

مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of legal and social studies

Issn: 2507-7333

Eissn: 2676-1742

حرية المستثمر في اللجوء للتحكيم والقيود الواردة عليهما.

**The Investor's Freedom To Resort Arbitration and The Restrictions Stipulated therein.**

دريس كمال فتحي<sup>1\*</sup>، مرغني حيزوم بدر الدين<sup>2</sup>

<sup>1</sup> جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، (الجزائر)، dris.kf@gmail.com

<sup>2</sup> جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، (الجزائر)، hayzoum1@gmail.com

تاريخ النشر: 2021/06/01

تاريخ القبول: 2021/05/17

تاريخ ارسال المقال: 2021/04/27

\* المؤلف المرسل

**الملخص:**

إن اللجوء الى التحكيم في ظل النزاعات التي تنشأ عن تنفيذ العقود التجارية أو الإدارية ذات الطابع الدولي أو تفسيرها، أضحى من الأساليب الحديثة الأكثر شيوعاً والتي تقوم أساساً على مبدأ سلطان الإرادة سواء من حيث لجوء الأطراف إلى هذا الطريق البديل لحل النزاعات أو من حيث تحديد الجانب الإجرائي والموضوعي الذي يطبقه المحكم أو الهيئة التحكيمية هذا الأخير الذي يستمد سلطته من إتفاق الأطراف - إتفاق التحكيم.

وإن كان للأطراف الحرية في اللجوء للتحكيم أو ما يسمى بالتحكيم الاختياري، إلا أن أغلب التشريعات قد تدخلت ووضعت قيود لهذه الحرية سعياً منها لخلق نوع من التوازن للمراكز القانونية للأطراف وكفالة نوع من الضمانات للتقاضي وعدم خرق النظام العام.

الكلمات المفتاحية المستثمر؛ التحكيم؛ الحكم التحكيمي؛ القيود الواردة

**Abstract :**

Resorting to arbitration in the light of disputes that arise from the implementation of interpretation of commercial or administrative contacts of an international character, has become one of the most common modern methods that are mainly based on the authority principle of will; whether in terms of the parties resorting to this alternative way of resolving disputes procedural and substantive applied by the arbitrator or arbitral tribunal. The latter who derives his authority from the parties agreement \_ the arbitration agreement.

Although, the parties have the freedom to resort to arbitration or the so-called voluntary arbitration, however, most of the legislation has interfered and placed restrictions on this freedom in an effort to create a kind of balance for the parties legal positions and to guarantee some kind of legislation guarantees and not to violate the public order.

**Keywords:** The investor ;Arbitration ;Arbitration award ;Incoming restrictions.

## مقدمة:

زاد الاهتمام بالتجارة الدولية نتيجة لشيوع تيارات العولمة وسهولة الاتصال ونقل البضائع بين الدول وعبر الحدود، وظهور التكتلات الاقتصادية واحتكار بعض الدول إنتاج التكنولوجيا المتطورة والتقنية الحديثة في الصناعات المختلفة، وسعيها إلى تصديرها إلى الدول التي تحتاجها، في حين تسعى الدول المحتاجة إلى استيراد ما يلزمها لتلبية احتياجات شعوبها.

ولا يخفى أنه مع توسع الشركات الدولية، والانتقال الواسع لرؤوس الأموال وانتشار الاستثمارات الأجنبية في مختلف الدول، فقد كثر الإلحاح على إقرار نظم تسمح بالجوء إلى هيئات مختارة للتحكيم في المنازعات خارج نطاق المحاكم والهيئات القضائية الرسمية، بل اعتبر التحكيم هو الوسيلة الأكثر ملاءمة لمنازعات التجارة الدولية والمنازعات الناشئة على عمليات التجارة الإلكترونية والملكية الفكرية.

وبذلك عمت الدعوة إلى إفراد نظام قانوني مستقل للتحكيم ينأى به عن تدخل الأنظمة القانونية، ودعى الفقه إلى إرساء المبادئ ذات الطبيعة الدولية التي تلائم خصوصية المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، وما تتسم به من تحرر وانطلاق من إطار المفاهيم القانونية الضيقة التي يفرضها النظام القانوني الوطني، إلى مجال أكثر اتساعاً وتكريساً لمبدأ حرية الإرادة، وتدرجياً أفرغ التحكيم كنظام قانوني من مضمونه وضوابطه لتستبدل باعتبارات التجارة الدولية لتصبح الحرية التعاقدية هي المحور الذي يدور نظام التحكيم معه وجوداً وعدماً، حتى ولو أدى الأمر إلى الالتفات عن الضمانات التي تقتضيها العدالة وتستوجبها مصالح الأطراف، مفترضاً خلاف للواقع في غالبية الحالات أن الأطراف في كافة المنازعات على درجة كافية من التأهيل والقوة التي تكفل الاطلاع بمهمة وضع تنظيم كامل ومنضبط للعلاقة القانونية على نحو لا يتحد معه المحاكم بدا من أن ترفع أيديها عن كافة جوانب التحكيم طلباً للسرعة وإعلاءً للجانب الإرادي للمتعاقدين.

