

مذكرة بعنوان

العلاقة التكاملية بين القضاء والتحكيم في فضّ منازعات عقود الاستثمار

مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة ماستر أكاديمي في تخصص: قانون الأعمال

إشراف الدكتور:

نزار عبدلي

إعداد الطالبان:

لمياء العرفي

منية بريدشني

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الهيئة المستخدمة	الصفة
مونية العمري زقار	أستاذ مساعد	جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف	رئيسا
نزار عبدلي	أستاذ محاضر	جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف	مشرفا ومقررا
زرزور بن نولي	أستاذ محاضر	جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف	ممتحنا

شكر وتقدير

قال الله عزّ وجلّ: ﴿وقل ربّ أوزعني أن أشكر نعمتك التي انعمت عليّ وعلى والديّ وأن

اعمل صالحاً ترضاه، وادخلي برحمتك في عبادك الصالحين﴾

سورة النمل الآية 19

قبل كل شيء نحمد الله عزّ وجلّ حمدا يليق بجلاله وعظمته الذي أعاننا ووفّقنا في انجاز هذا

العمل

ونتوجه بخالص الشكر والتقدير والعرفان إلى الأستاذ المشرف "عبدلي نزار" على اشرافه لنا،

والذي لم ييخل علينا بنصائحه وتوجيهاته

كما لا يفوتنا أن نتقدم بالشكر والامتنان إلى أعضاء لجنة المناقشة.

والتوجه بالشكر إلى من قدّم لنا يد العون والمساعدة وأسدى لنا معروفا وابدى لنا نصحا خلال

فترة اعداد هذه المذكرة

منية ولمياء

اهداء

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين
نشكر الله أولا وأخيرا على أن وفقنا لتحقيق ما أردنا الوصول إليه
أهدي هذا العمل المتواضع إلى الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما
إلى رفيق دربي زوجي العزيز وعائلته
إلى فلذة كبدي أبنائي الأعزاء "علي" و "ادريس"
إلى كل اخوتي وأخواتي وأبنائهم
إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد ومدّ لي يد العون

ممياء

اهداء

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين أمّا بعد:
أهدي هذا العمل إلى .والدي الكريمين، اللذان كانا عوناً وسنداً لي في الحياة

إلى روح زوجي الطاهرة

إلى أبنائي وقرة عيني: "رانية" ، "أيوب" ، "خليل"

إلى اخوتي وزوجاتهم وبناتهم وكل العائلة الكريمة

إلى من علّمونا ونمّوا فينا حب العلم والعلماء

إلى كل من له حق علينا

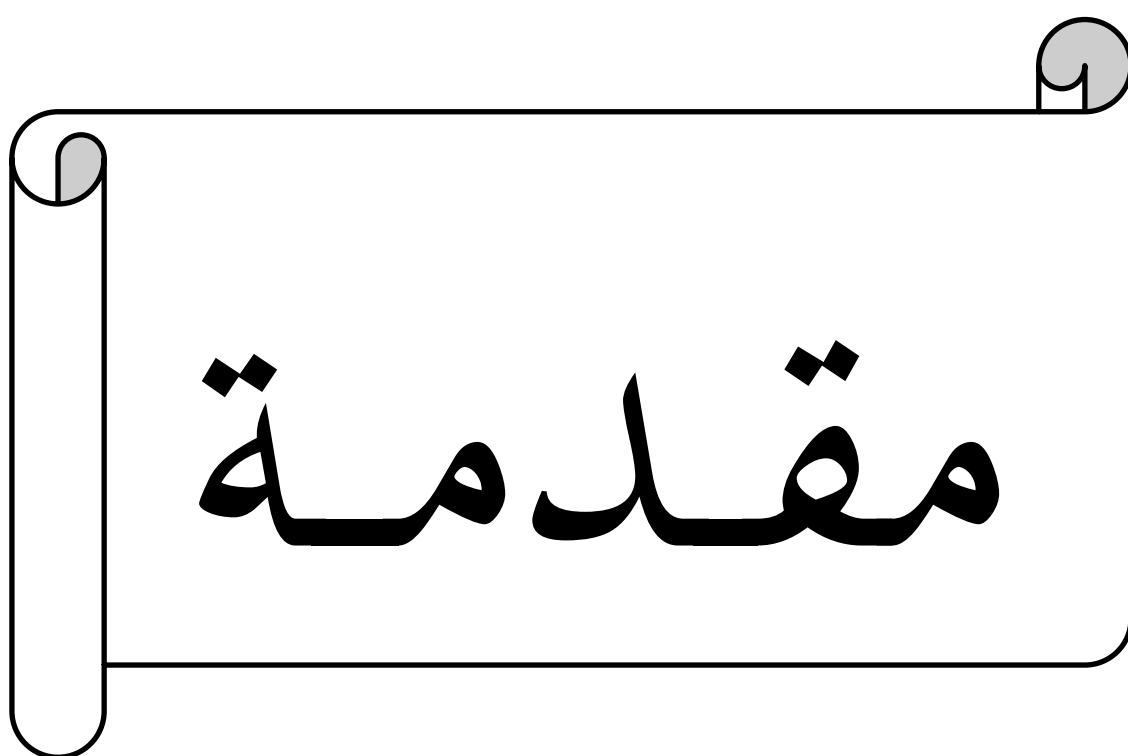
إلى كل هؤلاء، أهديهم هذا العمل المتواضع، سائلين الله عزّ وجلّ أن ينفعنا به ويمدّنا بتوفيقه.

مناسبة

قائمة المختصرات

قائمة المختصرات

ق.إ.م.إ.ج	قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري
ج.ر.ج.ج	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
د.ط	دون طبعة
ط	طبعة
ع	العدد
ص	الصفحة



لقد أصبح الاقتصاد في الوقت الراهن من بين المجالات التي تقاس فيها قوة الدول وتقدم شعوبها، بالنظر لما شهده هذا المجال من تطور كبير بفعل انتشار العولمة وما صاحبها من تقدم في الميدان العلمي والتكنولوجي، مما جعل الدول ومن بينها الجزائر تتنافس من أجل تنفيذ مخططات التنمية الاقتصادية، وذلك بإبرام عقود الاستثمار مع أجناب أشخاص طبيعيين أو معنويين، وذلك لما تحقّقه هذه العقود من زيادة في تدفق رؤوس الأموال من الخارج وبالعملة الصعبة، واكتساب القدرة على توظيف النظم الحديثة في تسيير المشاريع الاقتصادية وتحفيز نشاط التصدير، من خلال توفير وتقديم منتج يتوافق والمعايير المعمول بها في الأسواق الخارجية.

إنّ المتمعن في هذه العقود يجد أنّ المستثمر الأجنبي يطمح دائما لإيجاد الدولة التي تقدم له أفضل فرص لتحقيق الربح، وأكبر قدر من الاطمئنان والأمان على مشروعه الاستثماري، ما دفع الدول إلى خلق مناخ ملائم وآمن لاستقطاب الاستثمار، والذي ترجمته الجزائر بإصدار مختلف القوانين المتعلقة بالاستثمار، ومن خلال مصادقتها على مختلف الاتفاقيات الدولية لا سيما مصادقتها على اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، وكذا اتفاقية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى واللذان تعترفان بالضمانات والمزايا الممنوحة للمستثمر الأجنبي والتي من أهمها الضمانات القضائية، حيث يتم بموجبها التوفيق بين مصالح أطراف العلاقة الاستثمارية، وطرق تسوية النزاعات التي يمكن أن تقع بينهم نتيجة لإخلال أحدهم بنطاق وحدود التزاماته أو حقوقه.

أدت زيادة عقود الاستثمار إلى كثرة المنازعات التي قد تثور بمناسبة تنفيذ أو عدم تنفيذ بنود هذه العقود، والتي تجد مبرراتها في طبيعة هذه العقود التي تبرم بين أشخاص القانون العام وشخص أجنبي خاص مما يصيب عليها الطابع الدولي، خاصة أنّ مسألة تحديد النظام القانوني الذي يحكم هذه العقود يزداد صعوبة وتعقيدا بسبب تعارض المصالح المتعاقدة، إضافة إلى أنّ هذه العقود من عقود المدة التي غالبا ما تكون طويلة أين تنشأ خلالها تغيرات في الظروف سواء المحيطة بالعقد أو في تنفيذه والتي قد تكون سببا في حدوث منازعات بين أطرافه، الأمر الذي يجعل المستثمر الأجنبي يفضل

الفصل فيها بطرق أخرى غير القواعد الموضوعية الخاصة بالحماية التقليدية، أين يعد فيها القضاء الوطني الوسيلة العادية الأولى للفصل في المنازعات عامة ومنازعات عقود الاستثمار خاصة، تطبيقاً لمبدأ سيادة الدولة على اقليمها وكونه سلطة من سلطاتها.

على الرغم ما يوفره القضاء من عدالة ومساواة، إلا أنّ بطء اجراءات التقاضي لا يتناسب مع طبيعة هذه العقود التي تولي اهتمام بالغ لعنصر الوقت هذا من جهة، ومن جهة أخرى عدم إلمام القضاء بالمسائل التقنية المعقدة التي تحتويها هذه العقود، إضافة إلى توجس المستثمر الأجنبي من الوقوف أمام محاكم الدولة وشكوكه في تأثر القاضي وانحيازه إلى مصالح دولته، هذه الأسباب وغيرها أدت بالمستثمر الأجنبي إلى تفضيل التحكيم عن القضاء في فض المنازعات الناشئة عن هذه العقود لما يكتسبه من تناسب مع طبيعة هذه المنازعات، لذا فإنّه لا يخلو عقد من عقود الاستثمار إلاّ وتضمّن شرط اللجوء إلى التحكيم كضمانة مطمئنة للمستثمر، والذي أقرّته معظم الدول وأفردته الجزائر في الكتاب الخامس من الباب الثاني من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية.

إنّ التحكيم ورغم ما يقدمه من مزايا إلاّ أنّه قد يكون عرضة لبعض العوائق والتي تنحرف به عن أداء وظيفته في تحقيق العدالة المنشودة ودعم ثقة المتقاضين خلال سير اجراءاته وصولاً إلى إصدار الحكم التحكيمي، حيث وبالرغم من اتصافه بالصفة الإلزامية إلاّ أنّه يبقى حبراً على ورق لافتقار التحكيم لسلطة الجبر الذي يحتكرها القضاء، وعليه حتى يحقق التحكيم الفعالية المنشودة ويحمي أطراف عقود الاستثمار ويساهم في إرساء قواعد العدالة لا بدّ من تدخل القضاء لإزالة العوائق والصعوبات التي تواجه العملية التحكيمية، وتمكّنها من أداء وظيفتها، فهي توفر لها الحماية القانونية في جانبها الاجرائي تعزيزاً لفعالية التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، فلا قيمة للقواعد التي ترسي العدالة الموضوعية دون القواعد التي تكفل تحقيق العدالة الاجرائية وهو ما يحقق العلاقة التكاملية بين القضاء والتحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار.

أهمية الدراسة:

تكتسي دراسة العلاقة بين القضاء والتحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار أهمية كبرى، إذ من خلالها نستطيع التعرف على مختلف القواعد التي تحكم فض منازعات عقود الاستثمار وإبراز الدور الفعّال الذي يلعبه التحكيم بوصفه قضاء خاصا تلجأ إليه الأطراف المتنازعة لما يوفره لهم من مزايا وضمانات في مجال تنفيذ هذه العقود، كما نتوقف عند الحقيقة التي مفادها أنّ القضاء يتدخل في جميع مراحل التحكيم بدوريه المساعد والرقابي حتى يحقق فاعليته، كما تساعد الدراسة على فهم العلاقة التشاركية بين القضاء والتحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار مع مراعاة مصالح الطرفين.

أهداف الدراسة:

نحاول من خلال هذه الدراسة بلوغ الأهداف التالية:

- تسليط الضوء على المساهمة التي يقدمها القضاء في اضعاف الفاعلية على العملية التحكيمية لفض منازعات عقود الاستثمار للوصول بها إلى العدالة المرجوة والأهداف التي ينشدها المستثمر الأجنبي.
- إبراز تدخل القضاء خلال مراحل التحكيم، وهذا يعد كضمانة اجرائية.
- إبراز العلاقة التشاركية بين النظامين القضائيين، وتفنيد أي علاقة تنافرية أو تنافسية بينهما.

أسباب اختيار الموضوع:

إنّ أي بحث علمي يتضمن مجموعة من الدوافع والأسباب لاختياره، وتنقسم إلى أسباب ذاتية وأخرى موضوعية.

الأسباب الذاتية:

- ✓ الرغبة في معرفة ضوابط واجراءات التحكيم وعلاقتها بالقضاء
- ✓ الخسائر التي تكبدتها الجزائر جراء التحكيم في عقود الاستثمار.

الأسباب الموضوعية:

- ✓ تزايد الاهتمام بالتحكيم من قبل الدولة في عصر العولمة وابرار مميزاته، إذ أصبح يشكل أحد القضايا الحديثة.
- ✓ السعي نحو اظهار مجالات تعاون وتكامل القضاء والتحكيم من أجل فض منازعات عقود الاستثمار.

الاشكالية:

رغم المزايا التي يتمتع بها التحكيم بوصفه قضاء خاصا وتزايد الاهتمام به من طرف المجتمع الدولي، إلا أنه يفتقر لسلطة الجبر ما جعل القضاء يتدخل في العملية التحكيمية حتى تحقق فاعليتها تكريسا لعدالة آمنة ، وهو ما يدفعنا لطرح الاشكالية الآتية: إلى أي مدى يمكن الملائمة بين القضاء والتحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار وكيف يمكن تصنيف العلاقة بينهما؟

تتفرع عن هذه الاشكالية تساؤلات فرعية، يمكن إجمالها فيما يلي:

- ما هي حالات حلول التحكيم محل القضاء في فض منازعات عقود الاستثمار ؟
- ما هي حدود سلطة القضاء في مواجهة التحكيم حتى يحقق هذا الأخير الغاية من وجوده ؟

المنهج المتبع:

من أجل الاجابة على الاشكالية الرئيسية وباقي التساؤلات الفرعية وتحقيقا لأهداف الدراسة اعتمدنا على المنهج التحليلي القائم على تحليل النصوص القانونية ذات العلاقة بموضوع الدراسة، سواء ما تعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري أو أحكام الاتفاقيات الدولية كاتفاقية نيويورك لسنة 1958 أو قواعد اليونسترال، وكذا المنهج المقارن الذي يتطلب الإشارة إلى أنظمة قانونية وطنية مقارنة بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية، من خلال إجراء المقارنة بين القانون الجزائري وما تنص عليه بعض القوانين الأخرى كقانون التحكيم الفرنسي أو ما تتضمنه قواعد التحكيم الدولية.

تقسيم الدراسة:

من أجل الاجابة على الاشكالية وجملة التساؤلات الفرعية ارتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين، تطرقنا في **الفصل الأول** إلى حلول التحكيم محل القضاء في فض منازعات عقود الاستثمار والذي يندرج ضمن مبحثين :

المبحث الأول: الاختصاص الأصيل للقضاء في فض منازعات عقود الاستثمار

المبحث الثاني: منح الاختصاص للتحكيم باعتباره وسيلة بديلة للقضاء في فض منازعات عقود الاستثمار.

في حين خصصنا **الفصل الثاني** إلى مساهمة القضاء في اطفاء الفاعلية على التحكيم لفض منازعات عقود الاستثمار، والذي يندرج إلى مبحثين.

المبحث الأول: الدور المساعد للقضاء في العملية التحكيمية في فض منازعات عقود الاستثمار.

المبحث الثاني: الدور الرقابي للقضاء في العملية التحكيمية في فض منازعات عقود الاستثمار.



الفصل الأول: حلول التحكيم محل القضاء في فضّ منازعات عقود الاستثمار

رغم أسبقية التحكيم عن القضاء في الظهور تاريخياً، كونه أقدم وسيلة لجأ إليها الإنسان لفضّ ما ينشأ بينه وبين أقرانه من نزاعات، إلّا أنّ الاختصاص الأصيل والأوّل في فضّ المنازعات عامة ومنازعات عقود الاستثمار خاصة، يرجع إلى القضاء باعتباره أحد مظاهر سيادة الدولة على إقليمها، الذي تمارس بواسطة العدالة بين أفراد المجتمع سواء أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين.

إنّ القضاء هو الجهاز الأساسي المنوط به تحقيق العدالة، فمن شأنه المحافظة على أركان الأمن الاجتماعي واستقرار المجتمع⁽¹⁾، لكنّ هذا لا يمنع من وجود قصور في هذا الجهاز، لذلك عملت أغلب التشريعات على جوازية اللجوء إلى التحكيم والقول بأنّه قضاء خاص لا ينافس قضاء الدولة بل بديل عنه يترك للمتنازعين حرية اللجوء إليه عوضاً عن القضاء العادي⁽²⁾، وذلك لسببين الأوّل يكمن في اتساع نشاطات الدولة وولوجها عالم الاستثمارات وما نتج عنه من كثرة المعاملات التجارية والاقتصادية، والثاني نظراً لما توفره هذه الوسيلة البديلة من ضمانات وما تتمتع به من ميزات، لذلك اقتضت منا الدراسة تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، حيث سنتناول في المبحث الأول الاختصاص الأصيل للقضاء في فضّ منازعات عقود الاستثمار، أمّا المبحث الثاني فسنتناول منح الاختصاص للتحكيم باعتباره وسيلة بديلة عن القضاء في فضّ منازعات عقود الاستثمار.

¹ - ناصر شحاتة صالح، "العلاقة بين التحكيم والقضاء حدود سلطة القضاء تجاه التحكيم (الدور المساعد والدور الرقابي)"، الطبعة الأولى، شركة تاس للطباعة، القاهرة، 2016، ص16.

² - حسان نوفل، "التحكيم في منازعات عقود الاستثمار"، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، دون سنة نشر، ص17.

المبحث الأول: الاختصاص الأصيل للقضاء في فضّ منازعات عقود الاستثمار

يعد القضاء الجهاز الذي تمارس من خلاله الدولة تحقيق العدالة، فهو الأساس في تسوية المنازعات التي تثور بشأن المعاملات المختلفة لا سيما منازعات عقود الاستثمار، إذ أصبحت المحاكم هي المنوط بها الاضطلاع بهذا الدور الذي لا ينازعها فيه أحد، وكان الخروج عن هذا الاختصاص شطط لصدوره من غير سلطته صاحبة الولاية العامة، وبذلك اعتبر القضاء مظهرًا من مظاهر سيادة الدولة على اقليمها في مواجهة الأفراد داخله ومواجهة الدول خارجه، ويحقق هذا الجهاز الحماية القضائية للمراكز القانونية لما يوفّره من ضمانات قانونية ليس هذا فحسب بل إنّه يضمن لمن صدر الحكم له أي لصالحه الحصول على هذا الحق وممارسة سلطاته عليه⁽¹⁾، ولذلك كانت أولوية اللجوء إلى القضاء هو الأصل في فضّ منازعات عقود الاستثمار، وعلى هذا الأساس تقتضي منّا الدراسة في هذا المبحث التطرّق إلى أعمال مبدأ الاختصاص القضائي للدولة المضيفة للاستثمار (المطلب الأول) ثم قضاء دولة المستثمر أو دولة ثالثة لفضّ منازعات عقود الاستثمار (المطلب الثاني) والقضاء الدولي كآلية لفضّ منازعات عقود الاستثمار (المطلب الثالث).

المطلب الأول: أعمال مبدأ الاختصاص القضائي للدولة المضيفة للاستثمار

تمسّكت أغلب التشريعات بضرورة إخضاع عقود الاستثمار إلى قضائها الوطني قبل إحالته إلى هيئات دولية، توافقا مع مبادئ النظام الاقتصادي الدولي الجديد الذي يكرّس حق الدولة المضيفة للاستثمار إخضاع كل منازعة ناشئة عنه إلى محاكمها وفقا لقوانينها⁽²⁾ ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، فلا يحق للدولة منع الأطراف اللجوء إلى قضائها وإلا كانت أمام جريمة انكار العدالة بموجب العرف الدولي الذي يلزمها بوجوب تأمين العدالة للجميع، وفقا لاتفاقية لاهاي الرابعة

¹ - ناصر شحاتة صالح، المرجع السابق، ص15.

² - شيرزاد حميد هروري، "منازعات الاستثمار بين القضاء والتحكيم"، ط 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2017، ص63.

1907م المادة 23 فقرة 01⁽¹⁾، وقد جسّد شرط كالفو* مبدأ الاختصاص القضائي للدولة المضيفة للاستثمار في المنازعات المتعلقة بالمعاملات الأجنبية، ومن هذا المنطلق علينا التطرّق في هذا المطلب إلى مبررات أعمال الاختصاص القضائي للدولة المضيفة للاستثمار (الفرع الأول) ثم الصعوبات التي تواجه هذا المبدأ (الفرع الثاني) وموقف المشرّع الجزائري من تطبيق هذا المبدأ (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مبررات أعمال مبدأ الاختصاص القضائي للدولة المضيفة للاستثمار

إنّ إعمال مبدأ الاختصاص القضائي للدولة المضيفة للاستثمار يعدّ حق من الحقوق الدستورية التي لا تمس، فهو من النظام العام الداخلي وألوية انعقاد الاختصاص القضائي للدولة المضيفة للاستثمار يجد مبرراته في سيادة الدولة على اقليمها ومواردها وثرواتها الطبيعية وفرض سلطتها داخليا وخارجيا تجسيدا لسياساتها التنموية المتضمنة في برامجها الاقتصادية.

أولا: مبدأ السيادة الوطنية

ارتبطت السيادة ارتباطا وثيقا بالدولة خاصة وأنها العنصر الأساسي والمكوّن المميّز للدولة عن غيرها من الكيانات، على اعتبار أنّها السلطة العليا في الدولة على رعاياها واستقلاليتها عن أيّ سلطة أجنبية، ما ينتج عنه أن تكون للدولة كامل الحرية في تنظيم سلطاتها... ولها كل الحرية في تبادل العلاقات مع غيرها في العمل على أساس من المساواة الكاملة بينهما⁽²⁾، مما يعني أنّ الدولة تمتلك سلطة الولاية العامة على اقليمها ولا تخضع لسلطة خارجية، فاحترام السيادة الإقليمية فيما بين الدول المستقلة يعدّ أساسا جوهريا من أسس العلاقات الدولية.⁽³⁾

وعليه ممّا سبق يمكن استخلاص أنّ للسيادة خصائص تتمثل في:

¹ - رضوان ربيعة، "فضّ منازعات عقود الاستثمار الدولية بين القضاء والتحكيم"، أطروحة دكتوراه في قانون الاستثمار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2020، ص12.

* شرط كالفو هو شرط تدرجه بعض الدول في عقودها مع المستثمرين يتضمن هذا الشرط خضوع المشاريع الأجنبية في منازعاتها إلى قوانين ومحاكم الدول المضيفة للاستثمار وتنازل أصحاب هذه المشروعات عن الحق في طالب الحماية الدبلوماسية من دولها الأصلية.

² - تونسي بن عامر، "قانون المجتمع الدولي المعاصر"، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص91.

³ - هاشمي أعمر، "سيادة الدول النامية في عقود الاستثمار"، رسالة ماجستير في القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2016، ص50.

1- **السيادة حقيقة مجردة:** تختلف السيادة باختلاف الأنظمة السياسية خاصة وأثما وثيقة الارتباط بالدولة، فهي حقيقة مجردة عن الزمان والمكان، تحتل العديد من المفاهيم بحسب الزاوية التي ينظر منها إليها، فعند التطرق للسيادة على أنّها تتمركز في الدولة، يدخل في صميم القانون الدستوري وعند التطرق لها على المستوى الدولي تكون بصدد القانون الدولي، وعلى هذا الأساس فالسيادة مرتبطة بوجود الدولة.⁽¹⁾

2- **السيادة غير قابلة للتجزئة والتنازل:** تتميز السيادة بكونها لا تقبل التجزئة ذلك أنّه لا يمكن أن تكون في الدولة أكثر من سيادة واحدة، وعليه فتوزيع ممارسة الصلاحيات السيادية في الدولة على مختلف السلطات لا يعني تجزئة للسيادة، طالما أنّ هذه السلطات تمارس صلاحياتها باسم الدولة التي تظل واحدة وبالتالي فالسيادة تبقى كذلك واحدة غير قابلة للتجزئة.⁽²⁾

3- **السيادة واحدة ودائمة في الدولة:** معناه أنّه لا توجد في الدولة الواحدة أكثر من سلطة واحدة تمارس سيادة الدولة، فالدول حتى المركبة منها لا يستساغ أن تكون السيادة فيها موزعة بين إدارة محلية وإدارة مركزية⁽³⁾، تتجلى ديمومة السيادة بارتباطها بوجود الدولة، فالسيادة على المستوى الداخلي تعني السلطة العليا داخل الاقليم، تفترض وجود سيادة خارجية التي لا تقبل أية سلطة أخرى، وكذلك فإنّ السيادة الخارجية تفترض وجود سيادة داخلية فدوام السيادة بدوام الدولة.⁽⁴⁾

4- **السيادة سلطة عليا لكنها نسبية:** تعتبر السيادة هي أصل وجوهر ممارسة السلطة في الدولة، فسلطة السيادة ذاتية غير مستمدة من أية سلطة أخرى، فلا تخضع لأيّ سلطة مهما كانت، وتوصف بأنّها عليا كونها لا يمكن لأيّ تنظيم مهما كان أن يعلوها سواء كان على المستوى الداخلي أو على المستوى الخارجي، ممّا يسمح للدولة أن تفرض ارادتها بكل حرية واستقلال.⁽⁵⁾

¹ - هاشمي أعمر، المرجع السابق، ص52.

² - تونسي بن عامر، المرجع السابق، ص91.

³ - رضوان ربيعة، المرجع السابق، ص18 .

⁴ - هاشمي أعمر، المرجع السابق، ص53.

⁵ - حسني بوديار، "الوجيز في القانون الدستوري"، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2003، ص53.

منحت السيادة للدولة ممارسة سلطاتها حفاظا على وجودها واستمرارها، فالدستور وسيلة لتأسيس السلطة في الدولة، وفي الوقت نفسه وسيلة للحدّ من ممارستها، وذلك من خلال توزيعها على السلطات التشريعية والقضائية والتنفيذية، إضافة إلى أنّ الدستور هو تعبير عن ارادة الشعب العامة اضافة إلى أنّ القانون الدولي وضع حدود لاختصاصات الدولة التي تلتزم باحترام التزاماتها الدولية المتضمنة في ميثاق الأمم المتحدة والمعاهدات الدولية والمبادئ المنبثقة عن القانون الدولي⁽¹⁾، ورغم نسبية السيادة في عصر الدولة الحديثة، فلا يمنعها من أن تترتب عليها نتائج قانونية.

ثانيا: النتائج القانونية المترتبة على مبدأ السيادة

يترتب على تمتّع الدولة بالسيادة نتائج قانونية هامة تتمثل في مشروعية ممارسة الدول لاختصاصاتها، واكتساب الدولة الشخصية القانونية وتمنع الدولة بالحصانات.

1- مشروعية ممارسة الدول لاختصاصاتها

تجسّد سيادة الدولة وتفرض وجودها الفعلي من خلال نوعين من الاختصاصات هما الاختصاص الاقليمي، الاختصاص الشخصي.

أ- **الاختصاص الاقليمي**: يظهر الاختصاص الاقليمي للدولة من خلال مظهرين، الأول يتمثل في ممارسة الدولة داخل اقليمها جميع سلطاتها كونها صاحبة الولاية العامة أمّا الثاني يتمثل في الطابع الحصري للاختصاص الاقليمي للدولة وجود مجال محفوظ من الاختصاصات، تعود ممارستها للدولة، حيث اعتبر معهد القانون الدولي في دورته المعتمدة 1954 أنّ المجال المحفوظ للدولة هو النشاط الذي لم تقيّد فيه الدولة اختصاصاتها فيه بموجب القانون الدولي.⁽²⁾

ب- **الاختصاص الشخصي**: يتمثل الاختصاص الشخصي للدولة في وجود رابطة قانونية بين الدولة والشخص الذي ينتمي إليها والمتمثلة في رابطة الجنسية التي عن طريقها تتمكّن الدولة من ممارسة سلطاتها على الشخص بغضّ النظر عن تواجده داخل اقليم دولة أخرى.

¹ - هاشمي أعر، المرجع السابق، ص52.

² - المرجع نفسه، ص57.

2- اكتساب الدولة الشخصية الدولية

يترتب على السيادة احتفاظ الدولة بشخصيتها القانونية في مواجهة مثلتها في السيادة⁽¹⁾، خاصة وأنّ الشخصية المعنوية للدولة تتمثل في الوجود على المستوى الدولي والاستمرارية، فتصبح الدول متساوية قانوناً في الحقوق والواجبات التي تتمتع بها مهما كان الاختلاف بين الدول من الناحية الاقتصادية والجغرافية أو القوة العسكرية⁽²⁾، كما ينتج عن تمتّع الدولة بالشخصية الدولية اكتسابها الأهلية القانونية الدولية وفي امكانية التصرف قانونياً في اطار العلاقات الدولية.

3- تمتّع الدولة بالحصانات

تعتبر الحصانات قبل كل شيء اعتراف بسيادة الدولة، ونابعة منها بشكل مباشر ما يترتب عنه عدم امكانية خضوعها لأيّ سلطة في مجال العلاقات الدولية، تتمثل الحصانات التي تتمتع بها الدول في نوعين من الحصانات، حصانة قضائية، وحصانة تنفيذية، فيما يتعلق بالتنفيذ ضد أملاكها الواقعة خارج اقليمها أي في اقليم دولة أخرى، حيث أنّ هذه الحصانة معترف بها بموجب القانون الدولي، غير أنّه يتعيّن عدم اعتبار الحصانة التنفيذية نتيجة للحصانة القضائية، فالحصانة التنفيذية للدولة يتم الاعتراف بها أكثر من الحصانة القضائية ذلك أنّ التنفيذ ضد الدولة مساس بسيادتها.⁽³⁾

الفرع الثاني: الصعوبات التي تواجه تطبيق مبدأ الاختصاص القضائي للدولة المضيفة

رغم أن القرار رقم (29/3281) الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها التاسعة والعشرين الخاص بالحقوق والواجبات الاقتصادية للدول الأعضاء، قد منح اختصاصات واسعة للدولة المضيفة للاستثمار إلا أنّ أعمال مبدأ الاختصاص القضائي للدولة المضيفة يواجه سلبيات أهمها:

أولاً: عدم قدرة القضاء الوطني في الفصل في منازعات عقود الاستثمار

تظهر عدم قدرة القضاء الوطني في الفصل في منازعات عقود الاستثمار، من خلال افتقار المحاكم الوطنية إلى الخبرة الفنيّة اللازمة لتسوية تلك المنازعات، خاصة الدعاوى المعقدة التي ترتبط

¹ - تونسي بن عامر، المرجع السابق، ص 95.

² - محسن أفكيرين، "القانون الدولي العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 349.

³ - هاشمي أعمار، المرجع السابق، ص 60.

