جامعة زيان عاشور – الجلفة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

الآليات البديلة لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث في الحقوق

تخصص : القانون العام المعمق

إعداد الطالب :

رقاب عبد القادر

إشراف :

الدكتور : زروق يوسف

أعضاء لجنة المناقشة

الإسم و اللقب	الرتبة العلمية	مؤسسة الإنتماء	الصفة
بن داود إبراهيم	أستاذ	جامعة الجلفة	رئيسا
زروق يوسف	أستاذ محاضر – أ –	جامعة الجلفة	مشرفا و مقررا
عدلي عبد الكريم	أستاذ محاضر – أ –	جامعة الجلفة	ممتحنا
ضيفي نعاس	أستاذ محاضر – أ –	جامعة الجلفة	ممتحنا
كمال مُحَّد الأمين	أستاذ محاضر – أ –	جامعة تيارت	ممتحنا
عثماني علي	أستاذ محاضر – أ –	المركز الجامعي – آفلو –	ممتحنا

السنة الجامعية : 2020/2019

بسم الله الرحمن الرحيم

(نَرْفَعُ دَرَجَاتٍ مَنْ نَشَاءُ وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ)

صدق الله العظيم

(يوسف : 76)

اهـــــــــــداء

الى روح والدي الطاهرة رحمه الله و طيب ثراه و الى امي العزيزة الغالية حفظها الله و اطال في عمرها ....

الى زوجتي الغالية التي كانت لي سندا و عونا في انجاز هذا العمل ، و بنتاي و ابني حفظهم الله و رعاهم.....

الى اخوتي و اخواتي الأعزاء .....

الى صهري و عائلته الكريمة .....

الى الدكتور الفاضل زروق يوسف الذي اشرف على هذا العمل .....

الى كل الأصدقاء و الزملاء في دفعة الدكتوراه قانون عام معمق .....

الى كل الأساتذة الافاضل و موظفي و عمال كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة زيان عاشور بالجلفة.....

اهدي ثمرة عملي هذا .....

شكر و تقديـــــــــــــر

الحمد لله العلي القدير الذي وفقنا و اعاننا في إتمام هذا العمل

انه لمن دواعي فخري و اعتزازي و عظيم عرفاني و امتناني ان أتقدم بجزيل الشكر و التقدير للدكتور زروق يوسف الذي اشرف على هذا العمل و لم يبخل علي يوما بالجهد و النصيحة .....ونتمنى له دوام الصحة و العافية

كما أتقدم بالشكر الجزيل الى الأساتذة الكرام أعضاء لجنة التكوين في الدكتوراه تخصص القانون العام المعمق

كما لا يفوتني ان اشكر الأساتذة الافاضل أعضاء لجنة المناقشة

و الشكر و الامتنان لكل من اسهم معنا في انجاز هذه الاطروحة من قريب او من بعيد

قائمة المختصرات :

ج ر : جريدة رسمية

ق ا م ا : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

اونسيترال : القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي

ق م ف : قانون المرافعات الفرنسي

ط 2 : طبعة ثانية

ع : عدد

ADR : alternative dispute résolution

MARC : modes alternatifs de règlement des conflits

Adr rules : alternative dispute resolution rules

Icsid : international centre for settlement of investment disputes

Uncitral : united nations commission on international trade law

Icc : international chamber of commerce

مقـــــــدمة

مقدمة

تمثل التنمية الاقتصادية التحدي الأكبر الذي تحرص كافة الدول على تحقيقه في شتى المجالات و بكل الوسائل ، فهي احدى ظواهر العصر المهمة لما تحققه من تغيير اقتصادي و اجتماعي يتجلى في زيادة الدخل القومي للدولة و ارتفاع في مستوى معيشة افرادها ، لذا نجدها تنتهج سياسات من شانها جذب الاستثمارات الأجنبية من خلال ما تكفله لها من ضمانات و حوافز و توفير البيئة الاستثمارية المناسبة التي تساعد على جذب رؤوس الاموال و تحقيق أوجه الضمان المختلفة ضد المخاطر السياسية و الاقتصادية التي قد تواجهها .

لذا تحتاج معظم الدول الى الاستثمار الأجنبي ، فهو مصدرا أساسيا للأموال و التكنولوجيا و هو من اهم أوجه النشاط التجاري في وقتنا الحالي لأنه القناة التي يتدفق عبرها راس المال و الخبرة الفنية و العملية ، خاصة في الدول النامية التي تواجه مشاكل عديدة و متنوعة تحول دون تحقيق أهدافها في مختلف المجالات ، بسبب ضعف الادخار المحلي و انخفاض مستوى الدخل القومي ، فضلا عن غياب التكنولوجيا الحديثة ، لذا تسعى هذه الدول الى استغلال طاقاتها و استغلال مواردها الطبيعية ، و زيادة فرص نقل التكنولوجيا الحديثة اليها بما يسهم في تنمية بنيتها التحتية ، و خلق فرص العمل لأفرادها و تدريب الايدي العاملة المحلية ، من خلال جذب هذه الاستثمارات و التي لا يمكن ان تتم دون توفير الضمانات الكافية التي توفر لها الحماية القانونية الدولية ، سواء كانت ضمانات موضوعية و أخرى إجرائية تصب كلها في مجال حماية المستثمر الأجنبي .

لا يقتصر هذا الأمر على الدول النامية فقط بل أصبح جذب الاستثمارات يهم كذلك الدول المتقدمة لتحسين وضعها الاقتصادي ، و هو ما دفعها الى سن تشريعات خاصة و ابرام

اتفاقيات الاستثمار الثنائية و المتعددة الأطراف لتشجيع تدفق رؤوس الأموال الأجنبية اليها [1]، ما جعل دور الاستثمارات الأجنبية يتعاظم و ينمو على الصعيد الدولي و أصبحت من اهم وسائل التمويل حيث خلقت حركة استثمارية كبيرة نتيجة لمساهمة الشركات المتعددة الجنسيات في نقل و تدوير الأموال عالميا من خلال تخطيها للحدود و بناء شبكاتها عبر الدول للاستفادة من الميزات النسبية التي يتمتع بها الاستثمار في البلدان النامية ، كانخفاض تكلفة اليد العاملة ووفرة المواد الأولية اللازمة ، و برز بذلك الاستثمار الأجنبي في شكل أنشطة صناعية و تجارية و خدمات و تعليم و صحة و اشكال أخرى عديدة و متعددة .

بذلك أصبحت هذه الاستثمارات تحظى بالأهمية على جميع المجالات سواء من طرف الدولة او الافراد لما تلعبه من دور على الاقتصاديات المحلية و ذلك رغم اختلاف الأنظمة و القوانين التي تحكم كل دولة ، كما شكل اهتمام رجال القانون و الاقتصاد و السياسة و ذلك لامتداده الى جميع هذه المجالات فيؤثر فيها و يتأثر بها [2]، و يعد تحسين المحاكم المتخصصة و القوانين و التشريعات الداخلية و توفير الفرص الاقتصادية و الانفتاح السياسي و الاقتصادي للدولة على العالم الخارجي عوامل جاذبة للاستثمارات الأجنبية .

كل هذه الحركية و التدفق المتبادل للاستثمارات و الاحتكاك المتواصل جعل وجود المنازعات و الصدامات بين الطرفين او اطراف الاستثمار ظاهرة طبيعية نتيجة تعارض المصالح و اختلاف الرؤى او خرق احد بنود العقد لا سيما أن مصالح الطرفين لا تسير دائما في اتجاه واحد ، بما ان عملية الاستثمار الأجنبي تتم بين طرفين يخضعان لأنظمة قانونية مختلفة ، احدهما دولة تتدخل باعتبارها ذات سيادة و سلطة على اقليمها و هي شخص من اشخاص القانون الدولي امام متعاقد قد يكون شخص طبيعي او معنوي ، و أصبح خوف المستثمر الأجنبي من فقدان

[1] علاء أبا ريان ، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الثانية 2012 ، ص 14.

[2] عيبوط محند وعلي ، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الطبعة الثانية 2014 ، ص 13.

حقوقه في النزاعات التي تثور بينه و بين الدولة المضيفة احد اهم الأسباب التي تعيق الحركة الاستثمارية ، فهو يحاول دائما تحقيق اكبر قدر من الثبات و الاستقرار و الاستفادة من مشروعه الاستثماري و بالتالي اصبح لا يثق في القضاء الوطني للدولة خشية بسط سيادتها و النعرة الوطنية لدى قضاتها ، و حتى و ان كان الحكم في صالحه فان بطء التقاضي و ارتفاع تكاليفه صار نقيصة ارتقع بها ثوب العدالة المنظمة من قبل الدولة [1]، مما أدى إلى وجوب التصدي لهذه النزاعات عن طريق القوانين و اتفاقات الاستثمار المبرمة بين اطرافه بإيجاد وسيلة فعالة لتحقيق التوازن بين المتخاصمين و فض النزاعات بشكل يرضي جميع الأطراف .

هذه الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار الأجنبي انعكست على اليات تسوية المنازعات الناشئة عنها ، فهي تشتمل على صفقات ضخمة طويلة الاجل ، و تتغير فيها الظروف الاقتصادية و السياسية و الاجتماعية التي ابرم فيها العقد ، كما قد تتضمن شروطا تعاقدية غير مألوفة ، مما يجعل عملية تسوية منازعاتها معقدة نوعا ما ، كما يصعب التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقها ، و المصالح التي ينشدها المستثمر الأجنبي ، بالإضافة الى قصور النظم التشريعية و القضائية عن الوفاء بمتطلبات هذا النظام الاستثماري المتوسع خاصة لدى الدول النامية نظرا للعديد من الأسباب السياسية او الاقتصادية و الأمنية التي شغلت حركة التطور التشريعي عن الاستعداد لمواجهة التطورات العالمية الاقتصادية و الاستثمارية .

كما تطرح عقود الاستثمار الأجنبي مسالة تحديد القانون الواجب التطبيق ، نظرا لطابعها الدولي و ارتباطها بخطط التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة ، مما يجعل هذه الدول لا تقبل بسهولة الخضوع لقانون غير قانونها الوطني [2]، بالإضافة الى التفاوت القانوني و الاقتصادي في مراكز الأطراف ، مما يجعل المستثمرين الأجانب المتعاملين معها الى محاولة اخراج العقد من نطاق تطبيق

[1] احمد عبد الكريم سلامة ، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 2013 ص 21 .

[2] ليندا جابر ، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 2014 ، ص 19.

القانون الداخلي للدولة المضيفة او محاولة تدويله ، بالإضافة الى تضمينه شروطا ذاتية ، كشرط الثبات التشريعي الذي يقيد الدولة و يمنعها من المساس بالعقد و تجميده زمنيا .

لذا اصبح اللجوء للآليات البديلة Alternative Disputes Résolution (ADR) امرا ملحا , تلبية لمتطلبات الاعمال الاستثمارية الحديثة و التي لم يعد القضاء قادرا على فضها ، و نظرا لما أصبحت هذه الاليات تحتله في الفكر القانوني الاقتصادي و عقود الاستثمار الدولية باعتبارها أداة فاعلة لتحقيق و صيانة العدالة و تثبيت الحقوق و لما توفره من مرونة و سرعة و مشاركة الأطراف في حل نزاعهم و هو ما يمنحهم نوعا من الطمأنينة و الراحة [1]، و الهروب بذلك من عسر التقاضي الى يسر التراضي و هو ما يحبذه اطراف النزاع .

تلك الاليات قد تكون مباشرة مثل المفاوضات حيث يلتقي الخصوم وجها لوجه ، يتدارسون أسباب تنازعهم و شقاقهم و كيفية تجاوزها بعرض الحلول المقترحة و المناسبة ، كما قد يقدم كل من الطرفين بعض التنازلات لمحاولة التوصل الى ما يجمعهم و يصلوا الى كلمة سواء بينهم تحقق ما ينفعهم و لا يضرهم ، و قد تكون غير مباشرة ، يلجا فيها المتنازعون الى طرف ثالث محكم سواء كان ذلك مؤسساتيا او عن طريق إرادة الأطراف الحرة ، او موفق ليحاول التوفيق بينهم و الوصول الى تسوية النزاع وديا ، او طرف وسيط يجدون فيه ثقتهم ، ليقارب بينهم و يأخذ بأيديهم الى ابرام اتفاق تسوية [2].

أصبحت هذه الآليات يعتد بها سواء في الاتفاقيات الدولية او المراكز او الغرف او المنظمات كوسائل رئيسية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي لما لها من مميزات توافق ما يصبو اليه اطراف العملية الاستثمارية و ما ترتكز عليه مبادئ التجارة الدولية اليوم .

---

[1] حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية 2001 ، ص 17.

[2] الخير قشي ، المفاضلة بين الوسائل التحاكمية و غير التحاكمية لتسوية المنازعات الدولية ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، بيروت 1999 ، ص 8.

انطلاقا من هذا المعنى يخرج التقاضي عن اطار هذا التعريف , و كذلك في نطاق دراستنا هذه , فهو لا يعد وسيلة بديلة لحل النزاعات بل وسيلة اصلية , فالأصل هو لجوء الأطراف الى المحاكم لتسوية المنازعات بينهما عبر التقاضي .

تبرز أهمية الموضوع فيما يلي :

- تختلف تبعات فض أي نزاع بشكل عام بالآليات البديلة عن القضاء ، فالأعراف تميل إلى استحباب التسوية الودية عن ساحات المحاكم .

- إن الآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي هي وسائل ودية تعتمد في حل النزاع على الطابع التفاوضي الذي يشرك الأطراف في ذلك و يحافظ على سرية النزاع و استمرار العلاقات عوضا عن وضعهم امام القضاء مع تبعات هذا الأخير السلبية على جميع الأطراف .

- بات من الطبيعي اعتماد وسائل التسوية الخاصة نظرا للطابع الدولي لمنازعات الاستثمار الأجنبي التي قد تأخذ ابعادا أخرى اذا ما استمر هذا النزاع .

- ان ما يعرفه القضاء بشكل عام اصبح ظاهرا و بالتالي اتجه الفقه الحديث الى التخفيف عن هذه الأجهزة القضائية الرسمية و اعتماد الاليات البديلة لفض النزاعات .

- إن نظام الآليات البديلة اخذ بعدا دوليا متواصلا باعتماده في جل القوانين الداخلية من خلال الاتفاقيات الدولية في هذا الشأن .

- إن الآليات البديلة هي المناسبة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي لتوافق مميزاتها و خصائصها مع ما يتطلبه المجال الاستثماري .

بعدما تقدم يمكن ان تتبلور لدينا الإشكالية التالية : **فيما تتمثل الآليات البديلة لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي ؟ و ما هي إجراءات تفعيلها ؟**

هذه الإشكالية الرئيسية قد تقودنا بدورها الى طرح العديد من التساؤلات الفرعية على النحو التالي :

- ما المقصود بالآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي ؟ و ما أهميتها في ذلك ؟
- ما الطبيعة القانونية للآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي ؟
- كيف تصنف الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي ؟ و ما مصادرها القانونية ؟
- ما هي الإجراءات المتبعة في تفعيل هذه الاليات ؟ و ما احكام اللجوء لها ؟

يختلف منهج الدراسة حسب طبيعة كل موضوع ، فمنهجنا المتبع في دراسة الآليات البديلة هو المنهج الوصفي التحليلي ، حيث سنقوم بدراسة ماهية الآليات البديلة بوصف طبيعتها و مميزاتها و تحليل بعض النصوص القانونية التي تستمد منها مصادرها .

تبعا لطبيعة الموضوع و للإجابة على الإشكالية المطروحة ارتأينا تقسيم الموضوع الى بابين ، حيث نتناول في الباب الأول التنظيم الموضوعي للآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي ، و هو يحتوي على فصلين بحيث نتطرق فيه الى ماهية الآليات البديلة في الفصل الاول ، ثم اهمية الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي و مصادرها القانونية في الفصل الثاني ، اما الباب الثاني فنتناول فيه التنظيم الاجرائي للآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في فصلين ، حيث نتطرق لإجراءات تفعيل هذه الاليات في فصل اول ، ثم احكام اللجوء للاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الاجنبي في فصل ثاني .

الباب الأول

التنظيم الموضوعي للآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

ان التطورات السريعة تعد هي السمة الغالبة للأنشطة الاقتصادية في العصر الحالي ، من خلال استخدام الوسائل الأكثر فعالية و سرعة في الحياة , و هو ما يخلق صدامات و نزاعات متعددة بين من يزاولون هذه الأنشطة ، و بما إن عمل القضاء بشكل عام ، يقوم على عنصر تحقيق العدالة التي يرتبط مفهومها بمجموعة من المفاهيم الأخرى كالحق و الحرية و الاخلاق , فهي برأي سقراط منح كل شخص حقه , فيما يرى ارسطو بان العدالة هي ممارسة الفضيلة و السلوك المستقيم في علاقاتنا مع الاخرين , فيما تعرف لغة انها التوسط في الامر من غير زيادة و لا نقصان [1].

فيستند تحقيق العدالة على جهاز القضاء الذي كان الوسيلة الوحيدة لحل النزاعات , فالأصل ان المحاكم هي صاحبة الولاية العامة بالفصل في جميع المنازعات سواءا المدنية او التجارية و غيرها ، إلا ان تطور المجتمعات و كثرة الدعاوى و بطء إجراءات التقاضي و تكاليفه الباهضة دفعت رجال القانون و المهتمين بمجال الاستثمار الى اللجوء الى وسائل أخرى بديلة لحل النزاعات بشكل ودي يضمن استمرار العلاقات و يرضي الطرفين حتى و ان كان هناك طرف رابح , فالمشكل الحقيقي الذي يواجه المستثمر الأجنبي لا يكمن في مسالة تعريفه بحقوقه و التزاماته و تحديد مداها ، بقدر ما هو مشكل البحث عن وسيلة مستقلة و فعالة يمكن اللجوء لها لتسوية المنازعات التي قد تنشا بينه و الدولة المضيفة ، كما ان المنازعات التي يتوجه أطرافها الى تسويتها لم تعد تقتصر على منازعات بين الدول فقط ، او بين اشخاص القانون الخاص ، و انما تشمل أيضا منازعات بين الدول و مؤسساتها من جهة ، و المستثمرين من جهة أخرى .

اذا كانت عقود الاستثمار الدولية بشكل عام تثير منازعات تتميز بالتعقيد نظرا لدوليتها ، فان عقود الاستثمار بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي تثير منازعات اكثر تعقيدا نظرا لوجود الدولة كطرف في العلاقة التعاقدية ، مما يجعل الحل الأمثل في هذه الحالة لا يكمن في اللجوء الى القضاء الوطني ، بل في إيجاد اليات أخرى تحقق نوعا من العدالة الخاصة بعيدا عن اثارة مسالة

[1] احمد كوجان ، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة و المستثمر الأجنبي ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان 2008 ، ص 56.

تنازع القوانين ، و تحظى بالقبول لدى الطرفين ، و هو ما يتأتى بتفعيل الاليات البديلة لتسوية المنازعات ، كالتحكيم او الوساطة او الصلح ، هذه الاليات تتميز بالسرعة و الفعالية و هو ما جعل المستثمرين الأجانب يشترطونها في عقودهم الاستثمارية مع الدول المضيفة و يرتضونها سبيلا لأنهم لا يثقون في القضاء الوطني و ينظرون اليه نظرة شك و ريبة ، فضلا عن السرية و المرونة التي تمتاز بها هذه الاليات و التي تتناسب مع طبيعة عقود الاستثمار فهي تأتي منسجمة مع رغبة المستثمرين بالابتعاد عن القضاء الداخلي و تجنب المساس بسمعتهم و مركزهم في المجال الاستثماري ، لذلك أصبحت كل العقود و المعاملات الدولية الاستثمارية و التجارية لا تكاد تخلو من شرط اتفاقي ينص على ضرورة سعي الأطراف عند حدوث أي خلاف بينهم نحو محاولة حله بالطرق الودية إدراكا منهم لسلامة البعد عن القضاء .

ان صياغة و مضمون الشروط التعاقدية او النصوص التشريعية التي ترشد اطراف النزاع الى أهمية ولوج الاليات البديلة لتسوية المنازعات ليست سواء ، فالبعض من تلك الشروط جعلت اللجوء الى هذه الاليات اختياريا أي ان هذه الاليات هي رخصة يجوز استعمالها ، لكن الغالب عملا ان اطراف العقد الاستثماري يدركون جيدا انهم ادرى من غيرهم بمصالحهم المشتركة و كيفية الحفاظ عليها اثناء تنفيذ العقد او عند حدوث أي نزاع متعلق به [1]، فيحاولون التغلب عليها بالتفاوض المباشر بينهم او توسيط طرف اخر ليعينهم و يساعدهم على الوصول إلى التسوية ، و بذلك نجد ان معظم الشروط التعاقدية تجعل من ولوج الاليات البديلة امرا الزاميا و خطوة أولى يجب اتباعها نحو تسوية النزاع و يحظر على كل الأطراف تخطيها او تجاوزها باللجوء الى القضاء [2].

لذلك سنتناول في هذا الباب ماهية الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي من خلال فصل اول , كما سنخصص الفصل الثاني لأهميتها و مصادرها القانونية .

[1] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 23.

[2] حفيظة السيد الحداد ، مرجع سابق ، ص 47.

الفصل الأول

ماهية الآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

يختلف مفهوم العدالة من بلد الى اخر , فوظيفة القضاء و تنظيمه ليست سواء دائما , و بالتالي تختلف مهمة القاضي نسبيا من بلد الى اخر , مما جعل طول فترة التقاضي و ارتفاع تكاليفه امر لا بد منه , خصوصا في الدول المتقدمة لما يتسم به قضاءها من الاهتمام المتزايد بكثرة الشكليات و التعقيدات مما جعله بعيدا عن طموح المتقاضين [1], و هو الذي أدى الى ظهور مفاهيم جديدة لحل النزاعات بين المتخاصمين اخذت مكانها عن طريق مواجهة القضاء التقليدي , عرفت بأسماء كثيرة و مختلفة تعدت الثمانين اسما , مثل القضاء غير الرسمي la justice informelle و القضاء الاتفاقي la justice convenue , أو القضاء الودي la justice amiable[2] , أو كما سماها بعض الفقهاء بالعدالة غير الرسمية و العدالة الفعالة .

قد تسهم الاليات البديلة في تقديم الحلول المناسبة امام ما قد يثور من منازعات بين المستثمر و الدولة المضيفة له لذلك فان معظم الشروط التعاقدية او النصوص التشريعية تجعل من ولوج طريق التسوية الودية امرا الزاميا و خطوة أولى نحو فض النزاع و يحظر على أي طرف تخطيها او تجاوزها و اللجوء الى القضاء [3].

ان تحديد ماهية الاليات البديلة يتطلب تحديد مفهومها و تطورها التاريخي قبل ان نستعرض تصنيفها ثم تمييزها عن بعض النظم المشابهة الأخرى .

و بناء عليه قسمنا دراستنا في هذا الفصل الى ثلاثة مباحث حيث نتناول تعريف الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي و تطورها التاريخي في مبحث اول ، ثم نستعرض تصنيفها في مبحث ثان ، قبل ان نتطرق الى تمييز الآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي عن غيرها من النظم المشابهة الاخرى في مبحث ثالث .

---

[1] علاء أباريان ، مرجع سابق ، ص 51.

[2] أزاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 99.

[3] منى محمود مصطفى ، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر و دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1990 ، ص 8.

المبحث الأول

تعريف الآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي و تطورها التاريخي

الاليات البديلة لتسوية المنازعات (alternative dispute resolution) هي طرق أو وسائل مختلفة تستخدم لفض المنازعات خارج نطاق القضاء الرسمي و المحاكم , و أصبحت اليوم تحتل مكانة مهمة في الأنظمة الحديثة و قوانين الاستثمار و التجارة الدولية [1], و ذلك لاتساع رقعة الاستثمارات الدولية و كثرة العقود التجارية مما افرز كم كبير من النزاعات بين أطرافها و بالتالي أصبح اللجوء باستمرار لهذه الوسائل كطريق امثل لما توفره هذه الوسائل من مزايا يعجز القضاء الرسمي عن توفيرها لأطراف النزاع .

للوصول الى مفهوم الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي وجب تعريف هذه الاليات في مطلب أول ، ثم نشأتها و تطورها التاريخي في مطلب ثاني .

المطلب الأول : تعريف الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

تعرف الاليات البديلة ، على انها وسائل او عمليات مختلفة ، تستخدم لحل المنازعات بطريقة ودية ، خارج نطاق المحاكم و الهيئات القضائية الرسمية [2], مستفيدة من مزايا السرعة في حسم النزاع بمشاركة اطراف النزاع ذاتهم ، و الحفاظ على السرية ، و بأقل التكاليف في أوضاع كثيرة , و المحافظة على استمرار العلاقات ، إضافة الى مرونتها من حيث إجراءات حل النزاع و القواعد المطبقة عليه .

[1] بشار محمد الاسعد ، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2009 ، الطبعة الأولى ، ص 29.

[2] احمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 29.

كما يقصد بها أي وسيلة يتم بواسطتها اللجوء الى طرف ثالث محايد بدل اعتماد الدعوى القضائية , و ذلك من اجل تقريب وجهات النظر و ابداء الآراء الاستشارية التي تتيح الوصول للحل بهذه الوسيلة [1], او كما عرفها البعض بأنها تلك الاليات التي يلجا لها الأطراف عند نشأة الخلاف بينهم عوضا عن القضاء العادي بغية التوصل لحل لذلك الخلاف بطريقة ودية سلسة دون اصدار الاحكام القضائية .

جاء تعريف بعض الفقهاء لهذه الآليات متقاربا نوعا ما , فقد عرفها الفقه المصري بتعاريف متعددة منها " هي بدائل فض المنازعات عن غير طريق القضاء " أو " هي إجراءات بديلة لتسوية النزاع " أو " وسائل بديلة للعدالة القضائية " و " الوسائل السلمية و الرضائية " أو " وسائل التسوية غير التحاكمية " , فيما عرفها الأستاذ loukes amistelis بأنها " مجموعة من الإجراءات التي تشكل بديلا عن المحاكم في حسم النزاعات , و غالبا ما تستوجب تدخل شخص ثالث نزيه و حيادي " و عرفها الأستاذ jarrosson بأنها " مجموعة غير محددة من الإجراءات لحل النزاعات بحيث تتم في اغلب الأحيان بواسطة تدخل طرف ثالث بهدف إيجاد حل غير قضائي لهذه النزاعات " [2].

فيما اتفق الأستاذان marriott و brown على أنها " مجموعة من الإجراءات تهدف إلى حل النزاع بطريق غير قضائي " .

عرف المركز التجاري لحل النزاعات في استراليا Acdc هذه الوسائل بأنها " العمليات التي تهدف إلى تشجيع المتنازعين بغرض الوصول إلى حل خلافاتهم بأنفسهم , و ذلك بواسطة شخص ثالث حيادي لتسهيل عملهم [3]" .

---

[1] أزاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 102.

[2] Charles jarrosson , « les modes alternatifs de règlement des conflits » , cours dess , université Lyon , 2002, p 02.

[3] علاء أبا ريان ، مرجع سابق ، ص 52.

كما نجد ان غرفة التجارة الدولية "ICC" استعملت مصطلح "الآليات الودية " أي أن هذه الطرق هي ودية او اجراء قبلي عن اللجوء الى القضاء الرسمي و بالتالي فان حل المنازعات بواسطة هذه الاليات يبقي على الروابط بين المتنازعين عكس ما يخلفه التقاضي .

فيما تبقى التسميات الشائعة حاليا و الأكثر استعمالا هي "الآليات البديلة لتسوية النزاعات" أو ما يعرف في اللغة الإنجليزية A.D.R وهي مختصر Alternative Dispute Resolution , او الطرق المناسبة لفض المنازعات "Appropriate Dispute Resolution" , فيما تعرف في اللغة الفرنسية ب M.A.R.C و هي تدل على Modes Alternatifs de Règlement des Conflits و تعرف أيضا ب SORREL في كندا و هي اختصار ل Solutions de Rechange au Règlement Litiges.[1]

جميع هذه التسميات تدور حول فكرة واحدة ، و هي الخيار البديل في تسوية المنازعات عن القضاء التقليدي ، بعيدا عن التعقيدات و الإجراءات الرسمية التي تتطلب وقتا و جهدا و تكلفة [2], و ذلك عن طريق التوسط او التدخل من طرف ثالث مستقل و نزيه بهدف الوصول الى حل نهائي يرضي الأطراف .

كما استعمل مصطلح " البديل " في حرية اختيار الطرق غير القضائية ، أي في طابع ودي ، لإعطاء مجال أوسع للمتنازعين على الاتفاق باللجوء اليها في أي مرحلة من مراحل النزاع و ذلك كسبا للوقت و المال ، و سعيا لفض هذه النزاعات وديا و سريا لمراعاة بقاء الروابط التجارية [3].

---

[1] Mireille taok , les modes alternatifs de règlement des conflits , éditions delta , Beyrouth Liban 2009, p 25.

[2] عرفت الاليات البديلة لتسوية المنازعات عدة تسميات في في الولايات المتحدة الامريكية يمكن ان نذكر منها : التسوية ، التفاوض ، المصالحة ، التوفيق ، التسهيل ، التقييم الحيادي المبكر ، التحكيم ، الوسيط المحكم ، الوساطة ، المحاكمة المختصرة ، تقصي الحقائق ، التقاضي البسيط ، استئجار قاض ....راجع في ذلك د.محي الدين القيسي ، الوسائل البديلة لحل الخلافات التجارية ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، بيروت لبنان ، 2000 ، ص 29.

[3] أزاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 103.

من هنا يمكن القول ان الآليات البديلة هي " وسائل و طرق تستعمل في تسوية المنازعات خارج نطاق القضاء الرسمي بواسطة طرف ثالث مستقل يعمل على تقريب وجهات النظر و الوصول الى فض النزاع بطريق ودي " .

تلعب هذه الاليات دورا كبيرا في تسوية المنازعات بين اطراف الخصومة , أيا كانت طبيعة النزاع الذي يعرض على الجهة المكلفة بموجب اتفاق مسبق بين طرفيه او بطلب من احدهم و موافقة الطرف الاخر او بناءا على امر قضائي او نص قانوني في هذا الشأن , و ذلك خارج نطاق المحاكم و الهيئات القضائية الرسمية , و كل ما تتميز به هذه الآليات من سرعة في فض النزاع و قلة التكاليف و السرية في الاجراءات جعلها الأكثر ملائمة و استقطابا , بل أصبحت الطرق المناسبة لفض منازعات الاستثمار الأجنبي و نجدها تقريبا في كل عقوده حيث يتم النص عليها في احد بنوده و اللجوء اليها في حال وقوع النزاع .

المطلب الثاني : نشأة و تطور الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

تعتبر الآليات البديلة لتسوية المنازعات أقدم من قضاء الدولة في حد ذاته ، فهي قديمة قدم المجتمعات البشرية ، و مستمدة من الدين و الثقافة و التقاليد و العادات الاجتماعية حيث كانت موجودة ، و تقوم على أساس تسوية الخلافات بطرق ودية و رضائية بين الناس ، على أساس مبادئ الإنصاف و التوازن بين مصالح الأطراف[1]، حيث تترتب عنها حلولا متوازنة قدر الإمكان ، و ذلك بمراعاة مصالح الطرفين و طي أسباب الخلاف بينهما ، اذ يكون الطرف الثالث محايدا و مستقلا ، و هو ما اضفى عليها بساطة و قبول لدى العامة ، بما انها طرق سلسة و بسيطة و لا تخلف اي ضغينة او احقاد او مخلفات بعدية على العكس من التقاضي اين يستند القاضي على تطبيق القانون ، و يصدر احكاما ، التي قد تكون احيانا قاسية و تصب في مصلحة طرف واحد من اطراف النزاع ، فيما قد تظر بالطرف الاخر بصورة كلية ، و منه صح القول ان

[1] عكاشة محمد عبد العال ، تاريخ النظم القانونية و الاجتماعية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 2004 ، ص 20.

الآليات البديلة وجدت في المجتمعات القديمة قبل القضاء ، بما أن تقاليد و عادات الشعوب قديما كانت تحث على التصالح و التسوية الودية و التوافق [1].

الفرع الأول : الاليات البديلة في الشريعة الإسلامية

جعلت الشريعة الإسلامية مكانة هامة للآليات البديلة لتسوية النزاعات ، مثل التحكيم و الصلح ، و ذلك لما لها من دور في فك النزاع و فض الخصومة و نشر المودة و الوئام بين أفراد المجتمع و إحلال الوفاق محل الشقاق و القضاء على البغضاء بين المتنازعين ، لذلك أجمعت عليها مصادر التشريع الإسلامي التي أقرت النهج التصالحي في تسوية الخلافات .

لقد ثبتت مشروعية التحكيم في الشريعة الإسلامية بالقرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة و بإجماع الصحابة ، حيث نجد ذلك في القرآن الكريم بصريح الآيات ، حتى في العلاقة الزوجية للحفاظ على تماسك الاسرة و بقائها لقوله تعالى في الاية 35 من سورة النساء " **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا** [2]" ، و يستدل من هذه الاية على جواز التحكيم في حال وقوع خلاف بين الزوجين اذا لم يعرف المحق من المبطل منهما ، و انها الأساس في جواز التحكيم في سائر الخصومات ، و الآية 114 كذلك من سورة النساء " **لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاةِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا** [3]" و قال تعالى في الاية 10 من سورة الحجرات " **إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ** " [4].

---

[1] جمال مولود ذيبان ، تطور فكرة العدل في القوانين العراقية القديمة ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد 2001 ، الطبعة الأولى ، ص 24.

[2] سورة النساء ، الاية 35.

[3] سورة النساء ، الاية 114.

[4] سورة الحجرات ، الاية 10.

كما ثبتت مشروعية التحكيم بالسنة النبوية الشريفة سواء كانت قولية ام فعلية ام تقريرية ، حيث روي عن ابي بكر الصديق ﷺ ان النبي صلى الله عليه و سلم قال " من حكم بين اثنين تحاكما اليه و ارتضيا به فلم يعدل بينهما بالحق فعليه لعنة الله " ، و في الحديث الذي رواه الامام الترمذي : حدثنا هناد ، حدثنا أبو معاوية عن الأعمش عن عمرو بن مرة عن سالم بن أبي الجعد عن أم الدرداء عن أبي الدرداء قال: قال رسول الله ﷺ " ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة " قالوا بلى " قال صلاح ذات البين فإن فساد ذات البين هي الحالقة " قال أبو عيسى هذا حديث صحيح ويروى عن النبي ﷺ أنه قال " هي الحالقة ، لا أقول تحلق الشعر ولكن تحلق الدين " [1]، و قد اختير النبي مُحَمَّد صل الله عليه و سلم حكما في النزاع المتعلق بوضع الحجر الأسود [2] ، و يستدل من هذه الاحاديث النبوية ان الرسول صلى الله عليه و سلم قد أجاز التحكيم قولا و مارسه فعلا .

بهذا حث القران الكريم و السنة النبوية الشريفة و هما مصدرا التشريع الإسلامي الرئيسيان على التسوية الودية بين المتخاصمين بالتحكيم و الصلح ، اما المصادر المختلفة الأخرى كالتشريع و القياس فقد اعتمدت هذه الاليات استدلالا بالقران الكريم و السنة النبوية الشريفة ، في سبيل إصلاح ذات البين و نبذ الخلافات و تسوية المنازعات بين المؤمنين ، لما للمصلح من اجر عظيم و درجة رفيعة ينالهما ، و حافظ الفقهاء و رجال الدين على التحكيم و الصلح كآليتين لحل الخلافات حيث نصت على ذلك كل كتب الفقه الإسلامي ، و منه تعززت هذه الوسائل و أصبح الناس يلجؤون إليها قدر الإمكان بدل اللجوء إلى المحاكم ، حيث كانت تمارس بشكل بسيط و متعارف عليه ، فيحاول أطراف النزاع حل خلافاتهم بأنفسهم أو عن طريق شخص آخر ذي سمعة طيبة و مقبول من الأطراف حيث يحاول أن يتوسط و يصلح بين المتنازعين قدر الإمكان و يجنبهم اللجوء إلى القضاء .

---

[1] سنن الترمذي ، صفة القيامة و الرقائق و الورع عن رسول الله صلى الله عليه و سلم ، متاح على العنوان الالكتروني : www.islamweb.net، 2020/03/22.

[2] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 111.

في تاريخ سابق للعقدين الماضيين كان هناك اتجاه لاستعمال هذه الاليات كبديل لنظام التقاضي العادي ، و لعب رجال الدين دورا كبيرا في حسم النزاعات ، حتى تلك التي تصل إلى القضاء كثيرا ما كانت تنتهي عن طريق آلية من الآليات البديلة عن التقاضي [1]، اين يتم تفعيل هذه الالية في أي مرحلة من مراحل التقاضي قبل صدور حكم القاضي في النزاع ، سواء بإرادة المتنازعين او بسعي من رجال الدين و المصلحين و الوسطاء ، و هو ما اجازته اليوم مختلف التشريعات الداخلية للدول المتعلقة بالآليات البديلة و إجراءاتها و سيرها .

الفرع الثاني : الاليات البديلة في المجتمع الدولي

قديما كانت الحرب الوسيلة الوحيدة لتسوية النزاعات الدولية ، إلا أن تطور العلاقات السياسية و التجارية الدولية ، و نمو المفاهيم الإنسانية دفعت المجتمع الدولي للبحث جديا عن قواعد سلمية لتسوية المنازعات الناشئة بين الدول ، فاتجهت الدول إلى إبرام معاهدات ثنائية غرضها تسوية المنازعات بالوسائل السلمية ، إلا أن استخدام مصطلح " الآليات البديلة لتسوية المنازعات " في القانون الدولي كان يقصد به تفادي استخدام القوة [2]، كما عرفت الآليات البديلة لتسوية النزاعات مراحل مختلفة في المجتمع الدولي ، حيث كانت مطبقة في العهد القديم في فرنسا بمفهوم التحكيم و المصالحة و التي تعني توسط شخص ثالث بين المتنازعين لغرض الإصلاح بينهما و تسوية النزاع ، و أصبح اللجوء إليها آنذاك بشكل دائم ، و كان يتم فض النزاعات على شكل محاكم مصغرة و لكنها غير رسمية ، كما تواصل استخدامها من جديد بعد الثورة الفرنسية عام 1789 [3]، أما في بريطانيا ، فيتم اللجوء الى الاليات البديلة عندما يعجز القضاء عن تحقيق العدالة ، فيما كان يسمى آنذاك بنظام العدالة ، كما عرفت بأعداد كثيرة من المصطلحات التي تدل على الوساطة في تاريخ الإمبراطورية الرومانية ، فعند إقامة أي دعوى قضائية ، نجد أن هنالك

[1] احمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 27.

[2] خلف رمضان محمد بلال ، دور المنظمات الدولية في تسوية المنازعات ، أطروحة دكتوراه ، جامعة الموصل ، 2002 ، ص 51.

[3] زينب وحيد دحام ، الوسائل البديلة عن القضاء ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، الطبعة الأولى ، القاهرة 2017.

عمليات قضائية غير رسمية و غير مباشرة ، تكون سابقة لها ، تهدف إلى فك الخلاف بطريقة ودية ، من خلال عقد المجالس المصغرة بين اطراف النزاع ، كما عرف الرومان نظام التحكيم بصنفيه ، الاختياري و الاجباري ، فكان الافراد يلجؤون الى التحكيم الاختياري في العقود الرضائية ، و كان يتعين على القاضي إحالة النزاع الى محكم اذا تعلق الامر بمدى الحق و ليس بأصله ووجوده .

كما وجدت الآليات البديلة لتسوية المنازعات على نطاق واسع في العلاقات الاجتماعية و التجارية اليابانية ، حيث يعتبر اليابانيون أن التسوية القضائية أمر غير مرغوب فيه تماما و يجب الابتعاد عنها كلما أمكن ، و إن ملاحقة أي شخص امام المحكمة أمر معيب ، و مفهوم العيب يشكل ركنا أساسيا في نظام الحضارة اليابانية ، و مصدره يعود إلى المبادئ الأخلاقية الموروثة عن الديانة الكونفوشيوسية ، و بالتالي هم يفضلون الطرق غير القضائية في حل الخلافات و لايحبذون التسوية العلنية [1].

الفرع الثالث : الاليات البديلة في الاتفاقيات الدولية

كان التحكيم من اقدم الاليات البديلة لفض المنازعات ، و عرف انتشارا كبيرا في الكثير من المجالات ، و تطور بشكل متواصل خصوصا بعد تنامي العلاقات التجارية الدولية في مختلف النواحي ، نظرا لما يتميز به من خصائص عديدة ، كما اصبح له طابعا تجاريا دوليا ، و مع هذا فانه لم يلبي جميع مطالب اطرف النزاع لأنه يفرض حلوله على الأطراف في نهاية الدعوى ، و ينشا لها طابع إلزامي ، بالإضافة الى بطء إجراءاته احيانا ، و ارتفاع كلفته المالية ، لدى المراكز و الهيئات الدولية المعروفة ، مما اثر على مزاياه التي جعلت الأطراف يلجؤون إليه في بادئ الأمر ، كما ان نقص عدد المحكمين المؤهلين ، دفع المستثمرين و رجال الاعمال الى تجنب اللجوء إلى هيئات التحكيم [2]، و تولدت لديهم القناعة بضرورة اللجوء الى حلول بديلة أخرى لتسوية

[1] Mireille taok , op cit , p 37.

[2] محمد نعيم علوه ، موسوعة التحكيم الدولي ، منشورات زين الحقوقية ، الطبعة الأولى ، بيروت 2012 ، ص 57.

المنازعات ، لأنها تلعب دورا خاصا في تسوية منازعات المال و الاستثمار بطريقة سلسة ، و تضمن استمرار العلاقات الاستثمارية ، و تنفيذ العقد الاستثماري ، دون اللجوء الى القضاء او التحكيم ، لذا يفضل الطرفان البحث عن اتفاق بالتراضي تفاديا للخسارة المادية و اهدار الوقت و المحافظة على علاقات الثقة بينهما ، و هذا ما يبرر البحث عن حلول قابلة للتفاوض [1].

كما لعبت المبادلات التجارية و الاستثمارية الضخمة بين الدول دورا بارزا في توطيد علاقات متزايدة بين المستثمرين بتكاثر العقود و تشابكها بشكل كبير في ظل موجة التحرر و العولمة و الخصخصة و ما نتج عن ذلك من منافسة شديدة في عالم التجارة الدولية التي ولدت منازعات و خلافات و هو ما أدى الى البحث عن اليات أخرى لتسوية المنازعات خصوصا في العقود الأخيرة من القرن الماضي ، و ذلك بعيدا عن مشاكل و تعقيدات القضاء و الابتعاد عن جو المحاكم المكتضة بالدعاوى ، بما يوفر لهم الوقت و الجهد و المال و يحافظ على سرية النزاعات بشكل أفضل و أيسر ، بما أن الفكر السائد لدى التجار و رجال الاعمال ليس فكرا قانونيا ، بل فكرا ماليا اقتصاديا مبني على اقتصار الوقت و الجهد و المال خصوصا ، مما ادى الى ظهور وسائل مثل التفاوض و الوساطة و التوفيق كبدائل عن القضاء و التحكيم ، كما جاءت اتفاقية لاهاي سنة 1907 المتعلقة بتسوية المنازعات بالطرق الودية و السلمية بأسس و قواعد جديدة حول نظام الوساطة ، حيث حثت الدول الأعضاء باللجوء إلى وساطة الدول الصديقة في حال وقوع نزاعات [2]، بالإضافة إلى أن العديد من المواثيق الدولية مثل " ميثاق الأمم المتحدة " و الإقليمية مثل " ميثاق جامعة الدول العربية " و " ميثاق الاتحاد الإفريقي " قد نصت بشكل صريح على فض المنازعات في جميع المجالات بالطرق السلمية ، و حظيت هذه الآليات باهتمام خاص في ميثاق الأمم المتحدة نتيجة ربطها بمبدأ تحريم القوة في العلاقات الدولية و المحافظة على السلم و الروابط و استمرار العلاقات الدولية .

[1] علاء اباريان ، مرجع سابق ، ص 55.

[2] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 115.

كما اعتمدت اتفاقية البنك الدولي " واشنطن " في الولايات المتحدة الامريكية سنة 1965[1] نظام التوفيق كآلية لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة و المستثمرين ، ثم انتشرت في كندا و اوربا و شرق اسيا و استراليا و بقية الدول المتقدمة و المزدهرة اقتصاديا ، و مع الازدياد المستمر في اللجوء الى هذه الاليات لحسم المنازعات في العقود الدولية أصبحت تسمى "بالوسائل البديلة لتسوية المنازعات " ADR سنوات السبعينات ، كما وضعت اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار لسنة 1974 نظامي التوفيق و الوساطة بديلين عن القضاء و التحكيم وجب اللجوء إليهما لحسم النزاعات [2]، و كان مؤتمر"pound" سنة 1976 بمثابة محطة مهمة في دفع هذه الاليات عندما أشار كبار رجال القضاء و المحامون الى مساوئ نظام القضاء و نادوا بضرورة تقنين و تفعيل نظام الآليات البديلة خصوصا التوفيق و الوساطة قدر الإمكان في تسوية المنازعات .

بهذا اصبح التوفيق و الوساطة اليتين بديلتين لحسم النزاعات [3]، إلا أنهما لم يحظيا بالتفعيل اللازم و الانتشار الواسع ، و بقي القضاء هو الوسيلة الأساسية و التحكيم هو الوسيلة البديلة دائما لحسم النزاعات ، و كان هذا هو التقليد السائد لدى غالبية الدول .

عرفت الولايات المتحدة الامريكية سنة 1977 نزاع طال امده ، لكنه ساهم في اعتماد الوساطة كآلية فعالة لتسوية النزاعات ، حيث كانت الحل لإنهاء دعوة عالقة عجز عن فكها القضاء لمدة ثلاث سنوات ، كلفت اتعاب محامين و مرافعات و خبراء و جلسات و مستندات كثيرة ، أرهقت الطرفين بالوقت و المصاريف ، قبل ان تطرح فكرة اللجوء الى الوساطة لحسم هذا النزاع ، فقبل الطرفان بهذه الفكرة و أوقفت إجراءات المحاكمة القضائية و تم اختيار ممثلين عن

---

[1] زينب وحيد دحام ، مرجع سابق ، ص 55.

[2] حفيظة السيد حداد ، مرجع سابق ، ص 12.

[3] نصت اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بتاريخ 1974/04/01 على الوساطة و التوفيق كآليتين بديلتين لتسوية النزاعات قبل اللجوء الى التحكيم ، كما اعتمد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة (اليونسترال) في 1985/06/21 قواعد جديدة للتوفيق كآلية لتسوية المنازعات .

الطرفين من كبار موظفيهما ممن لهما دراية و معرفة بتفاصيل النزاع و جميع جوانبه ، ثم تم اختيار رئيسا محايدا و نزيها للعب دور الوسيط و ترأس جلسة الوساطة التي لم تكن إلزامية في شيئ و هو ما منح الأطراف اريحية اكبر في حضور الجلسة .

استمرت جلسة الوساطة لمدة نصف ساعة ، عرض فيها الطرفان طبيعة النزاع و أسبابه و مطالب كل منهما للتوصل الى تسوية مناسبة و متوازنة ، بعدها أدلى رئيس الجلسة برأي شفهي تضمن اقتراح الحل لهذا النزاع مع تنازل كل طرف على جزء من مطالبه ، و اعطى الفرصة للطرفين للرد على قبول اقتراحه من عدمه ، ثم دخل ممثلا الطرفين الى غرفة جانبية و خرجا ليعلنا اتفاقهما و قبول الحل التوافقي[1] و انتهت الدعوى بسلام ، و كانت الانطلاقة الفعلية لنظام الوساطة كآلية من الاليات البديلة لتسوية النزاعات .

كما لم تعد المنازعات الاستثمارية تتسم بالبساطة و الوضوح في عصر يمتاز بالتقدم التكنولوجي و التداخل الفكري و عالم يشهد ثورة غير مسبوقة في تكنولوجيا الاتصالات و سرعة تدفق المعلومات و ما تنتجه الشبكات الالكترونية من علاقات و عقود [2] ، حديثة و معقدة نوعا ما ما يتطلب الية ملائمة لهذا النوع من المنازعات و تكوين خاص لدى الجهة المكلفة بتسويتها .

تشجيعا على اللجوء الى الاليات البديلة لحل المنازعات ، قررت الجمعية العامة لمجلس وزراء العدل العرب في دورتها 57 بتاريخ 2002/11/19[3] دعوة الدول الى الاهتمام بوضع قانون نموذجي لتوحيد إجراءات تسوية النزاعات عن طريق التوفيق التجاري الدولي ، و الحصول على خدمات الوساطة بالأمر الذي يتناسب مع متطلبات الاستثمار و التجارة الدولية [4].

---

[1] Mireille taok , op cit , p 31.

[2] Mustafa trari tani , droit de l'arbitrage commercial international , Berti éditions , 1 ère édition , Alger 2007 , p 19.

[3] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 29.

[4] ساهمت الاتفاقيات و المعاهدات بشان الاليات البديلة التحكيم التجاري الدولي و الوساطة و التوفيق التي عقدت بين الدول في دعم و تشجيع انتشار هذه الاليات بشكل كبير و تطورها و ظهور صور و أنواع جديدة منها و التي تفرعت بدورها من الاليات المعروفة ، و التي أصبحت مناسبة تماما لتسوية المنازعات الاستثمارية الكبرى ، و هذا ما أدى الى اعتمادها في التشريعات الداخلية للدول كطرق لتسوية المنازعات الداخلية و الدولية قبل التقاضي .

المبحث الثاني

تصنيف الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

اختلفت التصنيفات الفقهية للآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي ، و ذلك باختلاف المعايير المستند اليها ، فهناك من اعتمد طريقة إدارة النزاعات كمعيار لتصنيف الاليات البديلة ، كما اعتمد اخرون على الطابع الالزامي للنتائج المتوصل اليها كمعيار أساسي لتصنيف هذه الاليات ، و هناك من يقسمها على أساس مدى الزامية اللجوء اليها [1]في بعض أنواع المنازعات .

ميز الفقيهان "jean combacau" و "sergesur" بين الاليات البديلة الدبلوماسية و شبه القضائية [2]، فيصنفان الوساطة و التوفيق و المفاوضات و المساعي الحميدة كآليات دبلوماسية اما التحكيم فهو الية ذات طابع شبه قضائي ، فيما يرى البعض الاخر ان تصنيف الاليات البديلة الى اليات تحاكمية و أخرى غير تحاكمية هو الاصح [3]، على اعتبار ان الالية البديلة تكون تحاكمية متى افرزت قرارات الزامية و نهائية للطرفين ، و تكون غير تحاكمية اذا أسندت الى جهاز حر و لم تكن قراراته ملزمة لأطراف النزاع [4]، اما الأستاذ "jarosson"

---

[1] على سبيل المثال نصت المادة 297 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار على الزامية اللجوء للتوفيق فيما يتعلق ببعض مسائل الصيد ، غير انه غير الزامي من حيث نتائجه .

[2] مصطفى المتولي قنديل ، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية – مصر ، 2005 ، ص 91.

[3] قشي الخير ، مرجع سابق ، ص 13.

[4] اعتمد بعض الفقهاء تقسيم الاليات البديلة الى تحاكمية و غير تحاكمية ، فتم تصنيف التحكيم و الوساطة القضائية و التوفيق المؤسسي متى افرز احكاما نهائية كاليات تحاكمية ، فيما صنفت الاليات الأخرى ذات الطابع التفاوضي و الخاص مثل المفاوضات و المحاكم المصغرة و استئجار قاض و المساعي الحميدة و ...على انها اليات غير تحاكمية ، للتفصيل اكثر انظر :

قشي الخير ، مرجع سابق ، ص 42.

ابارياان علاء ، مرجع سابق ، ص 71.

زينب وحيد دحام ، مرجع سابق ، ص 17.

فيصنف الاليات البديلة على أساس مدى تدخل الغير حيث يرتب المفاوضات المباشرة باعتبار انها الية لا تتطلب تدخل طرف اخر ، ثم الاليات الأخرى كالتحكيم و الوساطة و التوفيق التي تحتاج الى طرف ثالث لتفعيلها [1].

اما التصنيف الأكثر دقة و موضوعية هو الاعتماد على طبيعة الالية المتبعة و كيفية إدارة إجراءاتها في تسوية المنازعات ، بحيث يتم اعتبار التحكيم كآلية ذات طابع شبه قضائي نظرا لاقترابه من أسلوب القضاء خاصة مع تطوره و الزامية احكام المحكمين لأطراف النزاع [2]، فيما تصنف الاليات الأخرى على غرار الوساطة و التوفيق و المفاوضات كآليات ذات طابع تفاوضي ، نظرا لمكانة الأطراف و حريتهم في التفاوض و الحوار ، كما تعتبر الاليات المشابهة مثل " استئجار قاض " او " الاحتكام الى تقرير الخبير " اليات ذات طابع خاص نظرا لإجراءاتها الخاصة بالإضافة الى عدم شيوعها و قلة اللجوء اليها [3].

اذا كانت اغلب الاليات البديلة تهدف الى تسوية النزاع بالطرق الودية و خارج دواليب القضاء ، و ذلك بالاعتماد على طرف ثالث يعمل على تقريب وجهات النظر بين الأطراف ، فان هذه الاليات تختلف عن بعضها البعض سواء من خلال طريقة تسوية النزاعات ، و مدى حرية الأطراف في ذلك ، بالإضافة الى اختلاف درجة تدخل الطرف الثالث اذا كان محكما او وسيطا او موفقا ، و مدى الزامية قرارته بالنسبة للأطراف و هذا ما يمنحها طابعا معينا يجعلها تختلف عن بعضها البعض .

يعتبر دور الطرف الثالث في الاليات البديلة لتسوية النزاعات معيارا مهما في تصنيفها و ترتيبها ، حيث يختلف من درجة الى أخرى ، اذ يقتصر دوره في المفاوضات مثلا على اعداد أرضية النقاش و تحديد موضوع الخلاف بالضبط و هذا ما نجده في النزاعات البسيطة فقط ، و ينتقل

[1] Albert colliard , institution des relations internationales , 7 eme ed , paris 1987 , p 328.

[2] احمد كوجان ، مرجع سابق ، ص 17.

[3] Dominick kolhagen , Adr and mediation ,universities ed, adis ababa , 2007 , p 62.

دوره في الوساطة الى إدارة الحوار و تنظيمه و من ثم الاشراف على صناعة الحل و صياغته [1]، اما في التوفيق فله صلاحية اقتراح الحلول الممكنة للنزاع بعد دراسة جميع جوانبه فيما يبقى هذا الرأي اختياريا للأطراف و ليس اجباريا ، فيما يكون دور المحكم اقوى من جميع أدوار الأطراف المكلفة بتسوية النزاعات في الاليات السابقة ، اذ يتمتع هذا الطرف في التحكيم بصلاحيات و سلطات أوسع أهمها حسم النزاع و إعطاء حل يلزم الجميع و لهذا صنف كآلية ذات طابع شبه قضائي إلا انه لا ينبني بالضرورة على قواعد قانونية .

عليه سنتطرق للتحكيم كآلية بديلة ذات طابع شبه قضائي في مطلب اول ، ثم الاليات البديلة ذات الطابع التفاوضي من خلال مطلب ثان ، قبل ان نستعرض الاليات البديلة ذات الطابع الخاص في مطلب ثالث .

المطلب الأول : التحكيم كآلية بديلة ذات طابع شبه قضائي

عرفت المجتمعات القديمة نظام التحكيم كوسيلة للفصل في المنازعات وفق القواعد العرفية و التقاليد السائدة في العصور القديمة ، حتى قبل نشأة الدولة العصرية و قضائها ، حيث عرف تطبيقات كثيرة عند قدماء المصريين و الاغريق و الرومان ، و كان معمولا به في العلاقات الداخلية و الخارجية [2]، و سرعان ما تطور بتطور مفهوم الدولة و تقنينه و اعتماده كآلية بديلة لتسوية المنازعات بأشكاله و تقسيماته المختلفة التي تضمنتها المعاهدات و الاتفاقيات المتعلقة به و التشريعات الداخلية ، بالإضافة الى ما اثبته طريق التحكيم في تسوية المنازعات استثمارية ، مما أدى الى اعتباره اكثر الاليات انتشارا و ملائمة لهذا النوع من المنازعات لما له من واقعية و اقناع في المنازعات ذات الطابع الاستثماري الدولي [3] .

---

[1] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 178.

[2] خالد كمال عكاشة ، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار ، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية و الأجنبية و الاتفاقيات الدولية و خصوصية مركز واشنطن ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان الأردن ، ط 1 ، 2014 ، ص 33.

[3] Mustpha trari tani , op cit , p 16.

ان تطور نظام التحكيم جعل النظرة اليه تتغير ، حيث اصبح يمثل الالية الاصيلة في تسوية بعض المنازعات ، و يتم اللجوء الى اليات أخرى كالوساطة و التوفيق قبل اللجوء اليه [1]، و هذا نظرا لعدة اعتبارات مثل تقييد حرية اطراف النزاع في التحكيم مقارنة بالآليات الأخرى ، ففي التحكيم المؤسسي الذي يسند الى هيئات و مؤسسات تحكيم دولية ، لا يمكن للأطراف اختيار المحكم مثلا و إجراءات عملية التحكيم ، و تبقى حريتهما محدودة ، بالإضافة الى التزامهم بقبول تنفيذ احكامه ، التي يضمنها القاضي ، و هو ما جعل هذا النظام يقترب من القضاء و اصبح ذو طابع شبه قضائي .

الفرع الأول : تعريف التحكيم

أولا : التعريف اللغوي

قال تعالى في القران الكريم " **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا** " [2]كما قال تعالى " **فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا** [3]" .

يعني التحكيم في اللغة " التفويض " ، و مصدره – حكّم – (بتشديد الكاف مع الفتح) و يقال حكمت فلانا في مالي تحكيما [4]، اذ فوضت اليه الحكم فيه فاحتكم علي في ذلك ، و استحكم فلان في مال فلان اذ جاز فيه حكمه ، و حكموه فيما بينهم أي امروه و فوضوه ان يحكم في الامر و جعلوه حكما فيما بينهم ، و حكمه أي فوض الحكم اليه [5].

---

[1] فؤاد مُحَمَّد أبو طالب ، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية – مصر ، 2010 ، ص 52.

[2] سورة النساء ، الاية 35.

[3] سورة النساء ، الاية 65.

[4] الازهري – ابي منصور مُحَمَّد ابن احمد ، تهذيب اللغة ، دار المصرية للتأليف و الترجمة ، القاهرة ، بدون سنة نشر ، ج 4 .

[5] غسان علي علي ، الاستثمارات الأجنبية و دور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام ،كلية الحقوق ، جامعة عين شمس 2004 ، ص 42.

حكمت بين القوم أي فصلت بينهم ، فانا حاكم و حكم (بفتحتين) و حكمت عليه بكذا أي منعته من خلافه فلم يقدر على الخروج من ذلك ، و حكموه بينهم بينهم أي امروه ان يحكم بينهم و يقال : حكمنا فلانا بيننا أي اجزنا حكمه بيننا [1].

المحكّم (بتشديد الكاف مع الفتح) هو الذي يفوّض اليه الحكم في الشيء ، و قيل هو الرجل المجرب .

استخلاصا يفيد التحكيم " لغة " تفويض الامر للغير للفصل فيه ، و يفيد اطلاق اليد في الشيء او تفويض الامر للغير و يسمى " محكّما " او محتكما اليه .

ثانيا : التعريف الفقهي

تعددت اراء الفقهاء حول تعريف التحكيم ، لكن يعني التحكيم في اصطلاح الفقهاء تولية الخصمين حكما يحكم بينهما ، أي اختيار ذوي الشأن شخصا او اكثر للحكم فيما تنازعا فيه ، كما يعتبر تولية من طرف الخصمين لطرف ثالث ليفصل فيما اختلفا فيه [2].

يعرف التحكيم بأنه اتفاق على طرح النزاع على شخص معين ، أو أشخاص معينين ، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به ، و التحكيم هو النظر في نزاع بمعرفة شخص أو هيئة يلجأ إليه أو إليها المتنازعون مع إلتزامهم بتنفيذ القرار الذي يصدر في النزاع [3]، و التحكيم هو نظام لتسوية المنازعات عن طريق افراد عاديين يختارهم الخصوم إما مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها.

كما يعرف التحكيم أيضا بأنه نظام لحل المنازعات المالية بين الأطراف ، أو هو الطريق الخصوصي للفصل في نزاع بواسطة الغير ، و هو اختيار الخصمين حاكما فيما وقع بينهما من

[1] فؤاد مُحَمَّد مُحَمَّد أبو طالب ، مرجع سابق، ص 14.

[2] احمد عبدالكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 37.

[3] احمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري و الاجباري ، دار الفكر العربي ، الطبعة 5 ، القاهرة – مصر ، 1988 ، ص 17.

خلاف عن علاقة قانونية معينة [1]، عقدية أو غير عقدية على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل ، أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين ، و يتولى الأطراف تحديد أشخاص المحكمين ، أو على الأقل يضمنون اتفاقهم على التحكيم [2]، بيانا لكيفية اختيار المحكمين ، أو أن يعهدوا لهيئة أو مركز من الهيئات أو مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقا للقواعد أو اللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز.

يعرف الأستاذ "Robert " التحكيم بأنه نظام للقضاء الخاص تقضي فيه خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادي و عهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها.

كما يعرف " اوبنهايم " في مؤلفه – القانون الدولي – التحكيم الدولي بأنه إنهاء خلاف بين الدول من خلال قرار قانوني يصدره محكم أو أكثر أو محكمة – غير محكمة العدل الدولية – يختارها الأطراف[3]

فيما يعرف آخر التحكيم بأنه اجراء اختياري لتسوية المنازعات بحكم ملزم بتأسيس على القبول المسبق ، من جانب الأطراف في النزاع ، او هو نظام خاص للتقاضي ، ينشأ من الاتفاق بين الأطراف ، على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير ، بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي [4].

من خلال التعريفات السابقة و التي قدمها معظم الفقهاء للتحكيم فإنها لا تخرج في معناها عن المعنى التالي :

التحكيم هو الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين ، أو أشخاص معينين ، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به ، فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن اللجوء إلى القضاء مع إلتزامهم

[1] فؤاد محمد أبو طالب ، مرجع سابق ، ص 15.

[2] mustafa trari tani , op cit , p 63.

[3] Mireille taok , op cit , p 112.

[4] خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 43.

بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم ، وقد يكون هذا الاتفاق تبعا لعقد معين يذكر في صلبه و يسمى شرط التحكيم [1].

قد يكون التحكيم بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم ، و يسمى في هذه الحالة مشارطة التحكيم أو اتفاق التحكيم شريطة أن يقر المشرع هذا الاتفاق ، شرطا كان أم مشارطة .

اجمع الفقهاء أن الفكرة التي يقوم عليها التحكيم هي عدم اخضاع المنازعات لمحاكم الدولة ، و ذلك بناءا على اتفاق الخصوم ، و هذا الاتفاق قد يكون مدرج في بند العقد المبرم بين الأطراف و هو ما يسمى بشرط التحكيم ، و هو الأكثر شيوعا من الناحية العملية ، لأنه يبرم في وقت يسوده الوئام والود بين أطراف الخصومة اما اذا كان الاتفاق منفصلا عن العقد فهو ما يسمى بمشارطة التحكيم التي يتم ابرامها بعد حدوث النزاع و ما يخلفه من انشقاق بين اطرافه مما يؤدي إلى صعوبة ابرام الاتفاق .

ان الأساس القانوني في التحكيم هو اختيار اطراف الخصومة لقضائهم ، و بالتالي الخروج عن دائرة القضاء الوطني للدولة [2] ، و العمل على تسوية المنازعات التي نشبت أو قد تنشب بواسطة محكم دولي ، بما في ذلك القانون الواجب التطبيق على العقد محل النزاع [3]، فالتحكيم يقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة ، أي يجب أن يكون لإرادة الخصوم شأنا فيه ، أما إذا لم يؤخذ بهذه الإرادة و تم محوها ، فلا تكون بصدد تحكيم ، و إنما يعتبر قضاء دولة ، ليس ذلك فحسب ، بل لابد من إقرار المشرع لتلك الارادة و المتمثلة في اتفاق الخصوم ، أي جواز المشرع للخصوم باللجوء للتحكيم ، فإرادة الخصوم[4] ، و إقرار المشرع لهذه الإرادة ، يمثلان الأساس القانوني و الجوهري للعملية التحكيمية ، و ذلك لما يقوم به المشرع من تنظيم للاجراءات و

[1] فؤاد محمد محمد أبو طالب ، مرجع سابق ، ص 16.

[2] منى محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص 29.

[3] ليندا جابر ، مرجع سابق ، ص 52.

[4] غسان علي علي ، مرجع سابق ، ص 87.

القواعد ، و كذلك المقومات التي تساعد على حسن سير عملية التحكيم ، و عليه فأحكام التحكيم تخضع لإرادة الخصوم من جانب[1] ، و إرادة القانون من الجانب الآخر ، فاجراءات التحكيم تحل محل الإجراءات القضائية بنص القانون.

كذلك فإن الخضوع اختيارا للتحكيم ، يعتبر سببا في وجوده ، بل و يمثل جوهر التحكيم ، و إن اتجاه إرادة الأطراف إلى ممارستهم حقوقهم المكفولة بمقتضى سلطان الارادة لتتجه نحو الاتفاق على الاحتكام للتحكيم ، حيث يعتبر ذلك نوعا من القضاء الخاص بعيدا عن ولاية محاكم الدولة ، و إذا كان في الأصل أن التحكيم اختيارا ، إلا أن المشرع قد ينص في معظم أو في بعض الحالات اللجوء للقضاء ، و يفرض على الخصوم اللجوء للتحكيم[2] ، لحل نزاعهم فهو التحكيم الذي يجبر فيه الأشخاص – قانونا- على اللجوء للتحكيم ، و بالتالي يستبعد لجوء الأشخاص إلى القضاء عند إثارة النزاع ، إلا اذا أصبح هذا التحكيم اختياريا بموجب نص القانون[3].

ثالثا : التعريف القضائي

عرفت المحكمة الدستورية العليا في مصر التحكيم بأنه " عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الاغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها ، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائيا عن شبهة الممالأة ، مجردا من التحايل و قاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه ، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية [4].

---

[1]Stefan jupé , marc , étude approfondi ,article publie sur le site www.univ-Grenoble-alpes.fr , 2010.

[2] اميرة جعفر شريف ، تسوية المنازعات الاستثمارية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية – مصر ، 2015 ، ص 47.

[3] زينب وحيد دحام ، مرجع سابق ، ص 39.

[4]حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلسة 17 ديسمبر 1994 بخصوص الدعوى رقم 13 و المنشور بمجلة المحكمة لسنة 1996.

عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر التحكيم بأنه " اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة [1]"

كما عرفته محكمة النقض في مصر بأنه " اتفاق على عرض نزاع معين على محكمين و التزود على حكمهم " ، و بأنه " طريق استثنائي لفصل الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية "

فيما عرفته محكمة التمييز الأردنية على انه " طريق استثنائي يلجا اليه الخصوم لفض ما ينشا بينهم من نزاعات بموجب اتفاق بينهم قصد الخروج عن طريق التقاضي العادية [2]"

اما المحكمة الدائمة للتحكيم "PCA" فعرفته على انه [3]" طريق خاص لحل النزاعات بين الخصوم ، يلجؤون اليه بإرادتهم "

بالنظر الى التعريف القضائي للتحكيم ، فانه يعتبر وسيلة استثنائية لتسوية النزاعات بدلا عن القضاء العادي ، و ان اللجوء اليه يكون بإرادة الأطراف .

رابعا : التعريف القانوني

عرفت مجلة الأحكام العدلية التحكيم ب " هو عبارة عن اتخاذ الخصمين حكما آخر برضاهما ، لفصل خصومتها و دعواهما [4]"

عرفه "القانون اليمني للتحكيم " رقم 22 لسنة 1992 في المادة 2 ب " التحكيم هو اختيار طرفين شخصا آخر أو أكثر للحكم بينهما ، دون المحكمة المختصة ، في ما يقوم بينهما

---

[1] خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 43.

[2] حكم محكمة التمييز الأردنية رقم 013-2006 في 2006/06/12 .

[3] Franck neciphore , arbitrage commercial international et développement , thèse de doctorat en droit , université de Montesquieu-bordeaux 2 , 2013 , p 23.

[4] خالد مُحَمَّد القاضي ، موسوعة التحكيم التجاري الدولي ، دار الشروق ، الطبعة الأولى ، القاهرة – مصر ، 2002 ، ص 86.

من خلافات أو نزاعات " ، فيما عرفه المشرع الفرنسي على انه " اجراء خاص لتسوية بعض الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد اليها الأطراف بمهمة القضاء فيها بمقتضى اتفاق تحكيم [1]"

عرفت " اتفاقية لاهاي " رقم 1 لسنة 1907 الخاصة ب " الحل السلمي للنزاعات الدولية " التحكيم الدولي في المادة 27 كما يلي : " التحكيم هو طريق يهدف إلى حل النزاعات بين الدول بواسطة قضاة يختارونهم على أساس احترام القانون " [2]، يتضح من هذا النص أن هذه الاتفاقية اعتمدت التحكيم الدولي كوسيلة لحل الخلافات الدولية ، فالتحكيم و القضاء كلاهما طريقة قانونية لحل الخلافات ، و الفرق الوحيد بين التحكيم و بين القضاء في القانون الدولي العام ، يعود إلى ان التحكيم طريق شبه قضائي يعتمد في وجوده و في تشكيل الهيئة التي تفصل في الخصومة على إرادة أطراف تلك الخصومة ، فأطراف النزاع هم من يختارون القضاة الذين يتولون الفصل في الخصومة ، في حين لا مجال لذلك في القضاء الدولي ، لان المحكمة و تشكيلها ، و الإجراءات التي تطبقها ، يحددها القانون [3].

لم يعرف المشرع الجزائري التحكيم بشكل صريح ، لكن ما أورده يحمل هذا المعنى حيث نص في المادة 1007 من ق ا م ا على ان : " شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه ، لعرض النزاعات التي قد تثار بشان هذا العقد على التحكيم [4]" و نص كذلك في المادة 1011 من نفس القانون على : " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم [5]" ، بالاضافة الى ما تطرق له المشرع المصري حول اتفاق التحكيم ، و عرفه بما يلي : " اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم ، لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت ، أو يمكن أن تنشأ

---

[1] القانون الفرنسي رقم 42 لسنة 1993 المتعلق بالتحكيم ، المادة رقم 01 ، ج ر رقم 93/422 .

[2] فؤاد مُحَمَّد مُحَمَّد أبو طالب ، مرجع سابق ، ص 17.

[3] بشار مُحَمَّد الاسعد ، مرجع سابق ، ص 125.

[4] نص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 ، ج ر رقم 08/46.

[5] نص المادة 1011 من نفس القانون .

بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية [1]" و نصت المادة ذاتها على أنه يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع ، سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين ،كما يجوز أن يتم الاتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع ، و لو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية.

يتضح من النصين السابقين أن القانونين الجزائري و المصري قد عرفا التحكيم في صورتيه "شرط التحكيم" و " مشارطة التحكيم " ، لما لشرط التحكيم من الناحية الواقعية حيث يدرج كثيرا في العقد ، فقد اصبح هذا الشرط الركيزة و الدعامة الأساسية في ميدان التجارة الدولية و معظم القضايا المعروضة على التحكيم خاصة في المجال الدولي تنشأ مستندة إلى شرط التحكيم الذي يكون سابقا على قيام النزاع.

كما أشار القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 على ان اتفاق التحكيم هو " اتفاق الطرفين على ان يحيلا الى التحكيم جميع او بعض المنازعات المحددة التي نشأت او قد تنشا بينهما بشان علاقة قانونية تعاقدية كانت او غير تعاقدية ، و يجوز ان يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد او في صورة اتفاق منفصل[2] ".

اما اتفاقية نيويورك لسنة 1958 فقد نصت [3]" يكون اتفاق التحكيم مقصودا به شرط التحكيم في عقد او اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف او الاتفاق الذي تتضمنه الخطابات المتبادلة او البرقيات "

يتضح ان هناك عدة تعاريف مختلفة للتحكيم في حد ذاته او شرطه (اتفاق التحكيم) نصت عليه قوانين الدول الداخلية و المواثيق الدولية من معاهدات و قرارات صادرة عن المنظمات الدولية ،كما أوردته أنظمة و لوائح هيئات التحكيم الدائمة ، يستخلص منها ان التحكيم هو الية

[1] نص المادة 10 من القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية و التجارية .

[2] مُحَمَّد نعيم علوه ، مرجع سابق ، ص 41.

[3] بشار مُحَمَّد الاسعد ، مرجع سابق ، ص 127.

تفترض وقوع نزاع معين أو خصومة معينة مستقبلا ، او نزاع قائما فعلا ، حيث يلجا اليه الأطراف و يرغبون من خلاله في تسوية أو حل تلك الخصومة بعيدا عن ساحات القضاء ، و يرتبط بتوفر أربعة عناصر :

- وجود نزاعا قائما بين اطراف (مشارطة التحكيم) أو احتمال نشأته مستقبلا (شرط التحكيم)
- اتجاه إرادة الأطراف على تسوية النزاع عن طريق التحكيم دون القضاء.
- يتولى سلطة تسوية النزاع محكم (فرد أو أفراد) أو مركز تحكيم بقرار ملزم للأطراف .
- اعتماد التشريع الداخلي على طريق التحكيم كآلية لتسوية المنازعات .

الفرع الثاني : نشأة و تطور التحكيم

تعود جذور التحكيم إلى العصور القديمة ، حيث يعتبر الية تاريخية و عريقة في تسوية المنازعات لدى المجتمعات القديمة اين كان يتم بمعرفة زعيم القبيلة أو أمير المقاطعة ، ثم انتشر التحكيم في كثير من الدول بأشكال مختلفة ، و لم يعد مقتصرا على الفصل في منازعات أطراف العقود الداخلية ، بل تعداه إلى تسوية منازعات أطراف العقود الدولية سواء كانت هذه المنازعات بين الدول بعضها البعض أم بين الدول من جانب و الأفراد من جانب آخر [1]، أم بين الأفراد مع بعضهم البعض ، و اجمع الفقهاء أن التحكيم قد تأسس تاريخيا بشكل جيد ، و استجاب عبر القرون للتغيرات في التجارة و الأعراف و التكنولوجيا و العرف السائد في الحقل القانوني لهذا اصبح الية فعالة لتسوية النزاعات .

أولا : نشأة التحكيم في عصر الإغريق

لقد عرف اليونانيون القدماء (الإغريق) التحكيم بقسميه الداخلي و الخارجي ، حيث كان يعتبر الية لتسوية الخلافات بين الافراد ، او بين الدول في حد ذاتها ، و ذلك بطريقة واسعة ،

[1] فؤاد مُحَّد مُحَّد أبو طالب ، مرجع سابق ، ص 43.

ففي مجال العلاقات الداخلية سواء كانت المدنية منها أو التجارية ، كانت كل النزاعات تطرح على المحكمين اولا [1]، و ذلك نتيجة لمكانة التحكيم في تسوية الخلافات و الاعتقاد الراسخ بأنه الوسيلة الأنسب لذلك ، بالإضافة الى ازدياد العبء على المحاكم الشعبية التي كانت موجودة في ذلك الوقت .

كانت مهمة المحكم الإصلاح بين الخصمين ، فإن أخفق في ذلك أصدر حكمه أو قراره مشفوعا بقسم ، [2]مع ضمان حق استئناف الحكم الصادر عن المحكم من قبل الخصم الخاسر أمام المحاكم الشعبية اذا كانت قد أحالت ذات النزاع من قبل لهيئة المحكمين لأجل الصلح بين الخصوم ، أما في مجال العلاقات الخارجية ، فقد كان هناك مجلس دائم للتحكيم و مهمته تولي الفصل في المنازعات التي تحدث بين المدن اليونانية ، سواء كانت هذه النزاعات تتعلق بالمسائل التجارية أو المدنية ، أو تلك التي تتعلق بالحدود ، و قد عرف اليونانيون في ذلك العهد أيضا معاهدات التحكيم الدائمة ، إضافة إلى حالات التحكيم المنفردة [3].

كما عرف التحكيم عند قدماء المصريين ، كطريق لتسوية النزاعات بين الافراد و الجماعات ، فلقد كان الملك هو القاضي الاول ، بينما لا يباشر القضاء بنفسه إلا في حالات نادرة ، حيث كان الكهنة في ذلك الوقت هم الذين يتولون مهمة الفصل بين الخصوم رسميا عن طريق القضاء نيابة عن الملك ، الذي يعتبر أصلا القاضي الأول [4]، و كانت هذه المهمة محصورة في ذلك الوقت على المدن الكبرى حيث توجد المعابد ، فيما كان الأمراء في الأقاليم هم الذين يتولون سلطة القضاء بين الخصوم ، نيابة عن القاضي الأول " الملك "، ثم انفرد أمراء الأقاليم في عهد الأسرة السادسة بالسلطة عن الملك ، و أصبح أمير الإقليم هو القاضي ، يتولى الفصل في الخصومة بحكم

---

[1] فخري أبو سيف مبروك ، القضاء الشعبي لدى الحضارات القديمة ، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، العدد السادس عشر ، 1991.

[2] إبراهيم مُحَمَّد العناني ، اللجوء الى التحكيم الدولي ، دار الفكر العربي ، الطبعة الأولى ، القاهرة 1992 ، ص 13.

[3] مُحَمَّد نعيم علوة ، مرجع سابق ، ص 17.

[4] خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 15.

نهائي لا يقبل الطعن فيه [1]، و مع ذلك فقد كان للأفراد حق اللجوء للتحكيم للفصل فيما ينشأ بينهم من نزاعات ، حيث يحددون المحكم و الإجراءات الواجب اتباعها بموجب اتفاق التحكيم ، حيث تتولى هيئة التحكيم دراسة أسباب و دوافع النزاع من جميع جوانبه ، قبل ان تصدر حكما نهائيا قابلا للتنفيذ ، يلتزم به الاطراف ، دون الحاجة لعرضه مرة أخرى على القضاء ، كما ساهم انتشار نظام التحكيم قديما كوسيلة لفض النزاعات في وصفه بالقضاء الخاص[2] .

ساد المجتمع المصري القديم مبدأ عام في ذلك الوقت ، هو مبدأ الدفاع المشترك و التضامن بما يعني أن حقوق كل مواطن كانت في حماية المجتمع ككل على أساس تضامن الجميع في الدفاع عن المجتمع و عن حياة و حقوق كل فرد يعيش فيه [3].

ثانيا: نشأة التحكيم في العصور الوسطى

عرف التحكيم في القرون الوسطى تطورا مستمرا خصوصا في ظل المبادئ التي نادى بها فقهاء الكنيسة ، اين كان الاعتقاد السائد بمبدأ قدسية العقد باعتبار ان الإرادة مصدر القوة الملزمة في العقد ، و مبدأ حسن النية قاعدة في تنفيذه و تفسيره [4]، فكان للمتعاقدين الحرية في الاتفاق على التحكيم كآلية لتسوية المنازعات الناشئة عن التعاقد ، مع احترام و الالتزام بقرار المحكم ، و باركت الكنيسة هذا الاتجاه ذلك لان التحكيم يكرس التسامح و الصلح و التضحية المتبادلة و الاقتصاد في الجهود و الاتعاب التي يخلفها التقاضي[5].

كما تطورت فكرة اللجوء للتحكيم في اوربا الغربية انذك ، و ذلك بفعل عدة عوامل اجتماعية مثل الدعوة إلى التحكيم و ضرورة اتباعه كوسيلة لتسوية المنازعات بين المسيحيين من

[1] فؤاد محمد محمد أبو طالب ، مرجع سابق ، ص 44.
[2] غسان علي علي ، مرجع سابق ، ص 63.
[3] فخري أبو سيف مبروك ، مرجع سابق ، ص 111.
[4] فؤاد محمد محمد أبو طالب ، مرجع سابق ، ص 29.
[5] منى محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص 11.

طرف الكنيسة الكاثوليكية و البابا ، بالإضافة الى أن الجماعات المحلية الأوروبية قد مارست التحكيم ، و تعتبره الية فعالة لفض النزاعات بطرق ملائمة و متوازنة[1] ، كما ان الخلافات التي كانت تنشا بين كبار التجار و الملوك في اطار المجتمع الإقطاعي ، أو نزاع بالملكية الإقليمية ، كانت تسوى عن طريق التحكيم .

أيضا و في العصور الوسطى أصدر الملك فرانسوا الثاني مرسوما عام 1560 ينص على اتخاذ التحكيم إجباريا في المسائل التجارية و قسمة التركات [2]، و هو ما ساهم بسنه في التشريع الداخلي و اعتباره اجراءا وجب تفعيله و اللجوء اليه ، كما نادت الثورة الفرنسية بالحرية في مختلف المجالات و من بينها مجال التعاقد ، و أقرت نظام التحكيم ، و صدرت التقنينات الفرنسية الموضوعية مثل القانون التجاري الذي جعل التحكيم إجباريا [3].

منذ بداية القرن التاسع عشر الذي عرف تطور الثورة الصناعية ، التي كان لها الدور البارز في ظهور شركات الأموال الكبرى ، و تدفق رأس المال بصورة كبيرة ، مما أدى كذلك إلى تطور قانون التجارة الدولية و استعادة طابعه الدولي [4]، و أصبحت العقود النموذجية لسندات الشحن و تأجير السفن و بوالص التأمين و عقود بيع البضائع و تسليمها و استغلال براءة الاختراع ، و مقاولات الانشاء و المصانع ، و عقود تراخيص الإنتاج و مقاولات الأشغال الكبرى كإقامة الموانئ و المطارات و الطرق و غيرها ، لا تخلو من شرط التحكيم في معظم الأحوال [5]، حيث كانت تجبر اطراف العقود التجارية و الاستثمارية الدولية ، و نتيجة لهذه الظروف فقد تهيئ الجو الملائم للعودة إلى التحكيم كوسيلة اولى لتسوية المنازعات بين التجار على المستوى الدولي في القرن العشرين [6].

---

[1] Mustafa trari tani , op cit , p 31.
[2] Franck Nicéphore , op cit , p 25.
[3] Stifan jupe , op cit , p 31.
[4] فؤاد محمد محمد أبو طالب ، مرجع سابق ، ص 44.
[5] Charles jarosson , op cit , p 11.
[6] غسان علي علي ، مرجع سابق ، ص 39.

كما ساهم انتشار التجارة الدولية اثناء القرون الوسطى في غرب أوروبا و حوض البحر الأبيض المتوسط ، مثل العمليات التجارية التي كانت تقوم عليها جمهوريات شمال إيطاليا منذ القرن الحادي عشر ، و الحركة التجارية التي تركزت في الأسواق و المعارض و المرافئ في بعض المدن الكبرى في غرب أوروبا فيما بين القرن الثاني عشر و القرن الرابع عشر ، في ظهور أعراف و عادات أنشأها التجار و اكتسبت الصفة الدولية في طابعا التجاري [1]، فأصبحت عامة في تسوية النزاعات في المجال التجاري ، ذلك ما أطلق عليه قانون التجارة ذو الطابع الدولي الذي ساد أوروبا أيضا و في المشرق ، حتى أواخر القرون الوسطى.

ترتب على ازدياد أهمية التحكيم كتراث مستمد أساسا من أعراف و تقاليد التجارة و المتراكم لسنوات طويلة نشاط تجاري ملحوظ و ساهم ذلك في تشجيع التجار الذين وجدوا فيه الأسلوب الأمثل لحل مشاكلهم و منازعاتهم ، سواء فيما بين التجار او غيرهم ، و من ثم فإن انتشار و شيوع أعراف و عادات المعارض و الأسواق التجارية قد شمل الشرق و الغرب على السواء و ننتهي بالقول أن التحكيم كان موجودا و معروفا في العصور الوسطى كوسيلة يلجأ إليها التجار للفصل فيما ينشب بينهم من نزاع [2].

ثالثا: التحكيم الدولي في القرن الثامن عشر

مع الدور البارز الذي احتله التحكيم في العصور السابقة ، و اعتماده لدى المماليك و الدول كآلية لتسوية النزاعات الداخلية ، تطور في شقه الخارجي ، و اصبح وسيلة فعالة لتسوية النزاعات الدولية ، خصوصا بعد الثورة الفرنسية التي قضت على الحكم الاستبدادي المطلق في فرنسا و فكرة الحق الإلهي المقدس ، الذي كان يسود أوروبا منذ العصور الوسطى [3]، كما أدت الثورة الفرنسية الى تغير المفاهيم الدينية و السياسية السائدة و تطبيق فكرة الحق و القـانون ، الذي

[1] احمد كوجان ، مرجع سابق ، ص 19.

[2] احمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 41.

[3] حفيظة السيد الحداد ، مرجع سابق ، ص 39.

ساعد بطريقة او بأخرى على تطور فكرة نظام التحكيم الدولي .

كما ساهم استقلال الولايات المتحدة الأمريكية عام 1776 في تطور و انتشار التحكيم ، حيث اتفقت الولايات الثلاث عشر انذك – و التي كونت اتحادا فدراليا – على اعتماد نظام التحكيم كآلية لتسوية ما ينشا فيما بينها من منازعات [1]، بعرض النزاع على هيئة التحكيم التي يتم تعيين أعضاؤها عن طريق الولايات المعنية أو بواسطة الكونجرس ، و كان هذا الاتفاق ينصرف إلى الشؤون الداخلية للولايات المتحدة الأمريكية في جميع المجالات التجارية و المدنية ، قبل ان يسري على علاقاتها الخارجية ، و خاصة مع بريطانيا ، و ذلك لتسوية المنازعات التي بقيت عالقة دون حسم بعد الاستقلال الأمريكي ، مثل نزاع تعيين الحدود مع كندا ، و مسألة الغنائم البحرية ، و مخلفات البريطانيين في الولايات المتحدة الامريكية مثل الحسابات و الودائع ، بالإضافة الى واجبات و حقوق الدول المحايدة[2] .

بعد هذه المراحل التي مر بها نظام التحكيم الدولي ، و في ظل التطورات التي شهدها العالم باستمرار في مجال تسوية المنازعات الدولية ، عرف نظام التحكيم بشكله الحديث ، بعدما كان يعتمد في شكله الداخلي فقط منذ القدم ، بتسوية الخلافات البسيطة ، مما أدى الى ظهور هيئات و مراكز دولية و إقليمية تختص بالفصل في النزاعات عن طريق التحكيم الدولي ، نتيجة للمعاهدات و الاتفاقيات الدولية التي تحث على اللجوء الى التسوية الودية للنزاعات – كالهيئة الامريكية الدائمة للتحكيم – " AAA "[3]، التي أسست لنظام التحكيم المؤسسي ، على خلاف التحكيم الحر ، حيث كانت احكامها و قراراتها ملزمة لأطراف النزاع ، بناء على اتفاقهم ، إضافة الى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار icsid ، الذي تم انشاءه بناء على اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الاخرى .

[1] عكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق ، ص 64 و ما بعدها .
[2] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 213.
[3] احمد عبدالكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 22.

رابعا : التحكيم الدولي في القرن التاسع عشر:

تميز القرن التاسع عشر بتطور نظام التحكيم الدولي ، حيث أنشئت مراكز متخصصة في تسوية النزاعات بواسطة التحكيم ، خصوصا بين الدول في القضايا السياسية ، او بينها و بين الرعايا الأجانب في العلاقات التجارية و الاستثمارية ، مثل انشاء ما يسمى بلجان المطالبات المختلطة ، التي كانت تتولى أمر تسوية المنازعات المتعلقة بالحدود و الأمور السياسية المختلفة ، و قد كانت هذه اللجان تشكل من بعض رؤساء الدول الذين عملوا كمحكمين لتسوية المنازعات التي تثور بين الدول ، بالإضافة الى إنشاء ما يسمى بمحاكم اللجان المختلطة [1]، و ذلك بموجب اتفاقيات دولية تبرم بين الدول المعنية ، و كانت مهمة هذه اللجان تسوية المنازعات الدولية باعتبارها نظام قضائيا إراديا يرتضي الخضوع له ، و أحكامه تكون ملزمة للدول الأعضاء في اتفاقيات انشاء هذه المحاكم الدولية [2].

كما قامت العديد من الدول بإبرام اتفاقيات تحكيم ، سواء في شقيه " شرط التحكيم " الذي يتم النص عليه في العقد الذي يربط الطرفين كطريق لتسوية النزاعات بين الاطراف ، أو التي تنص على "مشارطة التحكيم" ، في المعاهدات التي تبرم فيما بينها في المجالات المختلفة ، و الموضوعات المشتركة ، منها " تحكيم الالباما " ، بين الولايات المتحدة الأمريكية و بريطانيا عام 1872 [3]، حيث لعبت معاهدة "جاي" التي عقدت بين البلدين سنة 1794 و حتى سنة 1871 دورا بارزا في تاطير القضاء الدولي ، و كانت بمثابة البداية الحقيقية لمعاهدات التحكيم

[1] فؤاد مُحَمَّد مُحَمَّد أبو طالب ، مرجع سابق ، ص 31.

[2] Stifan jupe , op cit , p 31.

[3] يعتبر " تحكيم الالباما " بمثابة منعرج حاسم في تاريخ التحكيم الدولي ، حيث شجعت هذه القضية الكثير من الدول على ابرام اتفاقات التحكيم لحل الكثير من النزاعات التي كانت عالقة انذك و التي عجز القضاء عن تسويتها ، و تتمثل تفاصيل هذه القضية في رفع الولايات المتحدة الامريكية دعاوى تعويض عن الاضرار التي خلفتها السفن الحربية البريطانية ، بعدما كانت بريطانيا تدعم صناعة هذه السفن في الولايات الجنوبية و كانت الالباما احداها ، و بعدما أسند الفصل للمحكمين حيث تم الاتفاق على تعيين خمسة أعضاء على ان تعين كلا الدولتين واحدا منهم فيما يتم تعيين الثلاثة الاخرين من طرف ملك إيطاليا و رئيس الاتحاد السويسري و امبراطور البرازيل ، بعدما اجتمعت الهيئة في سبتمبر 1872 بجنيف ، تم الحكم على بريطانيا بدفع تعويضات للولايات المتحدة الامريكية مقدرة ب 15.5 مليون دولار فيما التزمت بريطانيا بهذا الحكم .

الحديثة [1]، حيث كانت تقتضي تكوين محكمة تحكيم عن طريق عضو لكل طرف و من ثم يتم اختيار العضو الثالث من قبل العضوان ، أو يتم الاقتراح من قبل كل منهما أسماء يختار من بينها الطرف الثالث ، بواسطة الاقتراع على هذين الاسمين ، و بهذا تم حل الكثير من النزاعات سواء كانت بين الدولتين ، أو دول أخرى [2].

أسست هذه الاتفاقية لعهد جديد في تطور التحكيم الدولي بوضع قواعد في تسوية النزاعات و الإجراءات الواجب اتباعها في هذا المجال مثل :

- شكل محكمة التحكيم و نظامها الداخلي ؛
- شروط تعيين المحكمين و مهامهم و كيفية انعقاد الجلسات التحكيمية ؛
- القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ؛
- اعتماد التصويت بالأغلبية بين المحكمين لجواز حكم التحكيم ؛
- اجبار الأطراف على الالتزام بأحكام التحكيم كشرط جوهري للجوء اليه ؛

كما قام معهد القانون الدولي الذي انشا سنة 1873 بتقنين إجراءات التحكيم الدولي ووضع لائحة خاصة بذلك سنة 1875 ، تضمنت اربع محاور أساسية بدا بتبيان أهمية التحكيم في فض النزاعات بطرق ودية و سلسة و المحافظة على استمرار العلاقات الدولية ، ثم طرق تفعيل اللجوء الى التحكيم بين اطراف النزاع الدولي ، فيما تضمن المحور الثالث إجراءات سير العملية التحكيمية امام هيئة التحكيم ، و نص المحور الرابع على وسائل تنفيذ الاحكام التحكيمية و الاعتراف الدولي بها .

مما أدى الى تشجيع بقية الدول على ابرام معاهدات و اتفاقيات دولية تنص على اعتماد اللجوء الى التحكيم كطريق بديل لتسوية النزاعات التي تنشا عن ترابط العلاقات الدولية في شتى

[1] فؤاد مُحَّد مُحَّد أبو طالب ، مرجع سابق ، ص 33.
[2] عكاشة مُحَّد عبدالعال ، مرجع سابق ، ص 127.

المجالات الاقتصادية و السياسية [1]، و هو ما أدى الى التفكير في انشاء محكمة تحكيم دائمة حيث تضمنته اتفاقيتا لاهاي لعامي 1889 و 1907 و تم تخصيص الفصل الرابع بأكمله لنظام التحكيم ، ابتداء بالنظام الداخلي لهذه المحكمة و الإجراءات المتبعة امامها و شروط خضوع النزاعات للتحكيم[2] ،كما اطرت اجراءاته في تسوية المنازعات بين الدول الأعضاء ، و حثت على ابرام اتفاقيات ثنائية و متعددة الأطراف بين الدول الأعضاء و باقي الدول لاعتماد اللجوء الى التحكيم في تسوية النزاعات الدولية و الاستثمارية خصوصا .

خامسا : التحكيم الدولي في عهد عصبة الأمم

اعتبر اللجوء للتحكيم الدولي واليات التسوية الودية للمنازعات مبدأ أساسيا بعد انشاء عصبة الأمم و وضع اطار للتنظيم الدولي عقب مؤتمر باريس للسلام سنة 1919 [3]، خصوصا مع مخلفات الحرب العالمية الأولى ، و مناداة الدول الأوروبية بضرورة قيام منظمة عالمية تعمل على تشجيع التعاون بين الدول و حل المشاكل التي تعترض العلاقات الدولية بالطرق السلمية ، و هو ما تضمنه " عهد عصبة الأمم " صراحة في المادة 13 منه اين اتفق الأعضاء على عرض النزاعات التي قد تنشا بينهم على التحكيم ، و الذي انظمت اليه 58 دولة انذلك [4].

تكرس ذلك بموجب " بروتوكول جنيف للمساعدة المتبادلة و عدم الاعتداء " سنة 1924 حيث قام على مبدأ انه " لا امن بدون تحكيم " ، و لعبر هذا الاتفاق دورا مهما في

---

[1] مثال ذلك :

- معاهدة انشاء اتحاد البريد العالمي سنة 1876 و التي تضمنت شرط اللجوء للتحكيم في تسوية المنازعات بين أطرافها
- المعاهدة التي ابرمت بين أمريكا الجنوبية و سويسرا سنة 1883 و التي تنص على تسوية النزاعات التجارية بالتحكيم
- اتفاقية النقل بالسكك الحديدية بين إيطاليا و فرنسا سنة 1890 .
- المعاهدة التي ابرمت في المكسيك سنة 1890 بين عشرة دول من أمريكا اللاتينية و التي تضمنت اعتماد التحكيم لتسوية المنازعات بين أطرافها
- المعاهدة بين الولايات المتحدة الامريكية و بريطانيا سنة 1891 الخاصة بتسوية النزاعات المترتبة عن تصدير الحديد بالتحكيم

[2] فؤاد مُحَمَّد مُحَمَّد ابوطالب ، مرجع سابق ، ص 44.

[3] إبراهيم مُحَمَّد العناني ، مرجع سابق ، ص 19.

[4] خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 15.

تدعيم فكرة اللجوء الى التحكيم ، و تبعته "اتفاقيات لوكارنو " المبرمة بين المانيا و بلجيكا و فرنسا و بولندا و تشكسلوفاكيا سنة 1925 و التي كانت خطوة مهمة نحو الاخذ بمبدأ اللجوء الاجباري للتحكيم بين الدول[1] .

كما توصلت الجمعية العامة لعصبة الأمم الى وضع ميثاق عام للتحكيم في 26 سبتمبر 1928 و ذلك في صورة اتفاقية عامة للتسوية السلمية للمنازعات الدولية ، و الذي اصبح ساري المفعول بعد التصديق عليه في 12 أكتوبر 1929 ، و كان هذا الميثاق بمثابة الأساس للعديد من الاتفاقيات الثنائية [2]التي تبعته و التي ضاعفت حركة اللجوء للتحكيم كآلية لتسوية المنازعات [3].

سادسا : التحكيم الدولي في عهد الأمم المتحدة

كان لظهور منظمة الأمم المتحدة في اعقاب الحرب العالمية الثانية دورا مهما في تطور التحكيم الدولي بما ان هدفها الرئيسي كان تحقيق السلام و الامن في العالم بعد فشل التنظيم الدولي ، و تهدف المنظمة الى تسوية الخلافات الدولية بالطرق السلمية ، و هو ما نصت عليه المادتين الأولى و الثانية من الميثاق [4]، و لهذا كان لابد من الاستناد الى التحكيم الدولي لفض النزاعات بطرق سلسة ، حيث عملت لجنة تطوير القانون الدولي التابعة للمنظمة سنة 1947 على إعطاء الأولوية للتحكيم في الدراسة ووضع إجراءات موحدة بين الدول في اللجوء اليه .

---

[1] إبراهيم احمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة – مصر ، الطبعة الثانية 1997 ، ص 19.

[2] على سبيل المثال :

اتفاقية التحيكم المبرمة بين مصر و الولايات المتحدة الامريكية سنة 1929 .

اتفاقية التحكيم بين إيطاليا و فرنسا سنة 1931.

الاتفاقية المبرمة بين النمسا و اكرانيا و إيطاليا و بريطانيا المتعلقة باللجوء للتحكيم في المنازعات التجارية .

[3] إبراهيم محمد العنابي ، مرجع سابق ، ص 20-21.

[4] نصت المادة الأولى – الفقرة الأولى – من ميثاق الأمم المتحدة لسنة 1945 على : حفظ السلم والأمن الدولي ، وتحقيقاً لهذه الغاية تتخذ الهيئة التدابير المشتركة الفعّالة لمنع الأسباب التي تهدد السلم و ازالتها ، وتقمع أعمال العدوان وغيرها من وجوه الإخلال بالسلم ، وتتذرّع بالوسائل السلمية ، وفقاً لمبادئ العدل والقانون الدولي ، لحل المنازعات الدولية التي قد تؤدي إلى الإخلال بالسلم أو لتسويتها .

و نصت المادة الثانية – الفقرة الثالثة – على : يفض جميع أعضاء الهيئة منازعاتهم الدولية بالوسائل السلمية على وجه لا يجعل السلم و الامن و العدل الدولي فرصة للخطر .

قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1949 تفعيل ميثاق جنيف للتحكيم الذي أعدته عصبة الأمم سنة 1928 حيث تم تعديله جزئيا وفق ما يتناسب مع الوضع الدولي الجديد و اوصت الدول بالإذعان اليه [1].

ان الملاحظ ان اللجوء الى التحكيم اصبح بمثابة العرف الدولي الذي تواترت عليه الاتفايات و المعاهدات الدولية ، و مألوفا خصوصا بعد نشأة منظمة الأمم المتحدة ، و ذلك عن طريق المعاهدات العامة او الخاصة و الاتفاقيات الثنائية او المتعددة الأطراف [2]، كما حذت الكثير من المنظمات الدولية على تضمين شرط اللجوء الى التحكيم كآلية لتسوية المنازعات في الاتفاقيات الموقعة فيما بينها او فيما بينها و بين الدول [3].

سابعا : التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي

ان التطور الكبير الذي شهده العالم في مجال التجارة الدولية ، و سهولة المواصلات و انتقال رؤوس الأموال و الأشخاص و عروض التجارة عبر القارات ، و ما لعبته الوكالات الدولية و الاتفاقيات الثنائية و المتعددة الأطراف و الشركات المتعددة الجنسيات ، أدى الى ظهور العديد من النزاعات الدولية بين الأطراف ، و هذا نتيجة لهذه الحركية المستمرة و المتعددة و المختلفة الأطراف لذلك اتجهت العلاقات التجارية الدولية الى التحرر من القوانين الوطنية للدول التي لا تتماشى مع هذا النوع من النزاعات الذي يحتاج الى خبرة و كفاءة عاليتين و سرعة في إيجاد الحلول .

كما ان نجاح التحكيم في فض العديد من النزاعات سواء الداخلية او الدولية ، و اعتماده في العديد من القوانين و الاتفاقيات و المعاهدات ، جعله النظام الأمثل لتسوية النزاعات التجارية الدولية .

---

[1] إبراهيم محمد العناني ، مرجع سابق ، ص 18.

[2] فؤاد محمد محمد أبو طالب ، مرجع سابق ، ص 40.

[3] مثال ذلك : الاتفاقية الموقعة بين منظمة الصحة العالمية و دول شرق اوربا سنة 1951 التي نصت مادتها 29 على اللجوء الى التحكيم لتسوية المنازعات التي قد تنشا بين الأطراف .

اهتم المجتمع الدولي بتنظيم التحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية ، و هذا منذ نهاية الحرب العالمية الأولى ، خصوصا بوضع بروتوكولي جنيف سنة 1923 و 1927 اللذان وضعا حجر الأساس لنظام التحكيم في العلاقات الاستثمارية و التجارية ، حيث تم اعتماد شروط التحكيم و كيفية تنفيذ احكامه ، كما اعتمد التحكيم بعد ذلك في العقود النموذجية الدولية كآلية لتسوية المنازعات ، في الدول الاقتصادية الكبرى أولا ثم الدول الأوروبية [1]، كاتفاقية الحديد بين إيطاليا و بريطانيا سنة 1928 ، و بين الولايات المتحدة الامريكية و بريطانيا في شركات السكك الحديدية سنة 1931 ، و بعد ذلك اصبح وسيلة عالمية فعالة لتسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول و الشركات الأجنبية او رعايا الدول الأخرى الذي يقيمون عمليات استثمارية و تجارية دولية [2].

جاءت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ببعض القواعد الجديدة بشان الاعتراف و تنفيذ احكام التحكيم ، و حذت حذوها الاتفاقية الاوربية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي الموقعة في جنيف في 21 افريل 1961 ثم معاهدة واشنطن لإنشاء المركز الدولي للفصل في المنازعات الناشئة عن الاستثمار في 18 مارس 1965 ، و نظمت معاهدة موسكو الموقعة في 29 ماي 1972 قواعد تسوية منازعات الاستثمار بين الدول الاشتراكية ، و التي أصبحت الالية المثلى بين هذه الدول و تم وضع عقود نموذجية يتم اعتمادها في اتفاقيات الاستثمار و التي تنص في بنودها على اللجوء الى التحكيم لتسوية ما ينشئ بينها من نزاعات [3]، بالإضافة الى اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية و مواطني الدول العربية الأخرى في 1 جوان 1974 ، التي مهدت لسن التحكيم كنظام لتسوية النزاعات في التشريعات الداخلية للدول العربية [4]، كما قامت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي بإعداد قواعد التحكيم الدولي باسم "

---

[1] Mustapha trari tani , op cit , p 92.

[2] فؤاد محمد محمد أبو طالب ، مرجع سابق ، ص 72.

[3] إبراهيم محمد العناني ، مرجع سابق ، ص 41.

[4] Alan redfern , the jurisdiction of an international commercial arbitrator , journal of international arbitration , vol 13 n 01 , 2002.

يونسترال " و تم اقرارها في الجمعية العامة للأمم المتحدة بمقتضى القرار رقم 98 للدورة 31 في 15 ديسمبر 1976 [1].

في الجزائر و بعد الاستقلال اعتبر التحكيم مخالفا للسيادة الوطنية ، و لم يكن بالمكان اعتماده نظرا لحداثة الدولة انذلك حيث تم اتخاذ موقفا معاديا له و عدم اعطاءه مكانة في النظام القانوني رغم الفراغ التشريعي انذلك ، و اختص القضاء الوطني بفض كل المنازعات الاقتصادية او التجارية الأجنبية .

هذا رغم تبني الجزائر للتحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الاقتصادية مع فرنسا بموجب اتفاقية " ايفيان " سنة 1962 [2]، و الاتفاقيات المتعلقة بالتعاون الاقتصادي الجزائري – الفرنسي التي تلتها في 1963/06/26[3] و 1965/07/29[4] و المتضمنتان التحكيم ، ثم اتفاقية " سوناطراك – جيتي بتروليوم كومباني " لسنة 1968[5] المتعلقة بالبحث عن الوقود و استغلاله ،حيث نصت المواد 56 الى 70 على كيفية اجراء التحكيم رغم نص قانون الإجراءات المدنية 154/66 على منع اجراء التحكيم من قبل المؤسسات العمومية .

يظهر ان موقف المشرع الجزائري عرف تذبذبا تجاه تبني التحكيم التجاري الدولي خصوصا بعد تأميم المحروقات سنة 1971 ، و هو الذي فرضته الأوضاع الاقتصادية الدولية و العلاقات التجارية التي أجبرت الدول على اعتماد التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات ، الى غاية صدور القانون 11/82[6] المتعلق بتنظيم الاستثمار الاقتصادي الوطني الخاص ، و المرسوم رقم 145/82

---

[1] Franck nicephore , op cit , p 37.

[2] محمد كولا ، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري ، منشورات البغدادي ، الجزائر 2008 ، ص 14.