ولا ينكر أحد أن اتجاه من الفقه ينتقد نظام التحكيم بوضعه الحالي، ويطالبون بضرورة توافر ضمانات حقيقة لأطراف خصومة التحكيم وإجراءات الخصومة ذاتها على النحو الواجب توافره في أي نظام قضائي تحسم به المنازعات، فقد تعالت الأصوات في الفقه رداً على الاتجاه الذي يدعوا إلى تبني فلسفة متحررة تدعوا إلى تجريد نظام التحكيم من ضماناته وضوابطه وتطالب بإعادة التوازن المفقود لحقوق الأطراف، ودافعت عن الضوابط القانونية لخصومة التحكيم وضمادات مشروعيتها كنظام قانوني قضائي.

هذا ما دفع المشرعين في مختلف دول العالم والمنظمات الدولية إلى تبني تشريعات تحكيمية أو إدخال تعديلات على التشريعات القائمة تساهل التطورات الحاصلة في ميدان التجارة الدولية ذات الطبيعة الليبرالية، إلا أن هذه الليبرالية حتى في الدول التي اتصفت فيها بالطابع المفرط ليست مطلقة دون قيود أو عقبات تحد من نطاقها وتبسط رقابتها عليها، ارتأت الدول وضعها بغية الحفاظ على مصالحها انطلاقاً من اعتبارها أن حرية العاملين في

ميدان التجارة الدولية في اللجوء إلى التحكيم، وإن كانت ضرورية في عملية تنمية هذا النوع من التجارة، فإنها يجب أن تكون مقيدة بحدود لا يجوز لها تخطيها، ما يعني أن التحكيم يجب أن يوفق بين أمرين، الأول هو الاعتراف للمستثمرين في هذا الميدان بإمكانية الاتفاق على التحكيم وتنظيمه بما يلائم مصالحهم، والثاني هو احترام هذه الحرية للقيود والضوابط المفروضة لتنظيم استعمال واستخدام هذه الحرية.

وستعالج هذه الدراسة حرية المستثمر في اللجوء للتحكيم والقيود التي تحد منها وفقا لقواعد المنظومة القانونية لمختلف التشريعات التي حاولت بناءها في ظل الانفتاح الاقتصادي المتنامي التي تشهده مختلف الدول، والتي أصبحت موضع تساؤل علمي حول مدى جدواها وكفائتها لتحقيق الحماية المرجوة في ظل نظام تحكيم يقوم على مبدأ سلطان الإرادة، وما ينبغي أن يكون عليه موقف القانون والقضاء من التحكيم تكريسا لأداء التحكيم لمهمته وتجنبنا لمساوئه.

كما أن الوضع السائد في التحكيم، والتردد ما بين تشجيع الاستثمارات الأجنبية، ودفع عجلة التنمية من ناحية، وبين الحفاظ على سيادة الدولة وتوازن المراكز القانونية للأطراف، قد أدى إلى احتدام الخلاف الفقهي والقضائي في هذا الصدد، حتى أن الفقه والقضاء ومن بعدها تشريعات العديد من الدول لازالت تختلف فيما بينها بشأن العديد من الجوانب القانونية لنظام التحكيم.

انطلاقا مما تقدم تم اختيار الموضوع السالف الذكر الذي انبثقت منه إشكالية أساسية، إذ يلجأ الأطراف إلى التحكيم لأسباب موضوعية تتعلق بإجبايات هذا النظام بغية عرض النزاع على قاضي من اختيارهم يسير إجراءات الخصومة ويطبق على موضوع النزاع القانون الذي اتفق عليه الأطراف، للحصول على حكم تحكيمي نهائي حاسم للنزاع، عوض اللجوء للقضاء، لكن تصطدم العملية التحكيمية في جميع مراحلها بضوابط قانونية معمول بها في جميع النظم القانونية، ولها علاقة وطيدة بمهام الدولة ولاسيما الرقابية منها بموجب قواعد قانونية قد تعكس تخوفها من هذا النظام الذي يقوم على مبدأ سلطان الإرادة، مما قد يفقده ميزات الإيجابية التي كانت دافعا لرواجه كطريق بديل لحل النزاعات خاصة التجارية الدولية، الأمر الذي يستوجب دراسة هذا الموضوع انطلاقا من الإشكالية التالية:

ما مدى حرية الأطراف في اللجوء للتحكيم وما هو تأثير الضوابط القانونية على فاعلية التحكيم التجاري الدولي؟

وللإجابة على الإشكالية السالفة الذكر، فقد إرتأينا تقسيم المقال إلى ثلاث محاور أساسية هي:

المبحث الأول: مبررات اللجوء الى التحكيم

المبحث الثاني: تكريس مبدأ سلطان الإرادة في نظام التحكيم

المبحث الثالث: القيود الواردة على حرية الأطراف في نظام التحكيم

## المبحث الأول: مبررات اللجوء إلى التحكيم

أصبح التحكيم الطريق البديل لحل النزاعات خاصة التجارية الدولية، خاصة مع تزايد ممارسة الدولة لأنشطة ذات طابع تجاري و اقتصادي، وذلك لما به من مميزات اقتصادية تلبي حاجيات التجارة الدولية وتشجيع الاستثمارات الأجنبية، إلا أنه لم يسلم من الإنتقادات

ويلجأ الأطراف المتنازعة للتحكيم هرباً من إجراءات القضاء المعقدة، وطول أمد النزاع، وعلانية الجلسات، إلا أن هذا النظام لا يخلو من سلبيات أثارها الفقه الذي يرفض التنازل عن سلطة من سلطات الدولة لصالح الأفراد.