بعقود استغلال الثروات الطبيعية وعقود نقل التكنولوجيا مما يؤدي إلى عدم الوصول إلى تسوية مرضية للدعوى⁽¹⁾، خاصة وأنّ بعض النظم القضائية تعرف نظام تخصص القضاء في فرع أو أكثر من فروع القضاء المدني أو التجاري أو الجنائي، إلّا أنّ هذا التخصص موصوف من ناحية ونظري من ناحية أخرى، موصوف لأنّه يقتصر على القضاة فقط الذين تتوفر فيهم شروط تولّي القضاء، وأهمها الحصول على مؤهل علمي في القانون من إحدى كليات الحقوق المعترف بها، ونظري من ناحية الواقع العملي أنّ من يتولى القضاء التجاري في عام قضائي قد يتركه في العام التالي إلى قضاء العمال الاجتماعي أو الضرائب⁽²⁾

من أهم لبنات بناء القضاء الوطني إيجاد القضاة المتخصصين سيما في مجال المنازعات التجارية بحيث يكون القضاء التجاري متخصصا على درجة من التطور والمهنية منفتحا على المحيط الخارجي، ملماً بالتجارب القضائية وعلى دراية بقوانين التجارة والاستثمار في الدول الأخرى، وأحكام القضاء المقارن وما تجود به الاجتهادات الفقهية وما تتناوله الاتفاقيات الدولية حتى يتلاءم مع أساليب ونظم الحياة الاقتصادية الحديثة من خلال انشاء محاكم متخصصة.⁽³⁾

ثانيا: عزوف المستثمر الأجنبي عن اللجوء للقضاء الوطني

يحجم المستثمر الأجنبي عن أعمال مبدأ الاختصاص القضائي للدولة المضيفة للاستثمار نتيجة العديد من الصعوبات الذي يمكن أن تواجهه عند اللجوء لهذه المحاكم لتسوية النزاع المتعلق بعقود الاستثمار، والتي نوجزها فيما يلي:

1- اصطدام المستثمر بمبدأ حصانة الدولة ضد التقاضي، فقد تكون الهيئات الداخلية في الدولة المضيفة ممنوعة من التعرّض لتصرفات الدولة⁽⁴⁾، فيكون القاضي ملزما بتطبيق أحكام قانون دولته.

¹ - شيرزاد حميد هروري، المرجع السابق، ص 77.

² - ناصر شحاتة صالح، المرجع السابق، ص 57.

³ - فرج أحمد معروف، "دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار"، المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، الدوحة، 24-26/03/2013. المتواجد على الرابط: https://raqaba-ly.com/?studies_researches اطلع عليه بتاريخ: 2021/04/10 على الساعة 14:00.

⁴ - شيرزاد حميد هروري، المرجع السابق، ص 77.

- 2- تأثر القاضي الوطني بالتيارات الفكرية والسياسية والاجتماعية السائدة في دولته، ما تؤثر هي الأخرى على حالته النفسية التي تتجه نحو المصالح القومية والوطنية وتأخذها بعين الاعتبار.⁽¹⁾
- 3- الاختلاف في المركز القانوني لأطراف المنازعة، وذلك باعتبار بأنّ أحدهما دولة ذات سيادة والآخر شخص "خاص" أجنبي (المستثمر)، ولا ريب أنّ هذا الاختلاف في المركز القانوني بين طرفي النزاع يؤدي إلى صعوبة تحقيق المساواة كاملة بينهما أمام محاكم الدولة المضيفة، الأمر الذي يؤدي إلى عدم حصول المستثمر على اجراءات تقاضي عادلة، ومع ذلك فقد يصعب على المحاكم الداخلية في الدولة المضيفة تقديم ضمانات كافية لطمأنة المستثمر الأجنبي نتيجة دعواه.⁽²⁾
- 4- هناك مبدأ استقرّ عليه القانون في العصر الإسلامي ألا وهو: "لا يجوز للقاضي أن يقضي لنفسه"، ما يعني أنّه لا يجوز أن تكون الدولة المضيفة للاستثمار طرفاً في النزاع وفي نفس الوقت قاضية لنفسها.
- 5- عدم ملائمة منهجية تنازع القوانين للعلاقات التجارية الدولية وكذلك الاستثمار الأجنبي، نظراً لأنّها تعتمد على قواعد قانونية معدّة أساساً للعلاقات الوطنية الداخلية.⁽³⁾
- 6- ملاحظة عملية الاستثمار وضياع الوقت، خاصة وأنّ عنصر الزمن والوقت هام في عملية الاستثمار، فالمستثمر الأجنبي يسعى دائماً لربح الوقت.
- 7- بطء الاجراءات: وذلك بسبب تعدد درجات التقاضي من محاكم ابتدائية إلى محاكم استئناف إلى محكمة عليا، وهذا البطء لا يتناسب مع طبيعة القضايا الاستثمارية التي تتطلب السرعة في فضّ النزاع، مما يؤثر سلباً على الطرفين من ناحية ضياع الوقت، حيث يؤدي إلى تفاقم الابتزاز والخسائر المالية للمستثمر.⁽⁴⁾

¹ - شيرزاد حميد هروري، المرجع السابق، ص75.

² - المرجع نفسه، ص72.

³ - رضوان ربيعة، المرجع السابق، ص23.

⁴ - شيرزاد حميد هروري، المرجع السابق، ص76.

8- توجّس المستثمر الأجنبي من القضاء الوطني، كونه يجهل قانون الدولة المضيفة ويشكّ في قدرة محاكمها في فصل النزاع.

9- عند صدور حكم من القضاء لصالح المستثمر الأجنبي، فإنّه يعجز عن تنفيذه ذلك أنّ التشريعات الوطنية المقارنة تقرّ بعدم التنفيذ الجبري على الأموال العامة.⁽¹⁾

الفرع الثالث: موقف المشرّع الجزائري من تطبيق هذا المبدأ

يظهر موقف المشرّع الجزائري من تطبيق مبدأ الاختصاص القضائي للدولة المضيفة للاستثمار من خلال سنّه لنصوص قانونية في التشريع الجزائري، هذا من جهة ومن جهة أخرى من خلال مصادقة الجزائر على العديد من الاتفاقيات الدولية.

أولاً: نصوص التشريع الداخلية

نصّ القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار⁽²⁾، في المادة 24 منه على « يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر أو يكون بسبب اجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة اقليمياً، إلّا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينصّ على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص ».

يتبين من نص المادة السالفة الذكر أنّ المشرّع الجزائري منح للقضاء الوطني الأولوية في تسوية نزاعات الاستثمار باعتباره هو الأصل، ما لم توجد اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الجزائر أو اتفاق خاص مع المستثمر يقضي بوسيلة أخرى، وقد حدّد بوضوح الاختصاص الذي يؤوّل إلى الجهات القضائية الجزائرية المختصة اقليمياً وهي الجهات التي ينفذ في دائرة اختصاصها الاستثمار

¹ - شيرزاد حميد هروري، المرجع السابق، ص76.

² - قانون رقم 09-16 مؤرخ في 03 أغسطس 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.ج.ج، عدد 46، الصادرة بتاريخ، 03 أغسطس 2016.

خلافا للقانون 12/93 في المادة 17 والأمر 03/01 المتعلق بالاستثمار في مادته 41، الملمغين بموجب القانون 09/16 الذي لم يحدّد بوضوح الجهات القضائية المختصة ممّا جعلها محل "لبس" وتأويلات حول ما إذا كانت تؤوّل إلى المحاكم الجزائرية أو المحاكم الأجنبية.

لقد منح المشرّع الجزائري هذا الاختصاص للجهات القضائية الجزائرية تطبيقا لمبدأ سيادة الدولة على الأشخاص والأموال الموجودة في إقليمها فما دام النزاع نشب داخل حدود الدولة فإنّ اختصاص النظر فيه ينعقد للقضاء الوطني ما لم يوجد اتفاق خاص يقضي بخلاف ذلك⁽¹⁾، وبالتالي فإنّ تسوية هذه المنازعات يكون حسب قانون الاجراءات المدنية والادارية 09/08 لا سيما المادة 41 منه ويفصل في الموضوع على أساس القانون الوطني بما فيه قواعد التنازع.

ثانيا: الاتفاقيات التي صادقت عليها الجزائر

أبرمت الجزائر عدة اتفاقيات دولية مع الدول في اطار الحماية والترقية المتبادلة للاستثمار والتي نصّت على خضوع المنازعات المتعلقة بالاستثمار لاختصاص المحاكم الوطنية، حيث نصّت اتفاقية واشنطن لسنة 1965 في فقرتها الثالثة من المقدمة بقولها: « وإذ تعترف بأنّه إذا كانت هذه المنازعات يجب كقاعدة عامة أن تطرح على القضاء الداخلي، فإنّ الالتجاء إلى طرق التسوية الدولية في شأن هذه المنازعات يمكن أن يكون مناسبا في بعض الأحيان ». ⁽²⁾

فيما يخص الاتفاقيات المتعددة الأطراف فقد نصّت الاتفاقية الخاصة باستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية الصادرة بتاريخ 26 نوفمبر 1980، على اختصاص القضاء الوطني في المادة 31 من الاتفاقية⁽³⁾، وفي اطار الاتفاقيات الثنائية ذكر منها على سبيل المثال لا الحصر الاتفاق

¹ - شمامة فينيسي، "منازعات الاستثمار الأجنبي في الجزائر بين القضاء الوطني والتحكيم التجاري الدولي"، مجلة صوت القانون، المجلد السادس، عدد 2، الجزائر، نوفمبر 2019، ص 1265.

² - المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30/10/1995 يتضمن المصادقة على اتفاقية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج.ر.ج.ج، عدد 66، الصادرة بتاريخ 1995/11/05.

³ - المرسوم الرئاسي رقم 95-306 المؤرخ في 07/10/1995 يتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، ج.ر.ج.ج، عدد 59، الصادرة بتاريخ 1995/10/11.

الإيطالي الجزائري⁽¹⁾ الموقع بالجزائر في 18 ماي 1991م في مادته الثامنة فقرة 02 على أنه: « إذا لم يسوّى الخلاف بتراضي الطرفين يرفع النزاع إلى جهات التقاضي المختصة في الدولة التي يتم الاستثمار على اقليمها ».

المطلب الثاني: قضاء دولة المستثمر أو دولة ثالثة كآلية لفضّ منازعات عقود الاستثمار

يمكن للأطراف الاتفاق على اللجوء إلى محاكم دولة المستثمر أو محاكم دولة ثالثة خاصة أنّ بعض التشريعات أجازت للخصوم مكنة الخضوع الاتفاقي للمحاكم، والمتصوّر من الناحية النظرية اتفاق طرفي العقد على اختصاص دولة المانح أو محاكم دولة المتلقي أو حتى محاكم دولة ثالثة، لكن اللجوء إلى محاكم دولة المستثمر أو محاكم دولة ثالثة يصطدم بمبدأ هام من مبادئ الدولة، وهو مبدأ الحصانة القضائية، هذا من جهة ومن جهة أخرى يتضمن في معناه تنازل الدولة عن حصانتها القضائية، لذلك سنتطرق في هذا المطلب إلى مبدأ الحصانة القضائية (الفرع الأول) ثم التنازل عن الحصانة القضائية (الفرع الثاني) ومعيّار التنازل عن الحصانة القضائية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مبدأ الحصانة القضائية

أصبح من المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام أنّ الدولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة القضاء الوطني للدول الأخرى، فطبقا للحصانة القضائية المطلقة فإنّه لا يجوز منح الاختصاص لأيّ قضاء آخر سواء كان قضاء رسمي أو تحكيمي للنظر في مثل هذه المنازعات⁽²⁾، ثمّ استبعدت الأنشطة التجارية التي تمارسها الدول من نطاق الحصانة المطلقة المستقرة للدولة فأصبحت الحصانة القضائية مقيدة.

¹ - المرسوم الرئاسي رقم 91-346 المؤرخ في 1991/10/05 يتضمن الاتفاق يتضمن بين حكومة الجزائر وحكومة إيطاليا، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، ج.ر.ج.ج، عدد 46، الصادرة بتاريخ 1991/10/06.

² - شيرزاد حميد هروزي، المرجع السابق، ص88.

أولاً: الحصانة القضائية المطلقة

ذهب رأي من الفقه إلى القول بأنّه يحق للدولة أن تدفع بحصانتها أمام قضاء الدول الأخرى في جميع الأحوال سواء تعلّق النزاع بنشاطها كشخص دولي ذا سيادة أو كان النزاع على العكس ذي طبيعة خاصة، كما لو تعلّق بنشاطه التجاري كفرد عادي⁽¹⁾، معنى ذلك أنّ الدولة لا تخضع إلّا للقانون الدولي وبالتالي فإنّ منازعاتها مع الأفراد لا تخضع لقضاء دولة أخرى مهما كان نوع الفعل الذي قامت به الدولة سيادي أو تجاري.

لقد عمل القضاء الانجليزي بهذه النظرية منذ 1880م في قضية "Parlement Belge" التي كان موضوعها سفينة مملوكة لملك بلجيكا وتعمل في مجال البريد البحري (حمل الرسائل بين مدينتي Dover و Ostende)، نشأت دعوى بسبب أضرار أحدثتها السفينة بزورق في ميناء "دوفر" فطالب المدّعون بالتعويض عن هذه الأضرار، لكن المحكمة البريطانية وجدت أنّ استعمال السفينة لأغراض تجارية جزئياً لا يمحو الحصانة القضائية للدولة⁽²⁾، لكن كان للاتفاقية الأوروبية الحصانة القضائية للدول الأجنبية لسنة 1972 دوراً هاماً في تطور القضاء في معظم دول العالم ووضع تحفظاً هاماً على مبدأ الحصانة القضائية للدول الأجنبية، فلم تعد الدول الأجنبية تتمتع بهذه الحصانة إزاء المنازعات التي تتعلق بنشاطها التجاري ونتيجة لهذه الاتفاقية قيّدت الحصانة القضائية.

ثانياً: الحصانة القضائية المقيدة

سعى أغلب الفقهاء إلى تقييد الحصانة القضائية وذلك نتيجة للتطورات الحاصلة على مستوى العلاقات الاقتصادية الدولية وتدخل الدولة في جميع المجالات الخاصة والقيام باتساع أنشطتها التجارية والاقتصادية، ومنذ ذلك الحين بدأت التفرقة بين أعمال الدولة السيادية أو العامة التي تتمتع بالحصانة وأعمال الدولة التجارية الخاصة التي لا تتمتع بأيّة حصانة، وعدّت الحصانة مقيدة أو وظيفية⁽³⁾.

¹ - رضوان ربيعة، المرجع السابق، ص28.

² - هيثم موسى، "حصانة الدولة في الدول الأخرى"، الموسوعة القانونية المتخصصة في القانون الدولي، هيئة الموسوعة العربية السورية، المجلد الثالث، جانفي 2021، ص150.

³ - شيرزاد حميد هروري، المرجع السابق، ص89.

بدأ العمل بهذا المبدأ (الحصانة القضائية المقيدة) في الولايات المتحدة الأمريكية من خلال خطاب "Tats Letter" الذي رفعه المستشار القانوني للولايات المتحدة الأمريكية حيث نصّ عليه في تشريع الولايات المتحدة وسارت عليه معظم الدول من خلال النص عليه ضمن تشريعاتها الوطنية، وفحوى النص أنه: « في حالة الدخول في اتفاقيات مع دول أخرى تلزم الاتفاقية أطرافها بالتخلّي عن الحصانة المطلقة، وفي حالة دخولها في نشاطات تجارية عبر مؤسساتها الداخلية »⁽¹⁾، كانت هذه الرسالة بمثابة دعوى موجهة للمحاكم للتمييز بين أفعال الدولة ذات الصلة السيادية والأفعال ذات الصلة التجارية الخاصة، وفي حالة الأفعال ذات الصلة التجارية يكون للمحاكم الوطنية الاختصاص، لكن لم تحدّد هذه الرسالة للمحاكم المعيار الذي يحدّد الفعل بأنّه من أفعال السيادة أم هو من الأفعال الخاصة التجارية، وأصدرت الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1976م تشريع جاء فيه أنّ الدول ذات السيادة لها حصانة مقرّرة في قانون الدولة، إلّا أنّ هناك استثناءات نصّ عليها هذا التشريع⁽²⁾:

- 1- إذا كان الفعل من الأفعال التجارية.
 - 2- الدعاوى التي تتّصل بالمسؤولية التقصيرية.
 - 3- الدعاوى التي تتّصل بالشؤون البحرية (من تأجير وترحيل عبر السفن في البحر).
 - 4- الدعاوى المتعلقة بالتعويض تسبّب الموت أو الأذى لأشخاص سبّبتهم الدولة أو إحدى مؤسساتها.
- ثم سارت معظم الدول على هذا المبدأ ما أدى إلى انتشاره وطبّقته معظم الدول.

الفرع الثاني: التنازل عن الحصانة القضائية

يجوز للدولة أن تنازل عن حصانتها وتخضع بإرادتها لولاية المحاكم الأجنبية خاصة عند دخولها مجالات خاصة وممارستها العديد من الأنشطة التجارية.

¹ - شيرزاد حميد هروري، المرجع السابق، ص 89.

² - المرجع نفسه، ص 90.

أولاً: المقصود بالتنازل عن الحصانة القضائية

إذا كانت الحصانة القضائية تعني أنه لا يجوز للدولة أو أحد أشخاصها العامة أو الاعتبارية إخضاع المنازعات التي تكون طرفاً فيها لغير قضاء هذه الدولة⁽¹⁾، فإنّ التنازل عن الحصانة القضائية هو موافقة الدولة على أن تمارس عليها دولة أخرى الولاية القضائية التي هي العنصر الجوهرى للتنازل عن الحصانة، فالتنازل عن الحصانة هو اعلان صريح صادر عن الدولة أو أحد أشخاصها الاعتبارية العامة أو الخاصة عن تخلي الدولة وعدم استخدامها لرخصة الحصانة ضد التنفيذ على ممتلكاتها أو اللجوء إلى قضاء دولة أجنبية لصالح من صدر له التنازل⁽²⁾، في حين أنّ غالبية التنازل عن الحصانة تكون عندما ترم الدولة التزامات ذات طابع اقتصادي، وفي هذه الحالة فإنّه يحدث أن تقبل الدولة أن يتم مقاضاتها أمام محاكم دول أخرى.⁽³⁾

انقسم الفقه في التنازل عن الحصانة القضائية إلى قسمين: فهناك من يرى أنّ التنازل عن الحصانة القضائية لا يستفاد منه التنازل عن الحصانة بالتنفيذ إذ يتعيّن لذلك تنازل مستقل وذلك استناداً إلى العرف الدولي الذي قنّته اتفاقية فيينا سنة 1961م في المادة 02/32.⁽⁴⁾ في حين ذهب القسم الثاني من الفقه إلى تأكيد ضرورة الارتباط بين الحصانة القضائية والحصانة عند التنفيذ، فمتى تنازلت الدولة عن حصانتها القضائية فلا يجوز أن تدفع بالحصانة في مواجهة اجراءات التنفيذ المتخذة عندها، فالارتباط تلازمي بين الحصانتين القضائية والتنفيذية.⁽⁵⁾ فالأصل في المجال المادي لإعمال تنازل الدولة عن حصانتها القضائية التنفيذية أو الاجرائية يكون عاماً غير محدود وهو الأمر الذي يسمح بإصداره بصدد أيّ اجراء من اجراءات التنفيذ، كما يمكن

¹ - شيرزاد حميد هروري، المرجع السابق، ص 87.

² - رضوان ربيعة، المرجع السابق، ص 29.

³ - هاشمي أعمر، المرجع السابق، ص 60.

⁴ - عمارة بلغيث، "الدفع بالحصانة القضائية كأداة لدعم سيادة الدولة"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، الجزائر، الجزء 02، عدد 8، جوان 2017، ص 1195.

⁵ - السعيد خويلدي، سمية صخري، "شروط ابرام اتفاق التحكيم البترولي وآثاره على الحصانة السيادية"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، عدد 15، جوان 2016، ص 346.

التعبير عنه في كل وقت سواء قبل حدوث النزاع أو أثناء النظر فيه، كما يمكن ابداءه قبل التعاقد نفسه أمّا عن طريقة التعبير عنه فتكون شفاهة أو كتابة أمام المحكمة المعروض عليها النزاع أو عن طريق النص عنها صراحة في اتفاقيات تشجيع الاستثمارات الأجنبية، سواء كانت ثنائية أم متعددة الأطراف ليستفيد منها بعد ذلك المستثمرون الأجانب المتممون للدول الأطراف في هذه الاتفاقية وبمناسبة تعاقدهم مع هذه الدول.⁽¹⁾

ثانياً: شروط التنازل عن الحصانة القضائية

للتنازل عن الحصانة القضائية شروط تحدّد من نطاقها والتي نوجزها فيما يلي:

- يجب أن يتم التنازل عن الحصانة بشكل صريح وواضح، وهذا ما أكّده المادة السابعة من القانون العراقي رقم 63 المؤرخ في 2015/06/25⁽²⁾ بقولها: « لا يجوز للدولة أن تحتجّ بالحصانة من الولاية القضائية في دعوى مقامة أمام محكمة دولة أخرى، فيما يتعلق بأية مسألة أو قضية، إذا كانت قد وافقت صراحة على أن تمارس المحكمة ولايتها فيما يتعلق بتلك المسألة أو القضية إمّا باتفاق دولي في عقد مكتوب بإعلان أمام المحكمة أو برسالة خطيّة في دعوى محدّدة ».

- تجيز بعض التشريعات التنازل الضمني للدول عن حصانتها وهذا ما أكّده الاتفاقية الأوروبية لحصانات الدول لسنة 1972 التي تحصر التنازل الضمني بصفة مطلقة من أجل التنفيذ على أي من ممتلكات دولة عضو في اقليم دولة أخرى، كما تشترط هذه الاتفاقية أن يكون التنازل عن الحصانة دائماً وصريحاً وواضحاً وكذلك مكتوباً ومحدّد بحالة بعينها.⁽³⁾

- التمييز بوضوح بين الأموال المخصصة لأغراض تجارية وغيرها من الأموال، فالنوع الأول قابل للحجز والتنفيذ بشروط بينما الثاني يحتفظ بحصانة ضد التنفيذ، وهذا ما أكّده القانون البريطاني الذي

¹ - رضوان رعية، المرجع السابق، ص30.

² - قانون رقم 63 لسنة 2015، المؤرخ في 2015/06/26، المتضمن انضمام جمهورية العراق إلى اتفاقية الأمم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية، جريدة رسمية لجمهورية العراق، عدد 4373.

³ - رضوان رعية، المرجع السابق، ص31.

- يقضي بمبدأ مفاده عدم قابلية أموال الدولة الأجنبية للحجز الناتج عن حكم قضائي أو قرار تحكيمي، إلا بتنازل الأخيرة صراحة وكتابة عن حصانتها، باستثناء المال المخصص لغرض تجاري. ⁽¹⁾
- يجب أن يصدر التنازل من الدولة باعتبارها تملك الإرادة للتنازل بالإعلان والقبول للخضوع لولاية المحاكم الأجنبية، ويسري نفس الحكم بالنسبة للحصانات والمنظمات والهيئات الدولية. ⁽²⁾
- لا يجوز التنازل عن الحصانة للأشخاص المعنوية العامة ما عدا في علاقاتها الاقتصادية. ⁽³⁾
- التمييز بين الممتلكات التي تخرج من دائرة التنازل والتنفيذ والتي لها حصانة مطلقة ضد التنفيذ كما هو الحال بالنسبة لممتلكات المؤسسة العسكرية فلها حصانة مطلقة حتى لو تمّ بالتنازل الصريح عنها من الدولة المحكوم ضدها وهو ما دلّله التشريع الأمريكي والكندي.

الفرع الثالث: معيار التنازل عن الحصانة القضائية

كشف الواقع أنّه لا يوجد معيار واحد ومقبول من جميع الدول يمكن أن يفصل بين ما هو عمل من أعمال السلطة العامة وعمل من أعمال الإدارة العادية ولكن من الملاحظ بهذا الشأن أنّ غالبية الفقه والقضاء يتبنّى معيار طبيعة العمل.

أولاً: معيار طبيعة العمل

يقوم هذا المعيار على التفرقة بين أعمال الدولة التي تأخذ صفة أعمال السيادة والأعمال العادية التي لا تختلف عن أعمال الأفراد العاديين والتي تمثل عقود الاستثمار، ففي النوع الأول يمكن إخضاع الدولة لقضاء دولة أخرى إلا بقبولها ذلك، أمّا النوع الثاني فلا تتمتع الدولة بأيّة حصانة ويمكن خضوعها للقضاء الوطني ⁽⁴⁾، أمّا بالنسبة للأعمال المدنية والإدارية فلا تتمتع الدولة بأيّة حصانة

¹ - هاشمي أعمر، المرجع السابق، ص 123.

² - رضوان ربيعة، المرجع السابق، ص 30.

³ - المادة 1006 فقرة 3 من القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج، عدد 21، الصادرة بتاريخ 2008/04/23.

⁴ - شيرزاد حميد هروري، المرجع السابق، ص 91-92.

عليها، وبالتالي يمكن خضوعها للقضاء الوطني، وفي تحديد طبيعة العمل السيادي من المدني أو التجاري فالعبرة تكون بطبيعة النشاط وليس غرضه.

تبنت محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها معيار طبيعة العمل، فقد جاء في الحكم الصادر بتاريخ 1969/02/25 أنّ هذه الحصانة تتوقف على طبيعة العمل الذي تمارسه الدولة، كما تبنت محكمة النقض المصرية هذا المعيار في حكمها الصادر في 29 أبريل 1986م والذي قرّرت فيه لئن كانت قواعد القانون الدولي المتمثلة في العرف الدولي والواجبة التطبيق باعتبارها مندمجة في القانون الداخلي لمصر فيما لا اخلال فيه بنصوصه فقد استقرت على أنّ الأصل هو أن تتمتع الدولة الأجنبية بالحصانة القضائية وهو ما يبنى عليه عدم خضوعها لقضاء دولة أخرى، ولما كانت الحصانة غير مطلقة، إنّما تقتصر على الأعمال التي باشرت الدولة الأجنبية بما لها من سيادة فلا تندرج فيها المعاملات المدنية والتجارية وما يفرع عنها من منازعات ممّا تنحصر عنه هذه الحصانة.⁽¹⁾

يعتبر مبدأ حصانة الدولة منذ التقاضي من أهم العوامل التي تدفع المستثمر الأجنبي إلى رفع دعوى أمام محاكم دولة ثالثة أو محاكم دولته الوطنية ذلك يتوقف على مبدأ الحصانة الرسمية للدولة ذات السيادة، ونظرا لاتساع نشاط الدولة في مجال التجارة الدولية وممارستها نشاطات تجارية، ما يترتب عنه اشكالات منذ التنفيذ على أموال الدولة المضيفة في دولة المستثمر أو دولة ثالثة مع أنّه من الممكن وجودها على اقليم الدولة الراضية للتنفيذ وتدفع بحصانتها القضائية مسببة في ذلك عدم وجود تنازل صريح عنها وتبنيها الحصانة المطلقة.⁽²⁾

المطلب الثالث: القضاء الدولي كآلية لفضّ منازعات عقود الاستثمار

تحتاج معالجة منازعات عقود الاستثمار إلى وسائل كفيلة تنسجم مع طبيعتها بما يحقق التوازن بين مصالح أطرافها، فأصبح طريق القضاء الدولي من أهم الطرق لتسوية النزاعات الدولية، فقد أثبت الواقع العملي نجاعته في جميع المجالات بما فيها مجال نزاعات عقود الاستثمار.

¹ - شيرزاد حميد هروري، المرجع السابق، ص92.

² - رضوان رعية، المرجع السابق، ص32.

يأشر القضاء الدولي عمله بواسطة أجهزة قضائية ولكن الأطراف ينفرون منها، وعليه ستتطرق في هذا المطلب إلى الهيئات الدولية القضائية المختصة للنظر في منازعات عقود الاستثمار (الفرع الأول) ثم نبين أسباب نفور أطراف عقد الاستثمار عن عرض نزاعهم أمام هذه الهيئات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الهيئات القضائية الدولية المختصة للنظر في منازعات عقود الاستثمار

يأشر القضاء الدولي عمله من خلال عدة هيئات تتمثل أهمها في محكمة العدل الدولية ومحكمة التحكيم الدائمة.

أولاً: محكمة العدل الدولية

تعتبر محكمة العدل الدولية أحد الأجهزة الرئيسية التابعة لهيئة الأمم المتحدة، أنشأت بموجب ميثاق الأمم المتحدة عام 1945، وفقاً لنص المادة السابعة منه الفقرة الأولى التي نصّت على ما يلي: « تنشأ الهيئات الأمنية فروعاً رئيسية للأمم المتحدة، جمعية عامة، مجلس أمن، مجلس اقتصادي واجتماعي، مجلس وصايا، محكمة عدل دولية، أمانة » وتعدّ محكمة العدل الدولية الأداة القضائية الرئيسية للأمم المتحدة، يقع مقرّها في مدينة لاهاي بهولندا تختصّ بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الدول الأعضاء في الأمم المتحدة.

لقد نصّ النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الملحق بميثاق الأمم المتحدة على اختصاص محكمة العدل الدولية، فبالرجوع إلى المادة 34 منه نجد أنّها حدّدت لنا الاختصاص الشخصي على أنّه "للدول وحدها الحق في أن تكون أطرافاً في الدعاوى التي ترفع للمحكمة"، فالدول التي هي أطراف في النظام الأساسي للمحكمة أو الدول الغير أعضاء الذين يجوز انضمامهم بالشروط التي حدّتها الجمعية العامة بناء على توصية مجلس الأمن وفقاً لأحكام المادة 93 من الميثاق، كما حدّدت لها اختصاص نوعي أحدهما قضائي يتمثل في إصدار الأحكام القضائية التي ترفع إليها من قبل الدول، وكقاعدة عامة فإنّ اختصاص المحكمة هو اختصاص اختياري لأنّه يأخذ صورة الاتفاق

والتراضي بين الأطراف المتنازعة على عرض النزاع أمامها، وقد أكدت المحكمة هذا المبدأ في أحكامها بقولها "إنّ موافقة الأطراف في النزاع أساس ولاية المحكمة في المسائل القضائية وثانيهما استشاري افتائي يختص بتفسير مسألة قانونية غامضة".⁽¹⁾

ثانيا: محكمة التحكيم الدائمة

تعد هذه المحكمة ثمرة ما توصّل إليه مؤتمر السلام الدولي في لاهاي في 29 يوليو 1899، وكذا اتفاقية التسوية السلمية للمنازعات الدولية، وأعيد النظر فيها في مؤتمر السلام الثاني الذي عقد في لاهاي أيضا في أكتوبر عام 1907م، وتعد هذه المحكمة هيئة مؤقتة، حيث أنّ دورها ينتمي بمجرد انتهاء الفصل في النزاع المعروض عليها، ومن جانب آخر فإنّ اختصاص هذه المحكمة هو تسوية المنازعات التي تحصل بين الدول المتعاقدة لكن المجلس الإداري لها قد وافق في 26 مارس 1962م على قواعد التوفيق والتحكيم لتسوية المنازعات التي قد تثور بين الدولة وأحد أشخاص القانون الخاص من غير الدول الموقعة على هذه الاتفاقية، حيث تتشكّل في هذا الصدد لجان من ثلاثة محكمين يختارهم أطراف النزاع، وعند فشلهم في ذلك فإنّه يمكنهم الاستعانة بسكرتارية المحكمة لتتولى عنهم مهمة اختيار المحكمين، وتعد هذه القواعد سببا في إيجاد وسيلة دولية للفصل في المنازعات التي تثار بين الدولة المستضيفة والمستثمرين الأجانب، واللجوء إلى هذه الوسيلة يعد اختياريا، يقتصر على الدول الأطراف في الاتفاقية التي تأسست عام 1907م ويشترط للجوء المستثمر إلى هذه المحكمة أن تكون كل من الدولة التي يحمل جنسيتها والدولة المستقطبة للاستثمار طرفا في الاتفاقية، وتكمن أهمية هذه الهيئة في تسوية المنازعات التي تنشأ بين المستثمر والدولة وتبدو محدّدة للغاية⁽²⁾، إضافة إلى محكمة العدل الدولية ومحكمة التحكيم الدائمة توجد محكمة الاستثمار العربية التي أنشأت بموجب

¹ - ينظر <https://www.un.org.uncharter> اطلع عليه بتاريخ: 2021/05/07 على الساعة: 18:00

² - شيرزاد حميد هروري، المرجع السابق، ص96.

