التحرر من قيود الإرادة في اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود الاستثمارات الدولية

Freedom from the will to Resort to Arbitration in Disputes of International Investment Contracts

تاريخ استلام المقال:16/ 2019/04 تاريخ قبول المقال للنشر: 06/ 2019/06 تاريخ نشر المقال: 20/ 06 /2019

د. بوخالفة عبد الكريم
جامعة قاصدي مرباح، ورقلة– الجزائر
boukhalfa.abdelkrim@univ-ouargla.dz

ملخص :

تعتبر عقود الاستثمار الدولية من أهم العقود التي تبرمها الدولة في إطار تنميتها عبر مختلف المجالات التي تتدخل في تسييرها وتنظيمها، ولكون هاته العقود تنطوي على موارد مالية ضخمة ومؤهلات فنية خاصة ناهيك عن طول أمد تنفيذها، فقد تعتريها بعض الاشكالات تختلف باختلاف نظرة الأطراف للمسألة من جهة، ومن جهة أخرى فرض الدولة لسلطانها من خلال تطبيق قانونها الوطني باعتبارها طرف يتمتع بامتيازات السلطة العامة ويحرص على المصلحة العامة وذلك من خلال تطبيق قانونها الوطني في مجال تسوية المنازعات التي تنشب بينه وبين المستثمر الأجنبي.

الكلمات المفتاحية: الإرادة؛ المنازعات؛ عقد الاستثمار ؛ القانون الوطني؛ استثمارات أجنبية؛ القضاء الوطني.

Abstract:

International investment contracts are among the most important ones concluded by the state, in the context of developing them in many respects being part of their management and organization. Having these contracts involving gorgeous financial resources and specific technical qualifications along with their long term execution, they make take some various forms with regard to parties' vision towards the issue. On another hand, having state imposing its power as a party of public authority privileges, being eagerly caring about public interest. In order to end such conflicting forms,

Keywords: Will; conflict settlement ways; investment contract; contractual terms: foreign investments; National law; National judiciary.

مقدمة:

إذ كانت إرادة الأطراف هي المدخل الأساسي لنظام التحكيم سواء كمصدر مباشر للتأهيل التحكيمي، وباعتبار دورها الكاشف للتأهيل القانوني غير المباشر أو كمعيار عام للتّحكيم وعلى أساس اتجاه إرادتهم الى إعطاء صفة القاضي للغير المحكم هو الذي يميز التحكيم عن غيره من الوسائل غير التحاكمية وعن

قضاء الدولة، فإن الاتفاق الكاشف المتمثل في اتفاقية التحكيم شرطا كانت أو مشارطة وأيا كانت صيغتها ليس المدخل الوحيد للتحكيم.

فقد يلجأ الأطراف المتخاصمون الى التحكيم بدون سند اتفاقي سواء جبرا أو اضطرار وهو ما يعطي هيئة التحكيم تأهيلا مباشرا يشبه تأهيل القاضي، وكما أن تحصين سند التحكيم الاتفاقي يمكن أن يؤدي الى جعل التأهيل التحكيمي غير مباشر مفتوحا حتى يستفرغ كامل مظاهر الولاية القضائية التحكيمية بما يحجب كل دور للقضاء داخل مجالها المطّرد الاتساع حد المشمولية.

المبحث الأول: تحرر التأهيل من السند الاتفاقي

دراستنا في هذه الحالة عن تحرير اللجوء إلى التحكيم[1] من الشكل الاتفاقي وليس تحريره من الإرادة الفرديّة للأطراف المتنازعين، فالأمر هنا يتعلق بتحرير اللجوء إلى التّحكيم من الأداة التعاقديّة المتمثلة في اتفاقية التحكيم، أي من صيغة الإرادة في الشّكل التعاقدي، حتى يصبح التأهيل مادّيا ومباشرا.ومؤدى ذلك أن غياب صيغة التأهيل العقديّة لا يعني بالضرورة غياب عنصر إرادة الأطراف الذي يبقى قائما ولكن دوره يصبح محدودا في إعطاء الاختصاص إلى محكمة التحكيم على موضوع التحكيم خصوصا في منازعات عقود الاستثمار الدوليّة حيث يتراوح تقييم الفقه لها من تحكيم بدون سند اتفاقي الى تحكيم جبري، ويشمل تحرر التحكيم من اتفاق الأطراف صراحة عليه في العقد في التحكيم الإجباري(المطلب الأول)، والتحكيم الاختياري(المطلب الثاني).

المطلب الأول : التحكيم الإجباري

يعتبر التحكيم الإجباري، التحكيم الذي يوجب القانون على وجه الاستثناء اللجوء إليه لحسم النزاع، أو صنف ما من المنازعات [2]، ويضيف الأستاذ موتلسكي إلى هذا التعريف عنصر خضوع هذا التحكيم

[1]– في هذه الحالة نقصد أنه يكون اللجوء الى التحكيم مباشرة من قبل المستثمر الأجنبي على أساس الاتفاق الموجود في الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الدولة المضيفة له، أي بمعنى أخر أنه بدون هناك اتفاق تحكيم ، وهذا ما يعرف بشرط المضلة والذي يقصد بشرط المضلة أن تتعهد الدولة المتعاقدة بضمان التقييد و مراعاة أي التزاما يتعلق باستثمارات مواطني الدولة المتعاقدة الأخرى بمعنى أخر أن الالتزامات التعاقدية الناشئة عن اتفاق الاستثمار توضع تحت مظلة المعاهدة، ويعد أي انتهاك أو خرق لهذا الشرط بمثابة انتهاك لاتفاقية الاستثمار. و بما أن الدولة الجزائرية قد أبرمت العديد من الاتفاقيات التي بموجبها تنص على اللجوء إلى التحكيم وبهذا فإن المستثمر قد يلجأ إلى التحكيم حتى وإن لم توافق الدولة الجزائرية صراحة في العقد ويدعم تبريره بالاتفاقيات الدولية وبالخصوص إذا كانت هناك اتفاقية بين دولته والجزائر.

[2] حمزة حداد، **التحكيم في القوانين العربية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2010، 138.

إلى نظام سابق الوضع، وعنصر محدودية التأهيل في المسائل التي فرض من أجلها اللجوء إلى التحكيم، بما يجعل من تأهيل عضوه تأهيلا موضوعيّا على غرار تأهيل المحكم في التّحكيم الاتفاقي[1].

ويرى البعض أن التحكيم حتى في مدلوله اللغوي يعني الاحتكام الطّوعي إلى الغير المحكّم والرضا مسبقا على ما سيصدره من أحكام [2]، وعلى هذا الأساس يكون الأصل في التحكيم أن يتم اختيارا مما يجعل الإجبار على اللجوء التحكيم متعارضا مع روح التحكيم ومع حقيقة مفهومه [3].

بهذا الصدد يقول الفقيه شارل جاروسون عند تحليله للتحكيم الإجباري"" أن الطابع الإرادي هو جوهر التحكيم ويؤدّي إلى استبعاد تحكيم إجباري في مجال التحكيم""، ويبرر هذا الإقصاء بالقول أن المنشأ الاتفاقي للتحكيم يرتّب نتيجتين أساسّيتين وهما، اختيار الأطراف اللجوء إلى التحكيم وتنازلهم عن قضاء الدولة، بالإضافة إلى اختيارهم محكّميهم إما مباشرة أو بصفة غير مباشرة بواسطة الغير مثل مؤسسة التحكيم[4].

ويذهب جانب من الفقه إلى إلحاق التحكيم الإجباري بقضاء الدولة وإدراجه ضمن المحاكم الاستثنائية[5]، ثم يلحقون به نظام التحكيم لدول أوروبا الشرقية التي كانت الدولة فيه تحتكر التجارة الدولية، حيث رأوا أن التحكيم في العلاقات التجارية الدولية ما هو إلا مظهرا لذلك الاحتكار[6]، وعموما يمدونه إلى

---

[1]– Motulsky, Etudes et notes sur l"arbitrage,Dalloz,1974,p 19. 19:35 محمل من الموقع على الساعة 2018/01/16 بتاريخ https://www.lgdj.fr/ecrits-etudes-et-notes-sur-l-arbitrage-9782247101047.html

[2]– في هذا السياق حول التحكيم الإجباري في العقود، أنظر مراد محمود المواحدة، **التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، المرجع السابق**، ص 33.

[3]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **التحكيم في المنازعات الادارية الداخلية والدولية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر ، 2006،ص 28.

[4]-Jarrosson charel 'arbitrage et la convention européenne des droits de l'homme, rev arb.1989 p13.

محمل من الموقع على الساعة 19:37 بتاريخ 2018/01/16.

http://www.iaiparis.com/profile/charles.jarrosson

[5]- Christophe Seraglini ,LE CONTRAT D'ARBITRE EN DROIT INTERNATIONAL, mimoire MASTER 2 DROIT DES CONTRATs, Université Paris-sud Faculté de Droit Jean-Monnet, Sans date de publication, p 6 telcherge en site : http://memoire.jm.u-psud.fr/affiche_memoire.php?fich=3971&diff=public en 01/03/2018 a 21: 15

[6] فتحي والي، **قانون التحكيم في النظرية والتطبيق**، منشاة المعارف، مصر، 2006، ص 32.

كل نظام قانوني سابق الوضع ليس للأطراف الخروج عنه ويفتقر إلى أرضية اتفاقية بالنسّبة الى النّزاعات التي وضع من أجلها .

إن الرأي الغالب في الفقه الحديث[1] وحتى في الواقع القانوني يجعل من التحكيم الإجباري تحكيما ويجري عليه نظام وقواعد التحكيم العامة، على اعتبار أنه من جهة لا يغيب فيه دور الإرادة بصفة مطلقة، ومن جهة أخرى بالخصوص في العلاقات الاقتصادية الدولية، ونتيجة لغياب محاكم عمومية دولية، يعتبر التّحكيم أيا كانت طبيعته ضرورة للتجارة والاستثمار، ويعتبر التحكيم بالنسبة في منازعات الاستثمار بمثابة الشرط المعلق، أو على حد تعبير الأستاذ عبد الحميد الأحدب ""مسألة يكون أو لا يكون""[2].

وفي هذا السياق يقول الأستاذ موتلسكي "" يمثل التحكيم الإجباري حقيقة التحكيم بالمعنى الفني ويحتفظ القرار الذي يتولد عنه بطبيعة القرار""، ويبرر رأيه بأن تبقى فيه بصدد محكمة خاصة، لأن الأفراد الذين يكونونها يقتصر تأهيلهم على النّزاعات التي تدخل ضمن حدود تأهيلهم الذي هو تأهيل موضوعي وفق منظوره[3].لذلك فإن الفقيه موتلسكي وأتباع نظريته في التأهيل التحكيمي يعتمدون معيار الإرادة من خلال التأهيل الموضوعي لإخراج التحكيم الإجباري من قضاء الدولة وإبقائه ضمن دائرة التحكيم.