[3] المرسوم رقم 384/63 المؤرخ في 1963/09/14 المتضمن نشر الاتفاق الجزائري – الفرنسي حول التحكيم و ملحق خاص بنظام التحكيم المبرم في باريس بتاريخ 1963/06/26 ، ج ر 65/67 .

[4] قائمة الاتفاقيات القضائية الثنائية المصادق عليها من طرف الجزائر المتاحة على الرابط : . www.mjustice.dz

[5] امر رقم 591/68 مؤرخ في 1968/10/31 المتضمن الموافقة على الاتفاق الخاص بالبحث عن الوقود و استغلاله في الجزائر من طرف شركة " جيتي بتروليوم كومباني " ، ج ر 88 /68.

[6] قانون رقم 11/82 مؤرخ في 1982/08/21 يتعلق بالاستثمار الاقتصادي الوطني الخاص ، ج ر 34 /82.

145/82 [1]المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، اللذان كرسا التوجه نحو التحكيم التجاري الدولي و ترجما اتفاق التعاون الاقتصادي بين الجزائر و فرنسا بموجب المرسوم رقم 259/82[2] ، الى غاية مرحلة الانفتاح الاقتصادي سنة 1989 و صدور المرسومين رقمي 09/93[3] و 12/93[4] اللذان اعدا المحيط اللائم لإعمال التحكيم و هذا مسايرة للأنظمة القانونية المقارنة و دفعا للإصلاحات الاقتصادية التي تبنتها الدولة نزولا عند رغبة المستثمرين الأجانب و ضمانا لحقوقهم .

كما نظمت قوانين الاستثمار المتتالية التي صدرت في الجزائر التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات بين الدولة الجزائرية و المستثمر الأجنبي بصفة تدريجية ، و التي كانت تهدف لترقية و تطوير الاستثمار خصوصا في شقه الأجنبي ، بعد الاتفاقيات الجزائرية الفرنسية المتعلقة بالتعاون في المجال الاقتصادي .

بدءا بالمرسوم رقم 19/93[5] الصادر سنة 1993 و الذي تضمن إمكانية اللجوء للتحكيم للتحكيم لتسوية النزاعات الاستثمارية بناء على العقد المبرم مع المستثمر ، او وفق ما تنص عليه المعاهدات او الاتفاقيات الدولية مع دولة المستثمر ، ثم صدور الامر رقم 03/01[6] لسنة 2001 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار ، و الذي حمل ضمانات جديدة للمستثمر الأجنبي لحماية رأسماله و حقوقه ، منها ما هو قانوني مثل ضمان المساواة مع المستثمر الوطني و شرط الثبات التشريعي بالاضافة الى ضمان ضد نزع الملكية ، و منها ما هو مالي كضمان تحويل رؤوس الأموال

---

[1] المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 1982/04/10 المتضمن الصفقات العمومية ، ج ر 15 /82.

[2] المرسوم رقم 259/82 المؤرخ في 1982/08/07 المتضمن المصادقة على البروتوكول الخاص بالتعاون الاقتصادي بين الحكومة الجزائرية و الحكومة الفرنسية ، ج ر 82/32.

[3] مرسوم تشريعي رقم 09/93 مؤرخ في 1993/04/25 المتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية و تنظيم احكام التحكيم التجاري الدولي ، ج ر 93/27.

[4] مرسوم تشريعي رقم 12/93 مؤرخ في 1993/10/05 متعلق بترقية الاستثمار ، ج ر 93/64.

[5] مرسوم رقم 19/93 مؤرخ في 1993/12/12 يتعلق بتنظيم الاستثمار .

[6] امر رقم 03/01 مؤرخ في 2001/08/20 يتعلق بتطوير الاستثمار .

و العائدات الاستثمارية ، بالإضافة الى ضمان إمكانية اللجوء الى التحكيم الدولي في تسوية المنازعات ، اذا نص العقد المبرم مع الدولة على ذلك او بناء علىاتفاقية مع دولة المستثمر .

قبل ان يصدر القانون رقم 09/16[1] لسنة 2016 المتعلق بترقية الاستثمار ، و الذي نص على إمكانية اللجوء الى تحكيم خاص لتسوية النزاعات بين الدولة الجزائرية و المستثمرين الأجانب ، حتى و لو ان المشرع الجزائري منح الأولوية للقضاء الوطني في الحالات العامة ، إلا ما تم الاتفاق بشأنه في العقد الاولي ، او ما كان طرفا في معاهدة دولية ، و هو ما يعد ضمانا لجذب الاستثمار الأجنبي و تكريسا للاتفاقيات و المعاهدات الدولية المصادق عليها من قبل الدولة الجزائرية .

الفرع الثالث : الطبيعة القانونية للتحكيم

تعد دراسة الطبيعة القانونية للتحكيم من الأمور الضرورية ، لكي يتبوأ التحكيم مكانته الملائمة التي تتناسب مع أهميته المعاصرة في مجال التجارة الدولية و الاستثمار ، حيث ان تحديد الطبيعة القانونية يترتب عليها نتائج في غاية الأهمية و الضرورة كما يرى البعض [2].

اثار الجدل الفقهي عدة نظريات حول الطبيعة القانونية للتحكيم ، فمنهم من قال أن التحكيم من طبيعة تعاقدية إرادية ، بما ان أساسه هو العقد و كل ما هو اتفاقي هو تعاقدي ، و هناك من قال أنه ذو طبيعة قضائية ، بالنظر الى المهمة التي يؤديها المحكم و التي تقترب من عمل القاضي ، و البعض الآخر حاول الأخذ بموقف وسط و هو أن التحكيم يتسم بطبيعة مختلطة أو مزدوجة تتقابل فيها التأثيرات التعاقدية و القضائية ، و الآخر ذهب إلى أن التحكيم له طابعه الخاص ، و له ذاتية مستقلة[3].

على ضوء ما تقدم سنتطرق لهذه النظريات وفق ما يلي :

---

[1] قانون رقم 09/16 مؤرخ في 2016/08/03 يتعلق بترقية الاستثمار .

[2] مُحَمَّد مُحَمَّد ابوطالب ، مرجع سابق ، ص 32.

[3] إبراهيم احمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، الطبعة الرابعة ، 2005 ص 33.

أولا: الطبيعة التعاقدية

تستند هذه النظرية في الطبيعة التعاقدية للتحكيم على أن أساسه هو اتفاق أطراف الخصومة ، فهو الذي يمثل مركز الثقل ، سواء كان ذلك بإدراج شرط في العقد ، أو باتفاق خاص مستقل عن العقد [1]، و إن قرار التحكيم يستمد قوته التنفيذية من هذا الاتفاق الخاص ، و بذلك فان عدم قابلية قرارات التحكيم للطعن تعود إلى توافق إرادة الأطراف في اللجوء للتحكيم.

فاتفاق التحكيم و حكم المحكمين عند أنصار هذه النظرية يمثلان كلا واحدا ، بحيث لا يمكن فصل احدهما عن الآخر ، فهما يكونان هرما يستند على اتفاق التحكيم كقاعدة ، و حكم المحكمين قمة له [2].

يتميز المحكم بصفته التحكيمية في شتى أنواع التحكيم و اقسامه ، فالمحكمون ليسوا قضاة ، بل هم أفراد يعهد إليهم بمهمة تنفيذ الاتفاق و تسوية النزاع ، و حسب الطبيعة التعاقدية للتحكيم ، فهو يمثل مجموعة من التصرفات التعاقدية الخاصة التي تجعل لأطراف يتخلون عن بعض الضمانات القانونية و الإجرائية التي يحققها النظام القضائي ، سعيا لتحقيق مبادئ العدالة و العادات التجارية ، و اتباع إجراءات سريعة تكون أقل رسمية من إجراءات المحاكم [3].

كما تعتبر الصفة التعاقدية التي يوصف بها التحكيم من أدوات المعاملات الدولية ، فإبرام العقود التجارية و الاستثمارية يتم بشكل يومي و مستمر و يتضمن الشرط التحكيمي بناءا على إرادة الأطراف ، فالمعاملات الدولية الاستثمارية أو التجارية يعترضها القضاء و التشريعات الداخلية للدول [4]، و التي أصبحت تشكل عائقا لتطور الاستثمارات الدولية ، و هنا لا يمكن تحرير تلك التجارة الدولية أو المبادلات الدولية إلا عن طريق العقد لما يتصف به من طابع دولي ،

---

[1] بشار مُحَمَّد الاسعد ، مرجع سابق ، ص 71.

[2] فؤاد مُحَمَّد مُحَمَّد أبو طالب ، مرجع سابق ، ص 50.

[3] إبراهيم مُحَمَّد العناني ، مرجع سابق ، ص 51.

[4] مُحَمَّد نعيم علوة ، مرجع سابق ، ص 32.

و لما له من قوة الزامية لطرفيه او امام الهيئات الدولية ، فلن تقم للتحكيم قائمة بدون جوهره التعاقدي ، و بالتالي فالتحكيم اصبح من متطلبات هذه المعاملات المتزايدة كل يوم ، و التي تنص على التحكيم كآلية لتسوية النزاعات التي قد تثار بشأنها .

يتضح ان المشرع الجزائري اخذ بهذه الطبيعة حيث نجد ان المادة 1007[1] من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08 ذكرت ان شرط التحكيم يستند على وجود اتفاق مفرغ في عقد و يرتب التزام بين الأطراف ، مما يسمح لهم باللجوء الى التحكيم ، كما نصت المادة 1011 [2]من نفس القانون على وجود اتفاق نابع بدوره من عقد بين الأطراف ، بما يتضح من هذا ان التحكيم في اصله او اتفاقه ينبع من عقد بين الأطراف و بالتالي ما يعطي له الطبيعة التعاقدية .

ايدت محكمة التمييز الفرنسية الطبيعة التعاقدية للتحكيم ، باعتبار ان اتفاق التحكيم هو أساس إرادة الأطراف ، و ان مبدا سلطان الإرادة هو مبدا اصلي في ذلك ، سواء باللجوء اليه و اختيار هيئة التحكيم ، او تحديد طبيعة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، او على الاجراءات التي تنظمه ، و هذا ما يظهر بموجب حكمها الصادر في 1937/07/27[3]الذي تضمن ما يلي : " ان قرارات التحكيم الصادرة على أساس عقد تحكيم ، تكوّن وحدة واحدة مع هذا العقد و تنسحب عليها صفته التعاقدية " les sentences arbitrales qui ont pour base un compromise , font corps avec lui et participant de son caractère conventionnel «[4] .

[1] نصت المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 على ان " شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه ، لعرض النزاعات التي قد تثار بشان هذا العقد على التحكيم "

[2] نصت المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 على كذلك " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم "

[3] حكم محكمة التمييز الفرنسية رقم 07 بتاريخ 1937/07/27.

[4] Robert fouchard , l'arbitrage commercial international dans le droit français , revue de prof juridique , vol n 56 , 2007.

كما اخذت محكمة النقض المصرية بهذا المبدأ بناء على أساس اللجوء الى التحكيم المستمد من اتفاق الأطراف ، حيث قررت في الحكم رقم 2568 الصادر بتاريخ 1990/01/23 ان " التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه اتفاق الأطراف " [1].

ثانيا: الطبيعة القضائية

يتجه انصار هذه النظرية الى ان تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم يجب ان يكون بتغليب المعايير الموضوعية و المادية ، أي بتغليب المهمة التي يؤديها المحكم ، و الغرض من هذا النظام ليس مجرد الوقوف عند معايير شكلية او موضوعية مستمدة من الادعاء باحتكار الدولة لإقامة العدالة بين الافراد ، لان فكرة المنازعة و كيفية تسويتها هي التي تحدد طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم باعتباره قاض تختاره الأطراف ليحكم بينهم [2].

لهذا تم ترجيح الطبيعة القضائية للتحكيم ، بناءا على طبيعة المهمة التي يقوم بها المحكم ، فهو قاضي خاص يقابل قاضي الدولة و يقوم بالفصل في النزاع ، و يتمتع أو يحوز حكمه على حجية الأمر المقضي ، كما أن حكم التحكيم يتميز بعدم قابليته للطعن فيه في ظل معظم التشريعات ، و الاتفاقيات الدولية [3]، أما حكم القاضي فإنه يكون قابلا للطعن فيه ، حيث يمكن إعادة عرض النزاع مرة أخرى أمام الدرجة الثانية ، و الأساس الذي يعتمد عليه بقيام المحكم بوظيفة القاضي ، هو قانون الدولة ، و التي نصت في تشريعاتها بجواز اللجوء للتحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات يمكن للأفراد اللجوء إليها .

نتيجة لاعتبار التحكيم ذا طبيعة قضائية ، فانه يحق للدولة التدخل ، ذلك لأن الأصل يخول القضاء بالسلطة القضائية ، و يعتبر التحكيم كاستثناء يجيز لأفراد آخرين لا ينتمون لهذه

[1] خالد كمال عكاشه ، مرجع سابق ، ص 47.
[2] غسان علي علي ، مرجع سابق ، ص 265.
[3] فؤاد مُحَّد مُحَّد أبو طالب ، مرجع سابق ، ص 52.

السلطة القيام بوظيفة القاضي [1]، فكان لابد من تدخل الدولة و القيام بالمراقبة و التدخل كذلك بقواعد آمرة ، لضمان و سلامة إجراءات التحكيم ، و سلامة الحكم ، و تسمح بالطعن في الحكم أمام القضاء ، و تقوم بتنظيم الإجراءات و القواعد اللازمة لتنفيذ حكم التحكيم .

الجدير بالذكر ان مؤيدي هذه النظرية لا يعممون الطبيعة القضائية على جميع مكونات التحكيم ، فالطبيعة القضائية من وجهة نظرهم هي للعمل القضائي الذي يصدر عن المحكمين أو المحكم ، أما مكونات عملية التحكيم مثل العقد المبرم بين المحتكمين فتبقى له الطبيعة التعاقدية ، و يخضع في ابرامها و آثارها للقواعد العامة في العقد[2].

لقد كان لهذا الاتجاه الفضل في كشف حقيقة الوظيفة التي يؤديها المحكم ، بحسب أنها وظيفة قضائية ، لأنها تتجاوز مجرد تنفيذ شروط عقد التحكيم ، و هذا ما قامت بتسجيله محكمة النقض الفرنسية في كثير من قراراتها حيث سلمت بأن أطراف الخصومة بلجوئهم إلى التحكيم إنما يعبرون عن ارادتهم في إعطاء الغير (المحكم) سلطة قضائية [3]، و اكدت محكمة استئناف باريس على ان " القرار التحكيمي ليس عملا عاديا ، و لكن يجب مقابلته بالحكم القضائي الحقيقي و الذي يرتب نفس النتائج مع الاحتفاظ بالمقابل للصفة التنفيذية التي لا يتخذها إلا من خلال الامر بالتنفيذ " la sentence arbitrale n est pas un acte ordinaire , mains doit assimilée a un véritable jugement dont elle comporte les effets , toutefois le caractère exécutoire , qu' elle ne prend qu' avec l ordonner d exécutions «[4]،

و ذهبت محكمة النقض المصرية الى اقرار الطبيعة القضائية لمهمة المحكم ، نظرا لاقتراب مهامه من مهمة القاضي ، فهو يصدر حكما تحكيميا واجب التطبيق بعد ايداعه لدى القاضي المحلي المختص ، و ملزم لطرفي النزاع بموجب اتفاقهما ، و هذا في الحكم الذي أصدرته ، سنـة 1986

[1] محمود مختار احمد بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، ط 3 ، دار النهضة العربية ، 2004 ، ص 7.

[2] خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 47.

[3] عكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق ، ص 77.

[4] محمد نعيم علوة ، مرجع سابق ، ص 59.

[1]، حيث قررت ان حكم المحكم هو عمل قضائي شانه في ذلك شان العمل القضائي الصادر عن السلطة القضائية للدولة .

بالإضافة الى ان حكم المحكم يشبه الحكم القضائي ، خصوصا عند اكتسابه الحجية منذ صدوره ، و كذلك جواز استئنافه منذ صدوره و دون انتظار لإعطائه الصيغة التنفيذية ، و مع ذلك فان انتفاء العمومية بالنسبة لنظام التحكيم ، لا يتضمن بالضرورة انكار الطبيعة القضائية لهذا النظام [2]، هذا و قد حظيت الطبيعة القضائية للتحكيم بتأكيد واسع في احكام القضاء في بريطانيا و بلجيكا فيما بعد ، مثل حكم محكمة التحكيم في بلجيكا سنة 1990[3] التي اقرت ان عمل المحكم هو من صميم عمل القضاء ، استنادا على مهامه في فض النزاعات بين المتخاصمين ، اذ استند هذا الحكم على شق التحكيم القضائي ، و هو عمل المحكم الذي يفصل بين المتنازعين .

يرجح هنا انه يمكن وصف طبيعة التحكيم بالقضائية المحضة فعلا ، لكن في شقه المتعلق بمهة المحكم فقط ، و التي تشبه عمل القاضي في تسوية النزاعات و اصدار الاحكام ، فهو بمثابة قاض خاص الذي يوازي قاضي الدولة .

بهذا الوصف يمكن ان يكتسب التحكيم طبيعتان أولهما التعاقدية النابعة عن العقد الاستثماري الذي يربط الطرفان و الذي ينص على اللجوء الى التحكيم لتسوية المنازعات بينهما ، فلا يمكن تفعيل ذلك الا بحصول التراضي بين اطراف النزاع لان الأصل العام في اللجوء الى الاليات البديلة يعود الى مبدا سلطان الإرادة ، و ثانيهما الطبيعة القضائية بالاستناد الى طبيعة عمل المحكم الذي يسوي المنازعات و يشبه مهمة القاضي ، بالنظر في النزاع و أسبابه و حقوق كل طرف ، بالإضافة الى الطابع الالزامي الذي اصبح يميز الاحكام التحكيمية ، و بذلك تصبح

[1] حكم محكمة النقض المصرية رقم 2186 في 1986/02/06 منشور في مجلة القضاة عدد 21 لسنة 1988 .

[2] محمود مختار احمد بريري ، مرجع سابق ، ص 9.

[3] Décision n 238 du 12/04/1990 , de cour d arbitrage de Belgique , concernant le conflit entre « darco for « et total .

هذه الطبيعة مختلطة او مزدوجة من جانبين و هو ما ذهب اليه انصار هذه النظرية التي سنراها فيما يلي .

ثالثا: الطبيعة المختلطة

يعتقد أنصار هذه النظرية [1] إلى أن كلا من النظريتين السابقتين لم تتوصلا إلى الحقيقة بل لجزء منها ، في حين أن الأخذ بإحداهما مطلقا دون الأخرى يؤدي إلى كثير من الصعاب ، و لذلك كان الأصوب الجمع بينهما[2].

يعيب أنصار هذه النظرية على النظريتين السابقتين وصف نظام التحكيم وصفا واحدا ، في حين أنه في الحقيقة نظام مختلط حيث يبدأ باتفاق ثم اجراء ثم ينتهي بقضاء هو قرار التحكيم.

اذ ينظر للتحكيم وفق هذه الطبيعة على انه نظاما مختلطا أو مزدوجا ، ففي ذلك تطبيقا و توزيعا لقواعد العقد و الحكم ، أما قرار التحكيم فهو حكما ذا شكل تعاقدي ، فالتحكيم يتعاقب عليه صفتان ، الأولى و هي الصفة التعاقدية ، فهي واضحة عند قيام الخصوم باختيار "قضاء" التحكيم وسيلة للفصل في منازعاتهم و عدم رغبتهم في التوجه نحو قضاء الدولة ، بالإضافة الى اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات و على موضوع النزاع [3].

ثم ان التحكيم يتغير من طبيعته التعاقدية هذه إلى الطبيعة القضائية ، و ذلك بفضل تدخل قضاء الدولة عندما يلجأ إليه الأطراف لمنح قرار التحكيم القوة التنفيذية عن طريق الاحكام الأجنبية و التي تجوز على أمر التنفيذ ، إذ يتحول التحكيم بهذا الأمر إلى عمل قضائي ، و من ثم

---

[1] من انصار هذه النظرية :

– عزالدين عبدالله ، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي ، مجلة مصر المعاصرة ، عدد 452 ، 1992 ، ص 20.

– محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، 2002 ، ص 21.

– سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، دار النهضة العربية ، 1984 ، ص 71.

[2] احمد حسن الغندور ، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات ، دار النهضة العربية ، القاهرة – مصر ، 1998 ، ص 36.

[3] خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 49.

فإن قرارات التحكيم التي تصدر طبقا للنظرية القضائية ، تعتبر أحكاما قضائية بغض النظر عن عدم صدور الأمر التنفيذي [1]، أما قرارات التحكيم التي تصدر طبقا للنظرة الوسطية أو التوفيقية المختلطة فهذه القرارات و إن اعتبرت عقدا ، قبل الأمر التنفيذي إلا أنها تصبح بهذا الأمر بمثابة الحكم القضائي ، و بذلك فإنها تخضع بالضرورة عند تنفيذها لإجراءات تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية[2].

بهذا يتمتع التحكيم بطبيعة مزدوجة ، تبدأ تعاقدية و تنتهي قضائية ، عند اصدار الأمر بتنفيذ الحكم ، فالتحكيم يخضع لنظام خاص ، يوجد فيما بين النظام العام من حيث التصرفات القانونية ، و نظام العمل القضائي [3]، اذ أن التحكيم ليس اتفاقا محضا و لا قضاءا محضا ، و إنما هو نظام يمر بمراحل متعددة تلبس كل منها لباسا خاصا ، و تتخذ طابعا مختلفا ، فهو في أوله اتفاقا و في وسطه اجراءا و في آخره حكما[4] .

رابعا: نظرية استقلال التحكيم

يرى أنصار هذه النظرية أن نظام التحكيم ظهر في المجتمعات البدائية قبل القضاء ، و هو نظام عريق لتسوية المنازعات مازال مستمرا حتى اللحظة ، و لا يزال قائما بعد ظهور القضاء ، و منتشر في كل دول العالم ، خاصة بعد ظهور هيئات و غرف و مراكز التحكيم ، الأمر الذي جعله بمثابة قضاء موازي لقضاء الدولة و لكنه يستقل عنه ، فالتحكيم أداة لحل المنازعات تختلف عن العقد و القضاء ، و يهدف إلى تحقيق العدالة بطرق قانونية مختلفة عن القضاء ، و منه فهو ذو طبيعة خاصة و مستقلة ، و يجب النظر اليه بنظرة مستقلة و لا يمكن تفسيره في ضوء المبادئ

[1] بشار مُحَّد الاسعد ، مرجع سابق ، ص 119.

[2] احمد حسن الغندور ، مرجع سابق ، ص 37.

[3] خالد مُحَّد القاضي ، الطبيعة القانونية للتحكيم بين العقد و القضاء ، بحث مقدم الى المؤتمر الثالث للتحكيم التجاري الدولي ، القاهرة 1996.

[4] غسان علي علي ، مرجع سابق ، ص 87.

التقليدية ، بمحاولة ربطه بالعقد او بالحكم القضائي او بهما معا ، و ذلك بسبب الاعتراضات و الإشكالات القائمة عند محاولة تكييف طبيعته ، نظرا لميزته الخاصة عن قضاء الدولة و الطرق البديلة الأخرى [1].

يرفض أنصار هذه النظرية الطبيعة العقدية للتحكيم ، ذلك لأن العقد ليس جوهر التحكيم ، بديل عدم وجوده في التحكيم الاجباري ، كما يرفضون النظرية القضائية للتحكيم ، بحجة أن القضاء سلطة من سلطات الدولة ، يقوم القاضي بمباشرتها بهدف تطبيق القانون و حفظ النظام ، في حين ان التحكيم في نظرهم يهدف إلى تحقيق وظيفة اجتماعية و اقتصادية متميزة ، وهي التعايش السلمي بين أطراف الخصومة في المستقبل ، فضلا عن تحقيق العدالة .

فالتحكيم أداة متميزة لحل المنازعات ، فيه اتفاق ، و فيه قضاء ، و فيه ما يميزه عنهما ، و لا مجال لتغيير حقيقة التحكيم ، و الزج به في إطار أنظمة قانونية أخرى يتشابه معها في أمور و يختلف عنها في أمور أخرى ، و يجب ان نقر للتحكيم طبيعته الخاصة و المستقلة ، و التي تختلف عن العقود ، كما يختلف عن أحكام القضاء ، فالتحكيم نظام قانوني ، حين يلجأ إليه الأطراف لحل منازعاتهم دون القضاء[2]، باعتبار ان الخيار لاطراف النزاع في حرية اللجوء من عدمه وفق العلاقة التعاقدية التي تربطهما ، كما يمكن لهما اختيار هيئة التحكيم سواء كانت هيئة دولية او مركزا مختصا ، بالاضافة الى اتفاقهما حول القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع و اجراءات التحكيم ، و هذا ما لا يتوفر عند اللجوء الى القضاء ، لان المدعي لا يمكنه اختيار القاضي الذي سيفصل في النزاع ، او اختيار اي قواعد قانونية يخضع لها موضوع النزاع .

---

[1] من انصار هذا الاتجاه :

– إبراهيم احمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، مرجع سابق ص 39.

خالد محمد القاضي ، موسوعة التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 115.

عكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق ، ص 46.

مصطفى محمد الجمال ، مرجع سابق ، ص 46.

[2] إبراهيم احمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 39.

هناك جانب آخر يؤيد هذه الطبيعة الخاصة للتحكيم و ذلك لاتفاق هذه النظرية مع الطبيعة الخاصة للتحكيم ، و مع الاعتبارات العلمية التي تفرض مظاهر عديدة للتحكيم على المستوى الدولي الإقليمي ، و على المستوى المحلي ، و تستجيب هذه النظرية لمتطلبات عولمة الاقتصاد و التطور التكنولوجي [1].

الفرع الرابع : أنواع التحكيم

تتعدد أنواع التحكيم ، باختلاف دوافع اللجوء اليه ، او طبيعة اطرافه ، و نوع هيئة التحكيم ، فإرادة الأطراف تلعب دورا بارزا في تحديد نوعه ، لأن هذه الإرادة هي التي تحدد مساره ، و تهيمن عليه منذ بدايته بالاتفاق على التحكيم و حتى نهايته بصدور حكما ملزما للأطراف ، و هذه الإرادة هي التي تتولى اختيار المحكمين و تحديد عددهم و الإجراءات التي يجب أن تتبع لحل النزاع ، و القانون الواجب التطبيق [2]، و هو ما أدى إلى زيادة اللجوء للتحكيم سواء من قبل الأفراد أو الدول للفصل فيما ينشب بينهم من منازعات ، خاصة في مجال المعاملات ذات الطابع الدولي ، و نتيجة لتعدد المعاملات التجارية و تشعبها أصبح التحكيم الوسيلة المثلى لحل المنازعات التي تثار بصددها .

اذا كانت إرادة الأطراف هي الفيصل في اللجوء الى التحكيم من عدمه ، وفق مبدا سلطان الارادة ،إلا انها قد تختل أحيانا بفرض اللجوء اليه ، و هذا ما يقسم التحكيم الى اختياري و اجباري ، كما قد يخضع الفصل في النزاع الى محكم حر ، او منظمة او هيئة تحكيم من اختيار الأطراف او بناءا على العقد المبرم بينهم ، و هذا ما يقودنا الى تحكيم حر و اخر مؤسسي [3]، بالإضافة الى ما يفرضه القانون الواجب التطبيق ، حيث قد يفصل المحكم بناءا على قواعد قانونية و هو ما يسمى بالتحكيم بالقانون ، اما اذا تم الاستناد بالفصل على قواعد العدالة و الانصاف ،

[1] فؤاد مُحَمَّد مُحَمَّد أبو طالب ، مرجع سابق ، ص 57.

[2] خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 52.

[3] فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، الطبعة الأولى 2007 ، ص 32.

فهو ما يسمى بالتحكيم بالصلح [1] .

ان أي تصنيف يعطى للتحكيم يبنى على الزاوية التي ينظر من خلالها له ، و ما يولد عدة أنواع سنراها فيما يلي :

أولا: التحكيم الاختياري و التحكيم الاجباري

ان الأصل في التحكيم أن يكون اختياريا ، لأنه يستند إلى إرادة أطراف النزاع وفقا لمبدأ سلطان الإرادة ، حيث يتم الاتفاق بينهم على إحالة ما يختلفون فيه على التحكيم ، من اختيار المحكم و القانون الواجب التطبيق الى جميع إجراءات التحكيم [2].

رغم ان أساس التحكيم هو الإرادة الحرة إلا ان الواقع العملي يشهد أحيانا تحكيما اختياريا ، يضطر احد الطرفين الى قبوله بسبب القوة الاقتصادية للطرف الاخر ، او حاجته الى ابرام العقد الأصلي معه لما يقدمه من تمويل ، كما قد يقبل اجراء التحكيم في بلد اجنبي او وفقا لقواعد قانون معين ، و رغم ذلك يعد هذا النوع تحكيما اختياريا[3] .

كما قد ينص على ذلك العقد المبرم بين الأطراف ، في حالة نشوب خلاف أو نزاع متعلق بالعقد ، و يستلزم أيضا إقرار المشرع لهذه الإرادة من ناحية أخرى ، و من ثم فإن التحكيم الاختياري هو الشائع في المعاملات التجارية و الاستثمارية ، و يجوز في التحكيم الاختياري أن يكون سابقا على قيام النزاع ، سواء كان مستقلا ، أو كان ضمن عقدا معينا ، و هذا هو شرط التحكيم ، كما يجوز أن يكون اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع و اختيار الأطراف على اللجوء اليه و هو الذي يسمى بمشارطة التحكيم [4].

---

[1] krig Adams , law of international arbitrate , scientific journal of researcher , n 71 , university of Cambridge in 2002 ,p 203.

[2] فؤاد مُحَمَّد مُحَمَّد أبو طالب ، مرجع سابق ، ص 58.

[3] فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 33.

[4] احمد عبدالكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 117.

قد يكون التحكيم اجباريا عندما ينظمه القانون على الخصوم لتسوية بعض المنازعات المتعلقة بروابط قانونية معينة بحسب طبيعتها الخاصة [1]، و الذي يرد عادة في قانون خاص ، و هنا لا يستطيع الخصوم اللجوء للقضاء للفصل في تلك المنازعات ، او اذا كان الأطراف طرفا في معاهدة دولية – جماعية كانت أم ثنائية – حيث تشترط هذه المعاهدات على أطرافها اللجوء للتحكيم للفصل في منازعاتهم المتعلقة بموضوع المعاهدة ، و هذا لا يعني انعدام ارادة الدول بل يظل الدور الإرادي قائما في الانضمام من عدمه إلى هذه المعاهدة [2]، كما ان الدول أبرمت العديد من المعاهدات الثنائية و التي تتعلق بتشجيع و حماية الاستثمارات ، و التي أشارت إلى بعض المراكز الدولية التي تعمل على تسوية منازعات الاستثمار و من أشهرها : المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار" ICSID " الذي يختص بتسوية منازعات الاستثمار التي تنشا بين دولة و مواطني دولة أخرى من الدول الأطراف في الاتفاقية المنشئة لهذا المركز [3]، و التي تلزم اطرافها باللجوء إلى المركز في مجال التحكيم او التوفيق ، و من هذه المعاهدات الاتفاقية الثنائية المبرمة بين يوغسلافيا و مصر سنة 1977 ، و اليابان مع سويسرا سنة 1973 ، و هولندا و فرنسا سنة 1984 [4]، و بالرغم من ذلك فإن كثير من المعاهدات الثنائية المبرمة لتشجيع الاستثمار الأجنبي تترك حرية اللجوء للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لاتفاق الأطراف ، فيكون التحكيم هنا اختياريا ، كما قد يكون معلقا على شرط و ذلك بطلب يقدم من المستثمر بغرض الاستفادة من خدمات المركز في هذا الشأن [5].

اقرت المحكمة الدستورية العليا في مصر ان الأصل العام في اللجوء الى التحكيم هو اتفاق الأطراف أي التحكيم الاختياري ، فيما اجازت التحكيم الاجباري في بعض الحالات الخاصة

[1] منى محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص 71.
[2] خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 54.
[3] منى محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص 46.
[4] حفيظة السيد الحداد ، مرجع سابق ، ص 56.
[5] غسان علي علي ، مرجع سابق ، ص 111.

فقط ، حيث حكمت بأنه " لا يجوز بأي حال من الأحوال ان يكون التحكيم اجباريا يذعن اليه احد الطرفين انفاذا لقاعدة قانونية امرة لا يجوز الاتفاق على خلافها ، ذلك لان التحكيم مصدره الاتفاق و اليه ترتد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون " [1]و في حكم اخر " ان الأصل العام في التحكيم ان يكون وليدا لاتفاق الخصوم على اللجوء اليه ، إلا ان هناك ما يحول الخروج عن هذا الأصل العام اذا قامت أوضاع خاصة بخصوم محددين و بشان منازعات معينة لها طبيعتها المغايرة لطبيعة المنازعات العادية ما دام ان الالتزام بالمبادئ الأساسية لضمانات التقاضي كان نهج المشرع عندما وضع تنظيما تشريعيا للتحكيم " [2].

ثانيا: التحكيم الحر و التحكيم المؤسسي

قد يأخذ التحكيم صورتين أخرتين ، اولهما و هي ما يطلق عليه بالتحكيم الحر "الخاص" و الصورة الثانية ما يطلق عليه التحكيم المؤسسي " النظامي " ، فالتحكيم الحر ، أو التحكيم الخاص ، و يسمى كذلك بالتحكيم الذاتي ، فهو صورة تقليدية للتحكيم اين يقوم أطراف النزاع انفسهم بتنظيم إجراءات التحكيم ، بعيدا عن أي مركز دائم او مؤسسة دائمة للتحكيم فيختارون بأنفسهم المحكم أو المحكمين [3]، الذين يتولون الفصل في النزاع كما يتولون في الوقت ذاته تحديد الإجراءات و القواعد التي تطبق بشأنه ، و تفويضهم في تحديدها حسب ظروف النزاع ، فهو تحكيم منظم مخصص في نزاع معين ، و يطلق عليه تحكيم الحالات الخاصة [4].

نشير كمثال على اللجوء للتحكيم الحر إلى ما ورد في العقد المبرم بتاريخ 1994/11/18 بين الحكومة اللبنانية و بعض الشركات الفرنسية الخاصة من أجل تنفيذ مايسمى" الأوتوستراد العربي " ، أي أن يتم حسم الخلافات الناشئة عن هذه الاتفاقية بواسطة التحكيم ، مع تطبيق

[1] حكم المحكمة المصرية رقم 380 بتاريخ 2003/05/11 .

[2] حكم المحكمة المصرية رقم 95 بتاريخ 2003/05/11 .

[3] فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 38.

[4] احمد عبدالعزيز السنساوي ، التحكيم الحر و النظامي ، ورقية بحثية ضمن فعاليات ملتقى جامعة عين شمس –كلية الحقوق – حول : التحكيم الدولي بين التشريعات الوطنية و المعاهدات الدولية ، 2004، ص 07.

نظام إحكام لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "يونسترال" و أن يكون التحكيم في بيروت باللغة الفرنسية ، و أن يتم تطبيق القانون اللبناني في أساس الموضوع[1].

أما التحكيم المؤسسي او النظامي ، فهو ذلك التحكيم الذي يعهد به إلى هيئة ، أو منظمة ، أو مراكز التحكيم الدائمة سواء كانت وطنية او دولية [2]، و الذي يتم وفقا لإجراءات و قواعد موضوعة سلفا تحددها الاتفاقات الدولية او القرارات المنشئة لهذه الهيئات ، كان يقوم المركز بتعين المحكمين او احدهم حسب اتفاق الطرفين ، او مراجعة حكم التحكيم حسب ما تنص عليه لائحته .

اعترف قانون التحكيم المصري بكلا النوعين اذ تنص المادة 1/4 [3]على ان " ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون الى التحكيم الذي تتفق عليه اطراف النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة او مركز دائم للتحكيم او لم يكن كذلك ".

كما قد انتشرت مراكز و أجهزة التحكيم المؤسسي ، حيث أصبح هذا النوع تتولاه هيئات منظمة دولية أو وطنية مختصة بمجال منازعات التجارة الدولية و الاستثمار ، مثل المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بواشنطن الذي انشا بموجب اتفاقية واشنطن سنة 1965 ، و الذي تبعته بعض المراكز و الهيئات التحكيمية التي تتولى تسوية المنازعات الاستثمارية بالطرق البديلة مثل التوفيق و الوساطة ، فيما بعد مثل الغرفة الدولية لتسوية منازعات الاستثمار بباريس ، التي تعتمد قواعد غرفة التجارة الدولية " icc " ، و مركز جنيف للتحكيم لسنة 1990 ، فيما انشئت مصر مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، وفق قواعد قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

---

[1] فؤاد مُحَمَّد مُحَمَّد ابوطالب ، مرجع سابق ، ص 60.

[2] خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 57.

[3]نص المادة 04-01 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

ثالثا : التحكيم الوطني و التحكيم الدولي

التحكيم الوطني هو التحكيم الذي تكون كل مقوماته أو عناصره منحصرة في دولة معينة ، ابتداء من موضوع النزاع إلى جنسية و محل إقامة طرفي النزاع ، بالإضافة الى المحكمين و القانون الواجب التطبيق ، و مكان انعقاد التحكيم [1].

عندما يكون التحكيم أو عناصره لا تنتمي جميعها إلى نفس الدولة ، فالتحكيم هنا غير وطني أو بتعبير آخر هو تحكيم أجنبي أو دولي [2].

بمعنى سيكون التحكيم وطنيا اذا تعلق بنزاع يمس دولة واحدة سواء كان النزاع مدنيا او تجاريا [3]، و اذا كان أطراف النزاع ينتمون بجنسيتهم لدولة واحدة أو لدول مختلفة ، و كان نزاعهم يتعلق بمشروعات أو أموال موجودة في دولة أخرى ، أو يتم التحكيم في مركز دولي للتحكيم نشأ وفقا لاتفاقية دولية ، فذلك يعتبر تحكيما دوليا [4]، وفقا للمعيار الذي جاء به القانون النموذجي model law الذي أصدرته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي ، ووافقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1985 و الذي جاء في مادته الأولى : يعد التحكيم دوليا [5]:

- اذا كان مقر عمل طرفي اتفاق التحكيم وقت عقد ذلك الاتفاق على التحكيم ، واقعين في دولتين مختلفتين .
- اذا كان احد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين ، او دولة مقر التنفيذ :
- 1 - مكان التحكيم اذا كان محددا في اتفاق التحكيم او طبقا له ؛

[1] عكاشة مُحَّد عبدالعال ، مرجع سابق ، ص 63.

[2] فؤاد مُحَّد مُحَّد أبو طالب ، مرجع سابق ، ص 63.

[3] احمد عبدالكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 77.

[4] عكاشة مُحَّد عبد العال ، مرجع سابق ، ص 127.

[5] عاطف شهاب ، اتفاق التحكيم التجاري الدولي و الاختصاص التحكيمي ، طبيعته و نشأته و انعقاده و صحته ، دار النهضة العربية 2002 ، ص 33.

- 2 – أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية او المكان الذي يكون لموضوع النزاع اوثق صلة به .
- اذا اتفق الطرفان صراحة على موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة و اضافت المادة ¼ على انه :
- 1 – اذا كان لأحد الطرفين اكثر من مقر عمل فتكون العبرة بمقر العمل ؛
- 2 – اذا لم يكن لاحد الطرفين مقر عمل فتكون العبرة بمقر عمله المعتاد [1].

أما التحكيم الأجنبي فإنه لا يوصف بالدولي و ذلك بمجرد وجود طرف أجنبي في النزاع ، و لكن يعتد بمكان التحكيم دون الأخذ بجنسية الأطراف أو طبيعة النزاع ، أما جريانه في الخارج فيؤدي إلى وصفه بالأجنبي ، و قد تبنت هذا المعيار اتفاقية نيويورك لوصف حكم التحكيم التي تصدر في دولة غير الدولة المراد تنفيذها فيها [2].

رابعا : التحكيم الكلي و التحكيم الجزئي

يشمل التحكيم الكلي ، كل نزاع ينشا عن تطبيق العقد او تفسير احد شروطه ، أي ان كل النزاعات بين الأطراف تخضع للتحكيم ، و هو ما يعبر عنه عادة بشرط التحكيم ، الذي يرد في العقد في شكل بند او مادة ، و يشير الى حل كل الخلافات الناشئة عن تنفيذ العقد او تفسيره عن طريق التحكيم دون سواه [3]، و قد يكون مكتوبا بصيغة معينة معدة لهذه الغاية مثل : " يخضع كل نزاع ينشا بين اطراف هذا العقد ، بسبب تنفيذه او تفسيره ، الى التسوية عن طريق التحكيم " ، و هو ما يسمى بشرط التحكيم النموذجي [4]، الذي ينص صراحة على اللجوء الى التحكيم دون سواه في تسوية النزاع بين الاطراف .

---

[1] قانون الاونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985.

[2] محمود مختار احمد البريري ، مرجع سابق ، ص 23.

[3] خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 58.

[4] غسان علي علي ، مرجع سابق ، ص 115.

من ذلك ما جاء في المادة 18 من لائحة مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي و التي تنص على : " يسوى أي خلاف او ادعاء ينشا عن هذا العقد او يتعلق به بخرق او انهاء او ابطال له عن طريق التحكيم وفقا لقواعد مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي [1]" .

اما التحكيم الجزئي فيقتصر اتفاقه على جزء معين من النزاع لا يجوز تجاوزه و إلا يفسخ الحكم التحكيمي ، أي على المحكم ان يتقيد عند إصداره قرارا بشان النزاع المعروض عليه بحدود الاتفاق المبرم ، و ان لا يتناول مسائل أخرى لم يتفق الأطراف على حلها بالتحكيم و إلا كان القرار قابلا للإبطال [2].

خامسا : التحكيم بالقضاء و التحكيم بالصلح

التحكيم بالقضاء هو التحكيم العادي الذي يطبق فيه المحكم قواعد القانون الموضوعي ، بالمقابل فان المحكم يستند في التحكيم بالصلح على قواعد العدل و الانصاف .

اوجبت بعض التشريعات [3]على المحكم تطبيق قواعد و إجراءات الخصومة امام المحاكم ما لم يحصل اعفاءه منها صراحة ، على العكس من ذلك بالنسبة للتحكيم بالصلح فان المحكم غير ملزم أصلا بتطبيقها و يكون اكثر تحررا من القيود المفروضة على إجراءات التحكيم [4].

كما يتميز التحكيم بالصلح ، عن غيره من أنواع التحكيم الأخرى ، بإجراءات اكثر بساطة بالنسبة للمحكم الذي يتم تفويضه بالصلح بين الاطراف ، اذ يستند على خبرته كمحكم في التوصل الى الصلح ، بقواعده البسيطة ، و يصبح حكمه نهائي غير قابل للطعن ، فهو يفصل

[1] لائحة مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1996.

[2] محمود مختار احمد البريري ، مرجع سابق ، ص 23 .

[3] مثال ذلك : قانون الإجراءات المدنية المصري لسنة 1949 و مجموعة المرافعات المصرية لسنة 1968 لاسيما المادة 506.

- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 لا سيما المادة 25.

- قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 لا سيما المادة 49.

[4] خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 60.

في النزاع وفقا لقواعد العدالة دون التقيد بقواعد القانون الموضوعي ، و قد يقضى فيه لأحد الطرفين بكامل طلباته [1].

الفرع الخامس : تمييز التحكيم عن غيره من الاليات الأخرى

إن التحكيم كآلية لتسوية منازعات الاستثمار قد يتشابه مع غيره من الاليات البديلة الأخرى ، و ذلك كالصلح و الخبرة و الوكالة ، كما قد يتشابه مع القضاء ، و لذا وجب توضيح الفروق الجوهرية بينه و بين هذه النظم ، حتى يتضح استقلاله عنها .

يمثل اتفاق الأطراف أساس التحكيم و بالتالي فالتمييز يستند على تكييف هذا الاتفاق للنظر فيما اذا كان اتفاق تحكيم ام لا وفقا للقانون الذي يحكمه ، و حسب طبيعة المهمة التي يمنحها و التي قد تكون عملا شبه قضائيا ، او وساطة و محاولة الصلح بين الطرفين ، او يكون تقرير خبير .

و منه سنحاول التمييز بين التحكيم و ما يشابهه من أوضاع من خلال ما يلي :

أولا : التحكيم و الصلح

يعتبر كل من التحكيم و الصلح اليتان بديلتان لتسوية المنازعات ، باعتبارهما من العقود الرضائية ، حيث يتم اللجوء اليهما استنادا إلى إرادة أطراف النزاع ، في انهاء الخصومة بطريقة ودية ، خصوصا في المنازعات التي ترتب حقوقا مالية و لا تتعلق بالنظام العام ، و بالتالي فإنها تقبل الصلح و التنازل[2].

يختلف التحكيم عن الصلح ، لأن الصلح عقد يتم بين أطراف الخصومة أنفسهم أو بمن يمثلونهم ، يعملون بموجبه بالفصل في نزاعاتهم عن طريق نزول كل طرف عن جزء مما يتمسك به

[1] Pierre Edward , l'arbitrage en conciliation , forum international des marc , université paris 2 ,p 12, 2002.

[2] خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 62.

من ادعاءات ، فيحسمان به نزاعا قائما او يتقيان به نزاعا محتملا [1]، و من هنا يتبين ان الصلح يتطلب ثلاثة عناصر هي :

- وجود نزاع قائم او محتمل ؛
- توفر نية حسم النزاع لدى الطرفان ؛
- تنازل كل من الطرفين عن جزء من ادعاءاته .

يتميز الصلح بأنه طريق ودي و لا يفض النزاع بالقوة ، بل يحله بالتراضي ، كما يحقق التجانس بين الافراد و يؤدي الى السلام الاجتماعي و نبذ الشحناء و البغضاء ، و لهذا قيل بان صلحا سيئا خير من قضية ناجحة ، فهو يستند على إرادة الطرفين التي تلعب دورا بارزا طيلة مراحل الخصومة ، عكس التحكيم الذي يبدأ باتفاق الطرفين و ينتهي بحكم المحكم الذي يمكن ان يحكم لطرف بكل ما يدعيه ، فالمحكم يقوم بمهمة شبه قضائية حيث يفصل في النزاع الذي يعتبر قضية تدور إجراءاتها أمامه ، و بهذا يعتبر المحكم شخصا آخر غير أطراف النزاع يتم اختياره من قبلهم ، و الرضا بما يؤول اليه النزاع ، فحكم التحكيم لا يمكن المساس بحجيته إلا بما يقرره القانون ، عكس الصلح اين يمكن ابطاله لعيب من العيوب التي تلحق العقد [2].

يشبه الصلح شكل شرط التحكيم إذا كان سابقا للنزاع ، و مشارطة التحكيم إذا كان لاحقا على نشوب النزاع ، فهو مبني على التفاوض المباشر بين الأطراف ، لهذا صنف بالعمل التعاقدي في حين يتوقف دور الأطراف في التحكيم بتخويل المحكم سلطة الفصل في النزاع بحكم ، فالتحكيم ينتهي بقرار حاسم قابل للتنفيذ مباشرة بعد وضع الصيغة التنفيذية ، و لهذا يمكن وصفه بالعمل شبه القضائي ، اما الصلح فهو طريق ودي يستند على إرادة الأطراف و مدى تجاوبهم مع مسعى الصلح لتسوية النزاع .

---

[1] إبراهيم احمد إبراهيم ، اختيار طريق التحكيم و اثاره ، مداخلة مقدمة الى دورة " اعداد المحكم " المنظمة من قبل مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي ، مصر 29-2004/06.

[2] فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 21.

ثانيا : التحكيم و الخبرة

تعرف الخبرة بأنها استعانة القاضي او الخصوم بأشخاص مختصين للتغلب على الصعوبات الفنية او العملية التي تتعلق بوقائع النزاع ، و ذلك بالقيام بأبحاث و استخلاص النتائج ، لكن في شكل غير ملزم للمحكمة او للخصوم ، فهو غير مخول بإبداء اراء قانونية [1].

من هنا يتم الخلط بين التحكيم و الخبرة لان كل منهما يستند على اللجوء الى طرف ثالث ، كما ان اختيار المحكم يتم بناءا على خبرته ، إلا ان الفرق بينهما يتأسس حول المهمة التي يقوم بها الخبير و المحكم [2]، فالخبير هو شخص فني "طبيب ، أو مهندس ، أو محاسب ، أو مصرفي ، أو غيره.." يقوم بإعطاء رأيه الاستشاري فيما يتعلق بمسألة فنية تتطلبها قضية أو منازعة مطروحة على المحكمة يصعب الإلمام بها فنيا ، و يتم ندبه تلبية لطلب احد الخصوم أو من تلقاء نفس المحكمة ، و هذا الرأي لا يقيد الخصوم و لا المحكمة [3]، أما المحكم فهو يقوم بمباشرة مهنته دون وجود قضية أمام المحكمة و دون حكم بندبه منها لأنه مختار من الخصوم سواء في شرط أم مشارطة تحكيم ، و يصدر قرارا ملزما لأطراف النزاع ، دون أن يكون للقضاء سلطة تقديرية في ذلك.

يرى الدكتور فتحي والي [4]ان المحكم يفصل في نزاع قانوني و يقرر حقوق طرفي النزاع ، اما الخبير فيحدد قيمة شيء او قدره و يفحصه ، كما يدلي برايه الذي يساعد في تبيان حقوق الاطراف ، لكنه لا يفصل في النزاع بين الطرفين و لا يقرر حقوقهما ، و اذا كان عمل الخبير يؤدي أحيانا الى تقرير هذه الحقوق فان هذا يتم بطريق غير مباشر نتيجة لان الطرفين قد اتفقا على ان حقوقهما تعتمد على ما يقرره الخبير من رأي فني ، و هو ما ذهب اليه جانب من الفقه في التفرقة بين التحكيم و الخبرة .

---

[1] حفيظة السيد الحداد ، مرجع سابق ، ص 55.

[2] غسان علي علي ، مرجع سابق ، ص 255.

[3] زينب وحيد دحام ، مرجع سابق ، ص 71.

[4] فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، الطبعة الأولى 2007 ، ص 28.

بما أن الخبير لا يفصل في النزاع و إنما يعين باستجلاء جانب معين منه ، فهو لا يعتبر محكما ، كما لا يوجد هناك ما يمنع أن يكون الخبير محكما و خبيرا في الوقت نفسه ، إذا طلب الخصوم ذلك ليقوم بالفصل في منازعاتهم قاصدين الفصل في النزاع و الاستعانة بخبرته [1]، بشرط أن يتوفر فيه إلى جانب الخبرة أهليته للحكم ، فيما أصبح هذا النوع من التحكيم ذائعا في التجارة الدولية ، لما له من فعالية و مرونة ، خصوصا في مجال المنازعات الاستثمارية الكبرى التي تتطلب الخبرة اللازمة و الكفاءة لدى المحكم ، كما انها تقتصد المال و الوقت ، فعوض ان يلجا الأطراف الى خبير ثم الى محكم ، فتجدهم يسعون الى اللجوء الى من تتوفر فيه الخبرة و كفاءة التحكيم في نفس الوقت .

ثالثا : التحكيم و الوكالة

الوكالة هي علاقة قانونية يكون فيها لشخص معين سلطة تمثيل شخص آخر في عملية تجارية معينة ، يلتزم بمقتضاها الوكيل ان يبرم تصرفا قانونيا باسم و لحساب موكله الذي تنصرف اثار هذه التصرفات اليه مباشرة [2].

يشترك كل من التحكيم و الوكالة في تفويض شخص اخر للقيام بتصرف جائز قانونا [3]، الا أن التحكيم يختلف عن الوكالة بالرغم من وجود العقد في كل منهما ، ذلك لأن الأطراف في عقد التحكيم هما طرفا النزاع ، و موضوعه هو اختيار طرف آخر أجنبي عنهما للفصل فيه ، هو المحكم ، و المحكم مستقل عن الأطراف أثناء تأديته مهمته ، و يخضع لسلطان ضميره ، و القانون الذي يحكم النزاع ، و تصبح له صفة القاضي ، و لا يملك الخصوم التدخل في عمله و يكون حكمه ملزما لهم [4]، أما طرفا عقد الوكالة هما الموكل و الوكيل ، و موضوعه هو تخويل الوكيل ذاته سلطة

[1] فؤاد محمد محمد أبو طالب ، مرجع سابق ، ص 132.

[2] Stifan jupe , op cit , p 56.

[3] خالد كمال عكاشه ، مرجع سابق ، ص 67.

[4] احمد عبدالكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 72.

النيابة عن الموكل في عمل من الأعمال القانونية ، فيما يبقي الوكيل مرتبطا بالموكل عند تأديته للعمل الموكل فيه ، حيث يؤتمر بأوامره و لا يكون له أكثر مما أوكل فيه ، فإن تعدى ذلك كان للموكل أن يتنصل من العمل الذي أجراه لحسابه[1].

رابعا : التحكيم و القضاء

يستجمع التحكيم عناصر العمل القضائي كالادعاء و النزاع و العضو ، فالمحكم يقوم بعمل القاضي عن طريق تحقيق فعالية القواعد القانونية التي تحكم العلاقة محل النزاع .

يعتبر اللجوء للقضاء حقا عاما ، لا يحتاج إلى اتفاق من أطراف النزاع ، فكل من له حق يدعيه لدى الطرف الآخر ، أن يلجأ للقضاء بطلب الحماية القضائية لحقه الذي ينازعه فيه الآخر ، و دون حاجة لموافقة الطرف أو الخصم الآخر ، او الاستناد إلى نص خاص [2]، بينما يستند اتفاق التحكيم على الإرادة في اللجوء اليه سواءا ورد في شكل شرط تحكيم او مشارطة تحكيم ، فالمحكم شخص خاص يقوم بإصدار حكمه بناءا على الاتفاق المبرم بين الأطراف في الخصومة ، و هذا الاتفاق هو مصدر سلطاته ، و لا يتلقى أي سلطة من الدولة ، و بذلك لا يعتبر التحكيم جزء من الجهاز القضائي في الدولة [3].

باعتبار أن التحكيم اتفاق ، و أنه ليس خلق الدولة ، فهو لا يسهر في سبيل العمل على احترام القواعد الآمرة في نظام قانون معين ، و بالتالي فإنه يؤدي إلى ترك المجال واسع و الحرية الكبيرة في اختيار المحكم و النظام القانوني الملائم للحكم في الخصومة المطروحة غير مقيد بهذا أو ذاك ، من أنظمة القانون الدولي الخاص ، أو قواعد الإسناد ، و الذي يكون بصفة مؤقتة ، أي في نزاع معين فقط ، و هو ما يجعله يختلف عن القاضي الذي يبقى عمله عاما و دائما ، يستند فيه الى تطبيق القانون .

---

[1] مُحَمَّد نعيم علوة ، مرجع سابق ، ص 46.

[2] احمد أبو الوفا ، مرجع سابق ، ص 456.

[3] فؤاد مُحَمَّد مُحَمَّد أبو طالب ، مرجع سابق ، ص 75.

خامسا : التحكيم و التوفيق او الوساطة

يعتبر كل من التحكيم و التوفيق و الوساطة اليات بديلة لتسوية النزاعات ، إلا انها تختلف في كيفية ادارتها للنزاع ، حيث عرفت المادة 1-3 من القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي التوفيق بأنه عملية يطلب فيها الطرفان من شخص ثالث – الموفق – مساعدتهما في سعيهما الى التوصل لتسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة قانونية عقدية او غير عقدية او لنزاع متصل بهذه العلاقة [1]، حيث يظهر من هذا ان التوفيق يرمي الى تدخل شخص ثالث للتقريب بين الطرفين المتنازعين لكنه لا يملك صلاحية الفصل في النزاع او اصدار الاحكام الملزمة و هذا جوهر الاختلاف مع عمل المحكم .

فيما يقوم الوسيط الذي يختاره الطرفان للقيام بالوساطة بينهما بعرض اقتراحات مناسبة لفض النزاع ، دون ان يفرض أي تسوية ملزمة بينهما ، فهو يعد وسيطا و ليس محكما [2]، و ينتهي عمله بإعداد محضر الوساطة دون أي قرار او حكم ، كما لا تمنع توصية لجنة الوساطة الطرفين من اللجوء الى التحكيم او القضاء .

يعتبر كل من التوفيق و الوساطة اليتين بديلتين لتسوية المنازعات سابقين على التحكيم ، فكل المراكز و هيئات التحكيم تحث المتنازعين على اللجوء اليهما قبل التحكيم لعدة اعتبارات منها :

- ان التوفيق و الوساطة طريقين وديين اقل تكلفة و حفاظا على العلاقات بين المتنازعين ؛
- غياب الطابع الالزامي لاحكام التسوية عن طريق التوفيق و الوساطة بالمقارنة مع التحكيم ، فالموفق و الوسيط يقترحان ، بينما المحكم يصدر احكاما ؛
- تسوية النزاع في وقت وجيز عن طريق التوفيق او الوساطة بالمقارنة مع التحكيم .

[1] خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 70.

[2] Robert coulson , professional mediation of civil disputes , copy right 1994, American arbitration association , www.adr.org , in 27/08/2019.

المطلب الثاني : الاليات البديلة ذات الطابع التفاوضي

تأتي الوساطة و التوفيق و المفاوضات على راس الاليات البديلة ذات الطابع التفاوضي ، التي تستند على التقريب بين الفرقاء و مساعدتهم على رؤية موقفهم الضعيف بهدف الوصول الى اتفاق مشترك ، سواء بمساعدة طرف ثالث او بدونه .

تعتمد هذه الاليات بصورة رئيسية على عملية التفاوض بهدف الوصول الى تسوية النزاع القائم ، من خلال التحاور و تبادل الاقتراحات [1]، او التقريب بين رؤى و وجهات النظر بين الأطراف بغية التوصل الى اتفاق يؤدي الى تسوية قضية او قضايا نزاعية بينها ، و التي تحتاج الى تفاعل حقيقي لهذه الأطراف تبعا لوجود مصالح مشتركة بينهم يتعذر تحقيقها دون الاتصال و الحوار حول موضوع النزاع .

قد يتم حل الكثير من النزاعات عبر المفاوضات المباشرة بين اطراف النزاع دون الحاجة لوسيط او موفق ، إلا انها قد تتعثر في أي مرحلة ، او ان حدة النزاع لا تسمح بمفاوضات مباشرة في بعض الأحيان ، نظرا لرفض احد الأطراف التفاوض مع الطرف و الاتصال به مباشرة بسبب الاخلال بالالتزامات المتعاقد عليها ، و هذا ما يحتم الاستعانة بطرف ثالث قد يكون وسيط او موفق للمساعدة و التقريب بين الأطراف [2]، دون اللجوء الى القضاء الوطني لأي دولة ، و هو ما يجعل لها اثرا إيجابيا في تجنب الإجراءات الطويلة و التكاليف الباهظة التي يتحملونها ، و اختصار الوقت ، و تسهم في الإبقاء على استمرار العلاقات التجارية و الاستثمارية ، التي تعتبر عاملا مهما جدا تتيحه هذه الاليات لان الاستثمار هو رؤوس أموال و حركة مستمرة ، و هذا ما جعل هذه الاليات تتبوأ مكانة مهمة في هذا النوع من العقود .

لذا سنتطرق لكل من الوساطة و التوفيق ثم المفاوضات من خلال الفروع الاتية :

---

[1] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 185.

[2] إبراهيم الشيهاوي ، مرجع سابق ، ص 99.

الفرع الأول : الوساطة

الوساطة "médiation" هي الية من الاليات البديلة لتسوية المنازعات ، يقوم بها الوسيط ، الذي يعمل على تسهيل الحوار بين الطرفين المتنازعين و مساعدتهما على التوصل لتسوية النزاع [1]، و توصف الوساطة بأنها النواة الحقيقية لنظام الاليات البديلة باعتبارها المحرك الرئيسي لإيجاد حل توافقي بين المتنازعين [2].

يقوم نظام الوساطة على توفير ملتقى لأطراف النزاع ، للاجتماع و الحوار ، بهدف حل الخلافات و إزالة سوء التفاهم ، سواء من خلال الحوار المباشر او عن طريق الوسيط ، الذي يقترح الحلول المناسبة على الأطراف ، و التي من شانها تسوية النزاع بالطريقة الملائمة و المتوازنة ، حتى انه في بعض الأحيان يقتصر دور الوسيط على جمع اطراف النزاع و توضيح أسبابه فقط ، و يتم التوصل الى التسوية مباشرة بعد الاتصال المباشر بينهما ، حيث يقترحان الحل المتوازن الذي يزكيه الوسيط فقط .

للتفصيل في الوساطة ، سنتطرق الى تعريفها اولا ، ثم نشاتها و تطورها في تسوية منازعات الاستثمار الاجنبي ، قبل ان نستعرض خصائصها و انواعها على النحو التالي :

أولا : تعريف الوساطة

1- التعريف اللغوي

الوساطة لغة من أصل وسط ، و وسط يعني ما يتوسط الشيء كبيرا كان او صغيرا ، كثيرا كان أو قليلا ، و تعني أيضا ما يتوصل به إلى الشيء [3]، أو يقال يسط وسطا وسطة المكان و القوم بمعنى جلس وسطهم و كان يحكم بينهم بالعدل و الانصاف ، وساطة القوم : توسط في

[1] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 294.

[2] Charles jarrosson , op cit , p 329.

[3] مصطفى محمد الدوسكي ، مرجع سابق ، ص 107.

الحق و العدل [1]، و الوسيط أي المتوسط الساعي بالتوفيق بين المتخاصمين و اوسطهم أي اقصدهم الى الحق .

2- التعريف الاصطلاحي

الوساطة اصطلاحا فهي أحد الحلول البديلة لتسوية النزاعات Adr ، يقوم بها طرف محايد ثالث هو " الوسيط " الذي يستند عمله على تسهيل و تسيير عملية التفاوض بين الطرفين المتنازعين ، من خلال تدارس أسباب النزاع و جوانبه و محاولة التوصل الى الحل التوافقي عن طريق اقتراحاته التي يقدمها للأطراف ، بينما لا يملك الوسيط سلطة فرض قرار أو حل ، الا اذا وافق الطرفان عليه ، كما عرفت الوساطة انها مسعى ودي يقوم به شخص ثالث من أجل نزاع قائم بين طرفي النزاع [2]، و هي عملية ودية يقيم فيها الأطراف المتخاصمة عدالتهم بمساعدة الغير .

و الوساطة هي عملية توسط طرف ثالث بين متخاصمين للإصلاح بينهم [3].

3- التعريف الفقهي

ذهب جانب من الفقه الى ان الوساطة هي عملية ودية يقيم فيها الأطراف المتخاصمة عدالتهم بأنفسهم بمساعدة الغير [4]، كما ذهب جانب اخر من الفقه الى ان الوساطة هي الية لتسيير عملية المفاوضات بين الأطراف ، يقوم بها طرف محايد بهدف مساعدة اطراف النزاع للتوصل الى حل النزاع القائم بينهم ، و هي تتطلب مهارات في الوسيط تمكنه من الحوار و

---

[1] معجم المصطلحات القانونية ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، مج 2 ، بيروت – لبنان ، 1998.

[2] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 294.

[3] احمد أبو الوفا ، مرجع سابق ، ص 659.

[4] خالفي عبداللطيف ، الوسائل السلمية لتسوية المنازعات ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، القاهرة – مصر 1982 ، ص 122 .

التواصل مع الأطراف لتقريب وجهات نظرهم و تسهيل توصلهم الى حل نزاعهم على نحو مقبول منهم [1].

كذلك ذهب جانب ثالث من الفقه الى ان الوساطة تعني الاستعانة بطرف اجنبي عن النزاع تسمح له مؤهلاته الشخصية و تجربته في المجالات الاقتصادية و الاجتماعية بالمساهمة في إيجاد حل للنزاع ، حيث يتقدم الوسيط بعد إجراءات البحث و التحقيق بتوصية لحل النزاع لا تتمتع بأي قوة تنفيذية او الزامية ما لم يقبلها الطرفان [2].

كما عرفها الأستاذ : Philippe luyet [3] بأنها : « un processus amiable dans lequel des personnes qui s opposent se font justice a elles mêmes avec l aide d un tiers . »

و عرفها اخرون بأنها تعني تدخل شخص من الغير بين اطراف النزاع ، حيث يؤدي دورا اكثر إيجابية من ذلك الذي يتم في اطار المساعي الحميدة [4]، او هي إحدى الطرق الفعالة لفض المنازعات بعيدا عن التقاضي و ذلك من خلال إجراءات سرية تكفل الخصوصية بين أطراف النزاع ، من خلال استخدام وسائل و فنون مستحدثة في المفاوضات بغية الوصول إلى تسوية ودية مرضية لجميع الأطراف [5].

4- تعريف الوساطة وفق الهيئات الدولية و التشريعات الوطنية

وضعت غرفة التجارة الدولية "ICC" ، تعريفا للوساطة وفق تدخل الطرف الوسيط و مهامه ، و ذلك بأنها عبارة عن : الصيغة التي بمقتضاها يتدخل الغير المحايد " tiers

[1] قشي الخير ، مرجع سابق ، ص 211.

[2] مصطفى المتولي قنديل ، مرجع سابق ، ص 313.

[3] Phillipe luyet , arbitrage et médiation , comparaison dans un cas pratique , mémoire , université de Lausanne , 2016 , p 17.

[4] مصطفى مُحَّد الدوسكي ، مرجع سابق ، ص 108.

[5] زينب وحيد دحام ، مرجع سابق ، ص 42.

impartial " بصفته مسهلا "facilitateur" ، بغية مساعدة الأطراف أو الفرقاء المتنازعين في بذل الجهود للوصول إلى تسوية ودية لنزاعهم [1].

كما تطرق مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في " قواعد الوساطة " الصادرة سنة 2013[2] الى تعريف الوساطة على النحو التالي : " الوساطة هي التي يتولى بموجبها شخص محايد ، يعين بواسطة اطراف النزاع او نيابة عنهم ، معاونتهم بشكل فعال ليتوصلوا الى تسوية النزاع او الخلاف مع تحكمهم الكامل في قرار التسوية و بنود اتفاق التسوية " ، و نصت المادة 65 -1 من " قواعد الوساطة و التوفيق " الصادرة عن الغرفة العربية سنة 2013[3] على ان " الوساطة هي اتفاق أطراف علاقة قانونية عقدية كانت او غير عقدية ، على عرض المنازعات التي نشأت او يمكن ان تنشا عنها ، و يجوز بشأنها الصلح ، على وسيط او اكثر محايد يعينونه او يتفقون على طريقة تعيينه لتسويتها وديا بإبرام اتفاق ملزم لهم "

نظم المشرع الجزائري الوساطة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09[4] ، بموجب مواده من 994 الى 1005 ، إلا انه لم يتطرق الى تعريف واضح لها ، بل نص على الإجراءات الواجب اتباعها في سير عملية الوساطة القضائية ، اما قانون المرافعات المدنية الفرنسي رقم 125[5] 125[5] فعرف الوساطة في المادة 21 منه على انها : تعني كل عملية منظمة أيا كانت التسمية التي التي يحاول من خلالها طرفان او اكثر الوصول الى اتفاق حول الحل الودي لمنازعتهم ، بمساعدة شخص من الغير – الوسيط – يختارونه او يعينه القاضي باتفاق الأطراف " ، اما قانون المرافعات

[1] خالفي عبداللطيف ، الوسائل السلمية لتسوية المنازعات ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، القاهرة – مصر 1982 ، ص 123.

[2] قواعد الوساطة لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 2013 المتاحة على الرابط : www.crcica.org/rules/mediation ، 2019/09/02 .

[3] قواعد الوساطة و التوفيق للغرفة التابعة لجامعة الدول العربية و هي من اعداد د. احمد عبدالكريم سلامة .

[4] قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 25-02-2008.

[5] قانون المرافعات المدنية الفرنسي رقم 125 المؤرخ في 08-02-1995.

المدنية المغربي رقم 5 لسنة 2008[1] فنص على ما يلي في المادة 56-1 منه : " اتفاق الوساطة هو العقد الذي يتفق الأطراف بموجبه على تعيين وسيط يكلف بتسهيل ابرام صلح لإنهاء نزاع نشا او قد ينشا فيما بعد " .

و يقصد بالوساطة عامة تدخل طرف ثالث محايد بين طرفي النزاع من أجل الوصول إلى صيغة نهائية لتسوية هذا النزاع ، او هي آلية لحل المنازعات وديا بين فريقين أو أكثر بواسطة شخص ثالث محايد يلعب دور الوسيط و يقوم بتوجيه المفاوضات و تسهيلها و المساعدة على إعطاء الحلول كما تعرف انها اجراء غير ملزم يقوم به شخص محايد ثالث بهدف التوصل إلى حل النزاع بين أطرافه بعد أن تتم تسميته و الاتفاق عليه [2]، يتمثل جوهر عمله في مساعدة الأطراف على الاجتماع و الحوار و تقريب وجهات النظر و تقييمها و التوصل إلى حل وسط يقبله الطرفان عن طريق الخيارات التي يطرحها .

يتضح من خلال ما سبق أن الوساطة هي احدى الوسائل الفعالة لتسوية المنازعات التي تطورت بشكل لافت ، و هذا ما جعلها توصف بالنواة الحقيقية لنظام الاليات البديلة بما انها تشترك مع هذه الاليات في تدخل الطرف الثالث ، كما بإمكان القائم بهذه الاليات ان يكون وسيطا سواء كان محكما او مصلحا او موفقا ، فجميع هذه الاليات يمكن ان تنتهي بالوساطة في تسوية النزاع ، و هذا طبعا بعيدا عن عملية التقاضي ، و هو ما يسعى اليه اطراف النزاع في العملية الاستثمارية تبعا لما يخلفه التقاضي من هدر للجهد و الوقت و التكاليف ، حيث يختارون أحد الأشخاص الخارجين عن المنازعة سواء كان حرا او ضمن احد المراكز او الهيئات الخاصة ، و هو ما يسمى الوسيط " médiator" ، الذي يجب ان يتمتع بقدرات و مهارات شخصية إضافة الى الدراية و الخبرة الكافية في تسوية النزاعات ، و التي تمكنه من تسوية النزاع بعد الاستماع إلى أطرافه ، و جمع المعلومات الكافية حول النزاع و دراسة جميع جوانبه ، و محاولة إيجاد الحلول

[1] قانون المرافعات المدنية المغربي رقم 5 لسنة 2008.

[2] احمد عبدالكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 321.

التي تناسب الطرفان قبل ان يعرضها عليهم في صورة توصية غير ملزمة ، و يحاول اقناعهما بذلك حفاظا على المصالح المشتركة بينهما خصوصا في العملية الاستثمارية ، قبل ان يقوم بتحرير اتفاق التسوية بينهما و توقيعه من الطرفين لإسباغ الشكل القانوني عليه بما يترتب على ذلك من التزام الأطراف به .

ثانيا : نشأة و تطور الوساطة في منازعات الاستثمار الأجنبي

يعود اصل الوساطة في اللغة اللاتينية إلى كلمة "ميدياتوس" و"ميدياتور" ، بمعنى توسط ، أي يعني ذلك الشخص الذي لا علاقة له ، و لا اتصال له بشيء أو بشخص إلا بطريقة غير مباشرة ، عن طريق وسيط ، او بمعنى الشخص الذي يتوسط أو الذي يتم اختياره بغرض الوصول إلى اتفاق[1].

ظهرت الآثار الأولى للوساطة في الحضارة اليونانية تأسيسا على فلسفة ذلك العهد التي كانت تهدف إلى بيان ما هو أصلح في الفرد و توخي العقلانية في العلاقات الإنسانية ، و هي بذلك شكل قديم جدا من العدالة و حل النزاعات ، حيث يعتبر أقدم من عدالة الدولة في حد ذاتها [2]، و إذا كانت الوساطة تتم في السابق بشكل بسيط قائم على اصطلاح ذات البين ، و نابعة من العادات و التقاليد السائدة في المجتمع ، فقد كانت مطبقة في العهد القديم في فرنسا بمفهوم المصالحة ، و استخدمت من جديد بعد الثورة الفرنسية عام 1789 [3].

عرفت الولايات المتحدة الامريكية في الستينات من القرن الماضي ظهور اول مشروع حديث للوساطة كآلية لتسوية المنازعات المدنية و التجارية ، خصوصا مع انشاء ما يعرف ب " المحاكم المصغرة " " mini trial" التي كانت تشرف على تسوية منازعات الاستثمار و التجارة

[1] Bruno deillard , la médiation et la conciliation en loi commercial , article publie sur revu de chercheur juridique , n 336 , faculté de droit , université de Metz , 2001 , p 231.

[2] احمد أنور ناجي ، مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات و علاقتها بالقضاء ، بحث متاح على العنوان الالكتروني : www.lawjo.net . بتاريخ 2019/03/31

[3] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 300.

في الولايات المتحدة الامريكية ، عن طريق توسط وكلاء بين الأطراف المتنازعة الذين لهم خبرة و كفاءة في ميدان الاستثمار ، قبل ان تنتقل لأوروبا بمبادرة من بعض القضاة الفرنسيين [1]، حيث تم اللجوء اليها في تسوية نزاعات العمل ، ثم أصبحت الية رسمية لتسوية النزاعات التجارية و تم النص عليها بموجب القانون رقم 322/79[2] المتعلق بالوساطة في المعاملات التجارية ، كما ساهمت الحركة الاستثمارية الأجنبية و تطور تبادلات التجارة الدولية ، و ما نتج عنها من منازعات ذات طبيعة خاصة في تفعيل الوساطة و انتشارها في منازعات الاستثمار و اصبح اللجوء اليها ضرورة ملحة قبل التحكيم و القضاء ، لاسيما في القوانين الانجلوساكسونية التي عرفت بإجراءات مطولة و تكاليف مرتفعة .

كما أدت الاتفاقيات الدولية بخصوص الوساطة و التوفيق[3] الى تنظيم الكثير من التشريعات الداخلية للدول لهذه الاليات كبديل عن التقاضي في المسائل المدنية و التجارية ، و حتى التحكيم نظرا لبساطتها و مرونتها بالمقارنة معه ، و هو ما تزامن مع استحداث هيئات و مراكز دائمة لتسوية النزاعات عن طريق الوساطة و التوفيق الدوليين [4]، بالإضافة الى اعتمادهما من طرف مراكز التحكيم و الغرف التجارية و الصناعية كحلولا بديلة يتم اللجوء اليها قبل التحكيم .

ثالثا : خصائص الوساطة و أنواعها

1: خصائص الوساطة

للوساطة عدة خصائص و مميزات في تسوية المنازعات ، منها ما جعلها الية فعالة يتوجب اللجوء في بعض أنواع النزاعات و هو ما يميزها عن باقي الاليات الأخرى ، و هي تتمحور حول ما يلي :

---

[1] Bruno deillard , op cit , p 232.

[2] قانون رقم 322/79 مؤرخ في 1979/06/11 في فرنسا متعلق باجراءات الوساطة في المعاملات التجارية .

[3] على سبيل المثال : الاتفاقية الأوروبية للوساطة و التوفيق سنة 1971 بين دول شرق أوروبا ، و اتفاقية دول أمريكا اللاتينية و الصين للوساطة و التحكيم في المنازعات التجارية سنة 1972.

[4] مثال ذلك : مركز واشنطن للوساطة و التوفيق سنة 1976 ، و غرفة الوساطة التجارية الدولية بهولندا سنة 1981 .

- الوساطة هي رد على حاجة ملحة و عاجلة ، للتوصل إلى تسوية تسمح للخصوم بتسوية النزاع القائم بينهم بالطريقة الملائمة ؛
- الوساطة هي تدخل طرف محايد بين خصمين متنازعين ؛
- الوساطة هي وسيلة مرنة لأنها غير مقيدة بإجراءات و شكليات و تعقيدات ، حيث تتيح للأطراف إمكانية تحديد مواضيع النزاع بشكل واضح و جلي[1] ؛
- الوساطة الية سريعة تهدف إلى اختصار الوقت ، فأطول وساطة تستمر عادة من شهر إلى ستة أشهر ، و هي مهلة قصيرة مقارنة بالدعوى أمام ساحات القضاء التي يمكن أن تستغرق سنوات ؛
- الوساطة وسيلة اختيارية يتم اللجوء اليها بناءا على حرية الأطراف [2]؛
- تكفل الوساطة قدرا من الخصوصية و السرية اثناء العمل بها ، بحيث لا يمكن الإدلاء بأية تصريحات أو اقتراحات تمت أمام الوسيط ، و لا يمكن استعمالها لاحقا خصوصا في أية إجراءات قضائية أو تحكيمية ، كما يلتزم كل من يشارك في الوساطة بما في ذلك الوسيط و الفرقاء و ممثلوهم و المستشارون و الخبراء و كل من يحضر أثناء الاجتماعات بعدم افشاء ما يطلع عليه من معلومات أو احتفاظ بنسخ عن المستندات المقدمة [3]؛
- الوساطة قليلة الكلفة ، إذا ما قورنت بنفقات التحكيم و تكاليف القضاء ، إذ يتقاسم الفرقاء المتنازعون مصاريف الوساطة بما فيها اتعاب الوسيط اذا كان اللجوء إلى الوساطة قد تم برضا الفريقين ، و في حالة عدم التوافق على توزيع الكلفة ، فإنها تكون على عاتق الطرف الذي تبنى مبادرة اللجوء إلى الوساطة [4]؛

---

[1] احمد عبدالكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 332.

[2] زينب وحيد دحام ، مرجع سابق ، ص 75.

[3] مُحَمَّد سعيد علوان ، دور الوساطة في تسوية النزاعات الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، القاهرة – مصر ، 1999، ص 196.

[4] اميرة جعفر شريف ، مرجع سابق ، ص 63.

- الوساطة تسمح للفرقاء بالسيطرة على النزاع في كل مراحل تسويته ، بحيث يمكنه التخلي عن الوساطة في أي وقت دون أن يكون في وسع أي منهم التمسك بأي مما أبداه أو اقتراح طرحه أثناء الوساطة ؛
- الوساطة تسمح لكل طرف بالإدلاء للآخر بما يراه مناسبا ، و تقديم تفسيراته و تبريراته للنزاع من خلال إعادة النقاش و تبادل الآراء حوله ؛
- الوساطة تحافظ على العلاقات المستقبلية كما تحافظ على استمرارية العلاقة بين اطراف النزاع ، أي تبقى العلاقات الودية بين الخصوم في الوساطة بعكس الخصومة القضائية التي تؤدي في الغالب إلى قطع مثل تلك العلاقات [1]؛
- لما كانت اتفاقية التسوية في الوساطة هي من صنع اطراف النزاع ، فإن تنفيذها على الأغلب سيتم برضائهم ، لأنه يتفق مع مصالح كل طرف على مدى طويل و قابل للتنفيذ دون صعوبة ، بعكس الحل القضائي الذي يتم تنفيذه جبرا.

2: أنواع الوساطة

اتخذت الوساطة أنواع و فروع مختلفة منذ ظهورها ، إلا أن التقسيم الرئيسي الذي اعتمدته التشريعات و مراكز و هيئات الوساطة لتسوية المنازعات هو تصنيفها إلى نوعي الوساطة القضائية و الوساطة الاتفاقية [2]، إلا ان هذا النوع الأخير هو الشائع في منازعات الاستثمار الأجنبي ، نظرا لطبيعتها و بناءا على إرادة الأطراف في العملية الاستثمارية التي تتطلب اليات اكثر سلاسة و سرعة في تسويتها [3].

من المعروف ان يبحث أطراف النزاع في الوساطة عن قضاء توافقي و تفاوضي ، لذلك فإن الوساطة هي مرحلة مهمة و حساسة في تسوية النزاعات ، تستند بالأساس على طرح الرؤى

[1] مصطفى مُحَمَّد الدوسكي ، مرجع سابق ، ص 153.
[2] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 305.
[3] احمد عبدالكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 143.

ووجهات النظر حول موضوع النزاع و محاولة التقريب بينهما ، و هو ما اسمته بعض التشريعات بالوساطة التوافقية أو الاتفاقية ، و هي تختلف عن الوساطة القضائية التي يشرف عليها القضاء .

الواضح مما سبق ان الاتفاق و التراضي بين اطراف النزاع هما أساس الوساطة ، و ذلك على عدة مسائل تتمثل في :

- اختيار الوساطة كآلية لتسوية النزاع بينهم ؛
- الاتفاق على الوساطة هو التزام من اطراف النزاع بمساعدة الوسيط في مهمته [1]؛
- يعتمد سير عملية الوساطة على تراضي الأطراف في اتفاقهم على قبول مبدأ الاتصال و النقاش و التعاون بصدق مع الوسيط لحل النزاع ؛
- ان نتيجة الوساطة لا قيمة لها ما لم يقبلها اطراف النزاع ، فلهم حق الاخذ بما توصل اليه الوسيط او رفضه [2].

هذا ما جعل جانب من الفقه يغلب الصفة الاتفاقية للوساطة بما انها تبدأ باتفاق الأطراف و تستند عليه في قبول ما تم التوصل اليه ، و هذا ما سنراه فيما يلي :

ا –الوساطة الاتفاقية :

هي ما يتم اللجوء إليها إما باتفاق الأطراف بعد حصول النزاع ، أو بموجب نص في العقد [3]، حيث يتفق الأطراف على اختيار الوسيط دون اللجوء إلى المحكمة ، كما يجوز لأحدهم الطلب من المحكمة تحديد وسيط معين اذا كان ذلك من شروط الاتفاق بينهم ، أو كان هناك اتفاق على

[1] عمر هاشم محمد صدقة ، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية – مصر ، بدون سنة نشر ، ص 155.

[2] محمد عبد الودود أبو عمر ، الحماية الدولية للاستثمار الاجنبي المباشر في اطار اتفاقيات الاستثمار الثنائية ، دار وائل للنشر و التوزيع ، عمان – الاردن ، ط 1 ، 2017 ، ص 117.

[3] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 307.

الوساطة بشكل عام دون اتفاق على أن المحكمة تتولى تحديد الوسيط اذا لم يتم الاتفاق عليه من الأطراف ، هذا و يتم اثبات الاتفاق خطيا و يوقع عليه أطراف النزاع و محاميهم [1].

و هذا ما يميز الوساطة الاتفاقية عن غيرها ، من حيث أنها تتم بالاتفاق بين الأطراف عند ابرام العقد أو عند نشوب النزاع ، و هي طريق غير قضائي لحل النزاع ، خلافا للوساطة القضائية التي تتم بعد رفع الدعوى ، او عن الوساطة في القطاع العام ، خصوصا تلك التي يختص بها ما يسمى ب " وسيط الجمهورية le médiateur de la république " التي ظهرت في عدة دول منها فرنسا و الجزائر أو تونس أو لبنان [2]، تشبها بفكرة "ombudsman"[3] المعمول بها في الدول الاسكندنافية و غيرها ، علما أن بعض الفقهاء الفرنسيين يفضلون استبعاد مصطلح " وساطة " في القطاع العام و استبداله ب " المصالحة " او " التوفيق " لأن التقنيات المستخدمة تشير إلى المصالحة أكثر منها إلى الوساطة [4].

تطور مفهوم الوساطة الاتفاقية مع انتشار هذا النظام ، بظهور مفاهيم اكثر دقة و بعد للوساطة ، و التي استخلصت من عملية التوسط و عمل الوسيط في حد ذاته ، منها ما يصنف الوساطة الاتفاقية القائمة على الحقوق عن غيرها القائمة على المصلحة [5]، حيث يقوم الطرف المحايد الوسيط في الوساطة القائمة على الحقوق بتقديم تقديره لأسس القضية و نتيجتها المحتملة للطرفين ، و في هذا النوع يكون التركيز أكثر على النزاع الآني و تركيز حصري على الحقوق عوضا عن الصراع الأساسي ، و مع ذلك ، يشجع المساومة المبنية على المواقف الانية و يضعف من

---

[1] الخير قشي ، مرجع سابق ، ص 107.

[2] مازن ليلو راضي ، النظم البديلة لتسوية النزاعات الدولية ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، ط 1 ، بيروت – لبنان ، 2011 ، ص 211.

[3] ombudsmen: هو نظام تأسس في السويد بموجب دستور 1809 ، و يعني هذا المصطلح : المفوض و هو شخص مكلف من البرلمان يتلقى الشكاوى حول العراقيل البيروقراطية و يتخذ خطوات لحل تلك المشاكل ، بالتوسط بين الإدارة و الشخص المدعي ، ثم انتقل الى الولايات المتحدة الامريكية و بعض البلدان الأوروبية .

[4] محي الدين القيسي ، الوساطة و المصالحة و المفاوضات ، وسائل بديلة لحل الخلافات التجارية ، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى العربي الاول حول التحكيم و الوسائل البديلة لتسوية المنازعات ، بيروت 2010 ، ص 19.

[5] سهيل حسين الفتلاوي ، النظام القانوني لعقد الاستثمار ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت – لبنان ، 2017 ، ص 79.

القيمة الأساسية الجوهرية لآلية التوسط ، فالفريقان لهما الحرية في قبول تقدير الوسيط أو تعديله أو رفضه

أما الوساطة القائمة على المصلحة ، فهي تسعى لتركيز اهتمام الأطراف على مصالحهم الأساسية و ليس على الحصيلة المحتملة للتقاضي و التي تختلف حسب طبيعة كل نزاع و اطرافه ، فنجد هذا النوع خصوصا في منازعات الاستثمارات الكبرى ، اين يحاول الوسيط تحديد الأسباب التي تجعل الأطراف يتخذون مواقف حول مسائل معينة ، و التي يراعى فيها مصالح الأطراف التجارية و الاستثمارية كأولوية أولى [1]، و تشجيعهم على إيجاد خيارات جيدة لتحقيق مصالحهم ، ثم يركز الوسيط على المعايير الموضوعية التي غالبا ما يضعها الأطراف لمساعدتهم على الاختيار من بين الخيارات المتاحة لهم ، عندئذ يقرر الأطراف أي الخيارات هو الأفضل و يأخذون به و للوساطة القائمة على المصلحة فوائد عديدة منها :

– التعبير عن مصالح الأطراف و احتياجاتهم بطريقة أفضل بكثير مما هو عليه الحال في الحلول البديلة القائمة على الحقوق أو في المحكمة [2].

– مساهمة الأطراف في صياغة الحل الذي يتم التوصل إليه بالنهاية بعد دراسة كل الخيارات المتاحة لهم ، و هو ما يمكنهم من المحافظة على مصالحهم التجارية و غيرها من المكاسب التي يرغب الفرقاء في الحفاظ عليها.

– اقتناع الطرفين المتنازعين بالحل الذي تم الوصول إليه من خلالهما و الموافقة عليه ، و الالتزام بضمان تنفيذه.

– ان هذا النوع من الوساطة يتصف بالسرعة و المرونة [3].

---

[1] مصطفى المتولي قنديل ، مرجع سابق ، ص 177.

[2] منى محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص 203.

[3] مازن ليلو راضي ، مرجع سابق ، ص 213.

– يساهم هذا النوع من الوساطة في تحسين العلاقات بين الطرفين ، أو على الأقل عدم الاضرار بها بعد تسوية النزاع ، على العكس تماما من التقاضي العادي الذي يؤدي إلى تدهور هذه العلاقة بصدور احكام قضائية قد تولد الاحقاد و الضغينة بين اطراف النزاع ،

– تعتبر الوساطة الاتفاقية اهم انواع الوساطة التي تترجم الارادة الكاملة للاطراف ، فهم من يقررون اللجوء اليها لتسوية النزاع بينهم ، كما يختارون الوسيط و يحددون مهامه ، و يمكن للاطراف انهاءها ، على عكس الوساطة القضائية .

بالنظر الى التطور التاريخي الذي عرفته الوساطة ، فنجد ان الوساطة الاتفاقية معمول بها في النظم الانجلوسكسونية و بالأخص في الولايات المتحدة الامريكية التي كانت مهد هذا النظام ، أي تميزت بانتشارها في عقود الاستثمار ، كآلية يتم اللجوء اليها لتسوية جميع المنازعات التي تنشا بين أطرافها ، حيث لا يشترط فيها ان تكون بعد قيد الدعوى بل يمكن ان تكون قبل ذلك [1].

نصت العديد من التشريعات الوطنية للدول على نظام الوساطة الاتفاقية كآلية لتسوية النزاعات الاستثمارية ، و هذا نتيجة لتطور هذا النظام و فعاليته في تسوية هذا النوع من النزاعات ، فأصبحت بذلك النظام الأكثر شيوعا في العقود الاستثمارية ، خصوصا بعد ارتفاع تكاليف التحكيم و طول اجراءاته ، فنجد ان قانون الاستثمار الجزائري 16-09[2] قد تضمن هذا النوع في تسوية النزاعات التي قد تنشا بين الدولة الجزائرية و المستثمر الأجنبي ، حيث استعمل مصطلح " المصالحة " في مادته 24[3] ، و هو ما ذهب اليه القضاء الفرنسي في وصف الوساطة الاتفاقية على انها مصالحة بين اطراف النزاع يتم ابرامها بواسطة شخص ثالث و باتفاق

[1] Bruno deillard , op cit, p 235.

[2] قانون رقم 16-09 متعلق بترقية الاستثمار في الجزائر .

[3] نصت المادة 24 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار في الجزائر على :" يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر , او يكون بسبب اجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا , إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية او متعددة الأطراف ابرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة و التحكيم , او في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص"

اطراف النزاع ، كما تضمن قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 نظام الوساطة الاتفاقية لتسوية النزاعات الاستثمارية و جعلها اجراء استباقي قبل اللجوء الى التحكيم ، و هذا ما اعتمده المشرع الأردني في قانون التحكيم الأردني رقم 31 ، حيث أتاح اللجوء الى الوساطة الاتفاقية في تسوية النزاعات الاستثمارية [1].

هذا ما جعل الوساطة الاتفاقية الأكثر استخداما في تسوية النزاعات الاستثمارية على عكس غيرها من الأنواع الأخرى نظرا لملائمتها لطبيعة هذه النزاعات ، و رغبة اطراف العملية الاستثمارية في الناي بمنازعاتهم عن القضاء الوطني للدول ، حتى و ان كان القاضي المشرف على الوساطة القضائية لا يملك تلك القوة التي تلزم اطراف النزاع مثلما لو كان قاضي الموضوع

ب – الوساطة القضائية :

الوساطة القضائية هي النوع الثاني من أنواع الوساطة ، تستخدم كآلية بديلة لتسوية المنازعات المدنية و التجارية ، عن طريق مفاوضات في قلب الهيئة القضائية يقوم بها طرف ثالث محايد من خلال استخدام فنون و تقنيات في الحوار لتقريب وجهات النظر و تقييم المراكز القانونية تحت غطاء من السرية [2]، و لا يتم اللجوء اليها إلا نادرا في منازعات الاستثمار الأجنبي نظرا لطابعها الدولي ، و بما ان هذا النوع من الوساطة منظم داخل جهاز القضاء و هذا ما يتعارض مع رغبة المستثمرين الأجانب في الابتعاد عن القضاء الوطني للدول [3].

يتسم هذا النوع بإحالة النزاع إلى قاض وسيط أو قاضي وساطة ، الذي يقوم بدور الوسيط و يوفر المجال لأطراف النزاع للالتقاء و التحاور ، كما يعمل على تقريب وجهات النظر من خلال التركيز على اقناع الأطراف بتسوية النزاع و هذا بعد الإلمام بجميع جوانبه ، لمحاولة التوصل الى حل

[1] مُحَمَّد سعيد علوان ، مرجع سابق ، ص 196.
[2] احمد عبدالكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 191.
[3] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 215.

ودي يحضى بقبول الأطراف ، مستندا على خبرته و كفاءته في هذا المجال[1] ، و ذلك في حدود مهمته حيث لا يملك سلطة الفصل في النزاع كقاضي الموضوع [2].

تقوم المحاكم قبل الفصل في النزاع بعرض اقتراح على الأطراف باللجوء بداية إلى الوساطة ، و ذلك كما هو الحال في النظام المعروف في الولايات المتحدة الأمريكية باسم summary jury "trial" الذي يقوم فيه المحلف المدني قبل الجلسة الرسمية بشرح مختصر للأطراف عن موقفهم في الدعوى [3]، و أسباب خلافهم و الحلول المتاحة لهم لتسوية النزاع بطريقة متوازنة و مرضية لهم بطابع ودي ، و يتوصل معهم إلى اصدار حكم في شكل advisory verdict يكون بمثابة الأساس الذي يقوم عليه عمل الوسيط ، حيث لا يمكن للأطراف الخروج عن ما تم الاتفاق عليه مع المحلف لأنه بمثابة التزام [4].

كما سبق و ان اسلفنا لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف الوساطة القضائية التي نظمها في المواد من 994 الى 1005 في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[5] رقم 08-09 ، حيث نظمها و كالية لتسوية المنازعات ، و نص على الإجراءات الواجب اتباعها و ما يجب ان يتقيد به القاضي في نظام الوساطة ، و هذا في محاولة لدفع و تقنين هذا النظام لجعله اكثر فعالية في تسوية النزاعات التجارية و المدنية ، و المساعدة في التخفيف من حجم القضايا التي يعج بها جهاز القضاء ، تبعا لتطوره في تسوية المنازعات الدولية و تماشيا مع ما تنص عليه المعاهدات و الاتفاقيات الدولية في هذا المجال .

---

[1] عبد الحميد الاحدب : قاضي الحكم يستند الى القانون ، و قاضي الوساطة يستند الى الخبرة و الكفاءة .، مرجع سابق ، ص 72.

[2] محي الدين القيسي ، مرجع سابق ، 22.

[3] ابارياان علاء ، مرجع سابق ، ص 71.

[4] عمر هاشم مُحَمَّد صدقة ، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية – مصر ، بدون سنة نشر ، ص 155.

[5] قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 مؤرخ في 25-02-2008.

الفرع الثاني : التوفيق

التوفيق "conciliation "هو احدى اهم الاليات البديلة لتسوية المنازعات خارج القضاء الرسمي ، و ذلك بطريقة ودية يستطيع من خلالها الطرفان و بمساعدة شخص من الغير الاجتماع و التشاور للوصول الى حل منه للنزاع بينهما .

يرمي نظام التوفيق الى تدخل طرفا ثالثا للتقريب بين الطرفين ، يسمى ب " الموفق " ، يكون من اختيارهما ، حيث يعمل على تشجيع و تسهيل الاتصال المباشر بينهما لتذليل العقبات ، من اجل التوصل الى صلح او تسوية نابعة من ارادتهما ، حيث لا يعتبر هذا الطرف محكما و ليست له سلطة الفصل في النزاع بحكم ملزم ، و لا هو وسيطا يعرض الحلول انما يعرض اقتراحات

على الطرفين للتوفيق بين وجهة نظر كل منهما ، دون ان تكون له سلطة فرض أي تسوية عليهما ، فهو موفقا و ليس محكما او وسيطا [1]، و لهذا قيل عن التوفيق انه عملية لا خصومية [2].

احتل نظام التوفيق مكانة واضحة و كان له دورا بارزا في تسوية المنازعات الناشئة بين اطراف العقود الاستثمارية الدولية ، من طرف الهيئات الدولية المتخصصة التي جعلته طريقا بديلا قبل الوساطة و التحكيم ،[3] و هذا ما جعله يحظى باهتمام كبير و متزايد في الاتفاقيات و المعاهدات الدولية التي جعلت له تنظيما خاصا ، بدا باتفاقية واشنطن المبرمة في 18 مارس 1965[4] الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى ، التي اعتمدت التوفيق كنظام إضافي لتسوية المنازعات الاستثمارية قبل ولوج التحكيم ، كما أصدرت غرفة التجارة الدولية بباريس icc لائحة خاصة بنظام المصالحة و التوفيق لسنة 1998[5]

[1] فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 23.

[2] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 342.

[3] احمد عبدالكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 240.

[4] اتفاقية واشنطن المبرمة بتاريخ 18 مارس 1965 الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى و التي انشات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، و انظمت مصر لهذه الاتفاقية بموجب القانون رقم 90 لسنة 1971 .

1998[1] ، و هي التي اعتمادها في العديد من التشريعات الداخلية للدول المهتمة بالاستثمارات الأجنبية ، ثم القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المعروف ب unictral" لسنة 2002[2]، الذي وضع الأسس اللازمة لعملية التوفيق التجاري الدولي في تسوية المنازعات ، بدا بكيفية اللجوء الى التوفيق و البنود و الشروط التي يجب ان تتضمنها العقود الاستثمارية ، و حث الدول الاعضاء على ابرام اتفاقيات ثنائية و متعددة الأطراف لاعتماد نظام التوفيق ، كالية بديلة فعالة لتسوية المنازعات الاستثمارية و التجارية الدولية باعتباره النظام الانسب لذلك ، بالإضافة الى التشريعات الوطنية للدول المتعلقة بتسوية منازعات

الاستثمار الاجنبي[3]، كالقانون المصري رقم 7 لسنة 2000 المتعلق بلجان التوفيق في فض المنازعات التي تكون الوزارات و الأشخاص الاعتبارية العامة طرفا فيها ، و يليه القانون رقم 83 لسنة 2002[4] بشان المناطق الاقتصادية ذات الطبيعة الخاصة الذي نص على اجبارية اللجوء للتوفيق في بعض أنواع المنازعات الخاصة التي تتعلق بهذه المناطق ، بالإضافة الى قانون المرافعات المدنية الفرنسي لسنة 1998 الذي نظم التوفيق القضائي الذي يشرف عليه القضاء و جعله

[1] لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس لسنة 1998 المتضمنة قواعد و إجراءات نظام المصالحة و التوفيق بالغرفة ، خصوصا التوفيق الاختياري لتسهيل عملية التسوية بالتراضي للمنازعات .

[2] يتكون هذا القانون من 14 نصا يتعلق بتنظيم التوفيق التجاري الدولي .

[3] في هذا نصت المادة 6 من الفصل الخامس من الدستور الفرنسي الصادر سنة 1971 على " لا يمكن للقضاء العادي ان يقبل أي قضية مدنية دون ان يتأكد من ان الأطراف احضروا او ان المدعي كلف خصمه بالحضور امام موفق او وسيط من اجل التوفيق بينهما "، بالإضافة الى نظام التوفيق التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة رقم 52/35 بتاريخ 1980/12/04 ، كما استحدث المشرع المصري بمقتضى القانون رقم 7 لسنة 2000 نظاما للتوفيق لتسوية المنازعات بين الدولة و المستثمرين الأجانب و هذا دون اللجوء الى القضاء .

[4] الجريدة الرسمية في مصر رقم 22 مكرر بتاريخ 05 جوان 2002.

مرحلة الزامية لتسوية النزاعات قبل التقاضي الا ما استثناه المشرع و هو ما يتعلق بالنظام العام و الأحوال الشخصية [1].

كل هذه التشريعات عملت على تقنين نظام التوفيق بتنظيم اجراءاته و أسس اللجوء اليه و جعلته كآلية ذات اولوية في تسوية بعض المنازعات نظرا لمميزاته و خصائصه التي تتلاءم و إياها ، و طريقا اجباريا في أنواع أخرى من النزاعات يجب اتخاذها قبل ولوج أي طريق اخر ، مما ساهم في تأسس العديد من المؤسسات و الهيئات الدولية المختصة في تسوية المنازعات الاستثمارية الدولية عن طريق الاليات البديلة لا سيما منها التوفيق التجاري الدولي ، مثل محكمة التحكيم الدائمة و غرفة التجارة الدولية بباريس icc ، بإلاضافة الى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، الذي وضع شروطا نموذجية للللجوء الى التوفيق في تسوية المنازعات ، و اعتمده كالية ذات اولوية في تسوية المنازعات ، حتى قبل اللجوء الى التحكيم .

و عليه فان القاء الضوء على التوفيق يستلزم تعريفه اولا ، ثم التطرق الى خصائصه و انواعه ثانيا .

أولا : تعريف التوفيق

ان تعريف التوفيق و التوصل الى معناه الصحيح يتطلب التطرق الى تعريفه لغويا من خلال ابراز مجمل ما جاء في شرح هذا المصطلح ، و ذلك في العديد من المعاجم التي جاءت بعدة معاني ثم فقها وفق التعاريف التي قدمها مجمل الفقهاء لآلية التوفيق في تسوية المنازعات ، بالإضافة الى الاتفاقيات و التشريعات الداخلية للدول التي نظمت التوفيق ، و هو ما سنتطرق اليه من خلال ما يلي :

[1] نصت المواد من 48 الى 59 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي رقم 177/98 الصادر في 1998/12/12 على جراءات التوفيق و طرق تفعيله وضرورة اشراف القاضي عليه الا ما ساتثناه القانون و هي المنازعات المتعلقة بالنظام العام و الأحوال الشخصية .، ج ر رقم 402 ل 1998/12/21.

1- التعريف اللغوي :

وفق من الوفاق و الموافقة ، و التوافق يعني الاتفاق و التظاهر ، ووافقه أي صادفه ، ووفقه الله من التوفيق ، و استوفق الله سأله التوفيق ، و الوفق من الموافقة بين الشيئين كالالتحام و الانسجام و التناسق [1].

و في المعجم الوجيز ، وفق الامر يفق وفقا : كان صوابا موافقا للمراد ، ووافق فلان بين الشيئين موافقة ، أي جانس و لائم ، ووافق فلان صادفه ووافق فلان فلانا في الشئ ، و عليه اجتمعا على امر واحد فيه .

و يقال وفق بين القوم أي اصلح بينهم ، ووفق بين الأشياء المختلفة أي ضمها في تناسق ، ووفق الله فلانا أي الهمه الخير ، و اتفق مع فلان وافقه ، اتفق الاثنان أي تقاربا و اتحدا و توافقت الجماعة أي اتفقت و تظاهرت ، و الوفق وفق الشيء ما لاءمه و يقال تم الامر على وفق المصلحة [2].

حاول التوفيق بين الخصمين أي اصلاح ذات بينهما ، و محاولة طرف الإصلاح بين طرفين اخرين متنازعين .

ان التعريف اللغوي للتوفيق يوضح انه من العمل على جمع و لم شمل الرؤى المختلفة و غير المتوافقة حول موضوع ما ، ما يعني تدخل طرف اخر بين طرفين لهما رؤيتان مختلفتان حول موضوع ما ، لهما بخصوصه مطالب و مقترحات ، و ذلك بطريقة ودية سلسة ، حيث لا يمكن للشخص الموفق فرض رايه على اطراف الخصومة ، بل يعمل على تقريب الرؤى فقط و محاولة اقناع هؤلاء الاطراف باتخاذ حلوله و مقترحاته لانهاء النزاع مع الطرف الثاني ، خشية اطالة امده و تطوره .

---

[1] مختار الصحاح للشيخ الامام ابن ابي بكر عبدالقادر الرازي ، دار الحديث ، القاهرة ، بدون سنة نشر ص 730.

[2] المعجم الوجيز ، مجمع اللغة العربية ، القاهرة – مصر ، 2000 ، ص 676.

2- التعريف الفقهي :

هو انهاء النزاع عن طريق تدخل طرف ثالث يختاره الاطراف المتنازعة يطلق عليه " الموفق conciliator – conciliateur " ، يقوم بعمله في حضور الطرفين ووفقا للإجراءات التي يتفقان عليها ، يقتصر دوره على تقديم توصية في شان تسوية المنازعة [1].

يعرف بعض الفقهاء التوفيق على انه " النظام الذي يقوم على تدخل شخص او جهة في نزاع قائم بين طرفين للتقريب بينهما ، و تسوية النزاع الذي ثار فيما بينهما ، و ذلك عن طريق حل يستند الى إرادة الطرفين ، بحيث لا يمكن تنفيذ الحل الذي اقترحه الشخص الذي تولى عملية التوفيق إلا باتفاق الطرفين [2]"

كما عرفه اخرون بأنه " طريق ودي لفض المنازعات عن طريق يستطيع الخصوم بأنفسهم او بمساعدة شخص من الغير الاجتماع و التشاور و الوصول الى حل منه للخصومة ، فإذا نجح الخصوم في التوصل الى هذا الحل يحررون به محضرا رسميا موقعا من الشخص المختار للتوفيق بينهم"

و ذهب البعض في تعريف التوفيق الى انه " اتفاق بين طرفين او اكثر على تفويض شخص واحد او اكثر لحسم النزاع بينهما بطريقة ودية " [3]، او هو " طريق ودي لتسوية المنازعات التي تنشا بين الأطراف ، قوامه اختيار احد الاغيار للقيام بالتوفيق (الموفق) وصولا الى حل للنزاع عن طريق التقريب بين وجهات النظر المختلفة دون ان يمتد دوره الى اقتراح حل يرتضيانه " .

كما عرفه الأستاذ احمد عبدالكريم سلامة على انه : نظام قانوني يتفق بمقتضاه الأطراف بمبادرة منهم ، او بناءا على جهة قضاء او تحكيم ، قبل وقوع النزاع او بعده على اختيار شخص او اكثر من الغير ليقارب بينهم ، و يساعدهم على تجاوز خلافاتهم و الوصول بأنفسهم الى حل

---

[1] نادر محمد إبراهيم ، تسوية منازعات المنطقة الاقتصادية ذات الطبيعة الخاصة ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية – مصر ، 2004 ، ص 23.

[2] يسري محمد العصار ، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية و غير العقدية ، دار النهضة العربية ، مصر 2001 ، ص 44.

[3] غسان علي علي ، مرجع سابق ، ص 172.

لمنازعاتهم الناشئة عن حقوق يجوز لهم التصرف فيها ، و ابرام صلح يحقق مصالحهم القائمة و يراعي مصالحهم القادمة [1].