## المطلب الأول: مزايا التحكيم

هذه المزايا هي التي تفسر الإقبال المتزايد على التحكيم، في مجال المعاملات الإقتصادية التي تبحث على نظام أكثر مرونة من القضاء، كونه يوفر حاجيات هذه المعاملات ذات الطابع الدولي من حيث تيسير إجراءات فض المنازعات التي تنشأ حولها، و يمكن إجمال مزايا التحكيم في الآتي:

**أولاً/ سرعة الفصل في النزاع:** حيث ينطوي تسوية المنازعات بواسطة التحكيم تحقق السرعة والبساطة في الإجراءات، وقد اشترطت معظم أنظمة ومؤسسات التحكيم التجاري الدولي وضع مدة معينة يتوجب صدور حكم التحكيم فيها لتفادي التأخير، إذا لم يحدد الأطراف في اتفاق التحكيم تلك المدة.<sup>(1)</sup>

**ثانياً/ الحفاظ على أسرار الخصوم:** فاللجوء إلى التحكيم الغرض منه تجنب مبدأ العلنية الذي يعتبر من أسس النظام القضائي فالتحكيم يكون سرياً، حيث يحق للأطراف كذلك إشتراط عدم نشر الأحكام،<sup>(2)</sup> ومثالها ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (44) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنه: "لا يجوز نشر حكم التحكيم أو أجزاء منه إلا بموافقة الطرفين".

حيث يعد مبدأ العلانية من أسس التقاضي و ضمانه لتحقيق العدالة، إلا أنها قد تنقلب سلباً على التجار لأن من شأنها إفشاء أسرارهم الصناعية و التكنولوجية أو إتفاقيات خاصة.

**ثالثاً/ الأصل فيه تطبيق قانون الإرادة:** فمن مزايا التحكيم مقارنة بالقضاء، عدم خضوع الخصومة فيه لأي قانون غير الذي اختاره المحكمتين حيث يحق للأطراف الإتفاق على اختيار قانون أو قواعد معينة غير القانون الوطني، يفصل وفقاً له المحكمون في النزاع المعروض عليهم، و يمكن ترك هذا الإختيار للمحكمتين، وهذا بعكس القضاة في المحاكم، الذين عليهم الإلتزام بنصوص القانون الوطني.

رابعاً/ قلة النفقات: من سمات التحكيم قلة التكاليف مقارنة بإجراءات التقاضي أمام محاكم الدولة يدرجاتها المختلفة، وما تتطلبه من رسوم ومصاريف وأتعاب محامين، والخبراء والمحضرين، وفي مجال التجارة الدولية تنصب المنازعات على مبالغ طائلة، غير أن أتعاب المحكمين مهما كبرت فلا يمكن مقارنتها بالمبالغ المتنازع حولها.<sup>(3)</sup>

خامساً/ كفاءة و خبرة المحكمين: كذلك فقد يكون القاضي بارعا في مجال اختصاصه، ولكنه في أغلب الأحيان يكون قليل الخبرة في شؤون التجارة الدولية، الأمر الذي يستدعي معه تعيين خبير مختص، مما يؤدي إلى طول أمد النزاع و كثرة النفقات.

لذلك يكون من الأجدر اللجوء إلى الخبير مباشرة، واختياره محكما، حيث يتيح نظام التحكيم للأطراف إختيار من يشاؤون من خبراء مختصين ليفصلوا في النزاع في أسرع وقت

حيث أن تعدد المحكمين يتيح فرصة لوجود أكثر من خبير في الهيئة المختصة في الفصل في النزاع على نحو أفضل<sup>(4)</sup>.

سادساً/ إستقطاب الاستثمارات الأجنبية: أصبح قضاء الدولة غير فعال بنظمه و قواعد عمله لتسوية منازعات التجارة الدولية، وقد أثبت الواقع العملي أن التحكيم هو النظام البديل و الذي عمل على ترسخ مجموعة من الحلول التي تتجاوب و خصوصية مشكلات التجارة الدولية و عقودها .

### المطلب الثاني: الإنتقادات الموجهة لنظام التحكيم

رغم المزايا السالفة الذكر، فإن نظام التحكيم لم يحل من بعض المساوئ و الإعتراضات فيرى البعض أن إقرار التحكيم وتكريس مبدأ سلطان الإرادة فيه مساس بالدور والوظيفة الأساسية للقضاء، وإن كان أسبق في الظهور من القضاء، فإن مرد ذلك يتمثل في تأخر ظهور الدولة، وأن القضاء هو إحدى سلطات الدولة تحقق من خلاله وظيفة إقامة العدالة، وهي وظيفة لا يصح أن يترك أمرها للأفراد.

ويرى البعض أن التحكيم يمثل طوق النجاة للشركات العملاقة في مواجهة القاضي الوطني، ويجعل الدول النامية تحت رحمة المحكم الذي لا يتمتع بنزاهة القاضي.<sup>(5)</sup>

كما أن تكاليف القضاء مهما بلغت فهي أقل من مصاريف التحكيم، خاصة إذا تم في أكثر من دولة، لما يستتبعه من نفقات سفر و أتعاب باهضة للمحكمين، وقد تبدو خطورة اللجوء إلى التحكيم في هذا المجال إذا ما طال أمد النزاع حيث تصبح التكاليف مرهقة<sup>(6)</sup>.

