حق لا دعوى ويقضي البحث في توافر الحق لدى المدعي النظر أولا في وجود قاعدة قانونية تحمي مصلحة من النوع الذي يتمسك به أي البحث فيما إذا كانت هناك حماية قانونية يمكن منحها للمركز الواقعي الذي يتمسك به المدعي، وهذه المسألة يمكن للمحكمة أن تنظر فيها دون بحث ثبوت الوقائع التي يتمسك به المدعي، أو بحث انطباق القاعدة القانونية المجردة على

<sup>1</sup> - مجلة التحكيم، مرجع سابق، ص 804

## الفصل الثاني: حالة تطبيقية حول الاجتهادات العربية و الدولية للتحكيم و فعاليتها

هذه الوقائع فالمحكمة تبحث عن توفر الأساس القانوني للدعوى، دون بحث في موضوع الدعوى فإن انتهت المحكمة إلى عدم توافر القاعدة القانونية مجردة من النوع الذي يتمسك به المدعي فإن معنى هذا أن المدعي لا مصلحة له في النظر موضوع الدعوى فتكون دعواه غير مقبولة لانعدام مصلحة له يحميها القانون.

وهذا هو الأساس الذي استند إليه في تقديرنا حكم محكمة الأكسيد في القضية محل التعليق لتفسير المادة 15-41<sup>1</sup>

فما دام النص يتعلق باعتراض المدعى عليها على ادعاء المدعية لخلوه من الأساس القانوني وهو اعتراض يجب تقديمه قبل الجلسة الأولى، ويترتب عليه عدم قبول الادعاء فان هذا الاعتراض يجب أن يكون واضحاً ويكشف بجلاء عن انعدام الأساس القانوني للادعاء وبعبارة أخرى يكشف بشكل واضح جلي عن عدم توافر قاعدة قانونية تحمي المصلحة التي تطلب المدعية حمايتها بدعواها، حتى يمكن للمحكمة أن تحكم في المرحلة الأولى من المحكمة بعدم قبول الادعاء.

<sup>1</sup> - مجلة التحكيم- مرجع سابق ص ص 812-813

في نهاية بحثنا تم التوصل إلى جملة من النتائج و التوصيات و التي يمكن أن نسوغها كما يلي :

### اولا - النتائج:

- 1-التحكيم يتميز بأنه قضاء خاص مصدره في الغالب اتفاق الأطراف المتنازعة و مهمة المحكم كمهمة القاضي و القرار الذي يصدر عن المحكم مثل القرار الذي يصدر عن القاضي.
  - 2-للتحكيم ميزة تختلف عن بقية آليات التسوية تتمثل بوجوده كعقد، شرط أو مشاركة أو اتفاق تحكيمي يتمتع بالقطعية في جميع المسائل المعروضة على هيئة التحكيم، و يضع حل للنزاع بين الأطراف المتخاصمة.
  - 3- المنازعات التجارية بين الأفراد لا تحل دائما بقوة السلطة العامة القضاء ، و إنما هناك طرق أخرى مثل الصلح أو الوساطة أو اللجوء إلى التحكيم التجاري.
  - 4- التحكيم يخضع لرقابة القضاء فإذا صدرت قرارات التحكيم مخالفة للنظام العام في الدولة يمكن الطعن في هذه الأحكام.
  - 5- التحكيم يمس سيادة الدولة حيث تتنازل عن اختصاص قضائها الوطني و تلجأ إلى الفصل في قوانين و قواعد خارجية.
- ### ثانيا - التوصيات:

- 1-التحكيم ينزع سيادة الدولة الخاص بالقضاء حيث تكون علاقة عكسية فكلما ازدهر القضاء و ابتعد عن العدالة و الإجراءات الروتينية المعقدة، يتضاءل دور التحكيم و ضعف ووهن القضاء ازدهر التحكيم
- 2- عمل آلية معينة للخروج من جود النصوص التشريعية و الانسجام بشكل أكبر مع ما هو كل جديد على الصعيد الدولي.