يتضح من خلال ما سبق ان تعريف التوفيق يتفق في مضمونه و لو اختلف في صياغته و لفضه ، إلا انه يقضي الى اتفاق بين طرفين او اكثر على تفويض طرف ثالث لتسوية النزاع بينهما بطريقة ودية ، و هذا يتوجب توفر ثلاثة عناصر أساسية هي وجود نزاع بين اطراف ، و عزمهم على تسويته وديا بمساهمة طرف ثالث محايد و مستقل [2]، و هذا ما يقودنا الى التمييز بين التوفيق و التحكيم من ناحية الزامية احكام و قرارات المحكم بالمقارنة مع الموفق ، و عن المفاوضات المباشرة التي لا تستلزم تدخل الطرف المحايد سواء كان محكما او موفقا او وسيطا ، فهذه المفاوضات قد تباشر بين اطراف النزاع مباشرة او عن طريق من يمثلونهم .

من جهتنا يمكن ان نحاول تعريف التوفيق على انه : تسوية ودية للنزاع من طرف شخص ثالث يسمى " الموفق " بناءا على اتفاق اطرافه ، حيث يعمل على التقريب بين وجهات النظر المختلفة و اقتراح حل غير ملزم للأطراف .

ثانيا : خصائص التوفيق و أنواعه

يتميز التوفيق كآلية لتسوية المنازعات ببعض الخصائص و المميزات التي تجعله يختلف عن غيره من الاليات الاخرى كالتحكيم و الوساطة ، رغم ان هناك بعضها التي تشترك فيها جميع هذه الاليات البديلة ، على غرار بساطة الإجراءات ، و السرعة في تسوية النزاعات [3]، و منها ما

[1] احمد عبدالكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 250.

[2] يعتبر حياد و استقلالية الطرف الثالث او الموفق من موجبات التي يجب ان تتوفر فيه لكي يتمكن من فض النزاع بالطرق الملائمة و المتوازنة و التي يطمح اليها الطرفان و هو ما سنراه لاحقا بشكل اكثر في موجبات اللجوء للآليات البديلة .

[3] مُحَمَّد ابراهيم موسى ، التوفيق التجاري الدولي و تغير النظرة السائدة حول سبل تسوية منازعات التجارة الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية – مصر ، 2016 ، ص 71.

يختص به التوفيق عن الاليات الأخرى ،كمنح الحرية التامة لأطراف النزاع بالإضافة الى قلة تكاليفه ، و مهام الموفق التي تختلف عن الوسيط و المحكم .

كما ينقسم التوفيق الى عدة أنواع منها التوفيق الخاص و المؤسسي ، او التوفيق الاختياري و الاجباري و فقا لأساس اللجوء اليه ، او التوفيق القضائي و الاتفاقي و التي سنراها من خلال ما يلي :

1- خصائص التوفيق :

ان اهم ما يميز التوفيق في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي هو استمرار العلاقات بين اطراف ، فهذا كان سبب النص على اللجوء اليه في البداية وفق قواعد محددة سلفا ، فمزايا التوفيق التجاري الدولي تبرز في مدى حرص الأطراف على استمرار المشروع الاستثماري [1]، فإبراز المزايا التي يحققها مقارنة بالمساوئ الناجمة عن اللجوء الى القضاء مثلا يساعد على توضيح المساحة التي يمكن ان يشغلها في تسوية الخلافات الناشئة بين اطراف عقود الاستثمار الأجنبي ، و التي نذكر منها ما يلي :

- التوفيق الية ودية لتسوية المنازعات ، يعمل من خلالها الموفق على تسهيل و تبسيط التحاور و الاتصال بين اطراف النزاع ، وفق حياد و استقلالية تامة من قبله ، فلا يغلب كفة اي طرف على حساب الطرف الاخر ، لذلك فهو يحافظ على استمرار العلاقات بعيدا عن ما يخلفه التقاضي و احكامه ، لهذا اعتبر طريقة فعالة و مناسبة لتسوية النزاعات الاستثمارية الدولية التي تقتضي الاستمرار و التواصل نظرا لآثارها المالية التي تخلفها في حال التوقف التام او المؤقت على الطرفين ؛
- يتميز التوفيق بمرونة و بساطة إجراءاته و بعده عن الشكليات ، كما انه لا يمس بحرية و سيادة اطراف النزاع [2]، من خلال توفير عدالة قريبة منهم و الوصول الى تسوية سريعة

[1] مصطفى المتولي قنديل ، مرجع سابق ، ص 172.

[2] محمد إبراهيم موسى ، مرجع سابق ، ص 55.

بإجراءات مبسطة و مشاركة فعالة لأطرافه ، نظرا للدور الذي يلعبه الموفق و الذي يتيح للطرفين التواصل و الاطلاع على كل مقترحات فض النزاع بينهما ؛

- يعمل الموفق على التوفيق بين الرؤى المختلفة لاطراف النزاع ؛ بعد ضبط نقاط الاختلاف الجوهرية ، او التي من الممكن ان يغيرها الاطراف ؛
- يستند اللجوء الى التوفيق على إرادة اطراف النزاع ، فهو طريق اختياري[1] و لا يمكن فرضه او املاءه عليهم ، و هذا سواءا بإحالة ما يثور بينهم الى طرف ثالث محايد ، او بالنص على ذلك في العقد المبرم بين الأطراف [2]؛
- يتمثل عمل الموفق في تقديم الاقتراحات المناسبة للأطراف لتسوية النزاع فقط و لا يمكنه اصدار حكم او قرار ملزم لهما ، فهو يعمل قدر المستطاع الى تقريب الرؤى بين اطراف النزاع ، فبعد اطلاعه على كل ما يتعلق بأسباب النزاع و حقوق كل من الطرفين ، يقوم بشرح ذلك و اتاحة ما يمكن للأطراف تقديمه قبل ان يعرض الحلول المناسبة محاولا اقناع كل طرف على قبوله مع الإشارة الى ما يمكن ان ينجر عن اللجوء الى القضاء او الى احدى الاليات الاخرى ، التي قد تستند على تطبيق القاعدة القانونية دون النظر الى المصالح المشتركة للاطراف التي تتمثل في تقديم حلولا متوازنة تضمن استمرار العلاقة الاستثمارية التي تجمع في الغالب بين طرفين غير متوازنين يتمثلان في دولة ذات سيادة و مستثمر اجنبي يخشى من ضياع حقوقه ، و لا يثق في قضاءها الوطني ، و هو ما يتيحه التوفيق التجاري الدولي ؛
- يصنف التوفيق التجاري الدولي كانسب الية لتسوية منازعات الاستثمار الاجنبي ، اذا لم تفلح المفاوضات في ذلك ؛

---

[1] تبدو السمة الاختيارية للتوفيق في الوقت الذي يمكن الاتفاق فيه على اللجوء اليه ، فكما يكون الاتفاق سابقا على نشأة النزاع ، فيجوز ان يكون اثناء نظر الدعوى ، و بدا إجراءات التوفيق ام ان يكون بمبادرة احد الطرفين بعد نشأة النزاع او امتثالا لاتفاق بين اطرافه قبل نشأته ، و هذا ما نجده بوضوح في المادة 1- 4 من القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي المعد من طرف لجنة الأمم المتحدة حيث نصت على ما يلي : تطبق هذه الاحكام التشريعية النموذجية دون اعتبار لما اذا كان التوفيق يجري بناءا على مبادرة احد الطرفين بعد نشأة النزاع او امتثالا لاتفاق متبادل بين الطرفين قبل نشأة النزع ، او عملا بتوجيه او طلب دعوة من محكمة او هيئة حكومية مختصة " .

[2] عاشور مبروك ، نحو محاولة للتوفيق بين الخصوم ، دار النهضة العربية ، مصر 2002 ، ص 18.

2- أنواع التوفيق :

ينقسم التوفيق الى عدة أنواع مختلفة و متعددة ، و ذلك باختلاف طبيعته و طريقة اللجوء اليه ، بالإضافة الى اجراءاته في تسوية النزاع ، فمنها ما هو قضائي أي بإشراف من القضاء او بتوجيه من القاضي ، و منها ما هو خاص وفق قواعد خاصة محددة مسبقا بين اطراف النزاع .

كما يختلف التوفيق الاجباري الذي تنص عليه بعض التشريعات الداخلية للدول في أنواع معينة من المنازعات كمرحلة أولى للتسوية عن غيره من التوفيق الاختياري او الحر ، و هو الذي يلجا اليه اطراف النزاع بإرادتهم الحرة دون ان تكون هناك التزامات مترتبة عليهم ، و هذا ما سنراه وفق ما يلي :

ا –التوفيق الاجباري :

هو ما يتم اللجوء اليه اجباريا في بعض المنازعات تبعا لما ينص عليه القانون ، حيث يلزم اطراف النزاع باللجوء الى التوفيق أولا قبل أي اليات أخرى لتسويته [1]، و يمكن ان يتم هذا بتوجيه من محكمة او هيئة حكومية مختصة .

كما تنص بعض التشريعات المنظمة لالية التوفيق في تسوية المنازعات الاستثمارية ، على اجبارية اللجوء الى التوفيق لتسوية المنازعات التي قد تنشا بين الأطراف ، لاسيما الخاصة بالمناطق الاقتصادية[2] التي تنشا بين الناشطين على مستواها إلا ما استثناه القانون (مثل ما يتعلق بالنظام العام) ، بالإضافة الى إمكانية النص أحيانا على التوفيق الاجباري ضمن العقود الاستثمارية ، اذ قد تنص على شرط اللجوء الى التوفيق في حالة نشاة نزاع بين الاطراف ، و ذلك بتفعيل اللجوء اليه فقط دون التقيد بنتائجه ، حيث يمكن لأي من الطرفين عرض النزاع على لجنة التوفيق لتقديم

[1] مُحَمَّد إبراهيم موسى ، مرجع سابق ، ص 77.

[2] نص القانون المصري رقم 83 لسنة 2002 على نظام للتوفيق و الوساطة في المناطق الاقتصادية ، حيث يتم التوفيق اختياريا اذا كان باتفاق الطرفين على اللجوء الى المركز ، و اجباريا اذا كان محل إقامة او عمل او مركز إدارة او فرع احد اطراف النزاع بالمنطقة .

اقتراحات حول كيفية تسوية النزاع و لكنها تبقى مجرد توصيات لا تتمتع بالطابع الالزامي ، حيث تساهم في ارشاد الأطراف الى ما يتناسب مع طبيعة النزاع بينهما .

ب –التوفيق الخاص :

هو ما يتفق عليه اطراف النزاع بموجب قواعد خاصة ، سواء كانت مدرجة في العقد المبرم بينهم ، او مستمدة من ما تنص عليه قواعد التوفيق لمنظمة او هيئة دولية ، مثل قواعد التوفيق للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي " الاونيسترال " لسنة 1980 و 2006 ، التي ساهمت في وضع قواعد نموذجية للتوفيق الخاص ، اعتمدتها العديد من التشريعات الداخلية للدول و تضمنهتا الاتفاقيات الدولية الثنائية و المتعددة الاطراف ، التي ساهمت في تسوية العديد من النزاعات الاستثمارية الدولية عن طريق قواعد التوفيق التجاري الدولي ، او مركـز القاهــرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي الذي اعتمد التوفيق كآلية لتسوية النزاعات الاستثمارية قبل اللجوء للتحكيم اذا أراد اطراف النزاع ذلك [1].

يتم العمل بهذه القواعد المحددة من طرف المراكز التحكيمية عند تفعيل اللجوء للتوفيق لتسوية النزاع الذي قد ينشا بين اطرافه [2]، اذا نص العقد المبرم بين الطرفين على ذلك بناء على شرط التوفيق ، او بموجب اتفاق لاحق بينهما ، في شكل مشارطة التوفيق ، و تطبق قواعد المركز في تسوية النزاع عن طريق التوفيق التجاري الدولي بعد موافقة الأطراف ، بما فيها تعيين الموفقين او هيئة التوفيق و مدته و مدى التزام الأطراف باحكامه و قرارته النهائية .

تعتبر قرارات الموفقين في الغالب غير ملزمة لاطراف النزاع ، الا اذا اتفقوا على خلاف ذلك ، فقد يلجؤوا فيما بعد الى الية اخرى على غرار الوساطة او التحكيم .

---

[1] لائحة التوفيق التجاري الدولي الصادرة عن مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي لسنة 2002 ، التي تضمنت كيفية اللجوء الى التوفيق في تسوية منازعات الاستثمار .

[2] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 352.

ج –التوفيق المؤسسي :

هو ما يتم تنظيمه عن طريق احدى المؤسسات او المراكز المتخصصة ، مثل قواعد التوفيق لغرفة التجارة الدولية "icc" ، و قواعد التوفيق الخاص بمركز الوساطة و المصالحة لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي[1]، او قواعد التوفيق لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار " icsid" .

يتم وفق هذا النوع من التوفيق ، الاتفاق بين طرفي النزاع بموجب العقد المبرم بينهم على اللجوء الى مركز ما مختص بتسوية النزاعات عن طريق التوفيق ، و هو ما يسمى بشرط التوفيق ، او اختيار احدى هذه المؤسسات بعد نشأة النزاع بطلب من احد الأطراف و موافقة الطرف الثاني و هذا ما يعرف ب مشارطة التوفيق [2] ، الذي يتم من خلاله مباشرة تسوية النزاع عن طريق موفق ضمن هذا المركز .

د –التوفيق القضائي :

هو ما يشرف عليه القاضي نفسه او احد موكليه ، بصورة اجبارية او بناءا على طلب الخصوم بمناسبة نزاع معروض على القضاء و لهذا سمي بالتوفيق القضائي.

تنص بعض التشريعات على وجوب تفعيل التوفيق القضائي من طرف القاضي المختص في أي مرحلة من مراحل الخصومة في بعض النزاعات المعينة [3]، أي قبل اصدار أي حكم في النزاع المعروض عليه ، اذا تبين للقاضي ان هناك سبل لتسوية النزاع عن طريق التوفيق كخيار عن انتظار الحكم القضائي الفاصل في النزاع ، حيث يغتنم الموفق ادنى فرصة للتوفيق بين الخصوم و ثنيهم على اللجوء الى التقاضي .

---

[1] غسان علي علي ، مرجع سابق ، ص 204.

[2] عاشور مبروك ، مرجع سابق ، ص 96.

[3] مثال ذلك : القانون المصري للتوفيق رقم 19 لسنة 2005 .

سواء يديره القاضي بنفسه او يعين احد مساعديه او طرف اجنبي مؤهل (موفق) لتولي عملية التوفيق بين الخصوم ، و التي تتوج في حال اتفاقهما بإعداد محضر خاص بذلك يمضي عليه طرفا النزاع لإنهاء عملية التقاضي دون أي حكم .

تم اعتماد هذا النوع من التوفيق لما له من دور بارز في مساعدة جهاز القضاء و تخفيف العبا المفروض عليه بما انه الالية الاصيلة لتسوية المنازعات ، و هو مرحلة جد مهمة في تسوية المنازعات بطريقة ودية بعيدا عن الشحناء التي يخلفها التقاضي .

هـ –التوفيق الاختياري :

هو ما يتم اللجوء اليه بإرادة الأطراف الحرة دون ان يكون هناك أي التزام عليهما ، حيث يتفقان على اللجوء الى التوفيق لاعتقادهما بانه الالية المناسبة لتسوية النزاع بينهما ، سواء بعد استنفاذ اليات اخرى و سبل مختلفة لتسوية النزاع ، كان يتم اللجوء الى المفاوضات لمحاولة تسوية النزاع ، ثم اللجوء الى التوفيق الاختياري بعد ان يتيقن اطراف النزاع انه لامجال لنجاح المفاوضات ، و يتم ذلك في الغالب قبل اللجوء الى التوفيق المؤسسي او الوساطة ، بعيدا عن اشراف و رقابة القضاء [1]، حيث لا يكون للقاضي أي دور في أي مرحلة من مراحله ، و يتم اختيار الموفق بإرادة الأطراف الحرة ، كما لا ترتب هذه العملية أي التزاما عليهما ، من حيث اقتراحات و توصيات الموفق .

يتم اللجوء الى التوفيق الاختياري في منازعات العقود الاستثمارية التي لم تنص على أي الية لتسوية النزاعات اثناء تنفيذها ، و تركت المجال مفتوحا امام الأطراف لاختيار الالية الملائمة لتسوية النزاع بينهما ، كان يتفق الاطراف على تحديد الالية المناسبة لتسوية النزاع عن طريق التفاوض بينهما و طبيعة النزاع .

[1] محمد احمد عبد المنعم ، مدى اخلال الية التوفيق بحق التقاضي ، دار النهضة العربية ، القاهرة – مصر ، 2006 ، ص 29.

الجدير بالذكر ان الصيغة الشائعة التي يلجا بموجبها احد اطراف النزاع الى طلب التوفيق من احدى الهيئات المتخصصة يكون عادة ب :

" تحال جميع المنازعات الناشئة عن هذا العقد الى التوفيق طبقا لقواعد .....، و يكون مكان التوفيق ....."

و يتم تعيين مكان التوفيق و القانون الواجب التطبيق بناء على اتفاق الأطراف او تطبيق قانون مركز التوفيق ، كما قد يتفق الأطراف على ترك الحرية للموفق في اختياره و الأقرب هو اختيار قواعد القانون الأقرب الى طبيعة النزاع .

الفرع الثالث : المفاوضات

تعتبر المفاوضات من اقدم اليات فض النزاعات الدولية ، و ابسطها ، اذ تعتمد على الاتصال المباشر لطرفي النزاع ، من خلال جلوسهما حول طاولة واحدة لمباشرة التفاوض ، دون اي اجراءات او شكليات معقدة ، و دون تدخل اي طرف اخر ، اذ غالبا ما تنص الاتفاقيات الدولية على اللجوء للمفاوضات لفض أي نزاع يثور بشأنها قبل اللجوء للآليات الأخرى ، فاللجوء للمفاوضات لفض النزاعات قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي و التي اكد عليها القضاء الدولي في اكثر من مناسبة [1]، و نصت عليها اتفاقيات الاستثمار الثنائية كآلية من اليات فض النزاعات الاستثمارية [2].

فالتفاوض négociation هو الأساس الذي تقوم الاليات البديلة لتسوية المنازعات و اللبنة الأولى في التوصل للحل ، قبل جميع الاليات الاخرى ، سواء بفض النزاع او اختيار طريق

[1] محمد عبدالودود أبو عمر ، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر في اطار اتفاقيات الاستثمار الثنائية ، دار وائل للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، عمان – الأردن ، 2017 ، ص 167.

[2] مثال ذلك اتفاقية حماية و تشجيع الاستثمار المبرمة بين جمهورية مصر و الولايات المتحدة الامريكية سنة 1986 ، و التي نصت في مادتها 7 –2 على " في حالة قيام نزاع قانوني يتعلق باستثمار بين طرف متعاقد و بين مواطن او شركة تابعة للطرف الاخر بخصوص استثماره في أراضي ذلك الطرف ، سيحاول الطرفان البحث أولا عن تسوية للنزاع بالتشاور و التفاوض "

لتسويته ، من خلال الحوار المباشر بين اطراف النزاع دون الحاجة لوجود طرف ثالث بينهم ، فهو يعتمد كليا على الحوار ، لهذا تعتبر من اعقد العمليات ففيها مراوغة و إصرار و مثابرة ، و عليه تتطلب بذل العناية اللازمة من الطرفين ، إلا انه لا يوجد ما يمنع من تمثيل المتنازعين بواسطة محامين او وكلاء لهم [1]، و هذا لا يغير من طبيعة التفاوض طالما يملك أولئك الوكلاء سلطة اتخاذ القرار عن موكليهم .

كما قد يتسع مفهوم المفاوضات ليشمل المقترحات الأولية التي يبديها احد الطرفين في سبيل حل النزاع ، و التي لا تصل الى حد الايجاب الكامل ، و المقترحات المضادة التي قد يتقدم بها الطرف الاخر و المناقشات التي تتم بينهما سواء شفهيا ام كتابيا ، و مباشرة كانت ام غير مباشرة .

قد تسبق عملية التفاوض نشأة أي نزاع بين الطرفين و هذا خلال ابرام العقد و صياغته و ضمان حسن تنفيذه ، كما قد تكون في مرحلة لاحقة لإبرام العقد و هو ما يعرف بشرط إعادة التفاوض ، و هذا استنادا الى مبدأ سلطان الإرادة الذي يعتبر أساس التنظيم الاتفاقي الذي يجنب الأطراف الكثير من المشاكل اثناء تنفيذ العقد ، كما قد يتفق الأطراف اثناء التعاقد على تحديد فترة زمنية يلتزمون خلالها بإتباع طريق المفاوضات ، بغية التوصل الى حل النزاع ، بحيث لا يجوز لهم قبل انتهاء هذه المدة اللجوء الى اليات أخرى لتسوية النزاع [2]، مثل النص في بنود العقد على مدة 03 او 06 [3]اشهر للتفاوض المستمر على عدة مستويات للبحث عن تسوية ودية للنزاع ، و لا يمكن لأي طرف اللجوء الى الية أخرى قبل انتهاء هذه المدة ، او اذا تبين ان هناك اسباب قاهرة تحول دون اتمام اجراءات المفاوضات .

---

[1] محمد نعيم علوة ، مرجع سابق ، ص 122.

[2] القشي خير ، مرجع سابق ، ص 101.

[3] مثال ذلك اتفاقية حماية و تشجيع الاستثمار المبرمة بين جمهورية مصر و السودان في 2001/07/08 التي نصت في مادتها 8-1 على تحديد مدة المفاوضات بستة اشهر كحد اقصى .

نظرا لأهمية المفاوضات كآلية لتسوية المنازعات تحرص الكثير من عقود الاستثمار على النص عليها لاحتمال نشأة أي خلاف بين الطرفين ، يمكن تسويته عن طريق التفاوض و إعادة التفاوض على عدة مستويات ، [1]بما انها ابسط طريقة ممكنة لطي الخلافات ، فهي لا تتطلب تدخل طرف اجنبي عن النزاع ، و انما تستند على الاتصال و الحوار المباشر بين اطراف النزاع ، مثل قواعد تسوية النزاعات لدى غرفة التجارة الدولية icc لسنة 2002 ، التي نصت في المادة 7-2 منها على : " يلتزم اطراف النزاع بالتفاوض عن حسن نية ، سواء بالاتصال المباشر بينهم ، او عن طريق وكلائهم لمدة 03 اشهر ، كما ان أي اخلال بهذا المبدا يعتبر اخلالا بالتزام " ، ما يوضح ان اطراف النزاع ملزمون بالتفاوض المباشر بينهم خلال طول هذه المدة ، وفق مبدا حسن النية و ابداء الجدية و الرغبة في التفاوض الذان يسهمان في انجاحها ، او قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار icsid التي اوصت اطراف النزاعات الاستثمارية بضرورة المرور بمرحلة التفاوض قبل اللجوء الى الوساطة او التحكيم .

للتفصيل اكثر في ماهية المفاوضات سنتطرق الى تعريفها و أهميتها في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي ، بالإضافة الى تمييزها عن غيرها مما يشابهها من أوضاع مثل المساومة و الحوار او الجدل و ذلك على النحو التالي :

أولا : تعريف المفاوضات

1- التعريف اللغوي :

المفاوضات هي تبادل الرأي من ذوي الشأن ، و فاوضه في امره أي جاراه ، و تفاوض القوم في الامر أي فاوض بعضهم بعضا بغية الوصول الى تسوية و اتفاق [2]، و يقال فاوضه في الحديث أي بادله القول فيه ، و تفاوضا أي فاوض كل صاحبه .

[1] احمد شرف الدين ، عقود الانشاءات الدولية – عقد الفيديك انموذجا ، بدون جهة نشر ، القاهرة – مصر 1998 ، ص 46.
[2] مختار الصحاح ، مرجع سابق ، ص 230.

2- التعريف الفقهي :

تعرف المفاوضات على انها وسيلة حوار تهدف الى الاقناع ، و قيل ان التفاوض هو حوار بين طرفين او اكثر حول موضوع معين بهدف الوصول الى اتفاق بين المتفاوضين بما يحقق مصلحة كل منهم بالقدر الممكن [1]، و هي وسيلة للتداول ، تهدف الى انشاء او تعديل او انهاء علاقة ، او هي التشاور او التواصل بقصد الاقناع " communication for the purpose of persuation"[2].

كما تعرف المفاوضات في منازعات الاستثمار الأجنبي على انها مرحلة اولى لتسوية النزاع ، من خلال اتصال اولي مباشر بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة له ، بعد نشاة النزاع او ظهور بوادره ، يعملان من خلالها على توضيح جوانب النزاع الاستثماري و اسبابه ، و يطرحان مطالبهما و مقترحاتهما بغية التوصل الى تسوية النزاع ، عن طريق التفاعل المباشر بين الطرفين لحفظ مصالحهما المتصارعة .

كما عرف جانب من الفقه المفاوضات ، على انها أسلوب للاتصال العقلي بين طرفين يستخدمان ما لديهما من مهارات الاتصال اللفظي لتبادل الحوار الاقناعي ليبلغا حد الاتفاق على مكاسب مشتركة [3]، و هو اتصال متبادل للوصول الى اتفاق مشترك مع طرف اخر تكون فيه للطرفين اهتمامات مشتركة و أخرى متعارضة [4].

كما عرفها جانب اخر على انها التحاور و المناقشة للوصول الى اتفاق مشترك بين طرفين للحصول على حل متفق عليه للحفاظ على مصالح الأطراف المتفاوضة و حل ما بينها من

---

[1] إبراهيم الشهاوي ، ثقافة التفاوض و الحوار ، الشركة القومية للطبع و التوزيع ، مصر ، ط 1 ، 2010 ، ص 99.

[2] اباريان علاء ، مرجع سابق ، ص 71.

[3] صالح عصفور ، التفاوض التجاري الدولي ، دراسة مقدمة الى المعهد العربي للتخطيط ، الكويت ، متاح على العنوان الالكتروني : www.mosgcc.com ، 2019/09/05.

[4] احمد عبدالكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة – مصر ، 2011 ، ص 61.

مشاكل او تقريب وجهات نظرها بأسلوب حضاري [1]، او وسيلة من وسائل تسوية المنازعات تتم بين اطراف النزاع مباشرة دون تدخل طرف ثالث .

من جهتنا يمكن ان نعرف المفاوضات على انها الية لتسوية المنازعات عن طريق الاتصال المباشر بين أطرافها و تبادل الاقتراحات بغية التوصل الى تسوية ملائمة .

من هنا يمكن ان نستخلص ان المفاوضات تقوم على أسس هي :

- المفاوضات عملية مرنة لا تحتاج الى مظاهر و شكليات ، بل مجرد تعيين المكان و الزمان و المواضيع التي تحتاج الى حوار و نقاش جدي ؛
- وجود مصلحة مشتركة يشوبها نزاع بين طرفين او اكثر يتصلان و يتفاعلان فيما بينهم لتحقيق نتائج نافعة لهم ؛
- المفاوضات علاقة اختيارية ارادية لا تفرض على الأطراف ، كما لا يتم فرض حلولا على الأطراف المعنية [2]؛ بل تتطلب حسن النية و رضا الأطراف انفسهم بهدف الوصول الى حل نقاط الخلاف فيما بينهم ؛
- المفاوضات هي مطالب و مقترحات بين طرفي النزاع ، يقدمانها خلال مجريات التفاوض حيث يعمل كل طرف على ثني الطرف الاخر للتنازل عن جزء منها ، حتى يتم التوصل الى التسوية المتوازنة للنزاع ؛
- المفاوضات اخذ وعطاء بين طرفين متوازنين ، يسعيان من خلالها الى مناقشة نقاط الاختلاف و طرق معالجتها عن طريق الحوار المتبادل ، و تذكير كل طرف بالتزاماته المنصوص عليها في العقد المبرم بينهما ؛
- اعتقاد طرفي المفاوضات بأفضليتها على الاليات الأخرى للتوصل الى حل مقبول للقضية موضع الاهتمام او للنزاع القائم بينهما .

[1] خلف رمضان محمد بلال ، مرجع سابق ، ص 213.

[2] طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان – الأردن ، ط 2 ، 2010 ، ص 110.

ثانيا : اهمية المفاوضات في منازعات الاستثمار الأجنبي

تعتبر المفاوضات الية مهمة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار الأجنبي ، فهي من سمات النشاط الاستثماري و التجاري الذي يتميز بتشعب العلاقات و اتساعها يوما بعد يوم ، مما يتطلب التفاوض المستمر لإبرام العقود و كيفية تسوية المنازعات التي تنشا عنها .

تلعب المفاوضات دورا هاما في الإبقاء على التواصل بين اطراف عقود الاستثمار ، بحيث تتيح فرص لتنفيذها و نبذ الخلافات بين أطرافها بالطرق الودية التي تغنيهم عن اللجوء الى القضاء الوطني للدول او التحكيم التجاري الدولي و ما يترتب عنه من تكاليف إضافية و إجراءات معقدة و تعطيل للمصالح الاستثمارية ، فهي تعمل على عودة العلاقات الى عهدها الأول ، لهذا اطلق البعض على العصر الحالي ب " عصر التفاوض "[1] باعتباره عملا حيويا لفض حالات التناقض و وسيلة هامة لتبادل الآراء و الأفكار للوصول الى حالة من الرضى و التسوية و الاقناع .

اقر المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص المعروف ب "unidroit" سنة 1994[2] شرط التفاوض في مجموعة المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية ، و تسوية المنازعات الاستثمارية ، لتوجيه المستثمرين و مساعدتهم على ابرام و تنفيذ عقودهم الاستثمارية في افضل حال ، بالإضافة الى الهيئات التحكيمية التي استعانت بها في تسوية المنازعات الاستثمارية ، سواء من خلال التحكيم او الوساطة و التوفيق ، و نصت عليها ضمن قواعدها الخاصة و المحددة لكيفية اللجوء اليها في تسوية المنازعات الاستثمارية ، اذ نصت المادة 6-2 منه على : " في حالة شرط المشقة (تغير الظروف) يكون للطرف المتضرر طلب إعادة فتح باب المفاوضات ، و يجب ان يقدم الطلب دون تأخير و ان يكون مسببا "[3].

---

[1] قشي الخير ، مرجع سابق ، ص 230 .

[2] المبادئ الاسترشادية لمعهد القانون الموحد في اوربا لسنة 1994 المتاحة على العنوان الالكتروني : www.jus.uio.no/im/uni و المشار اليها من قبل الدكتور ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 262.

[3] اباريان علاء ، مرجع سابق ، ص 42.

بهذا تصبح المفاوضات بمثابة الدستور الذي يمكن الأطراف من الاستعانة بذوي الخبرة في مختلف العلوم وفق طبيعة تخصصه ، فلا تضيع مصلحة الطرف الضعيف في خضم اليات الهيمنة و أساليب السيطرة ، كما يمكن ان نعدد أهمية المفاوضات فيما يلي :

- ان المفاوضات هي السبيل و الأداة للتفاهم و تقريب وجهات النظر بين الأطراف ، لاسيما في مجال العقود الدولية ، من دول متباينة في ثقافاتها و نظمها الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية [1]؛
- تعمل المفاوضات على توفير الوقت و الجهد الوقت و الجهد و فض الخلافات قبل توسعها ؛
- تتجلى أهمية المفاوضات في الضرورات الاقتصادية ، فالعالم يعرف اليوم متغيرات و تطورات اقتصادية باستمرار ، و بالتالي من المنطقي ان تتغير الأوضاع و مراكز الطرفين ، مما يجعل المفاوضات الية فعالة لإعادة التوازن العقدي اذا تغيرت الظروف الاقتصادية التي كانت سائدة وقت ابرامه [2]؛
- المفاوضات رابطة للتواصل و استمرار العلاقات .

ثالثا : تمييز المفاوضات عن غيرها من الأوضاع المشابهة الأخرى

ان احتمال نجاح المفاوضات او فشلها سواء بالنسبة لأطرافها ، فهي تعتمد على أساليب إدارة النقاش و مدى تعاطي كل طرف مع مقترحات الطرف الاخر ، فإذا اقتنع الطرفان بحقوق كل منهما بعد التفاوض و تبادل وجهات النظر في الخلاف الناشئ بينهما ، تكون قد تمت التسوية و لا جدوى من اللجوء الى أي الية أخرى للتسوية ، اما اذا كان التفاوض حول الالية التي يتم اللجوء اليها لتسوية النزاع ، فيتم الاتفاق حولها باقتراح احد الأطراف و موافقة الطرف الأخر بمراعاة طبيعة النزاع و أسبابه الجوهرية و هو ما يهم كثيرا في ارشاد اطرافه الى الالية المناسبة .

[1] احمد عبدالكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، مرجع سابق ، ص 66.

[2] إبراهيم الشهاوي ، ثقافة التفاوض و الحوار ، مرجع سابق ، ص 78.

لهذا يخلط الكثير بين المفاوضات و ما يشابهها من أوضاع مثل الحوار و المساومة ، و لذا وجب التمييز بينها و غيرها ، و هو ما سنراه كالتالي :

1- التفاوض و الحوار :

الحوار هو مناقشة بين طرفين او اطراف لتصحيح كلام و اظهار او اثبات حق و دفع شبهة ، و هو ما يجعله يختلف عن التفاوض في الغاية من كليهما ، فالغاية من المفاوضات هو اقناع الطرف المقابل او ارضائه بما يريد [1]، اما الحوار فيهدف الى التوصل الى حقيقة .

استخدم مصطلح الحوار للتعبير عن امر ليس له بعدا ماليا او ماديا ، و لا للوصول الى صفقة تجارية او اقتصادية ، بل للتعبير عن تلاقي طرفين او اكثر للوصول الى تفاهم فكري او ثقافي او ايديولوجي ، مثل حوار الثقافات او حوار الشمال و الجنوب [2].

فالحوار لا يرتبط أساسا بمعاملات تجارية او استثمارية ، او البحث عن حلول لخلافات ما ، لكونه احد المصطلحات العامة التي قد تشتمل على عدة مواضيع .

2- التفاوض و المساومة :

تتميز المساومة عن التفاوض في كونها جدل محدود حول مسالة جزئية لتحديد سعر او قيمة شيء معين [3]، مع ذلك يتداخل المفهومان حتى انه يكاد ان يكون واحدا من اكثر المفاهيم الرديفة للتفاوض من حيث طريقة تبادل الآراء و الاقتراحات و الاتصال المتواصل و المستمر بين الأطراف

إلا ان التفاوض يمثل عملية اكثر تعقيدا مقارنة بالمساومة ، فهو يستخدم في التوصل الى اتفاقات ذات اثر طويل على العلاقات بين الأطراف ، و قد يشتمل على مساومات عديدة بين

---

[1] نبيل سعدون العذاري ، العوامل المؤثرة في عملية التفاوض ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الإدارة و الاقتصاد ، جامعة بغداد 2001 ، ص 11.

[2] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 265.

[3] نبيل سعدون العذاري ، مرجع سابق ، ص 8-9.

المتفاوضين [1]، بينما تعبر المساومة على أمور قصيرة الأمد في تأثيرها ، فهي مرحلة مؤقتة فقط تنتهي و تحقق اثرها مباشرة بعد الاتفاق على قيمة او سعر شيء معين .

3- التفاوض و المشورة :

تعبر المشورة عن وسيلة لأخذ اراء الاخرين ، و هي تعني النصيحة ، حيث لا يوجد طرفان متنازعان بل طرف واحد طالب للمشورة من قبل طرف اخر ، لكنه غير ملزم بها او الاخذ بما تضمنته .

قد يتطلب النزاع الاستثماري اخذ مشورة احد الفنيين او الخبراء في الجوانب الفنية المحيطة به ، و لذا فهذا يساعد في التوصل الى ضبط حقوق الطرفين المتنازعين او اللجوء الى احدى الاليات الأخرى الملائمة لطبيعة النزاع ، كان يلجا طرفا النزاع او هيئة التحكيم الى طلب راي الخبير الفني حول اصل النزاع للتمكن ن الفصل فيه على اسس سليمة [2].

4- التفاوض و الجدل :

يرد الجدل في وصف بعض الحالات التفاوضية التي لا تفضي الى أي نتيجة ، لذا كثيرا ما يتداخل المفهومان ، لكنهما يختلفان من حيث ان التفاوض يمثل نقاشا هادفا متوازنا يتجه نحو الاقناع المتبادل . [3]

اما الجدل فهو نقاش لا جدوى منه يتجه نحو اهدار الوقت و الدخول في متاهات التصلب و الابتعاد عن الاقناع و جوهر الموضوع ، كما انه لا يستند الى أي طريقة في النقاش و لا يهدف الى أي غاية معينة ، كما لا يؤدي الجدل الى اي تسوية للنزاع الذي يتفاوض بشانه اطراف النزاع للوصول الى التسوية الملاءمة .

---

[1] The international contracts , 1 st parties , article published on : www.startimes.com/faspx the 23/08/2019.

[2] ابراهيم الشهاوي ، مرجع سابق ، ص 143.

[3] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 266.

المطلب الثالث : الاليات البديلة ذات الطابع الخاص

بالإضافة الى التحكيم و الاليات البديلة ذات الطابع التفاوضي ، ظهرت اليات أخرى لتسوية المنازعات الاستثمارية ذات طابع خاص ، نظرا لطبيعة العقود الاستثمارية الخاصة و ظروف ابرامها ، و التي تتميز بإجراءات خاصة و مبسطة و تتضمن هذه الفئة كل من استئجار قاض و الاحتكام الى تقرير الخبير و كذا مجلس تسوية المنازعات .

تشترك كل هذه الاليات في عرض النزاع على طرف ثالث حيادي بموافقة المتنازعين ، حيث يتعين عليهما التقيد بالإجراءات بعد ذلك و لا يمكنهما الاعتراض على أي مرحلة منها او ايقافها [1].

سنكتفي بعرض هذه الاليات بإيجاز وفق الفروع التالية :

الفرع الأول : استئجار قاض Rent a judge

عرفت هذه الالية قديما بهذا الاسم في الولايات المتحدة الامريكية ، و تعني التعاقد مع قاض للفصل في النزاع ، حيث يتقدم أطراف النزاع بطلب الى المحكمة المختصة[2] ، لتعيين محكم يكون عادة قاض متقاعد[3]، الذي ينظر النزاع بصفة غير رسمية ، و يصدر حكما ، يلزم اطراف النزاع و لا يحق لهما ان يعترضان او يطعنان فيه ، كما تلتزم المحاكم بتنفيذه ، من خلال اصدار الصيغة التنفيذية في الحال ، اذا كان مناسبا و لا يتعارض مع النظم المتبعة في المحاكم المحلية ، و النظام العام الدولي .

---

[1] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 190.

[2] عرفت محكمة واشنطن بالولايات المتحد الامريكية سنوات الثمانينات انتشارا واسعا لهذه الالية ، حيث بلغ عدد الطلبات المتعلقة بتعيين احد القضاة للفصل في النزاعات بين الأطراف الاستثمارية 449 ، و هذا نظرا للنزاعات الكثيرة بين الشركات الاستثمارية التي كانت تقيم مشاريعها في الولايات المتحدة الامريكية ، و ساهمت هذه الطريقة في فض حوالي 80 بالمئة من النزاعات التي عرضت عليها ، و علية اعتبرت من الاليات الفعالة في تسوية النزاعات الاستثمارية .

[3] عبدالحميد الاحدب ، مرجع سابق ، ص 439.

لم ينتشر هذا النظام بكثرة في دول العالم نظرا لخاصيته التي قد تتعارض مع التشريعات الداخلية و الأنظمة القانونية للدول [1]، فضلا عن عدم تحديد الجهة التي تقرر مدى ملائمة الحكم الصادر في النزاع ، و عدم وجود نوع من الرقابة البعدية اللازمة باعتبار ان هذه الالية حرة و بعيدة عن القضاء الرسمي ، او اعتراض الأطراف على تنفيذه [2].

الفرع الثاني : الاحتكام الى تقرير الخبير Expert determination

تستند هذه الالية على الاستعانة بخبير له دراية و اختصاص في موضوع النزاع ، خصوصا في الجوانب الفنية و العلمية ، حيث يباشر بتقييم القضية المعروضة عليه و دراسة كل ما يتعلق بالنزاع و أسبابه .

يراعي الخبير في عمله احترام المبادئ الأساسية للتقاضي و ضرورة المساواة بين الطرفين و يحرص على ان لا ينحاز لأي طرف على حساب الاخر ، كما يتوجب عليه اعلام طرفي النزاع بمباشرة عمله لكي يتسنى لهما تقديم كل ما لديهما من مستندات و معطيات قد تساعد الخبير في اعداد تقريره ، كما يلتزمان بمده بكل ما يطلبه حول حيثيات النزاع [3]، التي تسهل مهمته و تمكنه من التوصل الى الالية المناسبة لتسوية النزاع بموجب تقريره الذي يلتزم به الطرفان ، بما انهما اتفقا مسبقا ، كما لا يقبل أي استئناف لأنه يستند على عناصر واقعية دون النظر الى العناصر القانونية [4]، عكس المحكم او القاضي الذي يبدي رأيه في الواقع و في القانون .

تنتشر هذه الالية في نزاعات عقود الانشاءات الفنية ، او في انجاز الهياكل المعدة لاستقبال الاستثمارات الكبرى بما انها تحتاج الى الخبرة لكشف حقيقة النزاع و الحلول المتاحة ، كما ان هناك

---

[1] احمد انوار ناجي ، مرجع سابق .

[2] زينب وحيد دحام ، مرجع سابق ، ص 171.

[3] فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 370.

[4] يعتمد الخبير في اعداد تقريره بخصوص منازعات الاستثمار الأجنبي على الوقائع الفعلية الاقتصادية في النزاع بين الطرفين ، باعتباره صاحب اختصاص فني في مجال معين ، و هذا ما يجعل تقريره لا يستند الى أي وقائع او عناصر قانونية قد تسوي النزاع نهائيا ، و هو ما يجعل هذه الالية ذات طابع خاص ، للتفصيل اكثر انظر : اباريان علاء ، مرجع سابق ، ص 192.

العديد من النزاعات التي سويت مباشرة بعد اعداد تقارير الخبراء [1]، بمبادرة منه او من اطراف النزاع بما ان التقرير قد كشف حقيقة النزاع و حقوق كل طرف .

الفرع الثالث : مجلس تسوية المنازعات Adjudication

يعتبر مجلس التسوية من الاليات البديلة التي استخدمت في تسوية منازعات عقود الاستثمار ، اذ يتمثل في هيئات دائمة يتم انشائها في مرحلة ابرام العقد بتوافق ارادتي الطرفين [2]، تختص بالنظر في الخلافات التي تنشا بين الطرفين اثناء تنفيذ العقد .

ذهب بعض الفقهاء الى ان مجلس التسوية هو عبارة عن وساطة مرحلية او توفيق مرحلي ، أي تستعمل فيه وسائل التسوية لمرحلة العقد فقط ، و هو الية مستقلة خاصة بأطراف العقد فقط و تنتهي بمجرد انتهاء ما يربطهما ، اذ يتفق الطرفان على اختيار موفقين او وسطاء ممن تتوفر لديهم الدراية و الخبرة بموضوع الاستثمار ، لكي يختصوا بالنظر في النزاعات التي قد تنشا بين الطرفين خلال مدة تنفيذ العقد و العمل على حلها ، و هذا ما يغني اطراف النزاع عن اللجوء الى أي تحكيم او قضاء او هيئات دولية أخرى ، لان هذا المجلس يعتبر بمثابة القضاء الخاص .

عرفت هذه الالية في الولايات المتحدة الامريكية ، التي كانت مهدا لمعظم هذه الاليات البديلة ، و حققت نجاحات بارزة في نطاق تسوية منازعات الاستثمار في مشاريع السدود و الانفاق ، التي كانت تنتشر انذلك ثم انتشرت بسرعة وصلت الى 20 بالمائة سنويا في بداية التسعينات [3]، اذ يمكن ان يأخذ هذا المجلس شكل هيئة مكونة من شخص واحد " one – man board " هو مهندس المشروع ذاته ، و هذا ما شجعته الشروط العقدية للاتحاد الدولي

[1] مثال ذلك : قضية النزاع الذي نشا بين شركة : b. constructions industry و الحكومة الامريكية سنة 1997 و الذي احيل الى تقرير الخبير Edward pi ، اذ بمجرد صدور تقرير الخبير الذي استغرق 03 اشهر لفحص حقيقة النزاع بين الطرفين ، و الذي اماط اللثام عن ما يجب اتباعه ، تم الاتفاق بين الطرفين و عقد جلسة عمل للتصالح و استمرار العقد الاستثمار بينهما .

[2] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 192.

[3] خلف رمضان محمد بلال ، مرجع سابق ، ص 223.

للمهندسين الاستشاريين المعروف ب fidic و البنك الدولي [1]، او يتم تشكيل مجلس ثلاثي في بداية المشروع ، يتكون من صاحب المشروع و مؤسسة الإنجاز و يختار العضو الثالث رئيسا للمجلس ، قبل ان تعرف تطورا و اصبح يتم اللجوء الى اختيار محكمين و موفقين كأعضاء ، خصوصا في العقود الاستثمارية الضخمة و الطويلة الاجل ، ممن يتوفر فيهم الحياد و الاستقلالية و الخبرة ، لذا يعتبر اختيار أعضاء المجلس امرا بالغ الأهمية في نجاح تسوية المنازعات بالطريقة المثلى ، حيث تلعب الخبرة دورا كبيرا في ذلك ، لا سيما في من يتولى الرئاسة ، فهو الاقدر على تصميم الحلول في مهد النزاع ، من خلال التعامل بشكل فوري مع أي تعقيدات او خلافات بسيطة .

رغم ان قرارات مجلس التسوية ملزمة بشكل فوري تبعا لما تم الاتفاق عليه اثناء تشكيله ، إلا انه لا يستند الى قواعد او نصوص قانونية ، كما لا يباشر من قبل قضاء الدولة [2]، اذ يختص بإطار تنفيذ العقود الذي يشرف عليه ما يسمى ب "Adjudicator" لما له من صلاحيات بالبت في عناصر النزاع الواقعية خلال مدة زمنية محددة ، بما ان هذه العقود الاستثمارية لا تحتمل الاطالة

أدى نجاح هذا النظام الى اعتماده من قبل البنك الدولي سنة 1995 ، و البنك الاسيوي للتنمية سنة 1999 [3]، كما أصدرت المملكة المتحدة uk سنة 1996 قانونا خاصا بمجالس تسوية المنازعات في عقود البناء و الانشاء سمي ب " the adjudication act" [4]نص على وجوب تضمين جميع عقود الانشاء لمجالس تسوية المنازعات باتفاق طرفي العقد على اختيار أعضاءها و منحها كامل الصلاحيات في تسوية النزاعات بين الأعضاء و الالتزام بها و ذلك في فترة تمتد من أسبوعين الى أربعة أسابيع كأقصى حد [5].

---

[1] منير محمود بدوي ، الوساطة و دور الطرف الثالث في تسوية المنازعات ، مجلة دراسات مستقبلية ، مركز دراسات المستقبل ، جامعة أسيوط – مصر ، العدد الثامن ، 2003 ، ص 122-124.

[2] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 196.

[3] المرجع ذاته ، ص 197.

[4] ابارياان علاء ، مرجع سابق ، ص 79.

[5] منير محمود بدوي ، مرجع سابق ، ص 125.

المبحث الثالث

تمييز الاليات البديلة عن غيرها من النظم المشابهة الأخرى

رغم تشابه الاليات البديلة لتسوية المنازعات مع بعض الأنظمة الأخرى في كثير من الأحيان ، إلا انها تتميز بأنها تهدف الى تسوية النزاعات بعيدا عن ما يخلفه القضاء و اجراءاته المعقدة ، و في طابع ودي يحافظ على استمرار العلاقات و المصالح الاستثمارية بين الأطراف .

تعد الاليات البديلة طريقا سهلا و سلسا و اقل كلفة من الطرق المعتادة لتسوية النزاعات امام المحاكم الرسمية ، كما انها توفر الوقت و الجهد على اطراف النزاع ، بالإضافة الى تكاليف تسوية النزاعات امام القضاء ، و هو ما يقتضي تمييزها عن ما يشبهها من النظم من خلال تمييز الاليات البديلة عن وسائل التسوية الالكترونية في مطلب اول ، ثم تمييز الاليات البديلة عن مجالس مراجعة المنازعات من خلال مطلب ثان ، قبل ان نتطرق لتمييز الاليات البديلة عن نظم تسوية الدعوى المدنية في مطلب ثالث .

المطلب الأول : تمييز الاليات البديلة عن وسائل التسوية الالكترونية

تتميز كل من الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي ووسائل التسوية الالكترونية للمنازعات في انها تتم خارج الاطار الرسمي للقضاء عن طريق التحكيم او الوساطة و التوفيق ، و ذلك بطريقة مرنة و بسيطة و تكفل تحقيق العدالة بين اطراف النزاع تبعا لاستنادها على اتفاقهما[1].

إلا ان ما يميز بينهما هو حضور الأطراف المادي في تسوية النزاعات بواسطة الاليات البديلة ، سواء بالمفاوضات المباشرة بين الطرفين او من ينوب عنهما في مجلس ما متفق عليه ، او

[1] علي احمد عبد الجليل ، وسائل التسوية الالكترونية للمنازعات ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط 2005 ، ص 141.

عن طريق أي الية أخرى مثل التحكيم و الوساطة ، و هو ما يسمى ب " off line" [1]، اما في وسائل التسوية الالكترونية فيتم فض النزاع بالتفاوض عن طريق شبكة الانترنيت " on line" او بواسطة موفق او وسيط ، او باللجوء الى التحكيم الالكتروني [2].

عرفت وسائل التسوية الالكترونية للمنازعات تطورا و انتشارا كبيرين نتيجة لإبرام العقود الالكترونية التي تعطي للأطراف القدرة على التعاقد عبر الانترنت دون الحاجة للتنقل الى دولة أخرى ، لذ كان من الضروري البحث عن وسائل تمكنهم من تسوية المنازعات التي تنشا عنها ، من خلال الوسط نفسه الذي تم به التعاقد دون الحضور المادي .

المطلب الثاني : تمييز الاليات البديلة عن مجالس مراجعة المنازعات

تستند مجالس مراجعة المنازعات على التوفيق كآلية لمحاولة التوصل الى فض النزاع بين اطرافه ، حيث يجتمع المجلس لدراسة أسباب النزاع و جميع جوانبه ، بحضور ممثلي اطراف النزاع و هذا قبل اللجوء الى أي الية أخرى كالتحكيم او الوساطة [3]، و يتمثل الدور الأساسي للمجلس في محاولة التوفيق و تقريب الرؤى بين الأطراف من خلال عرض الأسباب الرئيسية المؤدية الى نشاة النزاع ، و جميع جوانبه القانونية منها و الاقتصادية ، بالإضافة الى حقوق كل طرف من اطراف النزاع .

بالنظر الى إجراءات مجالس مراجعة المنازعات التي ظهرت في بادئ الامر في و .م . ا سنة 1957[4] ، فإنها تتشابه و تقترب من الاليات البديلة لتسوية المنازعات بالنظر الى غلبة عنصر

---

[1] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 199.

[2] احمد عبدالكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 233.

[3] عبدالحميد الاحدب ، مرجع سابق ، ص 132.

[4] تم تشكيل اول مجلس لمراجعة المنازعات في العقد المبرم بين شركة " ايني " الإيطالية و امريكان س س د الامريكية سنة 1957 ، و الذي تشكل من ممثلين عن الشركتين و خبير فرنسي في عقود الانشاء لرئاسة المجلس ، كما رافق هذا المجلس العملية الاستثمارية الى غاية نهايتها سنة 1961 دون اللجوء الى أي الية لتسوية المنازعات بينهما ، حيث تكفل بواد الخلافات بين الطرفين في بداياتها باعتبار انه يتابع هذه العملية عن كثب ، و هذا ما ساهم في انتشار هذا النظام في العقود الاستثمارية الدولية .

التوافق الارادي في تكوينهما ، و الفلسفة المشتركة لكل منهما ، كما ان كل منهما يهدف الى وضع حد للنزاع بطريقة عادلة و سلسة و غير مكلفة للطرفين .

اما ما يميز الاليات البديلة عن مجالس مراجعة المنازعات فهو القوة الإلزامية لقراراتهما [1]، التي تختلف حسب طبيعة الالية المتبعة و طريقة اللجوء اليها ، فالمحكم يتمتع بصلاحية الفصل في النزاع بطريقة نهائية و ملزمة للطرفين ، و التي تختلف تدريجيا في الوساطة و التوفيق التجاريين الدوليين ، اما في مجالس مراجعة المنازعات فتختلف هذه القوة الإلزامية حسب بنود العقد المبرم بين الأطراف ، المنظم لتركيبة المجلس و طبيعة قراراته ، و الذي يكون قبل بداية المشروع الاستثماري و يرافقه في جميع مراحله ، مما يجعل له في بعض النزاعات تأثيرا كبيرا على اليات تسويتها [2].

من المعروف ان الاليات البديلة لتسوية المنازعات تستلزم تدخل طرفا ثالثا ، سواء كان محكما او وسيطا او موفقا ، إلا ان ذلك غير مقدر في مجالس مراجعة المنازعات باعتبار انها تتشكل من اطراف العقد الاستثماري انفسهم ، بالإضافة الى من يرأس المجلس الذي يعتبر جزءا من هذه العملية فهو مكلف بمرافقة المشروع الاستثماري منذ البداية و المساهمة باراءه و أفكاره فيه ، و مساعدة الأطراف في تجنب الخلافات التي قد تنشا بينهم ، من خلال رؤى مستقبلية لسيرورة العملية الاستثمارية ، وكل العوائق التي يمكن ان تؤدي الى خلافات بين الطرفين من خلال الاجتماع بشكل دوري مع الأطراف .

المطلب الثالث : تمييز الاليات البديلة عن نظم تسوية الدعوى المدنية

تعتبر نظم تسوية الدعوى المدنية من الإجراءات التنظيمية الحديثة التي يشرف عليها القضاء في بعض الدول ، فهي خطوة مبكرة و محاولة لتسوية النزاعات من قبل قاضي إدارة الدعوى قبل بدا المحاكمات ، حيث ساهمت هذه النظم في تخفيف العبا على القضاء و المحاكم و استثمار

[1] إبراهيم محمد العناني ، مرجع سابق ، ص 102.

[2] Peter Chapman , disputes boards , article published on www.oxfordinform.com 2002 , at 11/09/2019 , 23.00.

الوقت و تقليص امد التقاضي ،[1]و لا تعتبر بذلك أسلوبا من أساليب الاليات البديلة على الرغم من تضمنها عقد التسوية بين الخصوم ، فهي تقوم على فكرة استخدام المفاهيم الإدارية الحديثة التي تستند الى التخطيط و التنظيم و المراقبة .

تتميز الاليات البديلة لتسوية المنازعات عن نظم تسوية الدعوى المدنية فيما يلي :

- تختص الاليات البديلة بتسوية النزاعات بصفة نهائية و بطريقة ودية ، بينما تساهم نظم تسوية الدعوى المدنية في حصر أسباب النزاع و نقاط الاختلاف بين الطرفين [2]؛
- يساهم المحكم و الوسيط ، او الموفق في الاليات البديلة في التوصل الى حل مرضي للطرفين ، من خلال اقتراح ما يراه مناسبا لهما ، و هو ما لا يمكن لقاضي تسوية الدعوى المدنية القيام به ؛
- يجتمع الموفق او الوسيط مع اطراف النزاع او من يمثلهما ، سواء معا او كل منهما على انفراد و هي مرحلة مهمة جدا في تسوية النزاع عن طريق الاليات البديلة ، بينما لا يجتمع القاضي بالطرفين او وكلائهما على انفراد [3]؛
- تعتبر سرية الجلسات من اهم مميزات الاليات البديلة لتسوية المنازعات ، و هو ما جعلها تحضى بالأفضلية خصوصا في منازعات الاستثمار لاحتوائها على معلومات حساسة و خاصة جدا لطرفي النزاع ، بينما تتميز جلسات تسوية الدعاوى بالعلنية ؛
- يتفق اطراف النزاع على اختيار الوسيط او الموفق في الاليات البديلة ، و هو غير متاح لأطراف الدعوى المدنية ؛
- يراعي القاضي في تسوية الدعوى المدنية ما ينص عليه القانون ، بينما قد يستند الوسيط او الموفق على الحلول المتوازنة للأطراف في تسوية النزاع ؛
- تعمل الاليات البديلة على ايجاد الحلول المتوازنة للطرفين ؛

---

[1] ابارياان علاء ، مرجع سابق ، ص 79.

[2] احمد انوار ناجي ، مرجع سابق ، ص 233.

[3] بشار محمد الاسعد ، مرجع سابق ، ص 315.

من هنا يتضح ان الاليات البديلة لتسوية المنازعات تتميز عن غيرها من النظم المشابهة الأخرى في العديد من المميزات و الخصائص ، هي التي تجعلها اكثر ملائمة لتسوية المنازعات الاستثمارية خصوصا فيما يتعلق بالسلاسة و البساطة في الإجراءات ، بالإضافة الى السرية التي تتميز بها و التي تهم كثيرا في مجال الاستثمارات الأجنبية .

تتيح هذه الاليات لاطراف النزاع اختيار الجهة التي يؤول اليها تسويته ، و هو ما لا تتيحه الاليات الأخرى ذات الطابع الخاص او مراجعة المنازعات ، او تلك النظم المتبعة في الدعوى المدنية ، و هذا ما يجعلها تحضى بالرضى و القبول ، لان كل ما هو اتفاقي يكون عادلا ، كما يضمن تنفيذ ما تتوج به من حلول و قرارات لفض هذه النزاعات .

الفصل الثاني

اهمية الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي و مصادرها القانونية

لقد أصبحت القوانين الداخلية للدول و اختلاف تشريعاتها و إجراءاتها المعقدة من أسباب اثارة القلق و عدم الاطمئنان لدى المستثمرين الأجانب ، الذين يحبذون حرية اكبر و مرونة في حركة رؤوس الأموال و توفير حماية قانونية تضمن لهم الاقبال على الاستثمار بأريحية .

انطلاقا من هذا التوجه اصبح اللجوء الى قواعد قانونية أخرى لتسوية المنازعات الاستثمارية الدولية بعيدا عن التشريعات الوطنية للدول المضيفة امرا في غاية الأهمية تماشيا مع طبيعة المعاملات الاستثمارية ، و رغبة المستثمرين في الإفلات من سلطان القوانين الوطنية غير الملائمة ، و تحقيق نوع من الحرية للاتفاقيات و العقود الدولية .

و بما ان الاستثمارات الأجنبية تعد الوسيلة التمويلية التي تسعى الى جذبها كافة الدول النامية ، فقد كانت رغبة المستثمرين الأجانب في اللجوء الى الاليات البديلة لفض النزاعات مشروطة دائما ، لتفادي القيود الموجودة في الأنظمة القانونية لمختلف الدول [1]، و لما توفره هذه الاليات من خلق نوع من الاطمئنان و الاريحية في اطار قانوني يضمن الحصول على العدالة بالنظر لمزاياها مثل المرونة و السرعة و سرية الإجراءات بأقل قدر ممكن من العلانية و النشر و كلفتها المنخفضة مقارنة بالقضاء ، و لذا فهي تساهم في خلق بيئة استثمارية مناسبة سواء للدولة المضيفة او للمستثمر الأجنبي الذي غالبا ما يشترط احدى هذه الاليات كطريق لتسوية النزاعات قبل الاقبال على مشروعه الاستثماري [2].

بهذا تبدو أهمية الاليات البديلة واضحة و جلية ، فهي ذات حيوية اجتماعية و اقتصادية لما تتميز به في تسوية المنازعات بمشاركة اطراف النزاع في إيجاد الحل عن طريق ثقافة الحوار و لهذا نظمتها مختلف التشريعات كأسلوب بديل عن القضاء التقليدي ، و تضمنتها العديد من الاتفاقيات و المواثيق الدولية ، و هو ما تجلى في اعتمادها في العديد من العقود الاستثمارية

[1] Chiavario mario , les modes alternatifs de règlement des conflits , ridc 1997 , n 02 , p 27.
[2] عبدالحميد الاحدب ، موسوعة التحكيم التجاري الدولي ، دار المعارف ، مصر 1998 ، الجزء الثاني ص 31.

الكبرى ، و اشتراطها كآليات وجب اللجوء اليها لتسوية المنازعات الناشئة عنها قبل اللجوء الى القضاء .

كما ساهمت هذه الاليات في ازدهار الاستثمار الأجنبي و معاملات التجارة الدولية لدى الدول التي تعتمدها ، و أصبحت تحتل مكانة بارزة في فض منازعاتها بأسلوب مرن و فعال ، مما ساهم في تدفق الاستثمارات الأجنبية و تذليل الصعوبات التي واجهت المستثمرين من قبل

لذلك سنفصل اكثر في أهمية الاليات البديلة لتسوية المنازعات الاستثمار الأجنبي في مبحث اول ، ثم مصادرها القانونية من خلال مبحث ثان ، قبل ان نستعرض طبيعتها و علاقتها بالقضاء في مبحث ثالث .

المبحث الاول

أهمية الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

يلجا اطراف المنازعات الاستثمارية الى الاليات البديلة لفضها بالطرق الودية و الملائمة بعيدا عن المحاكم و القضاء الرسمي ، و بأقل قدر ممكن من العلانية و النشر و فق حل متوازن من قبل طرف ثالث محايد يتم اختياره من قبل الأطراف .

بما ان الاستثمارات الأجنبية تعد الوسيلة التمويلية الوحيدة التي تسعى الى اجتذابها كافة الدول ، فقد كانت رغبة المستثمرين الأجانب للتخلص من القيود الموجودة في الأنظمة القانونية لمختلف الدول ، التي تتسبب في تعطيل المشروع الاستثماري و تسبب لهم خسائر مادية و معنوية ، كتعطيل الأموال و الأرباح او تعرض الثقة التجارية للاهتزاز و التشويه نتيجة النزاعات المستمرة لهذا أصبحت الاليات البديلة هي الوسائل و الطرق المقبولة لتسوية هذا النوع من المنازعات ، سواء كانت عامة او خاصة ، حيث اصبح المستثمرون يشترطون توفر هذه الاليات قبل الاقدام على المشروع الاستثماري لدى الدولة المضيفة خصوصا النامية منها ، و ذلك بالاتفاق مقدما على بنود العقد التي تنص على اللجوء الى الاليات البديلة لتسوية المنازعات التي تنشا فيما بينهم بشان تنفيذ العقد او تفسيره او الاخلال بأحد الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي .

بالمقابل عملت الدول المضيفة و الراغبة في استقطاب الاستثمارات الأجنبية على تضمين تشريعاتها نصوصا تحدد طرق تسوية المنازعات الاستثمارية بصورة واضحة ، مثل المفاوضات و الوساطة ، او التوفيق و التحكيم التي بإمكانها تلافي التأخير في فض المنازعات و المحافظة على الثقة و سرية الإجراءات التي يعاني منها المستثمرون في حالة اللجوء الى القضاء و ما ينجم عن ذلك من خسائر لمشاريعهم الاستثمارية .

من هنا تبرز أهمية الاليات البديلة في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي و التي سنفصل فيها اكثر من خلال التطرق لأسباب اللجوء لها في مطلب اول ، ثم مزاياها في مطلب ثان ، قبل ان نستعرض افضليتها في مطلب ثالث .

المطلب الأول : أسباب اللجوء للآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

ان الأصل في تسوية النزاعات هو لجوء اطرافه الى القضاء ، لكن مع تطور الاستثمارات الأجنبية و انتشارها بشكل واسع اصبح اللجوء للآليات البديلة هو المعتاد ، نظرا للتطور المستمر في التجارة و الخدمات و تزايد حجم الاستثمارات الدولية و ما نتج عنه من تعقيد في المعاملات و الحاجة الى السرعة و الفعالية في تسوية النزاعات التي ترجع الى كفاءة و تخصص و خبرة المكلفون بذلك [1]، دفع بالمهتمين و المستثمرين الى اللجوء الى الاليات البديلة حتى يتمكن الأطراف من تسوية خلافاتهم بشكل سريع و عادل و فعال مع منحهم مرونة و حرية لا تتوفر في المحاكم ، كما ساهمت هذه الظروف في انتشار هذه الاليات و اعتمادها في اغلب العقود الاستثمارية الدولية دون الحاجة للقضاء ، و برز التوفيق و الوساطة [2]كآليتين فاعلتين في تسوية المنازعات الاستثمارية قبل اللجوء الى التحكيم لما يتميزان به من مرونة و تقديم الحلول المتوازنة التي تحظى برضا الأطراف ، بالإضافة الى اختصاص الموفقين و الوسطاء في تسوية هذا النوع من المنازعات و عدم اثارة مشكل القانون الواجب التطبيق .

ان عدم الثقة في القضاء الوطني للدولة المضيفة من قبل المستثمر الأجنبي ، نظرا للتخوف من بسط سيادتها هو احد الأسباب الرئيسية لنفور المستثمرين منه و اشتراط اللجوء الى الاليات

[1] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 117.

2 ساهمت المؤتمرات و الاتفاقيات الدولية في اعتماد الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي و تنظيمها في العديد من القوانين الداخلية للدول كالاتفاقية المبرمة بين مصر و فرنسا حول تشجيع الاستثمارات المتبادلة و حمايتها ، الموقعة في القاهرة سنة 1974 و التي نصت في البند 19 منها على ضرورة اللجوء الى التوفيق و الوساطة كآليتين لتسوية المنازعات الاستثمارية قبل التحكيم و القضاء .

البديلة لتسوية خلافاتهم [1]، بما في ذلك ما يكلفه من نفقات و اتعاب ترهق كاهل المستثمرين و اجراءاته المعقدة و غير المألوفة بالنسبة اليهم ، إضافة الى بطء الفصل في القضايا بسبب ما تعانيه المحاكم من تراكم ، كل هذا اجبر الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي و الراغبة في تشجيعه و جذبه اليها الى اعتماد الاليات البديلة كالتحكيم و الوساطة و التوفيق في قوانينها الداخلية كطريق لتسوية المنازعات التي تنشا بينها و بين المستثمرين الأجانب ، و تماشيا مع الاتفاقيات الدولية في هذا المجال و الانضمام اليها ، مما جعل اللجوء الى هذه الاليات يتسع في الوقت الحالي بل اصبح امرا ملحا مع العقود المستحدثة في المجال الاستثماري التي تتطلب كفاءة و خبرة في تسوية منازعاتها و لمواكبة حركة التعاملات التجارية الدولية ، كما يحبذ المستثمرون اللجوء الى الاليات البديلة لقربها من حقيقة النزاع و أسبابه على العكس من عرضه على القضاء اين يسعى كل طرف الى تكييفه مع ما يخدم مصلحته [2]، بالإضافة الى اشكالية القانون الواجب التطبيق التي تبرز هنا ، و التي قد تجعل النزاع يتفرع بدوره الى عدة نزاعات ، فرفض كل طرف الخضوع الى قانون الطرف الاخر هو امر طبيعي نظرا للطابع الدولي للنزاع .

و بناءا على ما تقدم يمكن استعراض اهم أسباب اللجوء الى الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار و شيوعها وفق ما يلي :

الفرع الأول : واقع القضاء

ان طول امد التقاضي و تأخر تسوية المنازعات امام القضاء يعتبر سبب أساسي أدى بأطراف المنازعة الاستثمارية الى اللجوء الى الاليات البديلة ، اذ ان هناك قضايا ضلت راكدة امام القضاء لفترات طويلة دون الفصل فيها نظرا لعدة أسباب منها اكتضاض المحاكم بالقضايا و عدم

[1] احمد حسين جلاب الفتلاوي ، النظام القانوني لعقد الاستثمار ، منشورات زين الحقوقية ، الطبعة الأولى ، بيروت – لبنان 2017 ، ص 39.

[2] ماهر محمد حامد ، وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة 1999 ، ص 101.

اختصاص القاضي الوطني بالفصل في مثل هذا النوع من النزاعات بسبب طبيعة العقود الاستثمارية المعقدة أحيانا و حاجة هذه القضايا الى خبرة و كفاءة عاليتين و الى ذوي الاختصاص للفصل فيها [1]، خاصة لدى الدول النامية التي اخذت طريقها الى تنظيم سلطاتها القضائية و تحديثها بالشكل الذي يتماشى مع التطورات العالمية في هذا المجال [2]، و على الرغم من المحاولات التي قامت بها هذه الدول بهدف تخصيص القضاء و ضمان تكوين القضاة للتمكن من النظر في القضايا المطروحة امامهم بسرعة و كفاءة إلا انها لم تسفر عن الإيفاء بحاجة المعاملات الاستثمارية و التجارية المعاصرة التي تعرف تغيرا و تطورا مستمران [3]، بالإضافة الى الإجراءات و الشكليات التي يفرضها القضاء و تعدد درجاته ، مما يؤدي الى إطالة امد النزاع و تشعبه و ارتفاع تكاليفه و تعطل المشروع الاستثماري الذي يرتب مع ذلك خسائر سواء بالنسبة للمستثمر او الدولة المضيفه .

كما ان مشكل تنفيذ الاحكام القضائية في منازعات الاستثمار الأجنبي يطرح نفسه كذلك نظرا لتشعب اجراءاته و اختلاف المراكز القانونية للمتقاضين و إشكالية القانون الواجب التطبيق [4]، و هذا ما اجبر الدول المستضيفة للاستثمار الأجنبي الى تنظيم الاليات البديلة و اعتمادها كطريق لتسوية هذا النوع من المنازعات .

الفرع الثاني : طبيعة المنازعات

تكتسي منازعات الاستثمار الأجنبي طابعا خاصا لخصوصية أطرافها و طبيعة عقودها ، اذ ان احدهما شخص عام يتمتع بالسيادة امام شخص خاص ، بالإضافة الى طابعها الفني نتيجة

[1] مصطفى مُحَمَّد الدوسكي ، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية بالوسائل الودية و القضائية ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية مصر ، دار شتات للنشر ، الامارات ، الكتاب الأول ، 2016 ، ص 96.

[2] اميرة جعفر شريف ، مرجع سابق ، ص 69.

[3] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 135.

[4] مُحَمَّد عبد الودود أبو عمر ، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر في اطار اتفاقيات الاستثمار الثنائية ، دار وائل للنشر و التوزيع ، عمان ، الطبعة الأولى ، 2017 ، ص 17.

للتطور العلمي و التكنولوجي ، مما يستوجب توفر الخبرة و الكفاءة لدى المكلف بتسويتها ، [1]و كثيرا ما تكون محكومة بأعراف و عادات و ممارسات مهنية لا علم للقاضي بمضمونها ، و هكذا صار الفصل في النزاع في حاجة الى خبير ملما بوقائعه و القواعد التي تحكمه ، حتى صار الخبير بديلا للقاضي في كثير من النزاعات نتيجة تطبيق القاضي رأيه خلافا للأصل من كون رأيه استشاريا [2].

الفرع الثالث : العقود المستحدثة

تختلف العقود الاستثمارية حسب طبيعة النشاط الاستثماري ، اذ مع التطور السريع الذي يعرفه العالم اليوم في شتى المجالات أصبح الاستثمار يبرم في شكل عقود جديدة نظرا لتأثير التجارة الالكترونية و وسائل التواصل و التفاوض ، مما أدى الى ظهور اشكال جديدة من العقود التي تبرم اليوم و التي لم تكن مألوفة من قبل ، مثل عقود نقل التكنولوجيا ، و التي تتضمن شروطا و بنودا حديثة و فنية خصوصا [3]، و بالتالي وجب اتباع اليات و طرق حديثة لتسوية المنازعات التي قد تنشا عنها و التي ليس بمقدور القضاء التقليدي فعل ذلك ، مما أدى الى ضرورة اللجوء الى الاليات البديلة باعتبارها ملائمة و مناسبة لخصائص هذه العقود ، بما انها تعرف تطورا مستمرا خاصة لدى الدول الاستثمارية الكبرى التي جعلتها تتماشى مع طبيعة هذه العقود .

بالإضافة الى ان العقود الاستثمارية الحديثة خاصة تلك ذات الاجل الطويل أصبحت تتضمن وسائل و اليات بديلة مستحدثة لفض هذا النوع من المنازعات ، بما يتماشى و يتلاءم مع طبيعة هذه العقود مثل " المحاكم المصغرة- mini trials " [4]و " التحكيم وفقا لآخر عرض-

[1] عكاشة محمد عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 1998 ، ط 1 ، ص 63.

[2] احمد عبدالكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 32.

[3] محمد عبد الودود أبو عمر ، مرجع سابق ، ص 41.

[4] خلف رمضان محمد بلال ، مرجع سابق ، ص 89.

arbitration final last offer " او " استئجار قاض او التقاضي الخاص Privat -judjing " ، او تشكيل المجالس المصغرة المختصة في تسوية النزاعات الاستثمارية [1].

هذه الاليات و النظم الحديثة تفرعت بدورها من الاليات التقليدية مثل التحكيم و الوساطة و التوفيق و عرفت طريقها الى الاتساع و الانتشار ، و هذا تماشيا مع اتساع رقعة العقود الاستثمارية بين الدول .

الفرع الرابع : الطابع التفاوضي للآليات البديلة

تتميز الاليات البديلة عن المقاضاة بأساسها المعتمد على الحوار الهادئ الواعي و ادراك كل طرفي النزاع لحقوقه و مصالحه المشتركة مع الطرف الاخر ، حيث يشارك اطراف النزاع في تسويته و بذلك تساهم في إشاعة ثقافة الحوار و السلم الاجتماعي ، الذي يعتبر وسيلة للتفاهم و التوافق و المحافظة في الروابط العقدية و الاجتماعية [2].

كما يلعب الطرف المحايد المكلف بتسوية النزاع دورا في تقريب وجهات النظر بين الطرفين بغرض الوصول الى حل توافقي ينال رضاهما ، و ما يجعل كل طرف يلتزم بتنفيذه كما لو كان حكما ، و هذه الوسائل اضمن لتنفيذ الحكم لان أساسها هو الإرادة المشتركة على عكس ما لو تعلق الامر بحكم صادر عن جهة قضائية[3] .

تظهر اهمية الطابع التفاوضي للآليات البديلة في تفعيل اللجوء اليها لتسوية منازعات الاستثمار عموما ، و الأجنبي خصوصا ، لأنها تلائم هذا النوع من المنازعات الذي يتطلب اجراء محادثات و البحث في الأسباب الحقيقية لنشاته نظرا لكونه عملية اقتصادية مستمرة و متواصلة[4] ،

---

[1] غسان علي علي ، مرجع سابق ، ص 263.

[2] ابراهيم الشهاوي ، ثقافة التفاوض و الحوار ، الشركة القومية للطبع و التوزيع ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 2010 ، ص 5.

[3] الخير قشي ، المفاضلة بين الوسائل التحاكمية و غير التحاكمية لتسوية المنازعات الدولية ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، لبنان 1999 ، ص 54.

[4] مازن ليلو راضي ، مرجع سابق ، ص 182.

فأي تعطل لهذه العملية قد يسبب خسائر مالية و تجارية للطرفين ، لان عملية الاستثمار هي عملية اقتصادية بحتة و سريعة التأثر بالمتغيرات الاقتصادية .

الفرع الخامس : العدالة الارادية

تختلف العدالة التي تنشئها الاليات البديلة عن عدالة القضاء ، لأنها نابعة من إرادة الأطراف و هذا ما يميزها ، فهي عدالة ارادية و ليست عدالة مؤسساتية ، و مادام كل ما هو تعاقدي ليس بالضرورة ان يكون صحيحا و العدالة في جوهرها تقتضي الصحة ، فان العدالة في الاليات البديلة يجب ان ينظر اليها فقط في جانبها الذي يعيد التوازن الى العقد برضا الأطراف [1]، و الهدف من هذا هو حسم النزاع و انهاء الخلاف في ظروف تبعث على الاطمئنان و الاريحية لدى اطراف النزاع .

الفرع السادس : شفافية الاليات البديلة

ان الاليات البديلة لتسوية المنازعات قد تكون قضائية عندما تمارس بمبادرة من القضاء ، و قد تكون غير قضائية عندما تمارس خارج الجهاز القضائي [2]، و في كل الأحوال فان الاليات البديلة تتطلب الفهم المتبادل على أساس متوازن و احترام الحد الأدنى من القواعد القانونية و الضمانات الإجرائية مع احترام الحقوق الأساسية للأطراف لضمان شفافية التسوية التي يتوصلان اليها ، كما يلعب الطرف الوسيط او الموفق دورا في ذلك اذ يكرس ثقة الأطراف بالحياد النزيه و حسن النية في تسوية النزاع بطريقة عادلة و متوازنة .

تبقى اهم الأسباب التي تجعل المستثمر الأجنبي يشترط اللجوء الى الاليات البديلة لتسوية المنازعات التي قد تنشا بينه و بين الدولة المضيفة هو عدم ثقته بنزاهة محاكم الدولة و عدالتها ،

[1] مصطفى المتولي قنديل ، مرجع سابق ، ص 17.
[2] مصطفى مُحَّد الدوسكي ، مرجع سابق ، ص 111.

فضلا عن ان موقفها لن يكون حياديا تجاه النزاع [1]، فالقضاء الوطني و ان كان مستقلا عن الدولة ذاتها ، إلا انه قضاء غير محايد بالنسبة لمنازعات الاستثمار او تلك التي تكون الدولة طرفا فيها مع متعاقد اجنبي ، و يكون ذلك التعاقد ناشئا عن عقد يتعلق بمصالح اقتصادية او اجتماعية و بسيادة الدولة .

المطلب الثاني : مزايا الآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

ان مزايا الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي جعلتها متقدمة على القضاء ، و هذا ما يفسر اللجوء المتزايد عليها من قبل المستثمرين و اشتراطها في اغلب العقود الاستثمارية الدولية كطريق لتسوية النزاعات بعيدا عن القضاء الوطني [2]، فمهما اختلفت صورها من التحكيم الى الوساطة او التوفيق و المفاوضات و المحاكم المصغرة فإنها تشترك في العديد من المزايا منها الفعالية في حسم النزاعات بالسرعة و قلة التكاليف إضافة الى السرية في الإجراءات و التي يحبذها المستثمرين الكبار لما لها من تأثير على سمعتهم التجارية و الاقتصادية على المستوى الدولي و حتى لا تؤثر على بقية أعمالهم في الدول الأخرى ، كما تتمتع هذه الاليات بمزايا أخرى عديدة و هذا ما سنتناوله وفق الفروع التالية :

الفرع الأول : تحقيق عدالة رضائية

تتم إجراءات تسوية النزاع الاستثماري بواسطة الاليات البديلة بمشاركة اطرافه ، فإذا كان العقد الأصلي ينص على كيفية تسوية النزاعات التي قد تنشا بين الطرفين و إجراءاتها و نوع الالية البديلة التي يتم اللجوء اليها سواء التحكيم او الوساطة او التوفيق ، يقوم اطراف النزاع بضبط الإجراءات فقط ، اما اذا لم ينص العقد على أي الية لتسوية النزاعات فيمكن للأطراف مشارطة الالية البديلة التي يمكن اللجوء اليها باتفاقهم حيث يضبطون ذلك بالتشاور بينهم و اختيار الالية

[1] احمد أبو الوفا ، مرجع سابق ، ص 59.

[2] أبو زيد رضوان ، تسوية المنازعات الدولية بين القضاء و التحكيم ، دار الفكر العربي ، مصر 1999 ، ص 111.

البديلة التي سيتم اللجوء اليها ، بما في ذلك الطرف الثالث المكلف بحل النزاع [1]، مما من شانه إعطاء الأطراف نوعا من الأمان و الراحة ، بالإضافة الى منحهم الحرية الكاملة في الاستمرار عليها من عدمه ، بحيث لا يكون من بدا بالإجراءات في الوساطة او التوفيق مثلا ملزما بالاستمرار فيها الى نهايتها ، يملك الوسيط او الموفق ان يعدل و يطلب من الأطراف اللجوء الى التحكيم او القضاء ، حتى لو كان هذا الوسيط او الموفق قد بدا عمله بالفعل [2]، و هذا بخلاف القضاء حيث لا يكون للأطراف أي دور في اختيار القضاة ، و هنا يظهر الدور الفعال للأطراف في تسوية النزاع .

كما استقر الفقه القانوني منذ وقت بعيد على ان كل ما هو اتفاقي يكون عادلا ، لان جوهره الإرادة الحرة للأطراف ، كما ان الاتفاق ذاته لا قيمة أدبية او قانونية له إلا باعتباره تعبيرا عن الحرية و التراضي [3]، و منه يستمد الاتفاق قوته الملزمة ، فالطرفان المتنازعان هما ادرى من غيرهما بأحقية ما يدعيان ، لان كل منهما يعلم في قرارة نفسه حقيقة موقفه في النزاع و في حسم النزاع بطريقة ودية و رضائية و ما يحققه هذا الاتفاق من حلول لا يقدمها القضاء التقليدي .

الفرع الثاني : السرعة في تسوية النزاعات

مع تطور العقود الاستثمارية الدولية و تنوعها و تعدد أطرافها و سرعة التعاقد المربوطة بسرعة العصر و سرعة تعاملاته ، أصبحت سرعة تسوية المنازعات التي تنشا بصددها امرا ضروريا و مطلبا ملحا في هذا المجال [4]، فالسرعة تعتبر عامل مهم في العمل التجاري ، سواء من ناحية المعاملات او في تسوية النزاعات التي تقوم بين اطرافه ، لان طول امد النزاع يعقده اكثر و يصعب من مهمة تسويته بطريقة سريعة و ملائمة تراعى فيها الخصائص الفنية له كما يؤثر على حقوق

[1] الخير قشي ، مرجع سابق ، ص 169.

[2] ابراهيم الشهاوي ، مرجع سابق ، ص 7.

[3] احمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 46.

[4] اباريان علاء ، مرجع سابق ، ص 97.

المتنازعين في الميدان التجاري و الاستثماري ، لما قد يفوتهم من فرص في ضل المتغيرات الاقتصادية و عدم استقرار القيم المالية و رؤوس الأموال الاستثمارية ، لان العلاقات التجارية قائمة على الأسعار و قيمة العملات و السندات ، و منه فان النزاع قد يؤثر على ما كان يصبو اليه المستثمر او الدولة المضيفة من فوائد و أرباح قد تتحول الى خسائر ، فالوقت لدى رجال الاعمال و أصحاب المشاريع و الشركات الكبرى بمثابة المال كما يقول المثل الإنجليزي " time is money"،[1] و عليه وجب اللجوء للآليات البديلة في تسوية النزاعات بعيدا عن القضاء المعروف بإطالة الحسم في النزاعات و يأخذ وقتا طويلا مع كثرة الإجراءات و التعقيدات التي تكلف الكثير من النفقات و الاتعاب على عاتق المستثمرين ، فتسوية النزاع مثلا عن طريق الوساطة قد لا يتجاوز ثلاثة اشهر كأقصى حد [2]، و يعود ذلك الى ما تتميز به هذه الاليات من استغلال للوقت و الجهد و انهاء الدعاوى في مراحلها الأولى ، فالوصول الى حل خارج القضاء يكون من دون شك اسرع و اوفر ، و هذا ما يتناسب مع الطبيعة الخاصة لمنازعات الاستثمار الأجنبي .

كما وفرت الاليات البديلة حلولا مواكبة لعجلة التطور السريع التي يعرفها العالم اليوم في المجال التجاري و الاستثماري ، الذي اوجب تسوية المنازعات التي تنشا عنها بالسرعة و الفعالية اللازمتين حتى لا تتوقف الحركة الاستثمارية و التجارية ، فهي من سمات العصر الحديث لان العدالة البطيئة هي انكار للعدالة ، و لذلك أصبحت هذه الاليات معتمدة خاصة في العقود الطويلة الاجل كما هو الحال في عقود الاشغال الدولية التي تتميز بطبيعة فنية معقدة و يستمر تنفيذ العقد فيها لمدة طويلة لهذا يفضل أطرافها حل المنازعات بأسرع وقت ممكن ، لذا اطلق البعض عليها تسمية الاليات المناسبة لتسوية النزاعات[3] .

---

[1] ابارياان علاء ، مرجع سابق ، ص 98.

[2] اميرة جعفر شريف ، مرجع سابق ، ص 17.

[3] ابوزيد رضوان ، مرجع سابق ، ص 115.

الفرع الثالث : قلة التكاليف

من المزايا الأساسية التي تتمتع بها الآليات البديلة هو انخفاض تكاليفها مقارنة بالقضاء المعروف بتكاليفه الباهضة التي يتطلبها من حيث النفقات و اتعاب المحامين ، خصوصا اذا تعلق النزاع بأمور ذات طبيعة فنية معقدة او ذات تقنية عالية ، بالإضافة الى المدة التي قد يستغرقها عمل المحامين ، مما يقابل ارتفاع اتعابهم ، على العكس من ذلك فالآليات البديلة معروفة بسرعتها في فض النزاعات و بالتالي تكون تكلفتها اقل ، فعلى سبيل المثال نجد ان الرسوم الإدارية و اتعاب الوسيط تبدأ من 1500 دولار امريكي ، و قد ترتفع حسب طبيعة النزاع و مدة الإجراءات و الوقت المستغرق في تسويته و لا يتجاوز 10000 دولار كأقصى حد[1] ، اما في التحكيم فتقاس النفقات بقيمة الاستثمار المتنازع بشأنه ، و بالنظر الى قيمة الاستثمارات الدولية اليوم فان هذه التكاليف منخفضة و لا تكلف الكثير و هذا ما شجع المتنازعين على اللجوء اليها [2].

الفرع الرابع : سرية الإجراءات

تتميز منازعات الاستثمار الأجنبي بالسرية التامة ، حيث يعتبر مبدأ علانية الجلسات في القضاء التقليدي من احد أسباب عزوف المستثمرين و الشركات على اللجوء اليه لتسوية المنازعات حيث ينتفي معه عنصر السرية ، و باعتبارها تحرص كثيرا على سمعتها ، و بالتالي فان من دوافع اختيارها للآليات البديلة مرده السرية في إجراءات تسوية النزاعات ، فمبدأ السرية في الواقع يعد احد اهم الركائز الأساسية لنظام الاليات البديلة كنظام التحكيم المتميز بسرية اجراءاته [3]، فهذا المبدأ من الأمور اللصيقة بهذا النظام ، و هذا ما يحبذه المستثمرون و المتعاملون التجاريون و يحرصون على كتم أسباب و طبيعة النزاعات الناشئة بينهم و بين الدول المضيفة ، نظرا لما قد يمس بمراكزهم المالية و الاقتصادية ، فمبدأ العلانية الذي يحيط بالقضاء التقليدي و الذي يشكل

[1] ابارياان علاء ، مرجع سابق ، ص 100.

[2] اميرة جعفر شريف ، مرجع سابق ، ص 21.

[3] ابارياان علاء ، مرجع سابق ، ص 101.

ضمانة من ضمانات العدالة ، قد ينقلب وبالا عليهم اذ من شانه إذاعة اسرار صناعية او اتفاقات خاصة يحرصون على ابقائها سرا مكتوما[1] ، و كم من مستثمر او شركة عالمية يفضلون خسارة دعواهم على كشف اسرار استثماراتهم او صناعتهم التي تمثل في نظرهم قيمة اعلى من قيمة الحق الذي يناضلون من اجله في الدعوى ، ذلك لان موضوع المنازعة القضائية و الإعلان عنه و نشره قد يؤدي الى فشل المشروع الاستثماري برمته مما يسبب اضرارا كبيرة ، فالوسيط مثلا المكلف بحل النزاع يحظر عليه اخذ محاضر الجلسات مهما كان نوعها و أينما وجدت ، و عليه ان يلتزم بالسرية المطلقة و ان لا يفشي المعلومات لأشخاص اخرين إلا بموافقة المتنازعين ، كما سنتطرق اكثر لمبدأ السرية في الموجبات المترتبة على اللجوء للآليات البديلة .

الفرع الخامس : مرونة الإجراءات

تتميز الاليات البديلة بمرونة إجراءاتها و بساطتها مقارنة بالقضاء المعروف بكثرة الشكليات و التعقيدات ، حيث تتمتع بحرية أوسع في تنظيم و إدارة الجلسات و عرض البيانات و مشاركة اطراف النزاع ، فيتم ضبط المواعيد و تفعيل إجراءات فض النزاع باتفاقهما ، كما يتواصلان مع الوسيط او الموفق المكلف بتسوية النزاع بكل اريحية بما انه من اختيارهما [2].

ان أساس اختيار و الاتفاق على اللجوء الى الاليات البديلة بين الأطراف هو من يمنحهما الراحة و الطمانينة في ذلك ، و يجعل الإجراءات المتبعة اكثر بساطة و ليونة بما انهما من يشرفان على ذلك ، عكس القضاء الذي يجبرهما على اتباع اجراءاته المعقدة و غير المألوفة لدى احد الأطراف نظرا للطابع الدولي لعملية الاستثمار ، كما يجبرهما على الامتثال لحكم القاضي الذي يفصل بينهما ، و منه فليونة الإجراءات و حرية الأطراف في الاليات البديلة هي عامل مهم في اللجوء اليها .

[1] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 119.

[2] الخير قشي ، مرجع سابق ، ص 96.

الفرع السادس : استمرار العلاقات

نظرا لأهمية العلاقة التي تربط المستثمر الأجنبي بالدولة المضيفة في تنفيذ المشروع الاستثماري ، فمن الضروري المحافظة على هذه العلاقة التي تشكل محورا هاما في إنجاح هذا المشروع ، و هذا لا يتأتى إلا باحترام بنود العقد الذي يربط الطرفين و الحرص على التسوية الودية لما قد ينشا بين الطرفين من نزاعات حتى تبقى العلاقة قائمة عكس التسوية القضائية التي تؤدي في الغالب الى قطع العلاقات و تعميق الخصومة ، لان عقود الاستثمار غالبا ما تكون طويلة الاجل و لهذا يلجا اليها اطراف النزاع الاستثماري للمحافظة على خصوصيته .

الفرع السابع : الحلول المتوازنة

لا ترمي الاليات البديلة الى اصلاح الاضرار التي ترتبها العلاقات التعاقدية فقط عن طريق تسوية النزاعات ، بل تهدف الى العمل على إيجاد نوع من التوازن او التعادل بين التزامات الأطراف [1]، اذ تتميز الاليات البديلة بتقديم حلول متوازنة و توافقية بين الأطراف ، بحيث لا يحصل طرف على كل شيء بينما يخسر الطرف الاخر القضية تماما ، انما يمكن ان تكون الحلول متقاربة بين الطرفين بتقديم تنازلات نسبية لكل منهما تبعا لظروف النزاع و أهميته ، عكس الحلول القضائية التي تحكمها قواعد و نصوص مضبوطة ، و تؤدي الى وجود طرف رابح و اخر خاسر ، كما ان مبدأ المفاوضات يساعد على التوصل الى حلول توافقية ، لان طابع التفاوض يفضل حلولا جزئية على الحلول المطلقة [2]، كما تساعد جلسات الاليات البديلة على تجاوز العقبات و توفير الحلول الخلاقة و الإبداعية لتسوية النزاع ، كما يفرض الطابع الودي و البسيط للآليات البديلة على الأطراف التنازل مقابل تسوية النزاعات ، كما يلعب المحكم او الوسيط دورا بالغا في

[1] محمد إبراهيم موسى ، مرجع سابق ، ص56.

[2] احمد عبدالكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 111.

ذلك ، خاصة اذا كان ذو اختصاص و كفاءة في هذا المجال و هو ما يؤدي الى التوصل الى حلول متوازنة لجميع الأطراف .

الفرع الثامن : الدور الوقائي

تعد الاليات البديلة ذات الطابع التفاوضي عموما و المفاوضات خصوصا وسيلة وقائية تلعب دورا في الحيلولة دون نشأة النزاع المستقبلي بين الطرفين او التقليل من أسبابه ، حيث يؤدي التفاوض الى معرفة الأسباب الحقيقية للنزاع و دراسة كل جوانبه ، كما يؤدي تنازل كل طرف على جزء من دعواه في سبيل تسوية النزاع الى تجنبه مستقبلا بالابتعاد عن أسبابه تماما [1]، بينما تفتقد الوسائل القضائية للجانب الوقائي ، إلا في حدود ضيقة و بطريقة غير مباشرة تنحصر في الحالات التي يوجد فيها نص سابق ، فقد يساعد النفور من القضاء على نجاح الدور الوقائي للآليات البديلة [2].

المطلب الثالث : أفضلية الآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

ان تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي تستلزم اليات ذات طابع خاص نظرا لخصوصية عقودها ، التي تعتبر من العقود الطويلة الاجل و المستمرة على الدوام ، و التي لا يوفرها القضاء الذي يلزمه خبراء في هذا المجال غير المعهود لديه ، و هذا ما معمول به في التشريعات الحديثة لدى الدول الاستثمارية الكبرى اليوم [3].

بما ان عقود الاستثمار اليوم تتضمن استثمارات ضخمة ، و التي تولد بدورها منازعات بشان رؤوس أموال كبيرة ذات أهمية ملموسة و عاجلة ، سواء بالنسبة للمستثمر او للدولة المضيفة له ، و لذلك تتطلب تسوية سريعة حتى لا تتفاقم الاثار المالية الناجمة عن تأخر فضها و تفقد الكثير

[1] زينب وحيد دحام ، مرجع سابق ، ص 45.

[2] فخري ابوسيف مبروك ، مرجع سابق ، ص 122.

[3] Mireille taok , op cit , p 17.

من قيمتها [1]، و منه أصبحت الاليات البديلة طريقا مثاليا عن القضاء الرسمي تحظى بقدر كبير من الاهتمام من قبل المستثمرين في جميع الدول لما تحققه من مميزات تتناسب مع طبيعة هذه العقود ، بالإضافة الى انها تتعامل مع النزاع من مختلف جوانبه كونها تعنى بأسبابه اكثر من اعتنائها بجوانبه القانونية ، كما تستهدف التوصل الى تسوية ملائمة مرضية لأطراف النزاع .

تستمد الاليات البديلة افضليتها من ادراجها في قوانين الاستثمار و الاتفاقيات الدولية المبرمة في هذا المجال باتخاذها كوسائل لتسوية النزاعات التي قد تثور بشأنها [2]، فهي تقوم على ابعاد النزاع عن اختصاص قضاء الدولة بناءا على ارادة الأطراف سواء كشرط ضمن العقد المبرم بينهما قبل نشأة النزاع ، او في شكل اتفاق مستقل لاحق بعد نشأة النزاع الذي قد يؤثر على اختيار الالية المثلى و الفعالة لتسويته ، كما ان تفوقها في فض هذا النوع من المنازعات جعلها تفضل على القضاء الوطني للدول خاصة النامية منها بما ان قوانينها سهلة التعديل و الإلغاء كما تتسم بعدم الاستقرار ، بالإضافة الى بطء إجراءات التقاضي [3]، كما ان التطور الكبير الذي عرفه نظام التحكيم ، و اتساع مجالاته ، و انشاء العديد من المراكز و الهيئات الدولية الدائمة التي تعنى بمنازعات الاستثمار ، على غرار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، ساهم في انتشار هذه الاليات و اعتمادها بشكل واسع في عقود الاستثمار.

---

[1] في هذا السياق اقرت هيئة التحكيم الامريكية "AAA " ان تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي عن طريق المفاوضات و المساعي الحميدة كمرحلة أولى لا بد ان لا تتجاوز الحد الأقصى المحدد ب 03 اشهر من تاريخ تقديم الطلب الكتابي لبداية المفاوضات من احد الأطراف بناء على قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي لسنة 1925 ، و هذا في قرارها رقم 043 لسنة 1988 في قضية النزاع بين " ACP " الامريكية و " BP" البريطانية ، حيث اطال الطرفان في التفاوض لمحاولة تسوية النزاع لكن دون جدوى ، الى غاية تقدم الشركة البريطانية بطلب اللجوء الى التحكيم عن طريق هيئة التحكيم الامركية بناء على ما تم الاتفاق عليه ، و بعد اطلاع الهيئة الامركية على تفاصيل النزاع و دراسة جميع جوانبه انطلقت عملية التحكيم التي لم تدم سوى 02 شهرين بالفصل لصالح الشركة البريطانية و اجبار الشركة الامريكية على دفع تعويضات بسبب اطالتها لامد النزاع و ما انجر عنه من خسائر للشركة البريطانية ، تبعا للالتزامات المترتبة على الطرفين بموجب العقد المبرم بينهما و الذي نص على تسوية المنازعات التي تنشا بينهما عن طريق اللجوء الى المفاوضات و المساعي الحميدة لمدة 90 يوما ، ثم اللجوء الى التحكيم وفق قواعد هيئة التحكيم الامريكية بعد انقضاء هذه المدة .

[2] جلال وفاء مُحَمَّدين ، التحكيم بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2001 ، ص 63.

[3] اباريان علاء ، مرجع سابق ، ص 55.

يتبين مما سبق ان افضلية الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي أصبحت جلية و يمكن ان نلخصها في ما يلي :

- الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي تسهم في توفير اطار قانوني مناسب لضمان هذه الاستثمارات ، فهي تضمن عدالة فعالة و محايدة لتسوية هذه النزاعات و تمنح للمستثمرين مرونة و حرية لا تتوفر عادة في المحاكم[1] ؛
- اقتراب الاليات البديلة من خلفيات النزاع بالمقارنة مع القضاء الرسمي ، بحيث ينظر الوسيط او الموفق في الحلول المتوازنة التي ترضي الطرفين ، و هذا ما يمنحها مفعولا اكبر من حكم القاضي الذي يستند على تطبيق القاعدة القانونية ؛
- الجانب الرضائي في تسوية النزاع عن طريق الاليات البديلة ، خاصة و ان اتفاق اللجوء يترجم إرادة الأطراف ، بما في ذلك القانون الواجب التطبيق و الإجراءات المطبقة ، و هو ما يجعل قرار التسوية يحظى برضاهما [2]؛
- مراعاة المصالح المشتركة لطرفي النزاع في قرار التسوية ؛
- تخفيف العبء على القضاء باللجوء الى الاليات البديلة و هذا ما اثبتته التجارب ؛
- دراسة النزاع من مختلف جوانبه نظرا لاختصاص و كفاءة و خبرة المكلفين بفض منازعات الاستثمار مقارنة مع قضاة المحاكم ؛
- قدرة الأطراف على اختيار الأشخاص الذين يعهد اليهم تسوية النزاع ، مقارنة مع القضاء الرسمي اين لا يمكن لهم اختيار القاضي [3]؛
- مراعاة عدة اعتبارات سواء قانونية او سياسية و اقتصادية في إيجاد الحلول المنصفة و العادلة بين الطرفين ؛

---

[1] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 145.

[2] ماهر مُحَمَّد حامد ، وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار ، مقال منشور في مجلة " مصر المعاصرة " ، العدد 483 ، القاهرة – مصر ، 2006.

[3] جلال وفاء مُحَمَّدين ، مرجع سابق ، ص 74.

- ملائمة هذه الاليات لجميع المنازعات الناشئة بين الطرفين بالرغم من اختلاف مراكزهم القانونية ، خصوصا مع نمو هذه العلاقات و زيادة التعاملات الاستثمارية بين اطراف من جنسيات مختلفة و شركات دولية متعددة الجنسيات و الانتماءات بما انها تقدم حلولا محايدة [1]؛
- تشجيع هذه الاليات للاستثمار الأجنبي باعتبارها من الضمانات التي تخلق مناخ استثماري ملائم ؛
- الاليات البديلة لتسوية المنازعات أصبحت بمثابة العامل المشترك بين قوانين الدول على اختلافها ؛
- الحفاظ على العلاقات المستقبلية بعيدا عن الضغينة التي يولدها القضاء [2]؛
- حياد ، سرعة و فعالية الاليات البديلة جعلها تحظى بأفضلية عن القضاء [3]؛

و بهذا أصبحت الاليات البديلة بمثابة الطرق المناسبة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي على جميع الأصعدة ، نظرا لطابعها الرضائي و الاتفاقي بين الأطراف ، بالإضافة الى كونها تمثل ضمانات كافية للمستثمر لحماية أمواله و تحصين مركزه القانوني ، و هو ما تسعى الى توفيره جل الدول الراغبة في استقطاب هذه الاستثمارات [4] ، بالنص في قوانينها الداخلية المنظمة للاستثمار على إمكانية اللجوء الى الاليات البديلة في تسوية المنازعات بصورها المختلفة سواء بالنص على التحكيم او الوساطة او التوفيق ، و بذلك أصبحت هذه الاليات تستمد افضليتها على القضاء.

---

[1] ابارياان علاء ، مرجع سابق ، ص 58.

[2] احمد عبدالكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 24.

[3] يفضل المستثمر الأجنبي اللجوء الى التحكيم او الوساطة نظرا لفعاليتها في تسوية النزاعات في مدد وجيزة موضحة بموجب القانون و متفق عليها بين اطراف العقد الاستثماري ، بالإضافة الى السرية و الحياد و الاستقلالية التي يتحلى بها المحكم او الوسيط او الموفق و التي تعتبر شروطا ضرورية في اختياره على خلاف القاضي الذي يصدر احكام علانية كما لا يحق لاي طرف اختياره او الاعتراض عليه ، كما كفاءة المحكم او الوسيط تهم جدا في النجاح في الوصول الى التسوية المناسبة فاغلب المحكمين او الوسطاء أصحاب الكفاءة يكثر عليهم الطلب من طرف أصحاب النزاع الاستثماري .

[4] كان لا بد على الدول الراغبة في استقطاب الاستثمارات الأجنبية تضمين قوانينها الداخلية الليات البديلة لتسوية المنازعات خصوصا التحكيم و الوساطة و التوفيق .

المبحث الثاني

المصادر القانونية للآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

مع تعدد هذه الاليات البديلة و تنوع مصادرها و انتشارها الكبير و الواسع يوما بعد يوم [1]، تلبية لمتطلبات الأسواق الاستثمارية و طبيعة العلاقات التجارية و تشابكها ، التي لم تعد المحاكم النظامية قادرة على فض المنازعات التي تنشا بصددها على الوجه الاكمل ، ازداد الاهتمام بها من طرف المستثمرين و رجال الاعمال و القانون ، و اكتسبت مكانة بارزة في الفكر القانوني و التجاري الاستثماري على المستوى الدولي ، الذي شهد حركة فقهية و قانونية و تشريعية لتنظيم الاليات البديلة خصوصا في مجال المنازعات الاستثمارية الأجنبية ، حيث تبنتها التشريعات الحديثة و العديد من مراكز و هيئات التحكيم و الوساطة ، هذا ما شجع اللجوء اليها و أدى الى ظهور صور جديدة و مشابهة للآليات المعروفة مثل التحكيم و الوساطة و التوفيق بشكل يصعب معه التمييز و التفرقة بينها ، حيث ساهمت في تسوية النزاعات بشكل سريع و فعال مع توفير مرونة و حرية لا تتوفر في القضاء .

لهذا سنتطرق الى مختلف مصادر الاليات البديلة ، التي كانت بمثابة الأساس الذي تقوم عليه و تستمد منها اطارها القانوني ، كما قننت النص عليها في العقود الاستثمارية ، من خلال استعراض اتفاقيات الاستثمار الدولية في مطلب اول ، ثم المراكز و المنظمات الدولية في مطلب ثان ، قبل ان نعرج على مختلف قوانين الاستثمار الداخلية في مطلب ثالث ، ثم التشريعات الحديثة في المطلب الرابع .

---

[1] يفرق الفقيه " gross " بين الاليات المقرراتية " decisional" و الاليات غير المقرراتية " non decisional" و الاليات المساعدة " auxiliary" حيث تشمل الفئة الأولى التحكيم ، و تشمل الفئة الثانية المفاوضات و الوساطة و التوفيق ، اما الفئة الثالثة فتشمل لجان التحقيق و الإجراءات الأخرى ، التي تستهدف توضيح الحقائق و الوقائع المتعلقة بالنزاع و التي تعتبر بطبيعتها إجراءات مساعدة يمكن ان تستخدم لتدعيم الاليات التي تتضمنها الفئتان الأولى و الثانية ، و يستند هذا التصنيف على ان الاليات المقرراتية تتوج بالضرورة بقرار الزامي لتسوية النزاع ، اما الاليات غير المقرراتية فيمكن ان لاتؤدي الى فض النزاع .

المطلب الاول : اتفاقيات الاستثمار الدولية

مع ازدياد حركة التجارة الدولية في مطلع القرن التاسع عشر ، و عدم كفاية و وضوح الحماية الدولية للاستثمارات الأجنبية في احكام القانون الدولي العرفي ، ظهرت الحاجة لنظام قانوني اتفاقي يؤطر الحماية الدولية للمستثمرين الأجانب و ممتلكاتهم و استثماراتهم في شكل معاهدات دولية بين الدول المصدرة لرؤوس الأموال و الدول المستقبلة لها [1]، لحماية و تشجيع الاستثمارات المتبادلة .

برزت اتفاقيات التجارة العامة بين الدول مثل اتفاقيات الصداقة و التجارة كتجسيد لحماية الاستثمارات الأجنبية المتبادلة فيما بينها ، و حظيت الاليات البديلة لتسوية المنازعات كالتوفيق و المفاوضات ، بالإضافة الى التحكيم بأهمية كبرى و جانب مهم لهذه الاتفاقيات ، بهدف تقديم الضمانات الكافية للمستثمرين ، بما ان العقود الاستثمارية يغلب عليها السمة التجارية المؤقتة [2].