## المبحث الثاني: تكريس مبدأ سلطان الإرادة في نظام التحكيم

يقوم نظام التحكيم على مبدأ سلطان الإرادة الذي هو مصدر اللجوء إلى التحكيم من خلال إتفاق مكتوب يحدد فيه كل ما يتعلق بالعملية التحكيمية ونطاقها، كما تلعب إرادة الأطراف دورا هاما في إختيار المحكم أو هيئة التحكيم التي تتولى إدارة الخصومة التحكيمية، وكإستثناء قد تتدخل لوائح مراكز ومؤسسات التحكيم لتعيينهم أو عن طريق القضاء، إضافة إلى حريرتهم في إختيار القانون الإجرائي والموضوعي الواجب التطبيق على الخصومة التحكيمية.

### المطلب الأول: إتفاق التحكيم

جوهر التحكيم هو إتفاق الأطراف الراغبين في التحكيم، إذا هو نظام أساسه إرادة الأطراف التي تقرر اللجوء للتحكيم، وتحدد إجراءاته، وموضوعه، وكيفية تشكيل هيئة التحكيم، والقانون الواجب التطبيق.<sup>(7)</sup> وإتفاق التحكيم تصرف قانوني، لذلك لا يقوم صحيحا إلا إذا قامت أركانه الأساسية واللازمة لأي تصرف منتج لآثار قانونية.

### أولا/ مفهوم إتفاق التحكيم:

بالرجوع إلى مختلف تشريعات التحكيم يتضح التشابه فيما بينها بشأن تعريف إتفاق التحكيم وقد يرجع هذا التشابه إلى كون أن مختلف التشريعات قد إستمدت قواعدها من القانون النموذجي للجنة الأمم للقانون التجاري الدولي بشأن التحكيم لعام 1985، حيث عرفه في الفقرة الأولى من المادة السابعة بأنه: " إتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية "

### ثانيا/ آثار إتفاق التحكيم:

يعتبر إتفاق التحكيم صحيحا متى توافرت أركانه، والشروط المنصوص عليها قانونا لإبرام التصرفات القانونية، ويتحقق هذه الأركان و الشروط في إتفاقات التحكيم، فإنه يترتب آثاره القانونية و التي تنقسم إلى آثار موضوعية وأخرى إجرائية.

فالآثار الموضوعية تتمثل في القوة الملزمة لاتفاق التحكيم و استقلالته، ومقتضى القوة الملزمة لاتفاق التحكيم أن هناك إلتزام بتحقيق نتيجة يقع على عاتق طرفي الإتفاق هو ضرورة قيام كل منهما بالمساهمة في إتخاذ إجراءات التحكيم والإمتناع عن عرض النزاع على القضاء.

وأما استقلال اتفاق التحكيم، فينبع من أهمية هذه المسألة في مجال تفعيل التحكيم التجاري الدولي وتشجيع الأطراف على اللجوء إليه خاصة في مجال التجارة الدولية، وبهدف إعطاء اتفاق التحكيم الحصانة اللازمة

والضرورة من أجل حمايته من تقاعس وتماطل الأطراف السيئة النية، مما دفع بمعظم القوانين الداخلية للدول إدراج نص صريح يؤكد مبدأ استقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.<sup>(8)</sup>

وقد أقر المشرع الجزائري مبدأ استقلالية إتفاق التحكيم في مجال التحكيم التجاري الدولي حيث نص في الفقرة الرابعة من المادة (1040) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>(9)</sup> على أنه: " لا يمكن الإحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي".

وأما الآثار الإجرائية لإتفاق التحكيم فتتمثل في الأثر المانع لإتفاق التحكيم، ومبدأ الإختصاص بالإختصاص.

ولإتفاق التحكيم، أثران هامان، أثر إيجابي هو حق كل من طرفيه في اللجوء إلى التحكيم وأثر سلبي هو التزام طرفيه بعدم اللجوء إلى قضاء الدولة لنظر المنازعة محل التحكيم، وإعمالا لهذا الأثر الأخير يلتزم كل من الطرفين بعدم عرقلة إستعمال الطرف الآخر لحقه في اللجوء للتحكيم، كما تلتزم محاكم الدولة بالإمتناع عن نظر النزاع المتفق على التحكيم بشأنه.

وقد تبنى المشرع الجزائري مبدأ الأثر المانع لإتفاق التحكيم، حيث نصت المادة (1045) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود إتفاقية تحكيم، على أن تثار من أحد الأطراف".

وأما مبدأ الإختصاص بالإختصاص، فهي أول مسألة إجرائية يجب لهيئة التحكيم أن تبث فيها ويقصد بها التأكد من ثبوت اختصاصها للفصل في النزاع المبرم بخصوصه إتفاق التحكيم، فالمحكم لكي ينظر ما يعرض عليه من نزاع لا بد له أن يقر أولاً اختصاصه، ولو اقتضى الأمر البحث في وجود، وصحة واستمرار إتفاق التحكيم الذي يستند إليه طالب التحكيم إذ هو يستمد ولايته من إرادة الطرفين أي من هذا الإتفاق، ولهذا فهو يختص بالنظر في مسألة اختصاصه ومبدأ الإختصاص بالإختصاص لا يشمل فقط ما يتعلق ببطلان إتفاق التحكيم، وإنما أيضا ما يتعلق بوجوده، وكذا ما يتعلق بتحديد نطاق ولاية هيئة التحكيم.<sup>(10)</sup>

### المطلب الثاني: التشكيل الإتفاقي لهيئة التحكيم

يتم إختيار المحكمين من قبل الأطراف مباشرة، بعد اتفاهم على كيفية ووقت إختيارهم، وعلى عدد المحكمين، والتشكيل الإتفاقي لهيئة التحكيم يكون إما عن طريق التحكيم الحر، أو بطريقة التحكيم المؤسسي.