* منذ تأسيس المحكمة العربية سنة 1985، أولى قضية كانت لها سنة 2003م بين شركة سعودية ضد جمهورية تونس دامت مدة الحكم فيها لسنة وهو تاريخ 2004/10/12م.

الاتفاقية الموحدة لرؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة 1980، لكن رغم وجود هذه المحكمة على أرض الواقع والاعتراف بها إلا أنّها تعاني من جمود يتمثل في قضاياها. *

الفرع الثاني: أسباب نفور أطراف عقد الاستثمار عن عرض نزاعهم أمام الهيئات القضائية الدولية

رغم استقلال وحياد الهيئات الدولية القضائية وتمتعها بكونها تعتبر مرجع لكافة المنازعات الدولية عامة ومنازعات عقود الاستثمار خاصة، إلا أنّ هذا لا يخفي علينا أنّ القضاء الدولي ليس لديه جانب من القصور، حيث لا يشعر المستثمر والدولة المضيفة بالثقة الكاملة للقيام بالمشروعات الاستثمارية في دولة ما ولعلّ أهم هذه الأسباب تتمثل في:

أولاً: طلب المستثمر الأجنبي الحماية الدبلوماسية قبل البدء في اجراءات التقاضي

إنّ القضاء الدولي لا ينظر إلى أطراف منازعات الاستثمار بنظرة المساواة وذلك لاختلاف المركز القانوني للطرفين باعتبار أحدهما دولة ذات سيادة يحق لها اللجوء إلى القضاء الدولي لحسم منازعاتها والطرف الثاني فرد ليس لديه حق المثل أمام القضاء الدولي بصفته الشخصية على اعتبار أنّه لا يتمتع بالصفة أو الشخصية الدولية، إلاّ عن طريق دولته لكونه لا يتمتع بشخصية دولية⁽¹⁾، وهذا ما أكّده المادة 34 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية حيث أنّ المستثمر الأجنبي سواء كان فرداً أو شركة لا يمكنه التوجّه مباشرة إلى القضاء الدولي ذلك أنّ الدولة هي التي تملك الحق وحدها في أن تكون طرفاً في الدعوى التي ترفع للمحكمة، ومع ذلك يمكن للفرد وبطريق غير مباشر أن يعرض نزاعه ضد الدولة المضيفة على هذه المحكمة، وذلك إذا ما نجح في اقناع دولته بوضع المسؤولية الدولية موضع التطبيق ويتم هذا الأمر عن طريق الحماية الدبلوماسية⁽²⁾، إلاّ أنّه لا يحق للدولة أن تمارس

¹ - شيرزاد حميد هروري، المرجع السابق، ص 102.

² - رضوان رعية، المرجع السابق، ص 36.

الحماية الدبلوماسية لصالح رعاياها المضرورين بفعل العمل الضار من الدولة المضيفة إلا إذا توفّر المضور على مجموعة من الشروط المحددة قانوناً⁽¹⁾ والتي نوجزها فيما يلي:

1- **العلاقة التبعية بين المستثمر ودولته:** تعدّ هذه العلاقة من المبادئ المستقرة في العرف الدولي، فلا يمكن للدولة أن تتصدى لحماية أحد الأشخاص سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، إلا إذا كانت هناك رابطة (الجنسية) بين الشخص الذي أصابه الضرر بإحدى الدول والمتمثل في المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة وبالتالي لا بدّ أن يتمتع المضور (المستثمر) بجنسية الدولة الحامية المكلفة بمهمة مباشرة دعوى الحماية الدبلوماسية لصالحه.

2- **استنفاد طرق التقاضي الداخلية:** إنّ تطبيق هذه القاعدة في مجال الاستثمارات الأجنبية مؤداه أنّه إذا ادّعى أحد المستثمرين الأجانب بضرر لحق به من جانب دولة غير دولته التي ينتمي إليها بجنسيته فيلزم عليه أن يلجأ أولا إلى محاكم الدولة المسؤولة عن الضرر وأن يستنفذ كافة اجراءات التقاضي بدون أن يكفي بحكم أول درجة تقاضي لأنّه لن يتمكن ودولته بطرح النزاع على الصعيد الدولي، إلا بعد استنفاد كافة طرق الطعن الداخلي، وقد أكّدت على هذا الشرط محكمة العدل الدولية حيث أقرّت بضرورة استنفاد السبل القضائية في دولة الاستثمار قبل لجوء المستثمر لدولته طالبا الحماية الدبلوماسية، ذلك أنّه عندما تحلّ الدولة محلّ رعاياها فإنّها تقوم بتحريك المسؤولية الدولية في النطاق الدولي، ويدلّ تصرفها على اكتمال الفعل الضار الذي يستتبع بثبوت المسؤولية الدولية ورفع دعوى اصلاح الضرر أمام القضاء الدولي.⁽²⁾

3- **شرط الأيدي النظيفة:** يلزم لقبول الحماية الدبلوماسية من قبل دولة المستثمر الأجنبي أن لا يكون المستثمر طالب الحماية الدبلوماسية هو نفسه المتسبب في الضرر الذي لحق به.

¹ - زكرياء عليوط، فؤاد خطاب، "الحماية الدبلوماسية للاستثمار الأجنبي المباشر"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، المركز الجامعي تيبازة، الجزائر، مجلد 07، عدد 02، 2020، ص 1392.

² - المرجع نفسه، ص 1396.

ثانيا: محدودية الاختصاص لبعض الأجهزة (محكمة التحكيم الدائمة، محكمة الاستثمار العربية)

رغم أنّ محكمة التحكيم الدائمة ومحكمة الاستثمار العربية يمثلان قضاء متخصص للفصل في النزاع الذي يثور بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له لكن اختصاصهما مقيد حيث يشترط في اللجوء إلى محكمة التحكيم الدائمة أن تكون الدولة طرفا في اتفاقية السلام الدولي الثانية لسنة 1907م، لذلك فهي حكرا على الدول الأعضاء فقط، ممّا يتعدّر على معظم مستثمري الدول النامية اللجوء إليها، وكذلك هو الحال بالنسبة لمحكمة الاستثمار العربية المؤقتة التي اشترطت أن يكون أطراف النزاع له خصوصية عربية، دولة عربية عضوة في الاتفاقية الموحدة لرؤوس الأموال العربية لعام 1980م ومستثمر طبيعي أو معنوي ينتمي بجنسيته لإحدى هذه الدول الأعضاء وكذا رأس المال عربي خالصا بشكل مباشر أو غير مباشر⁽¹⁾، حيث أنّ الواقع العملي أوضح أنّ الاستثمارات في الدول العربية معظمها تكون بين مستثمرين أجانب من الغرب سواء أوروبا، أمريكا، آسيا... ما يفسّر قلة القضايا المعروضة عليها مبرزين ذلك أنّ المحكمة نشأت ضعيفة وليس لها فروع.

¹ - رضوان ربيعة، المرجع السابق، ص37.

المبحث الثاني: منح الاختصاص للتحكيم باعتباره وسيلة بديلة للقضاء في فضّ منازعات عقود الاستثمار

يعدّ التحكيم من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، وهو طريق استثنائي، فالأصل أنّ القضاء الوطني هو الذي يفصل في جميع المنازعات ويخضع له جميع الأشخاص الموجودين على إقليم الدولة وطينين كانوا أو أجانب، فإذا كان القضاء يهدف إلى تحقيق العدالة، فإنّ الوسائل البديلة أيضا تسعى إلى تحقيق نفس الهدف، ولكن بطريقة مختلفة بشكل يضمن استمرارية العلاقة التعاقدية، وفي هذا المقام نستشهد بمقولة أرسطو الشهيرة حول تفضيل التحكيم على القضاء بقوله: « المحكم يرى العدالة في حين القاضي لا يرى إلاّ التشريع ».⁽¹⁾

وعليه سنتطرق في هذا المبحث إلى معرفة خصوصية التحكيم في فضّ منازعات عقود الاستثمار من خلال **المطلب الأول** ومبررات اللجوء إلى التحكيم لفضّ منازعات عقود الاستثمار في **المطلب الثاني**.

المطلب الأول: خصوصية التحكيم في فضّ منازعات عقود الاستثمار

إنّ التحكيم في منازعات عقود الاستثمار يتّسم بخصوصية تميّزه عن غيره من النظم المشابهة له، كون أحد أطرافه هو شخص عام والطرف الآخر شخص خاص، وموضوع هذه العقود يتمثل في تحقيق التنمية لموارد الدولة المضيفة، والتحكيم باعتباره وسيلة خاصة لفضّ مثل هذا النوع من المنازعات يقوم على أساس اتفاق الأطراف والذي بموجبه يتم اختيار المحكمين على أساس تمّتعهم بالكفاءة والخبرة التي تؤهلهم للتصدّي لمثل هذا النوع من المنازعات*، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال وجود اتفاق التحكيم **(الفرع الأول)**، تعيين المحكمين وشروطهم **(الفرع الثاني)** القوة الإلزامية لحكم التحكيم **(الفرع الثالث)**.

¹ - مناني فراح، " التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري"، ط6، دار العمري، الجزائر، 2010، ص13.

الفرع الأول: وجود اتفاق التحكيم

يعرف اتفاق التحكيم على أنه (الاتفاق الذي بمقتضاه يتفق الفرقاء على حل النزاع الناشئ أو المحتمل نشوئه بواسطة التحكيم، ويمنح المحكم سلطة الفصل فيه بقرار ملزم، ويجعل محاكم الدولة غير مختصة للنظر فيه).⁽¹⁾، كما عرفته المادة 1011 من ق.إ.م.إ. الجزائري كما يلي: « اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرضة نزاع سبق نشوؤه على التحكيم»⁽²⁾

ولاتفاق التحكيم صورتين تتمثل في شرط التحكيم ومشاركة التحكيم بالإضافة إلى شرط التحكيم بالإحالة وهو من الصور المعاصرة لاتفاق التحكيم أولاً، ولصحة اتفاق التحكيم ويصبح منتجاً لآثاره، يتوجب توفر شروط موضوعية وأخرى شكلية ثانياً.

أولاً: صور اتفاق التحكيم

لا يتم عرض النزاع للفصل فيه أمام المحكمين إلا إذا اتفق أطراف النزاع اتفاقاً واضحاً للفصل فيه عن طريق التحكيم، فتوافق إرادة الطرفين هو أساس التحكيم ومصدر سلطة المحكمين، وتتمثل صور الاتفاق فيما يلي:

1- شرط التحكيم: يقصد به ذلك الشرط الذي يرد ضمن نصوص عقد معيّن ومقتضاه يتفق أطراف العلاقة الأصلية قبل نشوب أي نزاع اللجوء إلى التحكيم للفصل فيما قد يثور بينهم من منازعات.⁽³⁾

* نظراً للأهمية الخاصة التي يتمتع بها نظام التحكيم، فقد أنشأت له الكثير من المراكز الدولية لتقدم الخدمات التحكيمية من أهمها: غرفة التجارة الدولية بباريس CCI، جمعية التحكيم الأمريكية AAA، جمعية التحكيم الفرنسية AFA، مركز الوساطة والتحكيم بباريس CMPA، المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار CIRDI.

¹ - مناني فراح، المرجع السابق، ص 92.

² - قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

³ - مناني فراح، المرجع السابق، ص 95.

لقد نصّت المادة 458 مكرّر 1 من قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أنّه « تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات المستقبلية والقائمة »، وقد أثار النص جدلا حول ما إذا كان يجيز الشرط التحكيمي أولا أو أنّه حصر التحكيم في نوع واحد من الاتفاقية التحكيمية. كما نصّ المشرّع الجزائري على شرط التحكيم في المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كالآتي: « شرط التحكيم هو الاتفاق يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم»، كما نصّ في المادة 1008 من نفس القانون على شروط إثبات شرط التحكيم، على أن يكون بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تسند إليها تحت طائلة البطلان، وتوجب نفس المادة تضمين شرط التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كفاءات تعيينهم تحت طائلة البطلان.

وفي حالة صعوبة التعيين، فقد نصّت المادة 1009 من نفس القانون فإنّ المحكم أو المحكمين يتم تعيينهم من طرف رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه.

2- مشاركة التحكيم: لقد تناول المشرع المصري مشاركة التحكيم في الفقرة الثانية من المادة 10 من قانون التحكيم المصري، حيث نصّ على ما يلي: «... كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع، ولو كانت أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية»⁽¹⁾، وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: «اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم».

يتضح ممّا سبق أنّ مشاركة التحكيم هي اتفاق أطراف علاقة قانونية ما على تسوية ما ثار بينهم من منازعات بشأن هذه العلاقة بواسطة التحكيم، فلا يتم الاتفاق على مشاركة التحكيم إلّا بعد وقوع النزاع، ولا يتم اللجوء إلى مشاركة التحكيم إلّا إذا خلا العقد من شرط أو بند التحكيم.

وتحرّر مشاركة التحكيم في مستند مستقل عن العقد الأصلي.

¹ - لزهر بن سعيد، "التحكيم التجاري الدولي"، ط5، دار هومة، الجزائر، 2012، ص54.

3- شرط التحكيم بالإحالة: يعتبر شرط التحكيم بالإحالة من الصور المعاصرة لاتفاق التحكيم، وهو أن لا يتضمن العقد الأصلي شرطا صريحا للتحكيم، وإنما الإشارة أو الإحالة إلى عقد سابق بينهم لتكملة النقص أو سدّ الثغرات التي تعترى عقدهم، وهذا العقد من بين بنوده بندا أو شرطا يقضي تسوية المنازعات التي قد تثور بواسطة التحكيم، وقد حكم القضاء الفرنسي بصحة شرط التحكيم بالإحالة، والوارد في عقد المفاوضة من الباطن إلى العقد الأصلي بين المفاوض الرئيسي والمفاوض من الباطن.⁽¹⁾

ثانيا: الشروط الواجب توافرها في اتفاق التحكيم

إنّ اتفاق التحكيم بصورتيه سواء كان شرطا أو مشارطة، هو تصرف قانوني بالمعنى الفني، فلا وجود له إلّا بتوافر الأركان الأساسية واللازمة لأيّ تصرف قانوني، حيث تسري على اتفاق التحكيم نفس الأحكام العامة التي تسري على عقود القانون الخاص، ولذلك يجب توفر الشروط الموضوعية والشكلية التي أوجبها المشرع والتي يجب مراعاتها عند إبرام أيّ تصرف قانوني.

وعليه سنتناول الشروط الموضوعية اللازمة لصحة اتفاق التحكيم حتى ينتج آثاره، فضلا عن توافر الشكلية اللازمة لصب هذا الاتفاق، وسوف نفصّل ذلك كالاتي:

1- الشروط الموضوعية

أ/ الرضا: (يتحقق الرضا من التقاء إرادة الطرفين واتجاههما إلى عقد اتفاق التحكيم، وإرادة حرة خالية من الضغط والإكراه)⁽²⁾، كما أنّه لا يشترط أن تكون هذه الإرادة صريحة، بل يكفي أن تكون ضمنية تستفاد من تطبيق معاملات الأطراف وإدراجهم لشرط التحكيم في العقد الذي أغفلوا فيه ذكر هذا الشرط لحسم المنازعات التي قد تثور، طالما أنّهما لم يتعمّدا من إغفال هذا الشرط من أجل إسقاطه، لأنّهما لا يريدان التحكيم.

¹ - زهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 56.

² - أحمد بلقاسم، "التحكيم الدولي"، ط2، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 139.

وتوافر الرضا وحده لا يكفي لصحة اتفاق التحكيم، بل يجب أن تتوافر الأهلية اللازمة للاتفاق على حسم موضوع النزاع، والأهلية المطلوبة هي أهلية التصرف⁽¹⁾، وهو الأمر الذي أخذ به القانون الجزائري كيفية القوانين الأخرى، إذا نصّت المادة 1006 من ق.إ.م.إ على أنه يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، فهي تقتصر حق اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للأشخاص الطبيعيين في من تتوفر فيهم الأهلية القانونية لمباشرة التصرفات وفقا لمقتضيات القانون المدني الجزائري⁽²⁾، وهو ما ذهب إليه أيضا المشرع المصري في المادة 11 من قانون التحكيم المصري.

أما بالنسبة للأشخاص المعنوية فطبقا للمادة 03/1006 ق إ م إ الجزائري فإنه لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم إلا بتوفر شرطين هما: العلاقات الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية، أما الأشخاص المعنوية الخاصة، والتي تمارس نشاطها في الجزائر، يجوز لها اللجوء إلى التحكيم بعد قيدها في السجل التجاري، في حين فإن المشرع المصري، فقد أعطى لجميع الأشخاص الاعتبارية بنوعها حق اللجوء إلى التحكيم متى توفرت فيها شروط اكتساب الشخصية المعنوية.⁽³⁾

أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية فإنّها لم تورد أيّة قواعد موضوعية في خصوص أهلية إبرام اتفاق التحكيم، ومن ضمنها اتفاقية نيويورك لعام 1958م التي اكتفت أعمالها التحضيرية بإيضاح أنّ مؤتمر الأمم المتحدة حرص على تأكيد استبعاد أيّة قيود فيما يتعلق بالأشخاص الذين يحق لهم أن يكونوا أطرافا في اتفاق التحكيم الخاضع لقواعد الاتفاقية مستبعدة في ذلك أي قيد يتعلق بجنسية أو موطن أطراف اتفاق التحكيم عند تطبيق التنظيم السائد في ظل الاتفاقية.

¹ - لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 57.

² - المادة 40 من الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07، المؤرخ في 13 مايو 2007، ج.ر.ج.ج، عدد 31، لسنة 2007.

³ - لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 58.

ب/ المحل: يعتبر المحل ركنا أساسيا في العقد لا ينعقد بدونه، والمحل كمفهوم عام هو الالتزامات المتولدة أو الشيء الذي التزم المدين بعمله أو الامتناع عن عمله، والمحل في اتفاق التحكيم، يقصد به ما انعقد رضا الطرفين عليه، وهو عبارة عن نزاع قائم بالفعل أو محتمل القيام، يتمثل في حق متنازع عليه أو مشكوك في مصيره، إذن فمحل اتفاق التحكيم هو ضرورة وجود نزاع، وأن يكون هذا النزاع قانوني أي غير مخالف للنظام العام وإلا وقع الاتفاق باطلا. ⁽¹⁾

وفي هذا السياق نصّت اتفاقية واشنطن لعام 1965م على ضرورة أن يكون النزاع قانوني حتى يكون موضوعا أو محلا للتحكيم، فضلا عن ضرورة تكييف النزاع محل التحكيم بأنّه نزاع قانوني، فإنّه يجب أيضا أن يكون النزاع المطروح على التحكيم ممّا يجوز التحكيم فيه، أي أنّها لا تتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة، وقد أخذ المشرع الجزائري بفكرة استبعاد المواضيع والنزاعات المتعلقة بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم من عرضها على التحكيم طبقا لنص المادة 1006 ق.إ.م.إ، وهو ما ذهب إليه المشرع المصري أيضا في المادة 11 من قانون التحكيم، وكذلك المادة 551 من القانون المدني .

ج/ السبب: إنّ اتفاق الأطراف في اللجوء إلى التحكيم بدل القضاء، يجب أن يجب أن يكون سببه مشروعاً مثلاً من أجل الاستفادة من مزايا التحكيم كالسرعة في حسم النزاع، أو التقليل من نفقات الدعوى... الخ، وليس بنسبة التهريب من أحكام القانون أو التحلل من القيود والالتزامات، وهو ما يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون. ⁽²⁾

1-الشروط الشكلية:

اشتترطت مختلف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، حيث نصّت المادة 12 من قانون التحكيم المصري على وجوب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا

¹ - سمية صخري، "النظام القانوني للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار البترولية"، أطروحة دكتوراه، تحولات الدولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2017/2018، ص 69.

² - زهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 64.

وإلا كان باطلا، سواء كان شرط التحكيم شرطا أو مشارطة، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري، حيث استلزم الكتابة لوجود شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، سواء أن ترد كتابة شرط التحكيم في الاتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي يستند إليها، وهذا ما نصّت عليه المادة 1008 من ق.إ.م.إ، فالكتابة في شرط التحكيم شرط لإثباتها عكس في مشارطة التحكيم فالكتابة شرط لوجودها طبقا لنص المادة 1012 ق إ م إ.

أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية، فقد نصّت المادة الثانية الفقرة الأولى من اتفاقية نيويورك المتضمنة تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لعام 1958م على أنّه: « على كل دولة من الدول المتعاقدة أن تعترف بالاتفاقيات الخطية التي يوافق الفرقاء فيها أن يحيلوا إلى التحكيم أية منازعات تكون قد نشأت أو التي يمكن أن تنشأ بينهم... ».⁽¹⁾

الفرع الثاني: تعيين المحكمين وشروطهم

(المحكم L'arbitre هو شخص يتمتع بثقة الخصوم، أولوه عناية الفصل في خصومة قائمة بينهم، قد يتم تعيينه من جانب المحكمة إذا كان التشريع يجيز ذلك للقيام بذات المهمة المقدمة، ولما كان حكم المحكمة بمثابة قضاء على الخصوم فلم يترك المشرع حرية كاملة في اختياره، وإثما قيدها ببعض القيود رعاية لهم).⁽²⁾

¹ - المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 1988/11/05، يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها ج.ر.ج.ج، عدد 48، الصادرة بتاريخ 1988/11/23

¹ - مناني فراح، المرجع السابق، ص126.

أولاً: تعيين المحكمين

1- تشكيل هيئة التحكيم وفقاً لقواعد التحكيم التي وضعتها اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى

طبقاً للمادة 36 فقرة 01 من الاتفاقية، فإنّ الدولة المتعاقدة أو أحد رعاياها الذي يرغب في الالتجاء إلى التحكيم⁽¹⁾، يتعيّن عليه أن يقدّم طلباً كتابياً إلى السكرتير العام والذي يقوم بدوره بتسجيل الطلب أو رفضه إذا تبين عدم دخول النزاع في اختصاص المركز، فإذا تمّ تسجيل الطلب يتم تشكيل محكمة التحكيم من محكم واحد، أو من عدد من المحكمين يعيّنون طبقاً لاتفاق الأطراف، طبقاً لنص المادة 37 فقرة 02 أ- من الاتفاقية .

وفي حالة عدم الوصول إلى اتفاق بين الأطراف بشأن عدد المحكمين وطريقة تعيينهم، يعين كل طرف محكماً واحداً، أمّا المحكم الثالث يعين باتفاق بين الطرفين والذي يتولى رئاسة المحكمة طبقاً للمادة 37 فقرة 02 ب-، وإذا لم يتم تشكيل المحكمة خلال التسعين (90) يوماً التالية للإخطار يسجّل الطلب بواسطة السكرتير العام أو الميعاد المتفق عليه بين الأطراف فيتولى رئيس البنك الدولي باعتباره رئيس مجلس إدارة المركز بناءً على طلب أحد الأطراف، صاحب المصلحة في التعجيل، وبعد التشاور مع الأطراف يعيّن المحكم أو المحكمين الذي لم يعيّنوا بعد، على أن يكونوا من جنسية الدولة الطرف في النزاع أو جنسية الدولة التي ينتمي إليها الطرف الثاني.⁽²⁾

ويلزم أن تكون أغلبية المحكمين من جنسية مختلفة عن جنسية أطراف النزاع، إلّا إذا اتفق الأطراف بتعيين محكم واحد أو كل طرف يعيّن محكم من المحكمين أعضاء المحكمة.⁽³⁾

¹ - مرسوم رئاسي رقم 95-346 مؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995م، يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المرجع السابق.

² - المادة 38 من مرسوم رئاسي رقم 95-346 مؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995م، يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المرجع السابق.

³ - المادة 39، المرجع نفسه.

2- شروط تولّي القاضي مهمة التحكيم

يرى بعض الفقهاء أنّ تولّي القضاة مهمة التحكيم له آثاره السلبية في الانحراف بالتحكيم عن أهدافه، كذلك يؤدي إلى تأخير الفصل في القضايا أمام المحاكم، فالأصل أنّه لا يمكن تعيين القاضي محكما ولكن يمكن تعيينه استنادا أي على سبيل الحصر، وقد اختلفت تشريعات الدول في ذلك. حيث ينصّ قانون السلطة القضائية المصري رقم 46 لسنة 1972م⁽¹⁾، في المادة 63 على أنّه لا يجوز تعيين القاضي محكما كأصل عام، ولكن هناك استثناءين، الأول أنّه يجوز للقاضي أن يكون محكما بعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية، الثاني يجوز أن يكون القاضي محكما بغير موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية إذا كان أحد أطراف النزاع من أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة، شرط أن يكون الطرف المتقدم خصما حقيقيا في النزاع، فإذا تدخل هذا الطرف المجرد من أجل تعيين القاضي محكما كان التحكيم باطلا، لأنّه يمس النظام العام القضائي. أمّا في فرنسا فيشترط لتولّي القاضي مهمة المحكم أن يحصل على تصريح من رئيس المحكمة، أمّا المشرع الجزائري فلم يبدى موقفه من هذه المسألة، ولم يرد أي نص في القانون الجزائري يدل على ذلك أو على عكسه.

الفرع الثالث: القوة الإلزامية لحكم التحكيم

إنّ أهمية النظام التحكيمي يعني بالضرورة يعني بالضرورة أهمية الحكم الصادر عن هذا النظام في النزاع المطروح، فلا تختلف أهمية الحكم التحكيمي عن تلك الأهمية التي يتمتع بها النظام ككل، كون هذا الحكم ثمرة اجراءات التحكيم، والهدف المنشود للأطراف المتنازعة.

فأهمية ونجاعة التحكيم، تكمن في مدى القوة الإلزامية للحكم الصادر عنه وتنفيذه من قبل الأطراف المتنازعة، وعليه سوف نتطرق في هذه الدراسة إلى المبادئ الأساسية لقيام حكم تحكيمي ملزم أولا، ثم إلى الحماية القانونية لضمان الزامية حكم التحكيم ثانيا.

¹ - لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 181.

أولاً: المبادئ الأساسية لقيام حكم تحكيمي ملزم

1- حكم تحكيمي قائم على مبدأ سلطان ارادة الأطراف في الخصومة التحكيمية

يعد مبدأ سلطان الارادة من نتائج المذهب الفردي الذي يقدر حرية الفرد في تحقيق مصلحته الخاصة، والذي يرى أنّ هذه الواردة الحرة وحدها هي التي تملك انشاء العقد وتحديد آثاره، ولقد أصبح مبدأ سلطان الارادة، وما ينتج عنه من حرية التعاقد مبدأ ثابت في غالبية النظم القانونية، وقد تبنّته العديد من الاتفاقيات الدولية، وكرّسته الجهات التحكيمية الدولية، كقاعدة هامة من قواعد التجارة الدولية، ويقوم هذا المبدأ على أساسين هما: الحرية والمساواة، كما يتفرع عنه المبادئ الآتية: مبدأ الرضائية، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.⁽¹⁾

- من المسلمّ به أنّ لقانون الارادة دور مهم للوصول إلى الفصل في النزاعات التجارية بين أطراف العقود التجارية الدولية، ونظراً لما تلحقه الارادة الحرة لأطراف النزاع من مزايا، زاد الاهتمام بالتحكيم، وبتكريسه لهذه الارادة في القوانين المقارنة، ويتجسد ذلك في تضمين مختلف الدول في قوانينها الداخلية خصوصاً تتعلق بتكريس ارادة الأطراف في الخصومة، وكذلك الاتفاقيات الدولية والمؤسسات التحكيمية، والتي تضمنت نصوصاً تتعلق بسلطان ارادة الأطراف في الخصومة التحكيمية.

- فبالنسبة للقانون الجزائري، فقد نصّت المادة 18⁽²⁾ من القانون المدني على أنّه: " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد ".

- وبالرجوع على قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، نجد المشرع قد نصّ على حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم من خلال نص المادة 1006، كما اجازت المادة 1013 لأطراف النزاع الاتفاق على التحكيم ولو كان النزاع معروضا أمام القضاء.

¹ - ماجد حسين، "المفهوم القانوني لمبدأ سلطان الارادة والقيود الواردة عليه"، تاريخ النشر 06 فيفري 2017، مجلة دنيا الوطنية، متوفر على الرابط: <http://pulpit.alwatanvoice.com/content/print/428361.html>، اطلع عليه بتاريخ: 2021/05/07 على الساعة 10:00.

² - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، عدد 31، المرجع السابق.

- أمّا المادة 1043 ق.إ.م.إ فقد نصّت على إخضاع الاجراءات المتبعة في الخصومة التحكيمية لقانون الاجراءات الذي يحدّده الأطراف.

- الأمر الذي تناوله المشرع المصري في كل من المادتين 25 و 39 من قانون التحكيم المصري، حيث كرّس قانون الارادة ومنحها أولوية التطبيق⁽¹⁾، أمّا المشرع الفرنسي لم ينص صراحة في قانون الاجراءات المدنية الفرنسي على قانون الارادة، لكنه ذكرها في نص المادة 1464 منه، حيث أكّدت هذه المادة على الاعتداء بالقانون الذي يحدّده الأطراف في الاجراءات أو القواعد الاجرائية لسير الخصومة التحكيمية، سواء كان ذلك في التحكيم الحر أو المؤسسي.⁽²⁾

كما كرّست اتفاقية نيويورك لسنة 1958 في المادة 01/05 بند "د" قانون الارادة، حيث أجازت للمدعى عليه رفض طلب الاشراف بقرار التحكيم وتنفيذه إذا أثبت أنّ تشكيل هيئة التحكيم لم تجري بموافقة أطراف النزاع.⁽³⁾

كما نصّت اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى لعام 1965، على تطبيق القانون الذي وقع اختيار الأطراف عليه، وذلك من خلال المادة 42 فقرة 01.⁽⁴⁾

2- ضمان الزامية الحكم التحكيمي من خلال احترام القواعد الاجرائية لسير الخصومة التحكيمية

تعرف الخصومة التحكيمية على أنّها مجموعة من الاجراءات المتتابعة يقوم بها أطراف الخصومة أو ممثليهم، ويساعدهم في ذلك التحكيم وفقا لنظام يرسمه الأطراف في اتفاق التحكيم، وقانون

¹ - تنص المادة 25 من قانون التحكيم المصري "لطرفي التحكيم الاتفاق في الاجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم...".