سعت بذلك الولايات المتحدة الامريكية و بريطانيا خصوصا الى عقد هذه المعاهدات لحماية مواطنيها المستثمرين و ممتلكاتهم باعتبارهما قطبين استثماريين بامتياز ، بما ان اغلب الاستثمارات كانت تقوم بها الشركات الامريكية و البريطانية في الدول النامية ، هو ما تطلب توفير المناخ الاستثماري الملائم و الضمانات الكافية في هذه الدول .

منها اتفاقية الصداقة و التجارة و الملاحة بين و م ا و نيكاراغوا سنة 1956[3]التي نصت في ديباجتها على ان من أهدافها تعزيز الاستثمارات المتبادلة و حمايتها ، و جاء في متنها العديد

---

[1] محمد عبدالودود أبو عمر ، مرجع سابق ، ص 55.

[2] ناصر المحيميد ، الاتجاهات العامة في اتفاقيات الاستثمار العربية لحسم المنازعات بواسطة التحكيم ، مداخلة ضمن المؤتمر الخامس عن التحكيم و الاستثمار ، جامعة الرباط – المغرب ، 2004.

[3] Andrew paradell , law and practice of investment treaties standards of treatment , kluwer law international bv 2009 , Netherlands , p 41.

من النصوص التي تشجع و تحمي الاستثمارات المتبادلة بين البلدين ، و التركيز على اللجوء الى التسوية الودية للمنازعات التي تنشا عنها مثل التفاوض و التحكيم .

سارت المانيا و باكستان على نفس النهج و ابرمتا اتفاقية ثنائية لتشجيع و حماية الاستثمارات المتبادلة سنة 1959 ، نصت على ضرورة تفعيل التحكيم كآلية لتسوية النزاعات الاستثمارية بينهما ، و احالت ذلك الى القوانين المحلية للبلدين ، و كانت هذه الاتفاقية نموذجا لاتفاقيات الاستثمار اللاحقة ، بانضمام سويسرا سنة 1961 ثم هولندا سنة 1963 ، ثم تبعهما الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي سنة 1964 ، و السويد و الدنمارك سنة 1965[1] .

كانت الاتفاقيات تشتمل على بنود افقية تنص على تسوية المنازعات بين الدول فقط ، فيما كان الاتفاق مع المستثمر يتم النص عليه في العقد الاستثماري المبرم بين الطرفين [2]، قبل ابرام اتفاقية واشنطن سنة 1965 المتعلقة بتسوية المنازعات بين الدول المضيفة للاستثمارات و رعايا الدول الأخرى ، التي كانت الأهم على الاطلاق بانضمام 11 دولة في بادئ الامر [3]، قبل ان تصبح 156 دولة عضو سنة 2007 .

كرست هذه الاتفاقية انتهاج الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة و مستثمري الدول الأخرى الأعضاء في الاتفاقية ، بإدخال نظام التحكيم بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي أي بين شخص من اشخاص القانون العام و شخص من القانون

[1] محمد عبدالودود ابوعمر ، مرجع سابق ، ص 56.

[2] اعتمدت الاتفاقيات السابقة و المذكورة انفا على بند افقي فقط في تسوية المنازعات الاستثمارية بين الأطراف أي ضرورة رجوع المستثمر لدولته الام لتسوية المنازعات عن طريق المفاوضات او التحكيم في حالة ما اذا لم ينص العقد الاستثماري المبرم مع الدولة المضيفة على التسوية الودية ، لكن بعد اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بتسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول الأعضاء و رعايا الدول الأخرى الأطراف في الاتفاقية تم التفصيل اكثر في كيفية تسوية المنازعات حيث اعتمدت بند قطري يسمح بالتسوية مباشرة بين الدولة المضيفة و المستثمر عن طريق اللجوء الى المفاوضات او التوفيق او التحكيم ، و هو ما كان له الأثر الإيجابي على العقود الاستثمارية الكبرى اللاحقة للاتفاقية و دفع بالآليات البديلة لتصبح الوسيلة الفعالة لتسوية المنازعات الاستثمارية .

[3] غسان علي علي ، مرجع سابق ، ص 177.

الخاص في التشريعات الداخلية للدول الموقعة عليها [1]، و أصبحت لها الأولوية كاتفاقية دولية على التشريعات الداخلية .

اعتمدت الاتفاقية ترتيبا في تسوية المنازعات الاستثمارية ، بالحث على اللجوء الى المفاوضات المباشرة لمدة 03 الى 06 اشهر ، ثم محاولة التوفيق بين الخصوم قبل اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي كآلية أخيرة لتسوية النزاعات [2].

كما تضمنت الاتفاقية انشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار icsid الذي تولى تسوية منازعات الاستثمار عن طريق التوفيق و التحكيم التجاريين الدوليين ، و توفير الإمكانيات لذلك بين الدولة العضو و مواطني دولة أخرى طبقا لنصوص هذه الاتفاقية .

ساهمت هذه الاتفاقية في ابرام العديد من الاتفاقيات الدولية التي تلتها في مجال حماية و تشجيع الاستثمارات و تسوية المنازعات التي تنشا عنها بالآليات البديلة ، مثل اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار سنة 1970 التي تضمنت ملحقا لتسوية المنازعات التي تنشا بين الأعضاء في الاتفاقية و المؤسسة القائمة بشان أي استثمار مؤمن عليه طبقا للاتفاقية ، و ذلك عن طريق المفاوضات او التوفيق او التحكيم [3].

ابرمت اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات لسنة 1970 ، بناء على توصيات مؤتمر التطور الصناعي في البلدان العربية المنعقد في الكويت سنة 1966 ، التي بحثت واقع الاستثمارات الاجنبية و الدولية في البلدان العربية ، و السبل الكفيلة بتنميتها و جذبها ، من خلال توفير المناخ الاستثماري الملائم لدى الدول العربية الاعضاء ، فيما نصت على دراسة إمكانية إنشاء مؤسسة عربية جماعية لضمان استثمار الرأسمال العربي و الأجنبي الموظف في مشاريع

[1] عبدالحميد الاحدب ، موسوعة التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 55.

[2] Dominick kohlhagan , adr and mediations , op cit , p 123.

[3] إبراهيم شحاته ، الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية ، دار النهضة العربية ، طبعة منقحة ، القاهرة – مصر ، 1999 ، ص 189.

التطوير ، و قد قامت المؤسسة الكويتية للتطوير الاقتصادي العربي بهذه المهمة التي تكمن في متابعة تنفيذ هذه التوصية ، و اشراف مجلس الوحدة الاقتصادية العربية [1].

تضمنت الاتفاقية ملحقا خاصا بتسوية المنازعات الاستثمارية التي تكون الدول العربية طرفا فيها [2]، حيث اوضح تفاصيل الإجراءات المتعلقة بالتوفيق ، و كيفية اللجوء اليه و تفعيله ، و اعتباره طريقا اوليا قبل اللجوء الى التحكيم.

كما حددت الاتفاقية بعض النزاعات التي يمكن عرضها على التحكيم ، سواء من حيث تفسير او تطبيق الاتفاقية او موضوع الضمان وفق ما يلي [3]:

1- النزاعات المتعلقة بتفسير و تطبيق الاتفاقية :

- إن مجلس مؤسسة الضمان يفصل بشكل نهائي في النزاعات التي تنشأ بين الدول المتعاقدة أو الأطراف أو بين هؤلاء و مؤسسة الضمان فيما يتعلق بتفسير أو تطبيق أحكام الاتفاقية.

- في حال نشأت المنازعات المذكورة بعد انتهاء نشاطات المؤسسة ، أو في حال نشأت ما بين المؤسسة و دولة فقدت صفتها كعضو ، فإن هذه المنازعات تحل وفقا لنظام تحكيم المؤسسة إلا اذا اتفق الأطراف ، على وسيلة أخرى لحلها.

2- المنازعات المتعلقة بالاستثمار موضوع الضمان:

-كل نزاع ينشأ بين دولة متعاقدة أو عضو من جهة ، و المؤسسة من جهة أخرى ، يكون موضوع الاستثمار المضمون بموجب الاتفاقية ، أو المتعلق بأية مسألة أخرى ، يتم حله وفقا لنظام تحكيم مؤسسة الضمان.

---

[1] إبراهيم شحاتة ، مرجع سابق ، ص 216.

[2] ملحق خاص بالاتفاقية ، نفس المرجع ، ص 243.

[3] فؤاد محمد محمد ابوطالب ، مرجع سابق ، ص 265.

– كل نزاع ينشأ بين دولة سحبت انضمامها من الاتفاقية أو فقدت صفتها كعضو في المؤسسة ، يتعلق باستثمار مضمون طبقا للاتفاقية ، يتم حله وفقا لنظام تحكيم المؤسسة دون موجب احترام صلاحية مجلس المؤسسة فيما يتعلق بتفسير أو تطبيق أحكام هذه الاتفاقية .

3- المنازعات المتعلقة بعقود الضمان :

لا تلزم الاتفاقية إحالة المنازعات التي تنشأ بين المؤسسة و المستثمرين المضمونين إلى نظام تحكيم المؤسسة ، بل تترك الحرية للأطراف فيما يتعلق بوسيلة حل المنازعات [1].

و تبدأ إجراءات التحكيم عن طريق إخطار يتقدم به الطرف الراغب في التحكيم إلى الطرف أو الأطراف الأخرى في النزاع ، يبين فيه موضوع النزاع ، و القرار المطلوب صدوره فيه و اسم المحكم المعين من قبله ، و على الطرف الآخر خلال ثلاثين يوما من تاريخ تقديم هذا الاخطار أن يخطر طالب التحكيم باسم المحكم الذي عينه ، و يختار المحكمان أو المحكمون الذين تم تعيينهم من الأطراف ، أو لم يتفق المحكمون على تعيين المحكم المرجح خلال ستين يوما من تاريخ تقديم إخطار التحكيم ، فلكل طرف أن يطلب هذا التعيين ، على أن تتشكل محكمة التحكيم من محكم واحد أو من عدد فردي من المحكمين بينهم المحكم المرجح .

لم تحدد قواعد ملحق اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار اي مؤسسة تحكيمية معينة يتم اللجوء إليها من قبل أحد أطراف النزاع ، و إنما وضعت قواعد خاصة بتشكيل محكمة التحكيم ، التي تختلف حسب طبيعة كل نزاع و ارادة اطرافه ، حيث تشرف على هذا التشكيل محكمة العدل العربية ، و يقوم بمهمتها أمين عام جامعة الدول العربية حتى يتم إنشاء هذه المحكمة و منح الملحق المذكور لمحكمة التحكيم سلطة تحديد الإجراءات الخاصة بها [2]، بما فيها القانون الواجب التطبيق على التحكيم ، و هو ما يتيح الحرية لاطراف النزاع وفقا للاتفاقية اللجوء الى أي

[1] عبدالحميد الاحدب ، مرجع سابق ، ص 22.

[2] فؤاد محمد محمد ابوطالب ، مرجع سابق ، ص 260.

محكمة تحكيمية يرونها مناسبة ، سواء في الدولة التي تكون طرفا في النزاع او في دولة أخرى عضو في الاتفاقية .

كما نصت اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية المضيفة للاستثمارات او احدى هيئاتها او مؤسساتها العامة و مواطني الدول العربية الأخرى لسنة 1974 [1]، في المادة 02 منها على التوفيق و التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لتسوية المنازعات التي تنشا عن عقود الاستثمارات ، و حث الدول العربية الراغبة في استقطاب الاستثمارات الأجنبية على تقنين الاليات البديلة و تضمينها في القوانين الداخلية لها ، مع ضرورة ابرام الاتفاقيات المشجعة للاستثمارات مع الدول الأخرى .

هو ما تجسد في اتفاقية الاستثمار المبرمة بين سويسرا و الأردن سنة 1976 و التي احتوت على بند ينص على اللجوء للآليات البديلة في تسوية المنازعات الاستثمارية بين الدولتين [2]، و التي تم تعديلها سنة 2001 اين أصبحت اكثر تفصيلا بخصوص التسوية الودية بين المستثمر و الدولة المضيفة ، و جاءت المادة 9 منها بما يلي [3]

- يجب اجراء مشاورات بين الطرفين المتعاقدين للتوصل الى تسوية ودية للنزاع ؛
- اذا لم ينجر عن هذه المشاورات تسوية خلال ستة اشهر من تاريخ الطلب الخطي لهذه المشاورات ، فللمستثمر إحالة النزاع للقضاء المحلي للدولة المضيفة او الى التحكيم الدولي عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار او التحكيم وفق قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي ، او التحكيم وفق قواعد غرفة التجارة الدولية ؛

[1] عبدالحميد الاحدب ، مرجع سابق ، ص 337.

[2] ناصر المحيميد ، مرجع سابق ، ص 2.

[3] المادة 9 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين المملكة الهاشمية الأردنية و سويسرا في 2001/06/12 ، و المتاحة على العنوان : www.Unctad.org ، 2019/09/25 ، و التي تطرق لها الدكتور ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 420 ، و الدكتور ناصر المحيميد ، مرجع سابق ، ص 121.

- يوافق كل من الطرفين المتعاقدين على إحالة أي نزاع استثماري الى التحكيم الدولي .

ثم تلتها الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة 1980 ، حيث تضمن ملحقها تسوية منازعات عقود الاستثمار العربية عن طريق التوفيق و التحكيم ، و أصبحت هذه الاتفاقية نافذة اعتبارا من 1981/09/08 بعد ان صادقت عليها جميع الدول العربية باستثناء الجزائر و عمان و مصر [1].

نذكر كذلك اتفاقية "ASEAN" [2]سنة 1987 ، بين دول شرق اسيا التي تعنى بحماية الاستثمارات بين بروناي و اندونيسيا و ماليزيا و الفليبين و سنغافورة و تايلاندا ، اين نصت في مادتها 17[3] و المادة رقم 18[4] على ضرورة اللجوء الى المفاوضات و التحكيم في تسوية النزاعات التي قد تنشا بين الأطراف المتعاقدة و العضو في الاتفاقية .

كما يمكن ان نذكر اتفاقية انشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات "MIGA" "multilateral investment guarantee agency" المبرمة سنة 1987 كذلك و التي دخلت حيز النفاذ في 1988/04/21[5] بعد مصادقة الولايات المتحدة الامريكية و بريطانيا عليها ، و التي أصبحت اليوم احد اهم الضمانات الدولية المقدمة لحماية الاستثمارات الأجنبية .

ضمت الاتفاقية 11 فصلا و ملحقين لتشجيع تدفق الاستثمارات بين الدول الأعضاء و ضمان التامين ضد المخاطر التجارية ، كما شجعت على التسوية الودية للمنازعات بين المستثمرين و الدول المضيفة في الملحق رقم 02 الذي نصت المادة 02 منه على : "يسعى الطرفان في أي

---

[1] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 433.

[2] اتفاقية الدول الاسيوية المعروفة ب : ASEAN PROTOCOLE المبرمة في سلطنة بروناي سنة بتاريخ 1987/10/12

[3] تنص المادة 17 من الاتفاقية على : تلتزم الدول الأعضاء باللجوء الى التفاوض لتسوية المنازعات التي قد تنشا بين الدولة المضيفة و المستثمرين الأجانب رعايا الدول الأعضاء في الاتفاقية "

[4] تنص المادة 18 من الاتفاقية على : يمكن اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي اذا طلب المستثمر ذلك "

[5] عبدالله عبدالكريم عبدالله ، ضمانات الاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية ، مجلة الجندول للعلوم الإنسانية ، العدد 29 2006 متاحة على العنوان الالكتروني www.en.uobaghdad.edu.iq تاريخ الزيارة : 2019/08/29.

نزاع مما يدخل في مجال تطبيق هذا الملحق الى تسويته عن طريق المفاوضات قبل اللجوء الى إجراءات التوفيق و التحكيم ، و تعتبر المفاوضات قد استنفذت اذا فشلت في الاتفاق على تسوية خلال 120 يوما من تاريخ طلب الدخول في المفاوضات[1] "

كانت اتفاقية أمريكا الشمالية للتجارة الحرة the north American free trade agreement المعروفة ب " NAFTA"[2] من ابرز اتفاقيات حماية و تشجيع الاستثمارات الأجنبية ، حيث ابرمت سنة 1992 بين الولايات المتحدة الامريكية و كندا و المكسيك ، و دخلت حيز التنفيذ سنة 1994 ، و التي نصت المادة 1118 منها على وجوب التفاوض لتسوية المنازعات التي تنشا بين الأطراف الاستثمارية ، فيما نصت المادة 1120[3] على اللجوء الى التحكيم في حالة فشل المفاوضات عن طريق :

- التحكيم عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار اذا كان الطرفان المتنازعان أعضاء في الاتفاقية ؛
- التحكيم عن طريق قواعد التسهيلات الإضافية للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي اذا كان احد الأطراف عضوا في الاتفاقية ؛
- التحكيم وفقا لقواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي .

فيما ذكرت المادة 2022 من هذه الاتفاقية بمزايا و افضلية الاليات البديلة لفض المنازعات ، لما تحققه من تسوية للمنازعات الاستثمارية الدولية بطريقة ودية تضمن استمرار الاعلاقات الاستثمارية و تنفيذ العقود الدولية ، كما تحقق فاعلية و نمو ضروريين للتجارة و الاستثمار العالمي .

---

[1] المادة 02 من الملحق رقم 02 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات و المتاحة على العنوان : www.miga.org تاريخ الزيارة 2019/08/29.

[2] بشار محمد الاسعد ، مرجع سابق ، ص 478.

[3] المادة 1120 من اتفاقية أمريكا الشمالية للتجارة الحرة ، Nafta للتفصيل اكثر انظر د. ازاد شكور صالح ص 429.

كما جاءت اتفاقية تشجيع و حماية الاستثمار المبرمة بين جمهورية مصر العربية و جمهورية الصين الشعبية سنة 1994 [1]بالعديد من الضمانات للاستثمارات الأجنبية بين الدولتين ، خصوصا فيما يتعلق بتسوية النزاعات الاستثمارية عن طريق الاليات البديلة المتمثلة في المفاوضات و التحكيم ، حيث سعت الدولتان الى زيادة التعاون الاقتصادي و تقويته و حماية المستثمرين [2]في إقليم الدولتين ، اذ نصت المادة 8 من الاتفاقية على [3]: " اذا نشا خلاف بين الطرفين المتعاقدين فيما يتعلق بتفسير او تطبيق هذه الاتفاقية ، فان الطرفين المتعاقدين سيحاولان انهاءه من خلال التشاور و التفاوض ، و اذا لم يصل الطرفان المتعاقدان الى اتفاق خلال 06 اشهر بعد الطلب التحريري ، يعرض الخلاف بناء على طلب احد الطرفين على لجنة التحكيم " و نصت المادة 9 من نفس الاتفاقية على : " يتم تسوية أي نزاع بين مستثمر احد الأطراف المتعاقدة و طرف متعاقد اخر فيما يتعلق بالاستثمار في أراضي الطرف الاخر كلما كان ذلك ممكنا من خلال المفاوضات بين طرفي النزاع " [4].

بالإضافة الى اتفاقية تشجيع و حماية الاستثمار و توفير الحماية المتبادلة له ، التي ابرمت بين الولايات المتحدة الامريكية و البحرين سنة 1999 ، التي نصت على المفاوضات كآلية أساسية لتسوية أي نزاع بين الطرفين ، و جعلتها مرحلة ضرورية و لا بد منها قبل اللجوء الى اي اجراء اخر للتسوية ، حيث نصت المادة 9[5] منها على : " النزاع الاستثماري هو نزاع بين طرف متعاقد و مواطني او شركة من الطرف المتعاقد الاخر ناشئ عن او يتعلق بتفويض استثمار او

---

[1] اتفاقية تشجيع و حماية الاستثمار بين جمهورية مصر العربية و جمهورية الصين الشعبية الموقعة في بكين بتاريخ 1994/04/21 و المصادق عليها بموجب القرار رقم 320 لسنة 1995 ، الجريدة الرسمية رقم 49 بتاريخ 1995/09/12.

[2] نصت المادة 2 من الاتفاقية على : يوافق الطرفان المتعاقدان على انه لن يتخذ أي اجراء تمييزي او غير مشروع فيما يتعلق بالإدارة او الصيانة او الانتفاع او التمتع او التصرف في الاستثمارات المقامة في اقليمه و العائدة لمستثمري الطرف الاخر "

[3] المادة 8 من نفس الاتفاقية .

[4] المادة 9 من نفس الاتفاقية .

[5] المادة 9 من اتفاقية تشجيع و حماية الاستثمار و توفير الحماية المتبادلة له المبرمة بالمنامة بين البحرين و وم ا بتاريخ 1999/02/23 و التي تطرق لها د. ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 423.

اتفاقية استثمار ، اذ يتوجب على اطراف النزاع ان يسعوا الى التوصل الى حل من خلال المشاورات و المفاوضات"

و كذلك ما نصت عليه اتفاقية الاستثمار المبرمة بين البحرين و الأردن سنة 2000[1] في المادة 7 منها : " اذا نشا خلاف بين احد الطرفين المتعاقدين و مستثمر من الطرف المتعاقد الاخر ، يسعى الطرفان الى تسويته وديا خلال ستة اشهر من تاريخ تبليغه كتابة ، اما اذا تعذر ذلك يتم عرضه باختيار المستثمر على احدى هيئات التحكيم الدولية الدائمة ".

فيما تاسس المجلس العربي لتسوية منازعات الاستثمار ، بناء على اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار المبرمة في 06 ديسمبر 2000 بالأردن ، و التي تم ابرامها في اطار مجلس الوحدة الاقتصادية العربية [2]، بشكل مماثل لاحكام اتفاقية واشنطن لسنة 1965 ، المتضمنة انشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار" icsid "بين اشخاص القانون العام و اشخاص القانون الخاص في طابع إقليمي .

يضطلع هذا المجلس بتسوية منازعات الاستثمار بالمفهوم الاقتصادي ، التي قد تنشا بين دولة متعاقدة و مستثمر يحمل جنسية دولة متعاقدة أخرى ، عن طريق التوفيق او التحكيم ، و ذلك من اجل وضع اسس واضحة لتسوية المنازعات الاستثمارية بالشكل المطلوب ، و خلق مناخ ملائم للاستثمار في الدول العربية و تشجيع انتقال رؤوس الأموال فيما بينها ، عن طريق تعيين قائمة محكمين معتمدين من طرف امين عام المجلس مع مراعاة تمثيل مختلف النظم القانونية و الاقتصادية السائدة في البلدان العربية [3].

---

[1] اتفاقية الاستثمار المبرمة بين البحرين و الأردن الموقعة بالمنامة بتاريخ 2000/02/08 و المتاحة على العنوان : www.bahrainchamber.org.bn/arabic .

[2] اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية المبرمة بالأردن في 2000/12/06 و المتاحة نصوصها على موقع مجلس الوحدة الاقتصادية العربية : www.council.caeuweb.org .

[3] د. عبدالحميد الاحدب ، مرجع سابق ، ص 238.

اوجبت هذه الاتفاقية ان الفصل في النزاع الاستثماري من طرف هيئة التحكيم العربية يكون وفقا لقواعدها و الأنظمة المقررة من طرف المجلس ، كما يمكن ان يكون اتفاق التحكيم مستقلا اذ نصت المادة 15 منها على [1]:

- تفصل المحكمة في موضوع الدفع بعدم اختصاصها و يكون قرارها في ذلك قطعيا ، و تنظر المحكمة في أي اعتراض او دفع يبديه احد الطرفين في هذا الخصوص و تبت فيه قبل الدخول في الموضوع ؛
- يجوز ابداء الدفع بعدم الاختصاص في أي مرحلة من مراحل الخصومة ؛
- يكون مقر مجلس الوحدة الاقتصادية العربية مكانا للتحكيم ؛
- يكون تنفيذ الحكم التحكيمي في الدولة التي تعتبر طرفا في النزاع سواء كان الحكم لصالحها او في غير ذلك ، بناء على ما يقره قانونها الداخلي في هذا المجال .

كما تم وضع اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية لسنة 2001 [2] و التي نصت المادة 02 منها على : " يتم حل أي نزاع ينشا مباشرة عن احد الاستثمارات بين الدول العربية الأطراف المضيفة للاستثمار او احدى هيئاتها او مؤسساتها او الشركات التابعة او مواطنيها و بين احدى الدول العربية الأخرى الأطراف بما يضمن إيجاد مناخ ملائم يسهم في تشجيع قيام الاستثمارات العربية بصورة متزايدة داخل الدول العربية ، و يدخل في مفهوم المواطنين في هذه المادة الأشخاص الطبيعيون و الأشخاص الاعتباريون الحاصلون على جنسية الدولة الطرف " [3]، و تبنت هذه الاتفاقية نظامي التوفيق و التحكيم لتسوية المنازعات [4].

---

[1] نص المادة 15 من الاتفاقية .

[2] اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية المبرمة سنة 2001 ، المتاحة على العنوان الالكتروني : www.qistas.com.jor ، 2019/09/05 ، كما تطرق لها د. إبراهيم مُحَمَّد العناني ، مرجع سابق ، ص 217.

[3] نص المادة 02 من الاتفاقية .

[4] نصت المواد 3-9 على التوفيق و اجراءاته كما نصت المواد 10 -21 على التحكيم .

في نفس السياق اكدت الاتفاقية المبرمة بين سوريا و تركيا سنة 2004 على اللجوء الى المفاوضات او التحكيم لتسوية المنازعات الاستثمارية بين الطرفين المتعاقدين ، حيث نصت المادة 7 منها على : " يتم الاخطار خطيا و بصورة مفصلة عن الخلافات بين احد الطرفين و مستثمر لطرف اخر فيما يتعلق باستثماره ، و يعمل الطرفان قدر الإمكان على تسوية الخلافات بواسطة المفاوضات بنية حسنة ، اما اذا لم يتوصل الطرفان الى التسوية خلال ستة اشهر من تاريخ الاخطار الخطي ، يمكن عرض الخلاف باختيار المستثمر على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار icsid المنشأ بموجب اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الاخرى " [1].

توالت هذه الاتفاقيات الاستثمارية التي حددت سنة 2002 ب 1857 اتفاقية دولية ، فيما بلغت منظومة اتفاقيات الاستثمار 3065 اتفاقية سنة 2017 [2]، حيث حددت هذه الاتفاقيات الأطر العامة لحماية و تشجيع الاستثمارات المتبادلة بين الدول الأعضاء سواء كانت ثنائية او متعددة الأطراف .

ساهمت في الحث على اللجوء الى التسوية الودية للنزاعات عن طريق الاليات البديلة خصوصا منها المشاورات و المفاوضات قبل اللجوء الى التحكيم ، بما ان الاتصال المباشر بين الطرفين المتنازعين عن طريق التفاوض و التشاور حول اسباب النزاع و موضوعه و سبل درءه ، يعد افضل وسيلة للتسوية و يتيح علم كل طرف بطلبات الطرف الأخر .

بذلك حرصت هذه الاتفاقيات على توفير وسيلة محايدة و فعالة سواء بمعالجة النزاعات فيما بينها لمدة معينة تقدر غالبا ب 06 اشهر ، او اللجوء الى مراكز و هيئات التحكيم الدولية بعد ذلك في حال فشل التسوية الودية خلال هذه المدة .

---

[1] اميرة جعفر شريف ، مرجع سابق ، ص 105.

[2] تقرير جامعة الدول العربية المتاح على العنوان الالكتروني : www.lasportal.org/leagueofarabstates تاريخ الزيارة 2019/08/29.

المطلب الثاني : المراكز و المنظمات الدولية

اهتمت مراكز و هيئات التحكيم الدولية بتسوية المنازعات عن طريق الآليات البديلة ، فرغم اختصاص اغلبها بالتحكيم التجاري الدولي الذي تعتمده ، إلا انه كان لا بد عليها من توفير آليات بديلة أخرى كالتوفيق و الوساطة يتم اللجوء إليها قبل التحكيم ، بوضع قواعد و نصوص تنظمها و تسير وفقها عملية التسوية الودية .

هذا ما تضمنته قواعد التوفيق الخاصة بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي " cnudci" التي اقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم 52/35 بتاريخ 1980/12/04 ، و التي تضمنت كيفية اللجوء الى التوفيق عن طريق 22 مادة [1]، و احكامه الخاصة و سير اجراءاته ، و اعتباره كإجراء يسبق اللجوء الى التحكيم [2].

كما اقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها المؤرخ في 2002/11/19 [3]القانون النموذجي للتوفيق التجاري للجنة للأمم المتحدة ، الذي وضع قواعد نموذجية لسير عملية التوفيق التجاري الدولي ، و كان مرجعا للعديد من الاتفاقيات الدولية و العقود الاستثمارية التي اتخذته كآلية لتسوية المنازعات ، وساهم في تأسيس العديد من الهيئات و المراكز التحكيمية الدولية التي اختصت بتسوية المنازعات عن طريق الاليات البديلة ، مثل محكمة التحكيم البلجيكية لسنة 2003 التي اعتمدت هذه القواعد في سير عمليات تسوية المنازعات الاستثمارية ، عن طريق التوفيق التجاري الدولي .

---

[1] www.un.net /cnudci , 02/09/2019.

[2] نظمت قواعد التوفيق للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 22 مادة ، حيث تضمنت كيفية اللجوء الى التوفيق و عملية سير اجراءاته في تسوية النزاعات ، و صلاحيات الموفق و مدى تنفيذ قرارته ، فيما اكدت هذه النصوص القانونية على افضلية التوفيق على الاليات الاخرى في تسوية المنازعات بالمقارنة مع التحكيم و الوساطة .

[3] اقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قواعد نموذجية للتوفيق التجاري الدولي في 2002/11/19 التي أصبحت مرجعا نموذجا لتقنين التوفيق التجاري الدولي في تسوية المنازعات في العديد من الاتفاقيات و المعاهدات الدولية و القوانين الداخلية ، للتفصيل اكثر انظر العنوان الالكتروني الخاص بمنظمة الأمم المتحدة و د. احمد عبدالكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 113.

بالإضافة الى قواعد الوساطة " camca" و نظام المحاكم المصغرة " AAA mini trial" للهيئة الامريكية للتحكيم " American arbitration association " المعروفة ب "AAA" التي اعتمدتها سنة 1996 ، حيث كانت تعمل على تسوية المنازعات الاستثمارية قبل اللجوء الى القضاء و التحكيم [1]، عن طريق الوساطة و المحاكم المصغرة بطريقة ودية و فعالة تغني المستثمرين و اطراف النزاع عن اللجوء الى الاليات الأخرى .

عملت بدورها غرفة التجارة الدولية "icc" في باريس مع تأسيس محكمة التحكيم الدولية على تقديم خدماتها في المصالحة و التوفيق و التحكيم على التوازي ، سواء لأعضائها أو غير ذلك من الدول و الشركات و الأفراد في تسوية منازعات التجارة الدولية ، إلا أن المنازعات التي تعرض أمامها أخذت مفهوما واسعا ، بحيث شملت المنازعات المرتبطة بالمعاملات الاقتصادية للدول[2] ، مثل عقود الاستثمار ، بموجب نظام التحكيم لدى الغرفة المعدل سنة 1998.

بما أن إعمال شرط التحكيم قد يتطلب ضرورة اللجوء إلى بعض الإجراءات السابقة على التحكيم ، مثل محاولة تسوية النزاع وديا عبر المفاوضات المباشرة أو التوفيق عن طريق طرف ثالث محايد بين طرفي النزاع ، او حتى اللجوء الى الوساطة الاتفاقية او المؤسسية ، فقد وضعت غرفة التجارة الدولية نظاما متكاملا للمصالحة الاختيارية تحت تصرف أطراف النزاع [3]، قبل أن يتم دمج آليات أخرى و تعديل قواعده في 2001/07/01 ليشمل جميع الآليات البديلة لتسوية النزاعات المحلية أو الدولية " adr rules "[4] ، التي ساهمت في تسوية 12 نزاعا استثماريا سنة 2001 ، بطريقة ودية و فعالة ، عن طريق التوفيق و الوساطة لدى الغرفة ، فيما بلغ عدد الطلبات

[1] مصطفى المتولي قنديل ، مرجع سابق ، ص 402.

[2] مُحَّد يونس الصائغ ، المركز القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية في ظل القانون الدولي المالي ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية القانون ، جامعة الموصل – العراق ، 2005 ، ص 205.

[3] مُحَّد إبراهيم موسى ، مرجع سابق ، ص 195.

[4] قواعد غرفة التجارة الدولية للآليات البديلة لتسوية المنازعات بتاريخ 2001/07/01 ، انظر أباريان علاء ، مرجع سابق ، ملحق رقم 02 ص 207-213.

التحكيمية المسجلة لدى الغرفة 593 طلبا سنة 2006 [1]، و 12021 سنة 2012 ، و بلغ عدد النزاعات الاستثمارية المسجلة لدى الغرفة 17521 نزاعا تم تسويته إلى غاية سنة 2017[2].

كما اشتمل نظام منظمة التجارة العالمية "wto " على الآليات البديلة لتسوية النزاعات بدا بالمفاوضات و المساعي الحميدة ، ثم التوفيق و الوساطة ، فطبقا لنص المادة 05 من مذكرة التفاهم لدى المنظمة للدول الأعضاء " يحق لأي دولة طرفا في النزاع التجاري أن تطلب المساعي الحميدة أو التوفيق أو الوساطة بهدف التوصل لحلول مقبولة لقضايا النزاع المطروح ، و ذلك في أي مرحلة من مراحل النزاع ، كما يمكن إنهاءها في أي وقت "[3].

بالإضافة إلى قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي الصادرة بموجب القانون رقم 27 لسنة 1994 المعدل [4]، و الذي تضمن 58 مادة حول اللجوء الى التحكيم لتسوية المنازعات التجارية و الاستثمارية ، بما فيها سير عملية التحكيم و اجراءاته ، بالاضافة الى القواعد المطبقة على موضوع النزاع ، و مدى ضمان تنفيذ الحكم التحكيمي بعد صدوره ، اذ يختص بذلك القضاء المحلي الذي يصبغ الصيغة التنفيذية عليه ، الا اذا تعارض مع النظام العام ، اذ نصت المادة 01-01 منه على ما يلي : " مع عدم الاخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري احكام هذا القانون على كل تحكيم بين اطراف من اشخاص القانون العام او القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع اذا كان هذا التحكيم يجري في مصر او كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج و اتفق اطرافه على اخضاعه لأحكام هذا القانون " [5].

---

[1] عبد الحميد الأحدب ، موسوعة التحكيم التجاري الدولي ، مصدر سابق ، المجلد الرابع ، ص 742.

[2] www.icc.org/adrrules , 20/09/2019.

[3] خلف رمضان محمد بلال ، مرجع سابق ، ص 99.

[4] تم تعديل القانون بموجب القانونين رقم 9 لسنة 1997 و رقم 8 لسنة 2000 .

[5] نص المادة 01 من قواعد التحكيم لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي الصادرة بموجب القانون رقم 27 لسنة 1994 و المتاح على العنوان الالكتروني : www.crcica.org/rules

كان هذا المركز يختص بتسوية المنازعات الاستثمارية عن طريق التحكيم في المواد المدنية و التجارية[1] ، قبل ان يعتمد عدة آليات منها :

- التحكيم التجاري الدولي ؛
- التوفيق التجاري الدولي ؛
- الوساطة ؛
- الخبرة الفنية ؛
- المحاكم المصغرة ؛
- مجالس مراجعة المنازعات ؛

و هذا بواسطة مركز الوساطة و المصالحة ، الذي انشأ سنة 2001 ، كفرع من فروع مركز القاهرة ، الذي كان يستند إلى قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1980[2]لتسوية المنازعات فيما سبق ، حيث يتولى تسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول و المؤسسات و الأفراد ، و يعمل على ان تتم التسوية وديا دون قرار ملزم ، قبل تعديله بصدور قواعد الوساطة لدى المركز في 2013/01/01[3] و التي مازالت سارية الى الان في تسوية المنازعات [4].

[1] نصت المادة 02 من نفس القانون على : " يكون التحكيم تجاريا في حكم هذا القانون اذا نشا النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي عقدية كانت او غير عقدية و يشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع و الخدمات و الوكالات التجارية و عقود التشييد و الخبرة الهندسية او الفنية و منح التراخيص الصناعية و السياحية و نقل التكنولوجيا و الاستثمار و عقود التنمية و عمليات البنوك و التامين و النقل و عمليات التنقيب و استخراج الثروات الطبيعية و توريد الطاقة و مد انابيب الغاز او النفط و شق الطرق و الانفاق و استصلاح الأراضي الزراعية و حماية البيئة و إقامة المفاعلات النووية .

[2] مصطفى المتولي قنديل ، مرجع سابق ، ص 160.

[3] نصت المادة 03 من قواعد الوساطة لدى المركز على : " في اوت 2001 اصدر المركز نسخة معدلة من قواعده للوساطة و تم انشاء مركز الوساطة و المصالحة كفرع لمركز القاهرة و ذلك لإدارة الوساطة و غيرها من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات مثل التوفيق و الخبرة الفنية و المحاكمات المصغرة و مجالس تسوية المنازعات ."

[4] نصت المادة 04 من قواعد الوساطة لدى المركز على : تسري قواعد الوساطة الحالية لمركز القاهرة اعتبارا من 2013/01/01.

كذلك وضعت المنظمة العالمية لحماية الملكية الفكرية wipo[1] سنة 1994 نظاما للوساطة لتسوية المنازعات التجارية التي تنشا بين أصحاب الملكية الفكرية و المنتفعين بها في مجال البراءات و البرمجيات و العلاقات الاستثمارية و التجارية ، بالإضافة إلى أسماء الحقول و التعديلات [2]، و تلقت المنظمة 80 طلبا لتسوية المنازعات عن طريق الوساطة و 110 طلبا للتحكيم إلى غاية سنة 2009 .

المطلب الثالث : قوانين الاستثمار الداخلية

تضمنت العديد من القوانين الداخلية للدول الاليات البديلة لتسوية المنازعات الاستثمارية مثل التحكيم و الوساطة و التوفيق ، و ذلك بناء على أهميتها في فض هذه المنازعات و دفع عجلة الاستثمار و توفير الحماية القانونية له .

ساهمت الاتفاقيات الدولية الثنائية و المتعددة الأطراف بشكل كبير في تقنين الاليات البديلة ، بدا باتفاقية واشنطن لسنة 1965 [3]، حيث ادرجت العديد من الدول في تشريعاتها الداخلية للاستثمار بنودا تشتمل على اخضاع النزاع مع المستثمرين الأجانب الى التحكيم و الوساطة ، قبل ان تعتمد نظام التوفيق كآلية إضافية لتسوية المنازعات الاستثمارية ، و هو ما يعتبر ضمانة إضافية لجذب المزيد من الاستثمارات الأجنبية .

حتى و ان تفاوتت القوانين الداخلية و اختلفت في الاخذ بالآليات البديلة بشكل صريح[4] ، إلا انها عرفت تطورا كبيرا في تنظيمها و ضبط إجراءاتها في تسوية المنازعات الاستثمارية ، بناء

---

[1] هذا النظام متاح على العنوان الالكتروني للمنظمة : www.wipo.int تاريخ الزيارة 092019/02.

[2] علا زهران ، السبل البديلة لتسوية نزاعات الملكية الفكرية و دور المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الوايبو) ، مقال متاح على العنوان : تاريخ الزيارة : 092019/02. www.arbiter.wipo.int

[3] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 392.

[4] هذا بالخصوص لدى الدول النامية التي تتخوف في الاخذ بنظام الاليات البديلة و التحكيم التجاري الدولي حيث ترى في ذلك تاثيرا على سيادتها و نية من الدول المتقدمة لاستغلال ثرواتها في اشتراط توفر اللجوء الى التحكيم الدولي و الوساطة او التوفيق مقابل الاقبال على الاستثمار لديها ، لذا ظهر هذا التفاوت في الاخذ بنظام الاليات البديلة لتسوية المنازعات .

على الرغبة في جذب المزيد منها ، بالإضافة الى الارتباطات الدولية لهذه الدول بموجب الاتفاقيات او العقود الدولية و هذا كما سنرى من خلال ما يلي :

الفرع الأول : قانون رقم 16-09 يتعلق بترقية الاستثمار في الجزائر

يعد ضمان اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي من اهم و اكبر الضمانات التي يشترطها المستثمر الأجنبي مع الدولة المضيفة له ، و هذا لما يتميز به نظام التحكيم من سرعة و نزاهة و كفاءة في حل هذه المنازعات ، بالإضافة الى مبدأ الحياد الذي يثير مخاوف المستثمرين الأجانب تجاه القضاء الوطني للدول .

يوفر اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي ضمانا مهما يبعث الطمأنينة لدى المستثمر الأجنبي ، و يجعله يقبل على عملية الاستثمار في الدول التي تعتمد هذا النظام باريحية اكبر ، بما ان قضاء الدولة لن يكون له دور في ذلك ، لذلك المستثمر الأجنبي يحرص على أن يتم الاتفاق على اللجوء الى التحكيم مع الدولة المضيفة قبل توقيع العقد سواء بموجب بنوده او في ملحق مستقل .

رغم الضمانات القانونية و القضائية التي اقرها المشرع الجزائري [1]لتشجيع المستثمر الأجنبي إلا انها غير كافية , فيبقى الخوف من بسط سيادة الدولة يشكل الهاجس الأكبر لدى المستثمرين

[1] اقر المشرع الجزائري بعض الضمانات للاستثمارات الأجنبية بدا باتفاق التعاون الجزائري – الفرنسي في 1982/06/21 و الذي صدر بموجب المرسوم رقم 259/82 بتاريخ 1982/08/07 الذي أتاح اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي لتسوية النزاعات مع الشركات الفرنسية الناشطة في الجزائر ، ثم اتفاق التحكيم الجزائري الفرنسي بتاريخ 1983/03/27 ، قبل صدور قانون المحروقات رقم 14/86 في 1986/08/19 الذي أتاح في المادة 63 منه اللجوء الى التوفيق لتسوية النزاعات الاستثمارية الدولية في مجال المحروقات ، ثم صدور المرسوم رقم 09/93 بتاريخ 1993/04/25 الذي نصت المادة 442 منه على إمكانية الأشخاص الاعتباريين في اللجوء الى التحكيم في العلاقات التجارية الدولية ، قبل صدور المرسوم رقم 12/93 في 1993/10/05 المتعلق بترقية الاستثمار الذي نصت المادة 41 منه على إمكانية اللجوء الى التحكيم مع المستثمرين الأجانب .
بالإضافة الى ما تضمنه الامر رقم 03-01 المؤرخ في 2001/08/20 من ضمانات للتشجيع الاستثمار الأجنبي حيث : المساواة بين المستثمر الأجنبي و الوطني ، ضمان عدم نزع ملكية المستثمر الأجنبي إلا وفق الأطر القانونية ، ضمان الثبات التشريعي ، ضمان تحويل رؤوس الأموال و العائدات من الاستثمارات الأجنبية و ضمان إمكانية اللجوء الى المصالحة او الى تحكيم خاص لتسوية المنازعات .

الأجانب و هو ما اوجب توفير ضمانات قضائية لجعلهم اكثر اريحية و طمأنينة في استثمار أموالهم ، بحيث تضمن لهم اللجوء للطرق البديلة المتفق عليها في حل منازعات الاستثمار الأجنبي كالتحكيم و الوساطة الدوليين او لتحكيم خاص في حال الاتفاق عليه مسبقا .

في هذا الاطار نصت المادة 24 من قانون الاستثمار 09/16 على ذلك صراحة ب :" يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر , او يكون بسبب اجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا , إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية او متعددة الأطراف ابرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة و التحكيم , او في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص "[1] , حيث ساهم هذا النص في رفع كل الشكوك حول مسالة تسوية المنازعات الاستثمارية ، و اكد تكريس التحكيم التجاري الدولي بصفة واضحة ، و تبني الاليات البديلة الأخرى لتسوية المنازعات وفقا للاتفاقيات الثنائية و المتعددة الأطراف التي انظمت اليها الدولة الجزائرية .

نجد ان قانون الاستثمار 09/16 لم يحدد إجراءات معينة لتسوية النزاع الاستثماري عن طريق التحكيم التجاري الدولي ، و منه فإن تسويتها تخضع لقانون قانون الاجراءات المدنية والإدارية 09/08 ، حيث حدد المشرع إجراءاتها في الكتاب الخامس منه المتضمن " في الطرق البديلة لحل النزاعات " الذي يحتوي على المواد من 990 الى 1065[2] التي نظمت الصلح و الوساطة في الباب الأول ، ثم التحكيم في الباب الثاني .

اما الاستثناء الذي جاء به قانون الاستثمار و الذي يمكن به استبعاد القضاء الوطني الداخلي واللجوء للصلح والتحكيم الدوليين او الى تحكيم خاص ، فهو مشروط بوجود اتفاقية

[1] قانون رقم 09/16 مؤرخ في 03 اوت 2016 , يتعلق بترقية الاستثمار ، ج ر رقم 2016/46 .

[2] تضمن الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 نظام الطرق البديلة في المواد من 990 الى 1065 ، حيث نص على الصلح و الوساطة في الفصل الأول ثم التحكيم في الفصل الثاني .

ثنائية أو متعددة الأطراف مصادق عليها من قبل الدولة الجزائرية تتضمن اللجوء إلى الصلح والتحكيم لتسوية منازعات الاستثمار والتي تنشا بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي الذي تعتبر دولته طرفا في الاتفاقية ، او وجود اتفاق مسبق بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي ينص على اللجوء الى تحكيم خاص في حالة نشوب خلاف بينهما حول الاستثمار.

الفرع الثاني : قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي

تعتبر الولايات المتحدة الامريكية من رواد نظام الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي ، نظرا لحجم الاستثمارات و الشركات الامريكية في دول العالم ، التي ساهمت في انتشار الاليات البديلة في العديد من الدول التي تقيم فيها استثماراتها ، هو ما جعلها تعمل على تطويره باستمرار ، سواء من حيث الإجراءات او مبادئ اللجوء ، او بخلق اليات و طرق حديثة لتسوية المنازعات بما يتوافق مع التطورات الحاصلة في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية .

يعتبر قانون التحكيم الفيدرالي الامريكي "FAA" لسنة 1925[1] من اهم التشريعات الداخلية و اعرقها في مجال تسوية المنازعات الاستثمارية الدولية ، بالرغم من الانتقادات التي طالته انذلك من حيث هيئة المحلفين التي تتولى عملية التحكيم و التعويضات العقابية التي تخلفها في حق الطرف المتسبب في النزاع [2]، و هو ما يسهم في صدور احكام تحكيمية قاسية على احد اطراف النزاع ، تؤدي الى قطع العلاقات الاستثمارية ، على خلاف مبادئ و اهداف الاليات البديلة التي تتميز بالحل الودي و استمرار العلاقات .

[1] صدر هذا القانون بالولايات المتحدة الامريكية بتاريخ 1925/02/12 يتعلق بتنظيم العلاقات التجارية الامريكية المحلية و الدولية ، و تضمن الفصل الرابع منه بسبل تسوية المنازعات التجارية و الاستثمارية بشكل عام بين الشركات الامريكية و باقي الأطراف الأخرى عن طريق التحكيم الدولي ، قبل ان يتم تعديله ليشمل التوفيق و الوساطة و المحاكم المصغرة كسبل ضافية تساهم في تسوية النزاعات قبل اللجوء الى التحكيم و هو ما جعل القضاء الأمريكي في منأى عن تسوية هذا النوع من النزاعات ، كما أسس هذا القانون لظهور قوانين جديدة تنص على الاليات البديلة لتسوية المنازعات الاستثمارية الدولية في الدول المجاورة و التي لها علاقات تجارية و استثمارية متعددة مع الولايات المتحدة الامريكية مثل الاكوادور و كولومبيا و البرازيل .

[2] www.international-arbitration.com 10/09/2019.

هو ما تم تداركه بتكييف هذا القانون مع التطورات الحاصلة في مجال التحكيم التجاري الدولي ، بناء على الاتفاقيات المعاهدات الدولية في هذا المجال مثل اتفاقية جنيف لسنة 1958 و اتفاقية واشنطن لسنة 1965 [1]، حيث تم تعديل الفصل الأول منه الذي ينظم إجراءات التحكيم و اختصاصه الحصري بتسوية المنازعات الاستثمارية الدولية في المواد من 1[2] الى 22 منه ، فيما تضمن الفصل الثاني مبادئ اتفاقية نيويورك لسنة 1970 بشان اطر التحكيم التجاري الدولي و جعله اكثر فعالية و سلاسة في تسوية النزاعات .

كما تم تخصيص الفصل الثالث من قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي لاتفاقية البلدان الامريكية للتحكيم التجاري الدولي سنة 1990 ، الذي يميز عملية التحكيم في النزاعات الامريكية فيما بينها عن غيرها من النزاعات الأجنبية الأخرى من حيث إجراءاتها و تنفيذ احكام المحكمين في الولايات المتحدة الامريكية ، التي صدر بخصوصها تعديل سنة 2011 ينص على الزامية تنفيذ احكام المحكمين عن طريق المحاكم المحلية ، كما تضمن النص على اللجوء الى اليات البديلة الأخرى مثل مؤتمر التسوية و المحاكم المصغرة ، او مجالس مراجعة المنازعات و التوفيق قبل اللجوء الى التحكيم الدولي [3].

يتبين ان التشريع الأمريكي يتماشى بصورة فعالة مع الاتفاقيات الدولية بتعزيز الاليات البديلة لتسوية المنازعات الاستثمارية ، و اعطاءها القوة الإلزامية في تنفيذ احكامها ، و هو ما يجعله اكثر فعالية و ملائمة من حيث التطور المستمر في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية .

---

[1] Stefan jupe , op cit , p 131.

[2] نصت المادة 01 -02 في الفصل الأول من هذا القانون على : يقصد بالاستثمار الدولي بمعنى هذا القانون الاستثمار بين مختلف الدول التي تؤلف الاتحاد او مع الدول الأجنبية ، او الاستثمار في أي من الولايات المتحدة او المقاطعات الخاضعة لها "

[3] نصت المادة 49 من قانون التحكيم الفدرالي الأمريكي للتحكيم التجاري الدولي المعدل سنة 2011 على ضرورة انشاء مجالس مراجعة المنازعات بين اطراف العملية الاستثمارية ، و هي صورة استباقية تسهم في الحد من نشأة النزاعات ، كما تضمنت اليات أخرى للتسوية الودية مثل : مؤتمر التسوية و المحاكم المصغرة التي تنعقد بشكل مؤقت و تختص بتسوية النزاع الاستثماري فقط بمشاركة اطرافه إضافة الى تفعيل التوفيق التجاري الدولي .

الفرع الثالث : قانون التحكيم الفرنسي رقم 48 لسنة 2011

باعتبار ان الفقه الفرنسي يرى بان القانون الوطني هو المعني بتحديد صلاحيات اشخاص القانون العام الاعتبارية في التوقيع على اتفاق التحكيم [1]، و يعتبر هو الحل الوحيد الذي يؤخذ بعين الاعتبار لتوضيح موقف كل دولة من هذا الأسلوب القضائي الخاص .

هو ما سعى اليه المشرع الفرنسي من خلال تضمين التشريع الداخلي اطر اللجوء الى الاليات البديلة لتسوية النزاعات من خلال التحكيم او التوفيق ، حيث نصت المادة 40 منه على :" يجوز للأطراف الاعتبارية العامة اللجوء الى التحكيم في تسوية المنازعات الاستثمارية او التجارية التي تربطها باطراف اجنبية " [2]، فيما نصت المادة 42 على : " يأخذ الاتفاق بشان التحكيم شكل شرط تحكيمي او اتفاق تحكيم ، بناء على اتفاق الأطراف في عقد او اكثر على خضوع النزاعات الناشئة عن تلك العقود للتحكيم " .

بهذا أتاح المشرع الفرنسي صراحة للأطراف الاعتبارية العامة للدولة اللجوء الى التحكيم في تسوية المنازعات التي تنشا عن علاقاتها التعاقدية مع اطراف اجنبية و ذلك في أي مرحلة من مراحل النزاع حتى بعد اللجوء الى القضاء بناء على نص المادة 1446 التي جاء فيها ما يلي : " يجوز للأطراف تسوية النزاع عن طريق التحكيم اثناء سير الدعوى امام القضاء " [3].

الفرع الرابع : قانون رقم 16 لسنة 1995 لتشجيع الاستثمار في الأردن

نص قانون تشجيع الاستثمار في الأردن لسنة 1995 في مادته 33 على : " تسوى نزاعات الاستثمار بين المستثمر لراس مال اجنبي و المؤسسات الحكومية الأردنية وديا بين طرفي النزاع ، و اذا لم يتم تسوية النزاع من خلال ذلك خلال مدة لا تزيد على 06 اشهر فلاي من

[1] Franck neciphore , op cit , p 131.

[2] المادة 40 من القانون رقم 48 لسنة 2011 ، ج ر رقم 448 لسنة 2011.

[3] المادة 1446 من نفس القانون .

الطرفين اللجوء الى القضاء او إحالة النزاع على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، لتسوية النزاع بالتوفيق او التحكيم وفق اتفاق تسوية نزاعات الاستثمار بين الدول و مواطني دول أخرى الموقعة من الملك "[1].

فيما تم تعديل هذا القانون بموجب القانون رقم 68 لسنة 2003[2] الذي نص في المادة 20 منه على : " يراعى في تطبيق احكام هذا القانون الاتفاقيات العربية و الدولية ذات العلاقة بالاستثمار و حمايته و تسوية النزاعات المتعلقة به و التي تكون المملكة طرفا فيها او منظمة اليها "[3]، بهذا أتاح المشرع الأردني اللجوء للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار عن طريق التوفيق او التحكيم بين المستثمر الأجنبي و المؤسسات الحكومية الأردنية ، بعد محاولة تسويتها بالحل الودي و هذا استنادا الى اتفاقية انشاء المجلس العربي لتسوية منازعات الاستثمار المبرمة بالمملكة الهاشمية الأردنية لسنة 2001 .

فيما صدر بعدها قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 الذي نظم إجراءات التحكيم التجاري الدولي و طرق اللجوء اليه من طرف المؤسسات الحكومية الأردنية ، و نصت المادة 03 من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001 على : " تسري احكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة و يتعلق بنزاع مدني او تجاري بين اطراف من اشخاص القانون العام او القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية كانت او غير عقدية "[4]

ساهم هذا القانون في توفير مناخ استثماري ملائم و فض العديد من المنازعات الاستثمارية .

---

[1] نص المادة 33 من القانون رقم 16 لسنة 1995 المتعلق بتشجيع الاستثمارات في الأردن .

[2] قانون رق 68 لسنة 2003 يتضمن تعديل القانون رقم 67 لسنة 1995 المتعلق بتشجيع الاستثمارات في المملكة الهاشمية الأردنية ، ج ر رقم 4606 بتاريخ 2003/06/16 .

[3] المادة 20 من القانون .

[4] المادة 03 من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001 في الأردن ، ج ر رقم 4496 بتاريخ 2001/07/16.

الفرع الخامس : قانون رقم 95-18 يتعلق بميثاق الاستثمارات في المغرب

تماشيا مع التطور الاقتصادي الذي عرفته جل دول العالم في مجال تبادل الاستثمارات و ازدهار التجارة الدولية ، عمل المشرع المغربي على مسايرة هذا التحول خاصة بعد توقيع اتفاقية مراكش لسنة 1995 التي ارفقت بملحق خاص تحت عنوان : " تفاهم بشان القواعد و الإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات عن طريق التحكيم و التوفيق و الوساطة " ، حيث صدر القانون رقم 95-18 بتاريخ 1995/11/29[1] المتعلق بميثاق الاستثمارات و الذي اقر عدة تدابير لتشجيع الاستثمارات الأجنبية ، خصوصا باعتماد اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عنها [2].

في ضوء الانتعاش الاقتصادي الذي عرفه المغرب بحكم تدفق الاستثمارات الأجنبية و استجابة لرغبة المستثمرين الأجانب في تبسيط و تسريع الإجراءات المتعلقة بتسوية المنازعات الاستثمارية و توفير المناخ الاستثماري الملائم لذلك ، تم تدشين المركز الدولي للوساطة و التحكيم بالمغرب بموجب القانون رقم 12-68 ، و الذي نظم اختصاصاته و عمله بتسوية المنازعات الاستثمارية الدولية عن طريق الوساطة و التحكيم[3]، و ساهم بصورة فعالة في ضمان تسوية المنازعات الاستثمارية بطرق عادلة و ودية ، كما عمل على جذب المزيد من الاستثمارات الأجنبية في المملكة المغربية ، بالإضافة الى الاستشارات و الارشادات التي يقدمها المركز للمستثمرين قبل مباشرة العملية الاستثمارية لمساعدتهم على تنفيذها بصورة صحيحة و تجنب الخلافات و النزاعات التي تسهم في تعطيلها .

---

[1] قانون رقم 95-18 مؤرخ في 1995/11/29 يتعلق بميثاق الاستثمارات ، الجريدة الرسمية المغربية رقم 77 بتاريخ 1995/11/29.

[2] نصت المادة 17 من القانون رقم 95-18 على إمكانية اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية .

[3] محمد سعد الوراتني ، تطور الوسائل البديلة لتسوية النزاعات ، بحث منشور على العنوان الالكتروني : www.elmoundjed.org، تاريخ الزيارة 2019/10/10.

الفرع السادس : قانون لجان التوفيق و المصالحة الاماراتي رقم 26 لسنة 1999

أصدرت الامارات العربية القانون الاتحادي رقم 26 لسنة 1999 [1]الذي نص على تكوين لجان خاصة بالتوفيق و المصالحة لتسوية المنازعات المدنية و التجارية ، تعمل بالموازاة مع كل محكمة اتحادية مدنية او شرعية بقرار من وزير العدل ، حيث تتألف كل لجنة من ثلاثة أعضاء برئاسة قاض حكم [2].

يسعى القاضي من خلال ذلك الى محاولة التوفيق بين الخصوم قدر الإمكان بمساعدة أعضاء اللجنة ، اين يتم اعداد محضر بمصادقة اطراف النزاع [3]و دون الحاجة بعد ذلك الى اللجوء الى القضاء .

تم تعديل هذا القانون في الامارات العربية المتحدة بصدور القانون رقم 04 لسنة 2001 [4]بعده ، و الذي وسع من صلاحيات لجان التوفيق و المصالحة لبعدما ساهمت في تسوية العديد من النزاعات المدنية و التجارية في الامارات العربية المتحدة ، حيث أصبحت تشمل النزاعات الاستثمارية بين الشركات الأجنبية و الإماراتية بشان الاستثمارات المقامة بالشراكة في الامارات العربية ، و ذلك كمرحلة أولى قبل اللجوء الى القضاء او التحكيم التجاري الدولي ، كما ضمن تنفيذ احكام التحكيم في الامارات العربية المتحدة .

[1] قانون رقم 26 لسنة 1999 يتعلق بلجان التوفيق و المصالحة في الامارات العربية المتحدة ، ج ر رقم 177 لسنة 1999.

[2] نصت المادة 01 من القانون رقم 26 لسنة 1999 على : تتألف لجنة التوفيق و المصالحة من قاض حكم و مساعدين "

[3] نص المادة 7 من نفس القانون .

[4] قانون رقم 04 لسنة 2001 المعدل و المتمم لقانون رقم 26 لسنة 1999 في الامارات العربية المتحدة ، ج ر رقم 48 لسنة 2001.

المبحث الثالث

الطبيعة القانونية للآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي و علاقتها بالقضاء

تتجلى طبيعة الاليات البديلة في أساس اللجوء اليها لتسوية المنازعات ، و الذي يتمثل في إرادة الأطراف المشتركة و القائمة على الرضا و القبول لدى الطرفين [1]، حتى ولو نتج عن ذلك تنازل على بعض الحقوق أملا في الوصول إلى حل يلبي رغبات المتنازعين ، فاختيار هذه الاليات نابع من حسن النية في فض الخلاف ، فاللجوء إليها يعتمد بصورة كبيرة على قبوله واتجاه إرادة الأطراف فيها ، سواء كان ذلك قبل نشأة النزاع أو بعده ، وبما أنها تتأسس على الاختيار فان قوامها هو حرية الإرادة ، فالإرادة الفردية تلزم نفسها بنفسها دون تدخل القضاء [2].

كما تبدو السمة الاختيارية بوضوح في الوقت الذي يمكن فيه تفعيل اللجوء إلى هذه الاليات ، فالاتفاق كما اسلفنا قد يكون سابقا على نشأة النزاع أو أثناءه ، إذ أن ما في هذه الاليات من المرونة ما يفي للوصول إلى حل توافقي بين الأطراف ، فكلما تطور النزاع كلما اصبح واضح المعالم أمام الأطراف ، مما يمكنهم من تقديره بصورة محددة [3]، و معرفة على وجه التدقيق احتمالات اختيار الالية المناسبة التي يمكنها تحقيق الأهداف التي يريدون الوصول إليها ، و هو الأمر الذي يمنح الأطراف فرص جيدة و ملائمة لإجراء التسوية.

يترجم العقد او الاتفاق المبرم بين الطرفين الإرادة المشتركة في اللجوء الى الاليات البديلة لتسوية المنازعات ، فاغلب العقود الاستثمارية ذات الأهمية و الممضاة بين الدولة المضيفة و المستثمرين الأجانب إلا و تحتوي على بند يسمح باللجوء الى هذه الاليات لتسوية المنازعات

[1] ابارياان علاء ، مرجع سابق ، ص 93.

[2] مصطفى المتولي قنديل ، مرجع سابق ، ص 42.

[3] احمد عبدالكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 46.

الاستثمارية التي قد تنشا بين الطرفين ، مما يرتب التزامات على اطراف النزاع و المكلف بتسويته وجب احترامها و التقيد بها للتوصل الى فض النزاع بطريقة ودية و سلسة ، و نتيجة ترضي جميع اطرافه .

و لهذا سنفصل اكثر في طبيعة الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي من خلال مطلب اول و علاقتها بالقضاء في مطلب ثاني .

المطلب الأول : الطبيعة القانونية للآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

تستند الاليات البديلة على اتفاق الأطراف باللجوء اليها لتسوية المنازعات بينهم ، فلا يمكن تفعيلها و اعتمادها إلا بالإرادة المشتركة لأطراف النزاع ، سواء كان اتفاقا مستقلا في نزاع قائم فعلا ، او كان شرطا في العقد الأصلي ينص على تسوية النزاع الذي قد ينشا مستقبلا بواسطة الاليات البديلة ، مما يرتب التزاما تعاقديا على اطرافه وجب احترامه و تنفيذه و منه فان هذه الاليات هي ذات طبيعة تعاقدية [1].

رغم تعدد أوجه و صور الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي ، و اختلافها في درجات فض هذه المنازعات ، من التوجيه الى التوسط و تقريب وجهات النظر ، الى اقتراح الحلول او التسوية النهائية ، إلا انها تتناسب جميعها مع مقتضيات العقود الاستثمارية [2]و تشترك في الطابع الودي الرضائي النابع من إرادة الأطراف في اللجوء اليها و اختيار الالية المناسبة و تنظيمها وفق ارادتهم ، بعيدا عن القضاء الوطني للدول الذي لا يتماشى مع طبيعة هذه المنازعات التي تتطلب خبرة و دراية فنية .

[1] مصطفى محمد الدوسكي ، مرجع سابق ، ص 71.

[2] محمد عبد الودود أبوعمر ، مرجع سابق ، ص 164.

بما ان العقد هو أساس العلاقة الاستثمارية بين اطرافه ، فان إرادة الأطراف المنشاة لهذا العقد تلعب دورا في صياغته و تنظيمه و تضمينه هذه الاليات كطريق لتسوية النزاعات بينهم [1]، و التي تنبع بدورها من مبدأ سلطان الإرادة اثناء ابرام العقد و اشتراط ما يتضمنه لتنفيذه على اكمل وجه ،[2] فالمتأمل لواقع العقود الاستثمارية يدرك انه لا يكاد يخلو أي منها من شرط اتفاقي ينص على ضرورة سعي الأطراف عند نشأة أي خلاف بينهم الى حله بالآليات البديلة ، اما بتحديد نوع الالية البديلة التي يمكن اللجوء لها ، او بترك الامر للأطراف لاختيار النظام الملائم حسب طبيعة النزاع .

كما اجمع غالبية الفقهاء على ان الآليات البديلة هي ذات طبيعة تعاقدية بما ان اللجوء اليها متفق عليه في العقد على أساس حرية إرادة الأطراف [3]، سواء في علاقة الأطراف فيما بينهم او مع الغير المكلف بتسوية النزاع ، و تتأكد الصفة الاتفاقية في علاقة الأطراف بالغير فيما يتعلق بالآليات البديلة و التي هي أساسا ذات طبيعة تعاقدية ، اذ ان احترام سلطان الإرادة واجب سواء من جهة القبول باللجوء الى هذه الاليات او من جهة القبول بنتائجها ، او اختيار الغير المكلف بتسوية النزاع ، فاللجوء الى هذه الاليات و تنفيذها هو عمل قانوني يتطلب توافق الارادتين – الايجاب و القبول — و منه فان وجود الغير او اختياره هو بمثابة الايجاب[4].

اذا اخذنا الوساطة مثلا كآلية بديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي ، فنجد حضور طرفي النزاع او من ينوب عنهما معا حيث يتم اختيار الوسيط و تحديد مهامه سواء باقتراح من

---

[1] احمد أبو الوفا ، مرجع سابق ، ص 109.

[2] مُحَمَّد سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الدولية ، دار الفكر العربي ، الطبعة الثانية ، 1991 ، ص 19.

[3] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 120.

[4] . استندت بعض المحاكم الامريكية و الفرنسية على الطبيعة التعاقدية لشروط اللجوء الى الاليات البديلة من اجل تبرير التنفيذ العيني لهذه الشروط ، و اكدت على ان شرط اللجوء للآليات البديلة يشكل التزاما تعاقديا يجب على الأطراف احترامه و ان يلتزموا به بإرادتهم و إلا اجبروا على تنفيذه .

. في ذات السياق يقول الدكتور مُحَمَّد سليمان الطماوي : ان العقد هو أساس العلاقة بين اطرافه ، و بالتالي كل ما ينشى عن طريق هذه العلاقة هو ذو طبيعة تعاقدية يشكل التزاما على اطرافه ."

احد الأطراف و قبول الطرف الاخر او باتفاقهما معا ، و يتمتع الوسيط بحرية واسعة لدراسة النزاع المعروض امامه و اطلاع المتنازعين على تفاصيله و التقريب بينهم و اقناعهم بمزايا الحلول التي يقترحها ، فإذا وافقوا عليها يقوم الوسيط بمساعدة المتنازعين في وضع الصيغة النهائية لانتهاء النزاع بالوساطة و التي يوقع عليها اطرافه و بذلك تكتسب الوساطة القوة الإلزامية[1] .

و بالنظر الى إجراءات و مراحل تسوية النزاع عن طريق الاليات البديلة نجد ان إرادة الأطراف المتعاقدين دائما تلعب دورا في طريقة فضه ، سواء بالرجوع الى العقد الأصلي او في شكل اتفاق مستقل ، و بالتالي تظهر الصفة التعاقدية لهذه الاليات [2].

المطلب الثاني : علاقة الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي بالقضاء

يعتبر القضاء الوسيلة الاصيلة لحل النزاعات الداخلية او الدولية في أي بلد ، فهو حق دستوري و قانوني يلجا اليه ذوي الحقوق لضمان حقوقهم ، لكن مع تطور و تقنين الاليات البديلة لتسوية النزاعات ظهر جناح ثاني لفض النزاعات و اثبت فعاليته خاصة في المنازعات الاستثمارية و التجارية الدولية ، عبر وسائل الاتصال الحديثة للتخلص من كل ما يعيق الفعالية و السرعة و يساهم في خفض التكاليف ، مع ان هذه الاليات وجدت قبل ظهور شبكة الاتصالات و المعلومات الدولية الا ان هذه الأخيرة قد زادت من حاجة المنازعات الى مثل تلك الحلول ، حيث استحدثت المتغيرات العالمية نظما بديلة لتحقيق العدالة خارج النظام القضائي ، منها ما قد لا يفصل في النزاع مثل المفاوضات و المساعي الحميدة ، و منها ما يفصل كما هو الحال مع التحكيم القائم على اتفاق الخصوم .

[1] زينب وحيد دحام ، مرجع سابق ، ص 71.

[2] فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، الطبعة الأولى 2007 ، ص 28.

يتماشى استحداث هذه النظم مع النتائج المترتبة على اتساع تدخل الدولة في نشاط الافراد تحت شعار الحفاظ على النظام العام و المصلحة العامة من جهة ، و اتساع ظاهرة البطء في التقاضي من جهة أخرى [1]، و هو ما جعل نظام الاليات البديلة يحتل مكانة أساسية في تسوية هذه النزاعات .

هذا ما جعل بعض الدول تعيد النظر في تنظيم الجهاز القضائي ، حيث قننت هذا النظام باعتباره قضاء موازي او قبلي كما سمي في بعض التشريعات ، و عملت على تنظيمه بشكل افضل لمساعدة القضاء التقليدي المكتض بالدعاوى ، سواء بدمجه و إعطاء صلاحية تفعيله و الاشراف عليه من طرف القاضي ، او باعتماده كآليات يمكن اللجوء اليها بشكل اتفاقي بين المتنازعين قبل اللجوء للقضاء .

و عليه سنتطرق لعلاقة الاليات البديلة بالقضاء من خلال دورها المساعد للقضاء في الفرع الأول ثم دور القضاء في تفعيلها وفق فرع ثان .

الفرع الأول : دور الاليات البديلة المساعد للقضاء

تكشف النظرة الموضوعية عن أن بطء إجراءات التقاضي[2] وتعدد درجاته وارتفاع تكاليفه في الدول ، يجعل الاليات البديلة أكثر ملاءمة ، فالقضاء بنوء كاهله بعدد من القضايا التي تطرح عليه وفتح باب الوسائل البديلة يسهم في حل المشكلة على الصعيد الوطني خاصة مع توقع ازدياد الوعي بهذا النظام ومزاياه ، كما ان إضفاء الصفة على الأنظمة القضائية لتسوية منازعات عقود الاستثمار و العقود التجارية من شانه ان يؤكد على الالتزام بالخطوات التي يجب اتباعها وصولا الى

[1] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 167.

[2] تشير البيانات الى تدني مستوى الأداء في الأنظمة القضائية و المحاكم لدى الدول النامية ، و لا يرجع سبب ذلك الى انخفاض كفاءة رجال القضاء او نقص الموارد المالية بقدر ما يعود الى البيروقراطية الزائدة عن الحد التي يواجهها حتى رجال القضاء او أصحاب الدعوى القضائية عند الفصل في المنازعات ، حيث تقتصر القدرة على رفع الدعوى القضائية في العديد من الدول على فئة الأغنياء بينما يمثل تحقيق العدالة حلما بعيد المنال بالنسبة لفئة الفقراء .، للمزيد راجع العنوان الالكتروني : www.damascusbar.org

تحقيق العدالة ، و لكن البراهين العملية تقترح غير ذلك ، فكلما زادت درجة تعقيد الإجراءات للفصل في المنازعات كلما تراجعت فرص العدالة و إمكانية تحقيقها [1].

مما لا شك فيه ان غياب كفاءة و فعالية النظام القضائي في تسوية منازعات الاستثمار من شانه ان يعوق النشاط الاقتصادي و الاستثماري و يقلل من استقطاب الشركات و المستثمرين الأجانب ، الذين يسعون الى اللجوء للاليات البديلة لتسوية المنازعات التي تنشا مع الدولة المضيفة ، في طابع استثنائي يمنع القضاء الوطني من النظر في المنازعات ، فهو بمثابة "الاستقلال" [2]الذي يمكن الشركات الأجنبية من الابتعاد عن ميول القاضي الوطني و تشدد القوانين في دول العالم الثالث التي لم تستسغ هذا النظام ببساطة ، لان القضاء في نظرها هو سلطة من سلطات الدولة تحقق من خلالها وظيفة إقامة العدالة ، و هي وظيفة لا يصح ان يترك امرها للافراد ، و الا سادت الفوضى و ضاعت حقوق الطرف الضعيف [3].

ذهب بعض الفقهاء في القول من ان الاليات البديلة تكمل القضاء ، فهي عادة ما تهتم بالحجج و الأدلة القانونية ، كما ان المحكم قد يستند على قواعد و نصوص قانونية للفصل في النزاع ، رغم ان أساس التصرف يبقى معتمدا على التوافق و التراضي بين اطراف النزاع بالدرجة الأولى ، كما ان القاضي قد يستعين بالخبراء عند ادارته للدعو لاصدار حكمه في قضية ما ، و هو ما يسبق او يتزامن مع الإجراءات القضائية [4].

تؤكد الممارسة العملية إمكانية استخدام الوسائل القضائية و الاليات البديلة في الوقت نفسه شريطة لجوء الأطراف أولا الى هذه الاليات ثم رفع الدعوى القضائية ، و بالتالي وقفها بناء على

---

[1] مصطفى المتولي قنديل ، مرجع سابق ، ص 110.

[2] عبدالحميد الاحدب ، مرجع سابق ، ص 232.

[3] احمد انوار ناجي ، مرجع سابق ، ص 17.

للتفصيل اكثر في هذا انظر :

[4] احمد عبدالكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 43 ، و د. محمد نعيم علوة ، مرجع سابق ، ص 86.

طلب الأطراف بهدف حماية حقوق الأطراف من التقادم المحتمل في حال فشل إجراءات التسوية بواسطة الاليات البديلة ، و بهذا لم يمنع اللجوء الى القضاء اطراف النزاع من الاستمرار في عملية التفاوض لتسوية النزاع او عرضه على الوسيط او الموفق [1].

هذا ما ذهب اليه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09/08 الذي نصت المادة 990 منه على : " يجوز للخصوم التصالح تلقائيا ، او بسعي من القاضي في جميع مراحل الخصومة " [2]، و نصت المادة 994 منه بخصوص الوساطة على : " يجب على القاضي عرض اجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد ، باستثناء قضايا شؤون الاسرة و القضايا العمالية و كل ما من شانه ان يمس بالنظام العام ، اذا قبل الخصوم هذا الاجراء ، يعين القاضي وسيطا لتلقي وجهة نظر كل واحد منهم و محاولة التوفيق بينهم لتمكينهم من إيجاد حل للنزاع [3]".

و هو ما يعني ان المشرع استنجد بالاليات البديلة المتمثلة في الصلح و الوساطة و التوفيق لتسوية النزاعات و تخفيف العبئ الذي يخلفه التقاضي ، من خلال منح القاضي سلطة عرض التسوية الودية على الخصوم و محاولة التوفيق بينهم قدر الإمكان و في جميع المراحل[4] سواء من طرفه او مساعديه ، و هو ما يعتبر اجباريا في تسوية النزاعات الا ما تعلق بقضايا شؤون الاسرة التي تتميز بنوع من الخصوصية ، بالإضافة الى القضايا العمالية و كل ما من شانه المساس بالنظام العام .

---

[1] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 185.

[2] نص المادة 990 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25.

[3] نص المادة 994 من نفس القانون .

[4] هو ما ذهب اليه كذلك المشرع الفرنسي في قانون المرافعات المدنية لسنة 1998 الذي نص على إمكانية لجوء الخصوم الى الوساطة او التوفيق اثناء سير مراحل الدعوى و هذا لمحاولة التسوية و إيقاف الدعى القضائية ،كما أتاح قانون التحكيم الفرنسي رقم 48 لسنة 2011 للشركات التجارية اللجوء الى التحكيم حتى اذا تم اللجوء للقضاء من احد الأطراف ، حيث اقر قانون التحكيم انه يستطيع للطرف الثاني اللجوء الى التحكيم اذا لجا الطرف الأول للقضاء ، و هذا بعد انقضاء مدة المفاوضات الاجبارية التي اوجبها المشرع الفرنسي في المنازعات الاستثمارية و المحددة ب 03 اشهر ، و هو ما يعني ان الدور المساعد الذي تلعبه الاليات البديلة يستمر بالتوازي مع الدعاوى القضائية و هذا قبل صدور الحكم القضائي في النزاع .

كما ان اللجوء للاليات البديلة اثر بشكل او باخر على نظم التقاضي ، من خلال ميزاته التي تكمن في الآتي:

– تقليل عدد الدعاوى التي تحال على القضاء ، فقد أثبتت تجارب البلدان التي أخذت بهذا النظام بأنها ساهمت بشكل مباشر في تخفيف العبء على المحاكم[1].

– محدودية التكاليف واستغلال الوقت حيث تؤدي الاليات البديلة لتوفير الوقت والجهد والنفقات على الخصوم ووكلائهم من خلال إنهاء الدعاوى في مراحلها الأولى ، فالوصول إلى حل خارج القضاء يكون من دون شك أسرع وأوفر ، و بالتالي تسوية النزاع دون اللجوء الى التقاضي .

فالأصل أن نظام الاليات البديلة يلعب دورا مكملا للقضاء على صعيد تخفيف حجم العبئ الملقى على كاهل القضاء ، فهو يسير معه جنبا إلى جنب في تحقيق العدالة دون وجود حاجز مطلق ، فنظام الاليات البديلة يدعم القضاء بينما يحمي القضاء هذا النظام .

الفرع الثاني : دور القضاء في تفعيل الاليات البديلة

ارتبطت الاليات البديلة لتسوية المنازعات ارتباطا وثيقا بالمجال الاستثماري و التجاري الدولي نظرا لأهميتها المتزايدة في تسوية المنازعات الناشئة عنها ، حيث لا تزال مقتضيات المعاملات الاستثمارية الدولية تدفع بأطراف المعاملة الاستثمارية إلى اللجوء إلى هذه الاليات على سبيل التحكيم و الوساطة او التوفيق لما توفره من عدالة سريعة تضمن لهم تحقيق مصالحهم .

[1] ساهم اعتماد الاليات البديلة في فرنسا في التخفيف من العبا الذي يعرفه القضاء ، فقد وصل عدد الدعاوى امام المحاكم الفرنسية الى 480929 دعوى في الفترة بين 1975 و 1995 ، فيما ارتفع عدد الدعاوى امام محاكم الاسئناف من 71380 الى 220357 بين سنتي 1975 و 1995 ، مما جعل رجال القانون ينادون بضرورة تقنين و الدفع بالنظم البديلة عن التقاضي مثل الوساطة و التوفيق للتقليل من هذا الكم الهائل من دعاوى التقاضي ، و هو ماثبت انخفاض عدد الدعاوى التجارية خصوصا امام القضاء الفرنسي ، كما ساهمت الاليات البديلة في التقليل بنسبة 30 % من الدعاوى المعروضة امام القضاء الفرنسي بين 1995 و 2000 ، للتفصيل اكثر انظر : www.vikidia.org/wiki/system_judiciair_enfrance ، كما تطرق لها د. مصطفى المتولي قنديل ، مرجع سابق ، ص 80.

بذلك أصبحت هذه الاليات تشغل مكانا بارزا في الفكر القانوني والاقتصادي العالمي ،حيث اعتمدتها أغلب الدول ، تحت ضغط الحركة الاستثمارية الدولية المتزايدة من جهة ، و لرغبتها في جلب الاستثمارات الأجنبية من جهة أخرى ، مما جعلها تختص في هذا المجال .

نظرا لهذه الخصوصية فقد حاولت التشريعات الحديثة تنظيم العلاقة بين القضاء و الاليات البديلة على اختلاف صورها ، في اتجاه يهدف إلى تحقيق علاقة تكامل بينهما ، من خلال توضيح أوجه المساعدة و حدود الرقابة و الإشراف عليها ، بالمراعاة مع ضمان الحرية اللازمة للأطراف في اللجوء الى الالية المناسبة لتسوية النزاع ، و تسليط الرقابة اللازمة لضمان عدم انحراف عملية تسوية النزاع و الحلول دون الإضرار بالمصلحة العامة .

للتفصيل اكثر في دور القضاء في تفعيل الاليات البديلة ، سنرى تدخل القاضي في التحكيم و الوساطة ثم التوفيق من خلال ما يلي :

أولا : تدخل القضاء في التحكيم

إن تدخل القضاء بالمساعدة في إجراءات التحكيم أمر ضروري ، وذلك لأن التحكيم يفتقد لسلطة الجبر التي يتمتع بها و يمارسها القضاء [1]، فإذا كان القاضي يستمد سلطته من سلطة الدولة في تنظيم العدالة واحتكارها وتقديم خدمة التقاضي للمواطنين ، فإن المحكم يستمد سلطته من اتفاق الأطراف ، لذا فهو لا يجبر إلا أطرافه [2]، وحتى هؤلاء قد لا يتمكن المحكم من مباشرة سلطة الجبر عليهم في ظل عدم وجود سلطة عليا تمنح أوامره قوة تنفيذية ، مما يستدعي تدخل القضاء لضمان اجبار الخصوم على تنفيذ قرارات وأحكام المحكمين ، لذا سعت معظم التشريعات ولوائح التحكيم للعثور على أفضل السبل لإيجاد التعاون بين القاضي والمحكم ، تعطي لطرفي

[1] في ذلك يقول الفقيه الفرنسي " هوريو " : اذا لم يكن المحكم مسنودا من القضاء ، فلا جدوى من عملية التحكيم ، لان التحكيم و القضاء يكملان بعضهما البعض " للتفصيل اكثر في هذا انظر : خلف رمضان مُحَّد بلال ، مرجع سابق ، ص 267.

[2] حفيظة السيد الحداد ، مرجع سابق ، ص 44.

التحكيم حق اللجوء إلى القضاء الوطني لاتخاذ إجراءات وقتية دون أن يكون هذا الاختصاص قاصرا على القضاء وحده .

لهذا يلعب القضاء دور المساند لخصومة التحكيم حتى يؤدي دوره المنشود كطريق بديل للقضاء و تتحقق فاعليته في تسوية المنازعات ، حيث يمتد دوره بالمساعدة في إجراءات التحكيم في عدة مراحل ، منها ما يتعلق بتشكيل هيئة التحكيم ، حيث يتدخل القاضي الوطني من أجل إنقاذ اتفاق التحكيم من مأزق عدم انعقاد خصومة التحكيم ، سواء بسبب تقاعس أحد الأطراف في تعيين المحكم ، أو بسبب عرقلته لهذا التعيين ، حيث نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي "uncitral" على ذلك وفق المادة 11 -3 منه التي تضمنت : " فان لم يكونا قد اتفقا على ذلك يتبع الاجراء التالي : في حالة التعيين بثلاثة محكمين ، يعين كل من الطرفين محكما و يقوم المحكمان المعينان بهذا النحو بتعيين المحكم الثالث ، و اذا لم يقم احد الطرفين بتعيين المحكم خلال ثلاثين يوما من تسلمه طلبا بذلك من الطرف الاخر ، او اذا لم يتفق المحكمان على المحكم الثالث خلال ثلاثين يوما من تعيينهما وجب ان تقوم بتعيينه ، بناء على طلب احد الطرفين ، المحكمة او السلطة الاخرى المسماة في المادة 6[1] " [2].

هو ما ذهب اليه المشرع الجزائري من خلال اختصاص رئيس المحكمة في هذه الحالة بتعيين المحكم ، اذا اخل احد طرفي النزاع او تعنت عن ذلك ، ضمانا لتنفيذ الالتزام العقدي ، و هذا بعد أن يتقدم أحد طرفي التحكيم بطلب إليه لتعيينه ، حيث نصت المادة 1041 من ق ا م ا 09/08[3] على : " يمكن للأطراف مباشرة او بالرجوع الى نظام التحكيم ، تعيين المحكم او

[1] نصت المادة 6 المذكورة أعلاه على تفويض الأختصاص لمحكمة او سلطة أخرى لاداء وظائف معينة تتعلق بالمساعدة و الاشراف في مجال التحكيم حيث نصت على ما يلي : " تتولى أداء الوظائف المشار اليها في الفقرتين 3 و 4 من المادة 11 ، و الفقرة 3 من المادة 13 ، و في المادة 14 ، و الفقرة 3 من المادة 16 ، و الفقرة 2 من المادة 34 ، ب ...تحدد كل دولة تصدر هذا القانون النموذجي المحكمة او المحاكم او السلطة الأخرى ، عندما يشار الى تلك السلطة في ذلك القانون ، المختصة بأداء هذه الوظائف "

[2] نص المادة 11-3 من قانون التحكيم النموذجي " الاونسيترال" للجنة الأمم المتحدة لسنة 1985.

[3] قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09/08 .

المحكمين ، او تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم او استبدالهم ، و في غياب التعيين او في حال صعوبة تعيين المحكمين او عزلهم او استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي :

- رفع الامر الى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم ، اذا كان التحكيم يجري في الجزائر ؛
- رفع الامر الى رئيس محكمة الجزائر اذا كان التحكيم يجري في الخارج ، و اختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر " [1]، كما نصت المادة 1042 من نفس القانون على : " اذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم ، يؤول الاختصاص الى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ابرام العقد او مكان التنفيذ " [2].

هو الامر الذي نصت عليه كذلك المادة 9 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 التي تضمنت ما يلي : " يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون الى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع ، اما اذا التحكيم تجاريا دوليا سواء جرى في مصر او في الخارج فيكون الأختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر ، و تظل المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص وفقا للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم " [3].

نصت المادة 17 من نفس القانون كذلك على : " لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين و على كيفية و وقت اختيارهم ، فاذا لم يتفقا اتبع ما يأتي :

- اذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولت المحكمة المشار اليها في المادة 9 من هذا القانون اختياره بناء على طلب احد الطرفين ؛

---

[1] نص المادة 1041 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية رقم 08-09. .

[2] نص المادة 1042 من نفس القانون .

[3] نص المادة 9 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

- اذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاث محكمين اختار كل طرف محكما ثم يتفق الطرفان على اختيار المحكم الثالث ، فاذا لم يعين احد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الأخر ، او اذا لم يتفق المحكمان المعينان اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين التالية لتاريخ تعيين اخرهما ، تولت المحكمة المشار اليها في المادة 9 من هذا القانون اختياره بناء على طلب احد الطرفين ، و يكون للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان او الذي اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم ، و تسري هذه الاحكام في حالة تشكيل هيئة التحكيم من اكثر من ثلاثة محكمين ؛
- اذا خالف احد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها او لم يتفق المحكمان المعينان على امر مما يلزم اتفاقهما عليه ، او اذا تخلف الغير عن أداء ما عهد به اليه في هذا الشأن ، تولت المحكمة المشار اليها في المادة 9 من هذا القانون ، بناء على طلب احد الطرفين القيام بالاجراء او بالعمل المطلوب ما لم ينص في الاتفاق على كيفية أخرى لاتمام هذا الاجراء او العمل ؛
- تراعي المحكمة في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها هذا القانون و تلك التي اتفق عليها الطرفان ، و تصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة ، و مع عدم الاخلال باحكام المادتين 18[1] و 19[2] من هذا القانون ، لا يقبل هذا القرار الطعن فيه باي طريق من طرق الطعن " [3] ، و هذا ما يضمن تنفيذ التزام الاطراف باللجوء الى التحكيم بموجب العقد بينهما .

---

[1] نصت المادة 18 على : " لا يجوز رد المحكم الا اذا قمت ظروف تثير شكوكا جدية حول حيدته او استقلاله ، و لا يجوز لاي من طرفي التحكيم رد المحكم الذي عينه او اشترك في تعيينه الا لسبب تبينه بعد ان تم هذا التعيين " .

[2] نصت المادة 19 على : " يقدم طلب الرد كتابة الى هيئة التحكيم مبينا فيه أسباب الرد خلال 15 يوما من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة او بالظروف المبررة للرد ، فاذا لم يتنح المحكم المطلوب رده خلال 15 يوما من تاريخ تقديم الطلب ، يحال بغير رسوم الى المحكمة المشار اليها في المادة 9 من هذا القانون للفصل فيه بحكم غير قابل للطعن :

لا يقبل طلب الرد ممن سبق له تقديم طلب برد المحكم نفسه بذات التحكيم

لا يترتب على تقديم طلب الرد وقف إجراءات التحكيم ، و اذا حكم برد المحكم ترتب على ذلك اعتبار ما يكون قد تم من إجراءات التحكيم بما في ذلك حكم المحكمين ،كان لم يكن "

[3] نص المادة 17 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

كما قد تقتضي طبيعة موضوع النزاع وظروف الدعوى المعروضة على هيئة التحكيم سرعة اتخاذ بعض التدابير المؤقتة أو التحفظية تجنبا لأضرار قد تلحق بأحد الأطراف ، و هو نص عليه قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 في المادة 9 منه التي تضمنت ما يلي : " لا يعتبر مناقضا لاتفاق التحكيم ان يطلب احد الطرفين ، قبل بدا إجراءات التحكيم او اثنائها ، من احدى المحاكم ان تتخذ اجراء وقائيا مؤقتا ، و ان تتخذ المحكمة اجراء بناء على هذا الطلب "[1] ، كما نصت في نفس السياق المادة 1046 من قانون ا م ا 08-09 على : " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف ، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك ،

- إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا ، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص ، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي ،
- يمكن لمحكمة التحكيم أو القاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير "[2]،

هو ما يعني ان المشرع اجاز للقاضي الوطني التدخل في الخصومة التحكيمية ، من خلال ضمان اتخاذ اي تدابير قد تكون ضرورية بطلب من احد اطراف النزاع ، سواء من خلال اجبار الطرف المعني باتخاذ هذه التدابير المؤقتة على تنفيذها ، او اتخاذ كل ما يلزم من طرف القاضي الوطني .

هذا ما عالجه المشرع المصري من خلال نص المادة 14 من قانون التحكيم المصري رقم 27 و التي منحت قاضي محكمة استئناف القاهرة سلطة اتخاذ اي تدابير مؤقتة او تحفظية حول اصل الاستثمار المتنازع عليه ، ضمانا لحقوق احد الطرفين ، او حفاظا على حالته الى غاية الفصل في النزاع ، حيث تضمنت ما يلي : " يجوز للمحكمة المشار اليها في المادة 9 من هذا

[1] نص المادة 9 من القانون النموذجي uncitral للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة لسنة 1985.

[2] نص المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08 .

القانون ان تامر بناء على طلب احد طرفي التحكيم ، باتخاذ تدابير مؤقتة او تحفظية سواء قبل البدا في إجراءات التحكيم او اثناء سيرها " [1].

من النص تبين أن اللجوء إلى القضاء في شأن التدابير اللازمة في عملية التحكيم و بناء على طلب احد طرفيه ، هو تكملة للاختصاص الذي تحوز عليه هيئة التحكيم من طرف القضاء الوطني المختص [2]، فهيئة التحكيم هي الجهة الاصيلة و المخولة باتخاذ هكذا اجراء ، و طلبها المساعدة من القضاء لا يؤدي الى تنازع اختصاص إيجابي في هذا الشأن .

اما فيما يتعلق بالحصول على ادلة الاثبات ، او تمديد مهمة المحكمين بعد انتهاء الاجال المنصوص عليها و المحددة ب 04 اشهر [3]، فلمحكمة التحكيم او احد اطرافه طلب المساعدة من القضاء لتوفير الأدلة اللازمة و الذي يطبق قانون بلده في هذا الخصوص ، وفق ما نصت عليه المادة 1048 من قانون ا م ا : " اذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة او تمديد مهمة المحكمين او تثبيت الإجراءات او في حالات أخرى ، جاز للمحكمين او للأطراف باتفاق مع هذه الأخيرة او للطرف الذي يهمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم ان يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص ، و يطبق بهذا الشأن قانون بلد

---

[1] نص المادة 14 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

[2] في نفس السياق اشارت المادة 24 من نفس القانون الى : " يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على ان يكون لهيئة التحكيم بناء على طلب احدهما ان تامر أيا منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة او تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع ، و ان تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذي تامر به ، و اذا تخلف من صدر اليه الامر عن تنفيذه ، جاز لهيئة التحكيم ، بناء على طلب الطرف الاخر ان تأخذ لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه و ذلك دون اخلال بحق هذا الطرف في ان يطلب من رئيس المحكمة المشار اليها في المادة 9 من هذا القانون الامر بالتنفيذ ".

[3] في هذا السياق نصت المادة 1018 على : " يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجل لإنهائه ، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف ، وفي حالة عدم الموافقة عليه ، يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم ، وفي غياب ذلك يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة "

كما نصت المادة 1019 على : " تطبق على الخصومة التحكيمية الاجال و الأوضاع المطبقة امام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك "

القاضي " [1] ، و نصت كذلك المادة 45-2 من قانون التحكيم المصري في نفس السياق على سلطات القاضي في تمديد مهمة المحكم بمهلة إضافية وفق ما يلي : " اذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار اليه في الفقرة السابقة ، جاز لاي من طرفي التحكيم ان يطلب من رئيس المحكمة المشار اليها في المادة 9 من هذا القانون ان يصدر امرا بتحديد ميعاد إضافي او بانهاء اجراءات التحكيم ، و يكون لاي من الطرفين رفع دعواه الى المحكمة المختصة .

عندما لا تستطيع هيئة التحكيم اتخاذ أي إجراء [2]يتطلب بطبيعته وجود سلطة ، أو لأنه يخرج عن حدود ولايتها ، ففي مثل هذه الحالات لا مناص أمام هيئة التحكيم سوى الاستعانة بقضاء الدولة لما يتمتع به من سلطة لتحقيق ذلك ، كاستدعاء الشهود او الزام الغير بتقديم مستندات قد تفيد الهيئة التحكيمية اثناء سير عملية التحكيم ، او الانابة القضائية كان يقوم القاضي بسماع احد الأطراف او الشهود في قضية النزاع ، و هو ما شارت اليه المادة 37[3] من قانون التحكيم المصري التي نصت على : " يختص رئيس المحكمة المشار اليها في المادة 9 من هذا القانون بناء على طلب هيئة التحكيم بما يأتي : الحكم على من يتخلف عن الحضور من الشهود او يمتنع عن الإجابة بالجزاءات المنصوص عليها في المادتين 78 و 80 من قانون الاثبات في المواد المدنية و التجارية ، الامر بالنابة القضائية " .

كذلك يمتد دور القضاء إلى ما بعد صدور حكم التحكيم ، فالأحكام التحكيمية لا تكتسب بذاتها القوة التنفيذية ، والتي تخولها الحصول على الحماية القضائية بواسطة التنفيذ الجبري إذ أنها لا تعد سندات تنفيذية ، فالقوة التنفيذية لا تخلق حكم التحكيم إلا بصدور أمر خاص من

---

[1] نص المادة 1048 من نفس القانون .

[2] كما نصت المادة 1043 من ق ا م ا على : " يمكن ان تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة او استنادا الى نظام تحكيم ، كما يمكن اخضاع هذه الإجراءات الى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم ، اما اذ لم تنص الاتفاقية على ذلك ، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة او استنادا الى قانون او نظام تحكيم "

[3] نص المادة 37 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

جهة القضاء المختص يسمى الصيغة التنفيذية[1]، و هو ما تضمنته المادة 1051 من ق ا م ا التي نصت على : " يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر اذا اثبت من تمسك بها وجودها ، و كان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي ، و تعتبر قابلة للتنفيذ بالجزائر و بنفس الشروط ، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت احكام التحكيم في دائرة اختصاصها او محكمة محل التنفيذ اذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني " [2] ، و هو ما تطرقت اليه المادة 52 من قانون التحكيم المصري بخصوص تنفيذ احكام المحكمين في مصر بامر صادر من محكمة استئناف القاهرة حيث نصت على ما يلي : " يختص رئيس المحكمة المشار اليها في المادة 9 من هذا القانون او من يندبه من قضاتها بإصدار الامر بتنفيذ حكم المحكمين و يقدم طلب تنفيذ الحكم مرفقا به ما يلي :

- اصل الحكم او صورة موقعة منه ؛
- صورة من اتفاق التحكيم ؛
- ترجمة مصادق عليها من جهة معتمدة الى اللغة العربية لحكم التحكيم اذا لم يكن صادرا بها ؛
- صورة من المحضر الدال على إيداع الحكم وفقا للمادة 47[3] من هذا القانون " [4].

فاكتساب الحكم للصيغة التنفيذية ، يمثل اعترافا من قضاء الدولة بصلاحية الحكم التحكيمي و قابليته للتنفيذ ، حيث يعمل على تنفيذه جبرا بكافة الوسائل التي يتيحها القانون ، وفي هذا الإطار ينحصر دور القضاء في التأكد من توفر الشروط اللازمة لتنفيذه ، كعدم تعارضه مع النظام العام الدولي او مع التشريعات و النظم الداخلية للدولة محل التنفيذ ، و هذا دون

---

[1] عبد الحميد الاحدب ، مرجع سابق ، ص 117.

[2] نص المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08 .

[3] نصت المادة 47 من قانون التحكيم المصري على : " يجب على من صدر حكم التحكيم لصالحه إيداع اصل الحكم او صورة موقعة منه باللغة التي صدر بها ، او ترجمة باللغة العربية مصادق عليها من جهة معتمدة اذا كان صادر ا بلغة اجنبية ، و ذلك في قلم كتاب المحكمة المشار اليها في المادة 9 من هذا القانون "

[4] نص المادة 52 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

التدخل في موضوعه ، فلا يملك القاضي التحقق من عدالة هذه الأحكام أو صحة قضائها في الموضوع لأنه لا يعد هيئة استئنافية في هذا الصدد و لا يختص بذلك [1]، إلا أنه رغم ذلك يضل للقضاء دورا كبيرا في مراقبة أحكام التحكيم للتثبت من صحة إجراءاتها وإمكانية تنفيذها دون أن يتعارض ذلك مع احكام قطعية سابقة حول موضوع النزاع ، أو يخالف النظام العام في البلد المطلوب التنفيذ فيه [2].

كما يجيز المشرع الجزائري تدخل القاضي للنظر في الطعن المقدم في حكم التحكيم الدولي [3] ، فحكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر يقبل الطعن بالبطلان أمام القضاء الجزائري ، و هو ما يتيح للقاضي الجزائري التدخل للنظر في هذا الطعن تبعا لنص المادة 1058 التي نصت على : " يمكن ان يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه[4]، لا يقبل الامر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار اليه أعلاه أي طعن ، غير ان الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في امر التنفيذ او تخلي المحكمة ان الفصل في امر التنفيذ اذا لم يتم الفصل فيه " [5].

---

[1] احمد أبو الوفا ، مرجع سابق ، ص 173.

[2] منى محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص 101.

[3] نصت المادة 1057 على : " يرفع الاستئناف امام المجلس القضائي خلال شهر واحد 01 من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة "

[4] نصت المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08 على : " لا يجوز الامر القاضي بالاعتراف او بالتنفيذ إلا في الحالات الاتية :

اذ فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم او بناء على اتفاقية باطلة او انقضاء مدة الاتفاقية ؛

اذا كان تشكيل محكمة التحكيم او تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون ؛

اذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة اليها ؛

اذا لم يراع مبدأ الوجاهية ؛

اذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها ، او اذا وجد تناقض في الأسباب ؛

اذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي ."

[5] نص المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08.

و هذا ما يعني ان حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر لا يقبل الطعن فيه بالبطلان أمام القضاء الجزائري ، بل أمام محاكم الدولة التي صدر فيها هذا الحكم ، لهذا أجاز المشرع طعنا غير مباشر من خلال الطعن بالاستئناف في أمر رئيس المحكمة المتعلق بالاعتراف أو التنفيذ لحكم التحكيم الدولي الصادر بالجزائر ، لاي سبب من الاسباب قد يتقدم به الطرف المطلوب منه تحكيم الحكم التحكيمي .

كما نصت في هذا الشأن المادة 54 من قانون التحكيم المصري رقم 27 على : " تختص بدعوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي المحكمة المشار اليها في المادة 9 من هذا القانون ، و في غير التحكيم التجاري الدولي يكون الأختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع " [1].

من هذا يظهر ان مرافقة القضاء مهمة جدا لتفعيل عملية تسوية النزاع بواسطة التحكيم ، حيث تتم طوال جميع مراحل عملية التحكيم ، بدا بتعيين هيئة التحكيم او اثناء سير الخصومة التحكيمية من خلال اتخاذ تذابير مؤقتة قد تتطلبها هذه العملية او الحصول على الأدلة التي تساعد في تسوية النزاع و اصدار الحكم التحكيمي ، الذي يتطلب بدوره الصيغة التنفيذية التي لن تتم الا بموجب امر قضائي و هو ما يمنحه القوة الإلزامية و التنفيذ الجبري على طرفيه .

ثانيا : تدخل القضاء في الوساطة

أما بخصوص الوساطة فالقضاء يلعب دور الفاعل الأصلي والمحرك الاساسي لتحقيق العدالة المتفاوض عليها ، فضمان فاعلية الوساطة في تسوية المنازعات ، و احترام ما يترتب عنها من حلول ، يقتضي تدخلا من القضاء ، سواء في اقناع اطراف النزاع بالتفاوض و التصالح ، او بتعيين الوسيط و مساعدته في أداء مهامه ، و هذا ما يعرف بالوساطة القضائية .

[1] نص المادة 54 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

الزم المشرع الجزائري القاضي الوطني بعرض الوساطة على الخصوم في جميع القضايا ، باستثناء تلك ذات الخصوصية ، و جعله اجراء جوهريا قبل أي إجراءات أخرى ، و هذا وفق ما نصت عليه المادة 994 – 1 من ق ا م ا على النحو التالي : " يجب على القاضي عرض اجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد ، باستثناء قضايا شؤون الاسرة و القضايا العمالية و كل ما من شانه ان يمس بالنظام العام " [1]، هذا ما يؤكد سلطة القاضي الوطني في اعمال الوساطة كالية لتسوية المنازعات ، حيث يعمل على نجاح مسعاه بكل ما من شانه ان يساهم في ذلك ، و هو ما ذهب اليه المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 131 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي رقم 125[2]/95 ، التي نصت على شروط و كيفية عرض الوساطة من طرف القاضي الذي يمكن او يتولى بنفسه عملية الوساطة او تكليف شخص اخر يسمى " الوسيط " للقيام بهذه المهمة ، مع بقاءه تحت رقابة القاضي .

اما قانون الوساطة الأردني فقد منح القاضي سلطة إحالة النزاع على الوسيط ، من خلال نص المادة 03 من القانون رقم 26 لسنة 2002[3] ، التي تضمنت صلاحية القاضي في إحالة النزاع الى احد الوسطاء الذي يراقبه و يشرف عليه الى غاية انتهاء عملية الوساطة ، و نصت المادة 03 من قانون الوساطة الأردني رقم 12 لسنة 2006 على : " لقاضي إدارة الدعوى او قاضي الصلح ، و بعد الاجتماع بالخصوم ، او وكلائهم القانونيين ، إحالة النزاع بناء على طلب اطراف الدعوى ، او بعد موافقتهم ، الى قاضي الوساطة ، او الى وسيط خاص لتسوية النزاع وديا ، و في جميع الأحوال يراعي القاضي عند تسمية الوسيط اتفاق الطرفين ما امكن " .

كما يمتد دور القاضي الى تعيين الوسيط ، الذي يجب ان تتوفر فيه الاستقلالية و الحياد و الدراية بموضوع النزاع ، حسب ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 994 المذكورة أعلاه وفق ما

---

[1] نص المادة 994 –1 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08 المؤرخ في 2008/02/25.

[2] قانون رقم 125/95 مؤرخ في 1995/08/02 يتعلق بالإجراءات المدنية ، ج ر رقم 1995/177 في فرنسا .

[3] قانون رقم 26 لسنة 2002 المعدل للقانون رقم 24 لسنة 1998 في الأردن ، ج ر رقم 4547 الصادرة بتاريخ 2002/09/16.

يلي : " اذا قبل الخصوم هذا الاجراء ، يعين القاضي وسيطا لتلقي وجهة نظر كل واحد منهم و محاولة التوفيق بينهم لتمكينهم من إيجاد حل للنزاع " [1]، و هذا ما نظمه المشرع الجزائري اكثر من خلال المرسوم التنفيذي رقم 100/09[2] المتضمن كيفيات تعيين الوسيط القضائي ، من خلال توضيح الشروط اللازمة لقيامه بمهامه و مدى رقابة القاضي لعمله ، حيث يجب من بين الوسطاء المعتمدين الذين تتوفر الكفاءة و النزاهة ، و الحياد و الاستقلالية كما نصت على ذلك المادة 131-5 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي رقم 125/95 ، التي وضعت بعض الشروط التي

يجب ان تتوفر في الوسيط على غرار عدم ادانته او تعرضه لاي عقوبة كانت ، و تمتعه بالكفاءة العالية في فض النزاعات .

ان هذا لا يحد من صلاحيات القاضي اثناء سير عملية الوساطة في تسوية النزاع باستثناء سلطة الفصل في النزاع بحكم قضائي ، حيث يتمتع القاضي بسلطة ممارسة رقابته و اتخاذ التدابير اللازمة و الضرورية في أي وقت ، من خلال نص المادة 995-2 من ق ا م ا التي تنص على : " لا يترتب على الوساطة تخلي القاضي عن القضية ، و يمكنه اتخاذ أي تدبير يراه ضروريا في أي وقت " [3]، و هذا من خلال اخطار القاضي بالصعوبات التي تواجه عملية الوساطة سواء من طرف الوسيط او طرفي النزاع ، كما قد يمدد القاضي عمل الوسيط بعد موافقة طرفي النزاع [4]، او انهاء العملية اذا تبين له استحالة السير الحسن لها [5].