ويجمع الأستاذ علي عوض حسن بين معايير دور الإرادة والتركيبة المزدوجة لهيئة التحكيم والفائدة العملية ثم المشروعية القانونية الوضعيّة للقول بمحافظة التحكيم الإجباري على طابعه التّحكيمي حيث قال"" ... (الأصل في التحكيم أن يتم اختياريا)، وإن كانت له وجاهته، إلا أنه يبقي التحكيم الإجباري كطريق يتعين اللجوء إليه وما يوفره من فوائد عملية في منازعات الاستثمار بالخصوص وهذا في حالة ما إذا كانت هيئة التحكيم مشكلّة برئاسة عضو قضاء، وذلك باحتمال إنهاء النّزاع في أجل معقول فضلا عن أن مشروعية التحكيم الإجباري وإن كانت مستمدة من نصوص القانون ذاته إلا أن

---

[1]– من بين الفقهاء الفقيه، هيبرو والفقيه دوغي والفقيه كلسن،(يراجع في هذا الغرض، محمد الزين، **النظرية العامة للالتزامات العقدية**، بدون دار نشر، تونس 1997،ص 61.

[2]– عبد الحميد الأحدب، **التحكيم ، أحكامه ومصادره**، موسوعة التحكيم، دار المعارف، 1998، مصر، ص 291.

[3]– علي عوض حسن، **التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 291.

الواقع في جميع أنواع التحكيم الإجباري[1]، أن هيئات التحكيم لا تتكّون من عنصر قضائي بحث وإنما يشترك مع القضاة ممثلون عن الأطراف المتحاكمة وهو ما ينتهي إلى عدم إهدار إرادة المتنازعين كليا وإنما يكون لها دور فعال في أعمال هيئات التحكيم الإجباري[2].

وهكذا يكون اللجوء إلى التّحكيم لجوءاً مباشرا دون أن تكون هناك اتفاقية التحكيم، لكن كذلك دون تجاهل الإرادة كليا ودون إخراج المحكم ولو كان عضوا عموميا عن نظام المحكم القاضي، ودون إخراج قضائه عن نظام القضاء التحكيمي.

إن هذا النوع من التحكيم يمكن أن يعد تعبيرا عن حقيقة التحكيم كمؤسسة موضوعة على ذمة من يريد الاستنجاد بها، سواء أكان الدولة أو المستثمر الأجنبي أو مجموعة دولية كما في التحكيم الاختياري، أو حتى في التحكيم الإجباري، حتى وإن كان الخواص بإرادتهم الحرة والتي قلنا أن دورها كاشف فقط للولاية التحكيميّة في التحكيم الاتفاقي، سواء كان مؤسسا أو حرا[3].

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري في هذه النقطة لم يحرر التحكيم الإجباري من اتفاقية التحكيم بصفة مطلقة بل أبقى على الدور المنشئ لإرادة الأطراف في التحكيم في كل المنازعات سواء في مجال منازعات التجارة الدولية أو عقود الاستثمار، وهذا ما جسده نص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[4].

المطلب الثاني: التحكيم الاختياري

إن المقاربة بين التحكيم وقضاء الدولة على مستوى طبيعة الوظيفة لكل منهما وسلطة المحكم لديه، أن الإرادة الفردية أصبحت مجرد معيار تعريف وتوصيف للتحكيم باعتبارها مصدرا للتأهيل المباشر من جهة، ومظهر للسّيادة التحكيمية الطليقة من جهة أخرى[5]، لكن ثبت كذلك أن القانون يبقى هو مصدر

---

[1]– بهاء الدين مسعود سعيد، **أثر اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الإدارية على مبدأ سيادة الدولة ومبادئ ونظريات القانون الإداري، دراسة تحليلية مقارنة**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، بكلية الدراسات العليا، جامعة الأردن، 2015/2014، ص 362.

[2] – عبد الحميد الأحدب، **المرجع السابق**، ص300.

[3]– الحسين السالمي، **المرجع السابق**، ص 337.

[4]– للمزيد أنظر نص المادة 1007 من القانون رقم 08–09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، **المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية** ،الجريدة الرسمية، العدد 21 ، الصادر في 23 أفريل 2008.

[5]– فتحي والي، **قانون التحكيم في النظرية والتطبيق**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر ، 2006، ص32.

غير مباشر للتأهيل التحكيمي والإطار الحقيقي للسيادة التحكيمية من خلال تكريسه للحق في التحكيم وحريّة اللجوء إلى هذا الأخير.

إن هذه الحقيقة التي انعكست على مستوى التحكيم الإجباري بإقصاء الصيغة الشكلية للإرادة التحكيمية، سوف تنعكس كذلك في التحكيم الاختياري، سواء في وجود صيغة الرضا بالتحكيم وبالتوافق مع إرادة الأطراف(أ)، أو في غياب تلك الصيغة أو بتجاوز إرادة أحد المحتكمين كما في التحكيم الاقتصادي[1] الدولي(ب).

الفرع الأول : محدودية الإرادة كمصدر مباشر لتأهيل المحكم

يرى أصحاب المدرسة الذاتية[2] في التحكيم أنه الوسيلة التي تفرضها مقتضيات والضرورة البراغماتية لعقود الاستثمار الدولية، باعتباره الأداة الأكثر ملائمة للعلاقات الاقتصادية الدولية[3]، ما يجعله مفروضا على الإرادة التي يبقى دورها مساند فقط نظرا لأنها تمكن خرق السيادة الوطنية وتعوضها بحرية التحكيم المطلقة.

ويقول رأي آخر[4]، لا تحكيم بدون استقلالية ولا استقلالية بدون استقلال عن العقد وعن القضاء معا لأن التحكيم غير العقد وغير القضاء مجتمعين أو منفصلين باعتباره مجرد تقنية للحياد عند الأستاذ أحمد حشيش، وتقنية لتطبيق القانون الطبيعي.

أما النظم الوضعية الحديثة فقد استبعدت دور الإرادة الأصلي والأساسي في إنشاء اتفاق التحكّيم وجعلته لا يستقل بإنشاء التأهيل [1]، وبالتالي لا تستقل بضبط ولاية المحكم، وقد غلبت المكون القضائي

[1] – تعتمد هذه المدرسة الوصف الاقتصادي، لأن التحكيم الدولي تجاوز شرط ""التجارية""، المعاملة أو العلاقة الدولية وأصبح يقف عند طابعها الاقتصادي، بل تجاوز حتى هذا المعيار للقبول بالتحكيم أية معاملة لها طابع أو مجرد أثر مالي ولو كانت ذات طبيعة عامة إدارية كالصفقات العمومية.

[2]– تمثل هذه النظرية إتجاها جديدا في تحديد طبيعة التحكيم ظهر في الفقه الحديث، ويستند أنصاره الى فكرة مفادها أن التحكيم ما هو إلا ظاهرة تلقائيّة أو قائمة بذاتها على أساس نفعي، وعلى أساس حضاري تقني، وفي هذا السياق أنظر أحمد أنعم الصلاحي، **النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي**، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، مصر، 1994، ص 154.

[3]– نادر محمد إبراهيم، **مركز القواعد عبر الدولية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 622.

[4]– أحمد محمد حشيش، **نظرية وظيفة القضاء**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2002، ص .175.

على المكوّن العقدي وغلبت القانون على الإرادة[2]، وجعلته سابقا لها في إنشاء التّحكيم كمؤسسة وفي التّرخيص في اللجوء إليها كأداة للفصل في المنازعات، بل أنها أصبحت ترجع الولاية التحكيمية بكاملها الى منشئ دولي يكرّسه مبدأ الحق في تسوية المنازعات بالحل التوافقي، ومبدأ الحق في اللجوء إلى التحكيم وهذا المبدأ هو مكرس في المواثيق الدولية.

وقد تبين على المستوى العملي أن الاختلاف الفقهي الذي دمج بين التأهيل والاختصاص، كان في الحقيقة جدلا حول التمييز بين اتفاقية التحكيم التي تبين اختصاص المحكم، الذي يعطيه تأهيله، ولا ينعقد بين نفس أطراف اتفاقية التحكيم وإنما بين الأطراف المتخاصمون من جهة والمحكم أو مؤسسة التحكيم من جهة أخرى، ويمكن أن يكون عقدا داخليا أو دوليا[3].

ويلتزم المحكم بمقتضاه بالمهمة التحكيمية الموكلة إليه، وهو العقد الذي كرّس وجوده القانون في أغلب الدول ومن بينها التشريع الجزائري، وهو الأساس البديل الذي يقيم عليه المحكم التزامات اتفاقية، ويترتب الإخلال بها أخطاء عقدية تنتج عنها مسؤولية عقدية والتزامات قانونية تنتج مسؤولية تقصيرية[4].

لا يكفي تصريح إرادة الأطراف لوصف مؤسسة التّحكيم وتمييزها عن المؤسسات القانونية المقاربة أو المزاحمة، حيث انتقل معيار توظيف، تعريف، وتوصيف وتصنيف التحكيم من معيار الأساس الاتفاقي إلى معيار مدى سلطة الغير المحتكم إليه والذي لم تعد تحدده الإرادة فحسب بل يحدده قبلها ومعها القانون، الذي تجاوز تحجيم دور الإرادة في مستوى إنشاء ولاية المحكم وضبط طبيعتها كرديف لذلك تقليص دورها في ضبط إجراءات التحكيم وفي تحديد القانون المطبق على موضوع التحكيم[5].

---

[1]– يعرف التأهيل، بأنه تولية شخص ما مهمة أو وظيفة أو إعطائه تكليفا وينطبق هذا التعريف على التحكيم ويصبح عملية إسناد شخص ما سلطة إصدار قرار يتصل به القضاء في النزاع، في هذا المعنى أنظر **توماس كلاي، تعريف المحكم، منقول عن الحسين السالمي، المرجع السابق**، ص 115.

[2] – تقوم المدرسة العقدية للتحكيم على فكرة مركزية وهي أن التحكيم عمل من أعمال الإرادة الفردّية يستوعب بدوره كامل فكرة التحكيم بما في ذلك العمل التحكيمي .

[3]–Thomas Clay, La notion de partie dans l'arbitrage محمل من الموقع http://www.theses.fr/2012VERS032S

[4]– عبد العزيز عبد المنعم، **المرجع السابق**، ص 29.

[5]– في هذا السياق أنظر دراستنا حول القانون الواجب التطبيق في الباب الأول وكيفية النص في التشريع الجزائري على القانون الواجب التطبيق أي من قبل الدولة المضيفة وبذلك فإن الإرادة محجمة وليست لها الحرية في الاختيار في مجال اختيار القانون الوطني على أساس أن فرض تطبيق قانونها الوطني ما هو إلا مظهر من مظاهر سيادتها.