المادة 39 فقرة 01: " تطبيق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفقا على غير ذلك.

² - دحماني فريدة، "القوة الالزامية للحكم التحكيمي"، رسالة ماجستير في قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد آكلي محمد أولحاج، البويرة، 2018/2017، ص 17.

³ - مناني فراح، المرجع السابق، ص 362.

⁴ - مرسوم رئاسي رقم 95-346 مؤرخ في 1995/10/30 يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المرجع السابق.

التحكيم، وقانون المرافعات، وتنتهي بصدر حكم في موضوعها... فالحكم غير مقيّد بقواعد القانون الاجرائي إلا ما كان متعلقا بالنظام العام⁽¹⁾، ومن أجل السير الحسن للعملية التحكيمية واعطائها مصداقية وفعالية في مواجهة الأطراف المتنازعة والغير، يجب اتباع مجموعة من الاجراءات المتابعة، التي تنتهي بصدر حكم من قبل هيئة التحكيم، ويمكن تقسيمها إلى ثلاث مراحل كالتالي:

أ) **المرحلة الأولى:** وهي مرحلة القواعد الأولية التي يتم اتباعها قبل بدء هيئة التحكيم في مباشرة العملية التحكيمية، حيث يتم طرح الخصومة وطلب التحكيم مقبل أحد أطراف النزاع بأن ييدي رغبته في عرض النزاع للتحكيم، ليتم تعيين هيئة التحكيم التي تتولى الفصل في النزاع، والتي لا يمكن لها القيام بمهمتها ما لم يتم تحديد مكان التحكيم واللغة التي سيتم اعتمادها في سير الخصومة.

ب) **المرحلة الثانية:** وهي مرحلة القواعد التي تقوم هيئة التحكيم باتباعها ومراعاتها، والتي تساعد في الوصول إلى حكم عادل ومنصف وفعال، وذلك بأن تحترم كل الاجراءات المتفق عليها من قبل أطراف النزاع، كالقانون الواجب التطبيق، وكذا الاجراءات المطبقة عليه، لتجنّب مختلف مواطن الطعن في الحكم الذي ستصل إليه.

كذلك مراعاة المبادئ الأساسية التي تحكم الخصومة التحكيمية والمتمثلة في مبدأ المساواة بين الخصوم، وحق الأطراف في الدفاع، ومبدأ الوجاهية، وكذا احترام قواعد النظام العام، ثم الزامية نظر النزاع من قبل جميع أعضاء هيئة التحكيم.⁽²⁾

ج) **المرحلة الثالثة:** وهي مرحلة اصدار الحكم التحكيمي، والذي يعتبر القرار الذي يحسم النزاع المعروض أمام هيئة التحكيم، بعد القيام بالتحقيقات اللازمة في الادعاءات المختلفة للخصوم والدفع المقابلة لها، إذ يعتبر آخر مرحلة في اجراءات الخصومة، ويعتبر هذا الحكم سنداً تنفيذياً، يجوز حجية الأمر المقضي فيه⁽³⁾، ويتمتع بقوة تنفيذية، تلزم الأطراف المتنازعة بتنفيذ ما جاء فيه.

¹ - نبيل صقر، "الوسيط في شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية"، د ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص576.

² - المرجع نفسه، ص577-578.

³ - المادة 1031 من القانون 09/08 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، المرجع السابق.

ثانيا: الحماية القانونية لضمان الزامية حكم التحكيم

1- عدم مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام

إنّ فكرة النظام العام واحدة من أهم المشاكل التي تقف أمام الزامية الحكم التحكيمي، كونها فكرة متغيرة من نظام قانوني إلى آخر، ممّا يقتضي لجوء المحكمين إلى المفاهيم القانونية الوطنية للنظام العام لتفادي تعارض الحكم مع النظام العام، ممّا يؤدي إلى ابطاله وبالتالي فقدانه لإلزاميته⁽¹⁾، ونظرا لصعوبة حصر فكرة النظام العام لأنّها مرنة ومتغيرة بحسب الزمان والمكان، فما يعتبر في زمن مضى من النظام العام لم يصبح كذلك في الوقت الحالي، وقد يكون في الجزائر ما هو من النظام العام، قد لا يكون كذلك في فرنسا ومصر، ومن أمثلة النظام العام عدم جواز تنازل أحد عن اهليته ولا التعديل في أحكامها.

كما ظهر تصنيف جديد للنظام العام يهدف إلى توحيد النظرة اتجاه فكرة النظام العام، وهو ما يسميه بعض الفقهاء بالنظام العام الدولي الحقيقي، والذي عرّف على أنّه مجموعة المبادئ الأساسية الضرورية لتنظيم المجتمع الدولي، والذي يضم القواعد المشتركة بين كل الدول والشعوب، كتجريم المخدرات والرشوة والعبودية.⁽²⁾

2- حصر طرق الطعن كضمان لحماية الزامية الحكم التحكيمي

لقد تمّ حصر طرق الطعن في الحكم التحكيمي كضمان لحماية الزاميته من بينها الاستئناف، حيث نصّت معظم القوانين التحكيمية على الاستئناف في الأمر القاضي برفض منح الصيغة التنفيذية للحكم، أو الاعتراف به، وهو ما عمل به المشرع الجزائري في المادة 1055 ق.إ.م.إ وكذلك القانون المغربي في المادة 48-327 من قانون المسطرة المغربي.

كذلك القانون الفرنسي في نص المادة 1525 من قانون الاجراءات المدنية، وهو ما يدل على حرص المشرع لضمان الالزامية للحكم التحكيمي، من بين طرق الطعن كذلك الطعن بالبطالان حيث فرّق المشرع الجزائري بين حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر، وحكم التحكيم الدولي

¹ - دحماني فريدة، المرجع السابق، ص94.

² - المرجع نفسه، ص96.

الصادر بالجزائر، حيث يختلفان في كون حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر لا يقبل الطعن فيه بالبطلان أمام القضاء الجزائري، في حين أنّ حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر يقبل الطعن بالبطلان أمام القضاء الجزائري، طبقا لنص المادة 01/1058 ق.إ.م.إ.⁽¹⁾، أمّا بخصوص المشرع المصري والفرنسي، قد أجاز الطعن بالبطلان في الأحكام التحكيمية الصادرة بالخارج شرط تنازل الأطراف عن الاستئناف فيها⁽²⁾.

حيث تظهر القوة الإلزامية لحكم التحكيم في دعوى البطلان، في حالة صدور حكم في الدعوى يثبت صحة حكم التحكيم وعدم بطلانه ممّا يؤدي إلى تنفيذه، أمّا في حالة وجود حالة من حالات البطلان المنصوص عليها قانونا فلا ينفذ الحكم إلّا في دولة القاضي الذي أصدر الحكم، ويحق للطرف المتضرر الانتقال إلى دولة أخرى، وطلب الاعتراف بالحكم التحكيمي، كونه نابع عن وسيلة لفض النزاعات الدولية المعترف بها في مختلف القوانين المقارنة، وهو ما يبيّن القوة التنفيذية التي يتمتع بها حكم التحكيم.⁽³⁾

المطلب الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم لفضّ منازعات عقود الاستثمار

يعدّ التحكيم السبيل الأكثر انتهاجا من طرف المستثمر الأجنبي، كونه الطريق الأنجع وهذا راجع للمزايا التي يتمتع بها هذا الأخير، والتي تتناسب وطبيعة منازعات عقود الاستثمار، حيث يوفر السرعة في الإجراءات والسرية والمرونة والحرية في اختيار المحكمين، ممّن يملكون الخبرة والكفاءة حسب طبيعة كل نزاع، وبالرغم من هذه المزايا، إلّا أنّ الدافع الحقيقي للجوء إليه يكمن في انعدام ثقة المستثمرين الأجانب في قضاء الدولة المضيفة لأنهم ينظرون إليه نظرة شك وريبة.

¹ - تنص المادة 01/1058 ق.إ.م.إ. "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه".

² - دحماني فريدة، المرجع السابق، ص122.

³ - المرجع نفسه، ص125.

حيث أصبح التحكيم نظاما قضائيا عالميا مبني على مبدأ سلطان الإرادة فضلا عن ذلك يتم اللجوء إليه لما يتمتع بع عقود الاستثمار من خصوصية كون الدولة الجاذبة للاستثمار طرفا في العقد، ممّا يجعل التحكيم عامل تشجيعي للمستثمر لحماية استثماراته⁽¹⁾، وعليه سنتطرق إلى مبررات اللجوء إلى التحكيم من خلال تناسب التحكيم مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار (الفرع الأول)، ولما تلعبه إرادة الأطراف كعامل جوهري في التحكيم (الفرع الثاني)، ومن خلال كذلك ضمانات التحكيم كعامل تشجيعي لعقود الاستثمار (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تناسب التحكيم مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار

يتمتع التحكيم بمجموعة من المميزات والتي تعتبر من أهم الضمانات للمستثمر الأجنبي، كعدم الانحياز لأحد الأطراف، والسرية وسرعة البث في النزاع، ومرونة الإجراءات، كل ذلك جعل المستثمر الأجنبي يطالب دولته بتضمين البنود التحكيمية في صلب الاتفاقيات الدولية المبرمة مع الدول الأخرى، هذا بغية التهرب من القضاء الوطني لهذه الدول، وهذا راجع لعدة أسباب نذكر من بينها⁽²⁾ أولا: سرعة إجراءات التحكيم أمام القضاء

تعتبر السرعة في المنازعات ذات الطابع التجاري، لا سيما عقود الاستثمار عامل مهم لدى الأطراف المتنازعة، ويعتبر من المبررات الأساسية لاختيار التحكيم كبديل للقضاء، نظرا لارتباط عقود الاستثمار بمشاريع اقتصادية بالغة الأهمية تتطلب السرعة في حل المنازعات التي تنور بشأنها لتجنّب وقوعها في خسائر مادية مثل تجميد رؤوس أموالها، وفقدان الائتمان من طرف البنوك الممولة لها.⁽³⁾

لذلك يعتبر الوقت عامل أساسي في اختيار التحكيم وهذا راجع لعاملين أساسيين هما:

- الأساس الأول: أنّ قانون التحكيم يلزم المحكم بالفصل في النزاع خلال مدة محدّدة حيث أنّ أغلب القوانين والتشريعات قد أعطت للأطراف الحرية لاختيار متى تبدأ إجراءات التحكيم، ومدّته،

¹ - شيرزاد حميد هروري، المرجع السابق، ص 129.

² - المرجع نفسه، ص 129.

³ - رضوان رعية، المرجع السابق، ص 59.

وكل ما يروونه مناسباً حول ذلك، وفي حالة عدم الاتفاق وضع المشرّع مدة زمنية محدودة، وقد اختلفت هذه المدة من نظام إلى آخر.⁽¹⁾

حيث نصّت المادة 54 فقرة 1 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994م على إصدار الحكم خلال الميعاد المتفق عليه من الطرفين، وإذا لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر (12) شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وهو ما ذهب إليه أيضاً المشرّع الجزائري في المادة 1018 ق.إ.م.إ حيث يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة (04) أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم.

- الأساس الثاني: أنّ قضاء التحكيم هو اختصار لدرجات التقاضي، فإذا كان القضاء العادي يستند على مبدأ التقاضي على درجتين (الاستئناف، الطعن بالنقض)، فإنّ التحكيم هو قضاء من درجة واحدة، فالحكم الصادر عن المحكم يكتسب حجة الأمر المقضي به، ولا يجوز الطعن فيه بأيّ طريق من طرق الطعن العادية.

ثانياً: السرية ميزة خاصة ينفرد بها التحكيم

من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التحكيم، هو الحفاظ على السرية في الإجراءات وهو من المزايا التي تشجع المتنازعين اللجوء إلى التحكيم لفضّ نزاعاتهم، لكن هنا لا بدّ أن نشير إلى أنّ الشفافية في بعض الأحيان وبعض المواقع تحتمّ الإعلام والإعلان، فميزة السرية تعدّ أحد العناصر الجوهرية المكونة لنظام التحكيم، وهي من المسائل التي يحرص عليها الأطراف المتعاقدة بغية عدم الإضرار بمشروعاته الاستثمارية.

فالأصل في التحكيم أنّه لا يجوز فيه نشر الأحكام الصادرة عنه إلّا بموافقة المحكّمين والمحكمين، لأنّ النشر يتنافى مع الطبيعة السرية للتجار والمستثمرين⁽²⁾، إلّا أنّ هذه القاعدة ليست مطلقة، حيث يرد عليها استثناءات بجواز العلانية والشفافية، من بينها المصلحة العامة، حيث تعتبر المشاريع التي يترتب عنها إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار، ذات أهمية كبيرة على اقتصاد الدولة، وأحياناً

¹ - شيرزاد حميد هروري، المرجع السابق، ص 134.

² - المرجع نفسه، ص 135.

على كل أفراد المجتمع، فالدولة تتصرف باسم الشعب ولصالحه حسب دساتير معظم الدول، لذلك يجب أن يكون الشعب على علم بكل القرارات المصيرية التي تتخذها دولته.

من بين مظاهر الشفافية نشر قرارات التحكيم، حيث نصّت المادة 48 (05) من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 على عدم امكانية نشر أحكام التحكيم كاملة إلاّ بموافقة الأطراف، ولكنها سمحت بنشر مقتطفات من هذه القرارات متى كان أحد أطراف النزاع ملزماً قانوناً بالإفصاح عن القرار لحماية حق قانوني أو المطالبة به.⁽¹⁾

ثالثاً: عامل المرونة وسهولة الإجراءات

من المزايا التي يتّسم بها التحكيم المرونة وسهولة الإجراءات، فهو يعمل على تبسيط إجراءات الفصل في النزاع، فإجراءاته سهلة وبسيطة تراعي مصالح الأطراف المتنازعة والتحرر من الشكليات التي تقيد القضاء العادي، فالقاضي ملزم بتطبيق نصوص القانون وإلا كان حكمه معيباً، كذلك لا يوجد في التحكيم تعدد درجات التقاضي التي توجد في القضاء، وهذا لربح الوقت والجهد والتكاليف في عمليات الطعن، فعامل الزمن يلعب دور أساسي في التجارة الدولية، فأطراف النزاع يرغبون في حسم النزاع الواقع بينهم في أقصر وقت ممكن، حتى لا تتعطل مصالحهم وأعمالهم.⁽²⁾

كما يملك الأطراف اختيار نوع التحكيم، سواء تحكيم خاص أو تحكيم مؤسسي أو أن يكون هذا التحكيم بالقانون أو بالصلح، كذلك لهم مطلق الحرية في تحديد مكان انعقاد التحكيم وزمانه والمدة التي ينتهي فيها النزاع والقانون الواجب التطبيق، وهو ما لا نجده في القضاء الوطني.⁽³⁾

¹ - محمد عيساوي، "حدود صمود مبدأ السرية في تحكيم الاستثمار أمام مطالب الشفافية"، مجلة معارف، قسم العلوم القانونية، عدد 18، جوان 2015، ص 118.

² - مراد محمود المواجدة، "التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي"، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010، ص 39.

³ - رضوان رعية، المرجع السابق، ص 65.

الفرع الثاني: إرادة الأطراف عامل جوهري في التحكيم

أولاً: دور إرادة الأطراف في تنظيم التحكيم

تلعب الإرادة دوراً هاماً في التحكيم التجاري الدولي، فمن خلالها يتم تحديد موضوع النزاع، والقانون الواجب التطبيق، ففي قضاء الدولة ليس هناك أيّ دور لإرادة الأطراف في عملية الفصل في المنازعات الاستثمارية، كما أنّ مسألة تعيين خبير متخصص في النزاع المعروض متروك للسلطة التقديرية للقاضي وليس للأطراف على عكس التحكيم الذي يتسم بالطبيعة الرضائية، وإرادة الأطراف تتمتع بحريّة مطلقة في اختيار ما تراه مناسباً من نوع التحكيم ومكان وزمان التحكيم والمدة التي ينتهي فيها، وهو مالا نجده في القضاء العادي.⁽¹⁾

ثانياً: دور إرادة الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم

إنّ للأطراف مطلق الحرية في اختيار تشكيل هيئة التحكيم، وهو يعتبر من الحقوق الأساسية لهما، سواء قبل بداية الخصومة التحكيمية أو بعد بدايتها، إذا ما حدث انتهاء مهمة المحكم برده أو عزله أو أي سبب آخر، فمن بين الدوافع الرئيسية لاختيار أطراف النزاع للتحكيم كوسيلة لفض منازعاتهم بدل القضاء تكمن في الحرية لاختيار محكميهم وكيفية تعيينهم، وهو مالا نجده في القضاء فتعين المحكم وتشكيل هيئة التحكيم تحكمه مبدأين أساسيين هما:

- أن تكون إرادة الخصوم هي المرجع الأول في اختيار الهيئة، فإذا تم الاتفاق على ذلك، فيجب الالتزام بما تم الاتفاق عليه.

- مراعاة المساواة بين طرفي النزاع من حيث اختيار المحكمين، فلا يمكن تفضيل طرف على آخر.⁽²⁾

¹ - مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص40.

² - لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص92.

الفرع الثالث: ضمانات التحكيم عامل تشجيعي لعقود الاستثمار

أولاً: التحكيم ضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار

من المتعارف عليه، أنّه لجذب الاستثمارات اللازمة لتنمية موارد الدولة المضيفة، لا بدّ من توفير الحماية القانونية الكافية لتأمين استثمارات الطرف الأجنبي، فتشجيع الاستثمارات الأجنبية يحتاج إلى ضمانات من أهمها الضمانات القضائية، حيث أصبح التحكيم إحدى وسائل جذب الاستثمار الأجنبي، فهو يمثل للطرف الأجنبي الحياد والاستقرار في المعاملات لحماية استثماراته، فالتقوانين الداخلية في الدول النامية سهلة التعديل والإلغاء، لذلك تتصف بعدم الاستقرار، فالتحكيم يزيل مخاوف المستثمر الأجنبي من تمسك الدول بالحصانة القضائية اتجاه مطالبه التي تؤدي إلى إهدار حقوقه، فاستحالة اللجوء إلى التحكيم يعني عزوف المستثمر الأجنبي عن القيام باستثماراته في الدول النامية، ونظراً لحرص هذه البلدان لجذب الاستثمار الأجنبي، فقد أقرّت التحكيم كوسيلة لفض المنازعات المتعلقة بالاستثمار.⁽¹⁾

ثانياً: دور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في تشجيع الاستثمار

يعتبر المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار واحد من أهم مؤسسات التحكيم الدولية في الوقت الراهن، إلى جانب غرفة التجارة الدولية في باريس (ICC)، وجمعية التحكيم الأمريكية (AAA)، وما يميّز هذا المركز عن غيره هو أنّه أسّس لحل المنازعات التي تنشأ في مجال الاستثمار الدولي التي يكون أحد طرفيها دولة والطرف الآخر مستثمر أجنبي.⁽²⁾

تمّ إنشاء هذا المركز بموجب اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول الأعضاء الموقع عليها في 18 مارس 1965م، والتي أصبحت نافذة ابتداء من 12 أكتوبر 1966م، وصادقت عليها الجزائر في 30 أكتوبر 1995م بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346.

¹ - مراد محمود المواحدة، المرجع السابق، ص42.

² - لما أحمد كوجان، "التحكيم في عقود الاستثمار"، د ط، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، لبنان، 2014، ص14.

إنّ الغرض الأساسي من إنشاء اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار هو النهوض بالتنمية الاقتصادية، حيث أنشئت بهدف تسهيل الاستثمار الدولي الخاص، من خلال توفير مناخ استثماري ملائم، ويبدو ذلك واضحاً من خلال مقدمة الاتفاقية التي ورد فيها ما يلي: « إذ تقدّر ضرورة التعاون الدولي من أجل التنمية الاقتصادية، والدور الذي تلعبه الاستثمارات الخاصة الدولية في هذا المجال ». (1)

حيث يعدّ هذا المركز من بين الضمانات لتشجيع الاستثمار، فإنّه يوفرّ العديد من المزايا للمستثمر الأجنبي وكذا الدولة المضيفة، فإذا كان الهدف من الاتفاقية تشجيع الاستثمار الدولي الخاص، فإنّ بنود الاتفاقية تحفظ في نفس الوقت توازناً ما بين مصالح المستثمرين ومصالح الدول المضيفة، هذا فضلاً عن أنّ الاتفاقية تسمح بأن يبدأ أيّ من الطرفين إجراءات التقاضي. وتتمثل المزايا الخاصة بالمستثمر الأجنبي في توفير فرصة التمتع بمزايا التحكيم للمستثمر إذا ما نشب نزاع بينه وبين الدولة المضيفة، فيمكنه اللجوء إلى التحكيم، والذي يعتبر أهم عنصر من عناصر الضمان القانوني القضائي بالنسبة لاتخاذ قرار الاستثمار، خاصة وأنّ التحكيم من شأنه طمأنة المستثمرين الأجانب فيما يخص خضوع نزاعاتهم لقضاء الدولة المضيفة.

أما المزايا الخاصة بالدولة المضيفة للاستثمار فتتمثل في توفير المركز الدولي مناخاً استثمارياً جيّداً ممّا يزيد من الاستثمارات، بالإضافة إلى أنّ اللجوء إلى التحكيم لدى المركز يعتبر تحليلاً عن مباشرة أيّ طريق آخر للتسوية، ويجوز للدولة المتعاقدة أن تشترط لموافقتها على طرح النزاع على التحكيم في نطاق هذه الاتفاقية استيفاء طرف التسوية الداخلية سواء الإدارية أو القضائية، فهو لها درعاً واقياً ضد الحماية الدبلوماسية التي قد تلجأ لها دولة المستثمر لحماية هذا الأخير. (2)

¹ - المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 1995/10/30 يتضمن المصادقة على اتفاقية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المرجع السابق.

² - المادة 27، المرجع نفسه.

خلاصة الفصل الأول

كخلاصة لما سبق تناولنا في هذا الفصل حلول التحكيم محل القضاء في فضّ منازعات عقود الاستثمار واتضح لنا أنّ أولوية اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة هو الأصل، تطبيقاً لمبدأ سيادة الدولة على إقليمها، كون القضاء أحد سلطاتها، ولبعض السلبيات التي تشوب هذا المبدأ فقد أجازت بعض التشريعات للأطراف الاتفاق على اللجوء إلى محاكم دولة المستثمر أو دولة ثالثة وهذه الحالة نادرة الوقوع كونها تصطدم بمبدأ الحصانة القضائية الذي مفاده أنّ الدولة لا تقبل أن يتم مقاضاتها أمام محاكم دول أخرى باستثناء الأفعال ذات الطابع الاقتصادي أو التجاري الذي قيّدت الحصانة القضائية، ما جعل الدولة تتنازل عنها في أعمالها العادية فقط، وعند استنفاد كافة طرق التقاضي الداخلية في تسوية منازعات عقود الاستثمار فإنّها توجد هيئات قضائية دولية كفيلة بتسوية النزاعات ذات الطابع الدولي إلّا أنّ ما يعاب على القضاء الدولي أنّه لا يخول الأشخاص حق المثل أمام أجهزته إلّا عن طريق الحماية الدبلوماسية ما جعل التحكيم الوسيلة البديلة عن القضاء نظراً لما يتمتع به من خصوصية أساسها اتفاق التحكيم الذي يكون في صورة شرط أو مشاركة أو تحكيم بالإحالة وفقاً لشروط موضوعية من رضا ومحل وسبب وشروط شكلية تتمثل في الكتابة على اعتبارها شرط صحة لا إثبات، أمّا تعيين المحكمين فإنّه يكون حسب نوع التحكيم فإذا كان التحكيم حر فإنّه يخضع لإرادة الأطراف أمّا إذا كان مؤسسي فإنّ التعيين يكون من طرف المؤسسة أو الهيئة التحكيمية وفقاً لشروط قانونية يجب توفرها في المحكم، خاصة أنّ تخلف أحدها أو نقصه يكون سبباً في بطلان الحكم التحكيمي أو قابليته للبطلان، هذا الحكم الذي يلزم الطرفين ويحوز قوة الشيء المقضي فيه.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: مساهمة القضاء في اصفاء الفاعلية على التحكيم لفضّ منازعات عقود

الاستثمار

ظهر التحكيم كأفضل وسيلة لتسوية عقود منازعات الاستثمار، وذلك لتناسب هذه العقود مع خصوصيته، ولما كان هذا القضاء الخاص يجد مرجعيته في الإرادة المؤسسة له، وفقا لضوابطها وأركانها، لكن الواقع بين إمكانية تعرض هذه الإرادة إلى عوائق تؤدي إلى عدم اكتمالها في مختلف مراحل التحكيم ما جعل التشريعات والاتفاقيات الدولية تحرص أن يكون للقضاء دورا يؤديه اتجاه التحكيم لرفع هذه العوارض التي تعيق اكتمال الحماية القضائية المسندة له، ذلك أنّ القضاء لا يخرج عن اطار المساندة الشكلية وإلا تعارض مع مبدأ الأثر المانع لاتفاق التحكيم، وكون حالات تدخل القضاء في التحكيم تتمثل في مساعدة الأطراف والهيئة التحكيمية وتذليل الصعوبات التي تعترضهم في هذا الشأن، لكن يجب أن لا نغفل الشق الآخر للقضاء الذي يسعى من خلاله ضمان العدالة وذلك لضمان فاعلية التحكيم، والذي يظهر من خلال مقبولية الحكم التحكيمي بعد صدوره وتأمين تنفيذه، لذلك اقتضت الدراسة في هذا الفصل التطرق إلى الدور المساعد للقضاء في العملية التحكيمية لمنازعات عقود الاستثمار (مبحث أول) والدور الرقابي للقضاء على التحكيم في مجال فضّ منازعات عقود الاستثمار (مبحث ثاني).

المبحث الأول: الدور المساعد للقضاء في العملية التحكيمية لفضّ منازعات عقود الاستثمار

رغم استقلالية التحكيم عن القضاء في الفصل في منازعات عقود الاستثمار إلا أنّ دعم ومساعدة القضاء للتحكيم في كثير من المراحل لا سيما في الجانب الاجرائي لا غنى عنه من أجل تفعيل اتفاق التحكيم وتخطّي العقبات الاجرائية التي بدورها تشكّل خطورة على مبدأ سير العدالة في الخصومة التحكيمية، لا سيما عندما يواجه الأطراف مأزق تشكيل هيئة التحكيم⁽¹⁾، وعند سير إجراءات النزاع ما يعني ارتباطها بإجراءات شكلية غير مرتبطة أساسا بموضوع النزاع، لذا سنتناول في هذا المبحث مساعدة القضاء في تشكيل* هيئة التحكيم (المطلب الأول) ومساعدة القضاء في حسن سير إجراءات التحكيم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مساعدة القضاء في تشكيل هيئة التحكيم

أعطت أغلب التشريعات أهمية خاصة لدور القضاء للتدخل في تشكيل هيئة التحكيم، وهو ما اصطلح عليه القانون الفرنسي بقاضي الدعم* (Juge d'appui)، إذ يستطيع هذا الأخير التدخل في كل المنازعات التي يمكن أن تثور بمناسبة تشكيل هيئة التحكيم، فتدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم هو تدخل تفرضه الطبيعة المميزة للمحاكم التحكيمية المؤسسة على احترام إرادة الأطراف لتذليل الصعوبات وإزالة عوائق تشكيل محكمة التحكيم⁽²⁾، وفقا لقواعد قانونية يعتبرها القانون مستمدة من القوة الملزمة لاتفاق التحكيم⁽³⁾، وتبرز هذه المساعدة من خلال تدخل القضاء في

¹ - نجلاء فليح، "دور القضاء المساند في تشكيل هيئة التحكيم"، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة ريان عاشور، الحلقة، الجزائر، المجلد 13، عدد 1، أفريل 2020، ص 205.

* تشكيل هيئة التحكيم يكون بثلاث طرق، إما بالاتفاق المباشر بين الطرفين على عدد المحكمين أو الشروط الواجب توافرها في الاتفاقية، أو عن طريق تدخل الغير حيث يسند له الأطراف مهمة تشكيل هيئة التحكيم التي تكون مؤسسة أو مركز تحكيمي وقد يكون الغير سلطة معدة سلفا كرئيس جمعية مختصة في التحكيم.

* قاضي الدعم (Juge d'appui) مصطلح استعاره لمشروع فرنسي من قانون التحكيم السويسري وكرسه الفقه والقضاء في فرنسا، من قبل استعماله القانون الفرنسي بموجب المرسوم 2011/48 المؤرخ في 2011/01/13م.

² - رضوان ربيعة، المرجع السابق، ص 99.

³ - نجلاء فليح، المرجع السابق، ص 208.

تعيين المحكمين (الفرع الأول) أو عند رد المحكمين (الفرع الثاني) أو في حالات أخرى لتدخل القضاء في التحكيم (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تدخل القضاء في تعيين المحكمين

يظهر دور القضاء في مسألة تعيين المحكمين أكثر في التحكيم الخاص لما يكتنفه من "عوائق وما يعتريه من نقائص"، لذلك فإنّه توجد حالات لتدخل القضاء وشروط قبول طلب التعيين.

أولاً: حالات تدخل القضاء في تعيين المحكمين

تسند أغلب التشريعات للقضاء مهمة تعيين المحكمين، لكن قيام القضاء بهذه المهمة محصور في حالات معينة، نذكر من بينها ما نصت عليه المادة 14 فقرة 02 من قانون التحكيم المصري⁽¹⁾، على أنّه: "إذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها أو لم يتفق المحكمان المعنيان على أمر مّا يلزم اتفاقهما عليه، أو إذا تخلف الغير عن أداء ما عهد به إليه في هذا الشأن تولّت المحكمة المشار إليها في المادة "09" من هذا القانون بناء على طلب أحد الطرفين، القيام بالإجراء أو بالعمل المطلوب..."، من خلال المادة المذكورة أعلاه فإنّ حالات تدخل القضاء في تعيين المحكمين تكمن في:

1- مخالفة أحد الطرفين لإجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها أو لاختلافهما على هذه الإجراءات.

2- اختلاف المحكمين المعنيين من قبل الأطراف على أمر يلزم اتفاقهما عليه.

3- تخلف الغير عن القيام بما عهد به إليه في شأن اختيار المحكمين.

في حين نجد أنّ المشرع الجزائري قد حصر الحالات التي تسري لتدخل القضاء في تعيين المحكمين في الفقرة 02 من المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾، حيث نصّت

¹ - القانون رقم 27 لسنة 1994 المؤرخ في 18/04/1994، بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، العدد 16، الصادرة في 21/07/1994 المعدل والمتمم.