---

[1] نص الفقرة الثانية من المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08.

[2] مرسوم تنفيذي رقم 100/09 مؤرخ في 2009/03/10 يحدد كيفيات تعيين الوسيط القضائي ، ج ر رقم 2009/46.

[3] نص الفقرة الثانية من المادة 995 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08.

[4] نصت المادة 996 من نفس القانون على : " لا يمكن ان تتجاوز مدة الوساطة ثلاثة اشهر ، و يمكن تجديدها لنفس المدة مرة واحدة بطلب من الوسيط عند الاقتضاء بعد موافقة الخصوم "

[5] نصت المادة 1002 من نفس القانون على : " يمكن للقاضي في أي وقت انهاء الوساطة ، بطلب من الوسيط او من الخصوم ، يمكن للقاضي انهاء الوساطة تلقائيا عندما يتبين له استحالة السير الحسن لها "

في نفس السياق نصت المادة 131-4 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي رقم 125/95 على : " يمكن القاضي طرح الوساطة في أي مرحلة من الإجراءات ، كما يمكنه اتخاذ أي تدابير يراها مناسبة في أي وقت " .

يصبغ القاضي السند التنفيذي على اتفاق الوساطة اذا توج عمل الوسيط باتفاق الخصوم على انهاء النزاع ، الذي يفرغ في محضر مصادق عليه و موقع من طرفهما و هو ما لايقبل الرجوع او الطعن فيه ، و هذا ما تضمنته المادة 1004 من قانون ا م ا حيث نصت على ما يلي : " يقوم القاضي بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب امر غير قابل لاي طعن ، و يعد محضر الاتفاق سندا تنفيذيا " [1]، و هذا ما يمنح اتفاق الوساطة القوة اللازمة لتنفيذه ، و هو ما لا يتاح للوسيط الذي لا يملك سلطة الفصل في النزاع و اجبار طرفيه على الرضى و القبول بما يتم التوصل اليه من حلول للنزاع .

و هو ما اقره كذلك قانون التحكيم الفرنسي رقم 48 لسنة 2001 ، في مادته 69 بشان اتفاق الوساطة[2]، اين أتاح إمكانية لجوء الوسيط الى القاضي للمصادقة على محضر الوساطة المتضمن اتفاق الخصوم على انهاء النزاع ، و هو ما يمنحه القوة الالزامية .

ان مرافقة القضاء لعملية الوساطة هو عمل جوهري مهم جدا في منح هذه الالية الفعالية اللازمة في تسوية النزاعات ، سواء من خلال الاشراف على تعيين الوسطاء ، او ممارسة الرقابة على عملهم ، بالإضافة الى منح اتفاق الوساطة صفة السند التنفيذي الذي يلزم الأطراف باحترامه ، و الذي لا يمكن ان يتاح للوسيط او المكلف بالتسوية دون الرجوع الى القضاء ، او حتى انهاء عملية الوساطة اذا تبين للقاضي ان عمل الوسيط وصل الى طريق مسدود و ان نقاط الاختلاف بين الطرفين جوهرية .

---

[1] نص المادة 1004 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09/08.

[2] نصت المادة 69-2 مكرر من قانون التحكيم الفرنسي رقم 48 لسنة 2001 على : " يمكن للوسيط اللجوء الى القاضي المختص إقليميا لاصباغ الصفة التنفيذية على محضر الوساطة بعد اتفاق الأطراف "

ثالثا : تدخل القضاء في التوفيق

لقد كان للاتفاقيات و المعاهدات الدولية الأثر البارز في تنظيم التوفيق كالية لتسوية المنازعات ، بدا باتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار لسنة 1974 ، التي اقرت التوفيق كوسيلة بديلة يتم اللجوء اليه قبل التحكيم [1]، بالإضافة الى اتفاقية البنك الدولي بشان تسوية منازعات الاستثمار بين الدول و مواطني الدول الأخرى التي فتحت طريق التوفيق امام الأطراف قبل اللجوء الى التحكيم و نظمت ضوابطه و اجراءاته و كيفية تكوين لجانه و مجال تدخل القاضي الوطني في ذلك .

كما وضعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985 ، قواعد للتوفيق كان لها دورا بارزا في تسوية المنازعات و ساهمت الى حد كبير في انتشار هذه الالية و و تحبيذ اللجوء اليها قبل خوض عملية التحكيم ، و ذلك بالنص عليها في التشريعات الداخلية للدول و منح القاضي الوطني إمكانية الاشراف على عملية التسوية بين الخصوم .

ان إمكانية تدخل القضاء الوطني في تسوية المنازعات عن طريق التوفيق من شانه ان يساعد على إعطاء دور اكثر فاعلية لها ، خصوصا في المجال التجاري و الاستثماري الذي يتميز بالعلاقات المتشابكة و المستمرة ، التي هي بحاجة الى تسوية ودية اكثر منها قضائية او تحكيمية .

هو ما اقره المشرع الفرنسي كذلك من خلال نص المادة 21 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية 125/95 ، التي نصت على وجوب محاولة القاضي للتوفيق بين اطراف الخصومة ، سواء باشرافه او من خلال تعيين موفق ، و هذا خلال مدة لا تتجاوز 03 اشهر ، كما يستطيع القاضي التدخل في وقت بانهاء عملية التوفيق او تمديد عمل الموفق .

[1] نشرة ضمان الاستثمارات لسنة 2015 للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار المتاحة على العنوان الالكتروني : www.dhaman.net ، بتاريخ 2019/09/29.

سعى المشرع الفرنسي من خلال القانون رقم 88/16[1] المتعلق بالتوفيق و الوساطة الى منح القاضي المحلي المختص إقليميا سلطة إدارة عملية تسوية المنازعات التجارية و الاستثمارية الأجنبية عن طريق التوفيق و الوساطة اذا اتفق طرفي العقد على ذلك ، في محاولة لتفعيل التسوية الودية للمنازعات الاستثمارية قبل اللجوء الى التحكيم الدولي .

كما أجاز قانون التحكيم الأردني رقم 16 لسنة 2018 [2]للقاضي الوطني الاشراف على عملية التوفيق بين اطراف الخصومة قبل أي اجراء اخر ، حيث يعتبر مرحلة اولية و ضرورية في تسوية النزاعات ، سواء باشراف القاضي ذاته ، او باحالة النزاع الى موفق او هيئة توفيق تتميز بالحياد و الاستقلالية و يضمن مساعدتها في ذلك ، خلال مدة محددة ، يعمل فيها القاضي الموفق على تسوية النزاع قدر الامكان ، قبل لجوء الأطراف الى التحكيم او القضاء اذا فشلت عملية التوفيق بينهم .

كما اقر قانون التحكيم الاتحادي رقم 06 لسنة 2018 إمكانية تدخل القاضي الوطني المحلي لتنفيذ ما تم التوصل اليه عن طريق التوفيق بين اطراف الخصومة ، و هو ما يمنح محضر التوفيق قوة السند التنفيذي [3].

ان الغرض من منح القاضي الوطني سلطة الاشراف على التوفيق بين اطراف الخصومة هو منح الاتفاق الصبغة التنفيذية التي يحتاجها ، فقد تبين للمؤسسة القضائية بأن أسلوب العمل القضائي التقليدي لا يتيح لها الاستجابة لبعض القضايا عن كثب ، بينما تستطيع ذلك من خلال الاشراف على الاليات البديلة لتسوية المنازعات كالتوفيق و الوساطة التي تقوم بدور مساعد و توفر الحلول الاضافية ، و تهدف فعليا إلى تأمين السلام الاجتماعي وإعادة بناء الروابط والعلاقات الاجتماعية ، وهذا ما يسمى بالعدالة الودية اذ تحل الاليات البديلة مكان القانون الجاهز ، وتعمل

[1] Loi n 16/88 du 18/11/2016 relatif a la conciliation et la mediation, www.justice.fr , le 29/09/2019.

[2] قانون رقم 16 لسنة 2018 يعدل و يتمم القانون رقم 31 لسنة 2001 ، ج ر رقم 5513 بتاريخ 2018/05/02.

[3] علي ابوزيد رضوان ، دور التوفيق في تسوية المنازعات ، مقال منشور بمجلة القانون و المجتمع ، عدد 9 ، 2018.

على وضع قانون مناسب لكل حالة بمفردها ، وهو ما يجعل القضاء يقوم بدور رئيسي في تفعيل الحلول الودية ، وإن كان البعض يعتقد بأن القضاة يفقدون سلطاتهم من خلال ذلك ، و ان الحل القابل للتفاوض خارج الدعوى سينزع قواعد عملهم في القضاء.

الباب الثاني

التنظيم الإجرائي للآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

لعبت الاتفاقيات و المعاهدات الدولية في ميدان التجارة و الاستثمارات دورا هاما في خلق حركية كبيرة في العلاقات التجارية الدولية اليوم , مما ولد استثمارات متبادلة و مشتركة في كثير من الأحيان و بلغ أرقاما هائلة لم تشهدها المراحل الزمنية السابقة .

و أدى هذا التطور التجاري و الاستثماري اليوم الى نشأة العديد من النزاعات بين الدول المضيفة و المستثمرين ، مما جعل التحسب لطرق تسوية هذه النزاعات امرا لا بد منه ، نظرا لامتداد الحراك الاستثماري من جهة ، و أشكاله الجديدة المتطورة و المتعددة الجنسيات التي قد يأخذها من جهة أخرى , و هو ما استدعى البحث عن افضل و انجع السبل لخلق الطمأنينة و الاريحية لأطراف الاستثمار بعدما كشفت الأنظمة القضائية الوطنية قصورها في فك هذه النزاعات على الوجه الأمثل الذي يرضي الطرفين لما تتطلبه من فنيات متخصصة و ما يتطلبه الاستثمار من سرعة و اقتصاد للجهد و الوقت .

هو ما جعل الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار تأخذ أبعادا أخرى ، و تمتد بشكل سريع و متواصل للاختصاص بتولي هذا النوع من النزاعات ، لما توفره للأطراف من أريحية و طمأنينة ، بعيدا عن سلطان الدولة و قضائها الوطني ، مما جعل العديد من المعاهدات الدولية و عقود الاستثمار تتبناها كآليات يجب اللجوء اليها في حال وقوع أي نزاع .

اذا كان اللجوء الى الاليات البديلة يتم بتوافق الأطراف بصدد كل او بعض المنازعات الخاصة بالعقد المبرم بينهم ، فان هذا الاتفاق قد يأخذ صورة شرط في العلاقة التعاقدية او اتفاق لاحق لها يتضمن اللجوء الى أي الية كالتحكيم او الوساطة و التوفيق بصفة صريحة ، و منه يتم استبعاد القضاء الوطني تماما من النظر في تسوية النزاعات , كما قد لا تتضمن بعض عقود الاستثمار سبيل او طريق لتسوية النزاعات التي قد تنشا بين الطرفين ، و يتم الاتفاق على اللجوء الى التحكيم مثلا بعد وقوع النزاع فعلا و هو ما يعرف بمشارطة التحكيم أو الآليات البديلة .

تنص اغلب التشريعات الداخلية للدول التي تعتمد نظام الاليات البديلة لتسوية المنازعات على تنظيمها الإجرائي ، بدا بنوع الآلية التي يتم اللجوء لها ، إلى طبيعة اختيار الهيئات المكلفة

بالتسوية و حدود سلطاتها في مدة زمنية معينة تكون على الأرجح ستة أشهر ، بالإضافة إلى مدى الاعتراف بالأحكام و القرارات المنبثقة عنها و كيفيات تنفيذها .

هذا وفق قواعد محددة بناء على اتفاقيات دولية او مراكز تحكيم دائمة ، بدا باتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشان الاعتراف و تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية ، أو اتفاقية جنيف لسنة 1961 بالإضافة الى قواعد القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة بشان التحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 و 2006 و 2010 ، التي تضمنت كيفية اللجوء الى التحكيم في تسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول الأعضاء و مواطني الدول الأخرى ، كما وضعت قواعد محددة للتوفيق التجاري الدولي تضمنتها القوانين المنظمة للاستثمارات في الدول و المراكز الدولية لتسوية منازعات الاستثمار مثل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار و غرفة التجارة الدولة ، كما تضمنتها قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي .

يرتب اللجوء الى الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي بعض الاحكام و الالتزامات على أطراف النزاع ، كشروط إعادة التفاوض بحسن نية و بذل عناية في ذلك ، و وجوب المحافظة على سرية الإجراءات امام المكلف بتسوية النزاع الذي يجب ان يكون محايدا و مستقلا ، كما قد يتفق الأطراف على إحالة جزء معين فقط من النزاع على التسوية الودية عن طريق الاليات البديلة و هو ما يسمى بنطاق اللجوء ، إضافة إلى ما ترتبه هذه التسوية من اثار على طرفي النزاع سواء تم التوصل الى التسوية ام لا .

و عليه سنركز على إجراءات اهم الاليات و اكثرها انتشارا و فعالية في تسوية النزاعات الاستثمارية و التي تقع ضمن دراستنا مثل التحكيم و الوساطة و التوفيق و المفاوضات ، حيث سنتطرق إلى إجراءاتها في فصل أول ، ثم أحكام اللجوء اليها في فصل ثان .

الفصل الأول

إجراءات الآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

تسهم الآليات البديلة في تقديم الحلول المناسبة لما قد يثور من منازعات بين المستثمر و الدولة المضيفة لمشروعه الاستثماري ، لذلك فان معظم الشروط التعاقدية أو النصوص التشريعية تجعل من ولوج طريق هذه الآليات على غرار التحكيم ، الوساطة أو التوفيق امرا إلزاميا ، و خطوة أولى نحو تسوية النزاع ، و يحظر على أي طرف تخطيها أو تجاوزها و رفع الدعوى أمام القضاء ، و إلا حكم بعد قبولها ، أو وقف الفصل فيها ، إلى حين استنفاذ طرق التسوية الودية .

توجب التشريعات المنظمة للآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي على المحكمة التي ترفع إليها دعوى يوجد بخصوصها اتفاق على اللجوء إلى إحدى هذه الآليات ، أن تقضي بعدم قبول الدعوى ، أو بتأجيل الفصل فيها احتراما لذلك الاتفاق[1] ، و هذا ما يجعل الآليات البديلة تختص أولا بتسوية المنازعات الاستثمارية و تحظى بالأفضلية على القضاء الوطني في هذا الشأن ، حيث تتم مباشرة الإجراءات سواء بتقديم الطلب الكتابي او بالاتفاق بين الأطراف مباشرة ، في هذا الشأن توجب إجراءات التحكيم اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم أولا ، سواء عبر اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق ، أو تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة ، كما قد تختار هيئة التحكيم قانون التجارة الدولية ، أو خضوع النزاع للقواعد المادية ، قبل سير النزاع أمام هيئة التحكيم و صدور الحكم التحكيمي و تنفيذه ، بالإضافة إلى ما تتطلبه الوساطة و التوفيق من إجراءات معينة .

لذا سنتطرق إلى إجراءات التحكيم كبديل تقليدي في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في مبحث أول ، ثم إجراءات الوساطة كآلية بديلة في مبحث ثان ، قبل أن نتطرق إلى إجراءات التوفيق في مبحث ثالث ، و تفعيل المفاوضات كآلية بديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في مبحث رابع .

[1] في ذلك نصت المادة 33 من القانون رقم 16 لسنة 1995 المتعلق بتشجيع الاستثمار في الأردن على : " تسوى منازعات الاستثمار بين المستثمر و المؤسسات الحكومية الأردنية وديا بين طرفي النزاع ، و إذا لم تتم تسوية النزاع خلال مدة لا تزيد على 06 اشهر فلأي من الطرفين اللجوء إلى القضاء " ، كما نصت المادة 58 من القانون المصري رقم 83 لسنة 2003 المتعلق بالمناطق الاقتصادية ذات الطبيعة الخاصة على : " يكون اللجوء إلى القضاء بعد عرض النزاع على احدى هيئات التوفيق المختصة بالمركز و صدور قرارها فيه ، أو انقضاء 60 يوما من تاريخ التقرير بالاعتراض امامه دون صدور قرار "

المبحث الأول

إجراءات التحكيم كبديل تقليدي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

إن مباشرة إجراءات التحكيم تتطلب عادة قيام احد طرفي النزاع بتقديم طلبه كتابيا إلى الطرف الآخر ، حيث يحدد بموجبه موضوع النزاع الذي يرغب في عرضه على التحكيم ، كما يطلب تحديد محكمة التحكيم ، بما أن لكل طرف حرية الاختيار ، قبل أن يتفق المحكمان المختاران على اختيار المحكم الثالث ، أما إذا تعذر ذلك فتسري القواعد العامة الواردة في العقد المبرم بين الطرفين أو يتم اللجوء إلى القضاء المحلي لاختيار هيئة التحكيم .

قد تختلف إجراءات العملية التحكيمية في تسوية المنازعات الاستثمارية ، تبعا لما تم الاتفاق عليه بين الطرفين في العقد ، فإذا تم ذلك على أساس اختيار اللجوء إلى مركز دائم أو محكمة تحكيمية معينة ، فان طلب مباشرة الإجراءات يتم تقديمه أمامها ، و يتم تحديد الإجراءات من طرف هيئة التحكيم لدى المحكمة أو المركز مهما كان مصدرها ، بشرط عدم تعارضه مع إرادة الخصوم [1] و مبدأ حقوق الدفاع .

سجل الفقه اتجاها واضحا في المعاهدات الدولية لتحرير إجراءات التحكيم من النظم الوطنية ، سواء الموجودة في مقر دولة التحكيم او في أي دولة أخرى ، و منح هيئة التحكيم السلطة الواسعة في اختيار الإجراءات التي تراها ملائمة لإدارة التحكيم [2]، حيث لا تتقيد إلا بما ينص عليه اتفاق الطرفين ، أو بما تلزمه المبادئ العامة في القانون الدولي .

للتفصيل في إجراءات التحكيم سنتطرق إلى اتفاق التحكيم في المطلب الأول ، ثم القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في مطلب ثان ، ثم مراحل سير دعوى التحكيم في تسوية

---

[1] تعتبر إرادة الأطراف الفاعل الأساسي في العملية التحكيمية و التي يتم على ضوءها اختيار هيئة التحكيم و تشكيلها ، كما تضبط القانون الواجب التطبيق سواء على موضوع النزاع أو الإجراءات ، أما إذا تخلفت هذه الإرادة فستمنح المجال لتدخل أطراف أخرى مثل هيئة التحكيم أو القضاء الوطني ، تبعا لما تنص عليه العديد من القوانين المنظمة للتحكيم في تسوية المنازعات الاستثمارية الدولية أو مراكز و هيئات التحكيم الدائمة .

[2] فؤاد مُحَمَّد مُحَمَّد أبو طالب ، مرجع سابق ، ص 321.

منازعات الاستثمار الأجنبي بموجب مطلب ثالث ، قبل أن نوضح مزايا و عيوب التحكيم في مطلب رابع.

المطلب الأول : اتفاق التحكيم

حتى يتمكن أطراف النزاع من اللجوء إلى التحكيم لابد من أن يتفقوا على ذلك ، فهذا الاتفاق هو الذي ينقل الفصل في النزاع من يد القاضي إلى يد المحكم .

يعرف الدكتور احمد أبو الوفا اتفاق التحكيم بأنه "الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص ليفصلوا فيه من دون المحكمة المختصة "[1] .

أو هو ذلك العقد الذي يتفق الأطراف بمقتضاه على عرض النزاع القائم فعلاً أو النزاع الذي قد ينشأ في المستقبل بمناسبة تنفيذ عقد معين على محكم من اختيارهم "[2].

وكذلك يعرف بأنه "عقد يتفق فيه الطرفان المتعاقدان على التنازل عن مراجعة القضاء العادي و الاحتكام إلى شخص عادي أو أكثر للفصل في النزاع المحتمل أو نزاع قائم بينهما "[3].

تطرق القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي "uncitral" لاتفاق التحكيم ، حيث نصت المادة 7 منه على : " اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض ما نشا أو ما قد ينشا بينهما من نزاعات بشان علاقة قانونية محددة سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية ، و يجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل " [4]، كما تطرقت المادة 10 من قانون التحكيم المصري رقم " 27" لسنة 1994 ، لاتفاق التحكيم حيث نصت الفقرة الأولى منها على : " اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بـــعض المنازعـات التي نشات او يمكن ان تنشـا بينهما ، بمناسبـة علاقـة

[1] أحمد أبو الوفا ، مرجع سابق ، ص11.

[2] بشار مُحَمَّد الأسعد ، مرجع سابق ، ص63.

[3] محي الدين القيسي ، مرجع سابق ، ص 75.

[4] نص المادة 7-1 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 المعدل سنة 2006.

المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشا بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية "[1]

كما بينت المادة 1447 من ق ا م الفرنسي أن اتفاق التحكيم هو : "عقد يحيل بموجبه أطراف نزاع ناشئ ، هذا النزاع إلى تحكيم شخص أو عدة أشخاص " [2]، و نصت المادة 1020 من قانون المرافعات الهولندي لسنة 1986 على " يقصد بالعقد التحكيمي ، الاتفاق التحكيمي الذي يلتزم الأطراف بموجبه على إحالة نزاع ناشئ فيما بينهم على التحكيم "[3].

يبدو جليا اشتراط معظم الاتفاقيات الدولية و التشريعات الداخلية أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا ، وأن لم تحدد شكلا معينا لهذه الكتابة ، فيما إذا كانت شرطاً لازماً في عقد الاستثمار الأجنبي عند إبرامه ، أم مشارطة لاحقة على هذا الإبرام ، مما يقتضي إمكانية اعتبار مبدأ الكتابة لاتفاق التحكيم شرطا لإثباته فقط ، دون المساس بصحته ، فقد نصت المادة 2-1 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على " تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم الأطراف بمقتضاه أن يخضعوا للتحكيم ، كل ، أو بعض المنازعات التي نشأت ، أو التي يمكن أن تنشأ بينهم "[4].

كما بينت ف 2 من المادة نفسها على أن "المقصود بالاتفاق المكتوب هو شرط التحكيم المدرج في العقد ، أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف ، أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات والبرقيات المتبادلة بينهم "[5] ، مما يعني أن هذه الاتفاقية تتطلب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ، حتى تقره الدول الأعضاء وتعترف به ، أما بالنسبة لاتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 ، فقد نصت المادة 1 -2 منها على "يقصد باتفاق التحكيم ، شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم الموقع عليه الأطراف المتضمن في رسائل متبادلة بينهم ، أو

---

[1] نص المادة 10 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 .

[2] Albert colliard , op cit , p 375.

[3] Franck nicephore , op cit , p 231.

[4] نص المادة 2-1 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 .

[5] نص المادة 2-2 من نفس الاتفاقية.

برقيات ، أو تلكسات ، وفي العلاقات بين الدول التي لا تفرض قوانينها الشكل المكتوب كل اتفاق مبرم في الأشكال التي تقرها هذه القوانين "[1].

مما يستنتج منه أن الاتفاقية المذكورة أعلاه وإن تطلبت من حيث المبدأ أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ، إلا أنها لم تستلزم أن يتخذ الاتفاق شكلا معينا ، في حين اكتفت اتفاقية واشنطن لسنة 1965 بالنص في المادة 5 – 1 منها على " يكون اتفاق الأطراف على الخضوع للتحكيم لدى المركز الدولي مكتوباً "[2] من دون أن تتضمن الاتفاقية أي بيان يتعلق بشكل الكتابة المطلوبة في أتفاق التحكيم .

هو ما انتهجته بعض التشريعات التي اشترطت أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ، ولكنها اختلفت حول ما إذا كانت الكتابة شرطاً لصحة اتفاق التحكيم ، أو لمجرد الإثبات ، فقد نص قانون المرافعات المدنية الهولندي في المادة 1021 منه على أنه "يجب إثبات العقد التحكيمي كتابة...." [3]، مما يفهم معه أن المشرع الهولندي قد نص صراحة على أن الكتابة هي شرط للإثبات وليس للصحة ، وعلى النهج نفسه سار المشرع العراقي في قانون المرافعات إذ نصت المادة 252 منه على " لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة "[4].

أما فيما يخص المشرع المصري فيلاحظ أنه قد رتب على تخلف الكتابة بطلان الاتفاق ، وذلك ما قررته المادة 12 من قانون التحكيم المصري رقم 27 التي نصت على " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا "[5].

يبدو أن اشتراط كتابة اتفاق التحكيم من اجل إثباته ، وليس لشرط صحته ، هو الأقرب للصواب ، باعتبار أن اعتبار الكتابة شرطا للإثبات يعتبر أقوى من أي قرائن قانونية أخرى ، و هذا لكي لا يتعرض اتفاق التحكيم وبنوده إلى اختلاف شهادة الشهود ، على اعتبار أن المحكمين

---

[1] نص المادة 1-2 من اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 .

[2] نص المادة 5-1 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 .

[3] نص المادة 1021 من قانون المرافعات الهولندي لسنة 1986 .

[4] عبد الحميد الأحدب ، مرجع سابق ، ص 561 .

[5] نص المادة 12 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 .

هم بمثابة قضاة ، فلا يجوز أن يكون أدنى شك في طبيعة المهمة التحكيميه ، التي يجب عليهم القيام بها ، ومن ثم تحقيق الغرض المنشود من التحكيم بضمان السرعة ، والائتمان ، وتحقيق العدالة وهذا ما يتناسب مع عقود الاستثمارات الأجنبية .

إذا كان الاتفاق على التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي يتم بتوافق الأطراف على اللجوء إلى قضاء التحكيم , بصدد كل أو بعض المنازعات الخاصة بالعلاقة القانونية بينهم ، فان هذا الاتفاق يأخذ صورتان ، إما في شكل شرط التحكيم و هو الذي يرد ضمن العلاقة التعاقدية بين الطرفين ، أو في صورة اتفاق مستقل لاحق لنشأة النزاع و هذا ما يعرف بمشارطة التحكيم [1].

في هذا السياق أكدت الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1987 المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية ، إن الاتفاق على التحكيم يأخذ إما صورة الشرط ، أم المشارطة وفق المادة 3 منها : " يتم الخضوع للتحكيم بإحدى طريقتين : الأولى بإدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بين ذوي العلاقة ، و الثانية باتفاق لاحق على نشأة النزاع أي مشارطة التحكيم "

كما حدد المشرع الفرنسي شكل الاتفاق في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي حيث نصت المادة 1442 منه على : " يأخذ اتفاق التحكيم شكل شرط clause compromissoire أو مشارطة تحكيم compromis "[2].

يهدف شرط التحكيم إلى تسوية كل ما قد ينشا من نزاع بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي عن طريق التحكيم , سواء بشكل عام , أي كل أشكال النزاع , أو الاتفاق على مسائل محددة يؤول الفصل فيها إلى محكم أو عدة محكمين , و ذلك قبل نشأة أي نزاع , و هذا ما يميزه عن الصورة الثانية لاتفاق التحكيم و هي المشارطة التي تتميز بأنها إجراء لاحق , أي بعد قيام النزاع بالفعل بين الأطراف , و تتضمن الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لتسويته مع ضرورة إعداد

[1] فؤاد محمد محمد ابوطالب ، مرجع سابق ، ص 275.

[2] نص المادة 1442 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة 1995.

وثيقة المشارطة التي تتضمن موضوع النزاع بدقة و إجراءات التحكيم الأخرى ، كما نصت على ذلك المادة 10 من قانون التحكيم المصري في فقرتها الثانية على : " يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشان كل أو بعض المنازعات التي قد تنشا بين الطرفين ، و في هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليه في المادة 30[1] من هذا القانون ، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع و لو كانت قد أقيمت في شانه دعوى أمام جهة قضائية و في هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم و إلا كان الاتفاق باطلا "[2] ، حيث يعتبر القاضي غير مختصا اذا كان هناك اتفاق على اللجوء الى التحكيم .

هذا ما سنتطرق له بموجب الفرعين التاليين من خلال توضيح شرط التحكيم سواء الخاص أو العام ، و مشارطة التحكيم :

الفرع الأول : شرط التحكيم

هو ذلك البند الذي يرد ضمن عقد الاستثمار المبرم بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي و الذي يتعهد الأطراف بمقتضاه على اللجوء إلى التحكيم لتسوية ما قد يثور بينهم من نزاع مستقبلا بشان هذا العقد [3].

أو هو اتفاق بين طرفين على اللجوء للتحكيم لتسوية ما قد ينشا بينهم من نزاع بشان علاقة قانونية معينة , سواء ورد هذا الشرط في ذات العقد الأصلي أي مصدر الرابطة القانونية [4]أو ضمن ملحق و لكن قبل وقوع أي نزاع .

---

[1] نصت المادة 30-1 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على : " يرسل المدعي خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعى عليه و إلى كل واحد من المحكمين بيانا مكتوبا بدعواه يشتمل على اسمه و عنوانه و اسم المدعى عليه و عنوانه و شرح لوقائع الدعوى و تحديد للمسائل محل النزاع و طلباته و كل أمر أخر يوجب اتفاق الطرفين ذكره في البيان "

[2] نص المادة 10-2 من نفس القانون .

[3] غسان علي علي , مرجع سابق , ص 287.

[4] مصطفى مُحَمَّد الدوسكي , تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية بالوسائل الودية و القضائية , مرجع سابق , ج 2 ص 331.

عرفه المشرع الجزائري ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09 من خلال المادة 1007 على انه : " شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006[1] أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم[2]" ، و هذا ما يعني ان هذا الاتفاق هو تابع للعقد الأصلي و يندرج ضمنه في شكل بند ، يفيد على عرض أي نزاع بينهم على التحكيم للفصل فيه ، حيث يكون مكتوبا لكي تكون له القوة الإلزامية التي تجبر الأطراف على احترامه ، مثلما نصت المادة 1008 من نفس القانون على " يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية ، أو في الوثيقة التي تستند إليها , يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفيات تعيينهم[3]".

إن الغاية من ذلك هي جعل شرط التحكيم واضحا لا يكتنفه أي إبهام أو غموض , حيث يشير كتابة إلى اللجوء مباشرة إلى التحكيم ، و هذا لا يمنع من تحديد الجهة التي تتولى عملية التحكيم أو القانون الواجب التطبيق ، سواء من الناحية الإجرائية أو الموضوعية ، مع تضمينه كيفيات تشكيل هيئة التحكيم و من يرأسها و كل الإجراءات الأخرى بما فيها لغة التحكيم و مكانه و ميعاده , و هو ما جعل بعض التشريعات تعتبره مستقلا عن العقد الأصلي حتى و إن ورد ضمنه ، لما له من جانب قانوني فهو بمثابة عقد داخل عقد آخر .

مثال ذلك ما تضمنته اتفاقية الاستثمار المبرمة بين "وكالة دعم الاستثمارات" المتصرفة باسم الدولة الجزائرية و شركة "اوراسكوم تيليكوم" في 05 أوت 2001 في المادة 9-2 منها التي نصت على : " إذا استمر الخلاف يفصل فيه نهائيا عن طريق تحكيم المركز الدولي لتسوية المنازعات

---

[1] نصت المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 على : " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها ، لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم ، و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية " .

[2] نص المادة 1007 من نفس القانون .

[3] نص المادة 1008 من نفس القانون .

المتعلقة بالاستثمارات "cirdi " ، تنعقد المحكمة التحكيمية بباريس " [1]، بهذا تكون هذه الاتفاقية قد تضمنت شرط تحكيم و حددت المحكمة التحكيمية التي يؤول لها الفصل في النزاع و التي يرفع إليها طلب مباشرة التحكيم ،كما أوضحت إن مكان التحكيم هو باريس – فرنسا .

كما قد لا يتطرق شرط التحكيم إلى التفاصيل ، بل يشير على أن كل نزاع يحدث بين الطرفين يجب تسويته عن طريق التحكيم , فتحديد هذه التفاصيل ليست بشرط و يمكن الاتفاق عليها لاحقا و هذا منطقي لأنه لا محل لتعيين محكمين لنزاع لم ينشا بعد أو لم تعرف طبيعته و حدوده.

يعتبر شرط التحكيم الأكثر شيوعا في التطبيق لأنه يبرم في وقت تسوده روح الود قبل نشأة أي نزاع ، و هو يتضمن إرادة صريحة من الأطراف في اللجوء إلى التحكيم و استبعاد القضاء الوطني للدولة من النظر في المنازعات التي قد تنشا بين الطرفين و التي يؤول الفصل فيها إلى محكم أو عدة محكمين , فشرط التحكيم في كل الأحوال سابق على نشأة النزاع ، فهو وعد بالتحكيم كما لا يمنع من انه يخضع للأحكام العامة للعقود إذا لم يرد به نصا خاصا [2]، لأنه يخضع لأركان الانعقاد و شروط الصحة و تسري عليه القواعد العامة في البطلان و الفسخ و الانقضاء ، و تطبيقا لذلك يجوز التنازل عن شرط التحكيم باتفاق الطرفين الصريح أو الضمني [3].

من جهتنا يمكن أن نعرف شرط التحكيم على انه ذلك الشرط الذي يتضمنه عقد الاستثمار و الذي يجبر الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية ما قد يثور بينهم من نزاعات مستقبلا ، حيث يحيد اختصاص أي جهة اخرى كانت بالنظر في النزاع ، بما فيها القضاء الوطني لاي دولة .

---

[1] نص المادة 9-2 من اتفاقية استثمار مؤرخة في 2001/08/05 بين وكالة دعم الاستثمارات و متابعتها متصرفة باسم و لحساب الدولة الجزائرية و شركة اوراسكوم تيليكوم القابضة ، ج ر رقم 80 بتاريخ 2001/12/26.

[2] منى محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص 123.

[3] فؤاد محمد محمد ابوطالب ، مرجع سابق ، ص 289.

يمكن أن يختص شرط التحكيم بالنظر في كل المنازعات التي قد تنشا بين طرفي العقد ، و هو ما يسمى بشرط التحكيم العام , أو قد ينص الاتفاق باللجوء إلى التحكيم في حالة نزاع معين فقط أو جزء منه ، و هو ما يعرف بشرط التحكيم الخاص كما سنرى فيما يلي :

أولا : شرط التحكيم العام

هو النص الذي يقضي بتعهد الأطراف المتعاقدة بإحالة ما يحتمل أن يثور بينهم من خلافات بشان أي نقطة في المعاهدة سواء دون استثناء إلى التحكيم ، بمعنى أن قاعدة التعهد هي خضوع كل الخلافات إلى التحكيم[1].

و يقصد بشرط التحكيم العام خضوع كل الخلافات التي قد تنشا سواء بإخلال الدولة المضيفة بأحد المبادئ أو الضمانات المكفولة للمستثمر بموجب العقد المبرم بينهما , كالمساس مثلا بشرط الثبات التشريعي أو التعرض للمستثمر بنزع ملكيته أو منعه من تحويل رؤوس الأموال و العائدات مثلا , أو من طرف المستثمر الذي قد يخالف ما تضمنه العقد الأولي مع الدولة المضيفة بشان موضوع الاستثمار أو تجاوز ما يسمح به القانون له كمستثمر أجنبي في غالب الأحيان , و هو ما يؤدي إلى نزاع بينهما و بالتالي يحيل شرط التحكيم العام المتفق عليه مسبقا كل هذه النزاعات إلى التحكيم .

من أمثلة شرط التحكيم العام ما تضمنته المادة 9-3 من الاتفاقية المبرمة بين شركة "BP" و الدولة العراقية التي تضمنت ما يلي : أي خلاف ينشا عن هذه الاتفاقية ، و متعلقا بها ، يحال إلى التحكيم بناء على طلب أي من الطرفين ، وفق قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بباريس "

إن هذا الشرط قد أحال جميع النزاعات التي قد تنشا بين الأطراف إلى تسوية عن طريق التحكيم التجاري الدولي ، كما بين القواعد التي يجب إتباعها و هي قواعد المركز الدولي لتسوية

[1] فؤاد محمد محمد أبو طالب , مرجع سابق , ص 275.

منازعات الاستثمار ، بالإضافة إلى مكان التحكيم و هو باريس ، و منه فهو شرط تحكيم عام يحيل فض جميع المنازعات الناتجة عن هذه الاتفاقية إلى التحكيم .

ثانيا : شرط التحكيم الخاص

هو النص الوارد في معاهدة ، و الذي يقضي بتعهد الأطراف على إحالة ما قد يثور بينهم من نزاعات مستقبلية بشان مسالة ما أو مسائل محددة إلى التحكيم[1]، مثل المسائل المتعلقة بتفسير أو تطبيق المعاهدة , او المسائل المتعلقة بالضمانات و الحوافز الجبائية المكفولة للمستثمر أو تحويل رؤوس الأموال و العائدات المالية من و إلى دولة المستثمر .

غالبا ما يوضع شرط التحكيم الخاص مقترنا بوسائل ودية أخرى لتسوية المنازعات كالتوفيق و المفاوضات [2],كان يتضمن العقد بندا يحيل النزاع الذي قد ينشا بشان مسالة معينة إلى المفاوضات أو التوفيق أولا ، قبل اللجوء إلى تحكيم خاص إذا استمر الخلاف ، كما يمكن أن لا يمنع شرط التحكيم الخاص القضاء الوطني للدولة من النظر في بعض المسائل الأخرى من العقد فهو يختص بإحالة نزاعات معينة فقط إلى التحكيم .

تجدر الإشارة انه إذا نصت العلاقة التعاقدية على اللجوء إلى التحكيم لتسوية ما قد يثور بين أطرافها من نزاعات ، دون أن يكون هناك تنظيم لجوانب التحكيم المختلفة ، فان هذا النص يتطلب إجراء اتفاق تحكيم خاص بعد نشأة النزاع ، حيث يتم فيه تحديد موضوع النزاع و جميع الإجراءات المنظمة لتسويته [3]، أما إذا نص شرط التحكيم و تضمن جميع إجراءاته فلا توجد حاجة إلى اتفاق تحكيم خاص .

و بوجه عام لا توجد حاجة إلى اتفاق تحكيم خاص إذا أمكن استنباط ذلك من القواعد التنظيمية الأساسية من الاتفاق العام على التحكيم ، فإذا كان الاتفاق العام يعالج كل منها على

[1] احمد مخلوف ، مرجع سابق ، ص 95.

[2] إبراهيم محمد العناني ، مرجع سابق ، ص 139.

[3] عكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق ، ص 47.

حدة أو وجد نظام دائم و متكامل لمحكمة تحكيم فهذا يكفي لمباشرة الدعوى التحكيمية أمامها بإرادة احد الطرفين [1].

الفرع الثاني : مشارطة التحكيم

هي اتفاق خاص يبرمه الأطراف بعد قيام النزاع , يتم بمقتضاه تحديد موضوع النزاع و أسماء المحكمين ، و مكان و إجراءات التحكيم ، و قد يحددون كذلك القانون الذي يطبقه المحكمون[2].

قد تعقد مشارطة التحكيم تنفيذا لشرط تحكيم مسبق تم الاتفاق عليه قبل نشأة النزاع ، و بهذا تكون وثيقة مشارطة التحكيم بمثابة استكمال جميع إجراءات التحكيم و المسائل المتعلقة به من تحديد هيئة التحكيم و موضوع النزاع و غير ذلك من التفاصيل الأخرى [3].

إن مشارطة التحكيم هي اتفاقيات لاحقة على قيام نزاع قائم فعلا ، يتطرق أطرافه إلى كل جوانبه في اتفاق منفصل عن العقد الأصلي ، عكس شرط التحكيم ،كما عرفها جانب من الفقه على أنها ذلك الاتفاق الذي يستطيع بمقتضاه أطراف نزاع قائم بالفعل عرضه على محكم أو محكمين لحسمه , و سماها جانب آخر ب " وثيقة التحكيم " [4]و هي تتضمن اتفاق بين طرفين على عرض نزاع قائم بينهما على التحكيم .

بحيث تضع هذه الوثيقة قاعدة سلوكا إلزاميا للأطراف ، الذين يطبقونها و يلتزمون بما يصدر عنها من حكم بما أن العقد شريعة المتعاقدين , كما أنها تحدد اختصاص المحكم و صفته , و بالتالي كل ما لم تتضمنه هذه الوثيقة من مسائل التحكيم ، خاصة موضوع النزاع قد يؤدي إلى بطلانها و عدم صلاحيتها مثلما أجمعت على ذلك معظم قوانين التحكيم التي استندت على الأسباب التالية :

---

[1] احمد عبد الحميد عشوش , مرجع سابق ، ص 177.

[2] غسان علي علي ، مرجع سابق ، ص 309.

[3] خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 172.

[4] Albert colliard , op cit , p 123.

– عدم إثارة نزاعات فرعية أو جزئية بين الخصوم بحيث يتقيدون بموضوع النزاع الأصلي ، فتحديد الموضوع بدقة يسهم في إيجاد الحلول المباشرة و المحددة ، دون ترك المجال مفتوحا أمام هيئة التحكيم و بالتالي قد تظهر نزاعات أخرى بين الطرفين ، و هذا ما نصت عليه معظم الاتفاقيات بشان إجراءات التحكيم التجاري الدولي ؛

– بما النزاع قد وقع فعلا و يجب حسمه ، فيجب أن تتضمن مشارطة التحكيم جميع إجراءات و مسائل التحكيم بما فيها موضوع النزاع ؛ الذي يسهم في تقييد هيئة التحكيم حتى لا تقضي بغير ذلك ؛

– حسم النزاع في اقرب وقت ممكن بين الأطراف ؛

و تتضمن عادة مشارطة التحكيم كل البيانات اللازمة لمباشرة الدعوى التحكيمية مثل ما يلي [1]:

- تحديد أطراف النزاع و عنوانيهما و ممثليهما القانونيين ؛
- عدد المحكمين و تسميتهم و عنوان كل منهم ؛
- بيان العقد محل النزاع ؛
- موضوع النزاع المعروض على التحكيم ؛
- مكان إجراء التحكيم و لغته بما يتوافق مع إرادة الأطراف ؛
- القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم و موضوع النزاع و سلطة هيئته وفقا لقواعد العدالة ؛
- سلطة هيئة التحكيم في إصدار الأوامر الوقتية و الإجراءات التحفظية ؛
- ميعاد التحكيم و بدا سريانه ؛
- توقيع الأطراف أو ممثليهم مع ذكر صفتهم و مصدرها ؛

[1] مصطفى مُحَّد الدوسكي , مرجع سابق , ص 353.

تعتبر مشارطة التحكيم بمثابة بيان في حد ذاته ، يهدف إلى فض هذا النزاع عن طريق التحكيم بين الأطراف على أساس النزاع القائم فعلا بينهم , يتضمن جميع الإجراءات الواجب إتباعها في التحكيم ، و معلومات طرفي النزاع ، لكي يتسنى لهيئة التحكيم المخولة مباشرة عملية التحكيم و إصدار الحكم الذي يتبناه جميع الأطراف بل هم مجبرون على احترامه و تطبيقه .

المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم

يعتبر القانون الواجب التطبيق" Applicable law " مجموعة القواعد التي تكون بمثابة البنية القانونية الإجرائية لقرار المحكم الدولي في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي ، فهي التي تنظم سير الإجراءات في تسوية النزاع .

إن اتفاق أطراف العلاقة التعاقدية على إدراج شرط التحكيم في العقد المبرم بينهم ، أو بموجب اتفاق مستقل ، يؤدي حتما إلى تداعي الإجراءات الواجب إتباعها عند نشأة النزاع ، بعد تقديم طلب تفعيل الشرط التحكيمي ، و هذا ما يتم وفق قواعد قانونية معينة ، يتم الاتفاق عليها من قبل الأطراف أو اختيارها من قبل هيئة التحكيم ، سواء بتطبيق قانون الدولة مقر التحكيم أو قانون الدولة المضيفة ، أو ما يكون اقرب إلى موضوع النزاع .

الواقع أن مسالة القانون الواجب التطبيق هي من أهم المسائل التي تواجه التحكيم التجاري الدولي ، لارتباطها بالعديد من الاعتبارات ، بما أن استقلال شرط التحكيم يمنح الأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق ، و هي من إحدى الرواسخ في فلسفة التحكيم التجاري الدولي ، مثلما نصت على ذلك المادة 7 من الاتفاقية الأوروبية الموقعة بجنيف لسنة 1961 :" الأطراف لهم الحرية في تحديد القانون الذي يجب أن يطبقه المحكمون على موضوع النزاع " [1]، غير أن مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق كثيرا ما يتراجع ، عندما يكون النزاع المطروح منبثق عن احد العقود النموذجية الدولية التي يحكمها قانون وطني أو قواعد عرفية حقيقية ، أو قواعد ذات طابع مهني ، تبعا لاختلاف أو خصوصية موضوع الاستثمار ، أو أن تخضع المنازعات

[1] نص المادة 7 من اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 .

التي تتعلق بهذه العقود للقواعد التي تحددها لوائح و هيئات و مراكز التحكيم الدائمة التي يتعين على الخصوم في بعض الأحيان اللجوء إليها لفض النزاع [1].

في هذا نظمت التشريعات[2] و القوانين المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي قواعد و ضوابط تساعد في تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات الاستثمارية ، سواء باختيار قانون مقر التحكيم ، أو قانون الدولة التي ابرم فيها العقد ، فيما ربط المشرع الجزائري بموجب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08 صحة اتفاق التحكيم بخضوعه إما لقانون إرادة الأطراف ، أو القانون الذي يكون الأقرب إلى موضوع النزاع أو ما يختاره المحكم ، فيما تركت تشريعات أخرى[3] الأمر لاجتهاد المحكم لوضع حل ملائم باعتبار أن مراحل سير النزاع قد تختلف ، أما لوائح و مراكز التحكيم الدولية فاستقرت على أن القانون الواجب التطبيق هو الذي يعينه الطرفان صراحة أو ضمنا أو القانون الذي تقرره هيئة التحكيم .

تشترك ضوابط اختيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي ، في كونها مستمدة من الاتفاقيات و المعاهدات الدولية ، أو ما تنص عليه مراكز التحكيم الدولية الدائمة ، بالاعتماد على ما نصت عليه اتفاقية واشنطن لسنة 1965 أو القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي uncitral لسنة 1985 ، التي أسهمت في وضع اطر اختيار القانون الواجب التطبيق ، سواء على الإجراءات المتبعة ، أو موضوع النزاع في حد ذاته ، استنادا على رادة الأطراف أو هيئة التحكيم .

من جهة أخرى يجب مراعاة التوافق في اختيار القانون الواجب التطبيق مع النظام الدولي بمفهومه في الدولة التي سينفذ فيها القرار التحكيمي ، هو ما لم تغفله اتفاقية نيويورك لسنة 1958

---

[1] ابوزيد رضوان ، مرجع سابق ، ص 84.

[2] في ذلك : نصت المادة 1040 -3 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 على ما يلي : تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها أما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره ، أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما .

- كذلك نص قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 في مادته 21.

[3] في ذلك : قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 في مادته 62.

التي أقرت أن قرار المحكم الصادر لا يمكن الاعتراف به أو تنفيذه إذا أوضحت السلطات المختصة في دولة التنفيذ انه سيتعارض مع النظام العام فيها ، و منه يتعين على المحكم أن يحترم النظام العام " الدولي " لدولة التنفيذ .

كل هذه الجوانب و أخرى وجب مراعاتها في اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، سواء من قبل الأطراف ، أو هيئة التحكيم ، لهذا سنتطرق من خلال الفرعين التاليين للقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في فرع أول ، ثم القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من خلال فرع ثان .

الفرع الأول : القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم

يتمثل القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في مجموعة القواعد الإجرائية التي تحكم عملية فض النزاع ابتداء من تشكيل هيئة التحكيم إلى سير إجراءات الخصومة أمام هيئة التحكيم [1]، و صدور الحكم التحكيمي و تنفيذه ، و التي تسهم في حل النزاع بشكل سليم و متوازن يلقى الرضا لدى أطراف النزاع ، إذا ما تم اختيارها بشكل صحيح.

كثيرا ما يثار التساؤل حول القانون أو القواعد التي تحكم هذه الإجراءات ، لا سيما تلك الواجب إتباعها من قبل المحكم أو هيئة التحكيم بعد تشكيلها ، و موقف إرادة الطرفين منها و مدى ارتباطها بقانون الدولة مقر التحكيم ، بالإضافة إلى ضمانات و حقوق الدفاع ، فضلا عن ما يثار بخصوص حالات التحكيم الحر أو التحكيم الخاص "ad hoc" و التحكيم لدى مراكز و هيئات التحكيم الدائمة وفقا للوائحها ، باعتبارها من المسائل الجوهرية ، و بمثابة القاعدة التي تنظم هذه العملية و تضمن شرعيتها بصدور حكم قابل للاعتراف و التنفيذ[2]، فقد يتفق الأطراف على الأسس الإجرائية المتبعة في نظام التحكيم بالاستناد إلى قواعد قانونية معينة ، بناء على مبدأ

[1] شيرزاد حميد هروري ، منازعات الاستثمار بين القضاء و التحكيم ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية – مصر ، 2018 ، ص 183.

[2] ماهر مُحَمَّد صالح عبد الفتاح ، اتفاق و حكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، 2004 ، ص 181.

سلطان الإرادة ، باعتبار أن التحكيم قضاء اتفاقيا يقيمه طرفا النزاع باتفاق بينهما ، فهي ضابط الإسناد الأصيل في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية [1]، فيما يترك لهيئة التحكيم المسائل الإجرائية الأخرى التي توفر ضوابط أخرى للوصول إلى القانون الواجب التطبيق إذا اختلفت إرادة الأطراف ،كما سنرى فيما يلي :

أولا : اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق

باعتبار أن التحكيم هو آلية لفض منازعات الاستثمار تقوم على أساس اتفاق الأطراف ، فمن الطبيعي أن يكون لأطراف النزاع دورا كذلك في اختيار القانون الذي ينظمها [2].

هذا ما استقر عليه الفقه ، حيث يرى أنصار النظرية الشخصية أن العقد الدولي هو العقد الذي يتصل بأكثر من نظام قانوني واحد ، سواء في إبرامه أو تسوية منازعاته ، و بالتالي هو يفلت من أي تنظيم قانوني ، و قد اخرج أنصار هذه النظرية العقود الدولية من دائرة التنازع ، فهي عقود تخرج عن تنازع القوانين و تزاحمها ، و لا تخضع على هذا النحو لغير سلطان الإرادة [3]، و ليس هناك ما يمنع من اختيار قانون دولة معينة ، بعيدا عن قاعدة تنازع القوانين ، حيث تندمج أحكام القانون المختار من قبل الأطراف و تعامل مثل الشروط التعاقدية ، أو عن طريق الإحالة إلى نصوصه ، التي يجبر المحكمون تطبيقها مباشرة وفقا لاختيار الإرادة [4].

كرست مختلف التشريعات ، بالإضافة إلى لوائح هيئات و مراكز التحكيم الدائمة خضوع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة كأولوية أولى ، و أن للأطراف كامل الحرية في اختيار القانون الذي يرونه مناسبا ، سواء بوضع تنظيم خاص بهم أي استخدام ما يسمى بإجراءات التحكيم العائمة ، بموجب لوائح التحكيم الدولية ، أو إتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون وطني

---

[1] غسان علي علي ، مرجع سابق ، ص 355.

[2] George peter , arbitration and the courts , article published on the arbitrator journal , Paris 2 university , vol 73 n 7 , 2002 p 231.

[3] ليندا جابر ، مرجع سابق ، ص 26.

[4] صفوت عبد الحفيظ ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية – مصر ، 2005 ، ص 126.

معين[1]، بصفة صريحة و واضحة ، فقد يتفق الأطراف صراحة على إخضاع موضوع النزاع إلى قانون دولة معينة ، مع مراعاة القواعد الآمرة ، و منه قد تتوافق حرية اختيار القانون الملائم الذي يتفق مع رغباتهم مع اختيار القانون الأنسب لحسم النزاع و إنهائه ، و هو مبدأ نافذ و لا قيد عليه ، حيث تركت معظم التشريعات الحرية للمتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد من حيث الإجراءات في علاقة عقدية بها عنصر أجنبي ، بما أن شرط التحكيم التجاري الدولي أصبح شرطا تقليديا في هذه العقود .

أخذت معظم الاتفاقيات و المعاهدات الدولية بهذا المبدأ بدا باتفاقية لاهاي لسنة 1955 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم ذات الصفة الدولية ، التي نصت على أن التحكيم يخضع للقانون الذي عينه طرفا العقد ، بالإضافة إلى اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 التي أقرت في مادتها 4[3] على حرية أطراف اتفاق التحكيم في تحديد قواعد الإجراءات التي يتعين على المحكمين إتباعها ، و هو ما تضمنته كذلك اتفاقية واشنطن لسنة 1965 التي تضمنت في مادتها 44 مبدأ حرية طرفا العقد في إخضاع إجراءات التحكيم للقانون الذي يختارانه ما لم يتفقا على خلاف ذلك ، اذ قد يحيلا ذلك الى هيئة تحكيم دولية او مركز تسوية المنازعات ، نظرا لاختلافهما في اختيار القانون الواجب التطبيق ، فالدولة المضيفة للاستثمار قد ترى في اختيار قانون غير قانونها الوطني مساسا بسيادتها ، فيما يعمل المستثمر الاجنبي على اختيار قانون جنسيته او قانون مركز التحكيم .

كما نصت على ذلك اتفاقية روما لسنة1980[4] المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ، حيث أكدت أن مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق تتم عبر آلية

---

[1] Mireille taok , op cit , p 25.

[2] نصت على ذلك المادة 2-1 من اتفاقية لاهاي لسنة 1955.

[3] نصت المادة 4-3 من اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 على " تتحدد قواعد الإجراءات التي يتبعها المحكمون بناء على حرية أطراف اتفاق التحكيم "

[4] نصت على ذلك المادة 3-1 من اتفاقية روما لسنة 1980 حيث تضمنت ما يلي " يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الأطراف "

الاختيار الإرادي المطلق للأطراف ، و هو ما سار عليه كذلك القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي بتاريخ 12 جوان 1985 الذي أشار في مادته 19 [1]على حرية الطرفين في الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها ، فيما كرس المشرع الجزائري هذا المبدأ حيث اقر بحرية إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق من خلال نصوص المواد المنظمة له[2]في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09 ، و هو ما انتهجه المشرع المصري كذلك في قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994[3] في مادته 25 حيث اقر مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات ، و هو ما سار عليه كذلك قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في المادة 1/1494 التي نصت على :

" la convention d'arbitrage peut directement ou par référence a un règlement d'arbitrage , régler la procédure a suivre dans l'instance arbitrale ; elle peut de procédure qu' elle détermine aussi soumettre celle-ci a la loi"[4] ، ما يعني تكريس مبدأ سلطان الإرادة سواء بوضع قواعد إجرائية مباشرة لسير العملية التحكيمية او بالاستناد إلى أي من أنظمة التحكيم ، أو من خلال قانون وطني [5].

كما اتخذ قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 الموقف نفسه ، فقد نصت المادة 24 منه على حرية طرفي التحكيم في الاتفاق على الإجراءات التي تخضع لها عملية التحكيم .

---

[1] نصت المادة 19 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي الصادر بتاريخ 1985/06/12 على : " تخضع إجراءات التحكيم لإرادة الأطراف ، و يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها لدى سير عملية التحكيم ".

[2] نصت على ذلك المواد من 1040 إلى 1050 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 و التي جعلت إرادة الأطراف في المرتبة الأولى لتطبيق ما يريدونه ثم بعد ذلك يمكن اللجوء الى القانون الملائم لطبيعة النزاع او ما يختاره المحكم .

[3] نصت المادة 25 من القانون المصري رقم 27 المتعلق بالتحكيم على ما يلي " لأطراف 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 العربية أو خارجها ، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة "

[4] Robert fouchard , op cit .

[5] محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 188.

من خلال كل هذا يتبين استبعاد إمكانية إعمال قواعد تنازع القوانين ، خصوصا إذا ما تضمن العقد الاستثماري أو اتفاق التحكيم إحالة صريحة إلى قانون ما ، مما يؤكد أن القاعدة الأصلية في اختيار القانون الواجب التطبيق هي إرادة الأطراف ، و حرية واسعة في اللجوء إلى القانون المناسب سواء في التحكيم الاتفاقي أو المؤسسي [1].

ثانيا : تطبيق القانون الوطني للدولة مقر التحكيم

إذا تخلفت إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق و لم يحصل اتفاق على ما يجب إتباعه ، فان هذا يؤدي إلى منح هيئة التحكيم سلطة اختيار الإجراءات الواجبة التطبيق على خصومة التحكيم ، و هو الاختيار الذي يكون اقرب إلى طبيعة النزاع ، كما انه يستند إلى أسس سليمة مستقاة من الأعراف الاستثمارية الدولية و المبادئ العامة التي تحكم قواعد التحكيم التجاري الدولي ، حيث يلجا المحكم إلى التركيز الموضوعي للنزاع حتى يتم الكشف عن القواعد الأكثر ملائمة للتطبيق عليه ، تبعا لقاعدة الإسناد العامة ، التي تفيد في خضوع الدعوى و إجراءاتها لقانون الدولة التي تتخذ الإجراءات على إقليمها ، في حال تخلف إرادة الأطراف عن تحديده ، و هذا لا يستبعد الصفة الاختيارية للتحكيم [2]، بما أن اختيار الأطراف لدولة ما كمقر للتحكيم ينطوي على قبول تطبيق قانونها الخاص على إجراءاته .

يرى أنصار النظرية الموضوعية أن إرادة الأطراف لا تبرز في اختيار قانون معين للتطبيق على إجراءات التحكيم ، بل أن وظيفة الإرادة هي تركيز عملية التحكيم في مكان محدد ، و ذلك وفقا للعناصر الواقعية المرتبطة به ارتباطا وثيقا ، ذلك أن الإرادة المتعاقدة ليست بواقعة مادية ، لأنها لا تشغل مركزا في مكان معين [3]، فدورها يكمن في تحديد العنصر الذي يكون له في ذهن الأطراف الأهمية المؤثرة في تحقيق الاقتصاديات ، و هنا يأتي دور المحكم ليستنتج القانون الواجب التطبيق و الذي يكون قانون مكان التحكيم .

---

[1] احمد عبد الحميد عشوش ، مرجع سابق ، ص 84.

[2] احمد كوجان ، مرجع سابق ، ص 56 .

[3] صفوت عبد الحفيظ ، مرجع سابق ، ص 149.

في هذا الشأن يرى الفقيه " sauser hall " أن طبيعة نظام التحكيم تحد من الاستقلال المطلق أو الكامل لإرادة الأطراف في اختيار القواعد التي تحكم إجراءات سير النزاع أمام هيئة التحكيم ، و ترجح الكفة لتطبيق قانون مكان التحكيم ، وفقا لما يسميه بنظرية المؤشرات "théorie des indices" ، إذ يرى انه إذا كان أطراف الخصومة قد اختاروا قانونا وطنيا ليحكم إجراءات النزاع ، فان ذلك يعني بالضرورة اختيار دولة هذا القانون مكانا لإجراء التحكيم و من ثم سريان قانونها على إجراءات التحكيم حتى يخضع " مجموع التحكيم " لقانون واحد ، أما إذا كان الاختيار ينصب فقط على مكان التحكيم ، فهذا يعني بالضرورة اختصاص دولة مكان التحكيم لتطبيق قانونها على إجراءات سير النزاع [1].

كما يقول الأستاذ " fouchard " بما أن التحكيم يتأسس على مبدأ الرضا ، فيتعين على أطراف النزاع عند وضع عقد التحكيم الخاص ، الاتفاق حول القواعد التي تنظم التحكيم ، و في حالة غياب مثل هذا الاتفاق ، فان المحكمة التحكيمية تقوم باستخلاص هذه القواعد من النية المشتركة للأطراف ، و عندما تعجز المحكمة عن استخلاص تلك النية المشتركة للأطراف ، فلا مجال من تطبيق القواعد العامة في القانون الدولي الخاص ، و التي تقضي بخضوع المسائل الإجرائية لقانون محل الفصل في النزاع ، أي انه على محكمة التحكيم أن تتبع و تحترم الإجراءات المقررة في الدولة التي تعقد فيها جلساتها "[2].

في هذا السياق ، نصت اتفاقية نيويورك لسنة 1958[3] على وجوب تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم في حال تخلف قانون الإرادة الصريحة للأطراف ، و هو ما قد يكون قانون الإرادة الضمنية إذ انه ليس نادرا ما يحدث من اختيار الخصوم لقانون الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم ليحكم المسائل الإجرائية ، رغم اختيارهم لقانون آخر ليحكم موضوع النزاع ، بالإضافة

[1] ابوزيد رضوان ، مرجع سابق ، ص 77.

[2] Robert fouchard , op cit , p 130.

[3] نصت المادة 5-1 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على ما يلي : " لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم إلا إذا كانت الإجراءات قد تمت وفقا لقانون الإرادة ، أو وفقا لقانون المكان الذي يجري فيه التحكيم عند تخلفها "

إلى اتفاقية جنيف لسنة 1961 الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي في أوربا ، التي نصت المادة 2 منها على :

La procédure d'arbitrage , y compris la constitution du tribunal arbitral est " du pays sur le territoire duquel réglée par la volonté des parties et par la loi [1] "l'arbitrage a lieu

هذا ما كرسته معظم التشريعات المنظمة للتحكيم و منحت لهيئة التحكيم اختيار الإجراءات الواجبة التطبيق إذا لم يتفق الأطراف على ذلك ، منها قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994[2] الذي أجاز للمحكم اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في حال غياب اتفاق الأطراف ، بالإضافة إلى قانون التحكيم الفرنسي لسنة 1996 الذي نص في مادته 1511 على " يطبق المحكم على النزاع القواعد القانونية التي اختارها الفرقاء ، و في حالة غيابها يطبق القواعد التي يراها ملائمة " [3].

من أمثلة ذلك ، الحكم الذي أصدره المحكم " lagergen " التابع لمركز التحكيم التجاري الدولي ب " كوبنهاقن " ، بتاريخ 10 أكتوبر 1973 ، في النزاع بين الحكومة الليبية و شركة "b.p" البريطانية بسبب تأميم أصول الشركة الاستثمارية في ليبيا ، أين كانت الشركة البريطانية تملك عقدا استثماريا في قطاع المحروقات بليبيا ، حيث نشا نزاعا بين الطرفين و انتهى إلى اللجوء إلى مركز التحكيم المذكور وفقا لما تم الاتفاق عليه بين الطرفين ، أين انتهى المحكم إلى تطبيق القانون الدنماركي على إجراءات التحكيم باعتباره قانون دولة مركز التحكيم [4]، و هو بذلك يحقق ميزة تيسير تنفيذ حكم التحكيم الصادر في النزاع ، و منح المحكمة حرية واسعة طبقا لهذا القانون في تنظيم إجراءات التحكيم .

---

[1] نص المادة 02 من اتفاقية جنيف لسنة 1961 .

[2] نصت المادة 25 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على " اذا لم يوجد اتفاق ، كان لهيئة التحكيم ان تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة "

[3] نص المادة 1511 من قانون التحكيم الفرنسي رقم 131 لسنة 1996 .

[4] خالد كمال عكاشة ، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار ، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية و الأجنبية و الاتفاقيات الدولية و خصوصية مركز واشنطن ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان الأردن ، 2014 ص 248.

ثالثا : اختيار المحكم لقانون التجارة الدولية

إذا لم ينص اتفاق التحكيم على القانون الواجب التطبيق على الإجراءات ، سواء كان شرطا أم مشارطه ، و لم يتفق أطرافه على ذلك ، بأي صيغة كانت و سواء صراحة أو ضمنا ، نظرا لاختلاف أطرافه أو لعدة اعتبارات أخرى ، على غرار رفض الدولة المضيفة للاستثمار الخضوع لأي قانون إجرائي آخر ، باعتبار أن ذلك مساس بسيادتها ، و رفض المستثمر الأجنبي من جهته تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة على إجراءات التحكيم ، فان المحكم قد يضطر إلى الرجوع إلى ما تقضي به الأعراف و العادات التجارية الدولية في هذا المجال ، و هو ما يعرف بقواعد التجارة الدولية أو " lex mercatoria " [1]، لأنها المناسبة لما تقتضيه الممارسات التجارية و الاستثمارية الدولية ، و الشروط العامة للعقود النموذجية ، فهي تشكل قانونا جديدا ينأى عن القوانين الوطنية ، و يعبر عن واقع مهني مرتبط بمجتمع التجارة و المتعاملين بهذه العقود.

في هذا ، اخذ الفقه الحديث بهذا المبدأ و انتقد الاحتكام إلى قواعد القانون الدولي الخاص في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم ، و حجته في ذلك أن هذه القواعد تقوم على أساس الاستعانة بالقانون الوطني في التصرفات القانونية ، و هي صالحة لذلك بيد أنها لا تصلح لتحديد ذلك القانون فيما يتعلق بالتحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي و المنازعات الناشئة عنه ، و لذلك باعتبار أن طرفا العقد يتمثلان في دولة و عنصر أجنبي ، بالإضافة إلى انه ينظم وسيلة تسوية المنازعات المتعلقة بنزاع استثماري ذو أهمية اقتصادية عالمية تتجاوز الحدود الوطنية للدولة ، و عليه يتعين إخضاع النزاع لقواعد فوق الوطنية و لا يمكن حصرها في نطاق إقليمي محدد يخضع للقانون الوطني ، فيقول الفقيه " lessoiren " أن قواعد التجارة الدولية

[1] تعود ظاهرة قواعد قانون التجارة الدولية إلى القرون الوسطى في أوربا حيث أطلقت عليها معظم الدراسات الغربية مصطلح lex mercatoria ، و حرص التجار من مجتمعات تجارة الأسواق على الالتزام في معاملاتهم بما جرت عليه عاداتهم ، وفقا لعادات الشعوب الرومانية القديمة التي كانت تحكم علاقاتها مع الأجانب في التجارة الدولية تبعا لهذه القواعد ، أما الظاهرة الحديثة لهذه القواعد فقد بدأت في أوائل القرن العشرين و التي تمثلت في ظهور قواعد عبر دولية يصنعها تدريجيا المتعاملون في المبادلات الاقتصادية الدولية لصالحهم ، و بوجه خاص في إطار منظماتهم المهنية ، و هي القواعد التي تأخذ صورة الأعراف التجارية الدولية و المبادئ العامة التي يستقر عليها التحكيم الاقتصادي الدولي ....للتفصيل أكثر انظر : نادر محمد إبراهيم ، مركز القواعد عبر الدولية ، منشاة المعارف ، الطبعة الثانية ، الإسكندرية – مصر ، 2000 ، ص 123.

تشكل المصدر الأساسي للمحكم مما ينبغي إسناد العقد الدولي إليها ، فهي تشكل نظاما قانونيا له صفة الإلزام [1]، و هو ما دعمه الفقيه " derains" الذي يشير إلى : " إن أعراف و عادات التجارة الدولية تعتبر بمثابة نظام قانوني مختص يمكن أن يسند إليه العقد أسوة بإسناده إلى نظام قانوني وطني سواء بسواء " [2].

اعتبر الاتجاه الغالب لتطبيق قواعد lex mercatoria على إجراءات التحكيم أنها تتمتع بالصفة القانونية ، فهي تشكل نظاما قانونيا مستقلا و قائما بذاته عابر للحدود و يتسم بالتنظيم و الانسجام تخضع له المعاملات التجارية الدولية ، فضلا على أن هيئات التحكيم تلتزم بتطبيق هذه القواعد دون حاجة لاتفاق الأطراف عليها ، نظرا لأنها تتمتع بالركن الوضعي و لا تنتمي إلى مجتمع يتصف بكونه دولة ، بالإضافة إلى كونها قواعد عامة و مجردة و تتمتع بالجزاء من طبيعة خاصة [3]، بما يتناسب مع مجتمع التجارة الدولية ،كما أن اعتبارها قواعد مكملة لا يمثل عيبا .

هو ما اتجهت إليه اغلب الاتفاقيات الدولية و القواعد المنظمة للتحكيم التجاري الدولي ، باعتبار ان قواعد التجارة الدولية هي أعراف متفق عليها تشكل قواعد احتياطية لاختيار القانون واجب التطبيق ، حيث نصت في ذلك المادة 4/28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على : في جميع الأحوال تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد و تأخذ في اعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المنطبقة على المعاملة "[4] ،كما أكدت بدورها المادة 38 من اتفاقية جنيف الأوروبية لسنة 1961 على : " في جميع الأحوال يتعين على المحكمين مراعاة شروط العقد و عادات التجارة " [5].

---

[1] Robert fouchard , op cit , p 131.

[2] محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 122.

[3] نادر محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 237.

[4] نص المادة 28-4 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة لسنة 1985 .

[5] نص المادة 38 من اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 .

في هذا نصت المادة 1050 من ق ا م ا الجزائري على : " ...و في غياب الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها مناسبة " ، هو ما نجده في المادة 1511من ق م الفرنسي التي نصت على :

« il tient compte , dans tous les cas , usage du commerce »

في إشارة إلى ضرورة احترام هيئة التحكيم للأعراف التجارية المستمدة من قواعد التجارة الدولية للفصل في النزاع ، كما نصت المادة 3/39 من قانون التحكيم المصري رقم 27 على : " يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في النزاع شروط العقد محل النزاع و الأعراف التجارية في نوع المعاملة "[1]

يبقى للهيئة التحكيمية حسب الاتجاه الحالي و الغالب أن تعتبر أن عقود الاستثمار هي عقودا دولية و غير مركزة حكما على إقليم دولة ، رغم إبرامها بين الدولة و المستثمر الأجنبي ، حيث انه بمجرد اتفاق تحكيم دولي يجعلها عقودا دولية ، و يكون من أثاره تجنيب النزاع الاستثماري الخضوع إلى أي قانون وطني ، و يحق للمحكم أن يحدد القواعد القانونية التي تطبق على إجراءات سير العملية التحكيمية ، بما له من حرية في الاختيار للقواعد الملائمة ، و التي تكون قواعد التجارة الدولية .

الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

إن مسالة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لا تقل أهمية عن تحديد القانون المطبق على الإجراءات ، و ليس واجبا على الأطراف تحديد قانون موحد ليحكم الإجراءات و الموضوع في آن واحد ، بل قد يختلف القانون الذي يحكم موضوع النزاع عن ذلك الذي يحكم مسائل الإجراءات [2]، لما له من أهمية في منازعات العقود الاستثمارية الدولية ، خصوصا في تكملة بنودها .

[1] نص المادة 39-3 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 .

[2] محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 200.

تتفق اغلب التشريعات و لوائح هيئات التحكيم و المعاهدات و الاتفاقيات الدولية في تطبيق القانون الذي يتفق عليه الأطراف بشان موضوع النزاع الذي يتم تسويته عن طريق التحكيم [1]، و بالتالي فإرادة الأطراف تلعب دورا هاما في ذلك بما أنها أساس العقد ، ذلك أن اتفاق التحكيم شانه شان سائر العقود ، حيث يجب إسناده إلى قانون معين يحكم شروط انعقاده و صحته و نفاذه ، و يهيئ له السبل لإجبار المتعاقدين على احترام ما يتولد عنه من التزامات .

يحدد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع حقوق و التزامات الأطراف بموجب القواعد المنصوص عليها سواء في عقد الاستثمار الأصلي أو في غيره من المصادر اللاحقة الأخرى المتصلة بالعقد [2]، فالأصل في هذه القواعد المتفق عليها مسبقا ضبط أسباب النزاع ووضع الأطر المناسبة لتسويته مع تحديد الالتزامات المترتبة على أطرافه الذين قد يعدلون ما سكت عنه العقد سواء بإرادتهم أو من طرف المحكم [3].

تحرص اغلب الدول الاستثمارية الكبرى على تحرير عقودها من أحكام القوانين الوطنية للدول المضيفة للاستثمارات ، و ترغب في إخضاعها إلى قوانين خاصة من صنع الأطراف ، نابعة من اتفاقيات و معاهدات دولية ، أو إلى اتفاقيات ثنائية في تسوية النزاعات بما أن هذه الأخيرة لا تثير أي مشكل باستنادها على إرادة الأطراف ، حيث لا تجيز للمحكم استبدالها بأي قانون آخر إلا إذا كان هناك تعارض أو مساس بالنظام العام [4]، هذا و ونجد أن اغلب العقود الدولية واجهت صعوبات في تطبيق قواعد القانون الدولي ، سواء خلال التعاقد ، أو في إطار تسوية النزاعات ،

[1] احمد عبد الكريم سلامة ، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، القاهرة 2008 ، ص 60.

[2] شيرزاد حميد هروري ، منازعات الاستثمار بين القضاء و التحكيم ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية – مصر ، 2018 ، ص 183.

[3] احمد كوجان ، مرجع سابق ، ص 58.

[4] ليندا جابر ، مرجع سابق ، ص 63.

لان أطرافها يميلون إلى ما يخدم مصالحهم ، مما يؤدي إلى عدم التوازن من الناحية التنظيمية لهذه العقود [1]

في هذا السياق سنتطرق إلى خضوع موضوع النزاع لمبدأ سلطان الإرادة أولا ، ثم خضوع موضوع النزاع لأحكام القانون الأكثر علاقة به ثانيا ، قبل أن نستعرض خضوع موضوع النزاع لقواعد العدالة و الإنصاف كما يلي :

أولا : خضوع موضوع النزاع لمبدأ سلطان الإرادة

يذهب الاتجاه الغالب في الفقه إلى الأخذ بقانون الإرادة المستقلة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في اتفاق التحكيم ، إذ لا بد لكل اتفاق في أي علاقة تعاقدية من قانون تحكيمي يحدد شروطه [2]، و يرتبط بنظام قانوني معين يمده بقوته الملزمة و ينظم وجوده و صحته و آثاره و مصيره ، و من ثم فان قواعد القانون الدولي الخاص هي التي تطبق على اتفاق التحكيم ، و بالتطبيق لهذه القواعد فان القانون المختار من قبل الأطراف أنفسهم هو الذي يحكم موضوع النزاع ، و قد عرفت هذه الفكرة بمبدأ سلطان الإرادة .

قد يتفق الأطراف على وضع قواعد و تنظيم معين لتسوية النزاع باعتبارهم الأقدر على الإلمام بجميع جوانبه و أسبابه ، و بالتالي هم من يسعون إلى إيجاد حلول متوازنة و سريعة ، كما أن اختلاف هذه الإرادة وارد مع ما تتضمنه بعض القوانين و التشريعات الداخلية المرشحة للتطبيق على نزاعهم ، و منه قد يضطرون للمزج بين عدة مصادر داخلية و خارجية أو من عادات و أعراف تتعلق بموضوع النزاع ، كما يمكن إحالته إلى قواعد و شروط تتضمن وثيقة أو عقدا معين [3]، و هذا ما سارت عليه العديد من الاتفاقيات و المعاهدات الدولية بشان مبدأ تنفيذ اختصاص قانون الإرادة في حكم كل ما يتعلق باتفاق التحكيم ، أيا كانت صورته شرطا أم مشارطه [4]،

---

[1] جابر فهمي عمران ، الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية (حمايتها – تسوية منازعاتها) دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية – مصر ، 2013 ، ص 47.

[2] Mostefa trari tani , op cit , p 23.

[3] محمود مختار بريري ، مرجع سابق ، ص 129.

[4] Judge dr khaled k. okashah , the role of arbitration in conflicts settlement of investment contracts , thacafah edition , Amman Jordan 2014 p 224.

حيث حددت "اتفاقية نيويورك لسنة 1958[1] الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية و تنفيذها" القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بقاعدة إسناد أصلية و هي تطبيق قانون الإرادة ، أي القانون الذي تخضع له سائر العقود ذات الطابع الدولي ، و نفس الأمر بالنسبة لاتفاقية جنيف الأوروبية لسنة 1961[2] التي جاءت بنصوص صريحة في ذلك على أن الفصل يكون طبقا للقانون الذي اتفق عليه الأطراف ، حيث نصت المادة 07 منها على " للأطراف الحرية في تحديد القانون الذي ينبغي على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع " ، كما عززت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965 هذا المبدأ [3]، بحرية إرادة الأطراف في إخضاع موضوع النزاع للقانون الذي يختارونه .

بدورها أقرت اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع حيث نصت المادة 1/03 منها على ما يلي :

« le contrat est régi par la loi choisie par les parties , le choix et exprès ou résulte de façon certaine des disposition du contrat ou des circonstance de la cause – par ce choix , les parties peuvent designer la loi a la totalité ou une partie de leur contrat »[4]

مما يتيح للأطراف حرية اختيار القانون الوطني حتى و إن كان لا يتعلق بانتماء الأطراف ، كما يمكن تجزئة العقد ليخضع كل جزء منه لقانون معين ، بالإضافة إلى اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار **CIRDI"** التي تضمنت مبدأ حرية الإرادة باعتباره احد المبادئ

[1] نصت المادة 5-1 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على " لا يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم و تنفيذه إلا إذا قدم الخصم المتمسك ضده بالحكم الدليل على ان اتفاق التحكيم غير صحيح وفقا للقانون الذي اخضع أطراف الاتفاق له ، أو عن عدم النص على ذلك وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم "

[2] نصت المادة 6 من اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي سنة 1961 على " تفصل محاكم الدول المتعاقدة في وجود او صلاحية اتفاقية تحكيم طبقا للقانون الذي اخضع له الأطراف اتفاق التحكيم "

[3] نصت المادة 42-1 من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965 على " تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية المتفق عليها بين الأطراف "

[4] Règlement de l'union européen n 593/2008 , www.eur-lex.europa.eu ; le 25/09/2019.

الأساسية التي تحكم القانون الواجب التطبيق[1] سواء على الإجراءات او موضوع النزاع ، فهي تعطي الأطراف سلطة تحديد القواعد القانونية التي تطبق على الفصل في النزاع ، كما كرسه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 في المادة 1/28 منه التي نصت على : " تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع ، و أي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على انه إشارة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة و ليس إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين ، ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك "[2] ، مما يتضح من هذا القانون انه يمنح للأطراف حرية اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وفق القواعد الموضوعية ، كما أن ذلك لا يعني تطبيق قواعد التنازع آو على سبيل الإحالة ، و هو ما أخذت به معاهدة عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987 [3] حيث أقرت على أن هيئة النزاع تفصل وفقا للقانون الذي اتفق عليه الطرفان ، و بذلك أخذت قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية السارية منذ 1998[4]، و مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي[5] .

من جانبه اقر المشرع الجزائري بإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، حيث جاء في المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09 ما يلي [6]: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف ، و في غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة " ، و الواضح أن المشرع منح إرادة الأطراف الأولوية في تطبيق القانون الذي يرونه مناسبا على موضوع النزاع ، و في

[1] نصت المادة 42-1 من الاتفاقية على ما يلي : " المحكمة تفصل في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي اتفق عليها الأطراف "

[2] نص المادة 28-1 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 .

[3] نصت المادة 21-1 من معاهدة عمان العربية للتحكيم التجاري على " تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين و أحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان "

[4] نصت المادة 17-1 من قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية لسنة 1998 على أن " للأطراف حرية الاتفاق على القواعد القانونية الواجب على المحكم تطبيقها على موضوع النزاع "

[5] نصت المادة 33-1 من قواعد التحكيم لدى المركز على ما يلي : " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القانون الذي يعينه الطرفان "

[6] قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09 المؤرخ في 25-02-2008.

غياب ذلك أجاز الفصل بناءا على ما تراه محكمة التحكيم مناسبا سواء من القواعد القانونية الأقرب لموضوع النزاع أو الأعراف المعمول بها في هذا المجال ، كما أجاز المشرع المصري في المادة 39[1]من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 ، حرية أطراف النزاع في اختيار القانون الواجب التطبيق عليه ، دون قيود أو شروط معينة لذلك ، شانه شان قانون المرافعات الفرنسي الذي أكد على تولي المحكم الفصل في النزاع طبق لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف [2].

في نفس السياق نصت المادة 1/1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على :

" L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies"[3]

بما يعني ان المشرع الفرنسي فرض على الأطراف تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع مسبقا ، سواء باختيارهم لقانون وطني معين ، أو قانون أجنبي آخر ، و هذا تطبيقا لحرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق بشكل مسبق ، أو عدم ترك المجال للهيئة التحكيمية لتطبيق قانون آخر .

بهذا نجد أن اغلب المعاهدات و الاتفاقيات الدولية ، بالإضافة إلى التشريعات الداخلية للدول و قواعد التحكيم المعروفة لدى مراكز و هيئات التحكيم الدولة الدائمة ، تعترف بحرية الأطراف في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، سواء كان هذا بصدد شرط تحكيم أو مشارطة تحكيم ، إذ يمكن اختيار قانون وطني معين سواء كان القانون الموضوعي ، أو قواعد تنازع القوانين ، كما يمكن اختيار المبادئ العامة للقانون أو العادات التجارية و هو ما يعرف ب"lex mercatoria " ، كما أنها تلزم المحكمين بتطبيقه إلا إذا كان هناك تعارض مع النظام العام ، و هذا ما يعتبر مبدأ أساسيا و قاعدة إسناد أصلية .

---

[1] نصت المادة 39 – 1 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على : " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان ، و إذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ، ما لم يتفق على غير ذلك "

[2] نصت المادة 1477-1 من قانون المرافعات الفرنسي على " يتولى المحكم حل النزاع طبقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف "

[3] نص المادة 1496-1 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي رقم 95-125 .

ثانيا : خضوع موضوع النزاع لأحكام القانون الأكثر علاقة به

يتمتع المحكم أو هيئة التحكيم بسلطة تقديرية واسعة في اختيار القانون المتصل بموضوع النزاع ، أو الأقرب إلى جوانبه و الذي ينص على قواعد توفر حلولا متوازنة للأطراف ، في حالة عدم اتفاقهم على القانون الواجب التطبيق و اختلافهم بشان قواعد قانونية معينة منصوص عليها ، إذ يقوم المحكم بالإشارة إلى أطراف النزاع بالقانون الأقرب لتسوية النزاع و الأكثر صلة بموضوعه ، و يتم اختياره و تطبيق قواعده .

تشير القاعدة العامة للعقود الدولية إلى انه في حال لم يعين الأطراف القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، سواء بشكل صريح أو ضمني ، فانه يترتب على المحكم تحديد القانون الواجب الأعمال من خلال إعماله لقواعد تنازع القوانين [1]، إلا أن احدث الاتجاهات التي ظهرت في تحديد القانون الواجب التطبيق ، تعتمد على إسناد موضوع النزاع للقانون الأكثر صلة من خلال نظرية الأداء المميز ، و ذلك في حال غياب إرادة الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق .

هناك من يرى أن نظام التحكيم هو نظام تقاضي طليق لا يرتبط بدولة معينة ، و هو ما قد يعرقل فعاليته ، كما أن اختلاف طبيعته عن العقود الدولية تجعل من الصعب إخضاعه لمبدأ قانون الإرادة ، نظرا لاختلاف كل منهما [2]، فالتحكيم و إن كان جوهره اتفاق إلا انه يمر بإجراء و ينتهي بقضاء ، فهو نظام مختلط من عناصر تعاقدية و قضائية ، و منه لا بد من تلافي ذلك من ربطه بنظام قانوني ينطلق منه ، و هذا النظام يجب أن يكون الأقرب إلى موضوع النزاع ليحقق النجاعة و الفعالية في حل النزاع .

نصت اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965 ، على أن القانون الأكثر علاقة بموضوع النزاع هو قانون الدولة المتعاقدة إذا كانت طرفا في الخصومة ، أو قانون الدولة مقر التحكيم إذا كان الأطراف أجنبيان ، و بالتالي على هيئة التحكيم أن تلجا لهما إذا

[1] ليندا جابر ، مرجع سابق ، ص 182.

[2] منى محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص 8.

تخلفت إرادة الأطراف في اختيار قواعد القانون الواجب التطبيق[1] ، كما استند القضاء التحكيمي على نفس المبدأ و هو أن قانون الدولة هو الأقرب و الأجدر بالتطبيق على موضوع النزاع ، فأصدرت محكمة التحكيم في هولندا قرارها في قضية الحكومة البلجيكية و شركة negarawa" اليابانية سنة 1998 بالاستناد إلى قواعد قانون التحكيم الهولندي بما انه قانون الدولة مقر التحكيم [2].

أشار المشرع الجزائري لذلك في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09 كما سبق و أن تطرقنا ، و نصت المادة 1050 منه السابق ذكرها على تطبيق محكمة التحكيم للقانون الذي تراه ملائما إذا لم يتم الاتفاق بين الأطراف على خلاف ذلك ، كما أكد المشرع المصري في قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 على اختيار القانون الأكثر اتصالا بموضوع النزاع ، في حالة عدم اتفاق الأطراف على قواعد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، حيث تقوم هيئة التحكيم أو المحكم بتطبيق قواعد موضوعية من القانون الأكثر اتصالا بالنزاع [3]، لكن مع مراعاة ملائمته للدعوى ، و هذا ما يأخذ به الفقه الحديث ، حيث يذهب البعض إلى الأخذ بقواعد التنازع ثم تحيل الهيئة التحكيمية إلى القانون الموضوعي الملائم ، فيما يذهب البعض الآخر إلى الأخذ مباشرة بالقانون الموضوعي وفق ما اعتمده المشرع المصري [4].

أما قانون التحكيم الاسباني لسنة 1988 [5]فقد ربط حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق بعلاقته بموضوع النزاع ، بحيث على الأطراف أن يختاروا القانون الأكثر علاقة بموضوع النزاع و بالتالي لم يترك هذه الحرية مطلقة بل قيدها ، إلا انه ليس هناك ما يمنع تطبيق

---

[1] نصت المادة 42 من الاتفاقية على " تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية المتفق عليها بين الأطراف ، و إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع و قواعد القانون الدولي التي تقبل التطبيق .

[2] Franck Nicéphore yougone , op cit , p 117.

[3] نصت المادة 39-2 من نفس القانون على : " إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع ، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى انه الأكثر اتصالا بالنزاع ".

[4] محمد نعيم علوه ، مرجع سابق ، ص 102.

[5] نصت المادة 62 من قانون التحكيم الاسباني لسنة 1988 على " على أن يقضي المحكمون طبقا للقانون الذي عينته الأطراف صراحة ، بشرط أن تربطه صلة بالتعامل الأصلي أو بموضوع النزاع و إلا طبقا للقانون واجب التطبيق على التعامل الذي أثار النزاع و أخيرا تطبيق القانون الأكثر ملائمة "

قانون الإرادة إذا كان القانون مرتبطا بموضوع النزاع ، بالإضافة إلى نص المادة رقم 2/1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي رقم 125/95 التي تضمنت ما يلي [1]:

« …a default d'un tel choix , conformément a celles qu'il estime appropriées , il tient compte , dans tous les cas des usages du commerce »

هو ما يعني أن المشرع الفرنسي منح للمحكم سلطة اختيار القانون الذي تكون له صلة بموضوع النزاع ، من خلال النظر في اتفاق التحكيم بين الأطراف لاستخلاص القانون الأكثر صلة بموضوع النزاع ، أو من خلال التركيز الموضوعي على النزاع ليتبين القانون الأكثر ارتباطا و الذي يمكن بالتالي تطبيقه على موضوع النزاع ، كما أشار قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 إلى أن هيئة التحكيم تطبق القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى انه الأكثر اتصالا بالنزاع إذا لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك[2] .

بهذا نجد أن هناك من الاتفاقيات الخاصة بالتحكيم ، أو التشريعات الداخلية للدول التي نظمت ضوابط اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الاستثماري ، بعد تخلف إرادة الأطراف في تطبيق قواعد القانون الأكثر اتصالا بموضوع النزاع ، بمنح هيئة التحكيم هذه السلطة في التوصل إلى القانون الذي يجب تطبيقه ، حتى أن هناك من قيد حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الموضوع النزاع ، و هذا بضرورة اللجوء إلى قواعد القانون الأقرب إلى موضوع النزاع ليكون قانون الإرادة .

ثالثا : خضوع موضوع النزاع لقواعد العدالة و الإنصاف

اتجهت بعض التشريعات المنظمة للتحكيم ، سواء الداخلية منها أو الاتفاقيات و المعاهدات الدولية على منح هيئة التحكيم الحرية في اختيار أي نصوص أو قواعد قانونية ، و أيا كان مصدرها لحسم النزاع الذي يعرض عليها ، و التي ترى في تطبيقها تحقيق العدالة و إرضاء وجدانها

[1] نص المادة 1496-2 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي رقم 95-125 .

[2] خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 234.

و تقديم الحلول المتوازنة للنزاع التحكيمي [1]، إذا ابتعد أطراف النزاع عن اختيار أي قانون وطني أو قواعد قانونية ، أو الاستناد إلى أي من مراكز و هيئات التحكيم الدائمة .

لكن تبقى هذه الحرية الممنوحة لهيئة التحكيم او المحكم مقيدة و غير مطلقة ، فهي مربوطة بإرادة الأطراف و مدى اتفاقهم على القانون الواجب التطبيق ، كما لا يمكنها أن تهدر المبادئ الأساسية للعدالة ، و الغاية منها هو تحقيق العدل و الإنصاف الذي تعوقه النصوص القانونية ، فهذه الأخيرة قد تكون قاسية أحيانا على احد الطرفين على عكس ما يضمنه الحل المنصف الذي يتأتى بعد دراسة جميع جوانب النزاع و أسبابه الرئيسية .

هو ما أكدت عليه اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965 ، حيث عالجت بشكل مباشر و مفصل مسالة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، و منحت هيئة التحكيم سلطة الفصل بالاعتماد على قواعد العدالة و الإنصاف إذا غابت إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق ، كما أخذت بهذا المبدأ كذلك المادة 3/17 من قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية التي نصت على ما يلي : " للمحكمة التحكيمية الفصل في النزاع كمفوض بالصلح في الحالة التي يخولها الأطراف مثل هذه السلطات " ، فيما أكدت اتفاقية عمان العربية لسنة 1987 للتحكيم التجاري على منح هيئة النزاع الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة التي يستخلصها المحكم من أي مصدر كان على غرار قانون الدولة الطرف في النزاع ، أو القانون الوطني لدولة المستثمر الأجنبي ، و هو نفس ما نصت عليه المادة 4/39 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 التي نصت على : " يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح ، أن تفصل في موضوع النزاع بمقتضى قواعد العدالة و الإنصاف دون التقيد بأحكام القانون " [2]، بمعنى انه إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة أو ضمنا على تفويض المحكم بالصلح بينهما ، يلجا المحكم إلى تطبيق هذه القواعد للفصل في النزاع بحلول متوازنة و عادلة بين الأطراف .

[1] شيرزاد حميد هروري ، مرجع سابق ، ص 187.

[2] نص المادة 39-4 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 .

أما القانون الهولندي للتحكيم لسنة 1996[1] فقد أكد على ضرورة مراعاة قواعد العدالة و الإنصاف حتى في القانون الذي يختاره الطرفان ، فهو ينظر لهذا المبدأ أكثر من شيء آخر ، لان الحكم التحكيمي يجب أن يكون متوازنا و عادلا و هو ما يهم أكثر من القواعد القانونية المتبعة في تسوية النزاع .

فيما عالج المشرع المصري[2] هذا الأمر من جانب آخر ، و أجاز لجوء هيئة التحكيم إلى الصلح في موضوع النزاع لتسويته و لكن باتفاق الطرفين و قبل صدور الحكم التحكيمي .

يتضح أن هناك من التشريعات من اعتبرت خضوع النزاع التحكيمي لقواعد العدالة و الإنصاف و هي بذلك تنظر للحكم الصادر و مدى توازنه أكثر من أي شيء آخر ، فيما اعتبرت بعض هيئات التحكيم الدائمة هذا المبدأ كقاعدة احتياطية وجب اللجوء لها بعد تخلف إرادة الأطراف ، حيث يتعين على هيئة التحكيم الفصل وفق الحل المتوازن و غير المجحف لكلا الطرفين بما أنها لا تتقيد بأي قانون بل يبحث عن ذلك في أي قواعد ملائمة مع مراعاة القواعد الآمرة و النظام العام لضمان تنفيذ الحكم التحكيمي .

المطلب الثالث : مراحل سير دعوى التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

تتطلب مباشرة إجراءات التحكيم قيام المدعي بإعلان رغبته في تفعيل التحكيم إلى الطرف الأخر و هيئة التحكيم إذا تم تعيينها مسبقا ، من خلال تصرف إرادي يمثل العجلة التي تحرك كافة إجراءات التحكيم إلى غاية صدور حكمه [3]، فبمجرد توجيه احد الأطراف طلبا كتابيا إلى الطرف الآخر يحدد فيه موضوع النزاع و يدعوه من خلاله إلى تحديد محكمة التحكيم ، تبدأ إجراءات عملية التحكيم .

---

[1] نصت المادة 92 من قانون التحكيم الهولندي على " يتوجب على الأطراف اختيار قواعد القانون الذي يحقق العدالة و الإنصاف بينهما "

[2] نصت المادة 39-4 من قانون التحكيم المصري على : " يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها في الصلح ان تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة و الإنصاف دون التقيد بأحكام القانون "

[3] فؤاد محمد ابوطالب ، مرجع سابق ، ص 358.

بعدما يقوم كل طرف بتسمية محكمة من اختياره خلال فترة محددة ، يتفق المحكمان حول شخص المحكم الثالث ، أما إذا تعذر ذلك فيتم الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في العقد ، التي قد تختلف من عقد إلى آخر ، و قد تنص على تفاصيل فرعية أخرى لمباشرة إجراءات التحكيم و ضبطها بدقة .

اهتمت مراكز و لوائح التحكيم بتحديد وقت بدا الإجراءات ، حيث نصت في ذلك المادة 03-01 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي "uncitral" على : " تبدأ إجراءات التحكيم من تاريخ استلام المدعى عليه طلب التحكيم من المدعي " [1]، كما نصت المادة 03 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية "icc" على : " على الطرف الراغب في اللجوء إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية أن يوجه طلبه إلى أمانة الهيئة بواسطة اللجنة الوطنية ، أو مباشرة ، و في هذه الحالة تبلغ الأمانة الطلب إلى اللجنة الوطنية المعنية ، و في جميع الأحوال يعتبر تلقي أمانة الهيئة الطلب تاريخا لبدا إجراءات التحكيم "[2]، فيما نصت المادة 02 من نظام هيئة التحكيم الأمريكية " AAA" على وجوب إخطارها كتابيا من الطرف الراغب في اللجوء إلى التحكيم في الهيئة ، كما يتم إخطار خصمه ، و يعتبر تاريخ تلقي الهيئة هذا الطلب بدا سريان عملية التحكيم [3]، بالإضافة إلى اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار "icsid" التي أشارت في المادة 36 منها على أن الطرف المتقدم للتحكيم أمام المركز ، سواء كان دولة متعاقدة أم فردا أم شركة تنتمي بجنسيتها إلى دولة متعاقدة أخرى ، أن يقدم طلبا بهذا المعنى إلى السكرتير العام للمركز ، و يجب أن يكون هذا الطلب كتابيا ، و الذي يقوم بدوره بإرسال نسخة من الطلب إلى المدعى عليه ، و ذلك ما لم يثبت أن المعلومات التي تضمنها الطلب تلقى بالنزاع خارج دائرة اختصاص المركز [4].

أما بخصوص قوانين التحكيم الداخلية ، فقد نص قانون التحكيم المصري رقم 27 في مادته 27 على انه يمكن أن تسري إجراءات التحكيم ابتداء من اتفاق الأطراف ، و إذا تخلف ذلك ،

---

[1] نص المادة 03-01 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي uncitral لسنة 1985 .

[2] غسان علي علي ، مرجع سابق ، ص 379.

[3] إبراهيم العناني ، مرجع سابق ، ص 223.

[4] خالد مُحَمَّد القاضي ، موسوعة التحكيم التجاري الدولي ، دار الشروق للنشر و التوزيع ، ط 1 ، القاهرة ، 2002 ، ص 215.

فان إجراءات التحكيم تبدأ من اليوم الذي يتسلم فيه المدعي طلب التحكيم ، لأنه يعتبر وقت اتصال الخصومة بعلم الخصم ، كما قد تقوم محكمة التحكيم بالبدء في إجراءات التحكيم بنفسها عندما يقوم المحكم خلال 30 يوما على الأكثر من قبوله للتحكيم بإعلام الخصوم بتاريخ أول جلسة للنظر في النزاع [1].

تقتضي دراسة إجراءات التحكيم البحث في تشكيل هيئة التحكيم في فرع أول ، ثم إجراءات التقاضي أمام هيئة التحكيم من خلال فرع ثان ، قبل صدور الحكم التحكيمي و تنفيذه في فرع ثالث .

الفرع الأول : تشكيل هيئة التحكيم

إن الطبيعة الرضائية لنظام التحكيم تمنح لأطرافه المساهمة الفعالة في تشكيل هيئة التحكيم ، سواء من خلال العقد الذي يربط الطرفين و الذي ينص على شرط تحكيم ، أو بواسطة مشارطة تحكيم بعد نشأة النزاع ، فبما أن أطراف النزاع هم من يتفقون على اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع و الإجراءات ، فمن الطبيعي أن يشرفوا على تشكيل هيئة التحكيم .

إن الغالب في تشكيل هيئة التحكيم وفق قوانين الاستثمار و الاتفاقيات الدولية هو اختيار كل طرف لمحكم ، فيما يقوم المحكمان المختاران بالاتفاق على اختيار المحكم الثالث [2]، و ذلك ابتداء من تاريخ إخطار احد الطرفين للطرف الآخر بموضوع النزاع ، و دعوته إلى عرضه على التحكيم و تعيين محكمة ، كما تحدد الاتفاقيات و عقود الاستثمار عموما حدا أقصى لذلك ، حيث يترتب على انقضائها إناطة الاختصاص بتعيينه إلى جهة قضائية أخرى ، التي قد تكون محكمة وطنية أو أجنبية ، كما قد تكون هيئة قضائية دولية ، مثلما نصت على ذلك المادة 1041 من قانون ا م ا رقم 08-09 الجزائري على : " يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى

[1] خالد محمد القاضي ، مرجع سابق ، ص 216.

[2] في ذلك تنص المادة 15 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على : " تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر ، فإذا لم يتفقا على العدد المحكمين كان العدد ثلاثة ، إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا و إلا كان التحكيم باطلا "

نظام التحكيم ، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم أو استبدالهم ، في غياب التعيين و في حالة صعوبة تعيين المحكمين أو استبدالهم أو عزلهم يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي :

- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم ، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر ؛
- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر ، إذا كان التحكيم يجري في الخارج و اختار الطرفان تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر " [1] .

فيما نصت المادة 17 من قانون التحكيم المصري رقم 27 على : " لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين ، و على كيفية و وقت اختيارهم ، فإذا لم يتفقا اتبع ما يلي :

- إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولت المحكمة المشار إليها في المادة 09 من هذا القانون اختياره بناء على طلب احد الطرفين [2]؛
- اذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكما ، ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث ، فإذا لم يعين احد الطرفين محكمه خلال ثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر ، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلا الثلاثين يوما التالية لتاريخ تعيين آخرهما ، تولت المحكمة المشار إليها في المادة 09 من هذا القانون اختياره بناء على طلب احد الطرفين ، و يكون للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان أو الذي اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم ، و تسري هذه الأحكام في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين ؛

[1] نص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 .

[2] تنص المادة 09 على : " يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا ، سواء جرى في مصر أو في الخارج ، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على محكمة استئناف أخرى في مصر ، و تظل المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص وفقا للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم " .

- إذا خالف احد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها أو لم يتفق المحكمان المعينان على أمر مما يلزم اتفاقهما عليه ، أو إذا تخلف الغير عن أداء ما عهد به إليه في هذا الشأن ، تولت المحكمة المشار إليها في المادة 09 من هذا القانون ، بناء على طلب احد الطرفين ، القيام بالإجراء أو العمل المطلوب ، ما لم ينص في الاتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل ؛
- تراعي المحكمة في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها هذا القانون ، و تلك التي اتفق عليها الطرفان ، و تصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة ، و مع عدم الإخلال بأحكام المادتين 18[1] و 19 من هذا القانون ، لا يقبل هذا القرار الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن "[2]

كما قد تتضمن بعض عقود الاستثمار و القوانين المقارنة في تشكيل هيئة التحكيم إحالة إلى قواعد خاصة ببعض محاكم التحكيم ، مثل قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية ، أو قواعد التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، و هو ما يجعل هيئة التحكيم تتشكل وفقا لهذه القواعد .

يحتل المحكم الثالث مكانة هامة في هيئة التحكيم ، نظرا لدوره الرئيسي و الفعال الذي يضطلع به في حسم النزاع ، لأنه يكون الطرف المرجح في حالة اختلاف و تباين و جهات النظر بين المحكمين المعينين من قبل الأطراف ، فهما يختلفان في الغالب لاختلاف المصالح التي يمثلانها [3]، و لذا ينبغي أن تتوفر فيه ضمانات الحياد و العدالة و رجحان الفكر ، و هذا ما يدعم الشعور بالثقة و الاطمئنان نحو شخصيته ، و نحو الحكم الذي يصدر عنه ، و لكي لا يكون هذا المحكم مصدر إضرار بمصلحة احد طرفي النزاع دون الآخر ، فانه يتعين توخي الدقة الشديدة في اختياره .

---

[1] تنص المادة 18 من نفس القانون على : " لا يجوز رد المحكم إلا إذا ظروف تثير شكوكا جدية حول حيدته و استقلاله ، و لا يجوز لأي من طرفي التحكيم رد المحكم الذي عينه او اشترك في تعيينه إلا لسبب تبينه بعد هذا التعيين "

[2] نص المادة 17 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 .

[3] فؤاد محمد محمد ابوطالب ، مرجع سابق ، ص 366.

لذا فالقاعدة العامة في تشكيل هيئة التحكيم تستند على اختيار كل طرف لمحكم ، ثم اتفاق المحكمين المختارين على اختيار المحكم الثالث خلال مدة محددة ، و إلا فلأحد الطرفين اللجوء إلى جهة قضائية لتعيينه ، حتى لا تتعطل إجراءات العملية التحكيمية و منه إطالة أمد النزاع ، كما نصت على ذلك مختلف القوانين المقارنة في إجراءات التحكيم ، كما يهم أن يكون عدد المحكمين وترا للترجيح إذا اختلف أعضاء هيئة التحكيم على الحكم الصادر في النزاع .

الفرع الثاني : إجراءات التقاضي أمام هيئة التحكيم

ينبغي أن يتناول اتفاق أو شرط التحكيم بالتنظيم ، سواء كان ذلك تلقائيا ، أو بالإحالة إلى نظام قائم ، قواعد سير المرافعات و ميعاد تقديم المستندات و سماع الشهود و الخبراء و الإنابة في الحضور ، بالإضافة إلى تنحي المحكمين و انقطاع سير الخصومة و تسبيب القرار[1]، و غير ذلك من الإجراءات التي تنظم تداول هيئة التحكيم قبل فصلها في النزاع و صدور الحكم التحكيمي.

نظرا لخصوصية التحكيم التجاري الدولي في تنظيمه و سير إجراءاته ، فان له إجراءات خاصة كذلك في عرض النزاع ، عن طريق الدعوى التحكيمية التي تعتبر الوسيلة القانونية التي يعرض بها النزاع على المحكمين بواسطة محرر مكتوب يحرره طالب التحكيم ، يسمح بسير و مباشرة إجراءات الدعوى التحكيمية امام هيئة التحكيم ، التي تفتح المجال للمرافعة ، و هو ما يسمح للأطراف بإبداء ادعاءاتهم و طلباتهم الأدلة الثبوتية الممكنة التي تساعد هيئة التحكيم في التثبت من هذه الادعاءات ، في المهلة المحددة لذلك حسب الشروط المنصوص عليها في القواعد المتبعة ، قبل فسح المجال لهيئة التحكيم للتداول ، و اصدار حكمها في النزاع .

تكفل معظم التشريعات الدولية او الوطنية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي احترام الضمانات القانونية الكافية للأطراف اثناء سير الدعوى التحكيمية ، وفق مبدأ المساواة بينهم و احترام حقوق الدفاع و المواجهة التي تكفل الشفافية و النزاهة أمام هيئة التحكيم و توفر الأريحية للأطراف ، و هو ما سنتطرق له من خلال ما يلي :

[1] فؤاد محمد محمد ابوطالب ، مرجع سابق ، ص 362.

أولا : ضمانات التقاضي

هي القواعد المكفولة في خصومة التحكيم بموجب أنظمة و لوائح التحكيم المستمدة من التشريعات و الاتفاقيات الدولية ، بدا باحترام مبدأ المساواة بين الأطراف سواء في عرض دعواهما أو من حيث إثارة الدفاع و حقوقه ، و تقديم الأدلة الثبوتية لكلا الطرفين ، بالإضافة إلى مبدأ الوجاهية ، الذي يجعل الطرفين على كف المساواة من خلال مواجهتهما أمام هيئة التحكيم و هو ما سنفصل فيه كالتالي :

1- مبدأ المساواة بين الأطراف

يضمن هذا المبدأ منح فرص متكافئة و متساوية لكل طرف من أطراف الخصومة التحكيمية لعرض دعواه و تحقيق دفاعه ، حيث يتوجب على المحكم أو هيئة التحكيم معاملة الأطراف على قدم المساواة ، و أن تمنح لكل طرف الفرصة الكاملة لعرض قضيته .