في هذا السياق يقول الأستاذ برينو أوبتي عند مقاربته بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم بأنه " يجب تأمل العدالة كظاهرة كونية، لكن بإدراجها ضمن التنظيم المؤسسي للمجتمع اكتسب بحسب الدولة المعنيّة خصوصية نسبيّة واستقلالية متفاوتة إزاء الدولة، وهي خصوصية وظيفيّة بدرجة متفاوتة، وتلاؤمها نسبيا مع وسائل أخرى لحل النزاعات مثل التحكيم[1]".

هذا ما دعى الفقيه برينو إلى التأمل في مفهوم العدالة وتوزيعها بين القضاءين، وقد انتهى به إلى تأكيد التقائهما على مستوى السلوك، من خلال سلوكية مشتركة يجمعهما مفهوم المحاكمة العادلة، وعلى المستوى المؤسسي الوظيفي حول تصور مشترك للعدالة الذي وحده يفسر الالتقاء بين القضاءين، وعلاقة الثقة التي تعكسها المساعدة التي لم يبخل بها القاضي على المحكم في أي وقت والروح التحررية التي طبعت رقابة القاضي على القرار التحكيمي، أيا كان الاختلاف في تنظيم أو سير القضاءين، وخلص الفقيه في النهاية إلى القول بأن ثنائية المشروعية مع وحدة السلوكية والغاية، تنوع الأدوات والوسائل، مع الوحدة الوظيفية، التوازي مع الالتقاء، كلها تظهر لنا حقيقة قضاء الدولة وقضاء التحكيم[2].

إن هذا التقارب الذي ثبت رغم التوازي بين القضاءين هو في آنٍ واحد على حساب الإرادة وعلى حساب القانون معا، فإرادة الأطراف لها مجرد دور مباشر كاشف لإرادة القانون، لكن القانون ليس في مفهومه الشكلي وإنما في مفهومه العام، الذي يحدد النظام القانوني للقاضي أو المحكم، ويحويه مفهوم المحاكمة العادلة كما يقول الأستاذ أوبتي[3].

إن هذه الاشتراكية هي التي تفسر رغبة الأطراف في القضائيين للحصول على حكم يرونه عادلا، ويجب أن يكون متحررا من القانون، ويذهب في هذا المفهوم إلى الأخذ بقواعد ومبادئ وقيم العدالة المثالية وبمقتضيات الإنصاف، وهو ما يجعل إعادة التأمل في فكرة العدالة نفسها، كما أشار الأستاذ أوبتي في قياسه بين قضاء الدولة والتحكيم.

---

[1]– باسود عبد المالك، **حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2014، ص 318.

[2] – الحسين السالمي، **المرجع السابق**، 347

[3]– H.MOTULSKY : la nature de arbitrage ;Etudes et notes sur l'arbitrage ;Dalloz ;1974 p14 : « L'ancienneté de cette institution et son développement montrent que l'existence d'une justice privée est ressentie comme un besoin par la conscience collective .Ou est tenté de chrge de site .parler de droit naturel : https://www.lgdj.fr/ecrits-etudes-et-notes-sur-l-a 02/03/201829:arbitrage-9782247101047.html 23

وأحسن تعبير في هذا السياق ما جاء به الفقيه موتلسكي الذي يرى أن التحكيم قضاء ذو منشأ إرادي لكنه يمكن أن يوجد خارج إرادة الأطراف، فهو ذو أساس عقلاني لأنه خيار تمليه الثقة التي تفسر في رأيه النفاذ التلقائي والطوعي للحكم التحكيمي[1].

الفرع الثاني : اللجوء إلى التحكيم بدون صيغة

يؤسس تصور اللجوء إلى التحكيم من دون صيغة شكلية اتفاقية لتبادل الرضا بالتحكيم مصداقه في ما أصبح يسمى في مجال منازعات الاستثمار الدولية (بالتحكيم بدون اتفاقية التحكيم)، أو بالأحرى ""بدون صيغة""،""arbirtation without privity""[2] وهذا ما ذهبت إليه تطبيقات المركز الدولي لتسوية المنازعات مابين الدول ورعايا الدول الأخرى ""CIRDI""، الذي تنظمه اتفاقية واشنطن لسنة 1965 والتي صادقت الجزائر عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995.

فقد أصبحت الدولة المضيفة للاستثمار في ظل نظام التحكيم الجديد تجّر إلى التحكيم بدون إرادتها إذا وجدت اتفاقية التحكيم كأساس مباشر لولاية المركز التحكيميّة، حتى أصبحت من خلال التطبيقات الحديثة لنظامه تنعقد بأحد الوجهين، إذ تأرجحت بين تأهيل شكلي مباشر(1)، وتأهيل غير مباشر(2).

1: التأهيل المباشر

تشترط المادة 25 من اتفاقية واشنطن لانعقاد الاختصاص التحكيمي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار **وجود اتفاق خاص بالتحكيم** يأخذ شكل الشرط أو اتفاق التحكيم اللاحق والذي يعبر عن لجوء الدولة والمستثمر معا باللجوء إلى تحكيم المركز في حالة نشوب نزاع بينهما، وأن يثبت في ذلك

---

[1]- الحسين السالمي، **المرجع السابق**، ص349.

[2]- أول من استعمل هذه العبارة هو الفقيه جون بلسون، ويرى البعض أنها غير قابلة للترجمة وقصدهم أن لا مرادف لها في غير اللغة الإنجليزية، ويمكن حسب فهمنا لمقصد كاتبها اقتراح استعمال عبارة بدون صيغة، إذ المقصود هنا هو غياب الصيغة الشكلية لاتفاق التحكيم الذي يحرر من قبل الأطراف والذي يجتمع فيه الإيجاب والقبول في العقد، وليس بالضرورة غياب أي دور أو أي شكل للتعبير عن الإرادة ولا أدل على ذلك من محاولة الهيئة التحكيمية في مثل هذا التحكيم إيجاد مرجع وشكل يعبر عن إرادة ولو افتراضية للدولة وعن رضاها بتحكيم المركز . للمزيد أنظر **مقال جون بلسون** من الموقع : http://www.arbitration-icca.org/media/4/38957305473727/media012254614477540jasp_article_-_arbitration_without_privity.pdf حملت على الساعة 19:47 بتاريخ 2018/01/29 .

الاتفاق قبل تعهد الهيئة التحكيمية، لكن ما يلاحظ على هذه الصيغة أنها تقوم على اللجوء دون اتفاق مسبق على التحكيم.

ونجد تبرير هذا الخروج عن شرط اتفاق التحكيم الشكلي في صورتين مهمتين، وذلك من خلال تحليل نقطة "" الاتفاق الخاص"" وعدم اشتراط أن يكون مدرجا في العقد أو في وثيقة خارجة عن العقد الأصلي، أي بمعنى أن يكون إيجاب الطرفين في وثيقة مفصولة عن وثيقة القبول، وعدم اشتراط صيغة عقدية معينة للإيجاب أو للقبول فقد يكون قبول الدولة بالتحكيم في اتفاقية ثنائية لحماية الاستثمار أو جماعية أو في عقد الاستثمار نفسه[1].

بينما يكون التبرير الثاني، افتراض قبول الدولة المستقبلة باللجوء الى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بمجرد الموافقة على اتفاقية المركز، أو من إمضائها اتفاقية ثنائية ولحماية الاستثمار، أو حتى بموجب القوانين الداخلية التي تصدرها والتي تسمح اللجوء إلى التحكيم أو اتفاق يجيز الدولة باللجوء الى تحكيم المركز[2]. وكما هو الحال بالنسبة إلى الدولة الجزائرية لأن جل الاتفاقيات التي أبرمتها مع الدول تنص على اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وبمعنى ذلك أن في حالة ما إذا حدث نزاع ما بين الدولة الجزائرية والمستثمر فإن المستثمر باستطاعته بإرادته المنفرد اللجوء الى المركز مباشرة بشرط أن يكون قد لجأ إلى التسوية الودية والمنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الدولة الجزائرية.

وفي هذا السياق يذهب بعض الفقه[3] إلى تفسير هذه الصيغة بنظرية القبول المفتوح، بمعنى أن الدولة التي تصادق على اتفاقية واشنطن أو تمضي اتفاقا ثنائيّا لحماية الاستثمار أو تصدر قانونا يجيز لها اللجوء إلى التحكيم[4]، تكون قد أعطت قبولا مفتوحا بعرض ما ينشأ بينها وبين المستثمر الأجنبي من

---

[1] القرعان عامر صالح، **مدى تقيد المركز الدولي واشنطن باختصاصه في تسوية منازعات الاستثمار**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير بكلية الحقوق والعلوم السياسية، الأردن، 2016، ص153.

[2] الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 350.

[3]– Ahmed Sadek El-Kosheri, **ICSID Arbitration and Developing Countries** , telechrge de site https://academic.oup.com/icsidreview/article-abstract/8/1/104/722451?redirectedFrom=fulltext

[4] –Bernardi, P, **The Renegotiation of the Investment Contracts**, **ICSID**, Rev. F.I.L.J, Vol.13, No 2, 1998, p 411.

نزاع على تحكيم المركز كلّما طلب هذا الأخير عرض النزاع عليه[1]، وهو ما رأى فيه البعض[2] نفي لرضى الدولة، في حين اعتبره البعض الأخر افتراضا لرضى وهمي، أمّا الشق الثالث فوجد فيه اقتضاء كلّيا لرضا الدولة في تحكيم أحادي الجانب يمثل قضاء دولياً مكتمل الولاية.

وقد أثارت صيغة التحكيم بدون اتفاق بالنسبة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، تزاحما في الاختصاص بين قضاء الدولة الخاص المدرج بعقد الاستثمار وقضاء المركز، بالإضافة الى بعض الخلافات الفقهية، ولقد انقسم الفقه الى 03 أقسام[3]، فجانب من الفقه يرى أن المركز المركز الدولي هو المختص في تسوية المنازعة واستند في تبرير رأيه إلى الاتفاقيات الدولية، أما الجانب الثاني يعطي الأولوية إلى قضاء الدولة المستقبلة واستند إلى الشرط الموجود في عقد الاستثمار والذي ينص على قضاء الدولة، في حين الشق الثالث من الفقه قد أخذ بين بالتمييز بين الدعوى المرفوعة على أساس الاتفاقيات الدولية، والتي تؤول الاختصاص في هذه الحالة إلى المركز الدولي، والدعوى التي تكون مرفوعة على أساس الالتزامات التعاقدية أي على عقد الاستثمار والتّي تعطى فيها الأولوية لقضاء الدولة المعيّن بالشّرط التعاقدي الخاص[4].