#### أولا/ إختيار المحكم في التحكيم الحر:

للأطراف في التحكيم الحر تعيين محكم واحد، أو أكثر، وذلك لأن كافة قواعد التحكيم لم تقيد الأطراف بل أطلقت لهم مجالا واسعا للحرية في الإتفاق على تحديد كيفية تشكيل هيئة التحكيم، ولم تتدخل



لفرض أي نوع من الإجراءات على الأطراف، إلا في حالة عدم توصلهم لاتفاق على عدد المحكمين، أو وقت تشكيل هيئة التحكيم، فتتولى جهة أو سلطة أخرى تشكيل هيئة التحكيم. (11)

### ثانيا/ تشكيل هيئة التحكيم في التحكيم المؤسسي:

قد يرغب المحكمين عند تشكيلهم لهيئة التحكيم في اللجوء لأحد مراكز أو مؤسسات التحكيم الدائمة، وإتباع قواعدها لتعيين المحكمين، هذا وقد تخضع العملية التحكيمية برمتها لقواعد المركز ( مثال غرفة التجارة الدولية بباريس أو محكمة تحكيم لندن، أو مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي..... الخ)، أو تخضع له بعض مراحلها، وذلك مرتبط بإرادة الأطراف.

والإستعانة بنظام التحكيم المؤسسي لا يسلب حرية الأطراف في اختيار محكميهم، وأن سلطة هذه الهيئات في اختيار المحكم لها طابع احتياطي، فلا تبادر إلى تعيينه إلا بعد التثبت من فشل الأطراف أو امتناع أحدهم عن إختياره، فالإستعانة بالأنظمة المؤسسة مشروط بعدم الإخلال بالحد الأدنى من الضمانات الواجب توافرها عند تشكيل محكمة التحكيم، و سلامة الإجراءات، وإتساقها مع المبادئ القانونية (12).

### المطلب الثالث: تطبيق قانون إرادة الأطراف

اعترفت جل التشريعات الوطنية و الإتفاقيات الدولية و لوائح مراكز التحكيم الدائمة بجزية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع.

وعلى سبيل المثال تنص المادة (25) من قانون التحكيم المصري على أنه: لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر أو خارجها

وهذه المادة تكريس لما جاء به القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 في المادة (19) منه والتي نصت على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات. (13)

أما المشرع الجزائري سواء كان التحكيم داخلي أو تجاري دولي فقد كرس حرية الأطراف في اختيار القانون الذي ينظم إجراءات التحكيم من خلال نصي المادتين (1019 و 1043) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

### المبحث الثالث: القيود الواردة على حرية الأطراف في نظام التحكيم

سنتناول في هذا المبحث الأخير من الدراسة مجموع القيود الواردة على حرية الأطراف في نظام التحكيم، وذلك من خلال البحث بداية في نطاق التحكيم بشقيه الموضوعي والشخصي، ومن ثم الرقابة القضائية على أحكام التحكيم.

#### المطلب الأول: نطاق التحكيم

اتفاق التحكيم تصرف قانوني لا وجود له إلا بتوافر الأركان الأساسية واللازمة لأي تصرف قانوني، وموضوعه الذي ينصب عليه، وفي هذا الإطار فقد قيدت أغلب التشريعات حرية الأشخاص المعنوية العامة في اللجوء إلى التحكيم، كما أخرجت بعض المسائل من مجال التحكيم لتعلقها بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم.

ومن ثم يتعين أن يكون الموضوع من الخلافات الدولية القابلة للتحكيم، والخلاف على حسب تعريف محكمة العدل الدولية هو: « عدم الاتفاق حول مسألة من الواقع أو القانون أو هو تعارض في الدعاوى القانونية أو المصالح»<sup>(14)</sup>.

ولكي يتم اللجوء إلى التحكيم الدولي يجب اتفاق الأطراف على قابلية الخلاف للعرض على هذا الطريق لتسويته، ويطلق على مسألة قابلية الخلاف للعرض على التحكيم، ما يعبر عنه في الفقه الحديث بالمشكلة التحكيمية L'arbitrabilité<sup>(15)</sup>.

وفي هذا الصدد تنص المادة (1006) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: « يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، ولا 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 إطار الصفقات العمومية».

ويتضح من هذا النص وأن المشرع قد حدد نطاق الخلافات التي يجوز عرضها على التحكيم من خلال الاستثناءات الواردة في نفس المادة، والتي يحضر عرضها على التحكيم.

#### أولا/ النطاق الموضوعي للتحكيم:

يرى البعض بأن اشتراط القابلية للتحكيم أو منع التحكيم في مواد معينة، يتأتى من ضرورة حماية المصلحة العامة التي تشكل جوهر النظام العام الذي يساهم في تحديد نطاق القابلية للتحكيم، ولكن الفقه والاجتهاد بفرعيه التحكيمي والقضائي، ارتأيا ضرورة النأي بمسألة القابلية الموضوعية للتحكيم عن معيار النظام العام؛ لأنه ثبت لهما عدم فائدته العملية، وتقييده وحصره لنطاق خصومه التحكيم<sup>(16)</sup>. ولذلك نادوا بضرورة تبني

مفاهيم حديثة لمعايير القابلية للتحكيم تتلاءم وخصوصيات التحكيم وبشكل خاص الدولي منه، وأكد على ضرورة اعتماد معايير حرية التصرف بالحقوق والطابع المالي للنزاع والصلاحيات الخاصة لسلطات الدولة الإدارية والقضائية، كمعايير لتحديد نطاق القابلية الموضوعية للتحكيم.