كرست المادة 18 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي مبدأ المساواة في المعاملة بين الطرفين ، حيث نصت على : " يجب أن يعامل الطرفان على قدم المساواة و أن تهيأ لكل منهما الفرصة الكاملة لعرض قضيته "[1] ، هو ما يرتب الالتزام على هيئة التحكيم في سماع الطرفين على قدم المساواة ، من بدا إجراءات التحكيم ، سواء بتقديم الدفوع و البيانات او طلب الإجراءات التحفظية او خلال المرافعات ، و عن طريق جميع الطلبات التي يقدمها الأطراف او يستطيعان تقديمها لهيئة التحكيم ، وفق ما تضمنته كذلك المادة 26 من قانون التحكيم المصري رقم 27 كالتالي : " يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة و تهيأ لكل منهما فرصة متكافئة و كاملة لعرض دعواه "[2]

بهذا يتبين أن مبدأ المساواة معترف به دوليا و يتوجب على هيئة التحكيم احترامه و تطبيقه بالموازاة مع سير إجراءات التحكيم ، لضمان الحرية الكاملة التي تكفل تقديم الأدلة و الدفوع و

[1] نص المادة 18 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985.

[2] نص المادة 26 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

المستندات ، أو شرح وجهات النظر ، فلا يجوز لأي طرف من الأطراف أن يقوم بإجراء يمس بمبدأ المساواة أمام المحكم من شانه أن يؤثر على قرار هيئة التحكيم[1] ، أو يؤدي لإبطال حكم التحكيم

2- ضمان حقوق الدفاع

ترتبط حقوق الدفاع ارتباطا وثيقا بمبدأ المساواة بين الأطراف الذي يسري على جميع الضمانات المكفولة لأطراف خصومة التحكيم ، التي تستند على إتاحة الفرص المتكافئة للدفاع على قدم المساواة ، حتى لا يتم الإخلال بحق الدفاع .

يتمثل حق الدفاع في منح الفرص المتكافئة لأطراف الخصومة حتى يقدموا أمام هيئة التحكيم ما لديهم من أقوال و أدلة ، أو الاستنجاد بشهادة الشهود و تبادل اللوائح فيما بينهم ، و تدعيم ذلك بتقارير الخبراء ، و هذا ما يضمن حياد المحكم و يجنب حكم التحكيم للإبطال .

هو ما كرسه قانون التحكيم المصري رقم 27 من خلال منح اطراف الخصومة فرصا لتعديل الطلبات او تقديم الأدلة ضمانا لحقوق الدفاع في الدعوى التحكيمية ، او عن طريق جلسات المرافعات التي تعقدها هيئة التحكيم لتمكين الطرفين من شرح موضوع الدعوى و عرض حججهما او تقديم الوثائق المكتوبة او سماع الشهود اللذان يستنجدان بهما ، كما يثبت ذلك بمحضر تعده هيئة التحكيم و تسلم لكل من الطرفين نسخة .

3- مبدأ المواجهة

يعتبر هذا المبدأ من المبادئ التي لا يجوز مخالفتها خلال جميع مراحل التحكيم ، حتى و لو كان المحكم مفوضا بالصلح ، و هذا باعتباره من النظام العام ، حيث يكفل حقوق الأطراف في معرفة ما لدى بعضهم من وسائل دفاع أو أدلة حول ادعاءاتهم بخصوص موضوع النزاع ، حيث يتوجب إعلان أي إجراء تقوم به هيئة التحكيم أو تتخذه ضد أي من الخصوم [2]، كما تعلم الأطراف بما قدموه من أدلة و إثباتات وجها لوجه ، حتى يتمكنوا من التأكد منها و الرد بالحجج و الوقائع التي يستندون عليها .

---

[1] عبد الحميد الأحدب ، مرجع سابق ، ص 273.

[2] منى محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص 111.

تضمن هيئة التحكيم تطبيق هذا المبدأ بالشكل المناسب حتى لا يؤثر على سير إجراءات التحكيم و يطيل أمد الخصومة ، كما يؤدي إلى صدور حكم التحكيم معيبا ، بسبب تصرفات أو أعمال منفردة أو أحادية الجانب أثناء المرافعة [1] ، و هو ما ذهب اليه ق ا م ا من خلال نص المادة 1056 منه ، التي اجازت استئناف الامر القاضي بالاعتراف او بتنفيذ حكم التحكيم اذا لم يراعى مبدأ الوجاهية حيث نصت الفقرة 4 منها على : " لا يجوز استئناف الامر القاضي بالاعتراف او بالتنفيذ الا في الحالات الاتية : ...اذا لم يراع مبدأ الوجاهية " [2]

ثانيا : تقديم الطلبات و الدفوع

إن مباشرة إجراءات التحكيم و سير الدعوى التحكيمية بعد تحريرها من طرف طالب التحكيم ، و تشكيل هيئة التحكيم ، سواء بالاتفاق بين الأطراف ، أو بالاستناد إلى قانون مركز أو مؤسسة تحكيم دولية ، يقتضي فسح المجال أمام أطراف الخصومة لتقديم طلباتهم سواء مذكرات أو لوائح معدة و مضبوطة وفق ادعاءاتهم حول موضوع النزاع ، و محررة وفق لغة معينة ، كما يمكن تقديمها شفهيا أمام هيئة التحكيم ، و يتبادلها الأطراف عن طريق مذكرات جوابية تتضمن طلبات اصلية او عارضة المتصلة بالوقائع المكونة للنزاع المطروح في أي مرحلة من مراحل التحكيم قبل غلق باب المرافعة .

هذا و يملك الأطراف الدفع بعدم اختصاص المحكم بالنظر في النزاع قبل مباشرة اجراءاته ، لأي سبب من الأسباب ، قد يكون مخالفا لاتفاق التحكيم ، و هو ما جعل الاختصاص لهيئة التحكيم بان تختص بالنظر في اختصاصها لتولي الفصل في النزاع ، و هو ما يعرف ب " الاختصاص بالاختصاص " ، اذ نصت المادة 16 من القانون النموذجي "uncitral" على ما يلي : " – يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها ، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم او بصحته ، و لهذا الغرض ينظر الى شرط التحكيم الذي يشكل جزء من

[1] Thierre Bernard , the arbitration procedures , article published on the flam scientific journal , university of Manchester 2 , 11 th edition , 2011.

[2] نص المادة 1056-4 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 .

عقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ، و أي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم ؛

- يقدم الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في موعد أقصاه تقديم بيان الدفاع ، و لا يجوز منع أي من الطرفين من تقديم هذا الدفع بحجة انه عين احد المحكمين او اسهم في تعيينه ، اما الدفع بتجاوز هيئة التحكيم نطاق سلطتها فيجب ابداؤه بمجرد ان تثار ، اثناء إجراءات التحكيم ، المسالة التي يدعي انها خارج نطاق سلطتها ، و لهيئة التحكيم في كلتا الحالتين ، ان تقدم دفعا يقدم بعد هذا الموعد اذا اعتبرت ان التأخير له ما يبرره ؛
- يجوز لهيئة التحكيم ان تفصل في أي دفع من الدفوع المشار اليها في الفقرة 02 من هذه المادة ، اما في مسالة أولية او في قرار تحكيم موضوعي ، و اذا قررت هيئة التحكيم في قرار تمهيدي انها مختصة ، فلأي من الطرفين ، في غضون ثلاثين يوما من تاريخ إعلانه بذلك القرار ، ان يطلب من المحكمة المحددة في المادة 06[1] ان تفصل في الامر ، و لا يكون قرارها هذا قابلا للطعن ، و الى ان يبت في هذا الطلب ، لهيئة التحكيم ان تمضي في إجراءات التحكيم و ان تصدر قرار تحكيم "[2].

بهذا يتضح ان القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة حدد بدقة اختصاصات هيئة التحكيم و كيف يمكن الطعن في ذلك من الأطراف و متى يمكن الاستنجاد بالقضاء الوطني للفصل في ذلك ، كما نصت عليه المادة 1044 من ق ا م ا على النحو التالي : " تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها ، و يجب اثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع ، تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم اولي إلا اذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع "[3] ، و هو ما يوضح ان الدفوع يجب ان تثار في المهلة المحددة ، فإذا رأى احد الأطراف ان هيئة التحكيم غير مختصة و مخولة بالفصل في النزاع ، فعليه ان يثير

---

[1] نصت المادة 06 على ما يلي : " تحدد كل دولة تصدر هذا القانون النموذجي المحكمة او المحاكم او السلطة الأخرى ، عندما يشار الى تلك السلطة في ذلك القانون ، المختصة بأداء هذه الوظائف "

[2] نص المادة 16 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي uncitral .

[3] نص المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 .

ذلك قبل مباشرة عملها ، و هو كذلك ما ذهب اليه المشرع المصري بموجب المادة 22 -1 من قانون التحكيم المصري التي جاءت كالتالي : " تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم او سقوطه او بطلانه او عدم شموله لموضوع النزاع "[1] ، كما حدد القانون ان ميعاد تقديم الدفوع محدد بتقديم دفاع المدعى عليه لادعاءاته ، و على هيئة التحكيم ان تفصل في اختصاصها او في الدفوع المثارة قبل مباشرتها لإجراءات التحكيم ، اما اذا قررت رفض هذه الدفوع فلا يجوز للطرف ان يتمسك به لقيام دعوى بطلان الحكم التحكيمي .

كما للطرفين ان يدفعا بعدم الاختصاص اذا لجا احد الأطراف الى القاضي على الرغم من وجود اتفاق تحكيم ، وفق ما اوضحته المادة 1045 من ق ا م ا كالتالي : " يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع ، اذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة ، او اذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على ان تثار من احد الأطراف "[2].

يجوز لهيئة التحكيم رفض الطلبات العارضة للأطراف اذا كان في ذلك تعطيل لسير إجراءات التحكيم ، او من شانه مخافة اتفاقه ، و ذلك ما نصت عليه المادة 23-2 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي وفق ما يلي : " ...ما لم يتفق الطرفان على شيء اخر ، يجوز لكل منهما ان يعدل ادعاءه ، او دفاعه ، او ان يكملها خلال سير الإجراءات ، إلا اذا رأت هيئة التحكيم ان من غير المناسب إجازة مثل هذا التعديل لتأخير وقت تقديمه "[3].

بالإضافة إلى ذلك ، يمكن للأطراف تقديم الأدلة الثبوتية ، أو ان يتم ذلك من قبل هيئة التحكيم التي يمكن أن تتثبت من تلقاء نفسها من مدى صحة ما قدمه الأطراف ، كما يمكن لها كذلك أن تطلب باتخاذ اجرءات تحفظية إذا ما أرادت ذلك للمحافظة على الأوضاع الحالية لأصول ما تتعلق بموضوع النزاع ، أو من خلال طلب احد الأطراف ، و هذا ما تلجا فيه هيئة

[1] نص المادة 22-1 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 .

[2] نص المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 .

[3] نص المادة 23-2 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985.

التحكيم إلى القضاء المحلي الذي يمكن أن يأمر باتخاذ هذه الإجراءات من خلال أمر قضائي ، و هذا ما سنفصل فيه أكثر وفق التالي :

1 - لغة التحكيم

بما أن القانون المطبق على الإجراءات يعود بدرجة أولى لإرادة الأطراف ، فإنها تلعب دورا كبيرا في تحديد لغة تحكيم أو عدة لغات التي تستعمل من خلال البيانات و المذكرات أو المرافعات الشفهية [1]، بالإضافة إلى أي قرار تتخذه هيئة التحكيم التي يجوز لها كذلك أن تأمر بان تكون أي وثائق مرفقة ببيان الدعوى أو بيان الدفاع و أي وثائق أو مستندات تكميلية تعرض في سياق الإجراءات بلغتها الأصلية ، مشفوعة بترجمة إلى اللغة أو اللغات التي اتفق عليها الأطراف أو حددتها هيئة التحكيم .

في ذلك نصت المادة 22 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على : " للطرفين حرية الاتفاق على اللغة أو اللغات التي تستخدم في إجراءات التحكيم ، فان لم يتفقا على ذلك ، بادرت هيئة التحكيم إلى تعيين اللغة أو اللغات التي تستخدم في هذه الإجراءات ، و يسري هذا الاتفاق أو التعيين على أي بيان مكتوب يقدمه أي من الطرفين ، و أي مرافعة شفوية ، و أي قرار تحكيم أو أي بلاغ أخر من هيئة التحكيم ما لم ينص الاتفاق على غير ذلك ، لهيئة التحكيم أن تأمر بان يرفق بأي دليل مستندي ترجمة له إلى اللغة أو اللغات التي اتفق عليها الطرفان أو عينتها هيئة التحكيم " [2]، ما يوضح إن القانون النموذجي منح للأطراف حرية اختيار اللغة التي يرضونها لاستخدامها في إجراءات التحكيم ، كما اشترط أن يقدم الطرفان ترجمة رسمية لأي دليل قد يقدمه إلى اللغة التي تطلبها الهيئة ، أما إذا حصل الاختلاف في ذلك ، فلهيئة التحكيم أن تحددها وفق ما يناسب القواعد المتبعة أو المركز الذي تنتمي إليه ، كما نصت المادة

[1] فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 189.

[2] نص المادة 22 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 المعدل سنة 2006 .

20[1] كذلك على ان لأطراف التحكيم الاتفاق على مكانه ، و إلا فتتولى هيئة التحكيم تعيين المكان بمراعاة ظروف القضية و راحة الطرفين .

اشترط قانون التحكيم المصري أن يجري التحكيم باللغة العربية ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك ، و يشمل ذلك جميع البيانات و المذكرات المكتوبة أو المرافعات الشفهية ، كما حذا حذو القانون النموذجي في جواز تقديم ترجمة إلى اللغة الرسمية التي تطلبها هيئة التحكيم لأي دليل أو مستندات أو وثائق تتعلق بموضوع النزاع [2].

2 – المذكرات و اللوائح

يتم ارسال البيانات و الادعاءات خلال الميعاد المحدد المتفق عليه او الذي تعينه هيئة التحكيم من طرف المدعي ، الى أعضاء الهيئة و الطرف الاخر المدعى عليه ، كما للمدعى عليه ان يقدم مذكرته مكتوبة الى المدعي و أعضاء هيئة التحكيم خلال الميعاد ردا على ما جاء في بيان الدعوى ، كما له ان يضمنها أي طلبات عارضة او أي حق ناشئ متمسك به .

كما للطرفين ان يرفقا مذكرتيهما بصور من الوثائق التي يستند اليها موضوع النزاع ، سواء بطلب هيئة التحكيم او من تلقاء نفسيهما ، كما نصت المادة 23 من القانون النموذجي "uncitral" على :

- على المدعي ان يبين خلال المدة التي يتفق عليها الطرفان او تحددها هيئة التحكيم ، الوقائع المؤيدة لادعائه ، و المسائل موضوع النزاع و التعويض او الانتصاف الموضوع ، و على المدعى عليه ان يقدم دفاعه فيما يتعلق بهذه المسائل ، ما لم يكن الطرفان قد اتفقا بطريقة أخرى على العناصر التي يجب ان يتناولها هذا البيان ، و يقدم الطرفان مع بيانيهما

[1] نصت المادة 20 من نفس القانون على : " للطرفين حرية الاتفاق على مكان التحكيم ، فان لم يتفقا على ذلك ، تولت هيئة التحكيم تعيين هذا المكان ، على ان تأخذ في الاعتبار ظروف القضية ، بما في ذلك راحة الطرفين ، و يجوز لهيئة التحكيم ان تجتمع في أي مكان تراه مناسبا للمداولة بين أعضائها ، و لسماع اقوال الشهود او الخبراء او طرفي النزاع ، او لمعاينة البضائع ، او غيرها من الممتلكات او لفحص المستندات ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك "

[2] نص المادة 29 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 و المعدل بموجب القانون رقم 07 لسنة 2009 .

كل المستندات التي يعتبران انها ذات صلة بالموضوع او يجوز لهما ان يشيرا الى المستندات و الأدلة الأخرى التي يعتزمان تقديمها ؛

- ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ، يجوز لكل منهما ان يعدل ادعائه او دفاعه او ان يكملهما خلال سير الإجراءات ، إلا اذا رأت هيئة التحكيم ان من غير المناسب إجازة مثل هذا التعديل لتأخر وقت تقديمه ."[1]

ان تخلف المدعي عن تقديم بيان ادعائه قد ينهي إجراءات التحكيم ، إلا ان تخلف المدعى عليه لا يؤثر على سير الإجراءات ، كما ان تخلف احد الطرفين عن حضور جلسات التحكيم او تقديم الأدلة او المستندات لا يوقف الإجراءات و تستمر هيئة التحكيم في الدعوى بناء على الأدلة و المستندات المتوفرة [2].

هذا و تقرر هيئة التحكيم ما اذا كانت ستعقد جلسات مرافعة شفهية لتقديم البيانات او الحجج ، او انها ستسير في الإجراءات على أساس المستندات مع مراعاة أي اتفاق مخالف لذلك ، غير انه يتعين على هيئة التحكيم ان تعقد جلسات المرافعة الشفهية في مرحلة مناسبة من الإجراءات اذا طلب ذلك احد الطرفين ، و يتوجب اخطار الطرف الاخر بموعد الجلسة قبل انعقادها بوقت كاف [3].

كما يبلغ كل طرف من أطراف الخصومة التحكيمية بجميع البيانات و المستندات و المعلومات الأخرى التي يقدمها الطرف الآخر إلى هيئة التحكيم ، حتى يكون على دراية بمستجدات تسوية النزاع و يمكن له أن يتقبل الحكم و تسببيه قبل صدوره ، بالإضافة إلى أي تقرير للخبراء او أي دليل مستندي يتعلق بأحد جوانب النزاع و يمكن أن تعتمد عليه هيئة التحكيم للفصل في النزاع .

[1] نص المادة 23 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي uncitral لسنة 1985 المعدل سنة 2006.

[2] نص المادة 25 من نفس القانون .

[3] نص المادة 24 من نفس القانون .

3 – تقديم الأدلة

بالإضافة الى ما يدعيه الأطراف و يقدمونه من مذكرات ، تحتاج هيئة التحكيم أحيانا الى بعض المستندات و الدلائل التي تكون بحوزة الغير ، او الى حضور شهود او خبراء لمساعدتها في التوصل الى حقيقة النزاع ، هو ما يجعلها تستنجد بهم ، او تمنح الفرصة للأطراف لتقديم ما يرونه مناسبا لإثبات اقوالهم .

في هذا الخصوص نظم القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي هذه الإجراءات وفق نص المادة 26 منه و التي جاءت كالتالي : " ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ، يجوز لهيئة التحكيم :

- ان تعين خبير او اكثر من خبير لتقديم تقرير اليها بشان مسائل معينة تحددها الهيئة ؛
- ان تطلب من أي من الطرفين ان يقدم الى الخبير أي معلومات ذات الصلة بالموضوع ، او ان يتيح له الاطلاع على أي مستندات ذات صلة بالموضوع لفحصها او مشاهدة أي بضاعة او أموال أخرى لمعاينتها ؛
- بعد ان يقدم الخبير تقريره الكتابي او الشفوي ، يشترك ، اذا طلب ذلك احد الطرفين او رأت هيئة التحكيم ضرورة ذلك ، في جلسة مرافعة تتاح فيها للطرفين فرصة توجيه أسئلة اليه و تقديم شهود من الخبراء ليدلوا بشهاداتهم في المسائل موضوع النزاع ، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك "[1] .

كما خول ق ا م ا الجزائري محكمة التحكيم بالبحث عن الأدلة نظرا لاختصاصها بالفصل في النزاع ، حيث نصت المادة 1047 على ما يلي : " تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة " ، او ان يلجا احد الطرفين الى القضاء الوطني كما نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي "uncitral" على جواز استنجاد أي من الطرفين بمحكمة مختصة للحصول على الأدلة ، حيث جاء في نص المادة 27 ما يلي : " في إجراءات التحكيم ، يجوز لهيئة التحكيم او لأي من الطرفين ، بموافقة الهيئة ، طلب المساعدة من محكمة مختصة في هذه الدولة للحصول على ادلة ، و

[1] نص المادة 26 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدوليuncitral لسنة 1985 المعدل سنة 2006.

يجوز للمحكمة ان تنفذ الطلب في حدود سلطتها و وفقا لقواعدها الخاصة بالحصول على الأدلة " [1] ، ما يعني انه يمكن للطرفين او لهيئة التحكيم طلب المساعدة من الجهة القضائية للحصول على الأدلة اللازمة التي تساهم في تأكيد ادعاءاتهم امام هيئة التحكيم ، و هو ما اقره المشرع الجزائري بموجب نص المادة 1048 من ق ا م ا التي اجازت و أمكنت للقاضي مساعدة الأطراف في تقديم الأدلة او تمديد مهمة المحكمين وفق ما يلي : " اذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة او تمديد مهمة المحكمين او تثبيت الإجراءات او في حالات أخرى ، جاز لمحكمة التحكيم او للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة ، او للطرف الذي يهمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم ، ان يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص ، و يطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي "[2].

هذا ما يفتح المجال واسعا امام هيئة التحكيم للاستنجاد بجميع الوسائل المتاحة للتحقيق الجيد في النزاع و اثبات ادعاءات الأطراف ، او ما يتم تقديمه طواعية من وثائق ثبوتية ، او سماع شهادة الشهود ، او الاستناد على تقارير الخبراء التي تعد وسائل فنية مساعدة لهيئة التحكيم التي لا يمكن لها ان تتوصل اليها من تلقاء نفسها ، كما يمكن لهيئة التحكيم طلب الانابة القضائية عن طريق محكمة أخرى للقيام ببعض الإجراءات او الاعمال المتعلقة بموضوع النزاع .

4 – اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية

يمكن لهيئة التحكيم ان تتخذ بعض الإجراءات و التدابير المؤقتة او التحفظية اثناء سير دعوى التحكيم ، اذا رأت في ذلك ضرورة او بناء على طلب احد الأطراف ، و ذلك حسب الظروف المطروحة او تجنبا لأي ضرر قد يلحق بأحد الأطراف او بأصل الاستثمار المتنازع عليه ، كحماية الأموال ، او حفظ حقوق الحجز الاحتياطي ، و هي إجراءات وقتية و حالة مستعجلة الى ان يصدر قرارا نهائيا مثل الحكم بالحراسة القضائية .

---

[1] نص المادة 27 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي uncitral لسنة 1985 المعدل سنة 2006.

[2] نص المادة 1048 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 .

في ذلك ، نصت المادة 17 من القانون النموذجي " uncitral" حول صلاحية هيئة التحكيم في الامر باتخاذ التدابير المؤقتة او التحفظية على : " يجوز لهيئة التحكيم ان تصدر تدابير مؤقتة بناء على طلب احد الطرفين ، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ، التدبير المؤقت هو أي تدبير وقتي ، سواء كان في شكل قرار او في شكل اخر ، تأمر فيه هيئة التحكيم احد الطرفين ، في أي وقت يسبق اصدار القرار الذي يفصل نهائيا في النزاع ، بما يلي :

- ان يبقي الحال على ما هو عليه او يعيده الى ما كان عليه ، الى حين الفصل في النزاع ،
- ان يتخذ اجراء يمنع حدوث ضرر حالي ، او وشيك ، او مساس بعملية التحكيم نفسها ، او ان يمتنع عن اتخاذ اجراء يحتمل ان يسبب ذلك الضرر او المساس ؛
- ان يوفر وسيلة للمحافظة على الموجودات التي يمكن بواسطتها تنفيذ قرار لاحق ؛
- ان يحافظ على الأدلة التي قد تكون هامة و جوهرية في حل النزاع ؛ "[1]

و هذا وفق شروط معينة ، و يعمل الطرف المطالب باتخاذ هذه التدابير على اقناع هيئة التحكيم بضرورتها الى غاية الفصل في النزاع [2]، كما نصت المادة 1046 من ق ا م ا على : يمكن لمحكمة التحكيم ان تأمر بتدابير مؤقتة او تحفظية بناء على طلب احد الأطراف ، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك ، اذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير ارادیا ، جاز لمحكمة التحكيم ان تطلب تدخل القاضي المختص ، و يطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي ، يمكن لمحكمة التحكيم او للقاضي ان يخضع التدابير المؤقتة او التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير "[3] .

---

[1] نص المادة 17 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985.

[2] نصت المادة 17 – أ من نفس القانون على : " يتعين على الطرف الذي يطلب التدبير المؤقت بمقتضى المادة 17 ان يقنع هيئة التحكيم بان : – عدم اصدار التدبير المؤقت يرجح ان يحدث ضررا لا يمكن جبره بصورة وافية من خلال منح تعويضات ، و بان هذا الضرر يفوق بكثير الضرر الذي يحتمل ان يلحق بالطرف المستهدف بذلك التدبير اذا ما اصدر ؛

- بان هناك احتمالا معقولا بان ينجح الطرف الطالب بناء على وقائع المطالبة ، و لا يجوز للقرار المتعلق بهذا الاحتمال ان يمس بما تتمتع به هيئة التحكيم من صلاحية تقديرية في اتخاذ أي قرار لاحق ؛
- فيما يتعلق بطلب استصدار تدبير مؤقت بمقتضى الفقرة 2 من المادة 17 ، لا تنطبق المقتضيات الواردة في الفقرة 01 من هذه المادة الا بقدر ما تراه هيئة التحكيم مناسبا ".

[3] نص المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 .

في ذات السياق نصت المادة 24 من قانون التحكيم المصري على : " يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على ان يكون لهيئة التحكيم ، بناء على طلب احدهما ان تأمر أي منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة او تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع ، و ان تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر به ، و اذا تخلف من صدر اليه الامر عن تنفيذه ، جاز لهيئة التحكيم ، بناء على طلب الطرف الاخر ، ان تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه و ذلك دون اخلال بحق هذا الطرف في ان يطلب من رئيس المحكمة المشار اليها في المادة 09 [1]من هذا القانون الامر بالتنفيذ " [2].

تهدف هذه الإجراءات الى حفظ الأدلة اللازمة اثناء سير الدعوى التحكيمية ، بان لا يتصرف أي من اطراف الخصومة في اصل متنازع عليه ، حتى و لو تطلب ذلك اللجوء الى القاضي الوطني ، لتحقيق التوازن في المعاملات القانونية .

ثالثا : المداولة

هي بمثابة حجز القضية للحكم قبل إصدار الحكم التحكيمي متى تبين لهيئة التحكيم أن الإجراءات استوفت جميع مراحلها ، و أن أطراف الخصومة قد استوفوا دفاعهم ، و بذلك تخرج الخصومة من أيدي أطرافها و تصبح بين أيدي المحكمين للمداولة فيها و إصدار قرارهم بشأنها بعد المشاورة بين أعضاء هيئة التحكيم للوصول إلى توافق حول منطوق الحكم و أسبابه ، و ذلك بعد استنفاذ ما لدى الأطراف من أقوال [3]، و تكون الدعوى بالتالي مهيئة للحسم من خلال دراسة هيئة التحكيم للقضية و التدقيق فيها ، حيث يصدر قرارها في الوقت المحدد بأغلبية آراء المحكمين ، و يكون صوت الرئيس مرجحا إذا كان هناك اختلاف .

---

[1] تنص المادة 09 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على : " يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا ، سواء جرى في مصر أو في الخارج ، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على محكمة استئناف أخرى في مصر ، و تظل المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص وفقا للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم " .

[2] نص المادة 24 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

[3] خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 192.

تعرف المداولة على أنها " التشاور في الحكم بين أعضاء المحكمة إذا تعددوا و التفكير في الحكم و تكوين الرأي فيه إذا كان المحكم فردا " [1]أو هي " المشاورة التي تتم بين أعضاء المحكمة بشان الحكم و أسبابه بعد انتهاء المرافعة " و هي " المناقشة السرية للقضية التي يشترك فيها جميع أعضاء هيئة المحكمة بحرية تامة " [2]، و منه فالمداولة تختلف باختلاف تشكيل هيئة التحكيم ، فإذا كان المحكم فردا فهي تتمثل في التفكير و التمعن في القضية لتكوين قناعة في إصدار الحكم التحكيمي ، أما إذا كانت هيئة التحكيم تتشكل من عدد من المحكمين ، فالغرض من المداولة هو البحث و المناقشة بين جميع الأعضاء من جميع الأوجه و تبادل وجهات النظر و الرأي بشان جميع نقاط النزاع الواجب الفصل فيها [3]، المدعمة بالحجج للوصول إلى القرار الذي يتخذ سواء بالإجماع أو بالأغلبية .

باعتبار أن المداولة تعتبر من القواعد الأساسية التي يجب مراعاتها قبل إصدار الحكم التحكيمي ، فان هيئة التحكيم وجب ان تجتمع للاتفاق على وجه الحكم في الدعوى ، حينما تصبح مهيئة للحكم فيها بتمام تحقيقها و انتهاء المرافعة فيها و ابداء الخصوم طلباتهم الختامية ، حيث نصت المادة 40 من قانون التحكيم المصري على : " يصدر حكم هيئة التحكيم المشكلة من اكثر من محكم واحد بأغلبية الآراء بعد مداولة تتم على الوجه الذي تحدده هيئة التحكيم ، ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك " [4]، مما يعني إجازة اتفاق الأطراف على طريقة معينة للمداولة يلتزم بها المحكمون ، و لكن ليس للأطراف الاتفاق على إدارة الحكم دون مداولة ، و ليس لهيئة التحكيم ان تصدر الحكم بدون إجراء مداولة ، و إلا أصبح حكم التحكيم قابلا للبطلان ، لان في ذلك انتهاكا لحقوق الدفاع و المصالح المباشرة لأطراف الدعوى استنادا لنص المادة 53 من قانون التحكيم المصري رقم 27 [5]، و وفق ما قررته محكمة استئناف القاهرة في

---

[1] غسان علي علي ، مرجع سابق ، ص 266.

[2] احمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 162.

[3] بوصنوبرة خليل ، القرار التحكيمي و طرق الطعن فيه وفقا للقانون الجزائري ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عبد الحميد منتوري – قسنطينة ، 2008 ، ص 62.

[4] نص المادة 40 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 المعدل بموجب القانون رقم 7 لسنة 2009 .

[5] فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 428.

حكمها الصادر بتاريخ 06 ماي 2008 ببطلان حكم التحكيم الصادر في النزاع بين شركة الاهرام المصرية و مستثمر إيطالي ، و هذا لثبوت صدوره بدون إتمام المداولة القانونية بين أعضاء هيئة التحكيم التي أصدرته ، بعدما قررت مد اجل التحكيم و تم إبلاغ الأطراف بذلك ، قبل أن تقوم بإصدار حكم التحكيم في نفس اليوم ، و لم يثبت لمحكمة استئناف القاهرة ان اجراء المداولة قد تم بين أعضاء هيئة التحكيم قبل اصدار الحكم [1].

مما سبق يتضح ان المداولة مرحلة أساسية و مهمة جدا قبل إصدار الحكم ، تتم بين جميع المحكمين نفسهم ، حيث لا يجوز تكليف غيرهم بالإنابة أو التمثيل ، كما لا يجوز ان تنفرد الأغلبية بها ، حتى لو كانت كافية لإصدار الحكم ، لما ينطوي على ذلك من مخالفة صريحة لقواعد و لوائح التحكيم .

الفرع الثالث : صدور الحكم التحكيمي و تنفيذه

يهدف التحكيم التجاري الدولي إلى فض النزاع الاستثماري ، عن طريق حكم فاصل في موضوع النزاع ، و قابل للتنفيذ ، و هذا وفق قواعد الإجراءات الأساسية المنصوص عليها فيما اتفق عليه الأطراف ، أو ما اتبعته هيئة التحكيم ، كما يرتب آثارا مماثلة لتلك الخاصة بالأحكام القضائية[2]، كحجية الشيء المقضي فيه و القوة التنفيذية التي يستمدها من الجهة القضائية المختصة داخل الدولة محل التنفيذ .

يجب أن يتضمن الحكم التحكيمي جميع البيانات الشكلية و الموضوعية المتعلقة به و بأطراف النزاع ، و هو ما سنتطرق له وفق ما يلي :

أولا : صدور الحكم التحكيمي

يصدر حكم التحكيم بأغلبية الآراء عندما تكون هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم واحد ، و هذا بعد التداول على الوجه الذي تحدده الهيئة ، إذا لم يتفق الأطراف على غير ذلك .

[1] مُحَمَّد نعيم علوه ، مرجع سابق ، ص 121.

[2] خالد مُحَمَّد القاضي ، مرجع سابق ، ص 233.

يستند الحكم التحكيمي على توافق وجهات النظر بين المحكمين بعد دراسة النزاع من جميع جوانبه و الموافقة على منطوق الحكم و أسبابه بالإجماع أو بالأغلبية ، خلال الميعاد المقرر ، أما إذا كانت محكمة التحكيم تتشكل من محكم واحد فقط ، فرأيه كاف لإصدار حكم التحكيم بطريقة اكثر يسرا و سهولة ، لان استنباط المسالة يكون أكثر وضوحا و بعقيدة فردية غير منحازة و لا تثريب و لا تعقيب عليها من أي طرف [1]، كما تعتبر اقل تكلفة بالمقارنة مع تعدد المحكمين في تشكيل هيئة التحكيم .

تعتبر قاعدة صدور الحكم التحكيمي بالأغلبية عاملا مهما و قاسما مشتركا لدى كافة مؤسسات و هيئات التحكيم الدولية ، و تعني أن اثنان من الأعضاء الثلاثة ضمن هيئة التحكيم مستعدين للاتفاق فيما بينهما على منطوق الحكم ، بما أن محكمة التحكيم ملزمة بإصداره و لا يقبل أن تفشل في إيجاد حل للنزاع ، إذ تنص القاعدة رقم 16-1[2] الخاصة بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على " يجب اتخاذ قرارات المحكمة بأغلبية أصوات كل أعضائها ، و يعتبر الامتناع عن التصويت بمثابة صوتا سلبيا " ، كما تنص معاهدة واشنطن لسنة 1965 على : " يجب أن تفصل المحكمة في المسائل بأغلبية أصوات كل أعضائها " [3]، بالإضافة إلى قانون التحكيم النموذجي uncitral الذي نصت المادة 11 منه على : " في حالة التحكيم بثلاثة محكمين ، يجب أن يتم اتخاذ أي حكم أو أي قرار آخر من جانب محكمة التحكيم بأغلبية المحكمين " [4]، و نصت المادة 19 من قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية icc على : " في حالة تعيين ثلاثة محكمين ، يصدر القرار بالأغلبية ، و إذا لم تكن هناك أغلبية ، فان رئيس محكمة التحكيم هو من يصدر الحكم " [5].

تكاد تجمع التشريعات و القوانين الداخلية المنظمة للتحكيم على ضرورة صدور حكم التحكيم بالأغلبية ، حيث نصت المادة 1026 من ق ا م ا رقم 08-09 على " تصدر أحكام

[1] فؤاد محمد محمد ابوطالب ، مرجع سابق ، ص 387.

[2] www.icsid-arbitration.org , visite le 01-11-2019.

[3] فؤاد محمد محمد ابوطالب ، مرجع سابق ، ص 388.

[4] نص المادة 11 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة لسنة 1985 .

[5] نص المادة 19 من قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية icc .

التحكيم بأغلبية الأصوات " [1]، و قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 الذي نصت المادة 40 منه على قاعدة الأغلبية في اصدار حكم التحكيم ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك ، و الراجح أن احكام التحكيم تصدر بالإجماع أو بالأغلبية ، أو من جانب رئيس محكمة التحكيم اذا لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك .

يتطلب حصول الحكم التحكيمي على الصيغة التنفيذية توافر البيانات الشكلية و الموضوعية ، شانه شان الأحكام القضائية ، و هو ما يعتبر امرا ضروريا لضمان تنفيذ احكام التحكيم بالشكل الصحيح ، حيث نصت المادة 43 من قانون التحكيم المصري رقم 27 على : " يجب أن يشتمل حكم التحكيم على أسماء الخصوم و عناوينهم و أسماء المحكمين ، و عناوينهم و جنسياتهم و صفاتهم ، و صورة من اتفاق التحكيم و ملخص لطلبات الخصوم و أقوالهم و مستنداتهم ، و منطوق الحكم و تاريخ و مكان إصداره ، و أسبابه اذا كان ذكرها واجبا [2]" ، كما نصت المادة 1028 من ق ا م ا رقم 08-09 على ما يلي : " يتضمن حكم التحكيم البيانات الاتية :

- اسم و لقب المحكم أو المحكمين ؛
- تاريخ صدور الحكم ؛
- مكان إصداره ؛
- أسماء و القاب الأطراف و موطن كل منهم و تسمية الأشخاص المعنوية و مقرها الاجتماعي ؛
- أسماء و القاب المحامين او من مثل او ساعد الأطراف عند الاقتضاء " [3].

بالإضافة الى ان المادة 1029 نصت على ضرورة توقيع احكام التحكيم من قبل جميع المحكمين ، و هو ما يؤكد استلزام توفر بعض البيانات في أحكام التحكيم و هو ما سنتطرق إليه وفق ما يلي :

---

[1] نص المادة 1026 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 .

[2] نص المادة 43 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 .

[3] نص المادة 1028 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 .

1- البيانات الشكلية :

تتضمن البيانات الشكلية أسماء الخصوم و المحكمين الذين تتشكل منهم هيئة التحكيم ، بالإضافة إلى عناوينهم الشخصية و أماكن عملهم ، كما يجدر توضيح تاريخ و مكان إصدار الحكم الذي يسهم في ضبط وقت سريان تنفيذ الحكم التحكيمي ، و هذا ما نستعرضه من خلال ما يلي :

أ- أسماء الخصوم و المحكمين :

يجب أن يتضمن حكم التحكيم البيانات اللازمة للتعرف على الخصوم ، بدا بالاسم و الموطن و المهنة أو الوظيفة ، و بناء على ذلك يذكر في نسخة الحكم ، أسماء الخصوم و المحامين أو الممثلين عنهم و أسماء شهرتهم ، و صفاتهم و جنسياتهم .

أكدت بعض لوائح التحكيم أن إغفال ذكر موطن أحد الخصوم ، لا يترتب عليه بطلان الحكم ، مادام قد ذكر اسمه و وظيفته ، و محل عمله [1]، على خلاف الأحكام القضائية ، فإن أحكام المحكمين لا تبطل نتيجة لإغفال بعض معلومات الخصوم ، لأنها توجد في اتفاق التحكيم الذي يتضمنه الحكم ، حيث اقر قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 في المادة 11 منه أن الاتفاق على التحكيم يجوز للشخص الطبيعي أو الاعتباري [2]، الذي يملك التصرف في حقوقه ، كما تضمنت المادة 16 من ذات القانون عدم جواز أن يكون المحكم قاصرا أو محجوزا عليه أو محروما من حقوقه المدينة [3]، و هو ما يفسره البعض على أن عدم ذكر بعض معلومات الأطراف في الحكم أمر عادي لا يترتب عليه بطلان حكم التحكيم .

فيما اقر جانب آخر أن أي تخلف في ذكر أسماء الخصوم و صفاتهم ، أو عدم بيان أسماء المحكمين الذين أصدروا الحكم ، يترتب عليه بطلان الحكم [4] ، حيث ذهبت بعض اللوائح في المؤسسات الدائمة للتحكيم ، على أنه يجب كتابة أسماء المحكمين ، و التوقيع عليه و إلا اعتبر

---

[1] اللائحة رقم 57 لسنة 1999 المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي بمركز التحكيم و الوساطة بكوبنهاقن .

[2] نص المادة 11 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 .

[3] نص المادة 16 من نفس القانون .

[4] احمد أبو الوفا ، مرجع سابق ، ص 177.

باطلا ، و وفق ذلك نصت المادة 18 -2 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة الخاصة بقانون التجارة الدولية ، على تضمين صحيفة المطالبة التي تقدم للطرف الآخر ، و للمحكم أو المحكمين أسماء و عناوين أطراف التحكيم ، و أسماء المحكمين و عناوينهم و جنسياتهم ، و كل البيانات و الحقائق التي تدعم المطالبة ، و التي من شأنها التعريف بهم ، كالوظيفة ، المهنة ، العنوان ، حيث تسرد هذه البيانات على النحو الكافي لتمييز الخصوم ، إذا ما تم الإعلان عن دعوى بطلان التحكيم ، أما إذا وجد النقص ، أو الخطأ في بيان أسماء الخصوم و صفاتهم ، الذي ليس من شأنه التشكيك في حقيقة الخصم و اتصاله بالخصومة ، فلا يترتب عليه بطلان الحكم ، باعتباره ليس بالخطأ الجسيم .

ب- تاريخ و مكان صدور حكم التحكيم :

يتضمن حكم التحكيم بيان تاريخ و مكان إصداره ، و هو بذلك يؤكد الفصل في النزاع قبل انتهاء المدة المحددة له ، و الممنوحة لهيئة التحكيم بموجب القانون المنظم للإجراءات ، بالإضافة إلى سريان قيمته القانونية اذا كان يرتب التزاما ماليا على احد الأطراف .

قد يختلف المحكمون في تاريخ التوقيع على الحكم لتعددهم ، فإذا تم توقيع أغلبيتهم في الميعاد المحدد اتفاقا أو قانونا لإصدار الحكم ، فلا عبرة لهذا الاختلاف ، أما إذا اصدر الحكم بعد فوات الميعاد اعتبر الحكم باطلا ، إلا أن هذا البطلان ليس من النظام العام ، لذا فإنه يجوز النزول عنه صراحة أو ضمنا [1].

اشارت معظم التشريعات الدولية المتعلقة بالتحكيم إلى ضرورة احتواء الحكم على تاريخ و مكان إصداره ، حيث نصت المادة 32 -4 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية لسنة 1976 على : " يوقع المحكمون القرار و يجب ان يشتمل على تاريخ صدوره ، و المكان الذي صدر فيه ، و إذا كان عدد المحكمين ثلاثة و لم يوقع أحدهم ، و جب أن يبين في القرار أسباب عدم التوقيع " [2]، كما نصت المادة 31 -3 من القانون النموذجي للتحكيم

[1] غسان علي علي ، مرجع سابق ، ص 395.

[2] نص المادة 32-4 من قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية لسنة 1976 .

التجاري الدولي على أنه يجب أن يبين القرار تاريخ صدوره ، و مكان التحكيم المحدد [1]، بالإضافة إلى المادة 34 من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار التي نصت على :" تقرر الأحكام بأغلبية أصوات جميع أعضائها ، يصدر الحكم كتابة و موقعا عليه من أعضاء المحكمة ، الذين أعطوا رأيهم في صالح هذا الحكم .

لتعيين مكان التحكيم أهمية كبيرة ، فحكم التحكيم إذا كان صادرا في مكان التحكيم لم تترتب أي مخلفات أخرى قد تؤدي إلى بطلانه ، حيث يعتبر حكما أجنبيا إذا صدر في الخارج ، مما يؤدي إلى صعوبة تنفيذه نسبيا في الداخل [2]، لذلك يجب أن يراعى في مكان التحكيم أن يكون في دولة موقعة على اتفاقية ثنائية او متعددة الاطراف لتنفيذ أحكام المحكمين ، أما إذا لم يتفق الطرفان على تعيين مكان التحكيم ، فإن تحديده يتم بقرار من مؤسسة التحكيم ذاتها [3].

تختلف عقود الاستثمار الدولية في تحديد مكان التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة بموجبها ، فهذا المكان قد يحدد في إقليم الدولة المضيفة ، أو دولة أجنبية أخرى ، و قد يترك ذلك للمحكم او هيئة التحكيم التي قد تتخذ مقر عملها كمكان للتحكيم ، الذي يفيد أيضا في معرفة قيمة و قوة الحكم بعد صدوره ، لأن قواعد تنفيذ الحكم تتوقف على الدولة التي صدر فيها الحكم فأحكام التحكيم الصادرة في دولة التنفيذ ليست سواء مع تلك الصادرة في دولة اجنبية أخرى حتى و لو كانت وفقا لقانون دولة التنفيذ ، فيما أكد قانون التحكيم المصري رقم 27 سنة 1994 في المادة 43-3 منه على انه يترتب بطلان حكم التحكيم على عدم ذكر مكان صدوره ، ذلك لأنه من البيانات الإلزامية التي يستلزم ذكرها وجوبا لا جوازا [4].

اهتمت التشريعات الدولية و لوائح التحكيم كذلك بتحديد مكان الحكم ، سواء عبر الاتفاقيات الدولية الثنائية و المتعددة الأطراف ، او وفق ما تنص عليه قواعد التحكيم التجاري الدولي لدى مراكز و هيئات التحكيم الدولية ، و هذا لضمان الاعتراف بأحكام المحكمين الصادرة

---

[1] نص المادة 31-3 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 .

[2] احمد كوجان ، مرجع سابق ، ص 123.

[3] حفيظة السيد الحداد ، مرجع سابق ، ص 98.

[4] نص المادة 43-3 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 .

في إقليم دولة أخرى غير التي يتم تنفيذ هذه الأحكام على إقليمها ، سواء كانت ناشئة عن منازعات بين أشخاص طبيعية أو معنوية ، و توحيد الإجراءات التي تطبق على أحكام المحكمين التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوب إليها الاعتراف ، أو تنفيذ هذه الأحكام ، إضافة إلى أنه لكل دولة أن تصرح عند التوقيع على الاتفاقية ، التصديق عليها أو الإنظمام إليها ، أو الإخطار بامتداد تطبيقها عملا بنص المادة العاشرة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 [1]، أن تصرح على أنها ستتبنى مبدأ المعاملة بالمثل ، و هنا يقتصر تطبيق الاتفاقية على الاعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين الصادرة على إقليم دولة أخرى متعاقدة و طرف في الاتفاقية ، فيما نصت المادة 2 من قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 " uncitral" على : " للأطراف حرية الاتفاق على مكان التحكيم ، فإن عجزوا عن ذلك قامت هيئة التحكيم بتحديد مكانه " [2]، كما أوجبت المادة 31 من نفس القانون احتواء الحكم التحكيمي على مكان صدوره ، و قد سارت على نفس النهج المادة 16 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة الخاصة بقانون التجارة الدولية لسنة 1976 [3].

عندما تقوم غرفة التجارة الدولية " icc " بتعيين محكم وحيد ، أو محكم مرجح ، فهي تعين دائما شخص من جنسية ثالثة ، و يتم اختيار بلده كمكان للتحكيم ، و هو ما يوضح أن المكان المختار لا صلة له بالطرفين ، أو بالاتفاق الذي ينشب حوله النزاع [4]، و على ذلك يمكن القول بأنه اختيار بالصدفة ، و بالتالي من غير المنطقي أن يعارض الطرفين ذلك بما أنهما من اختار اللجوء لقواعد الغرفة للتطبيق على إجراءات التحكيم .

ج – نسخة من اتفاق التحكيم :

يجب أن يشتمل حكم التحكيم على نسخة من اتفاق التحكيم لكي يتم التحقق من صدور حكم التحكيم في نطاق ما تم الاتفاق عليه بين الخصوم ، و هو ما يسهل الأمر أمام القاضي

---

[1] فؤاد محمد محمد ابوطالب ، مرجع سابق ، ص 394 .

[2] نص المادة 02 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة uncitral لسنة 1985 .

[3] خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 96.

[4] ابوزيد رضوان ، مرجع سابق ، ص 203.

المختص بإصدار امر تنفيذ الحكم التحكيمي او بنظر دعوى بطلانه اذا ما تم رفعها [1]، و هذه هي الغاية من إبرام وثيقة التحكيم ، التي تبين المسائل المتنازع عليها و مهمة و سلطات المحكمين ، و الإجراءات التي تطبق على التحكيم ، حتى و لو كان هناك شرط تحكيم في العقد الأصلي .

تثبت بيانات وثيقة التحكيم في الحكم الصادر عن هيئة التحكيم و الفاصل في النزاع ، بالاستناد على ما تم الاتفاق عليه بين الأطراف قبل نشأة النزاع ، و يتم تدوين بيانات الاتفاق في صلب الحكم ، و هو ما يؤكد الصفة الرضائية لنظام التحكيم التي ترتب قبول الأطراف بما تقره هيئة التحكيم .

في هذا السياق نصت المادة 1052 من ق ا م ا رقم 08-09 في الجزائر على : " يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم او بنسخ عنهما تستوفي شروط صحتها " [2]، كما أقرت المادة 43 من قانون التحكيم المصري رقم 27 على ضرورة تضمين الاتفاق في صلب الحكم ذاته ، باعتباره شرطا شكليا [3]، و لما فيه من سهولة للقاضي المختص بالتنفيذ ، او بنظر دعوى بطلان الحكم ، و هو ما يتفق مع المادة 4-1 من اتفاقية نيويورك 1958 التي تشترط على من يطلب الاعتراف و تنفيذ حكم التحكيم الصادر في بلد أجنبي أن يقدم أصل الحكم الرسمي ، أو صورة من الأصل ، كما يقدم أصل الاتفاق المكتوب ، و الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بالخضوع للتحكيم ، في كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية ، أو غير التعاقدية ، المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم ، و يجوز أن يقدم صورة من هذا الاتفاق تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند[4].

---

[1] Robert fouchard , op cit , p 101.

[2] نص المادة 1052 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 .

[3] نص المادة 43-1 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 .

[4] غسان علي علي ، مرجع سابق ، ص 397.

فيما اوجبت المادة 18-1 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي "uncitral" لسنة 1985 إرفاق صحيفة المطالبة التي تقدم إلى المدعى عليه ، و المحكمين ، بنسخة من العقد ، و اتفاق التحكيم ، إذا لم تكن متضمنة في العقد [1].

من هنا يمكن القول بأن اشتراط تقديم نسخة من اتفاق التحكيم يعد امرا ضروريا لإصدار الحكم الفاصل في النزاع ، بما انه الأساس الذي تم بموجبه تفعيل التحكيم و اللجوء اليه لتسوية النزاع بين أطراف الخصومة ، رغم أن شرط التحكيم قد يكون واردا ضمن عقد من العقود الكبيرة في عدد صفحاتها التي تحتاج إلى تكاليف كبيرة عند ترجمتها .

2- البيانات الموضوعية :

هي بيانات إلزامية يتضمنها حكم التحكيم الفاصل في النزاع على غرار البيانات الشكلية ، حيث تتضمن ما طالب به الخصوم بموجب اقوالهم و مستنداتهم حول موضوع النزاع و من وجهة نظر كل منهم ، ثم ما تم الاستناد عليه من أسباب لإصدار الحكم من طرف هيئة التحكيم ، قبل صياغة منطوق الحكم الذي يسهم في حصوله على الصيغة التنفيذية ، و هو ما سنراه وفق ما يلي:

أ- طلبات الخصوم و المستندات :

يشتمل حكم التحكيم على ملخص لطلبات الخصوم و مستنداتهم و أقوالهم ، بما في ذلك إدعاءات الخصوم و الطلبات الختامية ، بالإضافة إلى أوجه الدفاع الجوهرية التي قدمها الخصوم لتأييد هذه الإدعاءات و توضيح نطاق سلطة المحكمين ، و هو ما نصت عليه المادة 1027 من ق ا م ا رقم 08-09 وفق ما يلي : " يجب أن تتضمن احكام التحكيم عرضا موجزا لادعاءات الأطراف و أوجه دفاعهم " [2]، بالإضافة إلى قانون التحكيم المصري رقم 27 ، الذي اوجب في المادة 43 منه أن يشتمل الحكم على ملخص لطلبات الخصوم ، و أقوالهم ، و ما قدموه من

[1] نص المادة 18-1 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 .

[2] نص المادة 1027 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 .

مستندات [1]، إذ لا يكفي أن يحيل الحكم إلى الأقوال و الطلبات التي ذكرها الخصوم في اتفاق التحكيم ، و من المستحسن ان تذكر دائما في صلب الحكم [2].

جاء في المادة 18 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة الخاصة بقانون التجارة الدولية ان صحيفة المطالبة التي تقدم للطرف الاخر و هيئة التحكيم ، يجب أن تتضمن أسماء و عناوين الأطراف و البيانات و الحقائق ، بالإضافة الى التعويض المطالب به ، كما يتعين على المدعي ان يرفق المستندات الثبوتية لمطالبه [3]، كما أوضحت المادة 19 كذلك ما يتعين على المدعى عليه ان يقدمه خلال مدة زمنية تحددها هيئة التحكيم ، ضمن صحيفة دفاعه كتابة للمدعي و لأعضاء الهيئة [4]، بالإضافة الى ما تضمنته المادة 23 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي حول تحديد التعويض المطالب به من طرف المدعي و موضوع النزاع ، على ان يقدم المدعى عليه ردوده بخصوص تلك المسائل خلال مدة زمنية يتم الاتفاق عليها بينهما ، و يتم تدعيم ذلك بالمستندات الثبوتية من الطرفان .

تنص المادة 43 من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار "icsid" على : " يجوز للمحكمة اذا لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك و في أي مرحلة من مراحل الإجراءات و حسب الضرورة ، أن تطلب من الطرفين تقديم مستندات و أدلة أخرى " ، كما نصت المادة 48-3 منها على : " يجب أن يتناول الحكم كل مسالة طرحت على المحكمة و الأسباب التي بني عليها " ، أي أن الحكم يجب ان يشتمل على المستندات و الوثائق التي يقدمها الأطراف و طلباتهم [5].

تتفق معظم التشريعات الداخلية للتحكيم التجاري الدولي مع الاتفاقيات الدولية من حيث ضرورة تقديم الطلبات و المستندات و الوثائق حول موضوع النزاع ، التي تؤيد أقوال كل طرف ، و

---

[1] نص المادة 43 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 .

[2] Albert colliard , op cit , p 188 .

[3] نص المادة 18 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية لسنة 1976 .

[4] نص المادة 19 من نفس القواعد .

[5] خالد مُحَمَّد القاضي ، مرجع سابق ، ص 243.

قد يكون ذلك عند مباشرة إجراءات التحكيم ، حتى يتسنى تنفيذ الحكم التحكيمي لدى الدولة الطرف في النزاع ووفق ما ينص عليه قانونها الداخلي .

ب- تسبيب الحكم :

يقصد بتسبيب الحكم التحكيمي ذكر الأسباب التي استندت عليها هيئة التحكيم في إصداره ، بعد دراسة جميع جوانب النزاع و الاطلاع على ما تم تقديمه من قبل الأطراف كمستندات و وقائع ، و التي تذكرها هيئة التحكيم في حكمها الفاصل في النزاع و تعتبر مرجعا و سندا لهذا الحكم .

ان تسبيب حكم التحكيم يسهم بدرجة كبرى في تفسيره و تنفيذه ، و قبوله من قبل الأطراف ، وفق ما نصت عليه المادة 1027-2 من ق ا م ا رقم 08-09 على : " يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة " [1]، و هو ما ذهبت اليه المادة 43-2 من قانون التحكيم المصري رقم 27 التي نصت على : " يجب أن يكون حكم التحكيم مسببا ، إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك او كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم " [2]و هذا وفق مضمون المادة 43 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي "uncitral" الذي كان كالتالي : " يجب ان يصدر قرار التحكيم كتابة و ان يبين تاريخه ، كما يجب ان يبين الأسباب التي بني عليها ، ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على خلاف ذلك او ما لم يكن القرار قد صدر بشروط متفق عليها " [3]، و هو ما يوضح انه يتعين على هيئة التحكيم ان تسبب حكمها و توضح ما تم الاستناد عليه من أسباب و وقائع لإصداره .

من امثلة الاتفاقيات الاستثمارية التي تضمنت ذلك ما نصت عليه المادة 176 من البروتوكول الملحق بالاتفاق الجزائري – الفرنسي للهيدروكربونات سنة 1965 ، و التي نصت على ضرورة تسبيب الحكم التحكيمي الفاصل في النزاع الذي قد ينشا بين الطرفين أثناء تنفيذ الاتفاقية

[1] نص المادة 1027-2 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 .

[2] نص المادة 43-2 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 .

[3] نص المادة 43 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 2006.

، و ما تضمنته الاتفاقية المبرمة بين المملكة العربية السعودية و شركة أرامكو سنة 1995 ، حول وجوب صدور احكام محاكم التحكيم متضمنة للأسباب الموجبة لها [1].

هذا ما اتفقت عليه اغلب نصوص الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم ، و هيئات و مراكز التحكيم ، مثل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار و غرفة التجارة الدولية ، بالإضافة إلى العديد من المراكز التحكيمية الأخرى ، كما أقرته التشريعات الوطنية الداخلية للدول بناء على ذلك ، و تضمنته العقود الدولية للاستثمار سواء كانت متعلقة بالنشاط الاستثماري البترولي او غيرها من الأنشطة الاستثمارية الأخرى ، حول ضرورة تسبيب حكم التحكيم ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ، فهو يسهم في بناء و صياغة الحكم التحكيمي ، و لما له من مكانة قانونية للأطراف معا ، في مراجعة القرار التحكيمي و تحديد أوجه الطعن ، إذا تبين ا ناي سبب من الأسباب غير مطابق للواقع ، أو لم يتم احترامه بالشكل الصحيح ، كان تعتمد هيئة التحكيم على تقرير مغلوط أو مستندات غير صحيحة يكون قد قدمها احد الأطراف ، كما انه يؤدي بالمحكم الى التأني في اصدار حكمه حتى لا تشوبه المخالفة او النقص ، و هو الذي يسعى الى تحقيق العدالة التي يبتغيها اطراف النزاع [2].

ج- منطوق الحكم :

يجب ان يشمل حكم التحكيم على النتيجة النهائية التي انتهت اليها هيئة التحكيم حسما للنزاع و هو ما يطلق عليه منطوق الحكم ، و يتمثل في قرار هيئة التحكيم أيا كان مضمونه عدا ان لا يخرج عن موضوع النزاع ليتم تنفيذه [3].

اذا تعددت جوانب النزاع فان منطوق الحكم يجب ان يشمل كل هذه المسائل في ظل الوضوح و التفصيل الدقيق لما توصلت اليه هيئة التحكيم بشان كل منها ، لتسهيل تنفيذها كما

---

[1] احمد عبد الحميد عشوش ، مرجع سابق ، ص 557 .

[2] فؤاد مُحَّد مُحَّد ابوطالب ، مرجع سابق ، ص 402.

[3] خالد مُحَّد القاضي ، مرجع سابق ، ص 242.

نصت المادة 43-3 من قانون التحكيم المصري رقم 27 على ضرورة ذكر منطوق الحكم ضمن بيانات الحكم الأساسية ، و يجب ان لا يخرج عن موضوع النزاع و إلا تعرض للبطلان [1].

عندما تتجاوز هيئة التحكيم في حكمها ما تضمنه اتفاق التحكيم ، فان البطلان يرد على بعض أجزاء الحكم التي تجاوزت حدود الاتفاق دون الأخرى ، و أقرت المادة 04 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ان الحكم المطلوب تنفيذه يجب ان يقدم اصله الرسمي وفق الشروط المطلوبة منها منطوق الحكم الذي يفصل في النزاع ، حتى تتأكد المحكمة المطلوب منها تنفيذ الحكم التحكيمي من انه فصل في النزاع الوارد في شرط أو مشارطة التحكيم ، و انه لم يتجاوز حدودها فيما قضى به [2]، و ذلك ما يساعد المحكمة على الاعتراف و تنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلا للتسوية بطريقة التحكيم اذا امكن فصله عن باقي أجزاء الحكم غير المتفق على حلها بهذا الطريق.

يتضح من منطوق الحكم التحكيمي انه الأساس الذي يتم وفقه تقديم طلب الصيغة التنفيذية الى المحكمة المختصة في الدولة مقر التنفيذ ، بما انه خلاصة عمل هيئة التحكيم التي فصلت في النزاع ، وفق دراستها لما تم التوصل اليه اثناء عرض النزاع و ادعاءات و طلبات الأطراف ، و الذي يختلف من دولة الى أخرى إلا ان الراجح في ذلك هو ما تم الاتفاق عليه بين الأطراف.

ثانيا : تنفيذ الحكم التحكيمي

تحوز احكام التحكيم الصادرة في منازعات الاستثمار الأجنبي الحجية بمجرد صدورها ، مثلها مثل الأحكام القضائية ، و تسمو حجية الحكم المقضي به على النظام العام في بعض

[1] نص المادة 43-3 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 .

[2] عبدا لحميد الأحدب ، مرجع سابق ، ص 233.

التشريعات [1]، حيث أن الخصوم لا يستطيعون مخالفة حجية الأمر المقضي به التي تلحق الحكم من يوم النطق به ، حتى و لو كان قابلا للطعن .

تثبت حجية حكم التحكيم قبل وضع الصيغة التنفيذية عليه ، و يترتب عليه ان يكون لطرف النزاع الذي صدر الحكم لصالحه أن يتمسك به ، و بما يقرره له من حقوق في مواجهة من صدر ضده ، كما لا يجوز لمن صدر ضده ان يطلب إعادة النظر في النزاع مرة أخرى امام أي جهة قضائية أخرى أو محكمة تحكيم ، و هذا هو حجية الأمر المقضي به [2].

اذا كانت القوة التنفيذية لحكم التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي هي تنفيذه جبرا ، إذا امتنع الملتزم فيه عن تنفيذه طواعية ، و بما انه لا يجوز التنفيذ الجبري لحكم التحكيم إلا اذا كان ذا قوة تنفيذية [3]، بعد إصدار الأمر من الجهة القضائية المختصة التي تمنحه الصيغة التنفيذية بعد التأكد من عدم وجود ما يمنع تنفيذه ، و حتى لا يتجرد هذا القرار من فاعليته .

بما ان احكام التحكيم التجاري الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبي هي ذات طابع دولي (أجنبي) فيتعين الاعتراف بها أولا قبل تنفيذها ، لان الأمر يختلف بين الاعتراف و التنفيذ ، إذ قد يتم الاعتراف بحكم التحكيم الدولي بما انه قد صدر بشكل صحيح دون التمكن من تنفيذه ، رغم انه ملزم للأطراف ، حيث يتقدم الطرف الذي تم الحكم لصالحه بطلب تنفيذ الحكم التحكيمي للطرف الثاني وفق المكان المحدد لتنفيذ الحكم سلفا ، أو يتم إجباره على ذلك طبقا للإجراءات التنفيذية لقانون الدولة محل التنفيذ .

---

[1] في ذلك نصت المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 على : " تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه " ، كما نصت المادة 55 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على : " تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الأمر المقضي "

[2] غسان علي علي ، مرجع سابق ، ص 403.

[3] احمد محمد حشيش ، القوة التنفيذية لحكم التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة – مصر ، 2000 ، ص 65.

تضمنت اتفاقية نيويورك لسنة 1958[1] إجراءات و شروط تنفيذ احكام التحكيم الدولي و نصت المادة 01 منها على : " تطبق الاتفاقية الحالية للاعتراف و تنفيذ احكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير تلك التي يطلب اليها الاعتراف و تنفيذ هذه الأحكام على إقليمها ، و تكون ناشئة عن منازعات بين اشخاص طبيعية أو معنوية ، كما تطبق أيضا على احكام المحكمين التي لا تعتبر وطنية في الدول المطلوب اليها الاعتراف او تنفيذ هذه الأحكام " ، ما يعني ان هذه الاتفاقية ركزت على احكام التحكيم الأجنبية دون الداخلية ، حتى إذا صدر حكم التحكيم في دولة غير عضو في الاتفاقية ، و هذا وفق الإجراءات المقررة في قانونها الداخلي إلا اذا كان :

- قانون بلد التنفيذ لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم ؛
- اذا كان في الاعتراف بحكم التحكيم او تنفيذه ما يخالف النظام العام في بلد التنفيذ ، و يمكن للمنفذ عليه التذرع بهذين السببين أيضا ، و لكن للمحكمة ان تثيرهما عفويا [2].

بدورها نصت المادة 09 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 على قواعد تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في الدول الأعضاء و حظرت الامتناع عن ذلك وفقا لهذه الاتفاقية ، بالإضافة إلى اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الذي يعتبر حكم التحكيم الصادر عنه نهائيا ، و غير قابل للطعن فيه بالاستئناف او بأي طريق آخر ، إلا وفق ما قررته الاتفاقية ، إذ يحوز مباشرة صيغة الاعتراف و التنفيذ بقوة القانون داخل الدول المتعاقدة ، باعتباره ملزما لها و لأطرافه [3].

أفردت اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة 1983 نصا خاصا يتعلق بتنفيذ الأحكام التحكيمية بموجب المادة 37 منها التي نصت على : " يعترف بأحكام المحكمين و تنفذ

---

[1] تعتبر اتفاقية نيويورك لسنة 1958 من افضل ما توصل اليه المجتمع الدولي في مجال الاعتراف و تنفيذ احام التحكيم الدولية بموجب إجراءات بسيطة و واضحة ، أعدتها غرفة التجارة الدولية في 10 جوان 1958 و أصبحت نافذة في 07 جويلية 1958 ، و بلغ عدد الدول التي انظمت اليها 132 دولة حتى 15 جوان 2002 ، من بينها 12 دولة عربية بما فيها الجزائر ، و هي تتألف من 16 مادة تتعلق بتنظيم و تنفيذ أحكام التحكيم الدول ، للتفصيل أكثر انظر : د عادل محمد خير ، حجية و نفاذ احكام المحكين و إشكالاتها محليا و دوليا ، دار النهضة العربية ، القاهرة – مصر ، ط 1 ، 1995 ، ص 105.

[2] غسان علي علي ، مرجع سابق ، ص 426.

[3] احمد أبو الوفا ، مرجع سابق ، ص 280.

لدى أي طرف من الأطراف المتعاقدة بنفس الكيفية المنصوص عليها في هذا الباب مع مراعاة القواعد القانونية لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ " ، و هو ما يوضح ان هذا النص اقتصر على معالجة تنفيذ احكام التحكيم الصادرة في احدى الدول العربية بما ان هذه الاتفاقية ذات طابع إقليمي [1]، بحيث لا يجوز للسلطة القضائية في بلد التنفيذ ان تتعرض لموضوع النزاع لان الامر يتعلق بمراجعة الشروط الشكلية لحكم التحكيم [2].

فصل القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 "uncitral" في كيفية و إجراءات الاعتراف و تنفيذ احكام التحكيم لدى الدول ، و الذي كان بمثابة القاعدة المنظمة لتنفيذ احكام التحكيم بالنسبة للعديد من التشريعات الداخلية للدول التي استمدت هذه القواعد و نظمتها بموجب قوانينها الداخلية ، و في ذلك نصت المادة 35 منه على : " يكون قرار التحكيم ملزما ، بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه ، و ينفذ بناء على طلب كتابي يقدم إلى محكمة مختصة ، مع مراعاة أحكام هذه المادة و المادة 36 ، و على الطرف الذي يستند الى قرار تحكيم او يقدم طلبا لتنفيذه ان يقدم القرار الأصلي أو نسخة منه ، و إذا لم يكن القرار صادرا بلغة رسمية لهذه الدولة ، يجوز للمحكمة أن تطلب من ذلك الطرف ترجمة لذلك القرار إلى تلك اللغة "[3] ، مما يؤكد إلزامية حكم التحكيم لأطرافه و للدولة مقر التنفيذ رغم ان حكم التحكيم قد يكون صدر في دولة أخرى ، و هذا ما يستمد من الطابع الرضائي للتحكيم و اللجوء اليه على عكس الأحكام القضائية ، و ذلك بناء على طلب كتابي يعده و يقدمه الطرف الذي صدر الحكم لصالحه الى المحكمة المحلية المختصة في الدولة مقر التنفيذ و التي تختلف من قانون إلى آخر ، و ذلك رفقة القرار الأصلي لهيئة التحكيم محل طلب التنفيذ أو نسخة منه ، باللغة الرسمية المحلية للدولة محل التنفيذ ، و هو ما قننته العديد من الدول وفق تشريعاتها الداخلية و منحت الاختصاص في إضفاء الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم لإحدى محاكمها الداخلية مثل محكمة محل

[1] ماهر محمد صالح عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص 400.

[2] نصت المادة 37-2 من الاتفاقية على : " لا يجوز للهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب اليه التنفيذ ان تبحث موضوع التحكيم و لا ان ترفض تنفيذ الحكم إلا في حالات أوردتها هذه المادة على سبيل الحصر "

[3] نص المادة 35 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي uncitral لسنة 1985 .

التنفيذ في الجزائر وفق ما نصت عليه المادة 1051 من ق ا م ا رقم 08-09 او محكمة استئناف القاهرة في مصر التي نصت عليها المادة 9 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 .

كما فصلت المادة 36 من القانون النموذجي في حالات رفض الاعتراف و تنفيذ احكام التحكيم حسب ما يلي : " لا يجوز رفض الاعتراف بأي حكم تحكيم أو رفض تنفيذه ، بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه إلا :

أ- بناء على طلب الطرف المطلوب تنفيذ القرار ضده ، إذا قدم هذا الطرف الى المحكمة المختصة المقدم اليها طلب الاعتراف او التنفيذ دليلا يثبت :

- ان طرفا في اتفاق التحكيم المشار اليه في المادة 7 يفتقر إلى الأهلية [1]، أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح بموجب القانون الذي اخضع الطرفان الاتفاق له ، أو انه عند عدم الإشارة إلى هذا القانون ، غير صحيح بموجب قانون الدولة التي صدر فيها القرار ؛
- ان الطرف المطلوب تنفيذ القرار ضده لم يبلغ على نحو صحيح بتعيين المحكم ، أو بإجراءات التحكيم ، أو انه لم يستطع ، لسبب آخر ، أن يعرض قضيته ؛
- ان قرار التحكيم يتناول نزاعا لا يقصده او لا يشمله اتفاق العرض على التحكيم ، أو انه يشتمل على قرارات تتعلق بمسائل خارجة عن نطاق هذا الاتفاق ، على انه إذا كان من الممكن فصل القرارات المتعلقة بالمسائل التي تدخل في نطاق التحكيم عن القرارات المتعلقة بالمسائل التي لا تدخل في نطاق التحكيم ، فيجوز عندئذ الاعتراف بالجزء الذي يشتمل على القرارات المتعلقة بالمسائل التي تدخل في نطاق التحكيم و تنفيذه ؛
- ان تشكيل هيئة التحكيم او ان الاجراء المتبع في التحكيم كان مخالفا لاتفاق الطرفين او في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق ، مخالفا لقانون البلد الذي جرى فيه التحكيم ؛
- ان قرار التحكيم لم يصبح بعد ملزما للطرفين ، أو انه قد ألغته او أوقفت تنفيذه احدى محاكم البلد الذي صدر فيه ذلك القرار أو بموجب قانونه ؛

[1] نصت المادة 07 من نفس القانون على : " اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على ان يحيلا الى التحكيم جميع او بعض ما نشا او ما قد ينشا بينهما من نزاعات بشان علاقة قانونية محددة ، سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية " .

ب- اذا قررت المحكمة :

- ان موضوع النزاع لا يقبل التسوية بالتحكيم وفقا لقانون هذه الدولة ؛
- ان الاعتراف بقرار التحكيم او تنفيذه يتعارض مع السياسة العامة لهذه الدولة .

اذا قدم طلب بإلغاء قرار التحكيم او بإيقافه الى محكمة مشار اليها في الفقرة أ-5[1] من هذه المادة جاز للمحكمة المقدم اليها طلب الاعتراف او التنفيذ ان تؤجل قرارها اذا رأت ذلك مناسبا ، و يجوز لها أيضا بناء على طلب الطرف طالب الاعتراف بقرار التحكيم او تنفيذه ان تأمر الطرف الأخر بتقديم الضمان .

بما أن حكم التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبي له ميزة خاصة و هي تنفيذه في الدولة المعنية على الرغم من صدوره في دولة أجنبية أخرى ، فهذا ما يحتاج إلى الحصول على إذن من هذه الدولة محل التنفيذ أو ما يعرف بالأمر بالتنفيذ الذي يختص القضاء بإصداره .

هذا على الرغم من أن حكم التحكيم يكون حائزا لحجية الشيء المقضي فيه فور صدوره ، وفق ما نصت عليه العديد من التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم ، منها المادة 1031 من ق ا م ا في الجزائر رقم 08-09 التي تضمنت : " تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه "[2] ، كما نصت المادة 55 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على : " تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الأمر المقضي "[3]، و هو ما يعني أن أحكام التحكيم واجبة النفاذ إلا أنها لا تكون مشمولة بالنفاذ إلا بصدور الأمر القضائي لدى الدولة محل التنفيذ الذي يعطي حكم التحكيم صفة السند التنفيذي ، و هو ما جعله المشرع الجزائري من اختصاص محكمة محل التنفيذ في الجزائر ، أي بناء على الاختصاص الإقليمي وفق مكان وجود أصل الاستثمار المتنازع عليه ، في ظل ما نصت عليه المادة 1051 من ق ا م ا رقم 08-09 التي جاءت كالتالي : " يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا اثبت من تمسك بها وجودها ، و كان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام

[1] يقصد بذلك المحكمة المختصة في البلد محل التنفيذ التي اشارت لها الفقرة 5 من المادة 36.

[2] نص المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 .

[3] نص المادة 55 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

الدولي ، و تعتبر قابلة للتنفيذ بالجزائر و بنفس الشروط بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها ، أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني " [1]، ما يعني انه يمكن الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا اثبت ذلك من صدر له الحكم ، بشرط أن لا يكون مخالفا للنظام العام ، حيث يتطلب إيداع حكم التحكيم لدى أمانة ضبط المحكمة محل التنفيذ بما انه إجراء أولي و ضروري ليتم إضفاء الصيغة التنفيذية عليه ، وفق ما نصت عليه المادة 1035 من ق ا م ا بما أن المشرع الجزائري ساوى فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم بين التحكيم الداخلي و التحكيم التجاري الدولي ، حيث تسري عليهما نفس الأحكام [2]، وفق ما يلي : " يكون حكم التحكيم النهائي او الجزئي او التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها ، و يودع أصل الحكم في امانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمه التعجيل ، يتحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض و الوثائق و أصل حكم التحكيم ، يمكن للخصوم استئناف الامر القاضي برفض التنفيذ في اجل 15 يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي " [3]، بالتالي فان نص المادة أكد إمكانية تنفيذ الحكم التحكيمي سواء كان نهائيا أو حتى جزئيا أو تحضيريا بأمر صادر عن رئيس المحكمة المختصة بعد إيداعه لدى أمانة الضبط من قبل الطرف الذي صدر لصالحه الحكم و الذي يهمه التعجيل ، على أن يتحمل نفقات ذلك ، كما يمكن له استئناف الرفض إذا ما صدر أمام المجلس القضائي في غضون 15 يوما من تاريخه .

يتأكد تنفيذ الحكم التحكيمي بصدور النسخة الممهورة بالصيغة التنفيذية التي يتسلمها الأطراف من قبل رئيس أمناء الضبط وفق ما نصت عليه المادة 1036 : " يسلم رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف " [4]، هو ما يسمح للطرف الذي صدر لصالحه الحكم أن يطالب بالتعجيل ، بما أن الحكم التحكيمي

---

[1] نص المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 .

[2] نصت المادة 1054 من نفس القانون على : " تطبق أحكام المواد من 1035 إلى 1038 أعلاه فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي " .

[3] نص المادة 1035 من نفس القانون .

[4] نص المادة 1036 من نفس القانون .

يعنى بالنفاذ المعجل كغيره من الأحكام وفق ما نصت عليه المادة 1037 : " تطبق القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل للأحكام على احكام التحكيم المشمولة بالنفاذ المعجل " [1]، كما انه لا يمكن الاحتجاج بأحكام التحكيم تجاه الغير طبقا لنص المادة 1038 من ق ا م ا .

من جانبه ، يوجب قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 و المعدل بموجب القانون رقم 7 لسنة 2006 ، على المحكوم لصالحه أن يودع حكم التحكيم أو صورة موقعة منه باللغة التي صدر بها أو ترجمة باللغة العربية مصدقا عليها من جهة معتمدة إذا كان حكم التحكيم صادرا بلغة أجنبية ، لدى أمانة ضبط محكمة استئناف القاهرة [2]، التي يتولى كاتبها تحرير محضرا بهذا الإيداع الذي يمكن لطرفي التحكيم الحصول على نسخة منه ، و الذي يهدف بدوره إلى تمكين سلطة القضاء من فرض ولايتها على هذا الحكم و التأكد من توافر شروط تنفيذه و أحكام النظام العام [3].

يستخلص مما سبق ان المحاكم الوطنية التي يوكل لها منح إضفاء الصيغة التنفيذية على احكام التحكيم الدولي ليس لها سلطة النظر في موضوع النزاع المفصول فيه ، لكن لها سلطة التأكد في مدى مطابقته للنظام العام الداخلي للدولة ، و وفق إجراءات قانونها الداخلي إذا لم يتبين أن هناك ما يشوب حكم التحكيم و يؤدي إلى وقف تنفيذه مثل :

- انعدام أهلية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم ؛
- عدم صحة اتفاق التحكيم سواء من خلال شرطه أو مشارطته ؛
- الإخلال بحقوق الدفاع ؛
- مخالفة تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءاته ؛

---

[1] نص المادة 1037 من نفس القانون .

[2] تنص المادة 09 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على : " يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا ، سواء جرى في مصر أو في الخارج ، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على محكمة استئناف أخرى في مصر ، و تظل المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص وفقا للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم " .

[3] خالد مُحَمَّد القاضي ، مرجع سابق ، ص 484.

- تجاوز المحكم حدود اتفاق التحكيم ، فقد يتفق الأطراف على إخضاع جزء معين من النزاع فقط إلى التحكيم .

تشترك إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم في نفس المراحل تقريبا ، بناء على ما تضمنته الاتفاقيات و التشريعات الدولية للتحكيم التجاري الدولي ، أو قواعد و لوائح مراكز و مؤسسات التحكيم وفق ما يلي :

- صدور الحكم لصالح طرف ما من أطراف النزاع من قبل هيئة التحكيم ؛
- إيداع نسخة من الحكم التحكيمي لدى أمانة ضبط المحكمة المختصة في الدولة محل التنفيذ ؛
- التأكد من قبل المحكمة المختصة أن الحكم التحكيمي مطابق لما تم الاتفاق عليه بين الأطراف و هو غير مخالف للنظام العام ؛
- استصدار الصيغة التنفيذية لهذا الحكم ؛
- منح نسخة ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لطرفي النزاع ؛
- تنفيذ الحكم التحكيمي .

المطلب الرابع : مزايا و عيوب التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي

اصبح واقع التحكيم يشكل عصبا مهما في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي ، نظرا للعديد من المزايا التي يتميز بها ، و التي تجعله ملائما لهذا النوع من المنازعات على اختلاف أشكالها و طبيعتها ، فأصبحت العديد من اتفاقيات الاستثمار تشترط اللجوء اليه لتسوية المنازعات التي قد تنشا بين أطراف العلاقة الاستثمارية ، التي تحبذ السرية و السرعة في الفصل في المنازعات لما قد يسببه طول امد النزاع من خسائر معتبرة للطرف المستثمر ، بالإضافة إلى الطابع الدولي لنظام التحكيم الذي يحظى بالقبول و الثقة لطابعه الاتفاقي و الرضائي بين الأطراف ، سواء في اللجوء إليه و تفعيله ، أو من خلال ما يمنحه لهم في اختيار المحكمين و القواعد التي تطبق على الإجراءات و موضوع النزاع ، لان كل ما هو اتفاقي يكون عادلا .

كما ان للتحكيم عيوبا جعلت بعض الدول تتريث عن اعتماده و اتاحته امام المستثمرين الأجانب ، نظرا لعدة اعتبارات منها إمكانية خضوع هذه الدول لقوانين أخرى واجبة التطبيق على التحكيم ، بالإضافة إلى مدى تنفيذ احكام التحكيم الدولي على أراضيها باعتبارها مستضيفة لهذه الاستثمارات و هو ما يمثل مساسا بسيادتها [1].

سنفصل اكثر في كل من مزايا و عيوب التحكيم من خلال ما يلي :

الفرع الأول : مزايا التحكيم

للتحكيم عدة مزايا في تسوية منازعات الاستثمار جعلته يختص بها و أصبح الطريق المفضل للعقود الاستثمارية بالمقارنة مع القضاء ، نذكر منها :

- ان السرعة التي يتميز بها التحكيم في تسوية المنازعات تعتبر من أهم ايجابياته ، و هي عامل مهم في اختياره و تفضيله على القضاء ، لان المحكم لا يتقيد بإجراءات التقاضي العادية و مواعيدها و من ثم يتفادى البطء الشديد في إجراءات القضاء العادي ، لان هيئة التحكيم هي هيئة متخصصة و متفرغة للفصل في النزاع المعروض عليها و ذلك على عكس المحاكم التي تزدحم بالدعاوى ناهيك عن ان التقاضي يتم على درجتين بخلاف التحكيم الذي يتم على درجة واحدة [2]؛
- باعتبار ان التحكيم هو نظام رضائي ، يستند على رضا الأطراف في اللجوء إليه ، فمن المنطقي قبولهم بما تنتهي اليه هيئة التحكيم من حكم [3]، و هو ما يساعد على استمرار العلاقة بين الخصوم ، في خضم السرية التي يتميز بها هذا النظام ؛
- يمنح التحكيم ثقة للمستثمر الأجنبي الذي يتخوف من اللجوء الى القضاء الوطني للدولة المستضيفة ، بسبب طول الإجراءات و عدم ثقته في القاضي الوطني ، و هو ما يجعل التحكيم أداة لترقية الاستثمار الأجنبي و تحريك التجارة الدولية ؛

[1] احمد أبو الوفا ، مرجع سابق ، ص 498.

[2] فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 242.

[3] حفيظة السيد الحداد ، مرجع سابق ، ص 122.

- تخفيف العبء على محاكم الدولة ، التي تعاني من اكتضاض القضايا المتنازع فيها ، مما يؤدي إلى تعطيل صدور الاحكام .

الفرع الثاني : عيوب التحكيم

ان مزايا التحكيم لا تغطي على العيوب التي تشوبه و يؤاخذ عليها ، بالمقارنة مع القضاء الوطني ، و التي أثبتها الواقع العملي للتحكيم التجاري في تسوية منازعات العقود الاستثمارية الدولية ، منها ما يلي :

- تعد مسالة السيادة من اهم العيوب التي تحسب على التحكيم التجاري الدولي عندما تكون الدولة احد أطرافه ، إذ يعتبر التحكيم ضمانا للمستثمر اكثر من كونه ضمانا للدولة المضيفة للاستثمار ، علاوة على انه يمثل تهربا من اختصاصها القضائي و قوانينها الداخلية ، مما جعل العديد من الدول تعزف عن تفعيل التحكيم كآلية لتسوية المنازعات الاستثمارية لمساسه بسيادتها [1]، و تقوم في الغالب بالتمسك بحصانتها في مواجهة الحكم التحكيمي الصادر ضدها [2]؛
- استخدام التحكيم التجاري الدولي كوسيلة قانونية لحماية المستثمر الأجنبي من تبعات الاستثمارات الأجنبية المضرة بالبيئة [3]، مثل الأعمال الصناعية أو التحويلية و الاستخراجية ، فقد أظهرت التطبيقات العملية خطورة التحكيم التجاري الدولي على الدول المضيفة للاستثمارات من هذا الجانب ، حيث يستخدم المستثمر الأجنبي التحكيم كذريعة لعدم تدخل الدولة المضيفة للاستثمار من اجل حماية بيئتها من مخاطر هذه الاستثمارات ، بلجوئه إلى هيئات و مراكز التحكيم الدولية تنفيذا لشرط التحكيم [4]؛
- ان التوجهات الحديثة التي تم تبنيها في مجال التحكيم على الصعيد الدولي ، أصبحت تفرض على العديد من الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية بعض المفاهيم و القيم

[1] احمد مخلوف ، مرجع سابق ، ص 314.

[2] جلال وفاء مُحَّدين ، مرجع سابق ، ص 295.

[3] أزاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 247.

[4] ابوزيد رضوان ، مرجع سابق ، ص 173.

المخالفة للنظام العام داخلها [1]، باعتبار أن تفسير مفهوم النظام العام الدولي يتم وفقا للمصالح و القيم العليا للدول المتقدمة ؛

- انعقاد التحكيم في مكان اخر بعيد عن اطراف النزاع ، وفق قواعد و قوانين غير مألوفة لديهم ، قد يطيل أمد النزاع و يؤدي الى رفع دعوى بطلان حكم التحكيم [2]؛
- اصبح اللجوء الى مؤسسات التحكيم الدولية لفض النزاعات الاستثمارية ذو تكلفة باهضة ، بسبب ارتفاع أجور المحكمين و المحامين و المترجمين و الخبراء [3]، بالإضافة إلى المصاريف الأخرى التي تلزم العملية التحكيمية بالرغم من قلة قيمة النزاع أحيانا ، مما يكبد الطرف المنازع مصاريف باهظة قد تدفعه الى التنازل عن حقوقه [4]؛
- ان نظر القضاء الوطني في صحة او بطلان قرار المحكمين من حيث قابليته للتنفيذ قد يتطلب وقتا و جهدا إضافيين [5]، مما يمثل عقبة هامة امام فعالية احكام التحكيم من الناحية العملية ؛
- اهدار مبدأ التقاضي على درجتين في التحكيم التجاري الدولي ، باعتبار أن العديد من التشريعات المنظمة له تقر بعدم قابلية أحكام التحكيم للاستئناف ؛
- حاجة التحكيم المستمرة للقضاء باعتبار ان المحكم لا يتمتع بسلطات القاضي ، حيث يعود إليه في الإجراءات الوقتية و التحفظية و بالخصوص في إعطاء الحكم التحكيمي القوة التنفيذية ؛
- صعوبة اثبات أخطاء المحكمين بخصوص تحديد او تفسير المبادئ العامة للقانون الواجب التطبيق و قواعده ؛
- اقتصار التحكيم على اطرافه دون إمكانية ضم المحكم لشخص آخر في الدعوى التحكيمية دون رضا ذوي الشأن ، حتى إذا كان ذلك من اللازم ؛

---

[1] Franck nicephore , op cit , p 137.

[2] فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 16.

[3] احمد كوجان ، مرجع سابق ، ص 116.

[4] أباريان علاء ، مرجع سابق ، ص 71.

[5] أزاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 123.

- ان الحلول المتوازنة التي يقرها المحكم قد تؤدي الى اهماله للقواعد القانونية اثناء الفصل في النزاع [1]، حيث يحاول تقديم حل رضائي دون البت بشكل قاطع في موضوع النزاع وفقا للقانون ؛
- ان اذعان اطراف التحكيم المؤسسي للقواعد المدونة لدى هيئات و مؤسسات التحكيم تمس بمبدأ سلطان الإرادة الذي تقره قواعد و مبادئ التحكيم التجاري الدولي ، سواء من ناحية تشكيل هيئة التحكيم او القواعد التي تحكم النزاع الى غاية صدور الحكم التحكيمي [2] .

[1] احمد أبو الوفا ، مرجع سابق ، ص 502.

[2] Philippe fouchard , op cit , p 461.

المبحث الثاني

إجراءات الوساطة كآلية بديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

تعتمد الوساطة "médiation" على تدخل شخص ثالث بين طرفي النزاع ، يعرف ب" الوسيط " ، يتصف بالمهارة و الخبرة لتقريب وجهات النظر بين الطرفين و محاولة اقناعهما بالتوصل الى التسوية الودية للنزاع .

بما ان الوساطة لا تنتهي بقرار او حكم ملزم لطرفي النزاع ، فهي تحظى بالقبول لدى الكثير من اطراف العقود الاستثمارية الذين يحبذونها في حالة نشأة أي نزاع بينهم ، و ذلك عن طريق وسيط محايد على قدر كبير من الخبرة في مجال النزاع ، لحل الخلاف و ضمان استمرار العلاقة الاستثمارية بينهم [1].

و عليه سنتطرق لمراحل سير عملية الوساطة في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في مطلب أول ، ثم مزايا و عيوب الوساطة بموجب مطلب ثان .

المطلب الاول : مراحل سير عملية الوساطة في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

تبدأ عملية الوساطة بمجرد اتفاق الأطراف عليها ، فهو بمثابة السند الذي تسير عليه ، سواء بموجب العقد الأصلي الذي يربط الطرفين و الذي ينص في احد بنوده على اللجوء إلى الوساطة في تسوية المنازعات التي تنشا بين الطرفين ، و هو ما يعرف ب " شرط الوساطة " أو clause de médiation ، أو من خلال اتفاق الوساطة المستقل بعد نشأة النزاع ، و هو ما يعني " مشارطة الوساطة " أو compromise de médiation [2]، و منه تعيين الوسيط الحر أو باللجوء إلى المركز أو الهيئة التي تتولى ذلك ، حيث يتم توضيح و ضبط مهامه في غضون مدة محددة لمحاولة الوصول إلى حل توافقي غير ملزم للأطراف ، وفق إجراءات معينة تعتمد على لقائهما به أو كل على حده ، لدراسة نقاط و فصول النزاع الاستثماري و عرض و اقتراح كل

[1] أزاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 312.

[2] أباريان علاء ، مرجع سابق ، ص 101.

الحلول المتاحة و التي يمكن أن تفرز حلا وسطا يلائم أطراف النزاع و يسمح باستمرار العلاقة الاستثمارية بينهما و تنفيذ عقدهما .

و هذا ما ينهي إجراءات الوساطة سواء باتفاق الطرفين على انهاء النزاع و القبول بما تم التوصل اليه مع الوسيط و إعداد محضر الوساطة ، أو تفضيل اللجوء إلى التحكيم او أي الية أخرى لتسوية النزاع .

لتوضيح إجراءات الوساطة في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي ، سنتطرق إلى اتفاق الوساطة في فرع أول ، ثم تعيين الوسيط و مهامه في فرع ثان ، قبل أن نستعرض سير عملية الوساطة بموجب فرع ثالث ، ثم انتهاء عملية الوساطة في فرع رابع على النحو التالي :

الفرع الأول : اتفاق الوساطة

يمثل اتفاق الوساطة نقطة بدايتها ، فهو يتمثل في صورتين كما أسلفنا ، فقد يكون سابقا على نشأة النزاع بموجب بند في العقد الأصلي ، ينص على شرط الوساطة ، و هذا على غرار شرط التحكيم ، كما يمكن أن يتم ذلك بناء على مشارطة الوساطة بعد نشأة النزاع و لا حقا له ، أو عقد الوساطة [1]، كما يمكن أن تبدأ الوساطة بدون أي اتفاق سابق ، فقد يلجا طرف من الأطراف الى طلب الوساطة من احد المراكز أو الهيئات المتخصصة ، يحدد فيه طبيعة النزاع و قيمة الأصل المتنازع عليه و هوية الطرف الآخر ، قبل ان يقوم هذا المركز بعرض بدوره هذا الطلب على الطرف الآخر للاشتراك في جلسات الوساطة في مقر مركز التسوية ، الذي بدوره قد يقبل ، أو يرفض الاشتراك في جلسات الوساطة [2].

---

[1] مصطفى المتولي قنديل ، مرجع سابق ، ص 233.

[2] مثال ذلك ، ما تم بين حكومة اليمن و المستثمر الفرنسي E.FOURNIER ، أين تم اللجوء إلى وساطة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي لتطبيق قواعده للوساطة على النزاع بين الطرفين ، رغم أن العقد المبرم بين الطرفين لم ينص على اللجوء للوساطة لتسوية النزاعات بين الطرفين ، بل نصت المادة 7 منه على إمكانية تسوية النزاعات عن طريق الآليات البديلة ، فحيثما تم طلب الوساطة من طرف الحكومة اليمنية إلى مركز القاهرة الذي عرضها على المستثمر الفرنسي و تمت موافقته على ذلك شريطة عدم خضوع النزاع للقانون اليمني ، ...في هذا انظر د . سلوى الشناوي ، مستقبل الوساطة كآلية لتسوية المنازعات ، ملتقى التحكيم و الوساطة ، جامعة القاهرة 2001.

ان التزام اطراف النزاع بتطبيق شرط الوساطة المنصوص عليه في العقد المبرم بينهم هو التزام بنتيجة ، إما مواصلة الوساطة إلى غاية انتهاءها فهو التزام بوسيلة [1]، و في كلتا الحالتين يجب ان يشتمل هذا الاتفاق على كل العناصر اللازمة لمباشرة عملية الوساطة ، كتاريخ سريانها ، و تحديد هوية الوسيط و مدة عمله ، إضافة إلى الوثائق و المستندات الضرورية التي يستند عليها أطراف النزاع ، و تكاليف هذه العملية ، فضلا عن تحديد الاطار القانوني و كيفية اختيار القانون الواجب التطبيق [2].

يعتبر اتفاق الوساطة عملا اختياريا يعتمد على رضا الأطراف في إقامته ، إلا أن بعض التشريعات و اللوائح جعلته منه عملا ذا أولوية يجب اللجوء إليه قبل التحكيم أو القضاء ، على غرار قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية ICC "[3]، التي تنص على ضرورة اللجوء الى بعض الإجراءات السابقة ، مثل محاولة تسوية النزاع وديا عن طريق المفاوضات او الوساطة او التوفيق عن طريق طرف محايد بين طرفي النزاع .

ان اتفاق اطراف النزاع على تفعيل الوساطة و تحديد هوية الوسيط ، هو بمثابة حجر الأساس في مباشرة عملية الوساطة ، حيث يتم وضع خارطة طريق العملية حتى تكون بطريقة سلسة و انسيابية و تحقق الهدف المرجو منها بإنهاء النزاع ، شريطة التزامهم بما يلي :

- حضور جلسات الوساطة من قبل اطراف النزاع أو وكلائهم أو من فوضوهم ، و الالتزام بمواعيد الاجتماعات [4]؛
- تحديد مدة الوساطة ، التي من المرجح ان تتم بين 03 اشهر و 06 أشهر على أكثر تقدير ؛ وفق ما تنص عليه اللوائح و التنظيمات الدولية ؛
- الالتزام بالسرية اثناء حضور الجلسات .

---

[1] محي الدين القيسي ، مرجع سابق ، ص 6.

[2] محمد جعفر السليوي ، الإطار القانوني للوساطة في تسوية النزاعات التجارية الدولية ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق – جامعة عين شمس ، القاهرة – مصر ، ص 144.

[3] WWW.ICCWBO.ORG , 04/10/2019.

[4] أزاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 314.

هذه العوامل من شانها ان تسهم في إنجاح عملية الوساطة و إنهاء النزاع ، و هي تشكل التزاما على عاتق الأطراف بموجب شرط الوساطة المتفق عليه أو مشارطة الوساطة ، أين يتم تحديد التزامات كل طرف من الأطراف .

في الوساطة القضائية ، يستند اتفاق الأطراف على الوساطة في دور القاضي ، الذي يعمل على عرض الوساطة على الأطراف و محاولة اقناعهم بذلك و ما من شانه انهاء النزاع بطريقة ودية دون اللجوء إلى القضاء ، إذ نصت المادة 994 -1 من ق ا م ا على : " يجب على القاضي عرض اجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد " ، ما يعني ان المشرع الجزائري جعل هذا الإجراء وجوبيا على القاضي ، فيما نصت الفقرة 03 على : " إذا قبل الخصوم هذا الإجراء ، يعين القاضي وسيطا لتلقي وجهة نظر كل واحد منهم و محاولة التوفيق بينهم لتمكينهم من إيجاد حل للنزاع " [1].

و هو ما يوضح ان عملية الوساطة مربوطة دائما بموافقة الأطراف ، رغم الطابع القضائي للوساطة ، حيث يمكن أن لا يتفق الأطراف على ذلك و يحبذون اللجوء الى الية أخرى لتسوية النزاع ، فيما يلاحظ أن المشرع الجزائري فوض القاضي بتعيين الوسيط لمحاولة إيجاد حل توافقي للنزاع بين الأطراف .

الفرع الثاني : تعيين الوسيط و مهامه

للوساطة كغيرها من الآليات البديلة الأخرى قواعد خاصة بها ، فعلى اعتبار أن شخصية الوسيط تلعب دورا محوريا كبيرا و هاما في إتمام عملية الوساطة [2]، يكون من المهم بداية أن يتوافق السلوك المهني لهذا الوسيط المختار من الأطراف ، أو المعين من مركز الوساطة ، مع قواعد سلوكيات الوسيط .

[1] نص المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 .

[2] أزاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 318.

لذا تتسم عملية تعيين الوسيط بأهمية كبيرة في إنجاح عملية الوساطة ، فيحرص الأطراف على ضرورة الاختيار الصائب لشخص الوسيط الذي يتوفر على الخبرة و الكفاءة اللازمتين لإدارة النزاع و التوسط بين أطراف الخصومة أو باللجوء إلى مركز خاص يحوز على وسطاء ذوي خبرة و لهم من الكفاءة ما يمكنهم من إنجاح الوساطة ، و هو ما سنتطرق له من خلال ما يلي :

أولا : تعيين الوسيط

ترتبط الوساطة بشخص الوسيط ، بما أنها تتطلب أن يقوم طرف ثالث تتفق على قبوله جميع الأطراف بدعوة المتنازعين و تلقي الآراء المبدئية و عقد اجتماعات مغلقة و سرية أولا ، تؤول إلى الاتفاق على شخص الوسيط ، إذا كان حرا ، أو باللجوء إلى مركز وساطة دولي الذي يتم من خلاله تكليف احد الوسطاء للتوسط بين أطراف النزاع .

اتفقت اغلب الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالمنازعات الاستثمارية ، أو قواعد و لوائح المراكز و الهيئات الدولية على حرية الأطراف في الاتفاق على اختيار الوسيط الذي يرضونه لإدارة الوساطة بينهم ، حيث أقرت اتفاقية واشنطن لسنة 1965 على أن للأطراف الحرية الكاملة في كيفية اختيار الوسيط [1]، كما نصت المادة 07 من قواعد الوساطة لدى الهيئة الأمريكية للتحكيم "AAA" على : " يتفق الأطراف على اختيار الوسيط ، أو تتكفل الهيئة بتعيينه إذا لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك " ، فيما أقرت لوائح مركز القاهرة الإقليمي المتعلقة بالوساطة ، على حرية الأطراف في اختيار الوسيط ضمن قائمة الوسطاء المعتمدين لدى المركز ، أما إذا اختلفوا في ذلك فان المركز سيعين وسيطا يتكفل بعملية الوساطة بين أطراف النزاع [2].

بالنظر إلى التشريعات الداخلية المتعلقة بالوساطة فنجدها قد نظمت كيفية اختيار الوسيط أو تعيينه إذا كنا بصدد الوساطة القضائية ، وفق شروط معينة تضمن رضا الأطراف و مدى خبرة و كفاءة الوسيط التي تسهم في فض النزاع ، فقد اقر المشرع الأردني في قواعد الوساطة لسنة 2011 على أن اختيار الوسيط هو من صميم حرية الأطراف الذين يمكنهم اللجوء إلى القاضي

[1] احمد عبد الحميد عشوش ، مرجع سابق ، ص 123.

[2] احمد حسين جلاب الفتلاوي ، مرجع سابق ، ص 69.

المختص لطلب تعيينه ، إذا لم يتفقوا على ذلك [1]، كما نصت المادة 997 من ق ا م ا الجزائري رقم 08-09 على : " تسند الوساطة إلى شخص طبيعي أو إلى جمعية ، عندما يكون الوسيط المعين جمعية ، يقوم رئيسها بتعيين احد أعضائها لتنفيذ الإجراء باسمها و يخطر القاضي بذلك " [2]، فيما تضمنت المادة 999 منه ، ضرورة موافقة الخصوم على تعيين الوسيط و تحديد الآجال الممنوحة له للقيام بمهمته [3]، و هو ما يوضح أن رضا أطراف الخصومة بشخص الوسيط المعين يعد أمرا ضروريا في مدى تجاوبهم معه و الوصول إلى التسوية المأمولة للنزاع .

يتوقف نجاح الوسيط في القيام بدوره على بعض الشروط و المقومات التي يجب أن تتوافر في شخصه ، مثل نصت على ذلك المادة 998 من ق ا م ا كالتالي : " يجب أن يعين الشخص الطبيعي المكلف بالوساطة من بين الأشخاص المعترف لهم بحسن السلوك و الاستقامة و أن تتوفر فيه الشروط الآتية :

- أن لا يكون قد تعرض لعقوبة من جريمة مخلة بالشرف و أن لا يكون ممنوعا من حقوقه المدنية ؛
- أن يكون مؤهلا للنظر في المنازعة المعروضة عليه ؛
- أن يكون محايدا و مستقلا في ممارسة الوساطة [4]؛

فيما نظم ذلك المرسوم التنفيذي رقم 09-100 المتعلق بكيفيات تعيين الوسيط القضائي ، حيث نصت المادة 02 منه على : " يمكن لكل شخص تتوفر فيه الشروط المحددة في المادة 998 من القانون رقم 08-09 ، ان يطلب تسجيله في احدى قوائم الوسطاء القضائيين و ذلك ما لم يكن :

---

[1] زينب وحيد دحام ، مرجع سابق ، ص 91.

[2] نص المادة 997 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 .

[3] نصت المادة 999 على : " يجب أن يتضمن الأمر القاضي بتعيين الوسيط ما يأتي : موافقة الخصوم – تحديد الآجال الأولى الممنوحة للوسيط للقيام بمهمته ، و تاريخ رجوع القضية إلى الجلسة " ، فيما نصت المادة 1000 على : " بمجرد النطق بالأمر القاضي بتعيين الوسيط ، يقوم أمين الضبط بتبليغ نسخة منه للخصوم و الوسيط ، يخطر الوسيط القاضي بقبوله مهمة الوساطة دون تأخير و يدعو الخصوم إلى أول لقاء للوساطة "

[4] نص المادة 998 من نفس القانون .

- قد حكم عليه بسبب جناية او جنحة ؛
- قد حكم عليه كمسير من اجل جنحة الافلاس و لم يرد اعتباره ؛
- ضابطا عموميا وقع عزله او محاميا شطب اسمه او موظفا عموميا عزل بمقتضى اجراء تأديبي نهائي "[1].

كما نصت المادة 03 منه على : " يتم اختيار الوسيط القضائي من بين الاشخاص المعترف لهم بالنزاهة و الكفاءة و القدرة على حل النزاعات و تسويتها بالنظر الى مكانتهم الاجتماعية ، كما يمكن اختياره من بين الاشخاص الحائزين على شهادة جامعية او دبلوم او تكوين متخصص او اي وثيقة اخرى ، تؤهله لتولي الوساطة في نوع معين من النزاعات " [2] ، ما يوضح ان هذه الشروط يجب ان تتوفر في الشخص المرشح لتولي الوساطة ، مما يمكنه من النجاح في مهمة تسوية النزاع بين اطراف الخصومة .

عموما يجب أن تستند عملية تعيين الوسيط على قبول الأطراف ، فهذا يشكل العامل الاساسي للبدا في اجراءاتها ، مع مراعاة بعض الشروط و المقومات التي يجب أن تتوفر في شخص الوسيط ، مثل ما يلي :

- الحياد الذي يضمن العلاقة المتساوية البعد للوسيط عن جميع الأطراف ، و أن يبتعد عن المقاربة الذاتية و الشخصية للنزاع ، و يعتمد على المقاربة المنهجية و العلمية المحايدة ، و النظر إلى النزاع من زاوية موضوعية بين الفرقاء لكي لا يتم تفضيل طرف على حساب آخر ، فعلى هذا الأساس تتحدد ثقة الأطراف و استعدادهم لقبوله كوسيط ؛
- التمتع بثقة المتوسطين ، فإذا لم يكن الوسيط أهلا للثقة من جانب طرفي النزاع ، فان فرص الوصول إلى حل مقبول تكون ضئيلة [3]؛
- القدرة على إجراء الحوار و الإقناع التي تستمد من قوة شخصية الوسيط ؛

[1] نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 09-100 مؤرخ في 10 مارس 2009 يحدد كيفيات تعيين الوسيط القضائي .
[2] نص المادة 03 من نفس المرسوم .
[3] منير محمود بدوي ، مرجع سابق ، ص 80.

- سرعة البديهة و القدرة على التصرف في الظروف المفاجئة أو أي مرحلة من مراحل عملية الوسيط ؛
- التمتع بصفات متميزة ، مثل رباطة الجأش ، التهذيب ، اللطف ، اللباقة ، الشعور بالارتياح في الكلام [1]؛
- عدم إدلاء الوسيط لأي رأي في المركز القانوني للأطراف ، حتى لا يؤثر على جوانب النزاع بما انه ليس محكما و لا قاضيا [2]؛
- القدرة على التبرير و تقديم الاقتراحات و البدائل ، بتقريب وجهات النظر بين الأطراف و مساعدتهم على تفهم المواقف ؛ من خلاله تحكمه الجيد في لغة الخصوم ؛
- وجوب الإلمام الجيد بموضوع النزاع مسبقا حتى يتمكن من مناقشة أطرافه ،
- التمتع بالخبرة الكافية في منازعات الاستثمار و التجارة الدولية ، حتى يتمكن من الفصل في النزاع على نحو يتفق و مقتضيات المتغيرات الاقتصادية الدولية [3]؛

قد يكون الوسيط موظفا مختصا في مجال تسوية المنازعات الاستثمارية ، أو استشاريا تتوفر فيه المقومات اللازمة ، أو قد يكون قاض متقاعد ذا خبرة ، تعمل مراكز و هيئات تسوية المنازعات الدولية على توظيفهم ، على غرار الاكاديميين المختصين ، أو المحامين ، أو الخبراء الدوليين .