وقد ظهر هذا الاختلاف في فقه قضاء التحكيم للمركز من خلال 03 سوابق تحكيم شهيرة،أولها سابقة فيفندي الفرنسية ضد دولة الأرجنتين في حق إحدى مقاطعاتها وهي مقاطعة توكومان الصادر فيها حكم تحكيم بتاريخ 21 نوفمبر 2000، والتي موضوعها طلب إلزامها بأن تؤدي للشركة الفرنسية وفرعها بالأرجنتين تعويضا قدره ثلاثمائة مليون دولار، ولقد دفعت دولة الأرجنتين بعدم اختصاص المركز الدولي على أساس أن دولة الارجنتين لم توقع على اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، لكنّ هيئة التحكيم قد ميّزت بين النزاعات المستندة إلى الالتزامات القانونية الدولية والتي ينعقد الاختصاص بها للمركز مباشرة ""دون صيغة التحكيم""، وبين النّزاعات المستندة إلى التزامات عقدية المستمدة من عقد الاستثمار ذاته والتي لا ينعقد الاختصاص بها إلا بموجب ""صيغة التحكيم""، وقد أقرت تبعا لذلك

---

[1] فؤاد محمد أبو طالب، **التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 233.

[2] -Mezghani,Souveraineté de L'tat et particpaction a l'arbitrage,rev,arb,1985,p 543.

[3] مصلح أحمد الطراونة، **فاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق**، ص130و131.

[4] نور الدين قارة، الإختصاص الدولي للمحاكم التونسية في المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، **أعمال الملتقى حول مجلة القانون الدولي الخاص الذي نظمه مركز الدراسات القانونية والقضائي لوزارة العدل** يوم 12 مارس 1999، منشورات المركز، 2000، ص 65.

اختصاصها على أساس إخلال دولة الأرجنتين بالتزاماتها الدولية المأخوذة من اتفاقية واشنطن ومن الاتفاقية الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار التي المبرمة بينها وبين دولة فرنسا سنة 1991، رغم تأكيدها في نفس قرارها بعدم تدخل دولة الأرجنتين في اتفاق الاستثمار الذي أعطى الخيار للمستثمرين بين اللجوء الى قضاء دولة الأرجنتين أو إلى تحكيم المركز أو إلى تحكيم حر[1].

أما السابقة الثانية، تجسدها شركة ساليني الإيطاليّة ضد دولة المغرب والمتعلقة بمشروع إقامة الشركة الإيطالية طريقا سيارا بالمغرب و قد لجأ المستثمر الإيطالي إلى تحكيم المركز من أجل تسوية المنازعة القائمة بينه وبين دولة المغرب وإستند في دعوته إلى أن هناك اتفاقية دولية وأن دولته هي مصادقة على هذه الاتفاقية[2]، والتي تجيز له إما اللجوء إلى التحكيم الحر أو إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، في حين دفعت دولة المغرب أن هناك بند في عقد الاستثمار المبرم بينها وبين المستثمر الإيطالي ينص على اللجوء إلى القضاء الوطني في حالة نشوب نزاع بينهما، إلا أن هيئة التحكيم التابعة للمركز قد أصدرت حكمها بتاريخ 23 جويلية 2001 والتي تمسكت باختصاص المركز بهذه المنازعة وأن المركز هو أهل الاختصاص، ولقد سببت حكمها على أساس أن البند الموجود في عقد الاستثمار لا يحجب الاختصاص التّحكيمي للمركز، مؤكدة في نفس الوقت الخيار المفتوح للمستثمر ولم تعتمد مبدأ الفصل بين الدّعويين وبين الأساسين العقدي والاتفاقي الدّولي[3]، ولا مبدأ الفصل بين الاختصاصين الذين كرّستهما سابقة فيندي أنفرسال لسنة 2000 التي تطرقنا اليها سابقا.

---

[1] – Compania de agua del Aconquija Sa, et, Compagnie générale des eaux Claimants. V Argentinerepublic. Case n arb97/3,pup www.worldbank.org/icsid/case/awardes.

[2]– emmanuel gaillard and yas banifatemi, introductory note to icsid: salini costruttori spa and italstrade spa v. kingdom of morocco (proceeding on jurisdiction, international legal materials, vol. 42, no. 3 (may 2003), p 607, telechrge de site, http://www.jstor.org.www.sndl1.arn.dz/stable/pdf/20694372.pdf?refreqid=search%3Acb6b4611d7eb9bf27a657544ac47416e , a 21:34 , 17/04/2018.

[3] تهم أولى هاتين القضيتين الجديدتين مجموعة إيطالية مكونة أساسا من شركتي " ساليني كوستريكتوري" و" إيطالسترادا " ملف ARB/11/4، ادعت أنها تضررت من رفض الشركة الوطنية للطرق السيارة بالمغرب منحها تعويضات بسبب رداءة أحوال الطقس وبسبب الأشغال الإضافية والتمست من المركز تبعا لذلك الحكم على الدولة المغربية بمنحها التعويضات المذكورة جبرا للضرر الناتج عما اعتبرته تصرفات لأحد " أعوان الدولة " .سجلت هذه القضية بكتابة المركز بتاريخ 13 يونيو 2000، وتم تشكيل المحكمة التحكيمية بتاريخ 25 شتنبر 2000 من رئيس سويسري ومحكمين اثنين أحدهما جنسية اسبانية في حين يحمل الثاني الجنسيتين الفرنسية واللبنانية .

والسابقة الأخيرة تخص الشركة العامة للمراقبة الخفية ضد دولة باكستان الإسلامية الصادر حكمها في 06 أوت 2003، ومثلها سابقة SGS ضدّ دولة الفلبين الصادر حكمها في 2004/01/29، ففي هذين السّابقتين إعتمد القضاء التحكيمي الإجتهاد الذي وصلت اليه هيئات تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار والتي كرست مبدأ إزدواجية الدّعوى بين عقد الاستثمار ودعوى اتفاقية الاستثمار ،ومبدأ إزدواجية الاختصاص، أي اختصاص القضاء المحليّ بنظر الأولى، واختصاص هيئات التحكيم للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بالمرة الثانية، ومبدأ الفصل بين الأساسين العقدي والاتفاقي في إقامة مسؤولية الدولة وعدم تلازم بينهما. وهكذا خالفت هاتان السابقتان فقه قضاء هيئة التحكيم في سابقة ساليني، لكنهما رجّحتا الحل التوفيقي الذي لقي إقبالا كبيرا من قبل الفقه[1].

2: التأهيل غير المباشر

يؤول الاختصاص إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ما بين الدول ورعايا الدول الأخرى في هذه الحالة على أساس اتفاقية التحكيم لكنّه تّم التوسّع في اختصاصه ليشمل جل المنازعات التي تطرح أمامه، أي بمفهوم المخالفة هو التوسيع من مجالات اللجوء إلى المركز الدولي وذلك لحماية المستثمرين والشركات التابعة للدول المتقدمة، وهذا تحصيل حاصل للتطور الذي طرأ على عقود التجارة الدولية وبالخصوص عقود الاستثمار التي أصبحت منتشرة في الوقت الراهن وحاجة الدول إلى هذا الاخير وتطّور مفهوم عقود الاستثمار، هذا ما جعل المركز يمدد اختصاصاته لتشمل بعض النزاعات التي كانت خارج اختصاصه.

وبتاريخ 23 يوليوز 2001، أصدرت المحكمة التحكيمية حكما تحكيميا أولا يتعلق بالاختصاص بتت فيه باختصاصها للنظر في النزاع، شريطة أن تقدم المجموعة المدعية الحجة على خطأ ارتكبته الإدارة المغربية يمكن اعتباره خرقا من جانب الدولة المغربية للاتفاقية الثنائية المبرمة بين المغرب وإيطاليا والتي تتضمن شرطا تحكيميا لفائدة المركز .ونظرا لأن الطرفين تمكنا خلال جريان المسطرة، من الاتفاق على حل حبي للنزاع، فان المحكمة التحكيمية أصدرت بتاريخ 4 فبراير 2004 حكما بالإشهاد على التنازل ، عملا بأحكام المادة 43 (1) من نظام تحكيم المركز للمزيد أنظر عبد الرحمان المصباحي، **دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار**، محاضرة تم إلقاؤه بمناسبة أشغال المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، المنعقد بالدوحة بدولة قطر من 24 الى 26 سبتمبر 2013محملة من الموقع : https://carjj.org/sites/default/files على الساعة 23:41 يوم 2018/03/02 .

[1] –Stern Briqitte, L'entreé de la ociété civile dans L'arbitrage entre eEtats et investisseurs, rev arb,2002, p 239.

وحصل هذا من خلال التوسع في مفهوم الاستثمار من جهة وفي مفهوم الطرف في الاستثمار من جهة أخرى، فأما في شأن توسيع مفهوم الاستثمار[1]، فإن اتفاقية واشنطن التي لم تعرف هذا المصطلح، ولقد تركت الباب مفتوح للاتفاقيات الثنائية والإقليمية ثمّ لفقه القضاء التحكيمي للمركز قصد ملائمة تطبيقات هذا المفهوم مع تطوّر مقتضيات التجارة الدولية فلم تقف تطبيقاته عند الاستثمار المالي أو حتى عند المعاملات التجارية الدولية العادية[2]، وإنما امتدت إلى كل أصناف المشاريع الاقتصادية بما فيها الصفقات العمومية التي كانت في السابق تخرج عن مفهوم عقود الاستثمار والتجارة الدولية وراجعة بالاختصاص إلى قضاء الدولة الذي هو القضاء الإداري في الدول التي تأخذ بازدواجية القضاء، وهكذا أصبح الاختصاص التحكيمي للمركز يشمل كل من العلاقات القانونية والاقتصادية بين الدولة والمستثمر الأجنبي.

أما فيما يخص مفهوم الدولة المضيفة للاستثمار، فهو يشمل بصريح العبارة أحكام المادة 25 من اتفاقية واشنطن، الدّولة وتفرّعاتها السياسية والإدارية، وقد طبّق هذا المفهوم على المقاطعات في الدول الفدرالية وكما في قضية الأرجنتين السابقة الذكر.

وفي نفس السياق ذهبت هيئة التحكيم في قضية متلكاد ضد دولة المكسيك الاتحادية رقم 01/97 حيث قضت بأن دولة المكسيك تعدّ مسؤولة عن تصرفات إحدى ولايتها شمال أمريكا للتجارة الحرة المعروف بـNAFTA وبالخصوص في نص المادة 1105 التي تلزم كل دولة متعاقدة بتوفير الضمانات والحماية الكاملة والمعاملة العادلة للمستثمر[3].ويرى الفقه الحديث[4] في هذه التطبيقات التحررية لتحكيم المركز الدولي لحل منازعات الاستثمار ما بين الدول ومواطني الدول الأخرى نوعا جديدا من التحكيم يخرجه عن طبيعته الاتفاقية التقليدية إلى طبيعة دولية، ويخرجه عن دوره التقليدي وهو الرقابة على احترام

---

[1] –Moshe Hirsch, The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment **Disputes**, **Martinus Nijhoff publication**,1993, p 54 – 55.

[2] القرعان عامر صالح، **المرجع السابق**، ص 154.

[3] ARB*97/1 Metalacd corporation .v. The United Mexican State; charge de site en 19.22 date 02/02/2018 , https://www.italaw.com/cases/671 للإطلاع على هذه القضية أنظر الموقع

[4] الحسين السالمي، **المرجع السابق**، ص 354.