و في الأخير نرى أن التطور الهائل في العلاقات الاقتصادية المبنية أساسا على عقود تجارية عابرة للحدود خلق ما يسمى بتنازع القوانين نظرا لاختلاف التشريعات الوطنية والأحكام والمبادئ السائدة في مختلف الدول ومختلف النزاعات التي تنشأ عن هذه العقود وكذا انعدام وجود القضاء الدولي المختص بالنظر في المنازعات التي تنشأ بين العاملين في التجارة الدولية.

والحديث عن التحكيم في المنازعات التجارية يستلزم منا التطرق أولا لنظام التحكيم بصفة عامة وما يتضمنه من ماهية التحكيم وكذا مختلف المراحل التي يمر بها تحكيم سواء كان شرط تحكيم أو مشاركة التحكيم يختلف عن غيره من المصطلحات الأخرى المشابهة له كخبرة والصلح والقضاء الوطني أما عن طبيعته القانونية فقد اختلفت النظريات حول تحديدها بين من يرى بأنه ذو طبيعة تعاقدية وبين من يرى أنه ذو طبيعة قضائية في حين يذهب آخرون إلى اعتباره ذو طبيعة مختلطة أو مزدوجة.

والتحكيم بكل أنواعه يمر بعدة مراحل تبتدئ بالاتفاق عن التحكيم وتنتهي بصور الحكم التحكيمي وتنفيذه.

هذا وأن الحديث عن التحكيم في المنازعات التجارية يتطلب بيان توضيح فكرة التحكيم في المنازعات التجارية والتي لاستيعابها لا بد من الإشارة إلى مبررات اللجوء إلى التحكيم لدرجة أنه أصبح يمثل القضاء الطبيعي في هذا المجال ويرجع ذلك لما يتمتع به من مزايا ولتمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم باعتباره ضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار.

لذا يستلزم لتحقيق فعالية التحكيم كضمانة لحسم منازعات التجارية تبني العديد من المبادئ القانونية والتي تتمثل في استغلال شرط عن عقد الاستثمار وأيضا اختصاص المحكمين بالفصل في النزاع (مبدأ الإختصاص بالاختصاص) وكذا لتجنب هذه المشاكل والوصول إلى عملية التحكيم فعالة يحجب ضرورة الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية.

# قائمة المراجع

## 1-الكتب:

- أحمد مخلوف اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001 .
- بشار محمد الاسعد، الفعالية الدولية في التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ط1، 2009.
- علاء آباريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008.
- لزهرة بن السعيد ، التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، 30 شارع سوتير ، الاسكندرية ، القاهرة، ط 1، 2010 .
- محمد كولا ، تطور التجاري الدولي في القانون الجزائري ، منشورات بغدادية ، الجزائر ، ط 2008..
- مناني فراح ، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، ط 2010.
- محمد نصر محمد ، الوافي في عقود التجارة الدولية، دار الراية للنشر و التوزيع ، عمان ط 2012.
- .

## 2-المذكرات والرسائل:

- يحيى الجمل ، اختيار محكمين ، بحث مقدم إلى مؤتمر الكويت ، تحكيم تجاري دولي ، مطبوعات و زارة العدل.

## 3مجلات:

- مجلة التحكيم ، العدد الثالث، تموز - يوليو - سنة 2009.