ثانيا : مهام الوسيط

بعد تعيين الوسيط ، يعمل الأطراف رفقته على تحديد الطريقة و الإجراءات التي تتم بها الوساطة ، حتى تكون ملائمة لنوع النزاع و من ثم تحديد و تجميع المعلومات مع التأكيد على سريتها التامة .

[1] أزاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 319.
[2] مُحَمَّد جعفر السليوي ، مرجع سابق ، ص 221.
[3] خالفي عبد اللطيف ، مرجع سابق ، ص 144.

تتمثل مهمة الوسيط في تسهيل و بناء سبل المناقشة بين أطراف النزاع ، من خلال توضيح جميع جوانب النزاع و تدوير الزوايا ، و تحليل الأسباب ، بالإضافة إلى مساعدة الفرقاء في التوصل إلى الحلول المناسبة في إطار احترام قواعد النظام العام [1]، و ذلك وفق ما يلي :

- تأسيس سبل المناقشة بصورة ترضي الطرفين ؛
- إشعار الأطراف بالمسؤولية تجاه تسوية النزاع ؛
- إشعار الأطراف باستقلاليتهم ؛
- تشجيع الأطراف على تبادل الآراء و المناقشة [2]؛

بعد ذلك يتم تحديد الأمور المتفق عليها ابتداء و الأمور غير المتفق عليها و التي هي موضوع النزاع ، حيث يتم ترتيبها حسب الأولويات و التعامل معها تباعا بين أطراف الخصومة و الوسيط ، إذ قد يتم التعامل معها كوحدة واحدة لتسويتها ، أو تجزئة مواضيع النزاع إلى نقاط و من ثم التعامل معها النقطة تلو الأخرى ، باعتبار أن العقود الاستثمارية الدولية متشعبة و متفرعة ، خصوصا تلك ذات الأجل الطويل ، و هذا لتحديد وجهات الاختلاف و الالتقاء في وجهات النظر و تقييم الحلول التي يتم التوصل إليها و وضعها في إطارها القانوني حتى تكون قابلة للتنفيذ و التطبيق [3]، بعد صياغة عقد التوافق الذي يوقعه الفرقاء .

يتضح أن الوسيط ليس قاضيا و لا محكما ، فهو بمثابة محفز ، يهدف في مهمته إلى تسهيل المفاوضات بين الأطراف ليجدوا حلا يتوافقون عليه لخلافهم ، على أن يبقى متجردا و محايدا و لا يصدر أحكاما بل يتفهم و يساعد [4]، لذلك يجب أن يكون مؤهلا للقيام بهذا الدور بحيازته لخبرة

---

[1] أشار الخبير الأمريكي " ارنست فريزن" من خلال الدورة التدريبية للقضاء على نظام إدارة الدعوى التي عقدت في الولايات المتحدة الأمريكية في الفترة ما بين 15-08 إلى 01-09-2002 إلى أن جوهر مهمة الوسيط هي جمع الأطراف مع بعضهم لخلق آلية مشجعة للأطراف لحل النزاع ، ...مشار إليها عند الدكتور أزاد شكور صالح ، مرجع سبق ذكره ، ص 316.

[2] مُحَمَّد جعفر السليوي ، مرجع سابق ، ص 145.

[3] المرجع ذاته ، ص 152.

[4] محي الدين القيسي ، مرجع سابق ، ص 102.

و مؤهلات تساعده على إتمام مهمته و إنجاح وساطته ، التي يجب أن تبنى على الإنصاف و العدالة و الامتثال لأحكام القانون [1].

الفرع الثالث : سير عملية الوساطة

تباشر الوساطة بعقد دورة مشتركة ، بين الوسيط و طرفي النزاع ، تبدأ بتبادل المذكرات المتقابلة بين الوسيط و كل طرف من الأطراف ، التي تحوز على جميع المعلومات المتعلقة بالنزاع ، بما فيها نقاط الالتقاء و الاختلاف بينهم التي أدت إلى نشأة النزاع [2]، مع تذكير كل طرف بالتزاماته بموجب العقد الاستثماري المبرم مع الطرف الآخر ، فيما يتولى الوسيط جمع كل المعلومات الجوهرية و الجانبية التي تفيد في حلحلة النزاع بين الأطراف .

تعتمد قواعد الوساطة في منازعات الاستثمار لدى المراكز الدولية ، على غرار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار " icsid" ، أو غرفة التجارة الدولية " icc" ، بالإضافة إلى هيئة التحكيم الأمريكية " aaa" ، على مباشرة الوسيط لمهمته من خلال " الوساطة البسيطة " [3]من اجل الوصول إلى حل ودي ، بدعوة الخصوم للاجتماع ، سواء مجتمعين أو كل على حدة ، لإيجاد مناخ مناسب للتفاوض و جمع المعلومات المفيدة ، ثم يقوم بتوضيح مفهوم الوساطة للأطراف ، قبل البدا في عملية الربط بين الأطراف و بعث المفاوضات ، لتبادل جميع المعلومات المتعلقة بالنزاع عن طريق الوسيط ، الذي يطرح ذلك ، و يوضح أين يكمن أصل الاختلاف بينهم ، و كيف يمكن تجاوزه ، بتحديد المصالح بغية مساعدتهم على إيجاد أرضية صالحة للاتفاق و تسوية النزاع .

بعد اجتماع الأطراف و توضيح معالم النزاع ، يحاول الوسيط إقناع الأطراف بضرورة تبني الحل الوسط و تنازل كل منهما عن جزء من طلباته للوصول إلى التسوية الملائمة ، علما أن التصريحات الشفهية و المستندات الخطية التي اطلع عليها الوسيط من قبل الطرفين خلال

---

[1] أزاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 316.

[2] احمد مخلوف ، مرجع سابق ، ص 198.

[3] هي تلك الوساطة التي يلعب فيها الوسيط دور الموصل فقط لعروض الأطراف ، مع الالتزام بالحياد و ضمان توازن مراكز الطرفين ، كما لا يطرح الوسيط أي حل خلال هذه المرحلة ...للتفصيل أكثر ، مُحَّد جعفر السليوي ، مرجع سابق ، ص 146.

الاجتماعات المنفصلة أو بأي شكل كان لا يمكن إبلاغها للطرف الآخر دون موافقة صريحة من قبل الطرف الذي أدلى بها أو زود الغير بها [1]، خصوصا إذا كان النزاع معقدا ، و متعدد الجوانب و يشمل اختلافا بينا في الآراء ، حيث يعمل الوسيط على استيعاب ادعاء كل خصم و دفاعه ، قبل تحليل وجهات النظر و محاولة تقريبها مشجعا الأطراف على الإدلاء بأكبر قدر ممكن من المعلومات لتحفيزهم على قبول تسويته المقترحة ، ا و أن يستنجد بأي طرف آخر يمكن له الإدلاء بدوله في موضوع النزاع ، سواء كانت وساطة اتفاقية أو قضائية ، حيث نصت المادة 1001 -2 من ق ا م ا رقم 08-09 على : " يجوز للوسيط بعد موافقة الخصوم سماع كل شخص يقبل بذلك ، و يرى في سماعه فائدة لتسوية النزاع " [2]، و هو ما تضمنته المادة 371 من قانون م م الفرنسي وفق ما يلي : " يمكن للوسيط سماع أي شخص يمكن أن تسهم شهادته في تسوية النزاع " ، و هذا ما يرتبط بموافقة الخصوم في ظل الوساطة الاتفاقية أو موافقة القاضي إذا كانت الوساطة ذات طبيعة قضائية[3] .

إذا تبين أن الوساطة البسيطة لم تفضي إلى أي نتيجة ، كما لو لم تتضح أي بوادر لفض النزاع ، ينتقل دور الوسيط من الإشراف على الجلسات في المركز و إيصال مقترحات كل طرف إلى الطرف الآخر و مناقشته فيها ، إلى الوساطة الفعالة ، أين يمكن له صياغة مشروع التسوية و عرضه على الأطراف ، بعد تحديد نقاط الخلاف الجوهرية و بيانها لهم [4]، من خلال الدور الفعال الذي يلعبه الوسيط بتحويل أجواء لقاء الأطراف من التخاصم إلى التعاون ، ليمكنهم من اتخاذ القرارات و الخيارات [5].

كثيرا ما تنجح الوساطة الفعالة في تسوية النزاع بين الأطراف ، خصوصا إذا أدى الوسيط دوره الكامل كما ينبغي و التزم بما يترتب عليه ، حتى قبل انتهاء مدتها التي تحدد عادة ب 03

---

[1] محي الدين القيسي ، مرجع سابق ، ص 103.

[2] نص المادة 1001 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 .

[3] Albert colliard , op cit , p 321.

[4] يعتبر مركز square trade، من أهم المراكز الدولية التي تأخذ بنظام الوساطة الفعالة ، للتفصيل أكثر انظر : www.squaretrade.com/learnmore/odr

[5] أباريان علاء ، مرجع سابق ، ص 77.

أشهر من انطلاق أولى جلساتها ، أما إذا اتضح له أن أيا من مسائل النزاع لا تحتمل التسوية عن طريق الوساطة ، فله أن يقترح عليهما الإجراءات أو السبل التي يرجح أن تؤدي ، على ضوء ظروف النزاع أو أي علاقة عمل بين الطرفين ، إلى تسوية تلك المسائل بأكبر قدر من الفعالية و اقل قدر من التكاليف ، كان يطلب من الأطراف تقديم حلولا أخيرة للتسوية ، أو الأخذ بقرار خبير في أي مسالة من مسائل النزاع [1]، أو اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي لتسوية النزاع بصفة نهائية ، سواء من خلال عرض القضية من جديد على هيئة التحكيم إذا اتفق الأطراف على ذلك ، أو انتقال مهمة الوسيط إلى محكم من خلال "الوساطة التحكيمية " Med-arb ، و هذا باختيار احد العروض التي كانت قد طرحت سابقا لتسوية النزاع ، مع عدم الإخلال بحق أي طرف من الطرفين في إبداء أوجه دفاعه أمام التحكيم ، دون أن يكون للطرف الآخر التمسك بالمستندات أو الحجج أو الطلبات التي سبق و أن أبديت أمام الوسيط ، و لا يجوز للوسيط أن يشهد بها .

عموما تتسم مراحل عملية الوساطة بما يلي :

- التعاقد على اللجوء إلى الوساطة ، بعد تقييم قابلية النزاع لذلك ، ووضع البنى الأساسية و تحديد أدوار كل طرف [2]؛
- معالجة مواضيع النزاع ، عن طريق عقد جلسات تمهيدية بين اطراف النزاع بعد تحديد و جمع المعلومات ، و ضبط نقاط الاتفاق و الاختلاف و تحديد الأمور التي يجب البت فيها
- التعامل مع النزاع بشكل جيد و متكامل ، بعقد جلسات مشتركة و مغلقة ، تسمح بتحديد جوانب النزاع و شكله ، و عرض وجهات النظر المتباينة بين الاطراف ، كما يعمل الوسيط على تمييز و فصل المصالح المشتركة و المتباينة عن طريق التفرقة بين الوقائع القانونية و أولويات الأطراف ، و من ثم إعادة النظر في النزاع ، لمحاولة التوصل الى الحل الوسط و المتوازن الذي يحظى بقبول الاطراف[3]؛

[1] مُحَمَّد سعيد علوان ، مرجع سابق ، ص 197.

[2] منير محمود بدوي ، مرجع سابق ، ص 88.

[3] أزاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 315.

- تطوير و تقييم الخيارات ، عن طريق طرح الحلول المقترحة و الممكنة لتسوية النزاع ، و تقييمها من حيث الأهداف و مدى ملائمتها لنقاط المرجعية ، و بعدها يتم امتحان الخيارات و اختيار أهمها [1]؛
- الوصول إلى الاتفاق ، بعد جلسات التسوية و إنهاء النزاع ، عن طريق صياغة مسودة للاتفاقية النهائية ليتم مراجعتها من قبل الأطراف او المحامين او غيرهم كالمستشارين و المحاسبين ، على أن يتم تنفيذها بعد ذلك [2].

الفرع الرابع : انتهاء الوساطة

إذا انجح الوسيط في الوصول إلى قواسم مشتركة بين الأطراف ، فان ذلك يعني أن عملية الوساطة قد وصلت إلى مرحلة اتفاق ، الذي يدون في وثيقة تسوية موقعة منهم تتمتع فيما بينهم بحجية الشيء المقضي به ، و هي شبيهة بالحكم التحكيمي أو القضائي ، إذا تم تصديقه من طرف المحكمة المختصة ، و هذا ما يجعل التسوية ملزمة للطرفين [3].

تضمنت قواعد الوساطة لدى المراكز و الهيئات الدولية المختصة بتسوية منازعات الاستثمار على أو بموجب التشريعات لداخلية ، ضرورة تدوين اتفاق الأطراف على إنهاء النزاع عن طريق الوساطة ، حتى يكون له حجة السند التنفيذي و حجية الشيء المقضي فيه ، على غرار حكم التحكيم ، فهو ما يجعله الأساس الذي يتم وفقه إنهاء النزاع و إعادة وضعية الأطراف إلى ما كانت عليه في السابق ، كما يجعل علاقتهم الاستثمارية تستمر بما أن ما يميز اتفاق الوساطة عن الحكم التحكيمي أو القضائي يتمثل في رضا الأطراف و قبولهم بالحل الوسط الذي تفرزه الوساطة ، على غرار هيئة التحكيم الأمريكية التي نصت المادة 17 من قواعدها للوساطة على " يفرغ اتفاق أطراف الوساطة في محضر الوساطة " ، كما تضمنت قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات

[1] قشي الخير ، مرجع سابق ، ص 101.
[2] محمد جعفر السليوي ، مرجع سابق ، ص 146.
[3] فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 116.

الاستثمار ضرورة إعداد محضر الوساطة الذي يمثل اتفاق إنهاء النزاع بعد توقيعه من قبل الأطراف رفقة الوسيط ، الذي يحتج به فيما بعد للحصول على السند التنفيذي [1].

في الوساطة القضائية ، نصت المادة 1003 من ق ا م ا رقم 08-09 على : " عند إنهاء الوسيط لمهمته يخطر القاضي كتابيا بما توصل إليه الخصوم من اتفاق أو عدمه ، في حالة الاتفاق يحرر الوسيط محضرا يضمنه محتوى الاتفاق و يوقعه الخصوم ، ترجع القضية أمام القاضي في التاريخ المحدد لها مسبقا "[2]، فيما نصت المادة 1004 على : " يقوم القاضي بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل لأي طعن ، و يعد محضر الاتفاق سندا تنفيذيا "[3] ، ما يوضح أن محضر اتفاق أطراف الوساطة يحوز مباشرة على السند التنفيذي بمجرد مصادقة القاضي عليه و يمكن بالتالي تنفيذه و تسوية النزاع نهائيا .

أما إذا استحالت التسوية عن طريق الوساطة ، فيقرر الوسيط إنهاءها إذا رأى انه من غير الممكن حسب تقديره أن تؤدي إلى تسوية النزاع ، أو قد يتم من قبل احد الطرفين في أي وقت بعد بدا إجراءات الوساطة و قبل التوقيع على أي اتفاق بشان تسوية النزاع [4]، حيث يتم اللجوء إلى أي آلية أخرى لتسوية النزاع بين الأطراف ، فإذا كان اتفاق الأطراف المدون في العقد الأصلي بينهما ينص على اللجوء إلى التحكيم إذا فشلت مساعي الوساطة ، و هذا ما أصبحت تتضمنه الكثير من العقود الاستثمارية الدولية ، فيتم تفعيله من قبل الطرف الذي طالب بإنهاء الوساطة ، أو من خلال مشارطة التحكيم بعد انتهاء إجراءات الوساطة دون تسوية النزاع ، و مباشرة إجراءاته .

كما يمكن للأطراف اللجوء إلى القضاء إذا تمت الوساطة القضائية و انتهت مهمة الوسيط ، سواء كان ذلك من طرف القاضي بعدما تبين له أن لا جدوى من عملية الوساطة لأي سبب من الأسباب ، أو بطلب احد الأطراف ، مثلما نصت على ذلك المادة 1002 من ق ا م ا رقم

---

[1] محمد سعيد علوان ، مرجع سابق ، ص 201.

[2] نص المادة 1003 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 .

[3] نص المادة 1004 من نفس القانون .

[4] إبراهيم محمد البوعناني ، مرجع سابق ، ص 46.

08-09 على : " يمكن للقاضي في أي وقت إنهاء الوساطة ، بطلب من الوسيط أو من الخصوم ، يمكن للقاضي إنهاء الوساطة تلقائيا عندما يتبين له استحالة السير الحسن لها ، و في جميع الحالات ترجع القضية إلى الجلسة و يستدعى الوسيط و الخصوم إليها عن طريق أمين الضبط "[1] ، أو قد يتم تمديد مهمة الوسيط إذا كان ذلك ضروريا لإتمام إجراءات فض النزاع و هذا بأمر من القاضي بعد موافقة الخصوم .

تتلاءم الوساطة مع منازعات الاستثمار الأجنبي ، خصوصا التي يحرص أطرافها على ضرورة استمرار العلاقات بينهم ، إذا أدركوا مدى كونها عملية مركبة تعبر عن نوع من السلوك و الأنشطة الارتباطية ، و أحسنوا اختيار الوسيط الذي يمكنه تشخيص النزاع و إيجاد الخيارات الملائمة لانهاءه ، بتخصيص القدر الملائم من الاهتمام و الوقت اللازمين ، و التجاوب مع جهود الوسيط و مقترحاته .

المطلب الثاني : مزايا و عيوب الوساطة في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

اخذت الوساطة حيزا هاما ضمن الاليات البديلة لتسوية المنازعات ، خصوصا تلك المتعلقة بالاستثمارات الدولية ، نظرا لمزاياها العديدة التي تتلاءم و هذا النوع من النزاعات ، بعيدا عن القضاء و التحكيم ، حيث اصبحت اغلب العقود الاستثمارية تنص على بند يوجب اللجوء الى الوساطة او التوفيق ، قبل التحكيم ، الذي يترك كحل اخير لتسوية النزاع ، و هذا رغبة من الاطراف في محاولة فض الخصومة بأحسن طريقة ممكنة ، سواء من ناحية الوقت و الجهد ، او من ناحية التكاليف ، باعتبار ان الوساطة هي السبيل المناسب ، فهي لا تتطلب شكليات و اجراءات معقدة ، او تكاليف باهظة .

رغم ذلك لا يخلو نظام الوساطة من بعض العيوب التي لا تجعله فعالا بالشكل المطلوب ، و قد يكون احيانا مجرد اهدار للوقت اذا كان النزاع معقد و يشمل عدة مسائل مما يجعل اللجوء الى التحكيم امرا ضروريا ، و هذا ما سنتطرق له وفق ما يلي :

[1] نص المادة 1002 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 .

الفرع الأول : مزايا الوساطة

- الوساطة هي الية بسيطة ، سهلة و مرنة لتسوية المنازعات ، من حيث الزمان و المكان ، حيث لا تتطلب محاكمات طويلة و شكليات معقدة ؛
- تهدف الوساطة الى الوصول الى نتائج منصفة و عادلة لطرفي النزاع ؛ لان الوسيط لا يراعي تطبيق القواعد القانونية بقدر ما يولي اهمية كبرى لكيفية تسوية النزاع بالحلول المتوازنة و المرضية للطرفين ، على عكس المحكم او القاضي [1]؛
- تجعل الوساطة لدى اطراف النزاع نوعا من الرضا و الاطمئنان خصوصا اذا كان الوسيط محايدا و مستقلا و ذا كفاءة و خبرة ، فمشاركة الاطراف بذاتهم في اختيار الوسيط بموجب الوساطة الاتفاقية تجعلهما في اريحية مما سيصدر منه او ما سيتوصل اليه في موضوع النزاع ؛
- كثيرا ما تستمر العلاقات الاستثمارية بين الاطراف ضمانا لمصالحهم المشتركة ، اذا تم تسوية النزاع عن طريق الوساطة ؛ فهي لا تخلف اي تبعات مثل تلك التي تترتب عن الحكم القضائي او التحكيمي ؛
- تتيح الوساطة مشاركة اطراف النزاع في ايجاد الحل الملائم للنزاع ، مما يسهل من عملية التزامهم بما تم التوصل اليه و تنفيذه ؛
- الية اختيارية ودية ، لا ترتب اي اجبار او الزام بولوجها ، تستند على اتفاق الاطراف و رضاهم على اتباعها ، كما يمكن لهم انهاءها في اي وقت ؛
- تكفل الوساطة الخصوصية و السرية اثناء تسوية النزاع ، فلا يمكن للأطراف البوح بما تم التطرق اليه خلال اجتماعهم ، او استخدام ذلك اذا ما تم الانتقال الى الوساطة التحكيمية او الى التحكيم مباشرة ، وفق اتفاق الوساطة ، كما لا يمكن للوسيط ان يستعمل تلك المعلومات او المستندات دون رضا الاطراف ؛ فهذا من بين الشروط اللازمة لتعيينه قبل تولي عملية الوساطة ؛

[1] فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 299.

- قليلة التكاليف و لا تستغرق وقت طويلا ، فحقوق تفعيل الوساطة منخفضة بالمقارنة مع التحكيم ، سواء من خلال تسجيل الملفات و المستندات ، او تسديد اتعب الوسيط ، كما ان أطول وساطة قد تستمر الى غاية 06 اشهر[1]؛

الفرع الثاني : عيوب الوساطة

- ان مرونة الوساطة تجعلها تفتقد الى القوة الالزامية التي تجبر طرفي النزاع ، سواء من خلال تنفيذ ما تم التوصل اليه او امكانية انهاءها في اي مرحلة كانت ؛
- قد تكون الوساطة مجرد اجراء شكلي يؤدي الى اهدار الوقت و الجهد اذا ما كان النزاع لا يتلاءم مع طبيعة الوساطة ؛
- افتقاد الوسيط للجزم في موضوع النزاع نظرا لعدم حيازته على الصفة القضائية ؛
- ان عدم قدرة الوسيط على اقناع الاطراف على قبول اقتراحاته رغم توازنها ، قد تؤدي الى اطالة امد النزاع ؛
- ان لجوء الاطراف الى مراكز تحكيمية لتفعيل عملية الوساطة قد يسهم في التقليل من نجاح مسعى الوسيط ، و يجعل اللجوء الى التحكيم اسهل في نظر الاطراف لتسوية النزاع .

[1] ابارياان علاء ، مرجع سابق ، ص 69.

المبحث الثالث

إجراءات التوفيق كآلية بديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

تبنت هيئات و مراكز التحكيم نظاما للتوفيق ييسر على أطراف عقود الاستثمار الدولية تسوية ما ينشأ بينهم من منازعات ، لكون التوفيق حلا مفضلا لمثل هذه المنازعات لما يؤدي إليه من تسهيل التسوية بالتراضي بين الأطراف ، فقد قامت غرف التحكيم الدولية و المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن بوضع نظام للتوفيق الاختياري من شأنه مساعدة الأطراف للتوصل إلى تسوية النزاع بطريقة ودية [1].

في هذا ، نصت العديد من الشروط التعاقدية على التزام اطراف العقد الاستثماري بسلوك طريق التوفيق لتسوية و انهاء نزاعهم ، و تجنب اي طرق اخرى قد تكون شاقة و معقدة اجرائيا ، و غير مأمونة الاحكام من حيث مراعاة المصالح المشتركة للخصوم ، وفق ما نظمته اتفاقية واشنطن المبرمة في 18 مارس 1965 الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الاخرى ، من احكام و اجراءات للتوفيق في المواد من 28 الى 35 منها ، و اقره القانون النموذجي model law للتوفيق التجاري الدولي الذي اعدته لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي uncitral لسنة 2002 وفق 14 مادة منه ، تتعلق كلها بكيفية ولوج طريق التوفيق التجاري الدولي و تنظيم اجراءاته .

هذا ما اعتمدته بعض التشريعات الداخلية للدول المتعلقة بتسوية المنازعات عن طريق التوفيق ، على غرار قانون لجان التوفيق في فض المنازعات رقم 07 لسنة 2000 في مصر ، و القانون رقم 83 لسنة 2002 بشان المناطق الاقتصادية ذات الطبيعة الخاصة [2]، الذي نصت المادة 58 منه على : " فيما عدا الطلبات التي يختص بها القضاء المستعجل ، يكون اللجوء الى القضاء بعد عرض النزاع على احدى هيئات التوفيق المختصة بالمركز – مركز تسوية المنازعات – و

[1] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 365.

[2] قانون رقم 83 بشان المناطق الاقتصادية ذات الطبيعة الخاصة ، جريدة رسمية مصرية رقم 22 بتاريخ 05 جوان 2002.

صدور قرارها فيه ، او انقضاء ستين يوما من تاريخ التقرير بالاعتراض امامها دون صدور قرار[1] " ، بالإضافة الى ما تضمنه القانون رقم 120 لسنة 2008 المتعلق بإنشاء المحاكم الاقتصادية حول تنظيم التوفيق و اعتماده طريقا لتسوية المنازعات الاقتصادية و المالية [2]، فيما اعتمد المشرع الفرنسي التوفيق لتسوية المنازعات في شقيه القضائي و الرضائي بموجب ق م م لسنة 2011 .

و ادراكا من القائمين على شؤون هيئات و مراكز التحكيم المؤسسي عبر العالم ، لأهمية الاليات البديلة لتسوية المنازعات الاستثمارية ، لاسيما التوفيق التجاري الدولي ، فقد حرصوا على تضمين لوائح تلك المراكز و الهيئات احكاما خاصة به ، على غرار غرفة التجارة الدولية icc ، التي تضمنت لوائح العمل بها احكاما خاصة بنظام المصالحة و هو التوفيق ، في لائحتها الصادرة سنة 1998 [3]، و جاء بها انه ادراكا من الغرفة لأهمية التوفيق و الصلح في تسوية منازعات التجارة الدولية فقد قامت غرفة التجارة الدولية بوضع هذا النظام للتوفيق الاختياري conciliation conventionnelle " كي تسهل التسوية بالتراضي لمثل هذه المنازعات

تقتضي دراسة اجراءات التوفيق في تسوية منازعات الاستثمار الاجنبي التطرق اولا الى اتفاق التوفيق في مطلب اول ، ثم اختيار الموفق و مهامه من خلال مطلب ثان ، قبل ان نستعرض سير عملية التوفيق بموجب مطلب ثالث ، ثم انتهاء التوفيق في المطلب الرابع ، على النحو التالي :

المطلب الاول : اتفاق التوفيق

لا خلاف في ان التوفيق هو نظام رضائي ، يتم خارج ساحات القضاء ، و لا يتم الدخول فيه إلا باتفاق مسبق بين اطراف النزاع ، سواء تم هذا الاتفاق قبل وقوع النزاع ، او بعده ، كما ان الموفق حينما يسعى في التوفيق بين الاطراف ، فان ما يتم التوصل اليه من صلح او تسوية ، لا يرغم هؤلاء على قبوله و ليس للموفق ان يلزمهم به ، لان ما يسفر عنه لا قيمة له بغير اتفاق الاطراف على قبوله .

---

[1] نص المادة 58 من القانون رقم 83 بشان المناطق الاقتصادية ذات الطبيعة الخاصة .

[2] احمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 243.

[3] هذه اللوائح متاحة على العنوان الالكتروني : www.icc.org، تاريخ الزيارة 2019/10/20.

ان مباشرة عملية التوفيق ، تبدأ من خلال إبداء رغبة أحد الاطراف ، أو كلاهما في اللجوء إلى التوفيق كوسيلة للتسوية الودية ، من خلال طلب يقدم إلى الطرف الآخر ، كما قد تجري نتيجة لاتفاق بين الطرفين قبل نشأة النزاع و هو ما يسمى ب " شرط التوفيق " ، أو بناء على دعوة من مركز أو غرفة التحكيم .

يمثل شرط التوفيق clause de conciliation" اتفاق اطراف العقد او العلاقة القانونية على اللجوء الى التوفيق لتسوية ما قد ينشا بينهم من منازعات مستقبلا ، سواء ورد ضمن شروط او بنود عقد معين او ورد في صورة اتفاق مستقل ملحق بذلك العقد [1]، وفق ما اشار اليه القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي uncitral لسنة 2002 في المادة 01 منه : " يطبق هذا القانون بصرف النظر عن الاساس الذي يجري التوفيق بناء عليه ، بما في ذلك اتفاق الطرفين سواء تم التوصل اليه قبل نشأة النزاع ..." ، كما تشترط بعض الهيئات و المراكز ادراج شرط التوفيق النموذجي ضمن العقود الاستثمارية حتى يمكن اللجوء لها فيما بعد لتسوية النزاع ، على غرار لائحة اجراءات التوفيق و التحكيم لدى مركز ابو ضبي للتوفيق و التحكيم التجاري لسنة 1993 ، التي نصت في المادة 09 منها على : " يعتمد مركز ابو ضبي للتوفيق و التحكيم التجاري شرطا نموذجيا لحل النزاعات التجارية الوطنية و الدولية بالتوفيق لاعتماد هذا الشرط في معاملاتهم بإدراجه في عقودهم و اتفاقاتهم وفق النص التالي : سائر النزاعات الناشئة عن تنفيذ او تفسير او انهاء هذا الاتفاق تحل نهائيا عن طريق التوفيق وفقا لأحكام التوفيق المنصوص عليها في لائحة مركز ابو ضبي للتوفيق و التحكيم التجاري و ذلك بواسطة هيئة توفيق مؤلفة من موفق واحد او ثلاثة موفقين او اكثر ، و يصار الى تسميتها و استدعائها وفقا للإجراءات و الاصول المنصوص عليها في لائحة المركز " [2].

فإذا كان الاصل العام هو لجوء الطرف المتضرر من النزاع الى القضاء او التحكيم ، لحماية حقوقه او ضمان اتخاذ اجراءات وقتية و تحفظية للمحافظة على اصل الاستثمار المتنازع عليه ،

[1] احمد عبدا لكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 262.

[2] نص المادة 09 من لائحة المركز المتاحة على العنوان الالكتروني : www.adccac.ae، تاريخ الزيارة 2019/10/22.

فان هذا الوضع قد يتغير عندما يرى هذا الاخير ان محاولة جادة للتوفيق قد تكون اجدى من سلوك سبيل المنازعة ، او اجدر لتفادي شطط الخصومة ، و ما يترتب من اجراءات اضافية قد تكون معقدة ، و تسهم في اطالة امد النزاع ، فهنا يبدي الطرف المتضرر رغبته الصادقة في التوفيق [1]، في صورة طلب يقدم الى الطرف الاخر ، إلا ان وضع غرف التحكيم نظما للمصالحة و التوفيق يستدعي تقديم هذا الطلب او الرغبة الى الامانة العامة لهيئة الغرفة او المركز[2] .

في ذلك نصت المادة 28 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 ، بشأن تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى ، على : " لأي دولة متعاقدة أو أي مواطن بدولة متعاقدة ترغب في إقامة إجراءات التوفيق تقديم طلب كتابي في هذا الخصوص إلى السكرتير العام الذي يرسل نسخة من الطلب للطرف الآخر النزاع " [3]، و قررته أيضا المادة 02 من نظام التسوية الذي وضعته غرفة التجارة الدولية بباريس icc ، بنصها على : " على الطرف الراغب في التوفيق أن يقدم طلبا للأمانة العامة لهيئة التحكيم الدولية لغرفة التجارة ، مبينا باختصار الغرض من الطلب ، و مرفقا به الرسم المطلوب لفتح الملف كما جاء في ملحق هذا النظام " [4].

هذا ما يوضح أن التوفيق يتفق مع نظام التحكيم في ضرورة إبداء الرغبة في سلوكهما ، كما و يتشابه معه أيضا في ضرورة قبول الطرف الآخر بإتباع هذين السبيلين دون وجود اتفاق بين الأطراف و صحته ، و إلا فإن الرغبة التي أبداها الطرف الأول لن تجد الطريق إلى الاستمرارية و مصيرها يكون الفشل [5]، فإذا اتفق الطرفان على اللجوء إلى التوفيق ، فان اتفاقهما يجب أن

---

[1] يعد هذا هو الوضع الغالب ، اذ عادة ما تجري التسوية الودية بناء على مبادرة احد الطرفين بعد نشأة النزاع ، و لكن في احوال اخرى تجري تلك التسوية امتثالا لاتفاق بين الطرفين قبل نشأة النزاع او بناء على دعوة من مركز او غرفة تحكيم ، و هو ما اكدته المادة 01-04 من قانون الاونسيترال النموذجي التي نصت على : " تنطبق هذه الاحكام التشريعية النموذجية دون اعتبار لما اذا كان التوفيق يجري بناء على مبادرة احد الطرفين بعد نشأة النزاع ، او امتثالا لاتفاق بين الطرفين قبل نشاة النزاع ، او عملا بتوجيه او طلب من محكمة او هيئة تحكيمية مختصة "

[2] احمد عبدا لكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 50.

[3] نص المادة 28 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار .

[4] www.icc.org , le 15/10/2019.

[5] مُحَّد ابراهيم موسى ، التوفيق التجاري الدولي و تغير النظرة السائدة حول سبل تسوية منازعات التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص 194.

يتضمن وصفا دقيقا للنزاع و طلبات أطرافه ، حتى يتمكن الموفق من الإلمام بكافة المسائل التي تثير الخلاف بين الأطراف ، فضلا عما يلعبه هذا الوصف من دور في اختيار " الموفق " ذاته ، إذ على أساسه يمكن لغرفة أو مركز التحكيم حسن اختيار الموفق أو الهيئة التي يمكن تكليفها للقيام بالتوفيق بين الأطراف [1].

ان ابداء الرغبة في اللجوء إلى التوفيق و الاتفاق عليه لا يحدث أي التزام على عاتق الطرف مقدم الطلب أو الذي أبدى موافقته على قبول هذه المحاولة ، بما ان جواز اللجوء الى التحكيم او الوساطة مكفول لأي منهما ، من خلال إنهاء إجراءاته سواء قبل البدء بها أو قبل انتهائها ، و هذا دون قيد أو شرط [2]، حيث نصت وفق ذلك المادة 08-04 من نظام التسوية لغرفة التجارة الدولية " icc " على أن محاولة التسوية عن طريق التوفيق ، تنتهي بإعلام الموفق من قبل احد الأطراف أو كلاهما عن نيته في عدم الاستمرار في مراحل التوفيق [3]، على العكس من اتفاق التحكيم الذي ينشئ التزاما سلبيا متبادلا على عاتق الأطراف بالامتناع عن اللجوء إلى القضاء للفصل في موضوع النزاع المتفق على إحالته إلى التحكيم ، كما يحدث هذا الاتفاق أثرا ايجابيا متمثلا في إجازة اللجوء إلى هيئة التحكيم المتفق عليها للفصل في موضوع النزاع وفقا لما يقرره اتفاق التحكيم و أحكام القوانين و الاتفاقيات الدولية[4].

قد يتفق الطرفان على تسوية ما بينهما من نزاع على اللجوء اولا الى التوفيق تلقائيا ، مثلما نصت على ذلك المادة 127 من ق م م الفرنسي لسنة 1996 وفق ما يلي : " يستطيع الاطراف التوفيق او التصالح من تلقاء انفسهم او بمبادرة من القاضي طوال فترة الخصومة " [5]، او بواسطة شخص معين من اختيارهما ، ثم اللجوء الى التحكيم اذا لم يرتض احد الطرفين ما ينتهي اليه الموفق ، و يعد هذا الاتفاق من البنود المهمة التي يوصى بإدراجها في عقود الاستثمار الدولية

[1] زينب وحيد دحام ، مرجع سابق ، ص 101.

[2] اباريان علاء ، مرجع سابق ، ص 123.

[3] محمد ابراهيم موسى ، مرجع سابق ، ص 196.

[4] Stefan jupe , op cit , p 331.

[5] نص المادة 127 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي لسنة 1996 وفق ما يلي : les parties peuvent se concilier d'elles – mêmes ou a l'initiative du juge tout au long de l'instance

[1]، اذ ان تدخل الموفق بعد اللجوء الى التحكيم تقل فعاليته عما لو كان قبله ، حيث يمكن تدارك اسباب النزاع و من ثم اقتراح الحل المناسب [2].

يلزم هذا الاتفاق الطرفين ، كما يلزم هيئة التحكيم بحيث لا يجوز لأي طرف اللجوء مباشرة الى التحكيم قبل استنفاذ وسيلة التوفيق ، فان لجا احد الاطراف مباشرة الى التحكيم ، فعلى هيئة التحكيم ان تقضي بعدم اختصاصها بالدعوى التحكيمية لعدم سلوك الطريق الذي اوجب الاتفاق سلوكه قبل اللجوء الى التحكيم [3]، بيد انه لا يمنع من اتخاذ اجراءات تحفظية او وقتية من قبل احد الاطراف للحفاظ على حقوقه ، و يتعهد الطرفان بعدم استخدام اي معلومات حصلا عليها اثناء التوفيق ، و ذلك امام اي جهة كانت سواء قضائية او تحكيمية او افشاءها للغير ، وفق ما تؤكده المادة 09 من قانون التوفيق التجاري الدولي للجنة الامم المتحدة لسنة 2002 ، بنصها على : " يحرص على الحفاظ على سرية جميع المعلومات المتعلقة بإجراءات التوفيق ، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ، و ما لم يكن افشائها لازما بمقتضى القانون او لأغراض تنفيذ اتفاق تسوية او انفاذه " [4]، لان التوفيق يهدف الى تسوية المنازعات المتعلقة بتنازع المصالح و تعارضها مقارنة بتنازع الحقوق الذي يسوى عادة بتطبيق القاعدة القانونية [5]، فهو الية شبه قضائية

---

[1] هذا ما يتجه اليه اطراف العقود الدولية ، اذ تتضمن ما يبرمونه منها احكاما تنظم عملية التوفيق ، فالعديد من العقود الاستثمارية الدولية تتضمن من بين شروطها و بنودها قواعد خاصة بالتوفيق ، حيث يتفق الطرفان على ان كل المنازعات الناشئة عن تفسير العقد او تنفيذه او انهاءه تحل نهائيا بطريق التوفيق و ذلك بواسطة هيئة توفيق مكونة من موفق واحد او اكثر ، يتم الاتفاق عليه او عليهم و تسميتهم و تحديد سلطاتهم ، خذ مثلا المادة 26 من احد العقود المبرمة بين احدى الهيئات المصرية و شركة " ماترا " الفرنسية للأنظمة و المعلومات سنة 1999 ، حيث نصت على انه يجوز لحل أي مسالة طبقا لمفهوم المادة الماثلة ، اللجوء الى نظام التوفيق ، و يعين كل طرف الموفق الذي يختاره من الجنسية التي يراها و ذلك خلال اسبوع من تاريخ اتفاقهم على اللجوء الى التوفيق ، ليقوم الموفقان معا بتحضير مشروع اتفاق " صلح " تمهيدا لإقراره من الطرفين ، و تتم اعمال هذا التوفيق بمحافظة القاهرة او الجيزة بمصر ....انظر د . احمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سبق ذكره ، ص 45 ، كما اشار لها د. محمد ابراهيم موسى ، مرجع سبق ذكره ، ص 126.

[2] اباريان علاء ، مرجع سابق ، ص 150.

[3] قشي الخير ، مرجع سابق ، ص 30.

[4] نص المادة 9 من قانون التوفيق التجاري الدولي للجنة الامم المتحدة لسنة 2002 ، مشار اليها لدى د . ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 328.

[5] محمد عبد الودود ابو عمر ، مرجع سابق ، ص 123.

قضائية تتوسط الوساطة و التحكيم ، و تتطلب وجود جهاز او هيئة تكلف من الطرفين المتنازعين بالبحث في كل جوانب النزاع و اقتراح الحلول له .

المطلب الثاني : اختيار الموفق و مهامه

يشمل اتفاق الأطراف على اللجوء الى التوفيق في تسوية المنازعات ، تحديد كيفية اختيار الشخص الموفق الذي يقوم به ، و القواعد التي تحكم عمله ، اذا لم يتضمن العقد الإشارة إلى القواعد التي ستحكم موضوع النزاع ، مثل نظام التوفيق للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية ، أو قواعد التوفيق لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، و بالتالي تشمل مباشرة عملية التوفيق ما يلي :

- كيفية اختيار الشخص أو الأشخاص " الهيئة " الذي سيقومون بمهمة التوفيق ؛
- القواعد القانونية التي ستحكم عمل الموفق أو الهيئة [1].

يعتبر اللجوء إلى التوفيق مرحلة وسطا بين التفاوض و التقاضي حيث أنه يساعد على التعاون بين الأطراف ، إذ أن الغرض من التوفيق هو التوصل إلى تسوية ودية للنزاع بين الأطراف عن طريق اختيار موفق محايد يقدم اقتراحاته في النزاع ، دون ان يفصل فيه ، على ان يكون لكل من الطرفين الحرية في قبول أو رفض اقتراحات الموفق [2]، غير أن اقتناع طرفي النزاع بحياد الموفق يدعوهما في الغالب إلى النظر بعين الاعتبار لمقترحاته في اختيار الحل الذي يراه أكثر قبولا ، و مما يزيد من مصداقية الموفق أن يكون متخصصا في مجال الاستثمار أو على الأقل على دراية بها ، و لذلك فإنه من الأفضل عند اختيار الموفق أن يكون ذا خبرة فنية و عملية في مواجهة مشاكل الاستثمار موضوع النزاع ، فإذا كان النزاع يقوم على الخلاف حول تفسير بنود العقد أو ملحقاته فمن الأفضل أن يتوافر لدى القائم بالتوفيق خلفية قانونية .

يمكن ان يتفق اطراف النزاع على تعيين موفق فرد ، وفق حريتهم الكاملة ، كما يمكن أن يتولى التوفيق لجنة ، على ان تكون ذات تشكيل وتري ، فقد اتاحت غرف التحكيم و الاتفاقيات

[1] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 358.

[2] احمد عبد الحميد عشوش ، مرجع سابق ، ص 412.

المنظمة لتسوية المنازعات الدولية للأطراف عرض منازعاتهم على فرق للتوفيق يتم تكوينها وفق اليات و نظم واضحة ، و طبقا لاختصاصات محددة ، مع كفالة الضمانات التي تؤمن للأطراف السرية و الحياد ، فعلى الغالب تتكون هذه اللجان من ثلاثة أشخاص ، يعملون سواء من اجل ايجاد الحل المناسب للنزاع و اقناع الطرفين به ، حيث يتولى كل من الطرفين المتنازعين تعيين احد الموفقين ، أما الثالث فيعين باتفاق الطرفين اللذين تم اختيارهما أو بمعرفة جهة أو شخص يتفق عليه ، و هذا ما لقي انتقاد واسعا من الفقه لما له من تعارض مع اساس اللجوء الى الاليات البديلة ، الذي يتمثل في الحرية التامة للأطراف إلا ما اختلفا فيه ، فهو يقيد حرية الاطراف ، إلا ان الغرض من ذلك هو ترجيح كفة على حساب اخرى تحسبا لحدوث اي خلاف في وجهات النظر بين اعضائها [1].

على غرار هيئة التحكيم التي يجب ان تتشكل من عدد فردي حتى يمكن تغليب كفة طرف على حساب الاخر بخصوص الفصل في موضوع النزاع ، وفق ما تضمنته معظم التشريعات الدولية و الوطنية ، فان لوائح و تنظيمات الهيئات و المراكز الدولية المتخصصة بتسوية منازعات الاستثمار الدولية تعتمد على العدد الفردي في تشكيل لجنة التوفيق ، حيث تتيح لطرفي النزاع اختيار موفق واحد من بين الموفقين المعتمدين لدى المركز ، فيما يتولى المركز تعيين الموفق الثالث الذي يصبح صوته مرجحا في اختيار الحلول التي يطرحها الموفقان المختاران من قبل الاطراف ، مثلما تضمنته المادة 04-02 من قواعد الاونسيترال للتوفيق التجاري الدولي لسنة 1980 ، بالإضافة الى المادة 29-02 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 التي نصت على : " تشكل اللجنة من محكم واحد للتوفيق او اي عدد فردي من الموفقين يتم تعيينهم بموافقة الاطراف المتنازعة ، و اذا لم يتفق الطرفان على عدد الموفقين و على طريقة تعيينهم ، تشكل اللجنة من ثلاثة موفقين يقوم كل طرف بتعيين واحد و يتم تعيين الموفق الثالث الذي يتولى في هذه الحالة رئاسة اللجنة بالاتفاق بين طرفي النزاع " [2]مما يوضح ان هذه الاتفاقية اعطت الاطراف حرية تحديد عدد الموفقين دون ان تفرض عليهم اي

[1] اسامة احمد شوقي المليجي ، فكرة التوفيق في القانون المصري ، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات مؤتمر الاليات البديلة لتسوية النزاعات الدولية ، كلية الحقوق – جامعة طنطا ، 2002 ، ص 13.

[2] محمد ابراهيم موسى ، مرجع سابق ، ص 165.

التزام سوى التقيد بفردية التشكيل ، مع وضع القاعدة الاحتياطية التي تنص على تشكيل هيئة التوفيق من عدد فردي يكون ثلاثة موفقين في حالة عدم اتفاق الاطراف على العدد [1]، و هو ما ينسجم مع الفلسفة و الغرض التي تقوم عليها الاليات البديلة لتسوية المنازعات ، التي تهدف الى ازالة الشقاق و الخلاف بين الاطراف و الوصول بالعلاقة الى حيز التنفيذ .

فيما نصت المادة 14 من نفس الاتفاقية على : " يكون الاشخاص المعينون في قوائم المركز من ذوي الاخلاق العالية و ان يكون معترفا بكفاءتهم في مجال القانون و التجارة و الصناعة و المال بحيث يمكن الاعتماد عليهم في ممارسة الحكم على الامور حكما مستقلا ، و تشكل كفاءتهم في مجال القانون اهمية خاصة في حالة الاشخاص اعضاء هيئة التحكيم ، و عندما يقوم الرئيس بتعيين اشخاص للخدمة في الهيئة يتعين عليه ان يبذل قصارى جهده ، علاوة على ذلك اهتماما كافيا للتأكد من ان التمثيل في الهيئة يتفق مع المبادئ القانونية الاساسية و الاشكال العامة للنشاط الاقتصادي في العالم " [2]، ما يؤكد ان الموفق يجب ان يكون شخصا طبيعيا ، فلا يمكن ان يعهد بالتوفيق الى شخص اعتباري ، كما يكون كامل الاهلية ، و انتفاء اي مصلحة له مع موضوع النزاع ، فانتفاء المصلحة يعد شرطا اساسيا في نجاح الموفق في المهمة المكلف بها ، و المصلحة اما ان تكون مباشرة عندما يكون الموفق طرفا في النزاع الذي يتدخل لتسويته ، او غير مباشرة عندما تتحقق له استفادة من النزاع المعروض على هيئة التوفيق ، كان يكون دائنا او كفيلا او ضامنا لأحد الاطراف .

تقترب مهمة الموفق من مهام الوكيل او النائب المفوض من الطرفين ، فتتحدد مهامه باتفاقهما ، حيث يشمل العناصر الفنية و التقنية و القانونية لمواجهة موضوع النزاع [3]، فيعمل على تقريب وجهات النظر المختلفة و ابداء و تقديم المقترحات ، بما يكفل التوصل الى حلول مرضية لإنهاء النزاع بين الاطراف ، من خلال مساعي حميدة بعيدا عن فكرة الخصومة ، التي تمكن

[1] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 326.

[2] نص المادة 14 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 .

[3] جلال وفاء محمدين ، مرجع سابق ، ص 263.

الطرفين من الاحتفاظ بعلاقات طيبة [1]، لان اسلوب التوفيق يصبح عاملا مشجعا لتحسين هذه العلاقة و ديمومتها ، و يقلل من عدد حالات فسخ العقود الاستثمارية قبل استكمال تنفيذها ، و ما يترتب عن ذلك لطرفي العقد الاستثماري من خسائر و نفقات اضافية للتصفية و استرجاع الاصول الاستثمارية ، التي قد تؤدي الى نشأة نزاعات اخرى هما في غنى عنها ، بالإضافة لما يقدمه الموفق من حلول عملية مرنة يراعي فيها مبادئ العدالة و الحياد و الاستقلال و الانصاف ،

فنطاق التوفيق و الاتفاق النهائي قد يتجاوزان الحدود الصارمة للنزاع الذي دفعهما للجوء الى التوفيق [2].

المطلب الثالث : سير عملية التوفيق

تتوالى اجراءات التوفيق بواسطة الموفق المختار من اطراف النزاع وفق تقديره الخاص ، متوخيا في ذلك قواعد العدل و الحياد و الانصاف ، بالاجتماع مع اطراف النزاع او من يمثلهم ، سواء جماعة او كل على حده ، و هذا حسب مجموعة الاعمال الاجرائية المتتابعة التي ترمي الى التسوية الودية و الفصل في النزاع بين الاطراف ، من خلال ما يسمى بالمساعي الحميدة التي تبعد كثيرا عن فكرة الخصومة في النزاع [3].

يعمل الموفق على تعيين موضوع النزاع و اسبابه ، و الاحاطة بجميع جوانبه بإطلاع الاطراف على المسائل الجوهرية و غير الجوهرية ، ما يمكن تسويته و التوصل الى حلول بشأنه عن طريق التوفيق ، و هذا ما نلتمسه بوضوح من خلال المادة 24 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 التي نصت على : " يكون من واجب اللجنة توضيح عناصر النزاع بين الاطراف و ان تحاول

---

[1] مُحَمَّد ابراهيم موسى ، مرجع سابق ، ص 167.

[2] اسامة احمد شوقي المليجي ، مرجع سابق ، ص 14-15 .

[3] ذلك ما قررته المادة 05 من نظام المصالحة لغرفة التجارة الدولية ، و المادة 07 من قواعد التوفيق التجاري الدولي للجنة الامم المتحدة ، و تبنته التشريعات الداخلية على غرار قانون التوفيق و الوساطة المصري و قانون التحكيم الاردني لسنة 2011 ، بالإضافة الى قانون المرافعات المدنية الفرنسي في مواده 537 و 538 .....كما اشار لها الدكتور ازاد شكور صالح ، مرجع سبق ذكره ، ص 366.

الوصول الى شروط يقبلها الطرفان " [1]، فهذا ما عملت على انتهاجه المنظمات و المؤسسات و غرف التحكيم و مراكزه ، في تنظيم اجراءات التوفيق ، فقد نصت المادة 01 من نظام التوفيق لغرفة التجارة الدولية " icc " على ان تعين الغرفة موفقا واحدا يتولى مهمة التوفيق [2]، بعد تقديم طلب من قبل الطرف الذي يرغب في التوفيق الى الامانة العامة لهيئة التحكيم الدولية التابعة للغرفة مبينا الغرض من الطلب ، الذي يتم به اخطار الطرف الاخر به ، و مباشرة الموفق لمهامه مباشرة بعد موافقته ، على ان يعمل الموفق على توضيح جميع جوانب النزاع للطرفين اللذان يقدمان حججهما القانونية امامه و بحث اسباب النزاع بالتفصيل و ما يمكن ان يتوصلا اليه لحل النزاع [3].

يعمل الموفق اولا بالإعداد و التحضير لعملية التوفيق ، من خلال جمع كل المعلومات المتعلقة بأطراف النزاع و بأسبابه الجوهرية و الجانبية ، و تحضير السبل الكفيلة لحله قبل طرحها امام اطراف النزاع ، حيث يقوم فيما بعد بتقديم كل ما يتعلق بالنزاع امام طرفاه ، بتقديم بيان المشكلة و توضيحها بشكل جيد ، و بشرح دقيق و معمق ، قبل ان يتيح لهما المجال لعرض ما بحوزتهما عن موضوع النزاع و ما يمكنهما اقتراحه و قبوله للتسوية ، بعد تقديم جميع طلباتهما و ما بحوزتهما من مستندات و اثباتات التي تسهم في طرح و تقديم بدائل عديدة يمكن الاختيار بينها .

يهدف ذلك الى الاتفاق على الحل الذي يشبع رغبات الاطراف و يحقق امانيهم من خلال الملائمة بين ما يطالب به المدعي و ما يرد به المدعى عليه ، فالموفق يبذل جهودا سخية من اجل

---

[1] نص المادة 24 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الاخرى .

[2] www.icc.org ,op cit , 20/10/2019.

[3] هو ما نصت عليه كذلك المادة 27 من قواعد التوفيق لدى مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، كما تضمنته المادة 04-03 من نظام غرفة التجارة الدولية ، اذ تعتبر الدعى مرفوعة من تاريخ تسليم الطلب الى الامانة العامة بالغرفة التي تبلغ المدعي و المدعى عليه استلامها الطلب و تاريخ هذا الاستلام ، بيد ان الاتفاقية المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تقرر انه يكفي لتسجيل طلب التوفيق ان يتبين لسكرتير المجلس قرينة بسيطة على رغبة الاطراف في الاحتكام الى المركز ، فلا يتطلب الامر ضرورة اثبات تلك الرغبة بشكل قطعي ، و يعد من الدلائل على موافقة الاطراف ادراج هذه الاخيرة في اتفاقية الاستثمار المبرمة بينهم او النص على ذلك في قانون الاستثمار للدولة المضيفة له .

الموازنة بين ما تقرره العلاقة من حقوق و التزامات متقابلة على عاتق الاطراف ، التي تترتب على ابراز بعض النقاط عن العلاقة موضوع النزاع ، بعد تعاون الاطراف و مساعدتهم [1].

لهذا يتعين على الاطراف تزويد الموفق و موافاته بالبيانات و الوثائق و جميع المستندات التي تؤيد طلباتهم ، و هو ما تجيزه نظم التوفيق للموفق في طلب جميع المعلومات الاضافية التي قد يراها ضرورية [2]، وفق ما تؤكده المادة 05-05 من نظام التوفيق لغرفة التجارة الدولية التي نصت على : " يجوز للموفق في اي مرحلة من مراحل التوفيق ان يطلب من اي طرف ان يقدم اي معلومات اضافية يراها ضرورية " [3]، كما تقره المادة 05-03 من قواعد التوفيق التجاري الدولي للجنة الامم المتحدة لسنة 2002 بنصها على : " في اي مرحلة من اجراءات التوفيق يجوز للموفق ان يطلب من اي من الطرفين ان يقدم اليه ما يراه مناسبا من معلومات اضافية " [4].

عموما تتمثل اجراءات التوفيق التجاري الدولي في تسوية منازعات الاستثمار فيما يلي :

- الاتفاق على اللجوء الى التوفيق بين اطراف النزاع ، سواء بموجب بند في العقد الاصلي بينهم ، او بناء على طلب احدهم من خلال مشارطة التوفيق بعد نشأة النزاع ؛
- تعيين الموفق بموافقة اطراف النزاع ، سواء كان حرا ، او باللجوء الى مؤسسة او مركز متخصص في ذلك ، شريطة ان يكون محايدا و نزيها و ملما بنزاعات الاستثمار حتى يمكن له ايجاد الحلول المناسبة لذلك ، اما اذا كانت لجنة توفيق فيجب ان تكون ذات تشكيل وتري حتى تتمكن من تغليب الحل المناسب المقترح على اطراف النزاع ؛
- يباشر الموفق مهامه وفق ما يحدده الاطراف او ما تقره الهيئة او المركز الذي ينتمي اليه من اجراءات منظمة للعملية ؛

---

[1] La procédure de conciliation ne peut être mise en place sans l'accord des deux parties , exprime par une clause de leur contrat ou , plus tard par une convention de conciliation ou de médiation ….pour plus de détaille v Philippe fouchard , op cit , p 19.

[2] محمد ابراهيم موسى ، مرجع سابق ، ص 178.

[3] www.icc.org , op cit , 20/10/2019.

[4] نص المادة 05-03 من قواعد التوفيق التجاري الدولي للجنة الامم المتحدة لسنة 2002 ، متاحة على العنوان الالكتروني : www.jus.ulo.no/conciliation.rules ، زيارة بتاريخ 20 /2019/10.

- يقوم الموفق بالتحضير الجيد لعملية التوفيق من خلال جمع كل ما يتعلق بموضوع النزاع حتى يمكنه من معرفة اسبابه الجوهرية ؛
- جمع اطراف النزاع و طرح بيان المشكلة بينهما و توضيح اسباب نشأة النزاع و حقوق و التزامات كل طرف ؛
- تقديم اطراف النزاع لكل ما بحوزتهما من مستندات و وثائق ، بالإضافة الى طلباتهما ؛
- اقتراح الموفق للحلول الملائمة و المناسبة لتسوية النزاع بالطريقة المتوازنة مراعيا مصالح الاطراف المشتركة ؛
- اتفاق الاطراف على قبول الحلول المقترحة من قبل الموفق و اعداد محضر التسوية من طرف المركز او الهيئة الذي يتم بتوقيع الموفق و اطراف النزاع ، او اذا رفض الاطراف ذلك ، فسيتم اللجوء الى الية اخرى لتسوية النزاع تكون التحكيم على الارجح .

المطلب الرابع : انتهاء التوفيق

تنتهي عملية التوفيق في احدى الحالتين ، اما توصل الموفق الى تسوية النزاع ، و منه الوصول الى المبتغى الذي يريده طرفا النزاع ، او عدم التوصل الى التسوية الملائمة و انتقال موضوع النزاع الى مجال اخر لتسويته ، و هو ما سنراه فيما يلي :

الفرع الاول : تسوية النزاع

اذا نجح الموفق في الوصول الى حل توفيقي يرضي اطرافه ، فإنهم يحررون به محضرا موقعا منهم و منه [1]، حيث يكون ملزما لهم و واجب التنفيذ ، حيث نصت المادة 12 من قانون الاونسيترال للتوفيق لسنة 1980 و المادة 14 من نفس القواعد لسنة 2002 على : " بالتوقيع على اتفاق التسوية ينهي الطرفان النزاع و يصبحان ملزمين بذلك الاتفاق " ، و اعتمدته قواعد التوفيق لغرفة التجارة الدولية بنصها في المادة 17 منها على : " اذا وصل الطرفان الى اتفاق ، تقوم اللجنة

[1] اذا اتفق اطراف النزاع على قبول التسوية التي اقترحها الموفق فيتم اعداد محضر بذلك و يوقعه طرفا النزاع بالإضافة الى الموفق ، و يشكل ذلك التزاما لهما وفق ما نصت عليه المادة 13 من قواعد التوفيق التجاري الدولي للجنة الامم المتحدة ، المتاحة على العنوان : www.jus.ulo.no/conciliation.rules ، زيارة بتاريخ 20 /2019/10 ، كما اشار لها د. ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 371.

بتحرير محضر تثبت فيه عناصر النزاع و الاتفاق الذي وصل اليه الطرفان " ، و هو ما ذهبت اليه المادة 539 من ق م م ف في اعتبار اتفاق اطراف التوفيق على تسوية النزاع يجب ان يفرغ في محضر التسوية الذي يعده الموفق و يوقع عليه الطرفان و يلتزمان به .

من البديهي ان سير اجراءات التوفيق بنجاح يتوقف على شخصية الموفق الطرف المحايد ، كما يعتمد بدرجة اساسية على صدى روح الود و التعاون الصادق و المحاولة الجدية من الاطراف للوصول الى تسوية ودية ينهي النزاع و يزيل روح العداء لديهم [1]، لهذا يمثل فقدان الثقة و روح الود السبب الرئيسي في فشل محاولة التوفيق بين الخصوم .

الفرع الثاني : عدم تسوية النزاع

اذا اتضح للموفق اختلاف وجهات نظر الاطراف الى درجة يصعب معها التقريب بينهما ، بحيث لا يمكن احتمال الوصول الى نقطة التقاء بين اطراف النزاع ، فمن الاجدر عدم الاستمرار في مسار التوفيق ، طالما يستحيل الوصول الى نتيجة .

كما يمكن للموفق انهاء اجراءات التوفيق اذا لم يحضر احد الطرفين او لم يشترك في الاجراءات ، وفق ما تبرزه المادة 34 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 بنصها على : " لو تبين للجنة في اي مرحلة من مراحل التوفيق انه ليس هناك احتمال للاتفاق بين الطرفين ، تقوم اللجنة بإنهاء الاجراءات و تعد تقريرا تبين فيه موضوع النزاع و تسجل فشل الطرفين في الوصول الى اتفاق و اذا لم يحضر احد الطرفين او لم يشترك في الاجراءات ، تقوم اللجنة بإنهاء هذه الاجراءات و تعد تقريرا تثبت فيه عدم حضوره او عدم اشتراك الطرف " [2] ، كما يتوجب على الاطراف المحافظة على السرية بما تم تداوله اثناء اجراءات التوفيق ، و لا يجوز للموفق ان يكون ممثلا او محاميا لأحد طرفي النزاع بعد فشل اجراءات التوفيق .

[1] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 372.
[2] المرجع ذاته ، ص 373.

يقدم الموفق تقريرا بانتهاء مهمته و فشل عملية التوفيق و انهاء اجراءاته [1]، و ذلك لعديد من الاسباب و المعوقات التي قد تتمثل فيما يلي :

- عدم رغبة الاطراف في الاستمرار في اجراءات التوفيق لا سبب من الاسباب ، او الانسحاب منها ، او رغبتهم في اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي ؛
- عدم التجاوب من قبل طرفي النزاع ، سواء مع بعضهما البعض في التعاون و التشاور للوصول الى تسوية النزاع ، او مع عمل الموفق من جهة اخرى ؛
- اصرار الاطراف على مطالبهم و رفضهم التنازل عن جزء منها في سبيل تسوية النزاع ؛
- عدم كفاءة الموفق او نقص خبرته في موضوع النزاع ، او عدم اجادته لباقة الحوار و القدرة على اقناع الاطراف المتنازعة و تقريب وجهات نظرهم ؛

اذا كانت القاعدة العامة هي المحافظة على الاسرار في اجراءات التوفيق و عدم افشائها في حال فشلها ، إلا انه يمكن الخروج عن ذلك باتفاق الاطراف ، فإذا كان هذا الالتزام قد شرع لمصلحة الاطراف ، فمن حق الاطراف التنازل عنه و الاتفاق على خلافه ، بان يسمح الطرفان للموفق بالاشتراك في الاجراءات القضائية او التحكيمية التي تبدأ بعد فشل اجراءات التوفيق ، سواء كمحكم او مستشار لأحد الاطراف .

[1] نصت على ذلك اغلب القواعد المتعلقة بالتوفيق التجاري الدولي ، على غرار اتفاقية واشنطن لسنة 1965 في المادة 34 منها ، و تضمنته المادة 15 من قواعد الاونسيترال للتوفيق التجاري الدولي لسنتي 1980 و 2002 ، بالإضافة الى المادة 07 من نظام التوفيق لغرفة التجارة الدولية ، و المادة 05 من قواعد التوفيق لمركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، ...في ان انتهاء مهمة الموفق يجب ان ترفق بتقرير يوضح اسباب فشل مهمته بالإضافة الى ما يراه الاطراف من سبيل لتسوية النزاع .

المبحث الرابع

تفعيل المفاوضات كآلية بديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

تعتبر المفاوضات الالية الاولية المفضلة لإبرام العقود الدولية و تسوية المنازعات الاستثمارية و التجارية الناتجة عنها ، ذلك ان المفاوضات الية ودية اتفاقية مباشرة " moyen amiable conventionnel direct " يجلس فيها الاطراف شخصيا ، او بممثليهم على طاولة مفاوضات و مباحثات واحدة ، يتدارسون كيفية تخطي خلافاتهم ، و حسم نزاعهم مع بقاء الود و الاتصال بينهم .

لقد استقر الفكر القانوني على ان الاتفاق عموما ، هو توافق ارادتين او اكثر على احداث اثر قانوني معين ، الذي يعتبر جوهر او ثمرة التفاوض او الاتفاق بين الاطراف ، و هو لا يكون كذلك إلا بمقتضى ما وضعه هؤلاء من محددات و ضوابط ، و التي من غيرها لا يمكن الارتكان اليه ، لان ما يتصوره اطراف التفاوض و يضعونه ، حول ما يثور بينهم من نزاع و يتفقون و يوقعونه ، يعتبر قواعد سلوكية اتفاقية تضبط علاقاتهم ، تحقق العدالة و الامان لأطرافها [1].

لذا تتضمن اغلب العقود الاستثمارية الدولية الحديثة ، بندا او نصا يفرض على اطرافها الدخول في مفاوضات لتسوية اي نزاع محتمل قد ينشا بينهم او للوقاية منه ، بسبب تغير الظروف او تنفيذ العقد ، على نحو يخل بالتوازن العقدي او في اداء الاطراف ، و هو ما يعرف ببند اعادة التفاوض clause de renégociation [2]، بحيث يدخل الاطراف مباشرة فور وقوع ما يؤدي الى الاخلال بالتوازن العقدي ، في مفاوضات لتلافي توقف تنفيذ العقد و اتساع النزاع بين الاطراف .

تتطلب العملية التفاوضية لتسوية منازعات الاستثمار الاجنبي اعدادا جيدا قبل مباشرتها من طرفي النزاع ، من اجل انجازها على اكمل وجه ، وفق بيان مبادئ و اساليب المفاوضات التي

[1] احمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 39.

[2] ابراهيم الشهاوي ، مرجع سابق ، ص 123.

سنتطرق لها في مطلب اول ، ثم اجراءات المفاوضات بموجب مطلب ثان ، قبل ان نستعرض مزايا و عيوب المفاوضات من خلال مطلب ثالث ، وفق التالي :

المطلب الاول : مبادئ و اساليب المفاوضات

ينبغي مراعاة مدى قدرة الاطراف و ارادتهم في التركيز على مصالحهم الحقيقية في تسوية النزاع ، اكثر من التمسك بموقف ثابت لا يتزحزح ، من اجل الوصول بالمفاوضات الى نتيجة مرضية [1]، فالتجاوب مع معطيات و تطور المفاوضات بين اطراف النزاع يعتبر عاملا مهما جدا في وضع اسس سليمة لإنهاء النزاع ، على خلاف الاصرار على المواقف و وجهات النظر الذي يمكن ان يؤدي الى فشل مسعى المفاوضات و خلق وضع ضبابي يختلف عن المصالح الحقيقية للأطراف .

لذا فان تحقيق نتيجة موضوعية حول موضوع النزاع ، يتطلب اجراء مفاوضات فعالة ، و ذلك ما ينبني وفق ما يلي :

- التحضير الجيد للمفاوضات من خلال تحديد كل طرف لمصالحه الحقيقية بشكل واضح مسبقا ، حتى يمكن لكل طرف ان يتفهم مصالح الطرف الاخر ، و التخلي عن المواقف الصلبة المبنية على المصالح الذاتية غير الواقعية ، اذ يجب ان يعلم كل فريق ان لدى الفريق الاخر تقييما مختلفا للوقائع المعروضة ، مما يفرز نتائج مغايرة و تعارض بين المصالح الحقيقية للفريقين و مواقف متزمتة غير متغيرة و مؤدية الى فشل المفاوضات [2]؛
- حرص الاطراف على عدم ارتكاب الخطأ حول تقييمهم موضوعيا للبت في النزاع the objective core of the dispute ، مما يعني ان كل فريق عليه ان يتلافى مقاربة عاطفية للموضوع خلال المفاوضات ، مما يؤدي الى اجابته بشكل عاطفي بدلا من اجابته بشكل عقلاني [3]؛
- الاشارة الى الفرص المستقبلية لأطراف النزاع الاستثماري خلال المفاوضات ؛

---

[1] قشي الخير ، مرجع سابق ، ص 77.

[2] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 268.

[3] محي الدين القيسي ، مرجع سابق ، ص 91.

- تحديد المصالح المشتركة للأطراف في تسوية النزاع ، بما يضمن استمرار العلاقة الاستثمارية بينهما ؛
- بذل الجهود اللازمة لنيل الثقة المتبادلة للأطراف بتوفير مناخ عمل لائق بينهما ، و التصرف بصورة موضوعية دون تعنت او تصلب ، لا سيما اذا كانت الوقائع و المعطيات المعروضة امامه غير قابلة لإثبات العكس [1].

يسعى كل طرف خلال المفاوضات الى تحقيق اقصى منفعة من تسوية موضوع النزاع الاستثماري ، باستخدام اساليب المساومة ، و الاعتماد على الخبرة العملية ، باعتبار ان المفاوضات تعتبر عملية معقدة ، بما فيها من محاورة و مراوغة ، و كر و فر ، و اقبال و ادبار ، و اصرار و مثابرة [2]، تجعل الطرف المتفاوض يستعرض مهاراته ، فيأخذ و يعطي ، لغرض تحسس المصلحة و جس النبض قاصدا الوصول الى مراده ، و تحقيق غايته ، بما يضمن له عدم الالتزام إلا في اللحظة التي يريدها مع ضمان التزام المتفاوض معه بأكبر قدر من الالتزامات .

تستند المفاوضات في تسوية منازعات الاستثمار الاجنبي على ضرورة الالمام بكل وقائع النزاع بالإضافة الى الخبرة و الدراية بعقود الاستثمار الدولية و طبيعة منازعاته الخاصة و المميزة بتوفر عنصر اجنبي كطرف اخر ، و هو ما يتطلب استخدام اساليب معينة يلزم اتباعها من الناحية النفسية و العلمية و العملية ، منها ضرورة اختيار المقر الملائم لإجراء المفاوضات الذي يجد فيه الطرف المتفاوض راحته و معالمه [3]، فيعمل كل طرف على دعوة الطرف الاخر للمقر المحبذ من طرفه ، كما يجب على المفاوض استخدام اسلوب المبالغة في تقديم شروطه التفاوضية ، كان يضع في البداية شروطا صعبة ، و من ثم يتنازل عنها تدريجيا ، بشكل يشعر الطرف الاخر بتحقيق نتيجة ، كما يعمل الطرف المفاوض على تغيير الموقف التفاوضي بصورة مفاجئة و مذهلة ، حتى يدفع الطرف الاخر الى عدم التمسك بمطالبه ، من خلال جذب مشاعره لبعث الطمأنينة و الثقة

[1] اسامة احمد شوقي المليجي ، مرجع سابق ، ص 16.

[2] قشي الخير ، مرجع سابق ، ص 200.

[3] Franck neciphore , op cit , p 123.

في نفسه ، و دفعه الى التفاوض بكل رغبة و جدية ، التي غالبا ما تكون باستخدام عبارات المدح و الاطراء ، و الاشادة بالحل الذي يذكره و يطرحه الطرف الاخر لتسوية النزاع ، بنوع من الضغوط التفاوضية سياسية كانت ، او اقتصادية او حتى معنوية تمارس داخل الجلسة او خارجها[1].

يسهم تمثيل اطراف النزاع بفريق مفاوض في تسويته ، بالمقارنة مع مباشرة المفاوضات بواسطة شخص واحد ، فالفريق يكمل بعضه البعض ، فإذا عرض احد اعضاءه احد الحلول الصعبة ، بادر زميله الى عرض حل اخر اسهل منه لضمان استمرارية المفاوضات ، التي يعمل كل طرف من اطراف النزاع خلالها [2]، على ترقب الطرف الاخر و جعله اول من يعرض حلوله المقترحة ، حتى يمكن تمييز رؤيته للنزاع ، و طبيعة الاعتبارات التي ينظر بها كل طرف ، سواء كانت قانونية او قواعد العدالة و الانصاف ، التي يجب انزالها على وقائع و معطيات النزاع انزالا سليما ، فإذا لم يكن القانون في صف المفاوض ، فعليه ان يتخلى عنه قدر الامكان اثناء التفاوض.

على ذلك تعتبر المفاوضات من ابسط و اسرع الاليات و الطرق في تسوية المنازعات الاستثمارية ، خصوصا اذا توفرت العوامل المساهمة في ذلك ، من توفر الارادة و الرغبة لدى اطرافها ، بالإضافة الى كفاءتهم و المامهم بتقنيات التفاوض ، فهو ليس بالأسلوب الهين و البسيط ، بل عملية متكاملة تحتاج الى التخطيط و التحضير الجيد لممارستها ، و تنظيم مناسب من الاعمال ، مما جعلها تختص بميزات معينة منها :

- عملية هادفة لتسوية النزاع ، تستمر وفق المصالح المشتركة للأطراف ، و تنتهي بانتهائها ، فإذا لم تؤتي المفاوضات بأي نتيجة للأطراف ، فسيكون مصيرها التوقف ؛
- عملية اجتماعية تتأثر بالعلاقات الاجتماعية و اتجاهات الاطراف و العادات و التقاليد و اللغة ، كما تتأثر بالعلاقات السابقة و اللاحقة بين الاطراف [3]؛

[1] غسان علي علي ، مرجع سابق ، ص 205.
[2] ابارياان علاء ، مرجع سابق ، ص 36.
[3] قشي الخير ، مرجع سابق ، ص 201.

- تلعب شخصية و مهارات المفاوضين دورا كبيرا في مال المفاوضات ؛
- التفاوض علم يحتاج الى التخطيط و الاستعداد الجيدين و يسترشد باستراتيجيات متنوعة ، و يستخدم تقنيات متفاوتة ، كما يستلزم المتابعة و التقييم وفق مبادئ و اصول ؛
- التفاوض فن من حيث اعتماده على مهارات المفاوضين و خبراتهم و ذكائهم ، و لباقتهم و قدرتهم على التصرف ؛
- العملية التفاوضية لها ابعاد سلوكية تتمثل في القدرة على الاتصال الجيد و الادراك و التأثير في سلوك الاخرين ، كما لها ابعاد مستقبلية باعتبارها تأخذ في الحسبان الاثار المستقبلية للعلاقة الاستثمارية [1].

المطلب الثاني : اجراءات المفاوضات

تشكل المفاوضات ركنا اساسيا من الاليات البديلة لتسوية المنازعات ، فهي تشكل وسيلة اتصال مباشرة بين المستثمر الاجنبي و الدولة المضيفة ، عن طريق الحوار و النقاش بين الاطراف ، اللذين يعرض كل منهم ما لديه من نقاط اختلاف و ملاحظات او معطيات حول موضوع النزاع ، مما يتطلب تعاونا مشتركا للوصول الى اتفاق حول تسوية النزاع الاستثماري و استمرار العلاقة الاستثمارية .

ينصب الالتزام بالتفاوض على مرحلة تنفيذ العقد ، فيتضمن شروطا تفرض التزاما صريحا بالتفاوض ، فمزال الفقه يردد مبدا السيادة القاعدية للاطراف " souverainete normative " في الاتفاقات و العقود ، اي مقدرتهم على خلق قواعد اتفاقية خاصة تضبط و تحكم علاقاتهم القانونية ، فالاتفاق او العقد خلاق لقواعد قانونية و مصدر مستقل للحقوق و الالتزامات ، كما اعترف المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص unidroit" ، بمبدا الحرية في التفاوض و التعاقد ، في مجموعة المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية لسنة 1994 ، حيث نصت المادة 01-01 منها على : يكون الاطراف احرارا في ابرام العقد و تحديد مضمونه " [2].

[1] احمد انوار ناجي ، مرجع سابق ، كما اشار لها ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 272.

[2] احمد عبدالكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 38.

اذا كان الامر كذلك ، و حتى تاتي القواعد القانونية الاتفاقية التي يتكون منها هذا القانون التعاقدي مناسبة و كاملة ، و حتى يمكنها تحييد و اقصاء القواعد القانونية الرسمية ، التي لا تتلاءم مع خصوصيات تسوية منازعات الاستثمار الدولية ، فان على الاطراف التي ترغب في ابرام اتفاق تسوية ان تبذل قصارى جهدها في اعداد اتفاق جيد ، محبوك الصياغة القانونية ، و هذا يقتضي الدخول مبكرا في مفاوضات تمهد لابرام اتفاق تسوية [1]، و التغلب على العقبات التي قد تعترض تنفيذ العقد الاستثماري ، و التي قد تتطور لتؤدي الى نشاة النزاع بين اطرافه ، مما يترتب عليهم تفعيل المفاوضات لايجاد التسوية الملائمة لذلك ، من خلال تبادل وجهات النظر ، و طرح جميع ما يتعلق بموضوع الخلاف ، شريطة توفر النية الحسنة لاطراف التفاوض ، لارتباطها ارتباطا وثيقا بالاخلاق [2]، و الرغبة الفعلية للاطراف ، ما من شانه ان يقلل من تطور الخلاف ، لان الغش يفسد كل ما يقوم عليه ، و منه يستلزم حسن النية في التفاوض ، حتى تكون المفاوضات ساحة للامان و الشرف و النزاهة و الصدق و التعاون ، لا للتضليل و الدسائس و الحيل و الخداع [3].

تتطلب مباشرة اجراءات المفاوضات تفعيل شروط اعادة التفاوض التي سنتطرق لها في فرع اول ، ثم سير عملية التفاوض في فرع ثان ، قبل ان نستعرض اثار التفاوض من خلال فرع ثالث ، على النحو التالي :

الفرع الاول : شروط اعادة التفاوض

تختلف المفاوضات في مرحلة ابرام العقد ، عن المفاوضات كالية لتسوية المنازعات الاستثمارية بين اطرافها ، التي تستند على ما تتضمنه العقود الاستثمارية من شروطا تلزم الاطراف باعادة التفاوض لتسوية ما قد بينشا بينهم من نزاعات اثناء مرحلة تنفيذ العقد ، سواء كانت ناتجة عن تغير الظروف ، او اخلال احد الاطراف بالتزاماته المترتبة عليه ، بموجب العلاقة التعاقدية بين الاطراف .

[1] احمد عبدالكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 38.

[2] شيرزاد حميد هروري ، مرجع سابق ، ص 52.

[3] اباريان علاء ، مرجع سابق ، ص 46.

لا شك في ان انقطاع العلاقة بين طرفي عقد الاستثمار الدولي هو حدث سلبي ، لا يستفيد منه اي من الطرفين ، اذ ان المستثمر يخسر مداخيل ارباحه ، اما الدولة المضيفة فتفوت امكانية تحقيق الاهداف الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية التي رامت تحقيقها عن طريق استقطاب الاستثمار الاجنبي ، علاوة على الصدى الاعلامي السيء لهذه القطيعة ، الذي من شانه ان يجعل المستثمرين لا يرغبون في توظيف اموالهم في تلك الدولة[1] ، لذا فان العديد من العقود الاستثمارية تفرض على اطرافها عقد مفاوضات مشتركة و مباشرة بينهم ، يشترطها في الغالب المستثمر الاجنبي على الدولة المضيفة ، سعيا الى تسوية النزاع او حتى الوقاية منه ، لما له من دور وقائي يمكن من درء الوصول الى القطيعة المطلقة و الحفاظ على احتمالات استئناف مفعول العقد ، دون بذل جهود مضنية او تحمل تكاليف باهضة ، و هذا قبل اتخاذ اي اجراءات اخرى تنازعية ، تحكيمية كانت او قضائية .

يلعب شرط التفاوض دورا فعالا ، في طي الخلافات و تسوية النزاعات بين اطراف العقد الاستثماري ، باعتباره لا يتطلب اي اجراءات معقدة او اللجوء الى طرف ثالث ، على غرار التوفيق او الوساطة ، التي تتطلب تدخل طرف اجنبي وفق اجال محددة لتقديم طلبات الاطراف ، و تحقيق الدعوى ، بالاضافة الى التكاليف الاضافية التي يتحملها اطراف النزاع في ذلك ، و هو ما عملت على اعتماده العديد من الاتفاقيات الدولية و الاقليمية المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار الدولية ، بالاضافة الى العقود الاستثمارية الكبرى ، على غرار :

- اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار لسنة 2015 ، التي نصت المادة 02 منها على : " يسعى الاطراف في اي منازعة منصوص عليها في المادتين 02/34 و 35[2] ، من هذه الاتفاقية الى تسويتها عن طريق المفاوضات ، و لا يجوز اللجوء الى اجراءات التوفيق

[1] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 274.

[2] نصت المادة 35 من الاتفاقية على : " أي منازعة بين أي من الاقطار المتعاقدة او الاعضاء من جهة و بين المؤسسة من جهة اخرى بشان استثمار مؤمن عليه طبقا لهذه الاتفاقية او بشان أي موضوع اخر تتم تسويتها حسب الاجراءات المنصوص عليها في الملحق المرفق ، و ذلك دون اخلال باختصاص مجلس المساهمين في تفسير نصوص هذه الاتفاقية و تطبيقها و بسلطته في تحديد المسائل التي تدخل في هذا الاختصاص "

او التحكيم الا بعد استنفاذ سبل التسوية عن هذا الطريق ، و تعتبر المفاوضات قد استنفذت اذا فشل الاطراف في التوصل الى حل خلال ستة شهور من طلب اي طرف الدخول فيها " [1]، مما يوضح ان هذه الاتفاقية قد اشترطت اتباع سبيل التفاوض لحل النزاعات الاستثمارية قبل اللجوء الى اي اجراءات اخرى و حددت مدتها ب ستة اشهر من تاريخ انطلاقها .

- اتفاقية انشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار لسنة 1985 ، و التي صادقت عليها الجزائر بموجب م ر رقم 95-345 لسنة 1995 [2]، حيث نصت المادة رقم 02 من الملحق رقم 02 منها على : " يسعى الطرفان في اي منازعة مما يدخل في مجال تطبيق هذا الملحق الى تسويتها عن طريق المفاوضات قبل اللجوء الى اجراءات التوفيق او التحكيم ، و تعتبر المفاوضات قد استنفذت اذا فشل الطرفان في الاتفاق على التسوية خلال 120 يوما من تاريخ طلب الدخول في المفاوضات " .
- اتفاقية بنك الاستثمار الاوروبي لدعم الاستثمارات الاوروبية لسنة 2018 ، التي اوجبت مرور اطراف النزاع الاستثماري بمرحلة التفاوض قبل اللجوء الى اي الية اخرى على غرار الوساطة او التحكيم [3].

ان من شان هذه النصوص ان تعزز من اتباع الية المفاوضات من خلال اجبار الاطراف على ذلك لمحاولة تسوية النزاعات الاستثمارية باقل جهد و ابسط طريقة ، قوامها الاتصال المباشر بين الاطراف و التحاور لايجاد حل لتسوية النزاع وديا ، حيث تتضمن العقود الاستثمارية بندا ينص على شرط التفاوض كالتالي : " كل نزاع لم تتم تسويته بطريقة التفاوض المباشر بين الطرفين

[1] نص المادة رقم 02 من ملحق اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات و ائتمان الصادرات لسنة 2015 ، المتاحة على العنوان الالكتروني : www.dhaman.net، تاريخ الزيارة 2019/10/25.

[2] مرسوم رئاسي رقم 95-345 مؤرخ في 30-10-1995 يتعلق بالمصادقة على الاتفاقية المتضمنة انشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار ، ج ر رقم 95/66.

[3] نص المادة 03 من ملحق اتفاقية بنك الاستثمار الاوروبي لسنة 2018 ، انظر العنوان الالكتروني : www.eeas.europa.eu.org، تاريخ الزيارة 2019/10/25.

يقع عرضه على هيئة تحكيم بطلب من احدهما " [1]، على غرار العقد المبرم بين الحكومة المصرية و احدى شركات صناعة الطائرات باوكرانيا ، المبرم في 05 سبتمبر 1996 [2]، بالاضافة الى نص المادة 26-01 من العقد المبرم في ميلانو بايطاليا بين احدى الجهات المصرية و شركة " كارلو جافيتزي الفضائية " بتاريخ 06 افريل 2001 من انه : " في حالة اي خلاف او مطالبة تنشا عن هذا الاتفاق ، او تتعلق به ، او مخالفته ، فعلى الاطراف محاولة حل المسالة وديا من خلال المفاوضات فيما بينهم " [3]، و هو ما عملت كذلك التشريعات الوطنية للدول على تقنينه في تسوية المنازعات الاستثمارية مع المستثمرين الاجانب ، بوضع اسس و نصوص قانونية توجب على اطراف النزاع الاستثماري المرور بمرحلة التفاوض المباشر ، خلال مدة معينة تحدد في الغالب ب 120 يوما ، و تهدف من ذلك لتذليل العقبات التي تعترض المشاريع الاستثمارية ، و محاولة تسوية النزاعات الناشئة عنها بالطرق الودية ، حتى تستمر العلاقات الاستثمارية بين الطرفين على وجه يحقق مصلحة المستثمر و الدولة المضيفة ، و يحافظ على المصالح الاقتصادية للطرفين المرجوة من الاستثمار الاجنبي .

الفرع الثاني : سير عملية التفاوض

تختلف اشكال المفاوضات حسب وضع الاطراف و طبيعة النزاع المطروح بينهم ، اذ تجري غالبا بالتقاء الاطراف حول طاولة واحدة لمباشرة التفاوض ، على غرار ما يحدث في مجالس التسوية ، اذ يمكن ان تكون شفوية او مكتوبة ، كما يمكن ان تتم المفاوضات عن طريق المراسلة او الهاتف او البريد الالكتروني [4]، فتتحرر بذلك من الشكليات و القواعد الموضوعية التي تميز الاليات الاخرى ، على غرار التوفيق او الوساطة التي تتطلب تدخل طرف ثالث ، او التحكيم الذي يتميز باجراءات خاصة .

---

[1] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 276.

[2] نص البند رقم 05 منه على : " في حالة النزاع بين الاطراف ، بشان تنفيذ هذا العقد ، فعليهم بذل جهودهم للتفاوض و حل هذا النزاع بانفسهم " ...اشار له احمد عبدالكريم سلامة ، مرجع سبق ذكره ، ص 41.

[3] نفس المرجع ، ص 41.

[4] ابراهيم الشهاوي ، مرجع سابق ، ص 123.

تبدا المفاوضات بناء على رغبة الاطراف في الاجتماع ، لايجاد الحلول اللازمة لتسوية النزاع بينهم ، كان يقوم احدهم بارسال طلب يبين فيه رغبته في التفاوض ، يتضمن ملخصا عن افكاره و تصوراته و اسباب النزاع و مقترحاته لحل النزاع ، فيما يرد الطرف الاخر بدوره حسب وجهة نظره حول طلبات و اقتراحات الطرف الاول ، فيشتركان في انشاء حالة واقعية تترتب عليها اثارا قانونية معينة [1]، اذ يباشر الاطراف بذلك اجتماعا اوليا لدراسة اسباب النزاع ، ثم مناقشة طلباتهما و رؤيتهما للحلول المقترحة ، بعقلانية ، دون التمسك بالحقوق و الالتزامات التي يمكن ان تطرح اثناء التحكيم او القضاء .

يتعين على كل طرف اثناء المفاوضات ان يطلع الطرف الاخر بكافة الظروف المحيطة بالنزاع و ان يدلي بالمعلومات الصحيحة التي لا يشوبها خداع او تضليل [2]، بناء على مبدا حسن النية الذي يعتبر مصدرا ، و اساس التزام كل متفاوض بان يقدم للطرف الاخر المعلومات الضرورية التي يعلم بها ، او كان ينبغي عليه العلم بها ، ما دامت هذه المعلومات مجهولة لدى المتفاوض الاخر كما يسعى الطرف المتفاوض الى معرفة كل ما هو لازم و ضروري ، و ما من شانه التاثير على قراره بالقبول او الرفض تجاه ما يقدمه الطرف الاخر من اقتراحات ، و يتحمل بذلك المسؤولية اذا ثبت انه كان بوسعه الوصول الى المعلومات الضرورية ببذل جهد معقول ، حيث يذهب الفقه الى قيام مسؤولية المتفاوض اذا تعهد او وعد بتنفيذ امر يستحيل تنفيذه ، او لم يوضح للطرف الاخر ان الصلاحيات المخولة له لا تمنحه الحسم في موضوع النزاع او ابداء رايه في مقترحات الطرف الاخر ، اذ تنعقد مسؤولية المتفاوض ان كان يعلم او بوسعه ان يعلم بحقيقة الامر [3]، و هذا ما يهدف الى حفظ المصالح المتبادلة و المشتركة للاطراف ، من خلال استمرار الاجتماعات الدورية

---

[1] ابارياان علاء ، مرجع سابق ، ص 102.

[2] تجسيدا لذلك ذهبت غرفة التجارة الدولية بباريس الى التزام المفاوض باطلاع الطرف الاخر على ما يوجد هنالك من احكام خاصة في القانون الواجب التطبيق و رتبت على الاخلال بهذا الالتزام سقوط حقه في التمسك بما اخفاه ، او كتمه ، حيث ان سعيه مردود ، فلا يلومن الا نفسه ، و قضت هيئة التحكيم التابعة لها في حكمها لسنة 1981 ، الى عدم امكان تمسك المتعاقد (دولة افريقية) بعدم جواز التحكيم بحجة ان هذا الشرط لم يصدر به مرسوم حكومي ، ما دام ان المتفاوض قد نكل عن اعلام الطرف الاخر بهذا الشرط ، ....اشار له د. ازاد شكور صالح ، ص 282.

[3] Mereille taok , op cit , p 195.

التي تسهم في التوصل الى الهدف المنشود بتوفر الشروط المطلوبة وفق رغبة الاطراف الحقيقية في انهاء النزاع [1].

هذا ما يرتب الاستمرار في التفاوض من قبل الاطراف قدر الامكان ، في ظل الرغبة في تسوية النزاع ، لما يمثل من التزام ببذل عناية ، بينما لا يرتب على الاطراف التزاما بتحقيق نتيجة ، فاذا تبين ان احد الاطراف غير جاد ، او متعنتا في بذل العناية اللازمة في التفاوض ، فيحق للطرف الاخر اللجوء الى القضاء مطالبا بالتعويض عما لحقه من ضرر يتمثل في سوء نية الطرف الاخر الذي بعث ثقة وهمية و زائفة في نفسه [2]، مما قد يفرز حكما بالغرامة التهديدية لدفع الطرف المتقاعس الذي قطع المفاوضات الى العودة اليها ، و هو امر غير مستحب و لا ينصح به في العقود الاستثمارية الدولية ، خصوصا و ان الامر يتعلق باعتبارات تستلزم قدرا كبيرا من التعاون و التواصل [3]، لان هناك علاقة طردية بين الاطراف ، بحيث كلما زادت الثقة في نفس الطرف المفاوض ، كلما زاد التزام الطرف الاخر بالاستمرار في المفاوضات و عدم قطعها الا لسبب واضح و معروف ، كما ان المفاوض لا يسال عن قطع المفاوضات ، بقدر ما يسال عن الاخلال بالثقة التي ولدها في نفس المفاوض الاخر بما يخالف مقتضيات حسن النية في التعامل .

يقول في ذلك القاضي "croos" ان حدود هذا الالتزام بسيط و يتمثل في التفاوض بطريقة معقولة و بحسن نية بغية التوصل الى نتيجة مقبولة للطرفين ، لكن دون ان يكونوا ملزمين بالتوصل الى اتفاق ، فالالتزام بالتفاوض هو التزام سلوك يتم تعريفه في كل حالة استنادا الى معايير او توجيهات تستمد من الطبيعة الخاصة لموضوع التفاوض و تنبع من العرف و الممارسة الدوليين [4] ، و هو ما يرتب مباشرة المفاوضات بين طرفي النزاع مباشرة بعد نشاة النزاع ، و الالتزام بالاستمرار فيها ، فيما تستثنى حالة وصول المفاوضات الى طريق مسدود ، نظرا للتعارض الشديد بين مصالح الطرفين و وجهات نظرهما حول موضوع النزاع .

---

[1] اسامة احمد شوقي المليجي ، مرجع سابق ، ص 20.

[2] محي الدين القيسي ، مرجع سابق ، ص 122.

[3] يسري عوض عبدالله ، مرجع سابق ، ص 288.

[4] قشي الخير ، مرجع سابق ، ص 280.

تطبيقا لما تقدم يمكن القول ان اطراف النزاع ملزمون ببذل عناية في التفاوض ، من خلال ابداء الجدية و الرغبة في الوصول الى التسوية الملائمة للنزاع بينهم ، بحسن نية ، للتمكن من اعطاء الطرف الاخر نوعا من الاريحية و الطمانينة خلال المفاوضات ، و الادلاء بكل ما من شانه ان يفيد الاطراف ، مع الالتزام بالمحافظة على السرية و كتمان المعلومات الفنية او الهندسية او الاسرار التكنولوجية ، التي ادلى بها الطرفان ، حيث يمنع عليهما اطلاع الغير عليها او الاستفادة منها او استغلالها لمنفعة اي طرف ، سواء تم التوصل الى تسوية النزاع عن طريق المفاوضات ، ام لا .

تتمثل مراحل سير عملية التفاوض بين طرفي النزاع الاستثماري ، وفق ما يلي :

- ابداء الرغبة في بعث المفاوضات من احد الطرفين ، بتقديم طلب الى الطرف الاخر باي وسيلة اتصال كانت ؛ استنادا على بند في العقد الاستثماري ينص على ضرورة اللجوء الى المفاوضات اولا ، او بناء على نص قانوني ملزم للطرفين ؛
- بعث المفاوضات المباشرة بين الطرفين ، سواء بالجلوس على طاولة المفاوضات او من خلال اي وسيلة اتصال اخرى ؛
- التطرق الى موضوع النزاع و اسبابه و جوانبه ، و طرح كل طرف لوجهة نظره تتضمن الطلبات و الاقتراحات الممكنة لحل النزاع ؛
- استمرار التفاوض طول المدة المحددة لذلك ؛
- التوصل الى تسوية ملائمة بين طرفي النزاع ، من خلال تنازل كل طرف عن شروطه و طرح حل توافقي ؛
- استمرار العلاقة الاستثمارية و تنفيذ العقد .

بهذا تعتبر المفاوضات الية فعالة لتسوية المنازعات الاستثمارية ، لانها تتميز بالمرونة و السرية فيما تم تبادله بين الاطراف ، خصوصا و ان العلاقة بين الدولة المضيفة و المستثمر الاجنبي تتميز بالحساسية العالية [1]، فاي اجراء يمكن ان تتخذه الدولة من شانه ان يؤدي الى نشاة نزاع استثماري ، سواء تعلق بالاعتداء على ملكية المستثمر او المساس باحد الضمانات الاستثمارية

[1] ابراهيم الشهاوي ، مرجع سابق ، ص 164.

الممنوحة له ، لكن اذا اتفق الطرفان على مباشرة المفاوضات ، فيمكن مناقشة نقاط النزاع و ايجاد الحلول المناسبة ، بتوفر قدر ادنى من تعادل القوى التفاوضية بين الاطراف ، لان ضعف القوة التفاوضية لاحد الاطراف تجعل موقفه ضعيفا اثناء التفاوض [1].

الفرع الثالث : اثر المفاوضات

يرتب اللجوء الى المفاوضات في تسوية منازعات الاستثمار الاجنبي ، على الاطراف الالتزام بحسن النية ، و الاستمرار في التفاوض الذي لا يجوز قطعه الا لاسباب جدية و مقنعة ، باعتبار ان العملية الاستثمارية من الامور المستمرة الخاضعة لمتغيرات و مستجدات ، التي تتطلب توفير جو ملائم يسوده الهدوء و البعد عن المؤثرات الخارجية ، و درجة معينة من الثقة المتبادلة بين الاطراف في المواجهة العامة وفق ما يتطلبه النظام العام ، بالاضافة الى قواعد و العادات و الاعراف التجارية و الاستثمارية الدولية .

تفترض المفاوضات مساواة الاطراف ، و مراعاة مصالح كل طرف وفق مبدا التعاون و المنفعة المتبادلة ، باعتبار ان الاستثمار الاجنبي قد يفرض علاقات غير متكافئة بين دولة مضيفة للاستثمار و مستثمر اجنبي يرغب في تنفيذ مشروعه ، مما قد يجعل الطرف الضعيف يقدم تنازلات اكبر او يتخلى عن حقوقه الجوهرية ، دون اتمام المهلة المحددة للتفاوض بغية الوصول الى تسوية النزاع ، التي تساعد في بذل الاطراف للجدية اللازمة بما انها ليست مطلقة و انما لها تاريخ محدد [2]، يعملان خلاله الى طي النزاع و اتقاء اللجوء الى التحكيم او القضاء ، بما يوفر عليهما الكثير من الوقت و الجهد و النفقات ، و عودة العلاقة الاستثمارية الى سابق عهدها ، بعد تحرير و توقيع الاتفاق بينهما .

[1] غسان علي علي ، مرجع سابق ، ص 80.

[2] احمد عبدالكريم سلامة ، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية ، مجلة الحقوقي ، كلية الحقوق ، جامعة المنامة – البحرين ، العدد 01 ، 2004 ، ص 228.

يعتبر جانب من الفقه ان اتفاق تسوية النزاع عن طريق المفاوضات بين الدولة المضيفة و المستثمر الاجنبي ، هو بمثابة عقد ، لا يمكن التنازع حوله في المستقبل ، لانه يقيم الحجة على الطرفين [1].

اما اذا فشلت المفاوضات بين الطرفين بوصولها الى طريق مسدود ، و نقاط اختلاف جوهرية ، فيمكن اللجوء الى اليات اخرى لتسوية النزاع ، وفق ما ينص عليه العقد الاستثماري ، و التي تكون في الغالب الوساطة او التحكيم .

المطلب الثالث : مزايا و عيوب المفاوضات

رغم ان المفاوضات تعتبر من اكثر الاليات ملاءمة لتسوية منازعات الاستثمار الاجنبي ، نظرا لمزاياها العديدة التي توفرها و التي تتناسب مع هذا النوع من المنازعات ، التي تجنب طرفيها المرور الى القضاء او التحكيم ، الا ان ذلك لا يمنع من توفرها على بعض العيوب و المساوئ التي قد تحد من فعاليتها احيانا ، و هو ما سنتطرق له كالتالي :

الفرع الاول : مزايا المفاوضات

- المفاوضات الية فعالة و بسيطة في تسوية منازعات الاستثمار الاجنبي ، اذ تعتمد على الاتصال المباشر بين طرفي النزاع دون الحاجة الى تدخل اي طرف اخر ؛
- تعمل المفاوضات اذا ما نجحت في تسوية النزاع الاستثماري ، على تلافي الاضرار بالعلاقة الاستثمارية بين الطرفين ، و ضمان التواصل و التعامل بينهما [2]؛
- بالنظر الى المرونة التي تمتاز بها المفاوضات فانها تكون قادرة على اداء دور مزدوج : الاول وقائي يتمثل في منع تطور النزاع ، و الاخر علاجي يتمثل في تخفيف حدة التوتر بين الطرفين نتيجة لتضييق شقة الخلاف بينهما [3]؛
- توفر المفاوضات على الطرفين الاقتصاد في التكاليف و الوقت ؛

---

[1] ابوزيد رضوان ، مرجع سابق ، ص 421.

[2] خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق ، ص 71.

[3] قشي الخير ، مرجع سابق ، ص 20.

- تبقي المفاوضات كالية لتسوية المنازعات ، الاثر القوي في نفوس اطراف النزاع ، على خلاف اللجوء الى اليات اخرى التي قد تعمق الخلافات [1]؛
- تجنب المفاوضات اللجوء الى التحكيم ، خصوصا من جانب الدولة المضيفة للاستثمار و مع ما يترتب عنه من احكام تحكيمية قد تتعارض مع النظام العام فيها او قد تمس بسيادتها ، كما تجنب المستثر الاجنبي من اللجوء الى القضاء الوطني للدولة المضيفة الذي يتخوف منه جل المستثمرين الاجانب ؛
- تسهم المفاوضات المباشرة في ايجاد اطراف النزاع حلولا بانفسهم ، و هو ما يتناسب مع اهمية اللقاء المباشر او الحديث المباشر بين الاطراف ، كاحد اهم اسباب نجاح المفاوضات بصفة عامة [2]؛
- تمتاز المفاوضات كالية لتسوية منازعات الاستثمار الاجنبي بالبساطة ، بعيدا عن الشكليات و القواعد الموضوعية التي تتقيد بها الاليات الاخرى ؛
- تسهم المفاوضات في توجيه اطراف النزاع نحو الالية المناسبة اذا لم تنجح في تسوية النزاع ، فقد يتفق الاطراف على اللجوء الى التوفيق او الوساطة ، او طي مسالة من النزاع بشكل نهائي و عرض مسائل اخرى على التحكيم نظرا لخصوصيتها او لطبيعة النزاع ؛
- يعطي استخدام المفاوضات كالية لتسوية منازعات الاستثمار من قبل الدولة المضيفة ، انطباعا حسنا لدى المستثمرين الاجانب ، و هو ما يدفع بالمزيد من الاستثمارات الاجنبية لديها ؛
- تعتبر المفاوضات طريقا لبقاء و استمرار الاستثمارات الاجنبية ؛

الفرع الثاني : عيوب المفاوضات

- قد تؤدي المفاوضات الى الاضرار بالدولة المضيفة ، خصوصا اذا كان المستثمر الاجنبي ذو امكانيات اقتصادية كبيرة ، او يتمتع بمكانة استثمارية مهمة على الصعيد الدولي ، بما انها

[1] قشي الخير ، مرجع سابق ، ص 22.

[2] عمر هاشم صدقة ، مرجع سابق ، ص 59.

تعتمد على اسلوب التنازلات المتبادلة و يتوقف نجاحها على مدى استعداد الطرفين لتقديم تلك التنازلات [1]؛

- يعتبر التفاوض غير مجدي اذا راى الاطراف ان هناك مسائل مبدئية معرضة للخطر ؛
- لا ينتظر ان تسفر المفاوضات عن تسوية تقود الاطراف الى حل كافة خلافاتهم دفعة واحدة ، انما ينتظر منها على الاقل ان تحمل كل طرف من النزاع على الاعتراف بادعاءات و مطالب الطرف الاخر ، لذا فان المفاوضات لا تسفر في الغالب عن حل جذري للنزاع الاستثماري ، بقدر ما تسفر عن حل وسط [2]؛
- قد تفشل المفاوضات في تسوية النزاع نتيجة للضغوط السياسية الداخلية ، التي سترمي بها الدولة المضيفة بتهمة الضعف و الاضرار بالمصلحة الوطنية و تمنعها بالتالي من تقديم التنازلات رغم اقتناعها بذلك [3]، و تفضيل الدفع بالنزاع الى التحكيم للفصل فيه بقرار حاسم و ملزم ، تجنبا لهذه الضغوط مع علمها المسبق بصدور الحكم التحكيمي لصالح المستثمر الاجنبي ؛
- تخلو المفاوضات من وجود طرف ثالث محايد يقوم بطرح الحلول ، و يحاول اقناع الاطراف بالتسوية ؛

[1] بهذا المعنى انظر ، هفال صديق اسماعيل ، اساليب التفاوض في تسوية المنازعات ، مجلة الاهرام الحقوقية ، جامعة القاهرة ، ع 11 ، 2001 ، ص 121.

[2] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 288.

[3] زينب وحيد دحام ، مرجع سابق ، ص 23.

الفصل الثاني

أحكام اللجوء للآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

يستند اللجوء الى الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الاجنبي الى احكام و التزامات ، تترتب على اطراف النزاع و المكلف بتسويته ، سواء كان محكما ، وسيطا او موفقا ، او من خلال التفاوض المباشر بينهم .

ان من شان التزام اطراف النزاع بالتفاوض الفعال بينهم لحلحلة الخلافات ان يسهم في الوصول الى تسوية النزاع ، خصوصا اذا التزموا ببذل عناية و حسن نية في ذلك ، مع الالتزام بالمحافظة على سرية جوانب موضوع النزاع و ما تم تداوله اثناء مفاوضاتهم المباشرة ، فنزاعات الاستثمار تتطلب السرية ، كما يتوجب على المكلف بحل النزاع ان يكون محايدا و مستقلا ، فلا يرجح كفة اي طرف على حساب الاخر ، و يحرص على ان لا تكون له اي علاقة بموضوع النزاع او المشروع الاستثماري لما من شانه ان يؤثر على احكامه و قرارته ، بالاضافة الى توفره على الكفاءة و الاختصاص في تسوية النزاعات الاستثمارية عن طريق الاليات البديلة .

كما يشترط ان يتضمن العقد الاستثماري بندا يسمح بتفعيل الالية البديلة المناسبة مباشرة بعد نشاة النزاع بين اطرافه و هو ما يسمح باختصار الوقت و الجهد و التقليل من امد النزاع ، بتوضيح المواضيع او جوانب النزاع التي يمكن فيها اللجوء الى الاليات البديلة على خلاف اخرى ، فقد تتعارض التشريعات الداخلية للدول مع اللجوء الى الاليات البديلة في بعض المواضيع ، لذا فان صياغة شرط اللجوء الى الاليات البديلة ضمن العقد الاستثماري من شانه ان يوضح نطاق اللجوء و تفعيل الالية المناسبة بشكل صحيح و فعال .

كما يرتب اللجوء الى الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الاجنبي اثارا على طرفيه و موضوع النزاع ، سواء بالانتقال من الية الى الية اخرى ، او الوصول الى تسوية النزاع الاستثماري بشكل تام .

لهذا سنتطرق الى المبادئ التي تكفل فعالية اللجوء للاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الاجنبي في مبحث اول ، ثم نستعرض شروط اللجوء اليها من خلال مبحث ثان ، قبل ان نتطرق الى نطاق اللجوء للاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الاجنبي في مبحث ثالث ، ثم اثار اللجوء اليها في مبحث رابع .

المبحث الأول

المبادئ التي تكفل فعالية اللجوء للآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

ان فعالية اللجوء للآليات البديلة لتسوية المنازعات تستند على عدة مبادئ لكي تضمن نجاحها في فض النزاع بين أطراف الخصومة ، منها ما هو مربوط بالأطراف في حد ذاتهم ، كالتفاوض بحسن نية أو شروط إعادة التفاوض ، بالإضافة إلى الالتزام بالسرية و حفظ ما تم الإدلاء به أثناء المرافعات و تقديم الطلبات و الدفوع ، أو ما يلتزم به المكلف بتسويته ، سواء كان محكما او وسيطا او مفاوضا ، على غرار الحياد و الاستقلالية التامة التي يجب أن يتمتع بها .