² - القانون 08-09 المؤرخ في 25/02/2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، المرجع السابق.

على ما يلي: " في غياب التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهيمه التعجيل القيام بما يأتي:

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

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

وعليه تتمثل حالات تدخل القاضي في تعيين المحكمين وفق التشريع الجزائري كما يلي:

1- **حالة غياب التعيين:** يفترض في هذه الحالة غياب تشكيل هيئة التحكيم أو نقص في تشكيلها وذلك عند امتناع كل المحكمين عن تعيين محكمهم إذا كانت هيئة التحكيم تتكون من محكم واحد⁽¹⁾، أو امتناع أحدهما عن تعيين محكمه أو امتناع أحد المحكمين من تعيين المحكم الثالث، ففي هذه الحالة كان المشرع حريصا على أن يسد الطريق أمام الخصم المتخاذل الذي أخلّ بالتزامه بتعيين المحكم من المضي في إعاقه العملية التحكيمية لينأى بالتحكيم عن مطالب الكيد التي أصابت تسوية النزاع أمام القضاء الوطني ومنح القضاء سلطة تعيين محكم في هذه الحالة.⁽²⁾

2- **حالة صعوبة التعيين:** تتسع هذه الحالة للعديد من الفروض، سواء كان التحكيم حرّا أو خاضعا لمؤسسة تحكيم دائمة، وعليه فإن اتفق الأطراف على وضع شروط واجراءات في عملية التعيين، لكن عند مباشرة هذه العملية قد تظهر صعوبات في ذلك فلا مانع في جميع هذه الفروض من مساعدة القضاء، وقد أحسن المشرع الجزائري بذكر مثل هذه الحالة دون تحديد لبعض صور الحالات الشائعة كما فعل المشرع الأردني في نص المادة 16 من قانون التحكيم الأردني.⁽³⁾

3- **حالة عزل المحكمين:** يتخذ عزل المحكمين مظهرين؛ عزل اتفاقي وعزل قضائي.

¹ - أمال بدر، "الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي"، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص35.

² - ناصر شحاتة صالح، المرجع السابق، ص125.

³ - قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001، الجريدة الرسمية الأردنية، عدد 4496 الصادرة بتاريخ 2001/07/16، المعدل بالقانون رقم 16 لسنة 2018، الجريدة الرسمية الأردنية، عدد 5513 الصادرة بتاريخ 2018/05/02.

أ/ العزل الاتفاقي: يقصد به اتفاق المحكمين على ايقاف المحكم عن أداء مهمته⁽¹⁾، وقد نصّ المشرع الجزائري على هذا الصنف من العزل في الفقرة الأخيرة من المادة 1018 من قانون الاجراءات المدنية والادارية بقوله: "لا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الأجل إلاّ باتفاق جميع الأطراف" ومن ثمة لا يجوز عزل المحكم بإرادة منفردة، أمّا في حالة اتفاق الاطراف على عزل المحكم الوحيد أو أحد المحكمين وطرأت صعوبات في تعيينه فيما بعد من جديد سواء كان هذا العزل بعد تعيين المحكم أو قبل قبوله لمهمته وهذا يمكن أن يستوعب الحالتين السالفتين الذكر (الغياب والصعوبة) فيمكن لأحد الأطراف اللجوء إلى القضاء لتعيين محكم ما لم يوجد اتفاق بخلاف ذلك.⁽²⁾

ب/ العزل القضائي: لم ينص المشرع الجزائري على العزل القضائي بتاتا وحصر صور العزل في الصورة الأولى (العزل باتفاق جميع الأطراف)، في حين نجد أن بعض التشريعات المقارنة على غرار قانون التحكيم الأردني قد نصّت عليه، حيث اعتبرت المادة 19 من هذا القانون أنه : "...إذا تعذر على المحكم أداء مهمته أو لم يباشرها أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير غير مبرر في اجراءات التحكيم ولم ينتج ولم يتفق الطرفان على عزله يجوز للمحكمة المختصة الأمر بإخلاء مهامه بناء على طلب أي من الطرفين بقرار لا يقبل طريق من طرق الطعن".

4- حالة استبدال المحكمين: يمكن أن يعتبر الاستبدال ضروريا عندما لا يتمكن المحكم من الاستمرار في وظيفته لأسباب كوفاته أو تعرضه إلى عارض مادي كالمرض المعجز أو مانع قانوني كفقد أهليته أو حرمانه من الحقوق المدنية أو تمّ الحجر عليه أو رده⁽³⁾، كما أنّ فقدان المحكم الوحيد يقود بالضرورة إلى الاستبدال في حالة استمرار عملية التحكيم⁽⁴⁾، والملاحظ أنّ جل التشريعات لم تحدّد

¹ - أمال بدر، المرجع السابق، ص36.

² - رضوان ربيعة، المرجع السابق، ص101.

³ - أمال بدر، المرجع السابق، ص22.

⁴ - عامر فتحي البطانية، "دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي"، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص140
* كرسست غالبية التشريعات والاتفاقيات الدولية مبدأ استبعاد القضاء الداخلي كنتيجة مباشرة للأثر السلبي للتحكيم، مع أنّ للقضاء طابع احتياطي نسبي ومساعد من خلال الالتزام باحترام ارادة الأطراف وعدم تدخله من تلقاء نفسه بل يطلب من الطرف الذي يهيمه التعجيل.

الحالات التي يتم فيها استبدال المحكمين بموجب نص قانوني خاص، بل وردت هذه الحالات ضمن القواعد العامة.

ثانيا: شروط قبول طلب تعيين المحكمين

يقتضي تدخل القضاء في أي حالة من الحالات المذكورة على بعض الشروط حتى يبقى محتفظا بما يرتبه اتفاق التحكيم من أثر سالب للاختصاص* وعدم تدخله من تلقاء نفسه من أجل احترام ارادة الأطراف ووضعها موضع التنفيذ مراعيًا السلامة الاجرائية التي رسمها المشرع والاتفاقيات الدولية، فطلب التعيين لا بدّ أن يكون مستوفيا لجملة من الشروط وهي:

1- وجود اتفاق تحكيم مستوفيا لشروطه الشكلية والموضوعية: إذا ظهر للمحكمة المختصة عدم وجود اتفاق تحكيمي سليم مستوفيا لشروطه الشكلية والموضوعية أو أنّه سقط لانقضاء الميعاد القانوني أو المتفق عليه أو أنّه باطل، فلا يقبل طلب التعيين لأنّه ليس من المنطق أن يطلب منها تعيين محكم لا يكون محل اتفاق، كأن يكون أساس الطلب الاتفاق على اختيار خبير فني.⁽¹⁾

نجد المشرع الجزائري نصّ على هذا الشرط صراحة في نص المادة 1009 فقرة 02 من قانون الاجراءات المدنية والادارية بالنسبة للتحكيم الداخلي والتي جاء فيها: "إذا كان شرط التحكيم باطلا أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم يعاين رئيس المحكمة ذلك ويصرح بالألا وجه للتعين" وما يؤخذ على هذا النص أنّ وصف البطلان أو عدم الكفاية منسوب فقط إلى شرط التحكيم وليس إلى اتفاق التحكيم (شرط كان أم مشاركة).

2- نشأة النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم: لا يجوز أن يتدخل القاضي بتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم سواء كلهم أو بعضهم إلّا إذا نشأ هذا النزاع بين الأطراف المحتكمين⁽²⁾، ويجب التحقق غالبا من هذا الشرط عندما يكون اتفاق

¹ - أمال بدر، المرجع السابق، ص23.

² - محمود السيد عمر التحيوي، "العنصر الشخصي لمحل التحكيم"، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2003، ص369.

التحكيم في صورة شرط تحكيم، ذلك أنّ صورة المشاركة يكون النزاع قد حصل، دائما ولا مجال للتحقق من وقوعه.

3- تقديم أحد المحكّمين طلب التعيين إلى المحكمة المختصة: لا إشكال في تقديم أحد المحكّمين طلب التعيين إلى القضاء سواء كانت هيئة التحكيم مشكّلة من محكم واحد أو من ثلاثة محكّمين، أو أكثر لكن بعدد وتري دائما، لكن الاشكال يقوم عندما يقوم أحد المحكّمين بتعيين المحكم الثالث فهل يكون له الحق في تقديم الطلب أم لا ؟

بالرجوع لنص المادة 1041 من ق.إ.م.إ.ج في فقرتها الأولى نجد أنها جاءت بعبارة "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكّمين أو تحديد شروط تعيينهم..."، وعليه فلا مانع من وضع شرط في اتفاق التحكيم يكون بموجبه للمحكّمين المعيّنين الحق في المحكم الثالث وفي حالة عدم وجود هذا الشرط يمكن تطبيق القواعد العامة وذلك بأن يمنح للأطراف المحكّمين توكيلا خاصا⁽¹⁾ وفقا لنص المادة 574 من ق.م.ج.⁽²⁾

4- عدم اختصاص هيئة التحكيم الدائمة بالتعيين: لا يمكن للقاضي التدخل في تعيين المحكّمين إذا كان اتفاق التحكيم يمنح اختصاص النظر في النزاع لهيئة تحكيم دائمة كون هذه الأخيرة تحتوي على كل الاجراءات واللوائح التي تعالج الصعوبات في مجال تعيين المحكّمين، باستثناء الحالات التي تتطلب تدخل القضاء.⁽³⁾

5- الميعاد: لم يحدّد المشرع الجزائري أجلا لتقديم هذا الطلب في حين حدّدته بعض التشريعات المقارنة، فالقانون الفرنسي ميّز بين حالة تشكيل الهيئة الفردي حيث ترك السلطة التقديرية للقاضي

¹ - نور الدين زرقون، "الدور المساعد للقاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي"، دراسة حالة المساعدة في تعيين المحكّمين، مجلة دفاتر السياسية والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، عدد 12، جانفي 2015، ص2.

² - الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

³ - رضوان ربيعة، المرجع السابق، ص104.

أما في حالة تشكيل الهيئة الثلاثي فحدّد المدة بشهر⁽¹⁾، ومن الانسب أن يحدّد المشرع الجزائري المدة التي يتم من خلالها تقديم طلب تعيين المحكم إلى رئيس المحكمة المختصة* أسوة بالقوانين المقارنة⁽²⁾.

وفي ضوء هذه الحالات والشروط، يتبيّن أن للقضاء دور مساعد في تشكيل هيئة التحكيم واناقد عملية التحكيم من مأزق يمكن أن يعصف به، وإن كان دور القضاء ذا أهمية في تشكيل هيئة التحكيم فإنّه لا يقل أهمية في رد المحكمين.

الفرع الثاني: تدخّل القضاء عند رد المحكمين

يهدف القضاء من خلال تدخله في مسائل رد المحكمين إلى تحقيق نوع من التوازن بين حماية المحكم من جانب، ومن جانب آخر توفير الأسلوب القانوني المناسب لحماية الخصوم إذا ما تبين لهم أسباب من شأنها التأثير على حياد واستقلالية المحكم، ذلك أنّ من حق المحتكمين طلب رد المحكم أو المحكمين قبل الوصول إلى اصدار الحكم التحكيمي، لكن هذا المبدأ يتم من خلال ضوابط معينة ونظام اجرائي معين.

أولاً: مبدأ رد المحكم أو المحكمين

يقصد برد المحكم أن يعبر أحد الأطراف في الخصومة التحكيمية عن ارادته في عدم المثول أمام محكم معين في قضية معينة لتوافر أحد الأسباب التي حدّدها القانون وطبقا للشروط التي يحدّدها⁽³⁾،

¹ - Article 1452 de code de procédure civil français modifié par décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, art extrait du site : <http://www.legifrance.gouv.fr/> visité le : 03.06.2021 à 17h00. En l'absence d'accord des parties sur les modalités de désignation du ou des arbitres :

1°/ en cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne s'accordent pas sur les choix de l'arbitre celui-ci est désigné par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou à défaut, par le juge d'appui,

2°/ en cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie en choisit un et les arbitres ainsi choisis désignent le troisième, si une partie ne choisit pas d'arbitre dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande qui lui en est faite par l'autre partie ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix de troisième dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation.

La personne chargée d'organiser l'arbitrage ou à défaut d'appui procède à cette désignation.

² - أمال بدر، المرجع السابق، ص42.

* المحكمة المختصة لتعيين المحكمين، أنظر المادتين 1041، 1042 من قانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، المرجع السابق.

³ - عامر فتحي البطانية، المرجع السابق، ص98.

وفي أغلب الأحيان يكون ردّ المحكم لسبب عدم استقلاليته وعدم حياده، ولم يكن رد المحكم واردا في القوانين القديمة، فقد كان المبدأ السائد في القانون الفرنسي القديم أنّ المحكم لا يرد، غير أنّ الفكرة تغيّرت بتطور النظرة إلى المحكم ذاته من اعتباره وكيلا إلى اعتباره قاضيا، وبالتالي أصبح من اللازم مراعاة الحياد وحقوق الدفاع المكفولة وطنيا ودوليا للأطراف المتنازعة⁽¹⁾، وقد نصّت على هذا المبدأ اتفاقية تسوية منازعات عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى من خلال نص المادة 57 منها⁽²⁾. إلّا أنّ ممارسة المحكم هذا المبدأ يتم بتوافر أسباب حتى لا يتخذ أطراف الخصومة التحكيمية مبدأ الرد وسيلة لتعطيل التحكيم والتعنّت من جانب أحدهم بالمماطلة للضغط على الآخر والحاق الضرر به⁽³⁾.

الملاحظ أنّ أغلب التشريعات المقارنة اكتفت بتوفر سبب رئيسي لرد المحكم وهو إثارة شكوك في عدم استقلالية وحياد المحكم، إذ نصّت المادة 1/18 من القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنّه: " لا يجوز رد المحكم إلّا إذا قامت ظروف تثير شكوكا جدية حول حياديته أو استقلاله، كما أشارت المادة 10 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (اليونسترال) على أنّه يتم رد المحكم لعدم صلاحية التحكيم بشأن عام أو لأيّ أسباب أخرى⁽⁴⁾.

أمّا المشرع الجزائري فقد نص في المادة 1016 فقرة 01 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على حالات ثلاث تجيز رد المحكم وهي :

¹ طاهر حدادن، "دور القضاء الوطني في التحكيم التجاري الدولي"، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012/2011، ص39.

² المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 1995/10/30، يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول لأخرى، المرجع السابق.

³ رضوان ربيعة، المرجع السابق، ص109.

⁴ القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (اليونسترال) لعام 1985 المنقحة عام 2006م. مأخوذ من الموقع الالكتروني: <https://uncitral.un.org/modelaw> اطلع عليه يوم 2021.06.03 على الساعة 23:00.

* اشارة المشرع لعبارة دون تأخير بسبب الرد يفهم منها التعجيل في تقديم طلب الرد متى علم طالب الرد بوجود هذا السبب، فلا ينبغي على هذا الطالب تأخير تقديم طلبه لكي لا يتخذ ذريعة أو حائلا للنيل من استمرار اجراءات التحكيم أو أي هدف مماطلة.

- ✓ عدم توافره على المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف.
- ✓ وجود سبب منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف.
- ✓ وجود شبهة مشروعة في استقلاليته، كوجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط، فضلا عن هذه الحالات الثلاث فقد أضاف المشرع الجزائري سببا رابعا يتمثل في ضرورة اطلاع الطرف الذي عيّن المحكم أو ساهم في تعيينه عن سبب الرد بعد التعيين للمحكم وأن تبلغ محكمة التحكيم والطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد* أي أنّه إذا كان سبب الرد قائما قبل التعيين وكان الطرف -طالب الرد- عالما به فلا يصلح أن يقدم طلب الرد بناء على هذا السبب، فإذا أثبت طالب الرد وجود الدليل الكافي على توافر حالة من الحالات الواردة في المادة 1016 من (ق.إ.م.إ.ج) فإنّ ذلك يمكن أن يكون مبررا لرد المحكم، لذلك يجب على المحكم إذا ظهر له أنّ هناك من الوقائع أو الظروف ما يمكن أن يمس استقلاليته أن يصرح بوجودها طبقا لنص المادة 1095/فقرة 02 من (ق.إ.م.إ.ج).⁽¹⁾

ثانيا: اجراءات طلب رد المحكم

بالرجوع إلى قوانين التحكيم المقارنة، نجد أنّ قانون التحكيم المصري تطرّق إلى اجراءات الرد⁽²⁾، والتي تبدأ بتقديم طلب كتابي إلى الهيئة التحكيمية المشكّلة يحتوي على كل المعلومات الخاصة، لاسيما سبب أو أسباب الرد المستند إليها، وهذا في مهلة 15 يوما من تاريخ تشكيل هذه الهيئة، وعند عدم الاستجابة للطلب يمكن للمعني الطعن في الحكم التحكيمي الراض للرد، ويكون هذا في مهلة 30 يوما من تاريخ اعلان الحكم، أين يقدم الطلب للمحكمة التي سبق لها أن تدخلت في اجراء التعيينات⁽³⁾، أمّا المشرع الجزائري فلم يحدّد فيقانون الإجراءات المدنية والادارية اجراءات رد المحكم والمدة المحددة لذلك، أمّا عن الجهة المختصة بنظر طلب الرد، فقد اختلفت التشريعات حولها،

¹ - رضوان ربعية، المرجع السابق، ص109.

² - المادة 19 من قانون رقم 27 لسنة 1994، بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري، المرجع السابق.

³ - رضوان ربعية، المرجع السابق، ص110.

فمنهم من خوّّل هذه السلطة لهيئة التحكيم⁽¹⁾، وقد انتقد هذا الرأي كونه يجعل من هيئة التحكيم خصما وحكما في آن واحد، ومنهم من جعل الاختصاص بطلب الرد إلى المحكمة القضائية المختصة*، وهو الرأي الذي تبنته أغلب التشريعات، والتي سار على نهجها المشرع الجزائري أين نصّ في المادة 1016 الفقرتين 4 و 5 من (ق.إ.م.إ.ج) على أنّه: "... في حالة النزاع إذا لم يتضمن نظام التحكيم كليات تسويته، أو لم يسع الأطراف لتسوية اجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمله تعجيل هذا الأمر غير قابل لأيّ طعن".

يتبيّن من نص المادة أعلاه، أنّ المشرع الجزائري ترك أمر تسوية حالة الرد في البداية للأطراف، حيث أنّه إذا طلب أحد الأطراف رد المحكم ولقي هذا الطلب قبول من جانب الطرف الآخر فلا اشكال في ترتيب الرد المتمثل في انتهاء مهمة المحكم، أمّا في حالة رفض الطرف الآخر الأساس الذي أقيم عليه هذا الطلب ولم يتوصلا إلى أيّة تسوية بخصوص الرد، فلا مناص حينئذ من تدخل المحكمة التي تملك الفصل في طلب الرد، وقد انتقد هذا الرأي على أنّه يساعد الطرف سيء النية في عرقلة اجراءات التحكيم كونه يأخذ مدة قد تطول⁽²⁾، وعلى المحكم المطلوب رده أن يقرر التنحي اختيارا عن النظر في النزاع فإذا رفض أو حدث خلاف بين الطرفين حول مسألة رد المحكم يستتبع الحالة الطلب إلى المحكمة التي حدّدها المشرع الجزائري بموجب المادة 1041 من (ق.إ.م.إ.ج).

اكتفى المشرع الجزائري من خلال المادة 1016 الفقرتين 04 و 05 من (ق.إ.م.إ.ج) باختصاص القاضي للبت في طلب الرد بأمر غير قابل لأيّ طعن، وسواء كان هذا الأمر متعلق بقبول الرد أو برفضه لكنه لم يبيّن ما مصير الاجراءات التي تشارك هذا المحكم المطلوب رده فيها، وقد تطرق لها المشرع المصري في المادة 19 فقرة 3 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لعام 1994م بأنّه: "لا

¹ - المادة 13 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (اليونسترال) لعام 1985م مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006م. متوفر على الرابط الالكتروني: <https://uncitral.un.org/modellaw> اطلع عليه يوم 2021.06.03 على الساعة 14:22.

* هناك اتجاه ثالث يخوّل الفصل في طلب الرد إلى هيئة مستقلة وتكون في أغلب الأحيان ادارة منظمة أو مركز للتحكيم أو أي جهة أخرى يتم تحديدها من لوائح وأنظمة التحكيم.

² - رضوان ربيعة، المرجع السابق، ص111.

يترتب على تقديم طلب الرد وقف اجراءات التحكيم، وإذا حكم برد المحكم ترتب على ذلك اعتبار ما يكون قد تمّ من اجراءات التحكيم بما في ذلك حكم المحكمين كأن لم يكن"، والملاحظ أنّ المشرع المصري لم يشترط وقف اجراءات التحكيم كأثر لمجرد تقديم طلب الرد احتراماً لمبدأ الاستمرارية في الاجراءات، وإن كان جانب من الفقه يرى ضرورة وقف اجراءات التحكيم عند تقديم طلب الرد، يشعر صاحب الطلب بأنّ طلبه قد أخذ على محمل الجد⁽¹⁾، ويرى البعض الآخر أنّه يجب وقف الخصومة التحكيمية حتى يفصل في طلب الرد وهو ما أخذ به المشرع التونسي⁽²⁾، في نص المادة 25 بقولها: "توقف اجراءات التحكيم إذا قدم طلب في عزل المحكم أو التجريح فيه إلى حين البث في الطلب".

الفرع الثالث: حالات أخرى لتدخل القضاء في التحكيم

يتدخل القضاء لمساعدة التحكيم في إتمام بعض الاجراءات التي تخصه، ولا يمكن ذكر هذه المسائل على سبيل الحصر، لأنها وردت في نص المادة 1048 (ق.إ.م.إ.ج) بعبارة: "...أو في حالات أخرى"، ومن أبرز تلك الحالات نجد على سبيل المثال أتعاب المحكمين وتفسير وتصحيح الأخطاء المادية وتكملة الإغفالات التي تشوب حكم التحكيم.

أولاً: أتعاب المحكمين

يقصد بالأتعاب في هذا الشأن ذلك الالتزام المادي الذي يقع على عاتق المحكمين، نتيجة الجهد المبذول من طرف الهيئة التحكيمية الفاصلة في موضوع النزاع المرفوع إليها من طرف الخصوم⁽³⁾ وهو ما يعرف بالأجر، فلا يستحق هذا الأجر للمحكم إلا إذا تمّ التحكيم بإصدار الحكم أو القرار ويجوز أن يتضمن اتفاق التحكيم أتعاب المحكمين، والملاحظ أن التشريعات المقارنة وكذا

¹ - لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص233.

² - القانون التونسي رقم 42 لسنة 1993، المؤرخ في 26/04/1993، يتعلق بإصدار مجلة التحكيم، الرائد الرسمي، عدد 33، الصادرة بتاريخ 1993/05/04م.

³ - رضوان ربيعة، المرجع السابق، ص113.

المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذا الأمر ولا إلى كيفية تنظيمه بل ترك فيه الأمر إلى حرية الأطراف، ويتفق الأطراف عادة على أن يتحمل كل طرف أتعاب المحكم الذي رشّحه، ويتحمل الطرفان مناصفة أتعاب رئيس الهيئة، وعند عدم الاتفاق تتولى هيئة التحكيم بنفسها تقديره⁽¹⁾، وهذا لا يعني أنّه ليس للقاضي دور حول مسألة أتعاب المحكمين.

يظهر دور القضاء في هذا الشأن عند اختلاف المحتكمين على الأتعاب، وقامت هيئة التحكيم بتقدير ذلك، فإنّ قرارها يكون قابلاً للطعن فيه أمام المحكمة المختصة ويتم الطعن في هذا القرار بصفة مستقلة عن الطعن في أسباب التحكيم الأخرى، ودون الحاجة إلى أن يكون هناك أسباب للطعن في حكم التحكيم⁽²⁾، وتتمتع المحكمة المختصة بالسلطة التقديرية في ذلك، غير أنّ عليها أن تراعي طبيعة التحكيم الدولي والأخذ بعين الاعتبار النفقات التي يتكبدها المحكمون في السفر وما تتضمنه الأعراف التجارية في هذا الشأن أيضاً، مع مراعاة قيمة القضية والمال المتنازع عليه⁽³⁾، وكذا الجهد المبذول من قبل المحكمين، أمّا المدة الواجب خلالها تسديد هذه المصروفات فعادة ما تكون بعد صدور الحكم المنهي للنزاع، لكن لا خلاف أن يتم الاتفاق على تسديدها بعد البدء في اجراءات التحكيم⁽⁴⁾.

ثانياً: تفسير وتصحيح الأخطاء المادية وتكملة الإغفالات التي تشوب حكم التحكيم

الأصل أنّ مهمة المحكم تنتهي بإصدار الحكم المهني للخصومة غير أنّه أمام إمكانية أن يصدر هذا الحكم مشوباً بغموض أو بخطأ مادي فيستوجب تفسيراً للأول وتصحيحاً للثاني كما قد يصدر مغفلاً لبعض نقاط النزاع التي كانت معروضة على هيئة التحكيم ولم تفصل فيها ممّا يستوجب تمديد

¹ - رضوان ربيعة، المرجع السابق، ص 49.

² - مهند عزمي أبو مغلي وأحمد حمدان الجهني، "رقابة القضاء على حكم التحكيم في القانون الأردني"، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات، الامارات العربية المتحدة، عدد 38، 2008، ص 282.

³ - عامر فتحي البطانية، المرجع السابق، ص 192.

⁴ - رضوان ربيعة، المرجع السابق، ص 114.

مهمة المحكم استثناء لتكملة ما يعتري الحكم الصادر من نقص، هذا ما أجازته العديد من التشريعات.⁽¹⁾

غير أنّه عند تعذر اجتماع هيئة التحكيم بعد اصدارها للحكم التحكيمي إمّا لوفاة أحدهم أو سقوط أهليته أو لأيّ سبب آخر ممّا يكون له الأثر البالغ على مصالح المحكّمين، وخصوصا من صدر الحكم لصالحه، ولا سبيل لحل هذا المأزق إلّا بمساعدة القضاء، والقاضي عند قيامه بهذا الدور المنوط بهيئة التحكيم عليه التقيّد بعدم تعديل مضمون الحكم التحكيمي، ففي حالة اكمال القرار أو الحكم التحكيمي فيتوجب على القاضي النظر والرد على الدفوع التي أغفلت عنها هيئة التحكيم بقرارها وتعليلها تعليلا قانونيا وموضوعيا من خلال استعراض الدفوع الجوهرية التي يتمسك بها، ولا يجوز للقاضي هنا أن ينظر في دفوع أو وثائق أو مستندات جديدة لم يسبق التعهد بها من طرف هيئة تحكيم وهو ما نصّت عليه المادة 2/1485 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي⁽²⁾، فلا يقف دور القضاء عند المساعدة في تشكيل هيئة التحكيم فقط بل يتعداه بالمساعدة في حسن سير اجراءات التحكيم.

المطلب الثاني: مساعدة القضاء في حسن سير اجراءات التحكيم

يتواصل دعم القضاء لعملية التحكيم وتحديد هيئة التحكيم حتى الوصول بها إلى صدور حكم التحكيم، الذي يمثل الغاية من الاتفاق على التحكيم، إنّ هذا الدعم والمرافقة ضروريان ومهمان في الوقت نفسه، ذلك أنّ مدى مرافقة القاضي للمحكم عند سير الاجراءات يعتبر داعم للهيئة التحكيمية في بناء الحكم، وحفظ الحق محل الاتفاق التحكيم، ولما للقضاء من سلطة الأمر والالزام التي لا تتوفر في قضاء التحكيم، وسنحاول ابراز هذا الدعم لهذه الهيئة عند المساعدة في اثبات الأدلة

¹ - المادة 1030 من القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، المرجع السابق. والمادة 51 من قانون رقم 27 لسنة 1994، بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري، المرجع السابق.

² - المرسوم رقم 48-2011 المؤرخ في 13 جانفي 2011 المتضمن قانون الاجراءات المدنية الفرنسي. متوفر على الرابط : <http://www.legifrance.gouv.fr/> اطلع عليه بتاريخ 2012/04/18 على الساعة 23:40 .

(الفرع أول) أو عند المساعدة في المسائل الأولية أو العارضة منه (الفرع ثاني) أو عند طلبها اصدار تدابير تحفظية أو وقتية (الفرع ثالث).

الفرع الأول: تدخل القضاء بالمساعدة في اثبات الأدلة أو البحث عنها

مما لا شك فيه أنّ القاضي حتى يقضي لمن يدّعي حقا، لا بدّ لصاحب الحق أن يثبت ذلك بالدليل الذي ينص عليه القانون "لأنّ الدليل هو أساس الحق"، فالحق الذي ينكر على صاحبه ولا يقام عليه دليله ليست له قيمة عملية فهو والعدم سواء من الناحية القضائية⁽¹⁾، ولما كان المحكم يستمد سلطته وولايته من اتفاق التحكيم، حيث كفل له القانون صلاحية الحصول على الأدلة والمستندات اللازمة للإثبات في الموضوع المتنازع عليه، ورغم صلاحية هيئة التحكيم لكفالة حق الدفاع والمواجهة⁽²⁾، إلّا أنّها لا تتمتع بسلطة الاجبار مما جعل تدخل القضاء في هذا الشأن أمرا لازما، ذلك أنّ هذا التدخل من طرف القضاء في تقديم الأدلة لهيئة التحكيم له أساسه القانوني وصور تختلف باختلاف الوسيلة التي تراها هيئة التحكيم مناسبة للدعوى.

أولا: الأساس القانوني لتدخل القضاء في تقديم الأدلة لهيئة التحكيم

تستمد هيئة التحكيم سلطاتها من اتفاق التحكيم، ذلك أنّ المحكّمين لهم حرية الاتفاق على طرق الإثبات وأدلتهم والقانون الذي يحكم الإثبات وإن لم يتفقوا على ذلك اختارت هيئة التحكيم القانون الذي تراه مناسبا أو يتفق مع المحكّمين على طرق الإثبات والأخذ بما يصلح من أدلة⁽³⁾، ويمكن أن يتم هذا في الجلسة التمهيدية، وبعد تقديم بيان الدعوى من الطرف الذي تقدم بطلب التحكيم، تتولى هيئة التحكيم تسيير الخصومة باعتبارها قضاء خاصا، غير أنّ هذه الهيئة لا تتمتع بالصلاحيات الممنوحة للقضاء مثل سلطة الاجبار والانابة، لما يجعلها تلجأ للقضاء لطلب المساعدة،

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصار الالتزام"، المجلد الثاني، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص578.

² - ناصر شحاتة صالح، المرجع السابق، ص133.