# فهرس المحتويات

| الصفحة | الموضوع                                                    |
|--------|------------------------------------------------------------|
| أ      | إهداء                                                      |
| ب      | شكر وتقدير                                                 |
| 4-1    | مقدمة                                                      |
|        | الفصل الأول: التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية   |
| 7      | المبحث الأول: التحكيم وطبيعته القانونية                    |
| 8      | المطلب الأول: مفهوم التحكيم                                |
| 9      | الفرع الأول: التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي                |
| 10     | الفرع الثاني: التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي              |
| 11     | المطلب الثاني: أنواع التحكيم                               |
| 12     | الفرع الأول: التحكيم الإختياري و التحكيم الإجباري الإلزامي |
| 13     | الفرع الثاني: تميز التحكيم عن الوسائل الأخرى لتسوية نزاعات |
| 15     | المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للتحكيم                   |
| 16     | الفرع الأول: الطبيعة التعاقدية للتحكيم                     |
| 17     | الفرع الثاني: الطبيعة القضائية للتحكيم                     |
| 18     | الفرع الثالث: الطبيعة المختلطة للتحكيم                     |
| 18     | المطلب الرابع: مزايا و مساوئ التحكيم                       |
| 19     | الفرع الأول: مزايا التحكيم                                 |
| 21     | الفرع الثاني: مساوئ التحكيم                                |
| 22     | المبحث الثاني: التنظيم القانوني لإتفاق التحكيم.            |
| 24     | المطلب الأول: أشكال إتفاق التحكيم                          |
| 25     | المطلب الثاني: اتفاق التحكيم و صوره المختلفة               |
| 25     | الفرع الأول: اتفاق التحكيم .                               |
| 27     | الفرع الثاني: صوره اتفاق التحكيم                           |
| 29     | المطلب الثالث: شروط و آثار المترتبة على اتفاق التحكيم      |

|    |                                                                                              |
|----|----------------------------------------------------------------------------------------------|
| 29 | الفرع الأول: الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم                                               |
| 30 | الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم                                            |
| 32 | الفرع الثالث : الآثار المترتبة على اتفاق التحكيم                                             |
| 35 | المبحث الثالث: مبادئ اللازمة لضمان فعالية تحكيم وقانون الواجب التطبيق                        |
| 36 | المطلب الأول : استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي و استئنثار هيئة التحكيم لتسوية النزاع |
| 36 | الفرع الأول : استقلال التحكيم عن العقد الأصلي                                                |
| 39 | الفرع الثاني : استئنثار هيئة التحكيم لتسوية النزاع                                           |
| 40 | المطلب الثاني: تعذر الرجوع عن قبول التحكيم بإرادة المنفردة و ضمان فعالية حكم التحكيمي        |
| 40 | الفرع الأول : تعذر الرجوع عن قبول التحكيم بإرادة المنفردة                                    |
| 43 | الفرع الثاني : ضمان فعالية حكم التحكيمي                                                      |
| 47 | المطلب الثالث :عدم تأثر التحكيم بإجراءات التعطيلية من جانب أحد الأطراف                       |
| 49 | المطلب الرابع : الإختصاص بالإختصاص                                                           |
| 51 | المطلب الخامس : القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع و تصدي هيئة تحكيم له                 |
| 51 | الفرع الأول: تطبيق قانون الإرادة                                                             |
| 53 | الفرع الثاني : تصدي هيئة التحكيم لتطبيق القانون الواجب التطبيق على النزاع                    |
|    | الفصل الثاني: حالة تطبيقية حول الإجتهاادات العربية والدولية لفعالية التحكيم                  |
| 58 | المبحث الأول: الإجتهاادات العربية                                                            |
| 58 | المطلب الأول: الإجتهااد القضائي الجزائري                                                     |
| 61 | المطلب الثاني: الإجتهااد القضائي السعودي                                                     |
| 62 | المطلب الثالث: الإجتهااد القضائي الكويتي                                                     |
| 65 | المبحث الثاني: الإجتهاادات الدولي                                                            |
| 65 | المطلب الأول : المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بين astaldi والجزائر                   |
| 69 | المطلب الثاني : قضية شركة هيلانان الدنماركية و جمهورية مصر العربية                           |

|    |                                                               |
|----|---------------------------------------------------------------|
| 72 | المطلب الثالث : قضية تراس غلوبال بتروليوم ضد المملكة الهاشمية |
| 77 | الخاتمة :                                                     |
| 79 | قائمة المراجع :                                               |
| 80 | الفهرس :                                                      |