الالتزامات العقدية للأطراف ليسند له دورا جديدا مغاير تماما وهو السهر على مدى احترام الدول لالتزاماتها الدولية تجاه المستثمر الأجنبي[1].

لكن مهما بلغ تحرير التحكيم أو تحرره من الاتفاق المسبق في شكل شرط ما بين الأطراف في عقد الاستثمار، فإن الأصل يبقى التأهيل الشكلي أي المستند إلى اتفاقية التحكيم شرطا كانت أم مشارطة أيا كانت صيغتها، لذلك وكي تتعزز استقلالية التحكيم وتتسع سلطات المحكم حتى يستفرغ ولايته على كامل عناصر النزاع التحكيمي، لابّد في غياب التأهيل القانوني المباشر من تحصين سند تأهيل المحكم غير المباشر.

المبحث الثاني: التأهيل الشكلي الاتفاقي

ما دام نظام التحكيم يقوم أساسه على مبدأ حرية التحكيم واستقلاليته، وما دام التحكيم قد فرض نفسه كقضاء بديل عن قضاء الدولة، فإنه لم يكن للنظم الإقليمية والوطنية والعالمية على حد سواء مناص من إقرار استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأساسي (أولا)، والأثار القانونية المترتبة عن هذه الاستقلالية(ثانيا).

المطلب الأول: الاستقلالية القانونية لاتفاق التحكيم

لم يقف نظام التحكيم حتى قبل تحريره الكامل عند فك الرابطة بين التحكيم وقضاء الدولة، بل تجاوز إلى فك الرابطة بين الشكل الاتفاقي للتحكيم والعلاقة الاقتصادية التنازعية كما تم التعبير عنها في العقد الأساسي الذي انعقد بمناسبته التحكيم، سواء بالشرط التحكيمي المدرج به أو حتى الملحق الذي انعقد بموجب الإشارة كما بين سابقا[2].

إن خصوصية منشأ التأهيل التحكيمي هي المبرر الرئيسي، فهو لا يستمد من اتفاق التحكيم وحده ولا من عقد المحكم ولا من القانون[3]، وإنما من المصادر مجتمعة، فتأهيل المحكم هو الذي يحدد نظامه لذلك يجب أن يستقل نظام التحكيم بضبط العلاقة بين اتفاقية التحكيم والعقد الأساسي.

---

[1]–Paulsson. **Arbitrage without privitiy**, ICSID Review 1995, p 251.telecherge de site, https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx# et date 22:39 .2018/04/17

[2] حفيظة السيدة الحداد، **الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، المرجع السابق**، ص 13.

[3] خالد كمال عكاشة، **المرجع السابق**، ص 183.

هذا ما استوجب انعكاس استقلالية التحكيم وتحرره على مستوى سند ولاية أي اتفاقية التحكيم بموضوع المهمة التحكيمية أي العلاقة التنازعية ذاتها، الأمر الذي لا يتيسر بإقرار استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأساسي[1].

إن استقلالية اتفاقية التحكيم، سواء أكان شرطا أم مشارطة تحكيم، لا تتوقف على ثبوت صحة الاتفاق الأصلي الذي تتعلق به، فلا تبطل أو تنعدم أو تنقضي ضرورة ببطلانه أو انعدامه أو انقضائه، كما أنهما لا يخضعان بالضرورة إلى نفس القانون، بل أكثر من ذلك إن اتفاقية التحكيم تبقى صالحة لولاية المحكم القضائية، ولإعطائه سلطة وصلاحية نظر المسألة و صحة أو انقضاء العقد الأساسي ذاته.

فالقول بارتباط مصير شرط التحكيم بالعقد الوارد ينفي كل أهمية للتحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار، ومؤدى هذا القول أن إدعاء أي طرف من أطراف العقد ببطلانه يفضي إلى عدم جوازية اللجوء الى التحكيم [2]، وبالتالي اللجوء إلى القضاء الوطني للفصل أولا في المنازعة، بمعنى آخر سيؤدي ارتباط شرط التحكيم بعقد الاستثمار إلى رفع يد المحكم عن النظر في النزاع وإعلان عدم صلاحيته[3]، يضاف إلى ذلك أن إقرار استقلالية شرط التحكيم يؤدي إلى الاقتصاد في النفقات والإجراءات، فبدلا من أن يوقف المحكم النظر في النزاع مع ما يترتب من ذلك من إهدار للوقت والنفقات، يتولى هو بنفسه في هذا النزاع.

تجدر الإشارة إلى أن التحول في استقلالية اتفاقية التحكيم قلب طبيعتها من استقلالية مادية إلى استقلالية قانونية، حيث أصبحت مبدأ قانونيا ذو طبيعة خاصة اعتبره كل من الأساتذة فوشار وغيار وغولدمان أنه يمثل قاعدة مادية لقانون التحكيم الدولي الفرنسي، وترسخت هذه الفكرة في فقه القضاء الفرنسي منذ 1963 بقرار غوسي الشهير واستقرت منذ ذلك التاريخ، كما تكرست في نظم التحكيم العالمية والإقليمية وحتى الوطنية[4].ولقد أشار المشرع الجزائري صراحة على هذا المبدأ في الفقرة الثالثة من نص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها ما يلي :"" لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي"".

[1] منير عبد المجيد، **المرجع السابق**، ص142.

[2] حفيظة السيدة الحداد، **الاتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم**، المرجع السابق، ص 43.

[3] منير عبد المجيد، **التحكيم في منازعات التجارة الدولية**، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، مصر، 1995، ص 101.

[4] أسود عبد المالك ، **المرجع السابق**، ص 122.

يلاحظ بتحليل النص القانوني السابق أن المشرع الجزائري تطرق إلى حالة عدم صحة العقد الأصلي التي تؤدي إلى عدم تأثر اتفاق التحكيم، فبطلان الأول لا يؤدي إلى بطلان الثاني، لكن في حالة عدم صحة اتفاق التحكيم هل يؤثر ذلك على العقد الأصلي.

يمكن القول في هذا الشأن أن المسالة غير مطروحة في هذه الحالة، لأن اتفاق التحكيم جزء من العقد الأصلي، حالة شرط التحكيم، وزوال الجزء حسب القواعد العامة لا يؤدي بالضرورة إلى زوال الكل [1]

أما المسألة الثانية المطروحة في هذا النص هي مسألة الأسباب الأخرى (غير البطلان)، التي تؤثر في صحة العقد الأصلي، حيث يؤخذ على المشرع الجزائري عدم تفصيل النص وإعطاء الحالات المختلفة التي من شأنها التأثير على العقد مثلما ورد في التشريعات الأخرى[2].نشير هنا الى أن إقرار مبدأ الاستقلالية جاء في الفصل الخاص بالتحكيم التجاري الدولي ويذكر في التحكيم الداخلي .

تجدر الإشارة إلى أن الأساس الحقيقي لاستقلالية اتفاقية التحكيم مجسد في مرجعية التأهيل الذي يعتبر عنصرا حياديا على مستوى اكتساب المحكم سلطة الحكم، التي ترتبط بموضوع الولاية أي الوظيفة القضائية، ولا ترتبط بمنشئ الولاية المتعدد بطبيعته حتى في النظام العمودي الواحد للقضاء وفي الدولة الواحدة، وقد ارتبطت ولاية المحكم عضويا بنظام المحكم، وموضوعيا بنظام التحكيم، أي بنظام مؤسسة التحكيم.

لذلك لابد أن ينعكس هذا النظام على مستوى سلطة المحكم إزاء تأهيله واختصاصه، أي إزاء اتفاقية التحكيم المنشئة للولاية المباشرة، لكن مع الأخذ بعين الاعتبار نظام تلك الاتفاقية ليس كعنصر بناء في البناء التحكيمي، بل كأساس مادي مباشر للتحكيم إلى جانب نظامها القانوني كنظام فرعي داخل النظام القانوني للتحكيم يرتبط به في علاقة بناء وتكامل واتساق بما يضمن وحدة نظام مؤسسة التحكيم[3].

---

[1] تنص المادة 104 من **القانون المدني الجزائري** على أنه إذا كان العقد في شقه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله.

[2] نصت المادة 23 من **قانون المرافعات والتحكيم المصري:** " يعتبر شرط التحكيم إتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته""

[3] أحمد الورفي، إستقلالية الإجراءات التحكيمية، **مقال منشور في عدد خاص في مجلة التحكيم**، أفريل 2002، تونس، ص 63و64.

كما تنعكس هذه الوحدة على نظام الاختصاص التحكيمي في مقاربته مع نظام اختصاص القاضي، وتظهر تفوق المحكم على القاضي بصلاحيته للنّظر في تأهيله إلى جانب النظر في اختصاصه، من خلال قاعدة الاختصاص بالتأهيل، وبالتالي تعكس حتما بل وتثبت رقابة المحكم على وجود أو صحة سند تأهيله ومدى تأثير ذلك على ولايته [1].

وتبعا لكل ذلك لا يجب أن يستند تقدير مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم إلى تصور مسبق للعلاقة ما بين قضاء الدولة والقضاء التحكيمي أيا كانت طبيعتها أو خصوصيتها، أو مسلّماتها، بل إلى نظام مؤسسة التحكيم الذي هو فرع منه، ويرجع البعض من الفقه هذه العلاقة إلى مبادئ أساسية في القانون وهي مبدأ اختصاص كل قاض باختصاصه، ومبدأ قاض الأصل هو قاضي الفرع .

ثانيا: مفاعيل استقلال اتفاقية التحكيم

يأتي على رأس الآثار المترتبة على استقلال اتفاق التحكيم عن عقد الاستثمار عدم تأثر شرط التحكيم بالعوارض التي تلحق عقد الاستثمار والتي من شأنها أن تؤدى إلى إبطاله أو فسخه، وبالتالي فالادعاء بأن عقد الاستثمار باطل أو مفسوخ أو أن الالتزامات الناشئة عنه تم تجديدها لا يؤدى إلى المساس بشرط التحكيم، ومن ثم إمكانية اللجوء للتحكيم وفق المتفق عليه رغم إبطال عقد الاستثمار أو فسخه[2].وإذا كان ما سبق ذكره يتعلق بحالات إبطال عقد الاستثمار أو فسخه، فإن التساؤل يثور بخصوص حالات انعدام عقد الاستثمار أصلا كما لو كان العقد باطلا بطلانا مطلقا لتزوير التوقيعات الواردة عليه أو إذا كان محل العقد من الأشياء التي لا يجوز التعاقد عليها. ولقد اختلف الرأي بخصوص الاجابة عن هذا التساؤل إلى اتجاهين[3]:

تبنى الاتجاه الأول فكرة انعدام شرط التحكيم بالتبعية ببطلان عقد الاستثمار، وقد تبنى هذا الاتجاه جانب من الفقه الفرنسي، حيث ذهب إلى التفرقة بين حالة إبطال عقد الاستثمار وانعدام الوجود القانوني له، حيث يرى في الحالة الأولى بقاء شرط التحكيم صحيحا، أما في الحالة الثانية فإن شرط التحكيم يتأثر بمصير عقد الاستثمار وينعدم كل أثر له.