³ - المادة 1047 من القانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

فيتدخل القضاء استثناءً وفقاً لما قرّره له المشرع⁽¹⁾، وقد نصّت العديد من التشريعات المقارنة على تدخل القضاء في تقديم الأدلة والمستندات، ذلك أنّ قانون التحكيم الفرنسي رقم 48 لسنة 2011 أجاز لقضاء الدولة الزام الغير بتقديم أي دليل اثبات تحت يده شريطة تقديم طلب من محكمة التحكيم إلى رئيس المحكمة المختصة، وذلك عملاً بمقتضى المادة 1469/فقرة 02، ولم يكتف المشرع الفرنسي عند هذا الحد بل أطلق سلطة محكمة التحكيم في امكانية الزام أحد الأطراف بتقديم أدلة اثبات وأن تأمره بتقديمه بالكيفية التي تحددها طالما كانت مصلحة الدعوى تقتضي ذلك، وإلاّ كان لمحكمة التحكيم أن تقضي بغرامة تهديدية عملاً لمقتضى المادة 1467/فقرة 03.⁽²⁾

أمّا المشرع المصري فقد نصّ في المادة 37 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 أنّه يمكن لهيئة التحكيم أن تطلب من رئيس محكمة استئناف القاهرة أو أي محكمة استئناف أخرى يتفق عليها الأطراف.

1- الحكم على من يتخلّف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الاجابة بالجزاءات المنصوص عليها في المادتين 78 و 80 من قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية.

2- الأمر بالإلابة القضائية: الملاحظ أنّ المشرع المصري لم يجز لهيئة التحكيم طلب تقديم أدلة اثبات إلاّ بناء على طلب أحد الأطراف، مع مراعاة مقتضى الشروط التي ينص عليها قانون الاثبات، كما أنّه ليس لهيئة التحكيم أن تلجأ إلى القضاء المصري لإلزام الغير الذي ليس طرف في الخصومة التحكيمية بتقديم مستند تحت يده.⁽³⁾

أمّا المشرع الجزائري فقد نصّ في المادة 1048 من ق.إ.م.إ على منح هيئة التحكيم أو لأيّ طرف من أطراف النزاع الذي يهيمه التعجيل بعد الحصول على إذن من هيئة التحكيم سلطة طلب

¹ - رضوان ربيعة، المرجع السابق، ص 116.

² - علي عبد الحميد تركي، "التطورات الجديدة لنظام التحكيم في القانون الفرنسي (دراسة تحليلية في ضوء المرسوم رقم 48 لسنة 2011)"، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، المجلد 90، عدد 90، الشتاء والربيع، 2017، ص 476.

³ - عامر أحمد الجارحي، "اتجاه هيئات التحكيم لإعمال قواعد التجارة الدولية على منازعات العقود الادارية ذات الصفة الدولية (عقود الدولة)"، الكتاب الأول، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2018، ص 413.

المساعدة من القضاء الوطني للحصول على الأدلة بقولها: "إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة.... جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة أو الطرف الذي يهّمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي.

ثانيا: صور المساعدة القضائية في توفير أدلة الاثبات لهيئة التحكيم

نصّت التشريعات المقارنة على صور الأدلة التي يستطيع القاضي أن يساعد بتقديمها حيث نصّ المشرع المصري صراحة على تلك المعاونة فيما يتعلق بشهادة الشهود والاناة القضائية لكنه أغفل النص عليها في وسائل الاثبات الأخرى⁽¹⁾، أمّا المشرع الجزائري فلم ينص على صور الأدلة التي يستطيع القاضي أن يساعد بتقديمها ممّا يستوجب الرجوع للقواعد العامة الموجودة في قانون الاجراءات المدنية والادارية، لكن يفهم من العبارة الأخيرة من المادة 1048 ق.إ.م.إ والتي تنص على أنّه: " ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي " أي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أو مكان اقامة الشاهد او مكان تواجد المال محل المعاينة أو المحكم الذي يقع في دائرة اختصاصه مكان اجراء الانابة.⁽²⁾

ويمكن أن تتجسّد صور أدلة الاثبات التي تتطلب التدخل بالمساعدة القضائية فيما يلي:

1- الاثبات الكتابي: تعد الكتابة أهم طرق الاثبات وأقواها، فتصلح لإثبات جميع الوقائع وتصرفات قانونية أو أعمال مادية مهما بلغت قيمة الأثر القانوني المدعى به.

فالكتابة في حالة عدم اعدادها مقدما للإثبات، يمكن الاستدلال بها عند وقوع النزاع كما هو الحال بالنسبة إلى دفاتر التجار⁽³⁾، وقد أخذت الاتجاهات الفقهية والتشريعية الحديثة بالمحررات

¹ - ناصر شحاتة صالح، المرجع السابق، ص134.

² - رضوان ربيعة، المرجع السابق، ص117.

³ - طاهر حدادن، المرجع السابق، ص39.

الالكترونية كوسائل اثبات كتابية، بل أنّ هناك من اعتبر الكتابة في شكلها الالكتروني مثل الكتابة في شكلها الورقي.⁽¹⁾

ولما كانت الهيئة التحكيمية قاصرة على الزام أي طرف على تقديم المستندات التي يجوزته والتي قد تكون على أهمية كبيرة لإصدار حكم فاصل موضوع النزاع، فلا سبيل إلاّ باللجوء للقضاء بطلب المساعدة في اجباره كونه ينفرد بالتمتع بهذه الخاصية أين يفصل القاضي في اشكالية امتناع أحد الأطراف أو الغير عن تسليم الأوراق والمستندات والوثائق، بالمطالبة بذلك شفاهيا، وعند الاقتضاء تحت طائلة غرامة تهديدية لأجل معيّن، وكيفية تبليغ الأوراق واستردادها من الخصوم.

2- شهادة الشهود: منح المشرع لهيئة التحكيم امكانية الأمر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم إذا تطلّبت ظروف القضية أن تستدعي الشهود لسماعهم واستجوابهم في حالة عدم كفاية المستندات التي تحت يدها⁽²⁾، إلاّ أنّ صلاحيات المحكم تقف عند مدى استجابة الطرف الشاهد فإن امتنع من تقديم شهادته فليس على المحكم إلاّ طلب المساعدة القضائية في ذلك، ويجب على القاضي أن يجيب هيئة التحكيم في ما تطلبه وإلاّ عدّ منكرا للعدالة.⁽³⁾

ينحصر دور القضاء في مجال الشهادة على اجبار الشاهد بالحضور أمام المحكم أو المحكمين، أو توقيع الجزاءات المنصوص عليها قانونا* على الشاهد الذي تخلف عن الحضور بعد تكليفه تكليفا صحيحا بالحضور من هيئة التحكيم أو حضر لكنه امتنع عن الاجابة عن الأسئلة الموجهة إليه.⁽⁴⁾

¹ - المادة 323 مكرر من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

² - رضوان ربعية، المرجع السابق، ص118.

³ - عامر فتحي البطانية، المرجع السابق، ص136.

* لم ينص قانون الاجراءات المدنية والادارية 08-09 على الجزاء المقرر في حالة التخلف عن الحضور للشهادة والذي يبقى من سلطة القاضي في حين كان القانون 93/12 المتضمن ق.إ.م.إ. كان يوقع غرامة ما بين 50 و 100دج مع تحمل المصاريف في حالة اعادة تبليغهم وتخلفوا عن الحضور.

⁴ - عامر فتحي البطانية، المرجع السابق، ص136.

3- الاستعانة بالخبراء: تعد الخبرة من أهم الوسائل التي تلجأ إليها هيئة التحكيم للحصول على أدلة الإثبات في الدعوى التحكيمية، لذلك منحت القوانين والأنظمة التحكيمية للمحكم سلطة تعيين وندب الخبراء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب المحكّمين.⁽¹⁾

ودور القضاء بالاستعانة بالخبراء له ما يبرره قبل تشكيل هيئة التحكيم في حال الاستعجال كأن يندب أحد المحكّمين من القضاء بندب خبير لمعاينة بضاعة يخشى عليها التلف، أمّا بعد تشكيلها فالأمر موكل لهيئة التحكيم ولها تقدير ذلك، فإن رأت حاجة بإجراء خبرة مع منع أحد المحكّمين الخبير من اجراء تحقيقه وعدم التعاون معه بأي من الصور، فلها ان تطلب المساعدة القضائية لإجباره عن عدم التعرض للخبير.

4- الانابة القضائية: يقصد بالإنابة القضائية حق المحكمة التي تنظر الدعوى في تفويض محكمة أخرى للقيام بأحد الاجراءات القضائية نيابة عنها بسبب بعدها عن مكان الاجراء المراد اتخاذه، أو وجود أي مانع يحول دون قيامها به.⁽²⁾

وإذا كانت حاجة محاكم الدولة إلى الانابة القضائية على هذه الدرجة من الأهمية في بسط سلطاتها خارج الحدود الإقليمية للمحكمة، فإنّ الحاجة إليها من طرف هيئات التحكيم أولى، حيث تطلب هذه الهيئة من المحكمة المختصة اصدار أمر بالإنابة إلى محكمة أخرى للقيام بأيّ اجراء نيابة منها، ويكون هذا الطلب في شكل عريضة تشتمل على جميع البيانات اللازمة الخاصة بالإجراء وعلى أية حال فإنّ المحكمة المختصة تتقيّد في اصدار قرار الانابة بما جاء في الطلب المقدم إليها من هيئة التحكيم، ولا يجوز لها تجاوز حدود هذا الطلب، لكن يجب أن يرفض القاضي تلقائياً تنفيذ الانابة القضائية المطلوبة منه، من أيّ سلطة قضائية أجنبية، إلّا إذا كان هناك اتفاق دولي، أو إذا كان من شأنها المساس بالسيادة أو بأمن الدولة أو بالنظام العام.⁽³⁾

¹ - لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 293.

² - خالد إبراهيم أحمد التلاحمة، "تدخل المحكمة للمساعدة في الحصول على أدلة الإثبات واتخاذ الاجراءات الوقتية والتحفظية في أثناء سير اجراءات التحكيم"، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الامارات، الامارات العربية المتحدة، ع 53، يناير 2013، ص 115.

³ - المادة 121 من القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، المرجع السابق.

الفرع الثاني: تدخل القضاء في المسائل الأولية أو العارضة

قد تثار خلال اجراءات التحكيم مسائل تخرج عن ولاية هيئة التحكيم، ما يعني أنّ هذه المسائل تخرج عن اتفاق التحكيم أصلاً⁽¹⁾، وطبقاً لنص المادة 1021 من ق.إ.م.إ.ج على المحكم أن يوقف سير اجراءات العملية التحكيمية ويحيلها للجهة القضائية المختصة لحين الفصل فيها، ثم استئناف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في هذه المسائل العارضة.

أولاً: تعريف المسائل العارضة (الأولية)

يقصد بالمسائل الأولية كل مسألة يجب أن تصفى أولاً حتى يتسنى الحكم في الدعوى بعد ذلك على أساسها⁽²⁾، وعليه فإنّ الحكم في القضية مرتبط بها لحين الفصل فيها أولاً، ومن ثمّ جاءت التسمية بأنّها أولية*، يتحقق هذا الارتباط عن طريق عنصر الأطراف محل النزاع، أو عنصر الموضوع، أو عنصر السبب، وتحديد ما يعد مسألة أولية ووزن مدى ارتباطها بالمسألة الأصلية⁽³⁾، وهاته المسائل هي ممّا يخرج عن حدود ولاية المحكم*، إمّا لكونها غير قابلة للتحكيم أصلاً وإمّا أنّ الاتفاق لا يشملها، ويتعيّن اللجوء في شأنها للمحكمة المختصة، ويجب وقف اجراءات التحكيم حتى يفصل فيها نهائياً، فإذا فصل المحكم في هذه المسائل تعرّض حكم التحكيم للطعن بالبطلان، ومن الأمثلة على هذه المسائل الأولية ما يلي:

- المسائل التي تتعلق بالأدلة والمحركات الرسمية التي يقدمها أحد الأطراف فيطعن فيها الطرف الآخر بالتزوير أو المسائل الجنائية.

¹ - عامر فتحي البطانية، المرجع السابق، ص130.

² - أحمد هندي، "أصول قانون المرافعات المدنية والتجاري"، د ط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2002، ص735.

* أعتد المشرع الجزائري في المادة 1021 ق.إ.م.إ.ج مصطلح المسائل العارضة.

³ - رضوان ربعية، المرجع السابق، ص121.

* هناك مسائل داخل حدود ولاية المحكم أي داخل اتفاق التحكيم وعلى المحكم البث فيها، فعملاً بمقتضيات المادة 13 من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية، نجد أنّ للأطراف الاتفاق على منح المحكم سلطة البث في الادعاءات العارضة شريطة توقيع مذكرة بذلك وإعلانها في النزاع المعروض عليه أو الاتفاق على عرضها على القضاء الوطني.

- المسائل المتعلقة بالنظام العام عموماً المنصوص عليها في نص المادة 1006 ق.إ.م.إ.ج.

- مسألة الملكية في دعوى القسمة.⁽¹⁾

- مسألة من مسائل الافلاس مثل تحديد فترة الرية تمهيدا للتعرف على ما إذا كان المدين قد أبرم اتفاق التحكيم قبل التوقف عن الدفع من عدمه.⁽²⁾

وفي كل الأحوال يجب على القضاء البث في هذه المسائل بسرعة تماشياً مع مميزات نظام التحكيم واستئناف عمل هيئة التحكيم في اصدار حكمها المنهي للنزاع.

ثانياً: شروط تدخل القضاء في المسائل الأولية

يشترط لتدخل القاضي في الفصل في المسائل الأولية ثلاث شروط نوردتها فيما يلي:⁽³⁾

1. أن تثار المسائل الأولية في الدعوى، وعليه يجب على المحكم في هذا الفرض اللجوء إلى القضاء الوطني للفصل فيها لوجود ارتباط بين الدعوى الأصلية والمسائل الفرعية الأولية التي يتوقف عليها الفصل في النزاع.

2. أن لا تكون هذه المسألة الأولية من اختصاص هيئة التحكيم، أي أنّها إذا كانت المسألة الأولية تدخل في ولاية الهيئة التحكيمية، وليست ذات جدوى بالنسبة لعملية التحكيم، فإنّه يجب على المحكمة الفصل فيها لاختصاصها بها، ولا تلتزم في تلك الحالة بإحالة طلب وقف الاستمرار في وظيفته دون انتظار الفصل فيها من المحكمة.

3. أن تقرر هيئة التحكيم أنّ الفصل في المسألة الأولية هو لازم للفصل في أصل النزاع، بمعنى أنّ الهيئة التحكيمية لها السلطة التقديرية في تقرير المسائل الأولية على اعتبار أنّ كل نزاع له ملابسات وظروف تختلف من قضية لأخرى أي أنّ الهيئة التحكيمية تختص بالبحث عن مدى جدية الدفع بالمسألة الأولية ومدى لزومها للفصل في النزاع المطروح عليها، ولذلك فقد تنظر هيئة التحكيم النزاع رغم اثاره المسألة الأولية وذلك إذا أثبت لها أنّ الدفع غير جدّي، أمّا إذا وجدت الدفع جدّي وأنّ

¹ - أحمد هندي، المرجع السابق، ص736.

² - عامر فتحي البطانية، المرجع السابق، ص132.

³ - رضوان ربيعة، المرجع السابق، ص123.

الفصل في المسألة الأولية لازم للفصل في النزاع فليس أمامها سوى وقف الاجراءات لحين استصدار حكم نهائي من المحكمة المختصة في المسألة الأولية.⁽¹⁾

الفرع الثالث: تدخل القضاء في اصدار التدابير الوقائية أو التحفظية

تتفق أغلب الانظمة القانونية والاتفاقيات الدولية على أنّ تدخل القضاء الوطني بنظر المسائل الوقائية والمستعجلة لا يعد تنازل عن التحكيم ولا يتعدى على استقلالته وذلك أنّ هناك حالات تكون فيها هيئة التحكيم قاصرة عن اتخاذ التدابير الوقائية نتيجة السلطة القسرية لها مقارنة بالقضاء، ومن ثمة يكون اللجوء إلى المحكمة المختصة أمراً ضرورياً.

أولاً: تعريف التدابير الوقائية أو التحفظية

تعرف التدابير الوقائية أو التحفظية بصفة عامة بأنها مجموع ما يؤمر به من الاجراءات وعلى وجه الاستعجال، بناء على طلب كل ذي مصلحة للمحافظة على الحق ودرء الخطر عنه تمهيداً لتحقيقه في المستقبل عند طلب الحماية أمام قضاء الموضوع.

كما عرّفها محكمة العدل للمجموعة الأوروبية: " أنّ التدابير الوقائية والتحفظية هي التدابير المخصصة للمحافظة على مركز واقعي أو قانوني، بهدف حماية الحقوق المطلوب الاعتراف بها من قاضي الموضوع الذي يفصل في النزاع⁽²⁾، وفي حين هناك من يميز بين التدابير الوقائية والتدابير التحفظية، فالتدابير الوقائية هي عبارة عن حماية بديلة تحل مؤقتاً محل الحماية القضائية والتنفيذية العادية، ومثالها النفقة الوقائية التي يحكم بها مؤقتاً إلى أن يصدر حكم موضوعي في النفقة ، معنى ذلك أنّ القرار الصادر بها يقيّد به القاضي أو المحكم عن الفصل في الموضوع، ولا يجوز على حجته أمام القضاء عند الفصل في الدعوى نهائياً، أمّا التدابير التحفظية فهي تهدف إلى المحافظة على الحق لضمانه في المستقبل فهي وسائل تكفل وجود الحق عندما يصدر حكم في الموضوع، ومثالها الحكم الصادر بحراسة قضائية على مال متنازع فيه هذا الحكم ينتهي أثره بصدر الحكم لطرف من الأطراف

¹ - رضوان ربيعة، المرجع السابق، ص123.

² - المرجع نفسه، ص124.

بملكيتها⁽¹⁾، والواضح أنّ التدابير التحفظية لها أهمية كبيرة في حماية الحقوق المتنازع عليها خوفاً من تدمير الأدلة أو اخفائها أو زوالها، فهي تعد من وسائل حماية الحق من قصور وسائل الحق العادية أو نقصها.

ثانياً: موقف التشريعات من التدابير الوقائية والتحفظية

أثارت مسألة تدخّل القضاء في مجال التدابير الوقائية والتحفظية جدلاً فقهيًا حيث ظهرت ثلاث اتجاهات:

1. الاتجاه الأول: يرى ضرورة انفراد قضاء الدولة باتخاذ هذه التدابير دون مشاركة من هيئة التحكيم، ويبرّر ذلك بأنّ القضاة أكثر دراية بالقانون، وأنّ قضاء الدولة هو الذي يحتكر سلطة التنفيذ الجبري بصفة قاصرة عليه وأنّ التدابير الوقائية والتحفظية غالباً ما تحتاج إلى سلطة القصر والجبر⁽²⁾، وذلك أنّ التعبير الأمثل عن سلطة الاجبار يبرز في سلطة منح الصيغة التنفيذية للتصرف أو حكم معيّن في حين أنّ المحكم فاقد لهذه السلطة⁽³⁾، وهو لا يملك سلطة تنفيذ أحكامه، ممّا يضطرّه إلى اللجوء إلى القضاء للحصول على أمر بتنفيذ هذه الأحكام.⁽⁴⁾

2. الاتجاه الثاني: هو عكس ما ذهب إليه المذهب الأول ويرى أنّ الاختصاص بنظر المسائل الوقائية والتحفظية هي مسألة تدخل في إطار اتفاق التحكيم، ويختص بها المحكم وحده دون غيره بالفصل فيها⁽⁵⁾، وكما أنّ هيئة التحكيم أقدر من غيرها في تقدير مدى ملائمة اتخاذ هذه التدابير انطلاقاً من كونها تملك الفصل في موضوع النزاع فالأولى أنّها تستطيع اتخاذ مثل هذه التدابير التي لا تمس بأصل هذا النزاع، إضافة إلى أنّ اختصاص هيئة التحكيم بهذه التدابير يحقق الاقتصاد في النفقات والوقت، وأمّا كون هيئة التحكيم لا تملك سلطة الجبر فلها اصدار الغرامة التهديدية.

¹ - رضوان ربيعة، المرجع السابق، ص 124.

² - حفيظة السيد الحداد، "مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الاجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية، المتفق بشأنها على التحكيم"، دط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 1996، ص 99-100.

³ - المرجع نفسه، ص 20.

⁴ - أمال بدر، المرجع السابق، ص 90-91.

⁵ - عامر فتحي البطانية، المرجع السابق، ص 118.

3. الاتجاه الثالث: هو اتجاه وسط بين الاتجاهين، حيث يرى بخضوع هذه التدابير للاختصاص المشترك بين قضاء الدولة وهيئة التحكيم، بمعنى أنّ لجوء الأطراف إلى القضاء الوطني بشأن التدابير الوقائية لا يعد تنازلاً عن اتفاق التحكيم، ومن غير المنطقي منع الأطراف وحرمانهم من اللجوء إلى الاستفادة من القواعد العامة التي تحكم اجراءات الاستعجال المنظمة من قبل النظم القانونية القضائية الأصلية بهذا الاختصاص⁽¹⁾، والملاحظ أنّ هذا الاتجاه وإن حاول الجمع بين ضرورات السرعة المطلوبة في التجارة الدولية بوجه عام وعقود الاستثمار بوجه خاص، ومقتضيات المساعدة القضائية كون أنّ هيئة التحكيم لا تملك سلطة الاجبار إلّا أنّ له سلبية تتمثل في امكانية اصدار الأوامر من الجهتين، وبالتالي تداخل في الاختصاص.

تعترف الغالبية الكبرى من التشريعات بالاختصاص المشترك لكل من القضاء الوطني وقضاء التحكيم ومن ذلك قانون التحكيم الكويتي رقم 38 لسنة 1980م⁽²⁾ في نص المادة 173/ف 6 على أنّه: "يشمل التحكيم المسائل المستعجلة ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك"، وكذلك المشرع الجزائري في نص المادة 1046 ق.إ.م.إ حيث جاء فيها ما يلي: "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على أحد الاطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك"، إذا لم يرقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إرادياً، جاز للمحكمة أن تطلب تدخّل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون القاضي.

يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير، فمن خلال هذه المادة يمكن القول أنّ المشرع الجزائري في الفقرة الاولى منح الاختصاص لهيئة التحكيم حتى في حالة عدم الاتفاق على الجهة

¹ - رضوان ربيعة، المرجع السابق، ص129.

² - قانون رقم 38 لسنة 1980م، المتضمن اصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، متوفر على الرابط الإلكتروني <http://law.almohami.com/>، اطلع عليه يوم: 2021/06/06 على الساعة 22:00.

المختصة بالفصل في طلب التدبير، وأنّه يمكن الاستعانة بالقضاء عند عدم التنفيذ الارادي للتدبير، حتى لو اشتمل اتفاق التحكيم على إسناد اصدار هذه التدابير لهيئة التحكيم.

وعليه يمكن القول أنّ المشرع الجزائري أقرّ بالاختصاص المشترك بين التحكيم والقضاء في مجال الاجراءات أو التدابير الوقائية أو التحفظية وذلك لمنح نظام التحكيم أكبر قدر من الفعالية⁽¹⁾، وهذا ما دفع بالمشرع الجزائري إلى عدم اخضاع هذه التدابير إلى اختصاص القضاء الجزائري وحده، وإتّما منح الاختصاص أيضا لهيئة التحكيم متى اتفق الأطراف على ذلك.

¹ - أمال بدر، المرجع السابق، ص96.

المبحث الثاني: الدور الرقابي للقضاء على العملية التحكيمية

يلعب التحكيم دوراً هاماً في فض المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الأجنبي، ولما يميّز به من مزايا عن القضاء، إلّا أنّه لا يمكن نفي التكامل والانسجام بين النظامين حيث يتفقان في هدف واحد هو الفصل في المنازعات بحل عادل وملزم، فالتحكيم يعرف بأنّه نظام قضائي خاص، يختار فيه الأطراف قضاتهم، ويعهدون إليه بمقتضى اتفاق مكتوب للفصل في النزاع القائم بينهم⁽¹⁾، ومن مظاهر الحكم التحكيمي أنّه ملزم بحيث يحق للمحكم اصدار قرار الالتزام ولكنه لا يملك سلطة الالتزام بالتنفيذ، لذلك استقرت التشريعات ومن بينها القانون الجزائري والفرنسي وكذلك المصري الرجوع لقضاء الدولة لمنحه القوة التنفيذية بعد التأكد من صحته.⁽²⁾

فمن أجل انجاح العملية التحكيمية لا بدّ من تدخل القضاء للمساعدة والرقابة حيث تتجلى هذه الرقابة في عنصرين: الرقابة على اشكالات الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم (المطلب الأول)، والرقابة على بطلان حكم التحكيم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الرقابة على اشكالات الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم

لا يقتصر التدخّل القضائي في العملية التحكيمية على المرحلة السابقة فقط لصدور الحكم التحكيمي، بل يمتد لما بعد صدور المقررات التحكيمية، حيث تعد هذه المرحلة من أهم الأطوار والتي تفضي إلى اصدار حكم التحكيم المنهي للنزاع التحكيمي، فالأصل أن ينفذ هذا الحكم اختيارياً، ولأنّ الاحكام التحكيمية لا تملك قوة النفاذ، ممّا يدفع الطرف المحكوم له في حالة تقاعس الطرف الآخر على التنفيذ إلى اللجوء إلى السلطة العامة لإجباره على التنفيذ الجبري بالحصول على أمر

¹ - علي حسام سيد عبد الرحيم، "منازعات التجارة الدولية بين القضاء والتحكيم: دراسة مقارنة"، المجلة العربية للدراسات الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، عدد2، أغسطس 2019، ص250.

² - فرعون محمد، "الرقابة القضائية على القرارات التحكيمية"، أطروحة دكتوراه قانون المنازعات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2017/2018، ص7.

بالتنفيذ من القاضي المختص قانوناً، فينحصر دور القضاء هنا إلى ضمان فعالية ومصدقية التحكيم بالاعتراف به وتذليله بالصيغة التنفيذية حتى يستهدف الانصاف وفورية التنفيذ.⁽¹⁾

فهناك من يوسع في هذه الرقابة، وهناك من يحدّها في الجانب الشكلي مثل ما هو معمول به في الجزائر، حيث تقتصر سلطة القاضي على فحص الصحة والمشروعية الظاهرة للحكم التحكيمي المطلوب الأمر بتنفيذه، وعليه فهناك جملة من الضوابط والشروط حتى يضمن الاعتراف به وتنفيذه وعليه سيتم التطرق إلى معرفة هذه الضوابط (الفرع الأول) ثم انعقاد الاختصاص للاعتراف بأحكام حكم التحكيم وتنفيذه (الفرع الثاني) وأخيراً الصيغة التنفيذية في الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم (الفرع الثالث).

الفرع الأول: ضوابط الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي

في غياب تعريف تشريعي في النصوص القانونية والاتفاقيات الدولية حول الاعتراف بأحكام التحكيم، فقد اجتهد بعض الفقهاء في اعطاء تعريف له، ويمكن استخلاص تعريف الاعتراف بأنه اجراء يتمثل في أخذ الموافقة من النظام القانوني الوطني لتنفيذ حكم التحكيم الدولي، أمّا الاعتراف يعني أنّ حكم التحكيم قد صدر بشكل صحيح وملزم للأطراف، أمّا التنفيذ فيعني الطلب إلى الخصم الذي صدر القرار ضده بأن ينفذ ما جاء في الحكم وإلاّ أجبر على ذلك بموجب الاجراءات التنفيذية لقانون الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها.⁽²⁾

يعتبر تنفيذ الحكم التحكيمي هو الهدف الثاني من نظام التحكيم، وتعد هذه المرحلة هي الأخيرة والأهم، فالأصل أن ينفذ الحكم التحكيمي اختياريًا، لكن متى تماطل الطرف الذي وقع عليه عبء تنفيذ الالتزام في تنفيذه يحق للطرف الآخر إجباره على تنفيذه عن طريق السلطة القضائية⁽³⁾ بعد أمر بالتنفيذ وامهارة بالصيغة التنفيذية، بعد توفر جملة من الضوابط تتمثل في فحص مشروعية

¹ - ربيعة رضوان، ياسمين لعمال، "ضوابط تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في الجزائر"، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، عدد 19، جوان 2018، ص156.

² - محمد داود الزعبي، "دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية"، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص235.

³ - المرجع نفسه، ص236.

حكم التحكيم، ومدى موافقته للسياسة العامة في الدولة (أولا) وكذا مدى احترام سلامة نظام الاجراءات المتبع في الدولة (ثانيا).

أولا: ضابط السياسة العامة في الدولة

بمعنى لا بدّ من أن يخضع التحكيم للقيود التي وضعها القانون الداخلي بالموازاة مع الاتفاقيات الدولية المصادق عليها ، بشكل لا يخرق معه سياسة الدولة، إذ لا يجب أن يتعارض حكم التحكيم الأجنبي مع النظام العام للدولة ⁽¹⁾، وأن يكون حائز على قوة الشيء المقضى فيه، وأن لا يتعارض مع حكم أو قرار أو أمر سبق صدوره من جهات قضائية وطنية.

1 - قيد النظام العام في الدولة

يقوم القاضي الوطني بمراقبة الحكم التحكيمي ومدى توافقه مع النظام العام في الدولة، فهو الذي يملك سلطة تقديرية في تقرير ذلك، فالأخذ بفكرة النظام العام هنا يعتبر كسب لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق المخالف للمبادئ والأسس التي يقوم عليها المجتمع. ⁽²⁾

كما يجب احترام القواعد المتعلقة بالنظام العام التي لا تجيز التحكيم في مسائل محدّدة، مثل الأحوال الشخصية ⁽³⁾، المسائل الجنائية المتعلقة بالمصلحة العامة، وهذا ما نصّت عليه المادة 1006 من ق.إ.م.إ الجزائر وكذلك مختلف التشريعات، حيث لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في اطار الصفقات العمومية.

¹ - مناني فراح، المرجع السابق، ص152.

² - المرجع نفسه، ص154.

³ - مراد محمود الموحدة، "التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي دراسة مقارنة"، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص46.

وعليه يجوز الاعتراف بتنفيذ الاحكام التحكيمية المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، أو تلك المتعلقة بالمسائل الجنائية، أو المنفعة العامة، كذلك لا يجوز التحكيم في دستورية القوانين أو تزوير في الانتخاب فهي مع الاختصاص المنفرد للدولة.⁽¹⁾

2- أن يكون الحكم حائز على قوة الشيء المقضى فيه

يقصد بقوة الشيء المقضى فيه أن يكون قرار حكم التحكيم نهائياً أي أنه حكم فاصل في الخصومة المعروضة على الهيئة التحكيمية، أو المسألة الاجرائية بشكل يعبر عنه عن استنفاد ولايته فيها وبشكل يصبح حكم قطعي لا رجوع فيه، أي غير قابل للطعن فيه بالطرق العادية (الاستئناف، المعارضة)⁽²⁾، وترجع أهمية اشتراط قوة الشيء المقضى فيه للحكم الأجنبي إلى عامل توفير الاستقرار، فليس هناك ما يمنع من امكانية اصدار أمر بالتنفيذ بخصوص حكم أجنبي تمّ الغاؤه أو عدم اعتراف به في الدولة التي صدر فيها.