### ثانيا/ النطاق الشخصي للتحكيم:

إن ظهور الدولة كطرف في التحكيم يضفي صبغة خاصة على العملية التحكيمية، بدءاً من تاريخ إبرام اتفاق التحكيم ومروراً بالإجراءات وحتى وقت إمهار الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية، وقد ثار خلاف قانوني اشترك فيه كل من الفقه والقضاء حول مدى جواز لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم لحل نزاع قائم هي طرف فيه، وتمحض عن ذلك اتجاهان متعارضان، أولهما الاتجاه المعارض لفكرة لجوء الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم، وتقدم هذا الاتجاه بحجج عديدة، يتمثل أهمها بأن لجوء الدولة إلى التحكيم مع شخص خاص أجنبي يتعارض مع مبدأ سيادة الدولة، ويتعارض مع اختصاص القضاء الإداري الذي ينظر في هذه المنازعات، وبالتالي يشكل اعتداء على اختصاصه، ويتعارض مع أسس نظرية العقد الإداري.

ويتمثل ثانيهما في الاتجاه المؤيد لفكرة لجوء الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم، وتقدم هذا الاتجاه بموقفه لدحض حجج الاتجاه المعارض.

ومهما كان الرأي حول جواز التحكيم أو عدم جوازه، فإن نظام التحكيم قد اتجه ليصبح نظاماً قضائياً عالمياً يكمل النظم القضائية الوطنية، ويجب على الدولة أن تأخذ به وإلا خسرت استقطاب الأجانب لاستثمار أموالهم فيها، وبالتالي تعطل مشاريع التنمية التي تسعى لإيجادها الدول النامية من أجل تحقيق أهداف التنمية الاقتصادية.

وأما عن موقف الأنظمة القانونية والاتفاقيات الدولية فقد اختلفت مواقف الأنظمة القانونية في الدول حول هذه المسألة ما بين الإجازة والمنع والتقييد لأسباب مختلفة، كمنخلفة اللجوء إلى التحكيم في هذه الحالة للنظام العام أو تعارض ذلك مع ما تتمتع به الدولة من سيادة.

ولقد كان لظهور المفاهيم الدولية الحديثة تأثيراً كبيراً على اتجاه الدول المختلفة نحو إلغاء المنع أو إزالة القيد المفروض على الدولة والأشخاص المعنوية العامة في اللجوء إلى التحكيم.

وكان للضغوط التي يمارسها المتعاقد على الدولة دوراً كبيراً في ذلك، حتى أنه كان يتوقف إبرام العقد كلية على موافقة الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة على إدراج شرط التحكيم في العقد؛ لأن الطرف المتعاقد معها لا يثق بأن يخضع العقد للقضاء الوطني للدولة المتعاقدة خوفاً من تقييده، وما كان من جانب الدولة إلا الموافقة بوصفها الطرف الضعيف في هذه العلاقة التعاقدية، وعملت في سبيل الوصول إلى ذلك إما إلى إصدار قوانين

جديدة تزيل بموجبها هذا الحظر أو بتفسير القوانين بحيث تسمح لنفسها وللأشخاص المعنوية العامة باللجوء إلى التحكيم.

### المطلب الثاني: الرقابة القضائية على أحكام التحكيم

ويتعلق الأمر برقابة القضاء على العملية التحكيمية عند نظرها في الطلبات المتعلقة بالأعتراف بالحكم التحكيمي التجاري الدولي لإكسابه الحجية أو طلب التنفيذ أو إذا طرحت أمامه دعوى ببطلان حكم التحكيم.

#### أولاً/ الإيعتراف بالحكم التحكيمي التجاري الدولي:

ومفهوم الإيعتراف هو أن الحكم التحكيمي صدر بشكل صحيح وملزم للأطراف، أما التنفيذ فمعناه أن يطلب الخصم المحكوم له من القضاء إلزام المحكوم عليه بتنفيذ ما جاء بالحكم التحكيمي جبراً عنه، وذلك بموجب الإجراءات التنفيذية<sup>(17)</sup>.

وطلب الإيعتراف بالحكم التحكيمي إجراء دفاعي يلجأ إليه صاحب المصلحة قبل التنفيذ، أو لتفادي مطالبته حول نفس النزاع أمام قضاء الدولة، من خلال دفعه بحجية الشيء المقضي فيه، والتي لا يكتسبها الحكم التحكيمي إلا بعد الإيعتراف به.

#### ثانياً/ تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي:

الحكم التحكيمي الدولي غير قابل للتنفيذ إلا بعد إعطائه القوة التنفيذية، ويبقى السؤال مطروحا ماهي الجهة المختصة المانحة لهذه القوة التنفيذية، وهل يسبق ذلك إيداع الحكم التحكيمي الدولي وماهي الإجراءات الواجب إتخاذها لاستصدار الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي الدولي.