[1] الحسن السالمي، **المرجع السابق**، ص 374.

[2] خالد كمال عكاشة، **المرجع السابق**، ص 218.

[3] عيبوط محند وعلي، **المرجع السابق**، ص 355.

لكن أضاف هذا الاتجاه إلى ما سبق أن مجرد الادعاء بانعدام عقد الاستثمار لا يكفي في حد ذاته لتقرير انعدام شرط التحكيم ومن ثم عدم صلاحية المحكم لنظر هذا الادعاء، بل يجب أن يعرض النزاع أولا على المحكم ليفصل فيه، فإذا ما تيقن من انعدام الوجود القانوني لعقد الاستثمار وجب عليه أن يقضي بانعدام شرط التحكيم بالتبعية، خاصة إذا ما تبين له أن سبب انعدام عقد الاستثمار كان قائما بخصوص شرط التحكيم.

هذا وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية ذات الاتجاه في حكمها الصادر في قضية شركة cassiaالصادر في 81 يوليه 1989، حيث ذهبت إلى أن إقرار مبدأ استقلالية شرط التحكيم مرهون بوجود العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم، وذلك في ضوء ما تقرره قواعد القانون الدّولي الخاص.

بينما ذهب الاتجاه الثاني إلى عدم تأثر شرط التحكيم بالبطلان القانوني لعقد الاستثمار ى عكس الاتجاه السابق ظهر اتجاه آخر يرى بأن شرط التّحكيم يتمتع باستقلالية تامة ومطلقة في مواجهة ما قد يلحق عقد الاستثمار من بطلان أو انعدام حيث يظل شرط التحكيم صحيحا ومرتبا لأثره في اللجوء للتحكيم لفض المنازعات الخاصة بعقد الاستثمار[1].

وقد تبنى هذا الاتجاه القانون النموذجي للتحكيم الذي أعدته لجنة القانون التجاري الدولي التابعة لمنظمة الأمم المتحدة، حيث نصت المادة 71[2] الفقرة الثامنة منه على أن تكون لهيئة التحكيم صلاحية البت في اختصاصها، بما في ذلك أي اعتراضات تتعلق باتفاق التحكيم أو صحته، ولهذا الغرض ينظر إلى بند التحكيم الذي يشكل جزءا من العقد على أنه اتفاق مستقل عن بنود العقد الأخرى، ولا يترتب تلقائيا على أي قرار ببطلان العقد بطلان بند التحكيم[3].

فوفقا لما ذكر يمكن القول أنه من الضروري التفرقة بين إبطال عقد الاستثمار وانعدامه وأثر كل منهما على شرط التحكيم، حيث أن إبطال عقد الاستثمار لا يستتبع إبطال شرط التحكيم إعمالا لمبدأ استقلال كل منهما عن الآخر، والذي يستتبع النظر لشرط التحكيم على أنه اتفاق مستقل عن عقد الاستثمار.

---

[1] خالد كمال عكاشة، **المرجع السابق**، ص 188.

[2] أنظر نص المادة 71 من القانون النموذجي للتحكيم التابع لمنظمة الأمم المتحدة.

[3] المساعدة، أحمد محمود عبدالكريم، إستقلال شرط التحكيم التجاري عن العقد الاصلي الوارد فيه، دراسة وصفية و تحليلية مقارنة، **مقال منشور في مجلة الحقوق**، المجلد 37، العدد الرابع، الكويت، 2013، ص 276.

ويضاف لهذا أن أسباب إبطال عقد الاستثمار بسبب الغلط، والتدليس والإكراه ذات أثر نسبي يقبل معها أن يكون العقد باطلا في جزء منه وصحيح في جزء آخر، الأمر الذي يجعل هذه الحالات هي المناط الحقيقي لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن عقد الاستثمار[1]. أما في حالة إنعدام عقد الاستثمار فهي تعكس فقدان هذا العقد لكل أثر قانوني بصورة شاملة، أي على نطاق العقد بأسره بما فيها شرط التحكيم، الأمر الذي لا يقبل معه تجزئة العقد وتقرير استقلال شرط التحكيم في مواجهة عقد الاستثمار في هذه الحالة.

لكن مع ذلك يبقى التحفظ قائما بخصوص التشكيك في إنعدام الأثر القانوني لعقد الاستثمار حيث أنها مسألة يجب أن يتم التأكد منها بمعرفة هيئة التحكيم، فمجرد الإدعاء بإنعدام عقد الاستثمار لا يكفي لاستبعاد اختصاص هيئة التحكيم، بل يجب على هذه الهيئة أن تتصدى لبحث هذا الأمر، بحيث إذا ما ثبت لها عدم جدية هذا الدفع، فعليها أن تحتفظ بكامل سلطتها في التصدي للنزاع، أما إذا ثبت لها جدية الدفع فعليها أن تقرر عدم اختصاصها في نظر النزاع لانعدام شرط التحكيم بالتبعية[2].

ولا يقبل الربط بين مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه ومبدأ استقلال شرط التحكيم، حيث أن أثر إعمال المبدأ الأول يتمثل في تمكين المحكم من الفصل في اختصاصه عند المنازعة فيه بعدم وجود شرط التحكيم أو بطلانه بعيدا عن صحة أو عدم صحة عقد الاستثمار [3].

أما المبدأ الثاني فأثره يستهدف تقرير بقاء شرط التحكيم قائما ومنتجا لأثاره رغم بطلان أو فسخ عقد الاستثمار، وتطبيقا لذلك يظل المحكم مختص بالفصل في النزاع المثار رغم بطلان عقد الاستثمار، وبناء عليه لا يوجد ترابط بين مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه ومبدأ استقلال شرط التحكيم[4].

المطلب الثاني: لجم إرادة الأطراف في التحكيم

كانت معظم الاتفاقيات الدولية تشير إلى التحكيم كآلية في حل منازعات الاستثمار القائمة ما بين المستثمر الأجنبي والدولة التي يمارس فيها نشاطها الاستثماري، وكان ذلك نتيجة التطورات الكبيرة التي شهدتها عملية التجارة الدولية وكثرة عقود الاستثمار بصفة خاصة، وأمام زيادة وتنوع المنازعات التي قد

[1] سامية راشد، **المرجع السابق**، ص 44.

[2] عمر نوري عبابنة، **المرجع السابق**، ص45.

[3] رواء يونس محمود النجار، **المرجع السابق**، ص332.

[4] عاطف شهاب، **المرجع السابق**، ص 325 .

تثيرها فقد إتجهت العديد من المؤسسات التحكيمة الدائمة إلى تطوير قواعدها حتى تتماشى وهذه التطورات، مما أدى إلى تغيير مسار اتفاقيات التحكيم الخاصة بمنازعات الاستثمار، حيث زادت نسبة اللجوء إلى التحكيم المؤسسي، إذ يظهر أن معظم عقود الاستثمار تنص على التحكيم المؤسساتي من بينها الجزائر التي أقرته في معظم

المبرمة من قبلها.

وبالتالي تم تقليص دور إرادة الأطراف في التحكيم، حيث أصبحت حرية الأطراف وَهمًا في ظل التحكيم التجاري الدولي الحديث (المؤسساتي)، وهو ما يظهر بجلاء من خلال تنظيم إجراءات التحكيم (الفرع الأول)، ومن خلال تحديد القواعد الإجرائية التي تحكم التحكيم (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تضييق دور الإرادة في تشكيل هيئة التحكيم

أصبحت المراكز الدائمة للتحكيم تلعب دورا مهما في تنظيم عملية التحكيم، خاصة بعد الانتشار الواسع الذي عرفته من خلال التزايد المستمر في عددها، وتنوعها الملحوظ من حيث المدى و الاختصاص حيث أصبحت هذه المراكز تحظى بمكانة خاصة في مجال التجارة الدولية لما تشتمل عليه لوائحها الداخلية من قواعد إجرائية مستقرة وثابتة يسهل الرجوع إليها لإدارة عملية التحكيم، وتعد قوائم بأسماء المحكمين من أصحاب الخبرة والمشهود لهم دوليا بالكفاءة[1]. وعليه أصبحت إرادة الأطراف محصورة في إطار الاتفاق على اللجوء إلى مركز تحكيمي معين لفض النزاعات الناشئة عن عقدهم الاستثماري، ليتولى هذا المركز بعد ذلك السيطرة على زمام الأمور سواء في مجال تشكيل محكمة التحكيم، أو تحديد القواعد الإجرائية التي تسير عليها عملية التحكيم.

إنه في حالة لجوء أطراف النزاع إلى إحدى المؤسسات التحكيمية الدائمة، فإنه ليس من الضروري الاتفاق مسبقا على كيفية اختيار هيئة التحكيم، ذلك أن القواعد المتبعة في تلك المؤسسات التحكيمية هي التي ستعالج هذا الأمر وفقا لأنظمتها الداخلية لما تشتمل عليه من قوائم بأسماء المحكمين، المتخصصين، وعلى حسب أهمية النزاع وطبيعته، فهذه القوائم التي توجد باللوائح الداخلية لهذه المراكز تصبح ملزمة للأطراف، وتأخذ حكم أحد بنود الاتفاق على التحكيم المبرم بينهم.وعليه وبخصوص التعرف على كيف عالجت بعض هيئات التحكيم دور الإرادة في تشكيل هيئات التحكيم سنتطرق إلى اتفاقية

[1] جارد محمد، **دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2009، ص 150.

واشنطن لسنة 1965(أولا)، بالإضافة الى اتفاقية عرفة التجارة الدولية بباريس(ثانيا)، وفي الأخير الى اتفاقية عمان العربية للتحكيم(ثالثا).

أولا: اتفاقية واشنطن لسنة 1965

إن الأصل في تكوين محكمة التحكيم هو قيام الأطراف بتعيين هيئة التحكم، وبموجب نص المادة 37 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965، فإنه يتم تشكيل محكمة التحكيم في أقرب وقت ممكن عقب تسجيل الطلب، وتتكون المحكمة من عدد فردي من المحكمين[1]، حسب اتفاق الأطراف على ذلك، وفي حالة عدم اتفاقهم على اختيار المحكمين، يعين كل طرف محكما والثالث الذي يكون رئيسا للمحكمة باتفاق الأفراد.

وفي حالة عدم تشكيل المحكمة في ظرف 10 أيام من يوم ارسال الأمين العام إخطارا بتسجيل الطلب طبقا لنص المادة من 36 من اتفاقية المركز، أو في خلال أي مدة أخرى يتفق عليها الطرفان ويقوم رئيس المركز بتعيين المحكم أو المحكمين الذين تم تعيينهم بعد[2]، بناء على طلب أي من الطرفين وبعد مشاورتهما قدر الإمكان، ولا يجوز أن يكون المحكمين الذين يعينهم الرئيس طبقا لهذه المادة من مواطني الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع أو من مواطني الدولة المتعاقدة التي أحد رعاياها طرف في النزاع[3].