3- ألا يتعارض مع حكم أو قرار أو أمر سبق صدوره من جهات قضائية وطنية

يقصد به هنا استحالة قانونية وقضائية لتنفيذ حكم أجنبي قضائي تحكيمي، واغفال الحكم أو الأمر أو القرار الوطني في مسألة معيّنة، ما دام الحكم الوطني صدر بين نفس الأطراف وحول الموضوع نفسه، واكتسب قوة الشيء المقضى فيه، فإنّ هذا الحكم يصبح أولى بالتنفيذ عن نظيره الأجنبي، بهدف عدم المساس بسيادة الدولة القضائية، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الضابط في المادة 1051 من ق.إ.م.إ، إذ لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الاقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية في احدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذه المادة.⁽³⁾

¹ - عامر أحمد الجارحي، المرجع السابق، ص 80.

² - مصلح أحمد الطراونة، "الرقابة القضائية على الاحكام التحكيمية في القانون الأردني، دراسة مقارنة"، ط 1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 145.

³ - حكم المحكمة العليا في قرار لها قضية رقم 509000 الصادر في 2009/09/16م، منشور في مجلة المحكمة العليا، عدد 1، سنة 2010، ص 233.

ثانيا: ضابط السلامة الاجرائية لتنفيذ حكم التحكيم

يقصد بهذا الضابط أنّه لا يمكن اتخاذ أي قرار للاعتراف وتنفيذ الحكم الأجنبي داخل الدولة، إلّا بعد تأكد القاضي الوطني من مراقبة صحة العملية التحكيمية برمتها منذ انعقاد الخصومة التحكيمية مروراً بتشكيل هيئة التحكيم إلى صدور الحكم التحكيمي⁽¹⁾، ثم احترام قواعد الاختصاص إلى آخر اجراء في طلب التنفيذ، وما يرفقه من مستندات ثم الاعتراف إلى المقر بالصيغة التنفيذية وفق ما هو منصوص عليه في القانون الوطني.

1- حسن سير الخصومة التحكيمية

ينشأ التحكيم بالمعنى الصحيح إذا اتفق طرفي النزاع على اختياره كوسيلة لفض المنازعات التي تنشأ بينهم أو المستقبلية، سواء كانت شرطا أو مشاركة أو احالة، ممّا يجعل محاكم الدولة غير مختصة للفصل في النزاع القائم ويمنح للمحكم سلطة الفصل فيه بقرار ملزم، وعليه يجب أن تتوفر في اتفاق التحكيم باعتباره عقد من توفر الشروط الموضوعية والشكلية حتى يبرم اتفاق التحكيم صحيح، كما فرض المشرع أن يصدر الحكم التحكيمي من هيئة تحكيمية مستوفية كذلك لشروط صحتها⁽²⁾، وأي عيب يصيب الهيئة، فإنّ ذلك من شأنه أن يرفض الاعتراف بالحكم التحكيمي ويكون سببا لبطلانه، كما يجب أن لا يتجاوز المحكم سلطاته بالفصل في النزاع المعروض عليه وفي حدود الولاية التي منحها الأطراف للمحكم، فإذا تجاوزها أصبح معيب وبالتالي رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم.

2- الالتزام بقواعد الاختصاص

يشترط في الحكم الأجنبي حتى يمنح له الأمر بالتنفيذ في معظم الدول أن يصدر من الجهة المختصة، وثبوت الاختصاص لها قانونان وتختلف القوانين الوطنية فيما يتعلق بتحديد الجهة القضائية

¹ - محمد داود الزعبي، المرجع السابق، ص 248.

² - سواء كانت الشروط القانونية المتمثلة في أن يكون شخص طبيعي، وأن تتوفر فيه الأهلية اللازمة كبلوغ سن الرشد ولم يحجر عليه، وغير محروم من حقوقه المدنية طبقا لنص المادة 1014 ق.إ.م. أو يكون محايدا ومستقلا لا تربطه بالخصوم قرابة وانتفاء سلامته في فض النزاع.

المختصة لإصدار أمر تنفيذ حكم التحكيم والاجراءات الواجب اتباعها، وللاتفاقيات الدولية الدور البارز في توحيد مسألة تنفيذ الحكم، فاتفاقية نيويورك مثلا لم تضع منهج معيّن لتنفيذ القرارات التحكيمية، بل تركت مسألة تنفيذها لقواعد الاجراءات في البلد المراد التنفيذ فيه وضرورة احترام الشروط التي يضعها قانون تلك الدولة.⁽¹⁾

الفرع الثاني: انعقاد الاختصاص بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم

إنّ جوهر مهمة القاضي المختص بالأمر بالتنفيذ هو منح القوة التنفيذية للحكم التحكيمي، وموضع الخلاف حول مدى سلطة هذا القاضي في منح هذه القوة أو رفضها، وعليه فإنّ المحكمة إمّا أن تأمر بالتنفيذ وإمّا أن ترفضه دون أن تتعرض للأساس القانوني للقضية المعروضة عليها، فهي لا تفصل في النزاع وإنما تتأكد من توفر الشروط التي اشترطها المشرع في الحكم وخلوه من موانع التنفيذ⁽²⁾، وعليه سنتطرق إلى دراسة القاضي المختص بإصدار الأمر بالتنفيذ (أولا) ثم اجراءات اصدار الأمر بالتنفيذ حكم التحكيم (ثانيا).

أولا: القاضي المختص بإصدار الأمر بالتنفيذ

إنّ سلطة القاضي الأمر بالتنفيذ هي سلطة ولائية، لا سلطة قضائية بالمعنى التقليدي، وذلك خلافا لسلطة القاضي الذي ينظر دعوى البطلان، حيث يراقب فيها قاضي البطلان مدى مطابقة حكم التحكيم، للشروط القانونية المقررة بالقانون، حيث يقوم القاضي الوطني من التحقق من توافر شروط معينة حتى يمكنه قانونا اصدار الأمر بالتنفيذ، والمقصود هنا التحقق من شروط خارجية لا تمتد إلى التصدي لموضوع التزام ومراقبة تطبيق القانون على النزاع، وقد اختلفت التشريعات المقارنة في تحديد تلك الشروط، ورغم ذلك يمكن القول أنّ هناك قاسما مشتركا في هذه التشريعات أو على الأقل في أغلبها على الاعتماد على بعض الشروط اللازمة لكي يصدر القاضي الوطني أمرا بتنفيذ الحكم

¹ - المادة 03 من المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 1988/11/05، يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الاجنبية وتنفيذها، المرجع السابق.

² - مصلح أحمد الطراونة، المرجع السابق، ص285.

الأجنبي ولعلّ أهمها مراعاة حق الدفاع وسلامة الاجراءات وعدم المساس بالنظام العام في الدولة المطلوب فيها التنفيذ، وقد يضاف إلى ذلك شرط المعاملة بالمثل.⁽¹⁾

لقد عاجلت مختلف التشريعات الجهات القضائية المختصة بإصدار أوامر التنفيذ، ففي القانون المصري فقد جعل المشرع المصري الاختصاص بإصدار أمر التنفيذ للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع إذا كان التحكيم وطنياً أو داخلياً، أمّا في مجال التحكيم التجاري الدولي فإنّ الاختصاص يكون لرئيس محكمة استئناف القاهرة، أو لرئيس أي محكمة استئناف أخرى، يكون الاطراف قد اتفقوا على اختصاصها بنظر مسائل التحكيم، وهذا وفقاً للمادتين 09 و 59 من قانون التحكيم المصري⁽²⁾، أمّا المشرع الجزائري فإنّ رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها الحكم هو المختص بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، طبقاً للمادة 1035 ق.إ.م.إ، والعبرة هنا بالمكان الموضح في حكم التحكيم، حيث يستلزم المشرع أن يتضمن الحكم تحديد مكان التحكيم، والمقصود بالمحكمة هنا هي المحكمة الابتدائية، ويصدر الأمر بالتنفيذ دون مواجهة بين الخصوم، وعلى طالب التنفيذ أن يودع أصل الحكم لدى أمانة ضبط المحكمة مرفقاً بنسخة من اتفاق التحكيم.⁽³⁾

ثانياً: اجراءات اصدار الأمر بالتنفيذ

لقد عاجلت مختلف تشريعات التحكيم مسألة الاجراءات الواجب اتباعها لاستصدار الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي، ففي القانون المصري فإنّه يمكن للطرف الذي صدر لصالحه حكم التحكيم أن يقدم طلبه إلى رئيس المحكمة من أجل استصدار أمر التنفيذ طوعاً، فعند صدور أمر التنفيذ يمكنه تنفيذ الحكم جبراً، ويسري أن يكون المحكوم له ليس طرفاً في خصومة التحكيم، حيث يقوم القاضي الوطني من التحقق من توافر شروط معيّنة حتى يمكنه قانوناً إصدار الأمر بالتنفيذ، والمقصود هنا التحقق من شروط خارجية لا تمتد إلى التصدي لموضوع النزاع ومراقبة تطبيق القانون على النزاع.

¹ - ناصر شحاتة صالح، المرجع السابق، ص 172.

² - زهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 366.

³ - المرجع نفسه، ص 373.

اختلفت التشريعات المقارنة في تحديد تلك الشروط، ورغم ذلك يمكن القول أنّ هناك قاسماً مشتركاً في هذه التشريعات أو على الأقل في أغلبها على الاعتماد على بعض الشروط اللازمة لكي يصدر القاضي الوطني أمراً بتنفيذ الحكم الأجنبي ولعلّ أهمها: مراعاة حق الدفاع وسلامة الاجراءات وعدم المساس بالنظام العام في الدولة المطلوب فيها التنفيذ، وقد يضاف إلى ذلك شرط المعاملة بالمثل⁽¹⁾، حيث يقدم الطلب وفقاً للقواعد العامة في الأوامر على العرائض، أي بعريضة من نسختين متطابقتين مشتملة على وقائع الطلب وأسانيده، وموطن الطالب مع ارفاق المستندات اللازمة لذلك، وفقاً للمادة 56 من قانون التحكيم المصري، ولا يجوز للقاضي أن يصدر أمر تنفيذ معلقاً على شرط، فهو إما أن يصدر الأمر أو يرفض اصداره.

أما في القانون الجزائري فإنه بعد تقديم طلب استصدار الأمر بالتنفيذ على عريضة، وإيداع صورة حكم التحكيم وإيداع نسخة من اتفاق التحكيم يمكن للقاضي أن يصدر أمراً بالتنفيذ أو رفض التنفيذ، ويراقب مدى توفر الشروط الشكلية التي أوجب المشرع توافرها في الحكم طبقاً للمواد 1026 - 1027 - 1029 ق.إ.م.إ، وفي حالة رفض طلب التنفيذ يجب على القاضي تبين الأمر الصادر برفض الطلب وهو قابل للاستئناف، أما في حالة اصدار الأمر بالتنفيذ يمكن لأي طرف في التحكيم أن يطلب نسخة رسمية موهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم من رئيس أمناء الضبط.⁽²⁾

الفرع الثالث: الصيغة التنفيذية في الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم

إنّ معظم التشريعات تتطلب صدور أمر تنفيذ الحكم التحكيمي، ليتمكن الأطراف من تنفيذه، على أن يكون هذا الأمر صادر عن جهة قضائية في الدولة ولها صلاحية الأمر بالتنفيذ، ففي حالة رفض المحكوم له بالحكم تنفيذه، فإنّ هذا الحكم يفقد للقوة التنفيذية لتنفيذه جبراً، فالقوة التنفيذية تلحق حكم المحكم بعد امهاره بالصيغة التنفيذية، حيث ينحصر دور القضاء هنا في اضعاء الصيغة

¹ - ناصر شحاتة صالح، المرجع السابق، ص 172.

² - لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 374.

التنفيذية من خلال فحص الحكم من الناحية الشكلية، وصحته القانونية، ومدى احترام اتفاقية التحكيم وبندوها، وكذا عدم مساسها للنظام العام لقانون القاضي.

فعندما يصدر القاضي قرارا بالاعتراف بالحكم وتنفيذه يترتب عليه أثرين أساسيين وهما: منح الحكم التحكيمي القوة التنفيذية لكي يتم تنفيذه جبرا (أولا)، والزامية تبليغ أطراف النزاع بالأمر بتنفيذ الحكم (ثانيا).

أولا: منح القوة التنفيذية اللازمة للحكم التحكيمي للتنفيذ الجبري

في حالة امتناع الطرف الآخر عن التنفيذ الطوعي للحكم، يصدر حينها القاضي قرارا بالاعتراف بالحكم وتنفيذه، وذلك بإضفاء الصيغة التنفيذية عليه، فالصيغة التنفيذية هي الدليل على صلاحية الحكم للتنفيذ، حيث يرتقي حينها الحكم التحكيمي إلى مرتبة الأحكام والقرارات القضائية العادية من حيث طريقة التنفيذ، تجدر الإشارة إلى ضرورة التفريق بين حجية الحكم التحكيمي بالنسبة للشئ المقضى فيه ومصدره الحكم التحكيمي وما قضى فيه، وبين قوّتها التنفيذية التي تستمد من الأمر بالتنفيذ الصادر عن جهة قضائية، فالهيئة التحكيمية تصدر حكما تحكيميا، بينما قاضي التنفيذ لا يفصل في النزاع بل يؤكد فقط على صحة وحجية الحكم التحكيمي ويمنحه القوة التنفيذية لكي ينفذ جبرا، في حالة رفض تنفيذه طوعا. (1)

حيث انضمت الجزائر بتحفظ لاتفاقية نيويورك 1958م الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، حيث تنفذها جبرا في غياب التنفيذ الطوعي، وقد تعرضت المادة 02/1051 ق.إ.م.إ. لمسألة تحديد الجهة القضائية المختصة بذلك وتختلف بحسب ما إذا كان الحكم التحكيمي قد صدر في الجزائر أم في الخارج، فإذا كان مقر التحكيم في الجزائر، فإنّ طلب التنفيذ يوجه من طرف المعني بتعجيل التنفيذ إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها المكان الذي صدر فيه الحكم التحكيمي، وهو نفس الموقف الذي أخذ به المشرع الفرنسي في المادة 1516 ق.إ.م.

¹ - مصلح أحمد الطراونة، المرجع السابق، ص. 156.

الفرنسي، أمّا المشرع المصري فقد عهد لهذا الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة، ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر، وهذا سواء جرى التحكيم في مصر أو خارجها.

أمّا إذا كان مقر التحكيم خارج الاقليم الوطني، كما جاء في نص المادة 1051 ق.إ.م.إ. الجزائري فإنّ اختصاص اصدار الأمر بالتنفيذ يرجع لرئيس المحكمة التي يطلب فيها التنفيذ.

أمّا المشرع الفرنسي والمصري فلا يفرّقان بين الجهة القضائية المختصة بالأمر بالتنفيذ سواء صدر الحكم في فرنسا ومصر أو خارجهما، بينما أخضعا اجراءات التنفيذ لنفس الشروط والشكليات، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري.

ثانيا: تبليغ أطراف النزاع بالأمر بتنفيذ الحكم

يتم تبليغ الأمر بالتنفيذ لأطراف النزاع حسب نفس الاجراءات التي يتم بها تبليغ الأحكام القضائية العادية، كون الحكم التحكيمي بعد صدور الأمر بالاعتراف به أو الأمر بتنفيذه، أصبح بمثابة حكم قضائي، فيقوم رئيس المحكمة المختصة بإصدار أمرا بذيل أصل الحكم أو بهامشه يأذن بمقتضاه لكاتب الضبط تسليم نسخة رسمية منه ممهورة بالصيغة التنفيذية للطرف المعني به، أي الطرف الذي طلب الاعتراف أو تنفيذ الحكم⁽¹⁾، حيث يترتب عن التبليغ بدء سريان مختلف الآجال القانونية للطعن التي ترد ضد الحكم التحكيمي، أو ضد الأمر بالاعتراف به أو الأمر بتنفيذه، وذلك ابتداء من تاريخ تبليغه للأطراف.⁽²⁾

يتضح لنا ممّا سبق عرضه، أنّ القاضي الوطني يقوم بمراقبة سطحية للحكم التحكيمي، لا سيما من حيث التأكد من وجود الحكم التحكيمي وعدم مخالفته للنظام العام الدولي فإنّ المراقبة الحقيقية للحكم التحكيمي تقوم به الجهات القضائية بمناسبة الطعن في الأمر بالاعتراف والتنفيذ أو الطعن بطلان الحكم التحكيمي والتي ستتطرق إليه في المطلب الثاني.

¹ - المادة 1036 م من القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، المرجع السابق.

² - المادة 1057، المرجع نفسه.

المطلب الثاني: الرقابة على بطلان حكم التحكيم

بالرغم من أنّ أحكام التحكيم نهائية لا يجوز الطعن فيها بالاستئناف أو النقض، وذلك تماشياً لمزايا التحكيم من حيث السرعة في الاجراءات وتقصير أمر القاضي، إلّا أنّ المشرع لم يترك حكم التحكيم بمنأى عن أية رقابة من جانب القضاء، حيث أجاز الطعن عليه بدعوى بطلان أصليته، في حالة وجود احدى حالات البطلان المحددة بموجب القانون⁽¹⁾، حيث يعرف البطلان على أنّه وصف يلحق تصرف قانوني مخالف للقانون حتى ولو تمّ صحيحاً، فالبطلان هنا جزء لهذا التصرف القانوني وعدم ترتبه لآثاره القانونية، أي ضياع الحقوق وعليه فإنّ دعوى بطلان حكم التحكيم هي دعوى موضوعية تقريرية يرفعها كل من له مصلحة في النزاع سواء من أطراف الخصومة أو من الغير.⁽²⁾ وعليه سنتطرق إلى حالات الطعن ببطلان أحكام التحكيم (الفرع الأول) كما أنّ لدعوى البطلان آثار على تنفيذ حكم التحكيم (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حالات الطعن ببطلان أحكام التحكيم

الأصل أنّ الأحكام القضائية لا يطعن فيها بالبطلان، إلّا أنّ معظم التشريعات أجازت الطعن بالبطلان في حكم التحكيم، على اعتبار أنّ المحكم لا يستمد ولايته من الشارع، وإنّما من اتفاق التحكيم، فإذا كان هذا الاتفاق منعداً أو باطلاً صار القرار الصادر من المحكم في حكم العدم⁽³⁾، فمن بين أوجه الاختلاف بين الحكم القضائي وحكم التحكيم، وهو ما يميّز هذا الأخير، هو أنّ حكم التحكيم يخضع لدعوى مستقلة من أجل ابطاله، وهو ما لا نجده في الحكم القضائي، كما أنّ رقابة قضاء الدولة تقتصر على رقابة المشروعية أو الصحة، أي مراقبة الطريق الذي اتخذته المحكم

¹ - سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص. 180.

² - محمود داود الزعبي، المرجع السابق، ص. 89.

³ - زهر بن سعيد، المرجع السابق، ص. 379.

لإصداره قراره، وليس عن ما تمّ تقريره أو الفصل فيه، بالإضافة إلى عدم تعارضه هذا القرار أو الحكم على النظام العام⁽¹⁾، وعليه سيتم التطرق إلى حالات الطعن بالبطلان وفقا للتشريعات الوطنية.

أولاً: الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم وفقاً للقانون الفرنسي

إنّ المشرع الفرنسي فرّق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، فطبقاً للمادتين 1482 و1491 من قانون المرافعات الفرنسي، فإنّ أحكام التحكيم الداخلية تقبل الطعن بالاستئناف، إلّا أنّ هذا الطعن لا يسري إذا تضمن اتفاق التحكيم ما يفيد تنازل الأطراف عن حق الطعن بالاستئناف، أو إذا كان المحكم مفوضاً بالحكم وفقاً لقواعد العدالة والانصاف، أمّا بالنسبة لأحكام التحكيم الدولية لا تخضع لدعوى البطلان ولا يجوز الطعن فيها بالاستئناف الصادرة خارج فرنسا، أو في منازعات دولية، ويكون ذلك ممكناً فقط بالنسبة لأحكام التحكيم الدولية التي تصدر في فرنسا، فقد فتح المشرع باب رفع دعوى لطلب بطلانها⁽²⁾، ويبقى أمام الطرف المتضرر من الحكم سوى رفع دعوى البطلان في حالة ما إذا توافرت حالة من الحالات التي تجيز رفع هذه الدعوى والتي حدّد لها المادة 1484 من القانون الفرنسي، وتتمثل في:

1. عدم وجود اتفاق التحكيم، أو بطلانه أو انقضاؤه.
2. وجود مخالفة للقواعد الخاصة بتعيين المحكم أو تشكيل محكمة التحكيم.
3. إصدار المحكم للحكم دون الالتزام بحدود مهمته.
4. عدم احترام مبدأ المواجهة.
5. عدم تضمين الحكم بياناً بأسماء المحكمين أو بيان تاريخ الحكم.
6. الإخلال بقاعدة تتعلق بالنظام العام.
7. عدم تبين الحكم (حين قضت المادة 1/1471 على ضرورة كون المحكم مسبباً لسابع للبطلان).

¹ - محمود داود الزعبي، المرجع السابق، ص313.

² - المرجع نفسه، ص321.

8. عدم توقيع جميع المحكمين أو عدم رفض الأقلية.

حيث أنّ هذه الحالات وردت على سبيل الحصر، فلا يمكن الطعن بالبطلان غير هذه الحالات.⁽¹⁾

ثانيا: الطعن بالبطلان في حكم التحكيم في القانون المصري

طبقا للمادة 1152 من قانون التحكيم المصري، فإنّه لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقا لأحكام هذا القانون، الطعن فيها بأيّ طريقة من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية، فحكم التحكيم وفقا لقانون التحكيم الحالي لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف، كما لا يقبل التماس اعادة النظر، ولو تحققت حالة من حالاته، كما لا يقبل الطعن بالنقض مهما شابه من عيوب⁽²⁾، فنجد هنا نوعا من الحصانة المتميزة لأحكام التحكيم، فهي تسمو على أحكام القضاء.

فإذا كان المشرع المصري قد أقرّ عدم جواز الطعن في حكم التحكيم بأيّ طريق من طرق الطعن العادية وغير العادية، فقد فتح الباب أمام المحكوم ضده برفع دعوى بطلان حكم التحكيم، إذا توافرت إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة 53 على سبيل الحصر وتمثل في:

1. عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو قابليته للإبطال أو سقوطه لانتهاء مدته.

2. تعذّر ابداء أحد الخصوم لدفاعه.

3. استبعاد تطبيق قانون الارادة على موضوع النزاع.

4. إذا تمّ تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين.

5. فصل هيئة التحكيم في مسائل لم يشملها اتفاق التحكيم أو تجاوزها حدود هذا الاتفاق.

6. وقوع بطلان في حكم التحكيم أو في اجراءات التحكيم على نحو أثر في الحكم.

¹ - محمود داود الزعبي، المرجع السابق، ص323.

² - زهر بن سعيد، المرجع السابق، ص380.

7. مخالفة النظام العام المصري. (1)

ثالثا: الطعن في أحكام التحكيم في القانون الجزائري

إنّ المشرع الجزائري يفرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي.

1- بالنسبة لأحكام التحكيم الداخلي

نجد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري يسمح باستئناف حكم التحكيم الوطني، باستثناء اتفاق الأطراف على التنازل على هذا الحق، حيث نصّ المشرع الجزائري في المادة 1032 من نفس القانون على أنّ احكام التحكيم غير قابلة للمعارضة، وقد حدّد الحالات التي يمكن بوجودها طلب بطلان حكم التحكيم، تتمثل في: (2)

1. عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو انقضاؤه.
2. وجود مخالفة للقواعد الخاصة بتعيين المحكم، أو تشكيل محكمة التحكيم.
3. اصدار المحكم لحكمه دون التزامه حدود مهمته.
4. عدم احترام مبدأ المواجهة (المبادئ الأساسية للتقاضي).
5. عدم تسبيب الحكم.
6. عدم تضمين الحكم بيانا بأسماء المحكمين وتاريخ ومكان الحكم.
7. عدم توقيع جميع المحكمين أو عدم ذكر رفض توقيع الأقلية طبقا للمادة 1029، وفي حالة وقوع خلاف بين المحكمين يجب أن يصدر الحكم بالأغلبية طبقا لنص المادة 1026.
8. عدم تضمين الحكم عرضا موجزا لادعاءات الأطراف، وأوجه دفاعهم.
9. ألا يتضمن حكم التحكيم بما يخلّ بالنظام العام.

¹ - لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص391.

² - المرجع نفسه، ص391.

ب- بالنسبة للطعن في أحكام التحكيم الدولي

أجاز المشرع الجزائري طلب بطلان أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الجزائر وذلك في الحالات المذكورة على سبيل الحصر، والتي يجوز فيها كذلك استئناف الأمر الصادر بالاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الصادر بالخارج طبقا للمادة 1056 من ق.إ.م.إ، تتمثل فهذه الحالات في:

1. إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاق تحكيم، أو بناء على اتفاقية باطلة، أو انقضاء مدة الاتفاقية (انتهاء ميعاد التحكيم).
2. إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون الذي اتفق عليه الأطراف.
3. إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها، أي لم تلتزم بحدود المهمة المنوطة بها، بحيث تفصل فيما لم يطلب منها الأطراف.
4. إذا لم تحترم مبدأ المواجهة.
5. إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب.
6. إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.⁽¹⁾

الفرع الثاني: آثار دعوى بطلان حكم التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري والمقارن

إذا كان التحكيم يكتسي أهمية بالغة في حل المنازعات التجارية الدولية، إلّا أنّ الحكم التحكيمي قد تعثر به بعض الشوائب تجعله معيبا، لهذه الأسباب انصبّت الدراسة على الآثار التي ترتبها الدعوى بالبطلان على تنفيذ الحكم التحكيمي، زيادة على الآثار التي ترتبها عند الفصل فيها بحكم.

أولا: أثر دعوى بطلان حكم التحكيم على تنفيذ الحكم

بالرجوع إلى مختلف الاتفاقيات والتشريعات الوطنية، فهناك اتجاهين:

¹ - لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 393.

- **الاتجاه الأول:** وقف تنفيذ الحكم عند رفع دعوى البطلان: يرى أنصار هذا الاتجاه أنّه بمجرد رفع دعوى البطلان يرتب عليها وقف تنفيذ الحكم التحكيمي، وحجتهم في ذلك أنّ طلب ابطال الحكم معناه انكار سلطة المحكم فيما توصل إليه عند الفصل في النزاع، إلى جانب اعدام الحكم في حالة ثبوت أحد الأسباب التي بني عليها البطلان⁽¹⁾، وعرف هذا المبدأ موقفين:

- **الموقف الأول:** يرى وقف تنفيذ الحكم بقوة القانون بالرجوع للمادتين 1058 و 1060 من ق.إ.م.إ.، نجد أنّ المشرع الجزائري ذهب في الاتجاه القاضي بوقف تنفيذ الحكم، سواء عند رفع دعوى البطلان أو عند النظر في التنفيذ أمام القاضي، حيث أنّ المشرع الجزائري ساير رأي أصحاب الذين يبرزون بأنّ وقف التنفيذ سببه أنّ المحكمة عند قبولها الطعن تبطل الحكم وتجعله منعدمان وفي حالة تنفيذه قد يرتب نتائج لا يمكن تداركها، وهو ما ذهب إليه أيضا القانون المغربي في المادة 327-1/53 من قانون المسطرة المدنية المغربي، وكذلك القانون التونسي، وفقا لما جاء في الفصل 82 من مجلة التحكيم التونسية "إذا قدم طلب بإبطال حكم تحكيم أو بإيقاف تنفيذه إلى المحكمة... جاز لمحكمة الاستئناف بتونس المقدم إليها طلب الاعتراف أو التنفيذ بتأجيل حكمها..."⁽²⁾

- **الموقف الثاني:** يرى وقف تنفيذ الحكم ما لم تقض المحكمة بخلاف ذلك، بمعنى أنّ دعوى البطلان توقف التنفيذ بمجرد رفعها، إلّا أنّهم منحوا السلطة للمحكمة التي تنظر في النزاع بأن تأمر باستمرار التنفيذ، أمّا إذا رأت أنّه لا فائدة من الطعن، أو يؤدي إلى تعطيل عملية التنفيذ، جاز لها أن تأمر بوقف التنفيذ.

- **الاتجاه الثاني:** القضاء باستمرار تنفيذ الحكم التحكيمي رغم رفع دعوى البطلان: يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ دعوى البطلان تتنافى مع المبادئ التي يقوم عليها التحكيم من سرعة وسرية... إلخ، فالمبدأ العام هنا هو استمرار التنفيذ رغم وجود دعوى ابطال حكم التحكيم، وهذا ما

¹ - لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 379.

² - بلقاضي محمد الطاهر، عبد المالك منيرة، "آثار دعوى بطلان حكم التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري والمقارن"، مجلة التواصل في الاقتصاد والادارة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، المجلد 25، عدد 03، سبتمبر 2019م، ص 220.

قضت به محكمة باريس لسنة 1970م بالأمر بتنفيذ حكم تحكيمي هندي، رغم الطعن فيه بالبطلان أمام المحاكم الهندية⁽¹⁾، أمّا اتفاقية نيويورك طبقا للمواد 5 ، 7، فإنّ مضمون الاتفاقية يكون في عدم تنفيذ الحكم التحكيمي الذي تمّ ابطاله في البلد الذي صدر فيه في بلد التنفيذ، إلّا أنّها في نفس الوقت تسمح بتطبيق الحكم الذي تمّ ابطاله، إذا كان قانون بلد التنفيذ لا يعترض على ذلك، في حين نجد المشرع المصري في نص المادة 57 من قانون التحكيم، لم يجعل لرفع دعوى البطلان أثر على تنفيذ حكم التحكيم، ولكن يجوز استثناء من الأصل لمحكمة البطلان أن تأمر بوقف التنفيذ بتوافر شرطين هما:

- الأول: أن يطلب المدعي ذلك في صحيفة الدعوى.

- الثاني: أن يكون الطلب مبنيا على أسباب جدية⁽²⁾.

أما القانون الجزائري لم يتطرق صراحة إلى هذا الموضوع، وبالتالي فالقاضي ملزم بتطبيق نص الاتفاقية لأنّها تسمو على القانون عملا بأحكام المادة 150 من الدستور خاصة وأنّ الاتفاقية تمّت المصادقة عليها.

ثانيا: أثر دعوى بطلان حكم التحكيم عند الفصل فيها

إنّ الهدف من رفع دعوى بطلان حكم التحكيم هو الفصل في النزاع بحكم من قبل المحكمة المختصة، ملزم للطرفين يتمثل إمّا بقبول الطعن أو رفضه، وهنا نكون بصدد حالتين:

- الحالة الأولى: أثر حكم التحكيم عند رفض الطعن: إذا أصدرت المحكمة حكما يقضي برفض دعوى بطلان حكم التحكيم أصبح هذا الحكم نهائي، ولا يمكن الطعن فيه ما عدا الطعن بالنقض ويترتب عليه إمّا استئناف تنفيذ الحكم التحكيمي إذا كان متوقفا أو الاستمرار في تنفيذه إذا كانت اجراءات التنفيذ لم تتوقف، وبالرجوع إلى القانون الجزائري خاصة المادة 1060 ق.إ.م.إ فإنّ تنفيذ الحكم التحكيمي يتوقف بسبب الطعن بالبطلان المقدم أمام المحكمة⁽³⁾.