وقد نصت المادة (600) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي" وقد حصرت المادة السندات التنفيذية القابلة للتنفيذ الجبري بثلاثة عشر سندا ومن بين هذه السندات أحكام التحكيم المأمور بتنفيذها من قبل رؤساء الجهات القضائية والمودعة بأمانة الضبط.

وعليه فإن القوة التنفيذية للحكم التحكيمي لا تتحقق ما لم يصدر بشأنها أمر قضائي بتنفيذها وهو ما يسمى " بالأمر بالتنفيذ" بحيث بموجب القانون للإيعتراف بالقوة التنفيذية للحكم التحكيمي صدور أمر بتنفيذه من جانب القضاء العام في الدولة.

وبعبارة أخرى أن القوة التنفيذية يستمدها الحكم التحكيمي من القضاء الرسمي الذي يستمد هو الآخر قوته من السلطة العامة، مع العلم أن الحكم سواء كان قضائياً أو تحكيمياً ليس له القوة التنفيذية ما لم يكن يقضي بإلزام المحكوم عليه بشيء يمكن تنفيذه جبراً وهو ما يعرف بحكم الإلزام أما الأحكام المقررة والمنشئة فهي لا تدخل ضمن السندات التنفيذية<sup>(18)</sup>.

الجهة القضائية المختصة بالأمر بالتنفيذ، لا يتعدى نطاق رقابتها على الحكم التحكيمي الدولي الجانب الشكلي دون التطرق للموضوع ولا يجوز لها النظر فيما إذا كان المحكم طبق القانون أم لا، أو أن الحكم التحكيمي عادل أم غير ذلك، لأن في ذلك مساس بالتحكيم و تجاوز في السلطة.

ولذا يمكن القول أن النظر في طلب الأمر بالتنفيذ لا يعد استثناء أمام القضاء، بل هو مجرد رقابة قضائية شكلية بالمفهوم الضيق لا بالمفهوم الواسع، خاصة بالنسبة للحكم التحكيمي الدولي.

### ثالثا/ الطعن في أحكام التحكيم:

أدى تأثير الطبيعة التعاقدية لاتفاق التحكيم على الصفة القضائية لحكم التحكيم إلى فتح سبيل دعوى البطلان ضد حكم التحكيم، ولهذا الإعتبار تجيز التشريعات المختلفة الدعوى ببطلان أحكام التحكيم.<sup>(19)</sup>

فقد يصدر القرار من المحكمين وهو يحمل معه سببا من الأسباب التي تجعله باطلا، وبالتالي يصبح كأن لم يكن، وهي أسباب قد تتعلق بعقد التحكيم، أو بإجراءاته أو لمخالفة النظام العام أو لأسباب تتعلق بحكم التحكيم ذاته.

وبقي أن نشير هنا الى أنه تختلف حالات الطعن من تشريع لآخر فعلى سبيل المثال:

أجاز المشرع الجزائري طلب بطلان أحكام التحكيم الدولية الصادرة في الجزائر، وذلك في الحالات الواردة على سبيل الحصر والتي يجوز فيها كذلك استئناف الأمر الصادر بالإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الصادر بالخارج، وهذه الحالات منصوص عليها في المادة (1056) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتشمل ما يلي:

أ- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاق تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة، أو انقضاء مدة الإنفاذية (إنهاء ميعاد التحكيم).

ب- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون الذي اتفق عليه الأطراف.

ج- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها، أي لم تلتزم بحدود المهمة المنوطة بها بحيث تفصل في ما لم يطلبه منها الأطراف.

د- إذا لم تحترم مبدأ المواجهة.

ه- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو إذا وجد تناقض في الأسباب، حيث أن المشرع الجزائري يشترط تسبب الأحكام.

و- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

ونص المشرع الجزائري في المادة (1060) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه مجرد رفع أي طعن في حكم التحكيم الدولي سينتج عنه فوراً وقف التنفيذ ولا يحتاج إلى رفع دعوى بوقفه، ولم يكتفي بذلك بل جعل من آجال ممارستها موقفة للتنفيذ.

ولهذا يجب على كل من يرغب في تقديم طلب التنفيذ أن ينتظر إما انقضاء ميعاد الطعن في حالة عدم رفعه و إما الانتظار إلى غاية الفصل فيه في حالة رفعه. (20)

#### خاتمة:

حاولنا من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على مبررات اللجوء للتحكيم وأوجه تكريس مبدأ سلطان الإرادة فيه والقيود والضوابط الواردة عليه وقد تكلفت هذه الدراسة إلى الملاحظات والنتائج التالية:

1- أن نظام التحكيم قد قيده مختلف التشريعات من حيث الموضوع وربطته بفكرة النظام العام، وقد أدى التوسع فيها إلى الحد من نطاق التحكيم باستبعاد وسائل كثيرة من دائرته، ووقفت عقبة أمام تنفيذ عدد كبير من أحكام التحكيم.

2- أن نطاق التحكيم من حيث الأشخاص يركز أساساً على قابلية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم، والتي أثارت جدالاً فقهيًا لتعارضها مع سيادة الدولة وفيها مساس باختصاص القضاء الإداري، والمشرع الجزائري في هذا الصدد قد نص صرحه في المادة (1006) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على عدم جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم، إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها وعلاقتها الاقتصادية الدولية وفي مادة الصفقات العمومية.