ثانيا: اتفاقية غرفة التجارة الدولية بباريس

تتولى هيئة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بتعيين المحكمين أو تثبيتهم وفقا للقواعد المبينة في نص المادة الثانية من نظام الغرفة، مراعية جنسية المحكمين أو تبعيتهم أو محل إقامتهم بالنسبة للبدان التي ينتمي إليها أطراف النزاع أو المحكمون، وتتشكل محكمة التحكيم وفقا لنظام التحكيم التابع لغرفة التجارة الدولية إما من محكم واحد أو من ثلاث محكمين[4].

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة اتفاق الأطراف على أن يكون تسوية النزاع من طرف محكم واحد تنص الاتفاقية على أن للأطراف الحق في التعيين عن طريق الاتفاق بينهما للأطراف وفي هذه الحالة

---

[1] ابراهيم شحاتة، دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية ، **مقال منشور في مجلة المصرية للقانون الدولي** ، العدد رقم 41 ، 1985 ، ص 12.

[2] شادي حلو ابو حلو، **تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي وفقا لاتفاقيتي واشنطن ومنظمة التجارة الدولية** ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة ال البيت، الأردن، 2004 ، ص 166

[3] إبراهيم شحاتة، نبذة عامة عن التحكيم في مجال التجارة الدولية والاستثمار الدولي، مع اهتمام خاص بالتحكيم عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، **مقال منشور في مجلة مصر المعاصرة**، العدد 417، مصر، 1989، ص 387.

[4] أنظر نص المادة الثانية الفقرة 2 من نظام غرفة التجارة الدولية.

فإنه يكون تدخل محكمة التحكيم إلا لتثبيت هذا التعيين بشرط أن يكون من القائمة التي أعدتها مسبقا غرفة التجارة الدولية، ولهيئة التحكيم الإعتراض على المحكم الذي اختاره الأطراف وطلب ترشيح محكم آخر[1]، فإذا لم يتفقا خلال ثلاثين يوما من إيداع طلب التحكيم قامت الهيئة بتعيين المحكم.

أما في حالة ما إذا اتفق الأطراف على تعيين ثلاثة محكمين، قام كل طرف بتعيين محكم مستقل عنه ويعرضه على الهيئة لتثبيته، فإذا امتنع أحد الأطراف عن تعيين المحكم قامت هيئة التحكيم بالتعيين، وتتولى الهيئة التحكيمية تعيين المحكم الثالث الذي تعهد إليه رئاسة محكمة التحكيم مالم يكن الأطراف قد خول المحكمين المعينين اختيار المحكم الثالث خلال مهلة محددة[2].

في الأخير لابد من الإشارة إلى أن التدخلات التي تقوم بها المؤسسات التحكيمية خلال إجراءات تعيين المحكمين، وحل المشاكل الإجرائية الناجمة عن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى تقليص دور إرادة الأطراف في إجراء التعيينات اللازمة للمحكمين، وبالتالي زوال خصائص تحكيم الحالات الخاصة النوع كون هذا النوع من التحكيم يقوم على أساس الثقة الشخصية التي يضعها الأطراف في المحكمين وقدراتهم على إعطاء النزاع حلا عادلا.

ثالثا: اتفاقية عمان العربية للتحكيم

نصت الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لسنة**1987** على أن هيئة التحكيم تتألف من ثلاثة أعضاء كمبدأ عام، ولكن يجوز للأطراف الاتفاق على محكم واحد، من بين قائمة أسماء المحكمين التي يعدها مجلس إدارة مركز التحكيم سنويا.

وتتكون هيئة التحكيم من محكم أو مجموعة محكمين، من ضمن قائمة المحكمين المعدة من قبل مجلس إدارة المركز من كبار رجال القانون والقضاء أي ذوي الخبرة العالية والإطلاع الواسع في التجارة أو الصناعة أو المال[3]، ويكون الإختيار للأطراف، وفي حالة عدم تعيين طالب التحكيم المحكم الذي

---

[1] جابر محمد، **دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي**، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2009، ص 151.

[2] خالد كمال عكاشة، **دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والأجنبية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن، 2014، ص 372.

[3] في هذا الأمر راجع نص المادة 14 من إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987 . تم إقرار الاتفاقية والتوقيع عليها في الدورة الخامسة لمجلس وزراء العدل العرب والتي انعقدت في عمان للفترة الممتدة ما بين 11 الى 14 نيسان 1987 .وبموجب هذه الاتفاقية تم إنشاء المركز العربي للتحكيم ومقره الرباط. ولأكثر تفاصيل، راجع فوزي محمد سامي، **التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق**، ص 89.

اختاره في طلبه يتولى مكتب مركز التحكيم التجاري العربي بتعيين المحكم من القائمة خلال أسبوع من تاريخ وصول الطلب[1]، أما إذا لم يعين المطلوب ضده التحكيم محكمه خلال مدة ثلاثين يوما المنصوص عليها في المادة 17 يتولى المكتب تعيينه من القائمة، كما يدعو رئيس المركز الأطراف إلى الاتفاق على محكم ثالث من القائمة يكون رئيسا لهيئة التحكيم وفي حالة عدم اتفاقهم يتولى مكتب مركز التحكيم التجاري العربي تعيين المحكم الثالث من القائمة، وتجدر الإشارة أن الاتفاقية أكدت على عدم جواز اختيار المحكمين الذين يعينهم المكتب من مواطني دولة أحد الأطراف.

وبناء على ما تقدم نرى أن الاتفاقية قد حجمت من دور الإرادة في تكوين المحكمة التحكيمية، وذلك من خلال تدخل المؤسسة التحكيمية في حال امتناع أحد الأطراف عن تسمية محكمه، أو في حال وجود خلاف بين الأطراف حول تعيين المحكم الواحد أو المحكم الرئيس.

وفي هذا الاتجاه يرى جانب من الفقه أن "تشكيل محكمة التحكيم لا يرتبط ارتباطا كاملا بإرادة الأطراف، لأنه يقوم على نوع من التعاون بين الأطراف وأجهزة المؤسسة التحكيمية، وأكثر من ذلك هناك مؤسسات لا تسمح للأطراف بالتدخل في اختيار أحد المحكمين بل تقوم بكامل العملية بنفسها"[2].

في الأخير نود الإشارة إلى أن التدخلات التي تقوم بها المؤسسات التحكيمية خلال إجراءات تعيين المحكمين، وحل المشاكل الإجرائية الناجمة عن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى تقليص دور إرادة الأطراف في إجراء التعيينات اللازمة للمحكمين، وبالتالي زوال خصائص تحكيم الحالات الخاصة النوع كون هذا النوع من التحكيم يقوم على أساس الثقة الشخصية التي يضعها الأطراف في المحكمين و قدراتهم على إعطاء النزاع حلا عادلا.

الفرع الثاني: الحد من دور الإرادة في وضع القواعد الإجرائية

إذا كانت إرادة الأطراف تلعب دورا أساسيا في تحديد القواعد التي تحكم إجراءات التحكيم ويكون من خلال تضمين اتفاق التحكيم لهذه الإجراءات أو تأهيل المحكمين لذلك، فإن الوضع يختلف في حالة لجوء الأطراف إلى التحكيم المؤسساتي، فاختيار أطراف النزاع تسوية منازعاتهم عن طريق الهيئات أو المراكز الدائمة للتحكيم يعني بذاته اتفاقهما على تطبيق القواعد الإجرائية المعمول بها في هذه الهيئة أو المركز.

---

[1] جابر محمد، **المرجع السابق**، ص 152.

[2] عبد الهادي عباس، وجهاد هوامش، **التحكيم الإختياري والإجباري، التحكيم في المنازعات الدولية، والتحكيم في التجارة الدولية**، المكتبة القانونية أديب إستنبولي، لبنان، 1998، ص 406.

وتظهر أهمية ذلك لما لهذه الهيئات من لوائح إجرائية خاصة بها تحدد الإجراءات الواجبة إتباعها بشأن عملية التحكيم، بدءا من الإعداد لها ومرورا بخصومتها وانتهاء بحكمها، فهي على الأقل تتبنى مجموعة من القواعد الإجرائية الخاصة المقبولة دوليا في مجال العلاقات التجارية بصفة عامة[1]، أو في مجال العلاقات المتعلقة بتجارة أو نشاط اقتصادي معين أو بعلاقات الاستثمار بصفة خاصة، وهي عادة إجراءات متحررة مما تتطلبه قوانين الإجراءات الوطنية من شكليات ومواعيد قد لا تتلاءم مع متطلبات التجارة الدولية والغاية المنشودة من اللجوء إلى التحكيم.

إن تحرير محكمة التحكيم من الارتباط بأي قانون إجرائي وطني، الأمر الذي يوفر لها فرصة إضفاء المرونة والسرعة على إجراءات التحكيم، وبدون التقيد بقواعد قانون الإجراءات الوطنية الذي كان سيطبق على النزاع فيما لو لم يعرض على التحكيم المؤسساتي، ففي حالة اللجوء إلى التحكيم المؤسساتي، فإن التحكيم يجري وفقا لما تقرره القواعد المتبعة في المؤسسة التحكيمية، والأكثر من ذلك أن بعض القواعد تعطي للمحكمين الحق في تقرير قواعد الإجراءات التي يرونها مناسبة لسير عملية التحكيم.

وفي هذا السياق نجد نص المادة الثامنة الفقرة الأولى من نظام غرفة التجارة الدولية نصت على أنه :"إذا اتفق الأطراف على اللجوء إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية، فإنها تخضع لهذا النظام""".

وفي نفس السياق نجد أن المادة الحادية عشر من نظام غرفة التجارة الدولية تنص على أنه:"تطبق أمام المحكم الإجراءات المستمدة من هذه القواعد، وفي حالة سكوت هذه الأخيرة تطبق تلك التي إتفق عليها الطرفان، وعند عدم الاتفاق يقوم المحكم بتحديد الإجراءات سواء أستند أو لم يستند في ذلك إلى قانون داخلي يطبق على التحكيم"[2] .

بالإضافة إلى ما جاء في نص المادة 33 من قواعد التوفيق والتحكيم للغرف التجارية الأوروبية العربية على أن الأصول التي تطبق على إجراءات التحكيم هي تلك التي تتضمنها تلك القواعد، وفي حالة سكوتهما فإن الإجراءات تكون طبقا لاختيار أطراف النزاع، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق، يطبق

[1] أحمد عثمان خلف الله، **الرقابة القضائية على قرارات التحكيم في القانون السوداني**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون بكلية الدراسات العليا، جامعة النيلين، السودان، 2002، ص 83.

[2] أنظر نص المادة 11 من نظام غرفة التجارة الدولية من الموقع: https://www.international-arbitration-attorney.com/ar/icc-rules-of-arbitration-2012/ حملت على الساعة 21:06 يوم 2018/01/03.