¹ - بلقاضي محمد الطاهر، المرجع السابق، ص221.

² - سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص235.

³ - بلقاضي محمد الطاهر، المرجع السابق، ص244.

- الحالة الثانية: أثر حكم التحكيم عند قبول الطعن بالبطلان: برز اتجاهان في معالجة هذه الحالة، حيث يرى الاتجاه الأول أنّ مهمة المحكمة التي تنظر في بطلان حكم التحكيم تنتهي عند النطق ببطلان الحكم التحكيمي، وحيثهم في ذلك أنّ منح السلطة للمحكمة في أن تفصل في موضوع النزاع التحكيمي يعتبر مصادرة لحرية الأطراف وتعدّ على ارادتهم لأنهم اختاروا التحكيم لحل النزاع وليس القضاء⁽¹⁾، وهو ما ذهب إليه المشرع المصري، أمّا الاتجاه الثاني امتداد مهمة المحكمة المختصة إلى التصدي للموضوع والفصل فيه وحيثهم في ذلك سلطة الفصل في النزاع بصفة تبعية لدعوى البطلان، أي أنّ الجهة القضائية التي فصلت في دعوى البطلان لها أن تفصل في النزاع وحيثهم في ذلك تفاديا للرجوع إلى اجراءات جديدة، وكذلك حفاظا للوقت، كل هذا ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، وبالرجوع للمشرع الجزائري، فإنّه لم يتطرق لهذه المسألة على عكس العديد من التشريعات من بينها القانون الفرنسي الذي عالج المسألة في التحكيم الداخلي بأنّ منح المحكمة صلاحية التصدي للحكم التحكيمي الذي تمّ ابطاله.

¹ - ناصر شحاتة صالح، المرجع السابق، ص236.

خلاصة الفصل الثاني

من خلال دراسة هذا الفصل الثاني اتضح لنا أنّ القضاء يتدخل ليساعد التحكيم ويدعمه في تشكيل هيئة التحكيم وهو تدخل تفرضه الطبيعة المميزة للتحكيم التي أساسها ارادة الأطراف وعند تعرّض الارادة إلى خلل أو عدم اكتمال لاسيما عند اشكالات تعيين المحكمين أو ردّهم أو حالات أخرى لا يمكن حصرها كأتعاب المحكمين، وتفسير وتصحيح الأخطاء المادية فيتدخل القضاء بناء على طلب أحد الطرفين وفق شروط واجراءات محددة قانوناً، وذلك حتى يبقى محتفظاً بما يرتبه اتفاق التحكيم من أثر سالب للاختصاص، ويتواصل دعم القضاء عند سير اجراءات التحكيم من خلال التدخل في اثبات الأدلة وفق أسس قانونية لما له من سلطة الجبر والالزام التي لا تتوفر في قضاء التحكيم، ويتدخل للفصل في المسائل الأولية أو الطلبات العارضة وفقاً لشروط ولاختصاص المحكمة بها، إضافة إلى تدخله بإصدار التدابير الوقائية والتحفيزية التي عرفت جدلاً فقهيًا كبيراً بين اختصاص القضاء واختصاص هيئات التحكيم أو اختصاصهما معاً.

ولا يقف القضاء عند حدود المساعدة فقط بل يتعدّاه إلى الرقابة على العملية التحكيمية، فتنفيذ الحكم التحكيمي يخضع لضوابط لا بدّ الالتزام بها حتى لا يعيق تنفيذه، وفي المقابل منح القضاء القيام بممارسة مدى موافقة هذا الحكم للسياسة العامة في الدولة كعدم مخالفته للنظام العام، وتمتعه بحجية الشيء المقضي فيه وكذا مدى احترامه لسلامة نظام الاجراءات المتبع في الدولة لطلب الأمر بالتنفيذ، بالإضافة إلى الرقابة على بطلان حكم التحكيم في حالة وجود احدى حالات البطلان المحددة بموجب القانون، فالمساعدة والرقابة التي يقدمها القضاء للتحكيم تهدف إلى تحقيق فاعلية التحكيم كنظام قانوني، وهما أسس العلاقة بين التحكيم والقضاء.



الخاتمة

الخاتمة

من خلال دراستنا لهذا الموضوع يتضح لنا أنه رغم استقلالية القضاء بوصفه قضاء خاصا لتسوية منازعات عقود الاستثمار، إلا أنّ هذه الاستقلالية ليست مطلقة، ذلك أنّ التحكيم قد ينحرف عن أداء وظيفته في تحقيق العدالة المنشودة، وذلك لافتقاره لسلطة الجبر والالزام ما يلزم تدخل القضاء بدوريه المساعد والمراقب، لتعزيز فعالية التحكيم في حماية أطراف عقود الاستثمار وإرساء قواعد العدالة وهو ما يبرز العلاقة التكاملية بين النظامين القضائيين، اللذين يشتركان في نفس الهدف وهو تحقيق العدالة.

وعليه ومن خلال ما تم تناوله في هذا الموضوع من عناصر فإننا توصلنا إلى النتائج التالية:

1- إنّ الفصل في منازعات عقود الاستثمار لم يعد حكرا على القضاء صاحب الاختصاص الأولي والأصيل تطبيقا لمبدأ السيادة، فقد أجازت الدول وفقا لتشريعاتها وكذا بموجب الاتفاقيات الدولية، للأطراف اللجوء إلى التحكيم واعترفت به كوسيلة للفصل في هذه المنازعات، من خلال اتفاق التحكيم المؤسس على احترام إرادة الخصوم، وفي حالة غياب هذه الإرادة أو عدم اكتمالها يتدخل القضاء ليساعد التحكيم على تجاوز العوارض وهذا لا ينتقص من أهمية التحكيم بقدر ما يبرز تعاونه وتشاركه معه.

2- بروز التحكيم كعدالة موضوعية تعمل على الحفاظ على العلاقات في حين بقي القضاء الرسمي يعمل على تجاوز العوائق التي تعترض التحكيم وتوفير الحماية القانونية للحق في جانبه الاجرائي، كمسألة اتخاذ التدابير الوقائية أو التحفظية وتوفير الأدلة وغيرها، وهو ما يشكل الدور الكبير في تعزيز فاعلية التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار وهو ما يبرز التشاركية بين الجانب الاجرائي والجانب الموضوعي، من مظاهر العلاقة بين التحكيم والقضاء، الدورين الأساسيين الذين يقدمهما القضاء للتحكيم أولهما مساعد يقوم بتكملة ارادة الخصوم في بعض المسائل التي نصّ عليها القانون والخروج من اشكالات تشكيل هيئة التحكيم إضافة إلى المسائل العارضة وتوفير الأدلة وغيرها من

الحالات، وثانيهما هو دور رقابي وقائي عند طلب الاعتراف والتنفيذ لحكم التحكيم، وكذا عند الطعن بالبطلان وذلك وفقا لشروط وضوابط قانونية حتى لا يتجاوز القضاء حدود سلطته.

3-إنّ الأحكام التحكيمية رغم حيازتها على حجية الشيء المقضي فيه إلّا أنّها لا تكتسب بذاتها قوة تنفيذية إلّا من خلال تدخل القضاء واصدار أمر بالتنفيذ، وامهاره بالصيغة التنفيذية والذي ينحصر فقط في الشروط اللازمة لتنفيذ الحكم، ما يعني أنّ التحكيم بذاته لا يستغني عن القضاء

4-إن تدخل القضاء بشقيه المساعد والرقابي في التحكيم، يكون بطلب الذي يهمله الأمر ولا يتدخل من تلقاء نفسه، وعليه أن يتأكد من عدم وجود اي شرط يحيل الاختصاص الى جهة أخرى.

5-وجود تعارض في نصوص المادتين 1041 و 1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بخصوص المحكمة المختصة في المساعدة بتعيين المحكمين.

6-لقد أصبح للقضاء دور خلاق في إرساء مبادئ التحكيم وتعزيز قواعده، فلا يقتصر على التفسير الحرفي أو التطبيق الجامد للنصوص والقواعد التحكيمية، بل يتجاوز ذلك إلى خلق قواعد تحكيمية يستفيد منها المتقاضون في هذا المجال دون أن يخرج القضاء عن أحكام القانون.

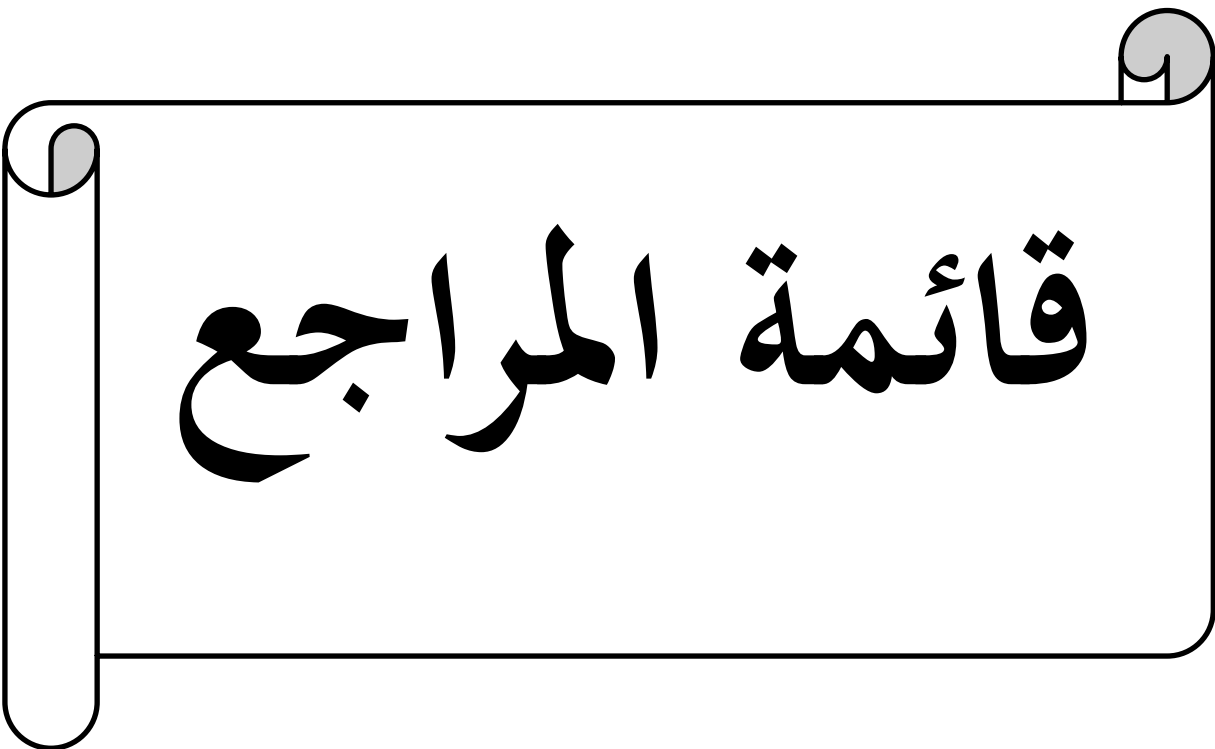
على ضوء النتائج السابقة وتأكيدا على التكامل بين القضاء والتحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، فإننا سنقدم بعض الاقتراحات والتي تتجسد فيما يلي:

1-دعوة المشرع الجزائري إلى تخصيص نظام قانوني مستقل للتحكيم التجاري على غرار ما هو معمول به في التشريعات المقارنة مثل التشريع المصري، الاردني والتونسي، بالنظر لأهمية قواعد التحكيم، حيث تقوم هذه القواعد بتبيان مكانة القضاء بالنسبة للتحكيم وحدود سلطاته.

2-تطوير المنظومة القضائية من خلال تكوين قضاة متخصصين على قدر من الاحترافية بالمسائل التقنية في مجال الاستثمار مع تضمينها جميع المزايا الذي يتمتع بها التحكيم حتى ييسر القضاء الوطني سلطته على اقليمه.

3-دعوة المشرع الجزائري إلى حذف المادة 1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لأنها جاءت متناقضة مع نص المادة 1041 من نفس القانون، بخصوص المحكمة المختصة في مساعدة تعيين المحكمين.

4-تدعيم الجزائر بمركز تحكيمي يعمل على توحيد آليات فض النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية لا سيما في مجال عقود الاستثمار ويكون مدعم بأكبر المحكمين على المستوى الدولي.



قائمة المراجع

أولاً: النصوص القانونية

أ- الأوامر:

1. الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07، المؤرخ في 13 مايو 2007، ج.ر.ج.ج، عدد 31، لسنة 2007.

ب- المراسيم الرئاسية :

1. المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 05/11/1988، يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها ج.ر.ج.ج، عدد 48، الصادرة بتاريخ 1988/11/23.

2. المرسوم الرئاسي رقم 91-346 المؤرخ في 05/10/1991 يتضمن الاتفاق يتضمن بين حكومة الجزائر وحكومة إيطاليا، ج.ر.ج.ج، عدد 46، الصادرة بتاريخ 1991/10/06.

3. المرسوم الرئاسي رقم 95-306 المؤرخ في 07/10/1995 يتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، ج.ر.ج.ج، عدد 59، الصادرة بتاريخ 1995/10/11.

4. المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30/10/1995 يتضمن المصادقة على اتفاقية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج.ر.ج.ج، عدد 66، الصادرة بتاريخ 1995/11/05.

ج- القوانين الوطنية:

1. القانون 09/08 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، ج.ر.ج.ج، عدد 21، الصادرة بتاريخ 2008/04/23.

2. قانون رقم 16-09 مؤرخ في 03 أغسطس 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.ج.ج، عدد 46، الصادرة بتاريخ، 03 أغسطس 2016.
- د- القوانين الأجنبية :
 1. القانون التونسي رقم 42 لسنة 1993، المؤرخ في 26/04/1993، يتعلق بإصدار مجلة التحكيم، الرائد الرسمي، عدد 33، الصادرة بتاريخ 1993/05/04م.
 2. القانون رقم 27 لسنة 1994 المؤرخ في 18/04/1994، بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، عدد 16، الصادرة في 1994/07/21 المعدل والمتمم.
 3. قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001، الجريدة الرسمية الأردنية، عدد 4496 الصادرة بتاريخ 2001/07/16، المعدل بالقانون رقم 16 لسنة 2018، الجريدة الرسمية الأردنية، عدد 5513 الصادرة بتاريخ 2018/05/02.
 4. قانون رقم 63 لسنة 2015، المؤرخ في 26/06/2015، المتضمن انضمام جمهورية العراق إلى اتفاقية الأمم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية، جريدة رسمية لجمهورية العراق، عدد 4373.

ثانيا: الكتب

1. أحمد بلقاسم، "التحكيم الدولي"، ط2، دار هومة، الجزائر، 2006.
2. أحمد هندي، "أصول قانون المرافعات المدنية والتجاري"، د ط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2002.
3. أمال بدر، "الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي"، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.
4. تونسي بن عامر، "قانون المجتمع الدولي المعاصر"، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.

5. حسان نوفل، "التحكيم في منازعات عقود الاستثمار"، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، دون سنة نشر.
6. حسني بوديار، "الوجيز في القانون الدستوري"، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2003.
7. حفيظة السيد الحداد، "مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الاجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية، المتفق بشأنها على التحكيم"، دط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 1996.
8. شيرزاد حميد هروري، "منازعات الاستثمار بين القضاء والتحكيم"، ط 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2017.
9. عامر أحمد الجارحي، "اتجاه هيئات التحكيم لإعمال قواعد التجارة الدولية على منازعات العقود الادارية ذات الصلة الدولية (عقود الدولة)"، الكتاب الأول، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2018.
10. عامر فتحي البطانية، "دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي"، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
11. عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصار الالتزام"، المجلد الثاني، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
12. لزهر بن سعيد، "التحكيم التجاري الدولي"، ط5، دار هومة، الجزائر، 2012.
13. لما أحمد كوجان، "التحكيم في عقود الاستثمار"، د ط، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، لبنان، 2014.
14. محسن أفكيرين، "القانون الدولي العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
15. محمد داود الزعبي، "دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية"، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.

16. محمود السيد عمر التحيوي، "العنصر الشخصي لمحل التحكيم"، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر.
17. مراد محمود المواجدة، "التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي"، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010.
18. مصلح أحمد الطراونة، "الرقابة القضائية على الاحكام التحكيمية في القانون الأردني، دراسة مقارنة"، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
19. مناني فراح، "التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري"، ط6، دار العمري، الجزائر، 2010.
20. ناصر شحاتة صالح، "العلاقة بين التحكيم والقضاء حدود سلطة القضاء تجاه التحكيم (الدور المساعد والدور الرقابي)، الطبعة الأولى، شركة تاس للطباعة، القاهرة، 2016.
21. نبيل صقر، "الوسيط في شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية"، د ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.
22. هاشمي أعمر، "سيادة الدول النامية في عقود الاستثمار"، رسالة ماجستير في القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016.

ثالثا: المقالات

1. بلقاضي محمد الطاهر، عبد المالك منيرة، "آثار دعوى بطلان حكم التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري والمقارن"، مجلة التواصل في الاقتصاد والادارة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، المجلد 25، ع 03، سبتمبر 2019.
2. خالد ابراهيم أحمد التلاحمة، "تدخل المحكمة للمساعدة في الحصول على أدلة الاثبات واتخاذ الاجراءات الوقتية والتحفظية في أثناء سير اجراءات التحكيم"، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الامارات، الامارات العربية المتحدة، ع 53، يناير 2013.

3. ربيعة رضوان، ياسمين لعجال، "ضوابط تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في الجزائر"، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، ع19، جوان 2018.
4. زكرياء عليوط، فؤاد حطاب، "الحماية الدبلوماسية للاستثمار الأجنبي المباشر"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، المركز الجامعي تيبازة، الجزائر، مجلد 07، عدد 02، 2020.
5. السعيد خويلدي، سمية صخري، "شروط إبرام اتفاق التحكيم البترولي وآثاره على الحصانة السيادية"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، عدد 15، جوان 2016.
6. شمامة فتيسي، "منازعات الاستثمار الأجنبي في الجزائر بين القضاء الوطني والتحكيم التجاري الدولي"، مجلة صوت القانون، المجلد السادس، عدد 2، الجزائر، نوفمبر 2019.
7. علي حسام سيد عبد الرحيم، "منازعات التجارة الدولية بين القضاء والتحكيم: دراسة مقارنة"، المجلة العربية للدراسات الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، عدد 2، أغسطس 2019.
8. علي عبد الحميد تركي، "التطورات الجديدة لنظام التحكيم في القانون الفرنسي (دراسة تحليلية في ضوء المرسوم رقم 48 لسنة 2011)"، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، المجلد 90، عدد 90، الشتاء والربيع، 2017.
9. عمارة بلغيث، "الدفع بالحصانة القضائية كأداة لدعم سيادة الدولة"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة، جزء 02، عدد 8، جوان 2017.
10. محمد عيساوي، "حدود صمود مبدأ السرية في تحكيم الاستثمار أمام مطالب الشفافية"، مجلة معارف، قسم العلوم القانونية، عدد 18، جوان 2015.

11. مهند عزمي أبو مغلي وأحمد حمدان الجهني، "رقابة القضاء على حكم التحكيم في القانون الأردني"، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات، الامارات العربية المتحدة، ع 38، 2008.
12. نجلاء فليح، "دور القضاء المساند في تشكيل هيئة التحكيم"، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة ريان عاشور، الجلفة، المجلد 13، ع 1، أفريل 2020.
13. نور الدين زرقون، "الدور المساعد للقاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي"، دراسة حالة المساعدة في تعيين المحكمين، مجلة دفاتر السياسية والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ع 12، جانفي 2015.
14. هيثم موسى، "حصانة الدولة في الدول الأخرى"، الموسوعة القانونية المتخصصة في القانون الدولي، هيئة الموسوعة العربية السورية، المجلد الثالث، جانفي 2021.

رابعاً: الرسائل والمذكرات

أ) الأطروحات والرسائل:

1. رضوان ربيعة، "فض منازعات عقود الاستثمار الدولية بين القضاء والتحكيم"، أطروحة دكتوراه في قانون الاستثمار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2020.
2. سمية صخري، "النظام القانوني للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار البترولية"، أطروحة دكتوراه، تحولات الدولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2018/2017.
3. فرعون محمد، "الرقابة القضائية على القرارات التحكيمية"، أطروحة دكتوراه قانون المنازعات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2018/2017.
4. دحماني فريدة، "القوة الإلزامية للحكم التحكيمي"، رسالة ماجستير في قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد آكلي محمد أولحاج، البويرة، 2018/2017.

5- حدادن طاهر ، "دور القضاء الوطني في التحكيم التجاري الدولي"، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012/2011.

خامسا: الأحكام والقرارات القضائية

1. قرار من المحكمة العليا في القضية رقم 509000 الصادر في 2009/09/16، حول منع اضافة الصيغة التنفيذية على الحكم الأجنبي متعارض مع حكم أجنبي، منشور في مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2010.

سادسا: المواقع الالكترونية

1. قانون الاجراءات المدنية والادارية الفرنسي <http://www.legifrance.gouv.fr>، تاريخ الاطلاع: 2021/06/03 على الساعة 17:00.
2. القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي <https://uncitral.un.org/modellaw>، تاريخ الاطلاع: 2021/06/03 على الساعة 23:00.
3. قانون رقم 38 لسنة 1980م، المتضمن اصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي <http://law.almohami.com>، تاريخ الاطلاع: 2021/06/06 على الساعة 22:00.
4. <http://www.un.org.uncharter>، تاريخ الإطلاع: 2021/05/07 على الساعة: 18:00.
5. فرج أحمد معروف، "دور القضاء في تطبيق وانفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار"، المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، الدوحة، 24-26/03/2013. المتواجد على الرابط، https://raqaba-ly.com/?studies_researches، تاريخ الاطلاع: 2021/04/10 على الساعة 14:00.
6. ماجد حسين، "المفهوم القانوني لمبدأ سلطان الارادة والقيود الواردة عليه"، تاريخ النشر 06 فيفري 2017، مجلة دنيا الوطنية، الرابط: <https://pulpit.alwatancoice.com>، تاريخ الاطلاع: 2021/05/07 على الساعة 10:00.



فهرس المحتويات	
الصفحة	العنوان
	الشكر
	الإهداء
	قائمة المختصرات
أ-د	مقدمة
8	الفصل الأول: حلول التحكيم محل القضاء في فضّ منازعات عقود الاستثمار
9	المبحث الأول: الاختصاص الأصيل للقضاء في فضّ منازعات عقود الاستثمار
9	المطلب الأول: إعمال مبدأ الاختصاص القضائي للدولة المضيفة للاستثمار
10	الفرع الأول: مبررات إعمال مبدأ الاختصاص القضائي للدولة المضيفة للاستثمار
10	أولاً: مبدأ السيادة الوطنية
12	ثانياً: النتائج القانونية المترتبة على مبدأ السيادة
13	الفرع الثاني: السلبات التي تواجه تطبيق مبدأ الاختصاص القضائي للدولة المضيفة
13	أولاً: عدم قدرة القضاء الوطني في الفصل في منازعات عقود الاستثمار
14	ثانياً: عزوف المستثمر الأجنبي عن اللجوء للقضاء الوطني
16	الفرع الثالث: موقف المشرّع الجزائري من تطبيق هذا المبدأ
16	أولاً: نصوص التشريع الداخلية
17	ثانياً: الاتفاقيات التي صادقت عليها الجزائر
18	المطلب الثاني: قضاء دولة المستثمر أو دولة ثالثة كآلية لفضّ منازعات عقود الاستثمار
18	الفرع الأول: مبدأ الحصانة القضائية
19	أولاً: الحصانة القضائية المطلقة
19	ثانياً: الحصانة القضائية المقيدة
20	الفرع الثاني: التنازل عن الحصانة القضائية

21	أولاً: المقصود بالتنازل عن الحصانة القضائية
22	ثانياً: شروط التنازل عن الحصانة القضائية
23	الفرع الثالث: معيار التنازل عن الحصانة القضائية
23	أولاً: معيار طبيعة العمل
24	المطلب الثالث: القضاء الدولي كآلية لفضّ منازعات عقود الاستثمار
25	الفرع الأول: الهيئات القضائية المختصة للنظر في هذه الدعاوي
25	أولاً: محكمة العدل الدولية
26	ثانياً: محكمة التحكيم الدائمة
27	الفرع الثاني: أسباب نفور أطراف عقد الاستثمار عن عرض نزاعهم أمام الهيئات القضائية الدولية
27	أولاً: طلب المستثمر الأجنبي الحماية الدبلوماسية قبل البدء في إجراءات التقاضي
29	ثانياً: محدودية الاختصاص لبعض الأجهزة (محكمة التحكيم الدائمة، محكمة الاستثمار العربية)
30	المبحث الثاني: منح الاختصاص للتحكيم باعتباره وسيلة بديلة للقضاء في فضّ منازعات عقود الاستثمار
30	المطلب الأول: خصوصية التحكيم في فضّ منازعات عقود الاستثمار
31	الفرع الأول: وجود اتفاق التحكيم
31	أولاً: صور اتفاق التحكيم
33	ثانياً: الشروط الواجب توافرها في اتفاق التحكيم
36	الفرع الثاني: تعيين المحكمين وشروطهم
37	أولاً: تعيين المحكمين
38	ثانياً: الشروط الواجب توافرها في المحكم
40	الفرع الثالث: القوة الإلزامية لحكم التحكيم

41	أولاً: المبادئ الأساسية لقيام حكم تحكيمي ملزم
44	ثانياً: الحماية القانونية لضمان الزامية حكم التحكيم
45	المطلب الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم لفضّ منازعات عقود الاستثمار
46	الفرع الأول: تناسب التحكيم مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار
46	أولاً: سرعة اجراءات التحكيم أمام القضاء
47	ثانياً: السرية ميزة خاصة ينفرد بها التحكيم
48	ثالثاً: عامل المرونة وسهولة الاجراءات
49	الفرع الثاني: ارادة الأطراف عامل جوهري في التحكيم
49	أولاً: دور ارادة الأطراف في تنظيم التحكيم
49	ثانياً: دور ارادة الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم
50	الفرع الثالث: ضمانات التحكيم عامل تشجيعي لعقود الاستثمار
50	أولاً: التحكيم ضمانة اجرائية لتشجيع الاستثمار
50	ثانياً: دور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في تشجيع الاستثمار
52	خلاصة الفصل الأول
54	الفصل الثاني: ماهية القضاء في اصفاء الفاعلية على التحكيم لفضّ منازعات عقود الاستثمار
55	المبحث الأول: الدور المساعد للقضاء في العملية التحكيمية لفضّ منازعات عقود الاستثمار
55	المطلب الأول: مساعدة القضاء في تشكيل هيئة التحكيم
56	الفرع الأول: تدخّل القضاء في تعيين المحكمين
56	أولاً: حالات تدخّل القضاء في تعيين المحكمين
59	ثانياً: شروط قبول تعيين المحكمين
61	الفرع الثاني: تدخّل القضاء عند رد المحكمين
61	أولاً: مبدأ رد المحكم أو المحكمين
63	ثانياً: اجراءات طلب رد المحكم
65	الفرع الثالث: حالات أخرى لتدخّل القضاء في التحكيم

65	أولاً: أتعاب المحكمين
66	ثانياً: تفسير وتصحيح الأخطاء المادية وتكملة الاغفالات التي تشوب حكم التحكيم
67	المطلب الثاني: مساعدة القضاء في حسن سير اجراءات التحكيم
68	الفرع الأول: تدخل القضاء بالمساعدة في اثبات الأدلة أو البحث عنها
68	أولاً: الأساس القانوني لتدخل القضاء في تقديم الأدلة لهيئة التحكيم
70	ثانياً: صور المساعدة القضائية في توفير أدلة الإثبات لهيئة التحكيم
73	الفرع الثاني: تدخل القضاء في المسائل الأولية أو العارضة
73	أولاً: تعريف المسائل العارضة (الأولية)
74	ثانياً: شروط تدخل القضاء في المسائل الأولية
75	الفرع الثالث: تدخل القضاء في إصدار التدابير الوقائية أو التحفظية
75	أولاً: تعريف التدابير الوقائية أو التحفظية
76	ثانياً: موقف التشريعات من التدابير الوقائية والتحفظية
79	المبحث الثاني: الدور الرقابي للقضاء على العملية التحكيمية
79	المطلب الأول: الرقابة على اشكالات الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم
80	الفرع الأول: ضوابط الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي
81	أولاً: ضابط السياسة العامة في الدولة
83	ثانياً: ضابط السلامة الاجرائية لتنفيذ حكم التحكيم
84	الفرع الثاني: انعقاد الاختصاص بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم
84	أولاً: القاضي المختص بإصدار الأمر بالتنفيذ
85	ثانياً: اجراءات إصدار الأمر بالتنفيذ
86	الفرع الثالث: الصيغة التنفيذية في الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم
87	أولاً: منح القوة التنفيذية اللازمة للحكم التحكيمي للتنفيذ الجبري
88	ثانياً: تبليغ أطراف النزاع بالأمر بتنفيذ الحكم
89	المطلب الثاني: الرقابة على بطلان حكم التحكيم
89	الفرع الأول: حالات الطعن ببطلان أحكام التحكيم

90	أولاً: الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم وفقاً للقانون الفرنسي
91	ثانياً: الطعن بالبطلان في حكم التحكيم في القانون المصري
92	ثالثاً: الطعن في أحكام التحكيم في القانون الجزائري
93	الفرع الثاني: آثار دعوى بطلان حكم التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري والمقارن
93	أولاً: أثر دعوى بطلان حكم التحكيم على تنفيذ الحكم
95	ثانياً: أثر دعوى بطلان حكم التحكيم عند الفصل فيها
97	خلاصة الفصل الثاني
99	الخاتمة
103	قائمة المراجع
111	الفهرس
	الملخص

الملخص

رغم استقلالية التحكيم عن القضاء في فض منازعات عقود الاستثمار وتناسبه مع طبيعة هذه العقود إلا أنه قد تعترضه عوارض تؤدي به إلى الانحراف عن حسن أداء وظيفته وذلك لافتقاره لسلطة الجبر والالزام، ما يفرض تدخل القضاء بالمساعدة لتكملة الإرادة وبالرقابة على الحكم التحكيمي من خلال الاعتراف والأمر بالتنفيذ والنظر في الطعون المقدمة إليه حتى يضمن التحكيم فعاليته من حماية المتقاضين وارساء قواعد العدالة.

الكلمات المفتاحية

القضاء، التحكيم، منازعات، عقود الاستثمار.

Abstract

Despite the independence of arbitration from the justice in settling investment contract conflict and its proportionality with the nature of these contracts, it may encounter obstacles that lead him to deviate from the proper performance of his job due to his lack of the power of compulsion and obligation, which necessitates the intervention of the justice with assistance to complement the will and control over the arbitral award through recognition and execution order and consider the appeals submitted to it so that the arbitration ensures its effectiveness in protecting the litigants and establishing the rules of justice

Key words

Justice, arbitration, conflict, investment contracts.