3- أن المحكم مقيد بالقانون الذي يختاره الأطراف ليطبق على النزاع، ولا يكون للمحكم استبعاد القانون المتفق عليه إلا في حالات معينة مذكورة على سبيل الحصر، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المواد (1043 و 1050) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

4- أن خصومة التحكيم وإن كان ينبغي لها أن تتحرر من القيود التقليدية للخصومة القضائية بما تحمله من معوقات، إلا أن المشرع الجزائري قد قيدها بضمانات التقاضي الأساسية، وبالتالي فإن مبدأ سلطان إرادة الخصوم في تحديد التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم وتنظيم دور المحكمين في ذلك، مقيد بملائمة تلك الإجراءات لطبيعة النزاع، واحترام النظام العام وكفالة ضمانات التقاضي.

5- أن الرقابة القضائية المفروضة في مراحل معينة من التحكيم، يغلب عليها الطابع المساعد أكثر من الرقابي، ذلك أن المرونة في إجراءات التحكيم لا تعني التحرر من كافة صور الرقابة، يضاف إلى ذلك أن اتفاقية نيويورك التي تنظم الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية أجازت للقضاء الوطني ممارسة هذا الدور الرقابي.

6- أن رقابة القضاء تتضح جليا في مرحلة ما بعد صدور الحكم التحكيمي، عند لجوء المحكّمين إما إلى طلب تنفيذه، أو الطعن فيه بالبطلان، إلا أنه اصطدنا بإشكالية صدور أحكام قضائية متناقضة، عند النظر في دعوى البطلان والتنفيذ من جهتين قضائيتين مختلفتين.

7- أن دعوى البطلان قد تصبح سبيلا لعرقلة تنفيذ حكم التحكيم، وأسلوبا للمماطلة يلجأ إليه أحد المحكّمين، على اعتبار أن أغلب التشريعات بما فيها الجزائري قد نص في المادة (1060) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه يوقف تقديم الطعون وأجل ممارستها تنفيذ أحكام التحكيم.

وبناء على الملاحظات والنتائج السالفة الذكر، التي توصلنا إليها نقدم الإقتراحات التالية:

1- من الضروري تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي طالما أنه لا يخالف النظام العام الدولي، حتى وإن كان مخالفا للنظام العام الداخلي.

2- الدعوة إلى انضمام الدول الإفريقية التي لم تنضم حتى الآن لاتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية للانضمام إليها وإلزام الدول بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية دون عرقلة أو بطئ وجعلها أحكاما نافذة في كل دولة، كما لو كانت أحكاما قضائية نافذة وفقا لقوانين الدولة.

3- على الدولة والأشخاص المعنوية العامة التابعة لها أن تحترم تعهداتها والتزاماتها التعاقدية فيما يتعلق بشرط التحكيم.

4- تحديد المؤهلات المطلوب توافرها في المحكم ومعايير اختياره بدقة، ووضع تنظيم تفصيلي دقيق لسلطات المحكم ونطاقها وآثارها.

5- إنشاء مراكز متخصصة لتدريب المحكّمين ومنحهم درجات علمية تبعا لكفاءتهم ونشر قوائم للمحكّمين توضح خبراتهم ومؤهلاتهم وأهم القضايا التي شاركوا فيها لتيسير اختيارهم، والتوسع في عقد الندوات والملتقيات التي تتصدى للمشاكل الحقيقية للتحكيم.

6- توجد في دول العالم بصفة عامة، وفي الدول الإفريقية بصفة خاصة مراكز عدة للتحكيم التجاري الدولي، ولا يوجد بينها تنسيق أو تعاون ولاسيما على صعيد دراسة النصوص وطرق العمل لديها. والأمر أصبح يستدعي إيجاد مراكز تعاون دولية أو إفريقية موحدة للقيام بتلك المهام، إذ أن ذلك يساعد على إزالة تلك التناقضات مهما كانت لتحقيق الغاية المنشودة من التحكيم بين أطراف النزاع.



## الهوامش:

- (1) - علي عوض حسن، التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 29.
- (2) - René rodière et roger Houin, Droit commercial, Dalloz, Paris, 1970, N° 298; P 272.
- (3) - علي عوض حسن، مرجع سابق، ص 29.
- (4) - هشام خالد، تكوين المحكمة التحكيمية في منازعات التجارة الدولية، المجلد الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 30
- (5) - محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 15-16
- (6) - إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 12
- (7) - Mostefa trari-tani, droit algérien de l'arbitrage commercial international, Berti éditions, Alger, 2007, P35.
- (8) - حفيظة السيد الحداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 119.
- (9) - القانون رقم (09/08) المؤرخ في 2008/02/25، المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21 لسنة 2008.
- (10) - زهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 71.
- (11) - محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم الحر والتحكيم المقيد، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 49.
- (12) - هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997، ص 131.
- (13) - جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 177.
- (14) - مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، طبعة 2010، ص 108.
- (15) - Lovel (P), L'arbitralité, revue de l'arbitrage, 1992, p213.
- (16) - أياد محمود بروان، التحكيم والنظام العام، -دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 153.
- (17) - أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص 23-24
- (18) - فتحي والي، التنفيذ الجزري، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1975، ص 31.
- (19) - حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، 1997، ص 92.
- (20) - وهو ما ذهب إليه كذلك، القانون الفرنسي من خلال المادة (1506) التي نصت على : « le délai pour exercer les recours prévus aux articles 1501, 1502, et 1504 suspend l'exécution de la sentence arbitrale. Le recours exercés dans le délai est également suspensif ».