المحكم القواعد الإجرائية التي يراها مناسبة لموضوع النزاع[1].وعلى هذا الأساس فيطبق على التحكيم في مثل هذه الأحوال القواعد الإجرائية السائدة في المركز وقت التحكيم كأصل عام.

وبصدد الطبيعة القانونية للتحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية يرى جانب من الفقه أن "نظام التحكيم التابع لغرفة التجارة الدولية يقدم للأطراف خدمة تشتمل على ضمانات إجرائية يمكن مقارنتها بتلك المعروفة في المحاكم الوطنية، وأن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية تقوم بوظيفة خدمة عامة حقيقية لصالح المتعاملين في حقل التجارة الدولية.

في نفس السياق يرى الفقيه "إيريك لوكين " أن نظام التحكيم التابع لغرفة التجارة الدولية يعتبر نموذجا حقيقيا للقانون المادي الدولي، ويمثل قانونا حقيقيا للإجراءات التحكيمية المفروضة على الأطراف دون أدنى إشارة إلى قانون دولة معينة، وهذا الأخير لا يتدخل وفقا لنص المادة 11 من هذا النظام إلا في حالة سكوت هذا الأخير"[2].

نذكر كذلك أن بعض العقود النموذجية التي تشير إلى إجراء التحكيم عند حدوث نزاع بشأنها وفقا لقواعد التحكيم المعروفة في مراكز التحكيم الدائمة، ومثال ذلك ما نصت عليه العقود النموذجية التي أعدتها اللجنة الاستشارية القانونية الأسيوية الإفريقية سنة 1980 لبعض البيوع[3]، حيث جاء في نصوص كل من العقدين المذكورين بأنه يصار "CIF" والبيع "FOB" الدولية إلى تسوية المنازعات التي تشوب عن طريق التحكيم وفقا للقواعد التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي[4].

وعلى هذا الأساس وبناءا على ما سبق ذكره يمكن القول أن القواعد الإجرائية التي تضعها جل المراكز الدولية المتخصصة في المنازعات عن طريق التحكيم قد ساهمت في تحجيم دور إرادة الأطراف التي كانت تتمتع بسلطة واسعة في اختيار وصياغة هذه القواعد في ظل تحكيم الحالات الخاصة، وأصبحت إرادة الأطراف منحصرة " في حدود ضيقة في إطار التحكيم المؤسساتي، حيث لم يعد لإرادة الأطراف دورا حاسما في مجال تحديد القواعد الإجرائية التي تسير عليها عملية التحكيم، ذلك أن لجوء الأطراف إلى هذه المراكز الدائمة يؤدي في الغالب إلى إذعان أطراف العقود الدولية وعقود الاستثمار

---

[1] فوزي محمد سامي، **التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة في أحكام التحكيم التجاري الدولي)**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2008، ص 168.

[2] جارد محمد، **المرجع السابق**، ص 156.

[3] فوزي محمد سامي، **المرجع السابق**،ص 170.

[4] **المرجع نفسه**، ص 171.

للإجراءات المقررة في لوائحها، وبالتالي تحل هذه المراكز محل إرادة الأطراف في تحديد إجراءات التحكيم.

خاتمة:

تعتبر منازعات الاستثمار من أكثر المنازعات المتميزة بتشابك الإجراءات والمنازعات ويتطلب تنظيمها اهتماما بالغا في التشريعات الدولية وكذا إيجاد سبل لتسويتها. وتتعدد الوسائل في حل هذه المنازعات القائمة ما بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة

إلى جانب ذلك، يبقى التحكيم طريقا تحاكميا بديلا عن القضاء غالبا ما يفضل المستثمر الأجنبي الالتجاء إليه، وهو الطريق الذي فرضته الاتفاقيات الدولية المنظمة للاستثمار أو لحمايته، سواء كانت جماعية أو إقليمية أو ثنائية، على الدول المضيفة للاستثمار، مما حدا بها إلى تكريسه ضمن منظومتها التشريعية كضمانة للمستثمر الأجنبي والتحرر من قيود اللجوء إلى قضائها الوطني. فاللجوء للتحكيم طريق إرادي اتفاقي.

إلا أن التوسع في تفسير النصوص القانونية في الاتفاقيات الدولية المنظمة للاستثمار وشروط الانضمام لها يجعل من مجرد التوقيع عليها قبولا ضمنياً باللجوء إلى التحكيم ولو لم يتضمن عقد الاستثمار الدولي اتفاق التحكيم، وبذلك ينكمش دور الإرادة في اللجوء إلى التحكيم كطريق بديل عن القضاء الوطني للدولة المضيفة وينعقد الاختصاص للهيئة التحكمية بالإرادة المنفردة للطرف المتضرر، وهذا ما يسمى بالتحكيم بدون صيغة.

بالإضافة الى أن دور الإرادة في التحكيم في بعض المواطن قد تراجع وخاصة في التحكيم المؤسسي، ويظهر ذلك بمجرد لجوء الأطراف الى هيئة تحكيمية متخصصة في مجال تسوية منازعات الاستثمار، فإنهم وافقوا ضمنا على الإجراءات المتتبعة في هذه المؤسسة وأن الإجراءات التي تطبق عليهم هي إجراءات الهيئة.

ويتراجع دور الإرادة في التحكيم حتى في مناسبة تشكيل هيئة التحكيم، ويتضح هذا في حالة عدم أو سكوت أحد الاطراف على اختيار المحكم فإن هيئة التحكيم تختار محكما مباشرة بدون الرجوع الى المتخاصمين، وذلك لحسن سير عملية التحكيم.

إلا أنه يبقى للإرادة دور فاعل على كل حال لأنها هي المنشأ المباشر لتأهيل المحكم للفصل في الخصومة المعروضة عليه ، وأن استقلاليتها هي التي عتقت المحكم من الولاء للدولة ومن تحكم قانونها، وأعطته سلطة الرقابة الذّاتية على تأهيله وكانت الأساس الذي أمّن له فاعليّته وقلب المعادلة لصالح المحكم الذي صار رقيبا على اختصاص القاضي نفسه، بل إنها اعتبرت هي قانون اختصاص المحكم بل وحتى سيادته التحكيمية.

قائمة المراجع:

أولا – النصوص القانونية

1- **القانون رقم 08-09** المؤرخ في 25 فيفري 2008، **المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية** ، الجريدة الرسمية، العدد 21 ، الصادر في 23 أفريل 2008.

2- **القانون 09/16** المؤرخ في 03 أوت 2016، **المتعلق بترقية الإستثمار**، الجريدة الرسمية، العدد 46، لسنة .

ثانيا: الكتب

أ – **الكتب المتخصصة**

1- أحمد خليل «**مبدأ المواجهة ودوره في التنفيذ الجبري**» دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر 1999.

2- إبراهيم شحاتة «**معاملة الإستثمارات في مصر**» دار النهضة العربية، القاهرة، 2001

3- أحمدعبد الحميد عشوش «التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار» دراسة مقارنة ، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1990

1- **أحمد محمد حشيش** «**القوة التنفيذية لحكم التحكيم**» دار النهضة العربية، مصر، 2000.

2- **أحمد مخلوف** «**إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية**،» دار النهضة العربية، مصر،2001.

3- **بشار محمد الأسعد** «**عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**» منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.

4- **بشار محمد الأسعد** «**عقود الدولة في القانون الدولي**» منشورات زين الحلبية، بيروت، 2011.

5- **جابر فهمي عمران** «**الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية**» دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2013.

6- **جلال وفاء محمدين** «**التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للإستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، الإجراءات والإتجاهات الحديثة**» دار الجامعة الجديدة، مصر، 2001

ب/ **الكتب العامة**

1- **أحمد أبو الوفاء** «**العلاقات الدولية**» دار النهضة العربية، مصر، 1998

2- **أحمد سمير محمد ياسين الصوفي** «**دور القوة القاهرة في القوانين الإجرائية، دراسة مقارنة**» دار الكتب القانونية، مصر 2016.

3- **أحمد عبد الحميد عشوش** «**قانون النفط، الإتجاهات الحديثة في تحديد القانون الذي يحكم إتفاقيات التنمية الإقتصادية، دراسة مقارنة**» مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية، مصر، 1989.

4- **أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان** «**القانون والسيادة وإمتيازات النفط (مقارنة بالشريعة الإسلامية)**» مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان، 1997.

5- **أحمد عبد الرزاق خليفة** «**القانون والسيادة وإمتيازات النفط**» مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت لبنان، 1997.

6- **أحمد عبد الكريم سلامة** «**نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية،دراسة تأصيلية إنتقادية**»دار النهضة العربية ، القاهرة، 1989.

7- **أحمد عبد الكريم سلامة** «**علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولاً ومنهجاً**» مكتبة الجلال، المنصورة مصر، 1996.

8- **أحمد محمد حشيش** «**نظرية وظيفة القضاء**» دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2002.

ثالثا: الأطروحات والمذكرات

أ - الأطروحات

1- **أحمد مروك** « **شرط إعادة التّفاوض في عقود التّجارة الدولية** » أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون بكلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015/2014.

2- **باسود عبد المالك** « **حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي** »، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014/ 2015.

3- **بهاء الدين مسعود سعيد** «**أثر اللجوء الى التحكيم في منازعات العقود الإدارية على مبدأ سيادة الدولة ومبادئ ونظريات القانون الإداري، دراسة تحليلية مقارنة**،» أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، بكلية الدراسات العليا، جامعة الأردن، 2015/2014.

4- **حازم حسن جمعه** «**شرط التحكيم التجاري من حيث صحته وإستقلاله**،»رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة عمان للدراسات العربية، 2006

5- **حسن طالبي** «**تسوية منازعات الاستثمارات**» أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006/2005.

6- **رفيق عطية الكسار** «**الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة**» أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، 1998.

7- **زروال معزوزة** «**ضمانات القانونية للاستثمار في الجزائر**» أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان، 2016/2015.

ب رسائل الماجستير

1- أحمد بوخلخال «**نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر**» رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بن عكنون، جامعة الجزائر 1 ،2013/2012.

2- **أقلول محمد** «**النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الإستثمار**،» رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تيزي وزو، 2015

3- **جابر محمد** «**دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة**» مذكرة لنيل شهادة

الماجستير في القانون الدولي الخاص، بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2009

4- **الحسن، رفاد معين محمد** « **مدى كفاية قواعد التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في التشريع الأردني**» رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، بكلية الحقوق، عمان، الأردن 2015.

5- **الحميري فهد بجاش** « **النظام القانوني لعقود الإستثمار النفطي في اليمن، دراسة مقارنة**» رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة الأردن ، 2006 .

6- **شادي حلو أبو حلو** « **تسوية منازعات الإستثمار الأجنبي وفقا لإتفاقيتي واشنطن ومنظمة التجارة الدولية**» رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة ال البيت، 2004.