تتضمن العقود الاستثمارية عادة شروط التفاوض و إعادة التفاوض بحسن نية من اجل التوصل إلى فض النزاع ، و محاولة إنهاءه بالطريقة المناسبة التي تحفظ مصالحهم و الوصول إلى اتفاق ودي ، فينشئ بذلك التزاما تعاقديا يتوجب القيام به ، و يلعب دورا هاما في نجاح تسوية النزاع و إنهاء الخصومة [1]، عن طريق التشاور و التحاور بين أطراف النزاع لتذليل الصعوبات و الخلافات ، أو التوصل إلى انتهاج إحدى الآليات البديلة ، سواء ذات الطابع الخاص التي ترتبط ارتباطا وثيقا بطبيعة الاستثمار و مضمون العقد الاستثماري الذي قد ينص على تشكيل لجان خاصة لمرافقة المشروع الاستثماري نظرا لطابع السرية الذي تحبذه الشركات الاستثمارية الكبرى بالخصوص ، و هذا ما يجعلها تفرز تسوية خاصة داخلية بحتة للنزاع الاستثماري ، او تلك ذات الطابع التفاوضي كالتوفيق و الوساطة التي ترتكز على توسط الطرف الثالث الذي يشترط فيه أن يكون محايدا و مستقلا و ذا كفاءة و خبرة في هذا المجال[2] ، و هو ما سنفصل فيه من خلال التطرق إلى المبادئ المرتبطة بأطراف النزاع في مطلب أول ، ثم المبادئ المرتبطة بالمكلف بتسوية النزاع في مطلب ثان .

---

[1] Mireille taok , op cit , p 198.

[2] أزاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 498.

المطلب الأول : المبادئ المرتبطة بأطراف النزاع

يختلف اثر اللجوء إلى إحدى الآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي عن ما يصدر عن القاضي من أحكام ، سواء من حيث إلزامية تطبيقه ، أو مدى تحقيق العدالة ، لان الآليات البديلة تراعي الحلول المتوازنة ، أما القاضي فيراعي تطبيق القواعد القانونية مباشرة .

ان فض النزاع بعد اللجوء إلى إحدى الآليات البديلة هو نتيجة جهود مشتركة بين أطراف النزاع و الهيئة أو الطرف المكلف بتسويته ، فقد تتوصل المفاوضات و التشاور الجيد و الفعال بين الأطراف سواء برعاية الطرف الثالث المكلف بتسويته أو بدونه ، إلى التسوية الودية المرغوبة و الاتفاق على إيجاد الحلول للخصومة بين الأطراف .

اتجه الفقه إلى اعتبار أن الالتزام بالمفاوضات هو موجب نتيجة أو موجب غاية [1]، أي أن المراد من التزام أطراف النزاع بالتفاوض هو فض النزاع بالطريقة التي يرضونها ، و هم ملزمون هنا بالبدء في تنفيذ شرط التسوية المتفق عليه مسبقا بالتفاوض المستمر و المتواصل في غضون ما تم الاتفاق عليه ، قبل اللجوء إلى إحدى الآليات البديلة المدرجة في العقد بصفة تدريجية ، سواء كان التوفيق أو الوساطة قبل اللجوء إلى التحكيم [2]، باعتبار أن المفاوضات هي آلية للوصول إلى اتفاق ، تتطلب بذل العناية اللازمة بحسن نية و تستلزم تعهد الأطراف بان يبذلوا كل ما في وسعهم للوصول إلى اتفاق بتسوية النزاع ، لذا سنتطرق للالتزام بالتفاوض في فرع أول ، ثم الالتزام بالسرية من خلال فرع ثان .

الفرع الأول : الالتزام بالتفاوض

تهدف المفاوضات إلى تحقيق غاية معينة بذاتها ، عن طريق إجراء الحوار و المناقشات و تبادل المقترحات المتصلة بأسباب النزاع لمحاولة إيجاد السبل الكفيلة لتسويته بالطريقة المثلى ، سواء

[1] أباريان علاء ، مرجع سابق ، ص 106.

[2] فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 31.

من خلال فض الخلافات بين الأطراف أو تفعيل الآلية المثلى عن طريق التفاوض [1]، باعتبار أن قوة الإنسان التفاوضية لها أكثر من مردود اجتماعي و عملي ، خصوصا إذا تحلى المفاوض بالحنكة و الدراية بحيثيات النزاع و أسبابه و الابتعاد عن المشاعر و الانفعالات الشخصية [2]، و الاقتناع بان المفاوضات هدفها ليس إقناع الغير بالتخلي عن حقوقه ، بل التوصل إلى حلول متوازنة ترضي الجميع ، كما تتيح المفاوضات تجزئة النزاع و تفصيله و طرح عدة حلول لإنجاح مسعى تسويته.

يلزم مبدأ المفاوضات الأطراف بالتحاور و بذل عناية في ذلك بغية التوصل إلى نتيجة ، و عليه فان ما يترتب على الأطراف هنا هو القيام بعمل أو بفعل التفاوض بالحرص و الجدية و الاستمرار ، او يتوجب على كل طرف من المتنازعين تحديد طرف ثالث ليأخذ دور الوسيط أو الموفق ، و ذلك بغية تسهيل حل النزاع ، و بالتالي فان الإخلال بهذا المبدأ من احد الأطراف يقع عليه سواء بالامتناع عن الحضور أو المشاركة في المفاوضات [3]، و هو ما يخل بالتزاماته العقدية و يفوت على الأطراف فرصة التوصل إلى حل ودي سلس يرضي الطرفين و يؤدي إلى اتساع رقعة النزاع ، لان المفاوضات توضح فوائد الحلول المقترحة على المصالح المشتركة لكليهما ، سواء كانت آنية او طويلة المدى ، باستعمال التقنيات المختلفة التي يتطلبها هذا الفن و ذلك بتحديد الاستراتيجيات و استعمال الخطط و الإصغاء الجيد للتحليل و تحضير الاقتراحات المناسبة [4] ، كما يتوجب على الأطراف عدم فرض شروط مسبقة للتفاوض في سبيل تجاوز التعقيدات ، مثل

[1] في هذا السياق أكدت الأحكام الصادرة من القضاء الأمريكي إمكانية التنفيذ العيني لشرط اللجوء إلى الآليات البديلة المتفق عليه و إلزام الأطراف ببدء التفاوض من اجل تسوية النزاع باعتبار ان ذلك ما هو إلا التزام عقدي ، و من الأحكام الصادرة في هذا الشأن ، الحكم الصادر من إحدى المحاكم الأمريكية تحت رقم 05/123 في 2005/12/13 في النزاع بين شركة " هيرتل وولف " و " هولردس رايت كونستريكسيون " ، حيث أجبرت المحكمة الطرفان على احترام العقد الأصلي بينهما و البدا بالتفاوض لإيجاد الآلية المناسبة لفض النزاع حيث نص هذا الأخير على اللجوء إليها لكنه لم ينص على آلية معينة و ترك الاختيار مفتوحا للأطراف .

[2] إبراهيم الشهاوي ، مرجع سابق ، ص 63.

[3] يسري عوض عبد الله ، العقود التجارية الدولية ، إصدارات مكتب اليسري للمحاماة و الاستشارات ، الخرطوم – السودان ، 2009 ، ص 182.

[4] زينب وحيد دحام ، مرجع سابق ، ص 77.

قبوله بمفاوضات جزئية أو اشتراط أشخاص معينين للتفاوض معهم دون آخرين و هو ما ينم عن النوايا التسلطية لدى احد الأطراف [1].

يمكن القول ان مبدأ التفاوض هو مرحلة مهمة و فعالة لفض النزاع و طي الخلافات ، فإذا ما تم بذل العناية اللازمة من المتنازعين و السعي نحو الوصول إلى الحلول المقبولة للأطراف ، فان كل نزاع لا يمكن حله إذا توافرت الإرادة و النية الحسنة و الرغبة الإيجابية في الوصول إلى الحل التوافقي .

الفرع الثاني : الالتزام بالسرية

إن أهم ما تتميز به الآليات البديلة في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي هو السرية ، ذلك ما جعلها تتفوق على القضاء لدى كبار المستثمرين الذين يحبذونها بدرجة أولى نظرا لخصوصية مجال الاستثمارات الأجنبية خاصة الكبرى منها ، و التي تتأثر بمبدأ العلانية الذي يكفله القضاء العادي ، حيث تحبذ عدم الإفصاح بوجود نزاع أصلا ، و ذلك ما يشكل ضمانة قوية لتامين نجاح مساعي تلك الآليات ، لما يضمنه الكتمان و عدم البوح بخلفيات و أسباب النزاع أمام العلن ، [2]و يوفر هامشا من الأمان بتجنب التشهير ، لضمان استمرار العمليات التجارية و لاستثمارية و تفادي اهتزاز و تأثر هذه الصورة [3].

تنص بنود العقود الاستثمارية الكبرى على ضرورة التزام الأطراف بالمحافظة على سرية المفاوضات قبل مباشرتها ، و عدم إفشاء ما قد يطلعون عليه من مستندات و وثائق في كافة مراحل و إجراءات تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي نظرا لخصوصية عقوده ، لان كل إخلال بهذا المبدأ يرتب قيام مسؤولية عقدية على الطرف المخل به[4] .

---

[1] عبد الحميد الأحدب ، اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول و مواطني الدول الأخرى ، مقال منشور بمجلة " التحكيم العربي و الدولي ، جامعة بيروت لبنان ، العدد 9 سنة 2004 ، ص 27.

[2] قشي الخير ، مرجع سابق ، ص 92.

[3] إبراهيم الشهاوي ، مرجع سابق ، ص 65.

[4] أباريان علاء ، مرجع سابق ، ص 109.

المطلب الثاني : المبادئ المرتبطة بالمكلف بتسوية النزاع

عندما يتم اللجوء إلى الآليات البديلة فثمة طرف ثالث بالضرورة يكلف بالبحث في تسوية النزاع بين الأطراف ، و هو بمثابة حلقة الربط ، الذي يناط به مهمة التقريب بين وجهات النظر و محاولة إقناع أطراف الخصومة بالحلول التي يقترحها لتسوية النزاع ، و سواء كان محكما أو وسيطا أو موفقا أو أي شخص أخر يتم تعيينه أو الاتفاق عليه [1]، يجب أن تتوفر فيه عدة شروط أهمها أن يكون متمتعا بالحياد و الاستقلالية ، أي أن يكون نزيها في إدارة شؤون النزاع و لا يرجح كفة أي طرف على حساب الآخر ، حتى يجعل نوعا من الاطمئنان و الثقة لدى الأطراف ، كما يكون مختصا و كفؤا في تسوية هذا النوع من النزاعات حتى يمكن من فضه بالطريقة الملائمة التي ترضي أطرافه ، فهناك نزاعات معقدة تم حلها عن طريق الآليات البديلة بفضل كفاءة و اختصاص الخبراء في التحكيم و الوساطة و التوفيق .

عند اللجوء الى التحكيم ، نصت بعض التشريعات على وجوب ان يكون المحكم شخصا طبيعيا لا معنويا ، و هو امر بديهي ، بما انها تشترط كذلك ان لا يكون قاصرا او محجورا عليه و لا من رجال القضاء ، و هو ما لا يتوافر إلا في الشخص الطبيعي الذي يمثل المحور الأساسي للسير في إجراءات المرافعة التحكيمية بين الخصمين ، فهو الشخص الذي اتفق على إحالة النزاع القائم بين الخصوم اليه للفصل به دون المحكمة المختصة [2]، لأنه بمثابة القاضي الذي يباشر سلطاته بناء على اتفاق الأطراف على اختياره ، لان أساس الاتفاق على التحكيم نابع من الثقة بشخص المحكم و في حسن عدالته ، لذا حددت التشريعات بعض الضوابط و الشروط التي يجب توافرها في شخص المحكم ، على غرار ما نصت عليه المادة 11-5 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي uncitral على :" ...يتعين على المحكمة أو السلطة الأخرى لدى قيامها بتعيين محكم أن تولي الاعتبار الواجب إلى المؤهلات المطلوب توافرها في المحكم وفقا لاتفاق الطرفين و إلى الاعتبارات التي من شانها ضمان تعيين محكم مستقل و محايد ، و في حالة تعيين

[1] Truong Corinne , les différends lies a la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales , cci , litec 2002 , p 91.

[2] احمد أبو الوفا ، مرجع سابق ، ص 14.

محكم فرد أو محكم ثالث ، يتعين عليها أن تأخذ في الاعتبار كذلك استصواب تعيين محكم من جنسية غير جنسية الطرفين "[1] ، و هو ما يوضح ان تعيين المحكم يستند على مدى توفره على المؤهلات الازمة التي تمكنه من الالمام بموضوع النزاع ، بالإضافة الى ضمان حياده و استقلاله عن أي جهة كانت ، و ان يراعى في ذلك جنسية الطرفين .

كما أثبتت التجارب في تسوية النزاعات بواسطة الآليات البديلة أن وجود طرف ثالث حيادي و نزيه من شانه أن يسهل الحوار و النقاش بين المتنازعين حيث تتعزز ثقتهم به [2]، و يؤثر بصورة أكثر فعالية و جدية في حل النزاع ، لا سيما إذا كانت هناك مشكلة عاجلة تتطلب حلا شاملا و سريعا ، و لا شك ان موجب الحياد ضروري في جميع مراحل حل النزاع حتى لا يتم ترجيح كفة احد على حساب الأخر و فقدان هذه الآليات لأهدافها الرئيسية المنتظرة منها بالأساس ، و هو ما سنحاول التفصيل فيه أكثر من خلال التطرق للالتزام بالحياد و الاستقلالية في فرع اول ، ثم لشرط الكفاءة و الاختصاص من خلال فرع ثان .

الفرع الأول : الالتزام بالحياد و الاستقلالية

يعد هذا المبدأ من المبادئ المهمة التي يقتضي توافرها في شخص المكلف بتسوية النزاع ، لأنه يمارس وضيفة القضاء الخاص " الاتفاقي " ، و اهم ما يميز القضاء هو صفة الحياد و الاستقلالية التي يجب ان يمتاز بها لكي يطمئن الافراد على حقوقهم ، و إلا فيجوز لهم حق طلب رده ، إذ يتوجب هنا على الطرف الثالث المكلف بتسوية النزاع أن يقف على نفس المسافة من المتنازعين و المساواة بينهم ، متجنبا أي شيء من شانه أن يجعله يثير الشكوك أو يوحي بمظهر التحيز لأحد الأطراف و يؤثر على نشاطه بصورة سلبية و يخل بمبدأ المساواة في معالجة النزاع ، و يمس بذلك بمصالح المتنازعين ، و يؤدي إلى نسف كل المساعي و الجهود الرامية إلى الوصول إلى الحل التوافقي

[1] نص المادة 11-5 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 المعدل سنة 2006.

[2] إبراهيم الشهاوي ، مرجع سابق ، ص 96.

بين الأطراف الذي يضمن استمرار علاقاتهم التجارية [1]، و هذا الشرط يعتبر ضروري و مهم في سبيل تحقيق هذه الغاية .

يقصد بالحياد ان يقوم الطرف الثالث بمهمته في الخصومة بكل تجرد و نزاهة ، فلا يميل و لا يتحيز لأي من الأطراف او ضده[2]، و الابتعاد عن كل ما من شانه أن يخل بذلك مثل وجود مصلحة شخصية مع طرف ما أو صلة مودة أو عداوة بأحد الخصوم ، مما يجعل المكلف بتسوية النزاع غير قادر على العمل بشكل نزيه و غير متحيز [3]، و يجعله مجبرا لمراعاة مصالحه الخاصة في عملية التسوية ، فمن باب أولى بان لا يجوز لأي من الخصوم ان يكون محكما او وسيطا ، فلا يجوز كذلك ان يكون مكلفا بتسوية النزاع من له مصلحة مع أي من الخصوم كالكفيل و الدائن [4]، و هو ما يعتبره الفقه المصري من النظام العام الذي لا تجوز مخالفته ، رغم ان معظم التشريعات قد تجيز ذلك بشرط اتفاق الطرفين عليه ، فهذه المسائل تعد تنظيمية و ليست جوهرية لأنها من صميم اتفاق التحكيم ، إلا ان ما يهم في هذا ان يكون الطرف الثالث من جنسية تختلف عن جنسية الخصوم ، باعتبار اختلاف جنسياتهم في الاستثمار الأجنبي ، و ذلك من اجل ضمان حياده و عدم انحيازه لأي من الأطراف الذي يكون من نفس جنسيته ، حيث يتوجب في هذا على الطرف الثالث الإفصاح عن أي امر مريب قد يؤثر على حياده في حالة قبوله مهمة تسوية النزاع بواسطة التحكيم ، اذا كان عضوا في هيئة التحكيم لمركز او مؤسسة دولية ما ، وفق ما تنص لوائحها ، او بموجب الوساطة او التوفيق ، او أي الية ودية أخرى لتسوية المنازعات ، فالمهم أن يكون هذا الطرف محايدا و مستقلا لكي يحوز ثقة الأطراف ، و يتمتع بقوة الشخصية التي تجعله

---

[1] في هذا ، اثبت تقرير منظمة التجارة العالمية الصادر سنة 2001 ، ان تسوية المنازعات الاستثمارية و التجارية الدولية بالطرق الودية و عن طريق الاليات البديلة ساهمت بنسبة 98 بالمئة في استمرار هذه العلاقات ، بما انها عنصر اساسي في المحافظة على تنفيذ العقود الاستثمارية الدولية ، مشار لها عند ، محمد عبد المجيد إسماعيل ، التحكيم في عقود الأشغال الدولية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط 1 ، بيروت 2003 ، ص 111.

[2] عكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق ، ص 14.

[3] أميرة جعفر شريف ، مرجع سابق ، ص 71.

[4] حازم جمعة ، دعوى المسؤولية الدولية لحماية المواطنين و استثماراتهم في الخارج ، مقال منشور بمجلة المحاماة العدد 16 ، القاهرة – مصر ، 1998.

لا يرضخ لاي ضغوطات او اغراءات ، من اي جهة كانت ، حيث يمثل هذا ضمانا أساسيا لنجاح إجراءات التسوية [1].

في هذا السياق نصت المادة 12 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي uncitral على : " على الشخص حين يفاتح بقصد تعيينه محكما أن يصرح بكل الظروف التي من شانها أن تثير شكوكا لها ما يبررها حول حياده و استقلاله ، و على المحكم منذ تعيينه و طوال إجراءات التحكيم أن يفضي بلا إبطاء إلى طرفي النزاع بوجود أي ظروف من هذا القبيل إلا إذا كان قد سبق له و أن أحاطهما علما بها ، لا يجوز رد محكم إلا إذا وجدت ظروفا لها ما يبررها تثير شكوكا حول حياده و استقلاله ، أو إذا لم يعد حائزا لمؤهلات اتفق عليها الطرفان ، و لا يجوز لأي من طرفي النزاع رد محكم عينه هو أو اشترك في تعيينه إلا لأسباب تبينها بعد أن تم تعيين هذا المحكم "[2] ، كما أكدت قواعد تسوية النزاعات "ADR RULES" لدى غرفة التجارة الدولية "CCI" على وجوب تمتع الطرف الثالث المكلف بحل النزاع بالحياد و الاستقلالية و النزاهة [3]، حيث نصت المادة 5 منه على ما يلي " يباشر المصالح محاولة المصالحة وفقا لما يراه ملائما مسترشدا بمبادئ الحياد و العدل و الإنصاف " ، كما نصت قواعد الاونسترال النموذجية للتوفيق التجاري الدولي في المادة 5 – 4 على ما يلي " عند تزكية أفراد أو تعيينهم كموفقين ، يتعين على المؤسسة أو الشخص مراعاة الاعتبارات التي يرجح آن تكفل تعيين موفق مستقل و محايد ، و عند الاقتضاء مراعاة تعيين موفق تختلف جنسيته عن جنسيتي الطرفين " ، و في نفس السياق ذهبت معايير السلوك للوساطة الامريكية سنة 1994 حيث نصت على ما يلي " يتعين على الوسيط إدارة الوساطة بطريقة حيادية لأنها عامل أساسي ، كما يجب عليه التوسط في القضايا التي يكون فيها محايدا و عادلا ، أما إذا لم يستطيع أن يدير عملية الوساطة بحياد و استقلالية تامة فعليه

[1] نصت المادة 4 من قواعد الوساطة الخاصة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي على ما يلي : " يتعين ان يتوافق السلوك المهني للوسيط المختار او المعين مع قواعد السلوك المهني المعمول بها في المركز ، فليس لأحد الأشخاص القيام بدور الوسيط في أي نزاع اذا ما كانت له أي مصلحة شخصية او مالية نتيجة لهذه الوساطة إلا إذا اتفق على غير ذلك بين الأطراف كتابة ، و قبل قبول التعيين يقوم الوسيط المرشح بالتصريح بأي ظرف من شانه خلق الاعتقاد بعدم الحياد أو الاستقلال " .

[2] نص المادة 12 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 .

[3] كذلك نصت المادة 3 من قواعد حل الخلافات الصادرة عن غرفة التجارة الدولية في 2002/02/17 على وجوب حياد و استقلالية المكلف بحل النزاع ، و على أن يودع هذا الأخير سيرته الذاتية المفصلة على مستوى الغرفة مع توقيعه و تعهده خطيا بالتزام الحياد ، فيما تقوم الغرفة بتزويد أطراف النزاع بذلك .

الانسحاب " [1]، و هو ما يعني ان يكون الوسيط مستقلا استقلالا كاملا فيما ينتهي إليه من رأي غير متأثرا فيه بأي دوافع أو ارتباطات أو أي علاقة تربطه بأحد الطرفين ، و انتفاء أي صلة أو مصلحة له بموضوع النزاع ، و هو شرط أساسي مثلما نصت عليه المادة 998 من ق ا م ا على ما يلي : " يجب ان يعين الشخص الطبيعي المكلف بالوساطة من بين الأشخاص المعترف لهم بحسن السلوك و الاستقامة و ان تتوفر فيه الشروط التالية :

- ان لا يكون قد تعرض الى عقوبة عن جريمة مخلة بالشرف ، و ان لا يكون ممنوعا من حقوقه المدنية ؛
- ان يكون مؤهلا للنظر في المنازعة المعروضة عليه و يكون محايدا و مستقلا في ممارسة الوساطة "[2].

هو ما ذهب إليه المشرع الجزائري كذلك بخصوص المحكم و هذا بموجب المادة 1016-3 من ق ا م ا حول جواز رد المحكم في الحالات التي يتبين فيها عدم استقلاليته ، حيث نصت على : " يجوز رد المحكم في الحالات الآتية : عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته ، لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع احد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط " [3]، كما نصت المادة 16 من قانون التحكيم المصري رقم 27 على الشروط الواجب مراعاتها في تعيين المحكمين التي منها أن لا يكون قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية ، فيما نصت الفقرة 03 منها حول حياده و استقلاله على ما يلي : " يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة و يجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أي ظروف من شانها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيدته " كما أجازت المادة 18[4] طلب رد المحكم إذا تبين أن ثمة ظروف تثير شكوكا حول حيدته و استقلاله ، خصوصا اذا وجدت ظروف موضوعية معينة توحي بعمل الطرف

[1] محمد نعيم علوه ، مرجع سابق ، ص 101.

[2] نص المادة 998 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 .

[3] نص المادة 1016-3 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 .

[4] نصت المادة 18 -1 من نفس القانون على : لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكا جدية حول حيدته و استقلاله "

المكلف بتسوية النزاع لحساب احد الخصوم ، كما لو كان تابعا له أو خاضعا لرأيه أو سلطته مما يؤثر على استقلاليته و مدى قدرته على فض النزاع بالطريقة العادلة .

الفرع الثاني : شرط الكفاءة و الاختصاص

تقضي القاعدة العامة بان يكون المكلف بتسوية النزاع مؤهلا لذلك ، حتى يتمكن من فهم جوانب النزاع و طبيعته و التوصل رفقة الأطراف الى التسوية المرجوة منه ، و هذا ما يتأتى من خبرته و اختصاصه في تسوية المنازعات الاستثمارية .

تتسم اغلب منازعات الاستثمار الأجنبي بالتعقيد ، لهذا تتطلب كفاءات شخصية و قانونية عالية في تسويتها ، مثل المنازعات الناشئة عن عقود الاشغال الدولية نظرا لأهميتها و ما ينتج عنها من مشاكل قانونية و فنية [1]، لهذا يجب ان يكون الطرف المحايد المكلف بتسوية النزاع من ذوي الاختصاص بموضوع النزاع و له خبرة فنية واسعة في مجال الاستثمار و التجارة الدولية و له قدرة على اعداد بدائل خلاقة [2]، فإذا كان الوسيط او الموفق راسخا في وجوده و شخصيته كاملا في اختصاصه ، كان حل النزاع وافيا و سليما [3]، ام اذا كان مفتقرا الى الكفاءة و الخبرة و التخصص فشلت عملية التسوية ، كما قد يتطلب الامر ابرام عقد جديد او تعديل عقد نافذ في سبيل التسوية ، أو أي ترتيبات أخرى من هذا القبيل قد يتفق عليها الأطراف ، و ذلك سواء بالاجتماع بكليهما معا او بكل طرف على انفراد ، و هذا ما يتطلب توفر مهارات عملية و فهم نظري و خبرة حقوقية او مصرفية و فنية ، و الإلمام بثقافات و لغات الأطراف ، فضلا عن القدرة على ابتكار و ابداع الأفكار التي تساعد المتنازعين في اختيار مصالحهم و تؤمن لهم افضل السبل في حسم خلافاتهم [4].

---

[1] أميرة جعفر شريف ، مرجع سابق ، ص 59.

[2] هادي منذر ، الحلول البديلة لفض النزاعات ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2009 ، ص 71.

[3] يحي الجمل ، حيدة و استقلال المحكمين ، مقال منشور بمجلة التحكيم العربي ، العدد 4 ، ص 15.

[4] أباريان علاء ، مرجع سابق ، ص 125.

لهذا نجد ان اغلب التشريعات و أنظمة التحكيم كرست حرية المتنازعين في اختيار الالية المثلى لتسوية النزاع ، و التي يترتب عليها طبيعة المكلف بتفعيلها كالمحكم او الوسيط او قد يكون موفقا اذا ما اختار الأطراف اللجوء الى التوفيق التجاري الدولي ، و اكتفت بوضع ضوابط عامة في ذلك فقط [1]، لهذا فهو يستمد سلطاته و اختصاصه من طرفي النزاع ، و ليتوج ذلك بحل يرضي الطرفين وجب ان تتوفر لديه الخبرة و الكفاءة و أن يكون ذا تخصص حقوقي خاصة إذا كان منفردا [2].

يفترض في الوسيط او الموفق الإلمام بموضوع النزاع و اكتساب الخبرة الكافية في الدعاوى و إدارة الاجتماعات و تسوية النزاعات الاستثمارية ، سواء كان بموجب التسوية الحرة او الاختيارية للأطراف و هو ما يعرف ب " ad hoc " ، او اللجوء الى مركز او مؤسسة دولية متخصصة في ذلك ، و هذا حتى يتسنى لهذا الطرف إرشاد المتنازعين إلى حقوقهم و أوضاعهم و اقتراح الحلول الملائمة و إقناعهم بها [3]، كما يعمل الوسيط او الموفق على استغلال كل ما من شانه ان يساعد في حل النزاع على أسس واقعية و معقولة ، معتمدا على خبرته و كفاءته في ذلك و تأهيله القانوني لصياغة اتفاق التسوية وفق الضوابط القانونية التي تحفظ حقوق الأطراف و التزاماتها ماديا و قانونيا ، و ضرورة تفادي ما قد ينجر عن إطالة أمد النزاع باللجوء إلى آليات أخرى قد تأخذ منهم وقتا أطول ، أو تطوره و هو ما يؤدي إلى تعقيدات أخرى قد تقف عائقا في تسويته بالطرق الملائمة و المناسبة للطرفين ، كما نصت على ذلك المادة 17 من " معايير الوساطة " في الولايات المتحدة الأمريكية الصادرة سنة 1995 وفق ما يلي " يتطلب أن يكون الوسيط ذو كفاءة و خبرة تمكنه من تسوية النزاع بالطريقة المناسبة ، كما يجب أن يحظى بالقبول اللازم من أطراف النزاع أما غير ذلك فيمكن رده و تحييده " .

---

[1] فؤاد مُحَمَّد مُحَمَّد أبو طالب ، مرجع سابق ، ص 47.

[2] يحي الجمل ، مرجع سابق ، ص 16.

[3] منير محمود بدوي ، الوساطة و دور الطرف الثالث في تسوية المنازعات ، دار النهضة العربية ، القاهرة – مصر 2004 ، ص 100.

بهذا يتضح ان كفاءة و اختصاص الطرف المكلف بفض النزاع الاستثماري هو مبدأ مهم جدا وفق ما تتطلبه منازعات الاستثمارات الكبرى خصوصا من طرف الشركات العالمية المعروفة و المالكة لسمعة تجارية و استثمارية دولية ، بحيث تشترط قبل اللجوء الى أي الية ان يكون الطرف الموكل بذلك مؤهلا و مختصا و ذا خبرة عالية في ذلك ، لذا نجد ان اغلب المحكمين و الوسطاء الدوليين المعروفين تحت طلب دائم و مستمر لتسوية النزاعات الاستثمارية ، كما أتاحت الأنظمة القانونية و القواعد المنظمة للآليات البديلة للمتنازعين ممارسة نوع من الرقابة على عملية تسوية النزاع ، و التأكد من مدى كفاءة الغير و اختصاصه ، حتى يتم عزله بالوسائل القانونية المتاحة مثلما تم اختياره [1].

[1] فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 55.

المبحث الثاني

شروط اللجوء للآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

لا شك ان الحل الودي هو ما يطمح اليه اطراف النزاع من خلال اللجوء للآليات البديلة لتسوية منازعاتهم الاستثمارية ، بالاتفاق على إخضاعها الى احدى هذه الاليات سواء بالنص على ذلك أثناء توقيع العقد ، أو في مرحلة من مراحل تنفيذه .

يمكن لأي نزاع استثماري ذو طابع دولي ان يخضع لإجراءات و شروط الاليات البديلة وفق ما تحدده مؤسسة او مركز التسوية الذي يتم اللجوء إليه ، مثل قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار "icsid" ، أو القواعد التي حددتها غرفة التجارة الدولية "icc" المتعلقة بالتحكيم أو تلك الخاصة بتسوية النزاعات المستقلة عن التحكيم و نظام المصالحة [1]، أو عن طريق تعديل هذه الإجراءات باتفاق الأطراف و موافقة المركز او الهيئة المعنية بتسوية النزاع ، مع مراعاة أحكام النظام العام .

في جميع الأحوال يخضع اللجوء الى الاليات البديلة لتسوية المنازعات بين اطراف العقد الاستثماري الى الاتفاق المسبق بينهما الذي يتضمن تعيين الالية المراد اللجوء اليها و المركز المختص بذلك ، أما إذا لم يوجد هذا الاتفاق فيتم ذلك عن طريق تقديم طلب الى أي مركز او هيئة يختارانها و يبدون استعدادهم لتسوية هذا النزاع بواسطتها .

يستند شرط اللجوء إلى الآليات البديلة لتسوية المنازعات الاستثمارية في وجود اتفاقيات مسبقة بين أطراف العقد الاستثماري ، تتخذ شكل بند أو بنود يحدد بموجبها طريقة تسوية النزاع المحتمل نشأته بين الأطراف ، الذين يمكن أن يوقعوا على اتفاق مستقل بعد ذلك ، يحدد بطريقة أكثر وضوحا و تنظيما آلية التسوية ، و الإجراءات الواجب إتباعها و طريقة تعيين الغير الذي

[1] Nicole laçasse , l'arbitrage commercial international entre parties privées dans les payes de l'Aléna , colloque « l'Aléna et l'avocat d'affaires » , union international des avocats , Montréal , 1998 , p 02.

سيتدخل بينهم لمساعدتهم في التوصل إلى تسوية للنزاع ، و الشروط الواجب توافرها فيه ، و حقوق الأطراف و الالتزامات المتبادلة فيما بينهم من جهة ، و فيما بين الغير من جهة أخرى[1] .

ينبع هذا الاتفاق أساسا من إرادة الأطراف في اللجوء إلى الآليات البديلة لتسوية المنازعات وفق أشكال مختلفة ، بتعدد أنواع هذه الآليات ، تحكيما كان ، أو وساطة ، أو توفيق ، أو بتفعيل شروط إعادة التفاوض ، فهو بمثابة التزام تعاقدي [2]، يحاول بموجبه الأطراف تسوية نزاعهم خارج المحاكم ، بتحقيق نتيجة مقتضاها المشاركة في إجراءات التسوية ، بتنفيذ الشرط المتفق عليه ، و الالتزام ببذل عناية و التفاوض بحسن نية من أجل التوصل إلى تسوية النزاع .

تستمد الصيغة التي يمكن أن تنص على الآلية البديلة المناسبة لتسوية النزاع ، و العناصر التي تتضمنها ، من لوائح الهيئات و الغرف و المراكز المتخصصة في تسوية المنازعات الاستثمارية [3]، من خلال صياغتها عادة بطريقة موجزة تتضمن تحديدا نوع آلية التسوية التي اتفق الأطراف على اللجوء إليها ، و الإجراءات الواجب إتباعها من أجل الوصول إلى هذه التسوية ، فقد ذهب جانب من الفقه إلى اقتراح صيغة نموذجية لشرط اللجوء إلى الآليات البديلة لتسوية المنازعات مفادها أنه " في حالة وجود نزاع بين أطراف هذا العقد ، فإنهم يحاولون عن طريق إجراءات الوساطة أو التوفيق أو الدعوى المصغرة ،...و ذلك طبقا للقواعد التي يحددونها " [4]، و اقترح جانب آخر من الفقه صيغة عامة لمثل هذه الشروط كما يلي " في حالة نشأة نزاع يتعلق بهذا

---

[1] مصطفى المتولي قنديل ، مرجع سابق ، ص 42.

[2] Charles jarosson , op cit , p 335.

[3] اعتمدت العديد من مراكز و هيئات تسوية المنازعات التجارية و الاستثمارية عدة صيغ متنوعة و متعددة ، تهدف مجملها إلى اتخاذ طريق الآليات البديلة في تسوية المنازعات التي تنشا بين أطراف العقود الاستثمارية الدولية ، على النحو التالي :

– يخضع كل نزاع ينشا عن تنفيذ هذا العقد أو تفسيره الى التسوية عن طريق الوساطة ....

– إذا نشا نزاع بين أطراف العقد الاستثماري متعلق بالإخلال بأحد بنوده ، فعلى الأطراف اللجوء أولا إلى التوفيق

– تختص لجان التوفيق بتسوية النزاعات التي تنشا بين أطراف هذا العقد ....

[4] أزاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 447.

العقد ، يحاول الأطراف في البداية تسويته بطريقة ودية ، و في حالة الفشل فإن الطرف الأكثر حرصا يلجأ إلى... "[1]

يتضح أن هذه الصيغ تتضمن خمسة عناصر رئيسية ، تظهر خصوصية شروط الآليات البديلة لتسوية المنازعات الاستثمارية المحتملة و هي :

- وجود عقد أصلي بين أطراف ينظم علاقة تعاقدية ما ، متضمنا شرطا للجوء إلى الآليات البديلة لتسوية النزاع ضمن أحد مواده ؛
- احتمال نشأة خلاف أو نزاع بين الطرفين في المستقبل حول تطبيق أو تفسير أحكام العقد المبرم بينهم ، و هذا ما يميز شروط الآليات البديلة لتسوية المنازعات عن الشروط المتعلقة بتغير الظروف [2]؛
- رغبة الأطراف في محاولة تسوية النزاع تفاوضيا ، أو بالآليات البديلة ذات الطابع التفاوضي كالوساطة و التوفيق ؛
- اختيار آلية أو أكثر ، من الآليات البديلة التي سيتم بها تسوية النزاع ؛
- تحديد الإجراءات التي سيتم إتباعها ، أو الإحالة إلى قواعد و إجراءات أحد المراكز أو الهيئات المتخصصة في تسوية المنازعات الاستثمارية [3]؛

إن صياغة شروط اللجوء إلى الآليات البديلة لتسوية المنازعات وفق ما أوردته اللوائح الخاصة بالهيئات و المراكز المتخصصة في تسوية المنازعات الاستثمارية ، عادة ما تتضمن شروطا نموذجية للتسوية ، و غالبا ما يقوم الأطراف بتبنيها حرفيا بقصد الإحالة إلى قواعد و إجراءات هذا المركز ، كلائحة التوفيق الخاصة بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي CNUDCI ، التي تتضمن شرطا نموذجيا ورد بالصيغة التالية " حيثما يرغب الطرفان ، في حالة حدوث نزاع ناشئ عن هذا العقد أو يتصل به ، في التماس تسوية ودية لذلك النزاع عن طريق التوفيق ، يجري

[1] Robert jerou , Les procédures de règlement amiable des litiges , thèse de magister en droit des affaires , université paris 2 , 2002 , p 213.

[2] مصطفى المتولي قنديل ، مرجع سابق ، ص 69.

[3] ابارياان علاء ، مرجع سابق ، ص 159.

التوفيق طبقا لقواعد التوفيق الخاصة بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي السارية حاليا [1]"
أو ما تضمنته لائحة الوساطة التجارية الخاصة بهيئة التحكيم الأمريكية " AAA " التي أوردت شرطا لتسوية المنازعات يتمثل في التدرج في اللجوء إلى الآليات البديلة ، حيث ينص على تفعيل المفاوضات ثم إجبار الأطراف على اختيار الوساطة قبل اللجوء إلى التحكيم ، و كانت صيغته كما يلي " إذا نشأ نزاع يتعلق بهذا العقد ، أو يتعلق بمخالفة واحد أو أكثر من البنود الواردة فيه ، و إذا لم يمكن تسوية هذا النزاع عن طريق المفاوضات ، فإن الأطراف يلتزمون ، قبل اللجوء إلى التحكيم ، بأن يحاولوا منذ البداية و بحسن نية تسوية هذا النزاع عن طريق إجراءات الوساطة وفقا للائحة الوساطة التجارية لهيئة التحكيم الأمريكية "[2].

يلاحظ أن هذه الصيغ المقترحة لشرط تسوية المنازعات عن طريق الآليات البديلة ، هي ذات طبيعة مرنة ، مما يسمح للأطراف بأن يقوموا بتعديلها وفقا لطبيعة النزاع و الظروف المحيطة به ، و هو ما يمكننا من اقتراح صيغة لشرط تسوية المنازعات عن طريق الآليات البديلة مفاده أن " كل نزاع ينشا بين الأطراف يتعلق بهذا العقد أو بمخالفة أحكامه ، أو يتصل به ، يتوجب على الأطراف محاولة تسويته عن طريق التفاوض أو الوساطة أو التوفيق ، قبل اللجوء إلى التحكيم أو القضاء ، و ذلك وفقا للقواعد و الإجراءات التي يتفق عليها الأطراف ، أو باللجوء لأحد المراكز أو الهيئات الدولية المتخصصة في تسوية المنازعات "

بهذا تعتبر الشكلية من المسائل الأساسية و الضرورية بالنسبة لشرط اللجوء إلى الآليات البديلة ، لأنها تؤدي بصفة أساسية إلى استبعاد اختصاص المحاكم ، حيث يختص الطرف الثالث المكلف بالفصل في النزاع بصفة نهائية ، و هذا يعني أن الطرفين ارتضيا اللجوء إلى التسوية الودية للفصل في الدعوى عن طريق الآليات البديلة ، و لهذا استلزمت بعض التشريعات دليلا كتابيا [3]، لأنه يظهر النية الحقيقية للأطراف ، ثم انه من السهل الاتفاق بين الأطراف على تضمين العقد شروط الآليات البديلة لتسوية المنازعات عند إبرامه مقارنة مع وقت نشأة النزاع ، و سواء كان

[1] www.uncitral.un.org/modellaw , le 02-10-2018 .

[2] بشار محمّد الاسعد ، مرجع سابق ، ص 253.

[3] احمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 293.

شرط تحكيم أو شرط أي آلية بديلة أخرى ، فانه بمثابة السند في اللجوء إلى هذه الآليات ، و في إبطال اللجوء إلى القضاء ، إلا إذا ارتأى الطرفان العدول عن إجراءات التسوية الودية في أية مرحلة من مراحل التسوية ، إذا ثبت أن التوصل إلى تسوية النزاع أصبح مستحيلا ، و هو ما أثبتته الممارسة العملية في قيام أطراف العقود الاستثمارية بكتابة مثل هذه الاتفاقات ، و تؤكده العديد من أنظمة و لوائح المراكز و الهيئات المتخصصة في تسوية المنازعات ، التي تستلزم الكتابة لأنها تسمح بتحديد مدى رغبة الأطراف في تسوية النزاع وديا و تنظيم الإجراءات التي سيتم إتباعها [1].

ان تغير الظروف المحيطة بالعقد قد تؤثر في العلاقات بين اطراف العقد الاستثماري ، و هو ما يجعلها تتضمن شروطا لمعالجة هذه التغيرات اثناء تنفيذ العقد ، لتجنب النزاعات او تسويتها ، كشروط إعادة التفاوض و شروط القوة القاهرة ، او شرط التحكيم ، و هو ما سنتطرق اليه بإيجاز فيما يلي :

المطلب الأول : شروط إعادة التفاوض

تقتصر شروط إعادة التفاوض على مواجهة التقلبات المحتملة اثناء تنفيذ العقد الاستثماري ، و إيجاد السبل الملائمة لتسوية النزاعات التي قد تنشا بين اطراف العقد بتفعيل اللجوء الى الالية المناسبة لذلك بطريقة ودية و سلسة ، تسمح باستمرار العلاقة التعاقدية .

قد تتوصل المفاوضات بين الأطراف الى مراجعة العقد سواء بصفة جزئية او كلية ، او تعديله ، حسب طبيعة النزاع و محتواه ، او لتجنب أي مفاجآت غير متوقعة في مستقبل العلاقة الاستثمارية [2]، و ذلك من خلال اجتماع الأطراف و طرح التزاماتهم ، او الاتفاق على تدخل طرف ثالث محايد لمساعدتهم في هذا الشأن [3].

[1] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 452.
[2] فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 422.
[3] قشي الخير ، مرجع سابق ، ص 122.

تهدف شروط إعادة التفاوض الى تفضيل الحلول الودية للنزاعات التي قد تثور اثناء تنفيذ العقد ، و التي تحقق مصالح الأطراف و تضمن استمرار علاقتهم الاستثمارية ، و تمكنهم من ان يتقابلوا في أي وقت بعد حدوث التغيرات[1] ، خصوصا و ان العقود الاستثمارية الدولية هي ذات امد طويل ، مما يجعلها شديدة التأثر بالعديد من المتغيرات التي تؤدي الى نشأة النزاعات بين الأطراف او الإخلال بالتوازن العقدي .

في ذلك نصت المادة 15 من العقد الاستثماري المبرم بين شركة "BP" البريطانية و الحكومة الليبية سنة 2001 على ضرورة تشكيل فريق مشكل عن ممثلي الطرفين ، يلتقي بشكل دوري اثناء تنفيذ العقد الاستثماري ، يتولى ما يلي [2]:

- تقييم تقدم العملية الاستثمارية و مدى تحقيق الأهداف المتوخاة من ذلك ؛
- تفعيل شروط إعادة التفاوض للوصول الى اتفاق مرضي في حالة نشأة نزاع بين الطرفين ، سواء من خلال التزام كل طرف بما تم الاتفاق عليه بموجب العقد ، او إيجاد الالية الملائمة لتسوية النزاع ، باللجوء الى الوساطة ثم التحكيم التجاري الدولي ؛
- اتخاذ القرار الملائم في توقيف مؤقت للعقد الى غاية إتمام مرحلة المفاوضات ، او فسخ العقد الاستثماري باتفاق الطرفين اذا تبين ان ذلك هو الحل اللازم .

يتضح بذلك ان شروط إعادة التفاوض تشكل بندا مهما جدا في العقود الاستثمارية الدولية طويلة الاجل ، حيث تعمل على توجيه الطرفين اثناء تنفيذ العقد الاستثماري بما انها تشكل انها التزاما تعاقديا وجب احترامه ، و يتم بموجبها تذليل العقبات التي تعترض العملية الاستثمارية و محاولة تجنب النزاعات بين الطرفين ، و التي ان نشأت فان شروط إعادة التفاوض ستمكن الطرفين من اتخاذ الالية المناسبة لذلك ، او الاتفاق على الإجراءات الواجب اتباعها اذا ما تم تحديد الالية المناسبة سابقا ، كاختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع و إجراءات تسوية النزاع ، و هوية المركز او الهيئة التي تتولى عملية التسوية .

[1] يسري عوض عبد الله ، مرجع سابق ، ص 101.

[2] Dominick kohlhagen , op cit , p 31.

المطلب الثاني :شرط التحكيم و الاليات البديلة

سبق و ان اشرنا ان شرط التحكيم هو اتفاق بين اطراف العقد الاستثماري باللجوء الى التحكيم في حالة نشأة أي نزاع ، فهو شرط واضح و صريح يرتب التزاما على طرفيه و يمنحها حق اللجوء الى التحكيم باختصاص المحكم بالنظر في النزاع دون القاضي ، اما شرط الاليات البديلة الأخرى فقد ينص على الية معينة كالوساطة او التوفيق ، او قد ينص على شرط التفاوض فقط للاتفاق على كيفية التسوية الودية بين الطرفين .

تعتمد بعض العقود الاستثمارية على ترتيب اللجوء الى الاليات البديلة ، كتفعيل شروط إعادة التفاوض ثم اللجوء الى الوساطة او التوفيق ، فيما يكون التحكيم التجاري الدولي اخر حل لتسوية النزاع الاستثماري بين اطرافه .

على الرغم من ان جميع هذه الشروط تؤدي الى الحل الودي للنزاع و تحيد القضاء من الاختصاص بالنظر في النزاع ، إلا انه أحيانا ما يثار الخلط بين مضمون هذه الشروط ، بسبب طريقة صياغتها و المصطلحات التي يستخدمها الأطراف في التعبير عنها ، بصياغة غير دقيقة لتدخل الغير ، فيعتقد احد الأطراف انه قبل شرطا من شروط الاليات البديلة مثل التوفيق او الوساطة ، في حين يعتقد الطرف الاخر انه وافق على شرط التحكيم [1]، كان ينص بند في العقد على ان " يتولى المحكم القيام بالتقريب بين وجهات النظر " او " اذا لم يحز حكم المحكم على قبول الأطراف ، فسيتم عرض النزاع على المحكمة المختصة " [2].

ان عدم الاستخدام الدقيق لوصف طريقة التسوية يؤدي الى وجود ارباك و نزاع حول تفسير مضمون و نوع الشرط المتفق عليه ، بما ان مسائل التسوية لا تختلف ، و التي يمكن ان نميزها من خلال ما يلي :

- ان التحكيم و لو بدا اتفاقيا و رضائيا إلا انه ينتهي بقرار ملزم ؛

[1] مصطفى المتولي قنديل ، مرجع سابق ، ص 47.

[2] Charles jarosson , op cit , p 157.

- يختص المحكم وحده بحسم النزاع دون مشاركة الأطراف ، على عكس التفاوض و تبادل الاقتراحات او تدخل طرف محايد لمساعدة الأطراف [1]؛
- ان الحل او التوصية التي قد تصل اليها المفاوضات هو من صنع جميع الأطراف و بالتالي يكونون بعلم مسبق بمضمونه مما يجعله اكثر شفافية من الحل التحكيمي [2]؛
- اذا لم ينص العقد على أي شروط مسبقة للتفاوض ، فقد يلتقي الأطراف طوعيا اثناء تنفيذ العقد على عكس شرط التحكيم الذي يكون ملزما ، فمن بدأه و اقدم على اول خطوة فيه يكون ملزما على السير في اجراءاته الى نهايته [3]، دون ان يملك حق التراجع عن ذلك بصفة فردية ؛
- يضمن القضاء تنفيذ الحكم التحكيمي ، بينما يفتقد الحل المتوصل اليه بين الطرفين عن طريق التفاوض الى القوة التنفيذية اذا اخل احد الطرفين به ؛

[1] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 456.

[2] إبراهيم احمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 566.

[3] المرجع ذاته ، ص 567.

المبحث الثالث

نطاق اللجوء للآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

يعتبر نطاق العمل و اللجوء إلى الآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي أوسع من نطاق اللجوء إلى القضاء ، لأن هذه الآليات ترد على فئات و مستويات متنوعة من النزاعات الاستثمارية و التجارية ،كالنزاعات الناشئة عن الإخلال بأحد بنود العقد ، أو المساس بالضمانات الاستثمارية الممنوحة للمستثمر الأجنبي سواء المتعلقة بالتحفيزات المالية أو الجبائية او المساس بملكية المستثمر و شرط الثبات التشريعي لدى الدولة المضيفة للاستثمار ، و أي نزاع ذي طبيعة اقتصادية أو تجارية سواء كان محليا أو دوليا ، حيث يتم التوافق بين المتنازعين على اللجوء إلى هذه الاليات بغية إنهاء نزاعاتهم وديا .

بما أن مجمل هذه الاليات تقوم على حسن النية و الحرية التعاقدية ، و تخضع جميع أحكامها إلى قانون العقود ، فان نجاحها يتوقف على مدى ميل و رغبة أصحاب العلاقة في الوصول إلى حل توافقي ، و البحث عن أي حل ودي ينهي النزاع القائم بينهم و يعيد العلاقة التعاقدية و استمرار نشاطهم الاستثماري ، و إذا لم تتوافر في هذه الاليات الشروط المثلى لنجاحها فلن تكن سوى عبارة عن اليات و حلول لإطالة أمد الدعوى و زيادة نفقاتها دون جدوى ، و قد يرى فيها الطرف سيء النية وسائل و حلول للتسويف و لكسب الوقت و المماطلة و لاصطياد الحجج ، و إثباتات الطرف الآخر تحضيرا لدعواه القضائية ، على عكس الذين يمتلكون النوايا الحسنة و يرغبون في انهاء نزاعهم وديا دون اللجوء إلى القضاء الرسمي[1].

لابد من الإشارة إلى أن مجمل مراكز حل النزاعات عن طريق الآليات البديلة ، لم تحدد نطاقها بوضوح بل تركت المجال للمتنازعين في حرية اللجوء إلى هذه الحلول ، بشرط عدم مخالفتها للنظام العام ، على غرار الكثير من التشريعات الحديثة و مراكز التحكيم الدولية التي تشجع و

[1] أباريان علاء ، مرجع سابق ، ص 150.

تحث المتنازعين على اللجوء إلى هذه الحلول قبل اللجوء إلى القضاء الرسمي [1]، خاصة الوساطة التي باتت تشكل في الوقت الحاضر الالية الجديدة و البديلة لحل النزاعات الاستثمارية عوضا عن التحكيم في النزاعات المحلية و الدولية .

حدد المشرع الجزائري نطاق اللجوء الى الاليات البديلة بموجب ق ا م ا ، على غرار الوساطة القضائية اين نصت المادة 994 -1 منه على : " يجب على القاضي عرض اجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد ، باستثناء قضايا شؤون الاسرة و القضايا العمالية و كل ما من شانه ان يمس بالنظام العام " [2]، كما نصت المادة 995 -1 على : " تمتد الوساطة إلى كل النزاع او إلى جزء منه " [3]، و حددت المادة 1006 نطاق اللجوء الى التحكيم كالتالي : " يمكن لكل شخص اللجوء الى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها ، لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام او حالة الأشخاص و أهليتهم ، لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية او في إطار الصفقات العمومية " [4]، بهذا يتضح ان المشرع الجزائري أجاز اللجوء للآليات البديلة لتسوية المنازعات ، حيث يمكن اللجوء للوساطة إلا ما كان من قضايا شؤون الأسرة نظرا لخصوصيتها ، و القضايا العمالية لما لها من ارتباط بالحقوق الشخصية او ما يمس بالنظام العام على غرار العديد من التشريعات الداخلية للدول ، كما حدد نطاق اللجوء الى التحكيم و أجاز لكل من له حق التصرف في حق ما اللجوء اليه إلا ما تعلق بالنظام العام أو حالة الأشخاص ، كما حدد للأشخاص المعنوية العامة مجال اللجوء الى التحكيم باستثناء علاقاتها الاقتصادية الدولية او ما تعلق بالصفقات العمومية .

بدوره نظم المشرع اللبناني نطاق اللجوء للآليات البديلة في تسوية المنازعات الاستثمارية و التجارية ، بموجب قواعد الوساطة و التحكيم لسنة 2004 ، أين أخضع النزاعات الناشئة بين المستثمر الوطني و المستثمر الأجنبي أو الدولة المضيفة ، و الناتجة عن تطبيق أو تفسير أحكام

[1] عبد الحميد الأحدب ، مرجع سابق ، ص 38.

[2] نص المادة 994-1 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 .

[3] نص المادة 995-1 من نفس القانون .

[4] نص المادة 1006 من نفس القانون .

القانون ، أو الإخلال بأحد بنود العقد و التي لا تتجاوز قيمتها ثلاثين مليون ليرة لبنانية ، للوساطة بهدف محاولة التسوية عن طريق الوسيط بين أطراف النزاع ، فيما يمكن أن يعرض النزاع على التحكيم [1] إذا كانت قيمة النزاعات تفوق ثلاثين مليون ليرة لبنانية أو إذا فشل عمل الوساطة.

كما يشترط لتطبيق و اللجوء إلى الآليات البديلة بغية حل النزاع بصورة مجدية و فعالة ، أن تكون قيمة المتنازع عليه تفوق كلفة إجراءات المحاكم حيث أن طبيعة و كلفة النزاع تفرض نفسها ، و أن لا يكون هناك تفاوت في المراكز بين المتنازعين ، مثلا بين شخص طبيعي و منظمة تجارية كبيرة ، حيث أن الاختلاف في ميزان القوى الاقتصادي بين المتنازعين و النفوذ التجاري الواسع لأحدهم لا يسمح بالوصول إلى نتيجة عادلة و مرضية بين الطرفين المتنازعين بشكل يسمح بالوصول إلى حل توافقي و ملائم [2].

نظمت بعض التشريعات ما يجدر العمل به في نطاق اللجوء إلى هذه الآليات ، و ذلك حسب طبيعة و مجال موضوع النزاع و النشاط الاستثماري ، مثل النزاعات الناشئة عن عمليات بيع البضائع و الاستثمارات العقارية ، و عقود الرهن و الإيجار و عقود التأمين و عقود القروض و الشركة التي يتمسك بها كلا المتنازعين ، أو النزاعات الناشئة بين المصارف و زبائنها لاسيما في الاعتماد المستندي الذي يمثل عصب التجارة الدولية [3].

تضمنت قواعد الوساطة و التوفيق لغرفة التجارة الدولية"icc" الخاصة بتسوية النزاعات الناشئة عن تنفيذ الاعتماد المستندي "icc docdex roules" إجراءات محددة بذاتها ، حيث يتم الاحتكام إلى خبير بغية إيجاد حل للنزاع ، أما في تسوية النزاعات الاستثمارية الناشئة عن عقود الإنشاءات الهندسية التي تتطلب تقنية عالية و معلومات حسابية و فنية ، فيتم إنهاء النزاع

---

[1] مازن ليلو راضي ، الوساطة التحكيمية و نطاق اللجوء إليها ، مداخلة مقدمة ضمن الملتقى الدولي للوساطة و التحكيم ، جامعة بيروت – لبنان ، 2009 ، ص 11.

[2] عبد الحميد الأحدب ، مرجع سابق ، ص 43.

[3] أباريان علاء ، مرجع سابق ، ص 151.

فيها بواسطة الموفق الخبير Adjudicateur expert ، و هو ما أصبح جاري به العمل في مجال حل النزاعات الناشئة في العقود الدولية عن الأشغال العامة و عقود التوريد[1].

طالما أن هذه الآليات تقوم على مبدأي الحرية التعاقدية و حسن النية ، فإن التشريعات و مراكز حل النزاعات التي تبنت هذه الآليات لم تحدد نطاقها بوضوح ، بل تركت الحرية للمتنازعين باللجوء إليها بما أنها تخضع لأحكام قانون العقود ، فلابد من قيود واردة منها قيود عامة تتعلق بالنظام العام و الآداب العامة ، أو قيودا خاصة ترد على اللجوء لهذه الآليات بالرغم من المزايا و الخصوصيات التي تتمتع بها ، و هو ما سنعالجه وفق ما يلي :

المطلب الأول : القيود العامة

نصت العديد من التشريعات الدولية أو الداخلية على أن قانون العقود يخضع لمبدأ حرية التعاقد ، فللأفراد أن يرتبوا علاقاتهم كما يشاءون بشرط أن يراعوا مقتضى النظام العام و الآداب العامة و الأحكام القانونية التي لها صفة إلزامية [2]، و ذلك كمبدأ و كفكرة ، لكنها لم تحدده لاعتبارات كثيرة ، لان مفهوم النظام العام واسع و لا يمكن تحديده بمفهوم محدد ، حيث أن الفقه و القضاء ، ميزا بين النظام العام الموجه و النظام العام الحامي الوقائي ، معتبرين أن الأول هو مطلق و يتعلق بالمصلحة الاجتماعية و السياسية و الاقتصادية و الأخلاقية للمجتمع ، مما يفرض احترام الإرادة الفردية لهذه المبادئ ، فالنظام العام الموجه يهدف إلى حماية المبادئ و القيم الأساسية للمجتمع في وجه المصالح الفردية ، أما النظام العام الحامي فهو نسبي يهدف إلى حماية المصالح الفردية ، بمعنى آخر حماية مصلحة كل فرد من الطرف الآخر خلال عملية إبرام العقد ، أي أن الشروط لا يمكن لها أن تكون بحرية مطلقة ، و عليه مثلا لا يجوز الصلح في أمور تتعلق بالإفلاس و إجراء أي تسوية ودية بهذا الشأن [3].

[1] www.iccwbo.org/dispute-resolution-services , le 12/01/2019.

[2] أباريان علاء ، مرجع سابق ، ص 152.

[3] Albert colliard , op cit , p 332.

لذلك لا بد أن لا تكون الاتفاقات المتعلقة باللجوء إلى هذا الآليات مخالفة للنظام العام و الآداب العامة ، فلا يجوز إجراء مصالحة أو تسوية ودية تتعارض مع النظام العام و الآداب العامة ، وساطة كانت أو توفيقا أو أي آلية أخرى من هذه الآليات طالما أن هذا الإجراء يكون مخالفا للنظام العام ، و عليه فإن النظام العام و الآداب العامة يشكلان قيدا عاما و حقيقيا على هذه الآليات ، و في كل مجتمع يقدر المشرع الأحوال و الظروف التي تمنع حل النزاعات عن طريق هذه الآليات [1].

يدعو المنطق إلى أن لا تعرض هذه الآليات المصلحة العامة الجوهرية التي تسمو على المصالح الخاصة للخطر ، إلى حد أن الأفراد لا يمكنهم أن يجروا تسوية أو أي اتفاق ودي خارج الحالات التي يسمح بها القانون ، أو أن يعدلوا أو يزيلوا قانون دولتهم أو يفسروا المفاعيل القانونية لعلاقاتهم التعاقدية بمقتضى أعمال قانونية منفردة [2]، لذا يمكن أن نشير إلى أن النظام العام و الآداب العامة لهما دور فاعل في تقييد حرية اللجوء إلى الآليات البديلة

المطلب الثاني : القيود الخاصة

على الرغم من المزايا و الخصوصيات التي تتمتع بها هذه الآليات ، فإنها لا تخلو من بعض العيوب التي قد تحيط بإجراءاتها ، التي تتوقف بالدرجة الأولى على إرادة المتنازعين و حسن نيتهم ، و لكن هناك بعض النزاعات لا تقبل الحلول الوسطية أو الحلول البديلة ، مثلا بعض النزاعات التي قد لا تكون محصورة من حيث الظروف و المصالح بالمتنازعين أنفسهم ، فيمكن أن يكون لها مجال واسع ، و تأثيرات شاملة و تتخطى المتنازعين ، كما هو الحال في النزاعات الناشئة حول مضمون بعض الشروط في العقود النموذجية في بعض الهيئات الاقتصادية الكبرى ، أو كما هو الحال في بعض الشركات و المصارف ، فهم بحاجة ليس فقط إلى حل توافقي ينهي النزاع القائم في حال حصوله ، بل هم بحاجة أكثر إلى قرار واضح و صريح يؤسس لاجتهاد قضائي و لا يفسح المجال

[1] Franck neciphore , op cit , p 122.

[2] احمد أبو الوفا ، مرجع سابق ، ص 98.

لأي نزاعات لاحقة قد تطرأ [1]، و المثال على ذلك هو أن هناك نوعا من المنازعات يضع الخلاف فيه مبالغ هائلة و مصالح ضخمة على المحك ، بحيث لا تعود قلة أو كثرة التكاليف و النفقات القضائية تعني شيئا أمام المصالح الكبيرة .

كما تجدر الإشارة إلى أنه ليس بإمكان جميع هذه الآليات أن تفصل في نزاعات تتطلب تفسيرا لأحد مواد العقد أو لأحد مواد القانون ، فالتفسير تعطيه محكمة قضائية أو محكمة تحكيمية فقط ، و لا يفسره الموفق أو الوسيط ، أو أي حل ودي آخر ، لأن التحكيم يأخذ مجراه وفقا لإجراءات إلزامية محددة مسبقا ، في حين أن لا شيء إلزامي في الوساطة و بقية الحلول التفاوضية [2]، كما قد يكون أحد الأطراف محقا بالكامل و الطرف الآخر مخلا بالكامل ، كما لو كان النزاع بين دائن ثابت حقه في الدين و مدين لا يدفع ، فإن اتفاق المصالحة الذي يأتي بعد الوساطة فيه ظلم ، حيث يعطي حق لمن ليس له حق و حرمان من له حق من جزء أكيد من حقه ، و هذا ظلم بعينه و يتنافى مع العدالة الفعالة المتوخاة [3].

كما قد يتعذر اللجوء إلى هذه الآليات في حالات أخرى ، كما هو الحال في مراحل مبكرة جدا للنزاع طالما أن المتنازعين لا يزالون على تواصل ، أو في الخصومة الشديدة التي تكون بحاجة إلى حكم سريع ، فلا بد إذن من اللجوء إلى التحكيم و صدور قرار بهذا الشأن ينهي النزاع طالما لا توجد علاقة يراد الحفاظ عليها مستقبلا .

[1] أباريان علاء ، مرجع سابق ، ص 155.

[2] مُحَمَّد نعيم علوه ، مرجع سابق ، ص 130.

[3] Albert colliard , op cit , p 333.

المبحث الرابع

اثار اللجوء للآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

ان اللجوء للآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي يرتب اثارا على اطراف الخصومة ، سواء تم التوافق و التوصل الى تسوية النزاع بالطريقة الودية و الملائمة ، او لم يتم التوافق بسبب فشل مساعي الوسيط او الموفق ، او وصول المفاوضات الى طريق مسدود ، او قيام دعوى بطلان لحكم التحكيم الصادر نتيجة تخلف احدى الإجراءات او مخالفته لما تم الاتفاق بشأنه بين الأطراف .

في كلا الحالتين تترتب اثارا سواء باللجوء الى القضاء لفض لنزاع و انتهاء العلاقة الاستثمارية بين الأطراف ، او تسوية النزاع نهائيا بين اطراف الخصومة ، و هو ما سنعالجه من خلال التالي :

المطلب الأول : في حال تم التوافق

ان نجاح تسوية النزاعات عن طريق الاليات البديلة يترجم في رضى المتنازعين بما تم التوصل إليه ، سواء عن طريق المفاوضات المباشرة بين الطرفين ، او بواسطة المحكم او الوسيط او الموفق ضمن مدة محددة مسبقا ، بموجب قواعد التسوية لدى احد المراكز الدولية او اتفاق خاص بين طرفي النزاع الذي يترتب عليه صدور الحكم التحكيمي المنهي للنزاع ، او افراغ ما توصلت اليه عملية التسوية في وثيقة مكتوبة من قبل الوسيط او الموفق بتوقيع اطراف النزاع و الطرف الذي كلف بتسويته حسب الالية البديلة التي تم اللجوء اليها وفق الإرادة المشتركة لهم .

بعد انتهاء المساعي الودية و التوصل الى تسوية توافقية بين أطراف النزاع ، يتعين على الطرف الثالث ان يسوغ عقد المصالحة لكي يوقعه الطرفان المتنازعان إثباتا لتوافقهما [1]، حيث

[1] احمد حسين جلاب الفتلاوي ، مرجع سابق ، ص 66.

يتطلب تنسيقا في سرد الوقائع بين بند و آخر ، فكلما امتاز عقد التسوية بالوضوح و البعد عن الغموض و التناقض ، كلما قلت التأويلات و سهل تنفيذه وديا او قضاء .

تنبغي الإشارة الى ان التسوية الودية التي يتوصل إليها أطراف النزاع ، ليس لها نفس الدور او المكانة في القانون المقارن ، ففي الدول ذات التشريعات الانجلوسكسونية مثل بريطانيا و الولايات المتحدة الامريكية تكون التسوية عن طريق الآليات البديلة مرتكزة ، في اغلب الأحيان ، على الوقائع دون ترجمتها إلى وقائع قانونية ، لان شريعة الفرقاء تسودها العلاقات المدنية و يطغى عليها الطابع القانوني ما لم تتعلق بالنظام العام او مخالفة نص دستوري [1]، لهذا أضحت الآليات البديلة تتطور بشكل مستمر في هذه التشريعات و تتسم بالمرونة و السرعة في تسوية النزاعات الاستثمارية و غير مثقلة بعوائق قانونية ، و لا تتطلب وسطاء او موفقين ذوي اختصاص قانوني ، حيث يمكن لأي شخص ان يؤدي دور الوسيط او الموفق بعد ان يتمم دورة تخصصية تعطيه الالمام بإدارة المفاوضات [2]الودية التي يكون لها الأثر البالغ في انهاء النزاعات الاستثمارية بين الأطراف بالطريقة التي يرضونها و بالتالي استمرار العلاقات الاستثمارية كما كانت عليه .

على خلاف الدول ذات التشريعات المدنية ، أين يؤدي القانون دورا أساسيا في عملية التسوية التي تتم عن طريق الآليات البديلة ، لان حكم القوانين المدنية يسود معظم العلاقات ، و تبقى التسوية الناجحة بالآليات البديلة هي التي تحتضن الوقائع و تحفظها ضمن أطرها القانونية ، لذا يجب الاستعانة بطرف محايد وسيطا كان ام موفقا ، من ذوي اختصاص قانوني يوجه المتفاوضين [3].

فيما يمثل اتفاق التسوية لدى بعض الدول الأخرى في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي عقدا من نوع خاص ، يتضمن نتائج أساسية في قوة الشيء المقضي به كما نصت على ذلك

[1] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 466.
[2] زينب وحيد دحام ، مرجع سابق ، ص 98.
[3] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 467.

العديد من التشريعات الوطنية على غرار ق ا م ا رقم 08-09[1] في الجزائر و قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994[2] و المعدل بموجب القانون رقم 7 لسنة 2006 ، بالإضافة إلى قانون التحكيم المغربي رقم 95-17[3] ، فيما ترى تشريعات أخرى ان ما يترتب عن التسوية الودية عن طريق الاليات البديلة له حكم العقد و هي قابلة للتطبيق بشرط عدم مخالفتها للنظام العام ، فالأثر الإلزامي للتسوية الودية من خلال نجاح المفاوضات او مساعي الوساطة او التوفيق يخضع لأساسها التعاقدي و القواعد التي تحكم تنفيذ العقود ، و منه لا بد من تنفيذ الاتفاق الذي توصل اليه اطراف النزاع بما انه يرتب التزاما و لا يجوز مخالفته او التهرب منه إلا بالإرادة المشتركة للأطراف ، أي أن الأثر الإلزامي للتسوية الودية هو بمثابة العقد الذي يلزم اطرافه [4].

ان اتفاق التسوية الذي يتم التوصل اليه من خلال الاليات البديلة يخضع الى احكام العقود و الى النصوص الخاصة حسب القوانين و الأنظمة الخاصة لكل دولة ، كوجوب تثبيت الاتفاق الودي كتابيا او تفسيره تفسيرا ضيقا او الاخذ بالاتفاق كوحدة واحدة ما لم ينص صراحة على إمكانية تجزئته ، حيث يقتصر فيه دور الطرف الثالث المكلف بتسوية النزاع على حلول و تسويات واقعية قلما تتعارض مع القوانين [5].

يترتب على انتهاء مساعي التسوية الودية عن طريق الاليات البديلة للنزاعات الاستثمارية ، إبرام الطرفين لعقد التسوية المنهي للنزاع بينهما ، و يكون بمثابة محضر الاتفاق المنهي للنزاع الاستثماري و الذي يحدد حقوق و التزامات كل طرف حول اصل النزاع ، حيث يعده الطرف المحايد و يبصم عليه بإمضاء الطرفين و كل من ساهم في عملية التسوية كالمحامي أو الممثل ، و

---

[1] نصت المادة 1031 من ق ا م ا في الجزائر رقم 08-09 التي تضمنت : " تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه

[2] نصت المادة 55 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على : " تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الأمر المقضي "

[3] نصت المادة 53-1 من قانون التحكيم المغربي رقم 95-17 على : " يكتسب الحكم التحكيمي بمجرد صدوره حجية الشيء المقضي به بخصوص النزاع الذي تم الفصل فيه "

[4] Franck neciphore , op cit , p 161.

[5] احمد أبو الوفا ، مرجع سابق ، ص 322.

الذي يتم ايداعه لدى الجهات المخولة بتنفيذه ، كالمحاكم الوطنية صاحبة الاختصاص وفق التشريعات الداخلية للدول و التي تتولى ترجمته واقعيا على اصل الاستثمار .

المطلب الثاني : في حال عدم التوافق

سبق و ان وضحنا انه لا بد من توافر شروط و مبادئ لضمان نجاح و فاعلية تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي عن طريق الآليات البديلة ، منها الرغبة و النية الحسنة في تسوية النزاع و الوصول الى حل توافقي و إعادة العلاقة القائمة بين الأطراف الى ما كنت عليه ، و بالتالي استمرار النشاط الاستثماري .

إضافة الى ذلك لا بد لهذه الاليات ان تساق بروح الإنصاف و العدل ، بما أن أي تقاعس من جانب أي من المتنازعين عن أداء واجباته يؤدي الى اتساع الهوة و تعذر الحل الودي للنزاع ، و هو ما يؤدي الى طرق باب القضاء .

اذا لم يتوصل الطرف المحايد لتسوية النزاع وديا خلال المدة المحددة قانونيا او المتفق عليها بين الأطراف ، سواء كان ذلك نتيجة وصول الأطراف المتنازعين لطريق مسدود ، أو عدم قيامهم بمتابعة إجراءات تسوية النزاع بالشكل المطلوب ، فإن المساعي الودية تكون قد فشلت ، و هو ما يوجب على الشخص المكلف بهذه التسوية استصدار قرار ملزم ينهي النزاع ، و أن يقدم إخطارا خطيا بذلك إلى المركز الراعي لهذه التسوية ، و أطراف النزاع ، مع ذكر تاريخ انتهائها و أسباب فشلها [1]، و هو ما يفسح المجال امام أطراف النزاع في اللجوء إلى القضاء ، وفق ما تتضمنه اغلب العقود الاستثمارية التي تنص على شرط يقضي بإلزام الطرفين لتسوية ما ينشأ بينهما من نزاع على اللجوء أولا إلى المساعي الودية ، عن طريق إحدى الاليات البديلة أيا كان نوعها ، بواسطة طرف ثالث محايد ، ثم اللجوء إلى القضاء في حالة فشل هذه المساعي الودية في تسوية نزاعهم [2].

[1] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 469.

[2] فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 422.

قد تنتهي بعض مساعي التسوية الودية عن طريق الوساطة أو التوفيق بالفشل ، و هو ما قد يفعل شرط الوساطة – التحكيمية " mediation arbitration" ، أو شرط التوفيق – التحكيمي "conciliation arbitration" ، بالتنسيق بين اليتين مختلفتين لتسوية المنازعات ، فيفرض وجود التوفيق أو الوساطة من ناحية ، و التحكيم من ناحية أخرى ، حيث يتفق الأطراف مقدما على أن الشخص نفسه الذي يتدخل بينهم لمساعدتهم في التوصل إلى تسوية للنزاع يقوم في البداية بعمل الموفق أو الوسيط ، و إذا فشل في مهمته فإنه يتحول إلى محكم [1].

تتباين مواقف التشريعات الوطنية و أنظمة و لوائح الهيئات و المراكز المتخصصة في تسوية المنازعات حول شرط الوساطة التحكيمية ، او التوفيق التحكيمي ، الذي يتمثل في دمج اليتين مختلفتين ، فأخذت الولايات المتحدة الأمريكية به منذ 1970 بموجب قانون الوساطة و التوفيق ، فيما كان القاضي الفرنسي موفقا قبل كل شيء ، و هو ما أكدته المادة 21 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد ، بالنص صراحة على أنه يدخل في مهمة القاضي التوفيق بين الأطراف ، كما نصت المادة 127 منه على أن التوفيق بين الأطراف يمكن أن يتم ، سواء من تلقاء أنفسهم ، أو بناء على محاولة القاضي ، خلال أي مرحلة من مراحل الخصومة [2]، كما أخذت العديد من التشريعات الداخلية للدول مثل ألمانيا و اليونان و النمسا و إيطاليا و اليابان و الصين بهذا الشرط من خلال قانون المرافعات فيها [3].

ذهب البعض إلى رفض الفكرة التي يقوم عليها شرط ال MED/ARB فيما يتعلق بالتوفيق ، لأن الموفق يتوافر له أثناء التوفيق معرفة كل جوانب النزاع ، و معالم القوة و الضعف لكل طرف من الأطراف ، كما أن رغبة الأطراف في الوصول إلى تسوية ودية تجعلهم يساعدون الموفق و يقدمون له معلومات كافية حول النزاع ، فإذا قام بعد ذلك بوظيفة المحكم فإنه سيصدر في النزاع حكما ملزما للأطراف أثناء إجراءات التوفيق ، و لهذا ليس من مصلحة الأطراف أن

[1] ابارياان علاء ، مرجع سابق ، ص 71.

[2] مصطفى المتولي قنديل ، مرجع سابق ، ص 135.

[3] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 471.

يمارس الموفق وظيفة المحكم بعد فشل إجراءات التوفيق ، و كل ذلك يمكن أن يكون من شأنه أن يجعل الأطراف مترددين و حذرين أثناء محاولة التوفيق و لا يقدمون المعلومات الضرورية لنجاح التوفيق خشية أن يستخدمها الموفق في غير صالحهم بعد ذلك إذا قام بوظيفة المحكم لتسوية النزاع ذاته [1]، بالإضافة إلى أن هذا النظام قد يتسبب في إضعاف فعالية الوساطة كآلية في تسوية المنازعات الاستثمارية ، لأنه قد يؤثر على استقلال و حياد الوسيط ، و حرية التفاوض بين الأطراف ، خشية استخدام الأدلة و المعلومات و الاقتراحات التي يتم الإدلاء بها أثناء إجراءات الوساطة في التحكيم ، و هو ما يؤدي إلى تقليل الثقة الحقيقية في شخص يتدخل اليوم كوسيط ثم يصبح غدا محكما [2].

في حين أن البعض الآخر من الفقه ذهب إلى عكس الاتجاه السابق ، مؤيدا شرط Med/arb ، و داحضا تأثير الاقتراحات التي يقدمها الأطراف أثناء التوفيق أو الوساطة على حكم التحكيم واصفا إياه بأنه مغالاة ، مبررا بأن هذه المسألة نسبية ، و تعتمد على مدى الثقة الموجودة بين الأطراف من جهة و بينهم و بين الموفق أو الوسيط الذي سيصبح محكما من جهة أخرى ، كما أن الجمع بين التوفيق و الوساطة من جانب و التحكيم من جانب آخر ، يزيد من فرص النجاح ، و الوصول إلى التسوية الودية للنزاع ، كما أن قيام الموفق أو الوسيط بالفصل في النزاع بصفته محكما يؤدي إلى الاقتصاد في الوقت و الإجراءات و لا يترتب عليه مصاريف إضافية ، كما تحول هذه الطريقة دون خضوع النزاع لشخص آخر غير الموفق أو الوسيط الذي سبق أن قام بمساعدة الأطراف في محاولة الوصول إلى تسوية النزاع [3].

بالإضافة إلى أن وجود محاولة وساطة أو توفيق سابقة تتيح للأطراف تقدير أو تقييم معالم قوة أو ضعف موقفهم ، و نتيجة لذلك يتوقعون مضمون الحكم المحتمل صدوره من المحكم في حالة فشل الوساطة أو التوفيق ، و تلك التوقعات السابقة يمكن أن تقود الأطراف إلى تنازلات متبادلة

[1] احمد كوجان ، مرجع سابق ، ص 222.

[2] Charles jarrosson , op cit , p 231.

[3] مصطفى المتولي قنديل ، مرجع سابق ، ص 473.

و الوصول إلى تسوية للنزاع [1]، إذ لا شك في أن قبول الأطراف من عدمه ، يعتمد بدرجة أساسية على درجة الثقة القائمة بينهم و بين الوسيط أو الموفق ، و هذا هو الحل المفصل لدى العديد من لوائح الوساطة و التوفيق الخاصة بالهيئات و المراكز المتخصصة في تسوية المنازعات ، و قد أخذ به نظام لائحة التوفيق و المصالحة لغرفة التجارة الدولية icc ، حيث نصت المادة 10-1 منه على أنه يمنع على الموفق أن يقوم بمهمة المحكم ، أو أن يكون ممثلا أو مستشارا لأحد الأطراف في الإجراءات القضائية أو التحكيمية التي تتعلق بالنزاع الذي كان موضوعا لإجراءات التوفيق ، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك [2]، كما نصت المادة 19 من قواعد التوفيق الخاصة بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على أنه يتعهد الطرفان و الموفق بألا يعمل الموفق كمحكم أو كممثل أو محام لأحد الطرفين في أي إجراءات تحكيمية أو قضائية بشأن نزاع هو موضوع إجراءات التوفيق ، و يتعهد الطرفان بعدم تقديم الموفق كشاهد في أي إجراءات من هذا القبيل ، كما ان الممارسة العملية للتوفيق في إطار قواعد القانون النموذجي للتوفيق ، و دليل استعماله لسنة 2002 ، تظهر أن تدخل الموفق كمحكم مرهون بقبول و استقلال الطرفين [3].

ميزت بعض التشريعات بين إجراءات التوفيق و إجراءات التحكيم ، حول جواز قيام الموفق لاحقا بدور المحكم ، أين يكون الطرفان أقل رغبة في التعامل مع الموفق بصراحة و تبادل المعلومات و هذا ما يمكن أن يهدد نجاح التوفيق في تسوية النزاع ، إلا إذا كان هناك اتفاق مسبق بين الأطراف ، الذي من شانه أن يشجع على التبادل الصريح للمعلومات و يحمي سرية و سلامة إجراءات التوفيق و التحكيم [4]، كما أن الاعتبارات المتعلقة بالشهود الذين يمثلون في إجراءات التحكيم قد تكون مختلفة عن الاعتبارات المنطقية على الإجراءات القضائية ، فيجوز للطرفين

[1] ابارياان علاء ، مرجع سابق ، ص 96.

[2] Charles jarrosson , op cit , p 160.

[3] ازاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 475.

[4] ابارياان علاء ، مرجع سابق ، ص 79.

الاتفاق على استبعاد شاهد من الإجراءات اللاحقة سواء أكانت قضائية أم تحكيمية و ما إذا كان تعهد الموفق بعدم المثول سيكون نافذا دائما و في جميع الظروف [1].

يشمل نطاق تطبيق هذا النص ، كذلك كل نزاع آخر ، سواء كان قد نشأ عن العقد ذاته ، أو عن العلاقة القانونية ذاتها ، أو علاقة قانونية ذات صلة به ، و يوسع الشق الأول نطاق تطبيق هذا الحكم لكي يشمل عمليات التوفيق الماضية و الجارية ، أما الشق الثاني فيوسع نطاق المادة ليشمل النزاعات الناشئة عن عقود متميزة لكنها وثيقة الصلة تجاريا و ماليا بموضوع التوفيق نفسه [2]، و إذا كانت الصياغة واسعة جدا ، فإن تقرير ما إذا كان نزاع ما يثير مسائل تتعلق بالعقد الرئيسي أو العلاقة القانونية الرئيسية يقتضي تمحيص الوقائع في كل حالة بذاتها ، و هو ما يؤكد أنه لا يجوز للموفق أن يؤدي تلك الأدوار ، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك .

[1] غسان علي علي ، مرجع سابق ، ص 131.

[2] احمد أبو الوفا ، مرجع سابق ، ص 333.

خاتمـــــــــــة

ختاما ، يمكن القول ان تسوية منازعات الاستثمار الاجنبي تعتبر موضوعا ذا اهمية بالغة ، و حجر اساس في جلب هذه الاستثمارات و الدفع بعجلة التنمية المحلية التي تاملها الدول من خلال العقود الاستثمارية الدولية ، ذات الطبيعة القانونية الخاصة ، الا ان ذلك يتطلب الموازنة بين عدم المساس بسيادة الدولة ، التي تخشى التغلغل الاجنبي و سلبيات راس المال الاجنبي الذي يوصف باداة من ادوات بسط النفوذ ، و حماية المستثمر الاجنبي الذي يبقى قلقا و بحاجة الى طمانة للاقبال على الاستثمار في هذه الدول .

هذا ما يتاتى من خلال توفير الضمانات الكافية للمستثمر الاجنبي ، خصوصا بالنص على اليات تسوية المنازعات الاستثمارية التي قد تنشا بينه و بين الدولة المضيفة ، بطريقة عادلة عن طريق اللجوء الى الاليات البديلة التي اصبحت واقعا مفروضا لا مفر منه في هذا المجال ، و ظاهرة في نطاق التطور السياسي و الاجتماعي ، و مظهرا من مظاهر تنظيم العلاقات الدولية و الاستثمارية خصوصا ، توفر دعما ضروريا للثقة التي يتوجب ان تسود العلاقة الاستثمارية ، فهي بمثابة اداة الربط بين رغبة الدول و تدفقات رؤوس الاموال الاجنبية و تنوعها ، لادائها المهم و الحاسم في فض المنازعات بطرق موضوعية ، عادلة ، رضائية و متوازنة ، بعيدا عن ما يطبقه القاضي من قواعد قانونية ، و ذلك وفق اجال معقولة تتناسب مع الطبيعة المالية للاستثمارات التي لا تحتمل الاطالة في امد النزاعات نظرا لما تخلفه من خسائر للجانبين ، و ارتباطها بالمجتمع ، فهي ذات بعد عام .

كما ترتبط فعالية الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الاجنبي ارتباطا وثيقا بمدى تقيد اطراف النزاع بالتزاماتهم في ذلك ، منها الالتزام ببذل عناية ، و جهد في الوصول الى التسوية المامولة من خلال الرغبة الصريحة في ذلك ، و مباشرة اجراءات اللجوء الى الية البديلة المناسبة و المتفق عليها بين اطراف النزاع بموجب العقد الاستثماري ، و المشاركة في ايجاد الحلول للنزاع الاستثماري ، و اتخاذ مواقف تعاونية مرنة ، و التفاوض مع الطرف الاخر للنزاع بحسن نية ، حتى و لو كانت المفاوضات لن تؤدي الى حلول في اعتقاد اطراف النزاع ، كما ان الاختيار الصائب

للطرف المحايد سواء كان وسيطا او موفقا يمكن ان يسهم في انجاح مسعى التسوية ، خصوصا اذا كان يتمتع بالدرجة الكافية من الحياد و الاستقلالية التي تجعله يوازن بين طرفي النزاع و لا يغلب اي كفة على حساب اخرى ، اذ يعتبر من الضروري ان لا تكون له اي صفة بموضوع النزاع .

ان وجوب رضا الطرفين في اللجوء الى الاليات البديلة في تسوية النزاع قد يصطدم بعدم توازن اطرافها ، الذين يكونون في الغالب دولة ذات سيادة او احد اجهزتها ، مقابل مستثمر اجنبي ، ما يجعلها طرفا قويا يتمتع بوضع مميز و يسعى للحفاظ عليه ، بالتاثير على المكلف بتسوية النزاع ، سواء كانت هيئة تحكيم ، او موفقا ، او وسيطا ، بشتى الطرق و الوسائل ، و هو ما يفقد الشفافية و النزاهة لدى هذه الاطراف ، كما قد تسعى الدولة الى عرقلة تنفيذ حكم التحكيم او محضر الوساطة او التوفيق اذا لم يكن في صالحها ، او صدر حكم التحكيم في بعض المسائل التي لا يمكن اللجوء فيها الى التحكيم وفق قانونها الوطني .

بالنظر الى الاطار التشريعي لتنظيم الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الاجنبي في الدول العربية و الجزائر خصوصا ، فيظهر جليا حداثة اعتمادها و نقص سبل تفعيلها في بعض التشريعات الداخلية لدى هذه الدول ، نتيجة غياب اتفاقيات ثنائية و متعددة الاطراف تنص و تشجع على اللجوء الى الاليات البديلة بين هذه الدول ، و هو ما يجعل عدد الاستثمارات المتبادلة فيما بين الدول العربية ينخفض بشكل لافت ، لذا يظهر جليا بعض التخوف في اعتماد و تنظيم الاليات البديلة من قبل المشرع الجزائري ، فبخلاف قانون ترقية الاستثمار رقم 16-09 الذي احال تسوية منازعات الاستثمار الاجنبي الى القضاء الوطني بالدرجة الاولى ، و هو ما يتعارض مع طبيعة هذه الاستثمارات التي تتطلب خبرة و كفاءة و معرفة بمواضيع النزاعات الاستثمارية الدولية ، بالاضافة الى رغبة المستثمرين الاجانب في اللجوء الى الاليات البديلة لكونهم لا يثقون في القضاء الوطني ، فيما نص هذا القانون على امكانية اللجوء الى التحكيم الدولي او الى مصالحة (التوفيق) ، في تسوية منازعات الاستثمار مع المستثمر الاجنبي ، اذا كان هناك بند خاص في العقد الاستثماري او وفق اتفاقيات ثنائية او متعددة الاطراف تربط الجزائر مع دولة جنسية المستثمر الاجنبي ، الا ان ما يعاب على ذلك هو احالة تنظيم اجراءات التحكيم التجاري

الدولي الى قانون الاجراءات المدنية و الادارية رقم 08-09 ، الذي يبقى غير كاف ، فيما لم ينص قانون ترقية الاستثمار المذكور ، على اللجوء الى المفاوضات التي تعتبر مرحلة مهمة جدا و حاسمة في تسوية منازعات الاستثمار الاجنبي قبل المرور الى الوساطة و التوفيق الذين لم يعتمدهما هذا القانون .

بالنظر لما تقدم من نتائج حول موضوع بحثنا ، يمكن ان نتوصل الى الاقتراحات التالية :

الاقتراحات :

- نرى انه من الضروري اعتماد الاليات البديلة من التحكيم و الوساطة و التوفيق و المفاوضات في تسوية منازعات الاستثمار الاجنبي بالجزائر بشكل اوسع و فعال ، باعتبارها واقعا مفروضا ، و ضمانا مهما يمكن ان يجلب الاستثمارات الاجنبية التي تاملها الجزائر للنهوض بالاقتصاد الوطني و تنويع المداخيل و اثرائها بعيدا عن الريع البترولي ، و هذا من خلال تعديل القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار في مادته 24 ، بالنص على اليات اخرى كالوساطة الاتفاقية و التوفيق التجاري الدولي ، و ترتيبها ، باتباع المفاوضات كالية اولى ذات اولوية بما انها بسيطة و لا تتطلب تدخل من اي طرف ثالث ، قبل اللجوء الى الاليات الاخرى ، كما يتوجب توضيح الاجراءات الواجبة الاتباع في تسوية النزاع ، باعتبار ان قانون الاجراءات المدنية و الادارية لم يتطرق لها بالشكل الكافي؛
- لا بد من ترسيخ ثقافة الاليات البديلة عن القضاء ، نظرا لطابعها الودي و الرضائي ، فهي اقدم من قضاء الدولة في حد ذاته ، كما تعمل على التخفيف من عدد القضايا المتنازع فيها امام القضاء ، المعروف باكتضاضه و طول اجراءاته و هو ما لا يناسب طبيعة المجال الاستثماري و لا يلائم وضع المستثمرين الاجانب ، كما لا يجب اعتبار هذه الاليات بمثابة المنافس للقضاء ، بل طرق بديلة مساعدة له تسهم في التقليل من حدة النزاعات ، و بالتالي فالعلاقة بينهما هي علاقة تكامل و تجانس ، و بالتالي فمن الاجدر تكوين القضاة حتى يكونوا اكثر الماما و كفاءة في تسوية المنازعات الاستثمارية عن طريق الاليات البديلة ؛

- من الضروري ان تنص العقود الاستثمارية على بند او شرط يسمح باللجوء مباشرة الى الالية المناسبة و المتفق عليها بين اطراف النزاع ، كي لا تسهم في اطالة امده و تعطيل المشاريع الاستثمارية و ضمان تنفيذ العقود ، و التي يمكن ان تكون على الصيغة التالية : " يخضع كل نزاع او خلاف يتعلق بهذا العقد ، او يرتبط به ، باي وجه من الاوجه ، الى التسوية عن طريق التفاوض المباشر بين الاطراف قبل اللجوء الى التحكيم او (الوساطة او التوفيق) " ، و هو ما يلزم اطراف النزاع بالتفاوض اولا ، نظرا لكون المفاوضات لا تتطلب اي اجراءات او شكليات او اللجوء الى طرف ثالث ، و قد تغني اطراف النزاع عن اللجوء الى اي الية اخرى مع ما يترتب عنها من وقت و تكاليف اضافية ، فيما يمكن وضع الاليات الاخرى كمرحلة ثانية اذا لم تنجح المفاوضات في الوصول الى التسوية الملائمة للنزاع ، على غرار الوساطة او التوفيق او التحكيم ؛
- ان تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات الاستثمار الاجنبي بين الدولة المضيفة و المستثمر الاجنبي يعتبر امرا بالغ الاهمية ، و لذا يجب النص عليه بموجب العقد المبرم بين الطرفين بتحديد طبيعة القانون الذي يطبق على الاجراءات او موضوع النزاع وفق الالية المتفق عليها بين الطرفين ، لان ذلك من شانه ان يطيل امد النزاع اذا اختلف الطرفان حول هوية القانون الذي يختارانه ؛
- ان وضع اتفاقية متعددة الاطراف بين الدول العربية لتنظيم و اعتماد الاليات البديلة في شكلها الحديث ، و بانشاء مركز مشترك اقليمي يعنى بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية و رعايا الدول الاخرى ، من شانه ان يدفع بالاستثمارات العربية الى الامام و يسهم في تدفق رؤوس الاموال الاجنبية نحو الدول العربية على غرار الجزائر ، التي تبقى في حاجة ماسة الى ذلك ، نظرا لما تدره هذه الاستثمارات من منافع و فوائد على الاقتصاد الوطني ؛
- ان تكليف لجان خاصة من طرف الدولة المضيفة ، للتفاوض باسمها و تمثيلها ، يجب ان يبنى على المعرفة و الخبرة و الكفاءة بالمجال القانوني ، و الالمام بمواضيع منازعات الاستثمارات الاجنبية و طرق تسويتها ، فالعقود الاستثمارية الدولية تعرف تطورا و تحديثا

باستمرار ، يتطلب مختصين ملمين بالتفاوض و حسن صياغة العقود ، التي تجنب نشاة النزاعات بين الاطراف ، حيث تكون الحقوق و الالتزامات مرتبة و واضحة بين الاطراف ، بوضع مراحل جوهرية في تنظيم المفاوضات و تسوية النزاعات ؛

- يمكن الاعتماد على القواعد النموذجية للجنة الامم المتحدة المعروفة ب uncitral ، سواء المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي او التوفيق و الوساطة ، من قبل الدول ضمن تشريعاتها الداخلية لتنظيم اللجوء الى الاليات البديلة ، حيث ان هذه القواعد لا تتعارض مع النظام العام فيها ، و من شانها ان تضع اطارا دوليا لتنظيم هذه الاليات ، خصوصا و انها تحدد كيفية اللجوء اليها و تنظيمها الى غاية تسوية النزاعات الاستثمارية ، و هو ما يسهم في وضع ارضية مناسبة لتنمية الاستثمارات الاجنبية لدى الدول المضيفة ؛
- ان القواعد المنظمة للاليات البديلة على غرار التوفيق و الوساطة لدى مراكز و غرف تسوية المنازعات الاستثمارية تخلو من اجبار الاطراف على القبول و الرضا بما قدمه او اقترحه الوسيط او الموفق ، ما يجعل اطراف النزاع يلجؤون مباشرة الى التحكيم باعتباره اكثر قوة و الزام لهما ، و لذا من الضروري النص على الزامية قبول الاطراف بمقترحات الوساطة او التوفيق لدى قبولهما اللجوء اليها ؛
- في الاخير من الضروري التاكيد على وجوب اللجوء الى الاليات البديلة في تسوية منازعات الاستثمار الاجنبي ، و تحييد القضاء الوطني تماما ، باعتبارها النظام الملائم لهذه المنازعات للاعتبارات العديدة التي ذكرناها سابقا ، فهي واقع لا مفر منه .

قائمة المصادر و المراجع

القران الكريم

باللغة العربية

1- القواميس و الموسوعات :

1-1 المعجم الوجيز ، مجمع اللغة العربية ، القاهرة – مصر ، 2000 .

2-1 معجم المصطلحات القانونية ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، مج 2 ، بيروت – لبنان ، 1998 .

3-1 مختار الصحاح للشيخ الامام ابن ابي بكر عبد القادر الرازي ، دار الحديث ، القاهرة ، بدون سنة نشر .

2- النصوص القانونية :

1-2 التشريع الجزائري :

1- المرسوم رقم 384/63 المؤرخ في 1963/09/14 المتضمن نشر الاتفاق الجزائري – الفرنسي حول التحكيم و ملحق خاص بنظام التحكيم ، الصادر بتاريخ 1963/06/26 .

2- امر رقم 287/65 مؤرخ في 1965/11/18 ، متضمن المصادقة على اتفاق 1965/07/29 الخاص باستغلال الوقود و الثروات الهيدروكربونية ، ج ر 65/95 .

3- امر رقم 591/68 مؤرخ في 1968/10/31 المتضمن الموافقة على الاتفاق الخاص بالبحث عن الوقود و استغلاله في الجزائر من طرف شركة " جيتي بتروليوم كومباني " ، ج ر 88 /68.

4- المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 1982/04/10 المتضمن الصفقات العمومية ، ج ر 15 /82.

5- المرسوم رقم 259/82 المؤرخ في 1982/08/07 المتضمن المصادقة على البروتوكول الخاص بالتعاون الاقتصادي بين الحكومة الجزائرية و الحكومة الفرنسية ، ج ر 82/32.

6- قانون رقم 11/82 مؤرخ في 1982/08/21 يتعلق بالاستثمار الاقتصادي الوطني الخاص ، ج ر 34 /82.

7- مرسوم تشريعي رقم 09/93 مؤرخ في 1993/04/25 المتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية و تنظيم احكام التحكيم التجاري الدولي ، ج ر 93/27.

8- مرسوم رقم 12/93 مؤرخ في 1993/10/05 متعلق بترقية الاستثمار ، ج ر 93/64.

9- مرسوم رقم 19/93 مؤرخ في 1993/12/12 يتعلق بتنظيم الاستثمار في الجزائر ، ج ر رقم 93/76.

10- قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 ، الجريدة الرسمية رقم 08/46.

11- مرسوم تنفيذي رقم 100/09 مؤرخ في 2009/03/10 يحدد كيفيات تعيين الوسيط القضائي ، ج ر رقم 2009/46.

12- قانون رقم 09/16 مؤرخ في 2016/08/03 يتعلق بترقية الاستثمار ، الجريدة الرسمية رقم 16/46.

2-2 التشريع الاجنبي :

1- قانون الاونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985.

2- القانون الفرنسي رقم 42 لسنة 1993 المتعلق بالتحكيم ، ج ر رقم 93/43.

3- القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية و التجارية ، ج ر رقم 94/177 ، المعدل بموجب القانون رقم 07 لسنة 2006 .

4- قانون رقم 95-18 مؤرخ في 1995/11/29 يتعلق بميثاق الاستثمارات في المملكة المغربية ، ج ر رقم 77 بتاريخ 1995/11/29.
5- قانون المرافعات المدنية الفرنسي رقم 177/98 الصادر في 1998/12/12 ، ج ر رقم 98/402.
6- قانون التحكيم الاردني رقم 31 لسنة 2001 ، ج ر 01/188 .
7- قانون رقم 83 بشان المناطق الاقتصادية ذات الطبيعة الخاصة في مصر ، ج ر رقم 22 بتاريخ 05 جوان 2002.
8- قانون رقم 26 لسنة 2002 المعدل للقانون رقم 24 لسنة 1998 في الأردن ، ج ر رقم 4547 الصادرة بتاريخ 2002/09/16.
9- قانون رقم 68 لسنة 2003 يتضمن تعديل القانون رقم 67 لسنة 1995 المتعلق بتشجيع الاستثمارات في المملكة الهاشمية الأردنية ، ج ر رقم 4606 بتاريخ 2003/06/16 .

3- المؤلفات :

- 3-1 المؤلفات العامة :

1- الازهري – ابي منصور مُحَّد ابن احمد ، تهذيب اللغة ، دار المصرية للتأليف و الترجمة ، القاهرة ، بدون سنة نشر ، ج 4 .
2- د. إبراهيم الشهاوي ، ثقافة التفاوض و الحوار ، الشركة القومية للطبع و التوزيع ، القاهرة – مصر ، الطبعة الاولى ، 2010 .
3- د. جمال مولود ذيبان ، تطور فكرة العدل في القوانين العراقية القديمة ، دار الشؤون الثقافية العامة ، الطبعة الاولى ، بغداد 2001 .
4- د.عكاشة مُحَّد عبد العال ، تاريخ النظم القانونية و الاجتماعية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 2004 .

5- د. مُحَمَّد سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود الدولية ، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، ط 5 ، القاهرة – مصر ، 1991.

- 3-2 المؤلفات المتخصصة :

1- أبا ريان علاء ، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الثانية 2012 .

2- د. إبراهيم مُحَمَّد العناني ، اللجوء الى التحكيم الدولي ، دار الفكر العربي ، الطبعة الأولى ، القاهرة 1992 .

3- د. إبراهيم احمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة – مصر ، الطبعة الثانية 1997 .

4- د. إبراهيم احمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة – مصر ، الطبعة الرابعة ، 2005 .

5- د. إبراهيم شحاتة ، الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية ، دار النهضة العربية ، طبعة منقحة ، القاهرة – مصر ، 1999 .

6- أبو زيد رضوان ، تسوية المنازعات الدولية بين القضاء و التحكيم ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر 1999 .

7- د. احمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري و الاجباري ، دار الفكر العربي ، الطبعة 5 ، القاهرة – مصر ، 1988 .

8- د. احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة – مصر ، 2011 .

9- د. احمد عبد الكريم سلامة ، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات ، دار النهضة العربية ، القاهرة – مصر ، الطبعة الأولى 2013 .

10- د. احمد كوجان ، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة و المستثمر الأجنبي ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان 2008 .

11– د. احمد حسن الغندور ، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات ، دار النهضة العربية ، القاهرة – مصر ، 1998 .

12– د. احمد شرف الدين ، عقود الانشاءات الدولية – عقد الفيديك انموذجا ، بدون جهة نشر ، القاهرة – مصر 1998 .

13– د. احمد مُحَّد حشيش ، القوة التنفيذية لحكم التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة – مصر ، 2000 .

14– د الخير قشي ، المفاضلة بين الوسائل التحاكمية و غير التحاكمية لتسوية المنازعات الدولية ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، بيروت 1999 .

15– د. القيسي محي الدين ، الوسائل البديلة لحل الخلافات التجارية ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، بيروت لبنان ، 2000 .

16– د.أزاد شكور صالح ، الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار الدولية ، دراسة مقارنة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، الطبعة الأولى 2016 .

17– د. اميرة جعفر شريف ، تسوية المنازعات الاستثمارية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية – مصر ، 2015 .

18– د.بشار مُحَّد الاسعد ، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2009 ، الطبعة الأولى .

19– د. جابر فهمي عمران ، الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية (حمايتها – تسوية منازعاتها) دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية – مصر ، 2013 .

20– جلال وفاء مُحَّدين ، التحكيم بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية – مصر ، 2001 .

21– د.حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية 2001 .

22– د. خالد كمال عكاشة ، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار ، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية و الأجنبية و الاتفاقيات الدولية و خصوصية مركز واشنطن ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان الأردن ، ط 1 ، 2014 .

23– خالد مُحَمَّد القاضي ، موسوعة التحكيم التجاري الدولي ، دار الشروق ، الطبعة الأولى ، القاهرة – مصر ، 2002 .

24– د.زينب وحيد دحام ، الوسائل البديلة عن القضاء ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، الطبعة الأولى ، القاهرة 2017.

25– د. سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، دار النهضة العربية ، القاهرة – مصر ، 1984 .

26– د. سهيل حسين الفتلاوي ، النظام القانوني لعقد الاستثمار ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت – لبنان ، 2017 .

27– د. شيرزاد حميد هروري ، منازعات الاستثمار بين القضاء و التحكيم ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية – مصر ، 2018 .

28– صفوت عبد الحفيظ ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية – مصر ، 2005 .

29– د. طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان – الأردن ، الطبعة الثانية ، 2010 .

30– د. عاطف شهاب ، اتفاق التحكيم التجاري الدولي و الاختصاص التحكيمي ، طبيعته و نشأته و انعقاده و صحته ، دار النهضة العربية ، القاهرة – مصر ، 2002

31– د. عاشور مبروك ، نحو محاولة للتوفيق بين الخصوم ، دار النهضة العربية ، مصر 2002 .

32– د. عبد الحميد الاحدب ، موسوعة التحكيم التجاري الدولي ، دار المعارف ، الاسكندرية – مصر ، الجزء الثاني ، 1998.

33– د. عكاشة مُحَّد عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، الطبعة الاولى ، 1998

34– د. علوه مُحَّد نعيم ، موسوعة التحكيم الدولي ، منشورات زين الحقوقية ، الطبعة الأولى ، بيروت 2012 .

35– د. علوه مُحَّد نعيم ، المعاهدات و الاتفاقيات الدولية ، منشورات زين الحقوقية ، ج 13 ، بيروت 2012 .

36– د. عمر هاشم مُحَّد صدقة ، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية – مصر ، بدون سنة نشر .

37– د.عيبوط محند وعلي ، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الطبعة الثانية 2014 .

38– فؤاد مُحَّد مُحَّد أبو طالب ، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية – مصر ، 2010 .

39– د. فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، الطبعة الأولى 2007 .

40– ليندا جابر ، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 2014 .

41– د. مازن ليلو راضي ، النظم البديلة لتسوية النزاعات الدولية ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، ط 1 ، بيروت – لبنان ، 2011 .

42– د. مُحَمَّد ابراهيم موسى ، التوفيق التجاري الدولي و تغير النظرة السائدة حول سبل تسوية منازعات التجارة الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية – مصر ، 2016 .

43– مُحَمَّد كولا ، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري ، منشورات البغدادي ، الجزائر 2008 .

44– د. مُحَمَّد عبد الودود أبو عمر ، الحماية الدولية للاستثمار الاجنبي المباشر في اطار اتفاقيات الاستثمار الثنائية ، دار وائل للنشر و التوزيع ، عمان – الاردن ، ط 1 ، 2017 .

45– د. مُحَمَّد احمد عبد المنعم ، مدى اخلال الية التوفيق بحق التقاضي ، دار النهضة العربية ، القاهرة – مصر ، 2006 .

46– مُحَمَّد عبد المجيد إسماعيل ، التحكيم في عقود الأشغال الدولية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط 1 ، بيروت 2003 .

47– د. محمود مختار احمد بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، ط 3 ، دار النهضة العربية ، 2004 .

48– د. محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة – مصر ، 2002 .

49– د.منى محمود مصطفى ، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر و دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1990 .

50– د.مصطفى المتولي قنديل ، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية – مصر ، 2005 .

51– د. مصطفى مُحَمَّد الدوسكي ، تسوية منازعات الاستثمارات الاجنبية بالوسائل الودية و القضائية ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية – دار شتات للنشر ، مصر الامارات ، الكتاب الاول ، 2016 .

52– د. مصطفى مُحَمَّد الدوسكي ، تسوية منازعات الاستثمارات الاجنبية بالوسائل الودية و القضائية ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية – دار شتات للنشر ، مصر الامارات ، الكتاب الثاني ، 2016 .

53– د. منير محمود بدوي ، الوساطة و دور الطرف الثالث في تسوية المنازعات ، دار النهضة العربية ، القاهرة – مصر 2004 .

54– د. نادر مُحَمَّد إبراهيم ، مركز القواعد عبر الدولية ، منشاة المعارف ، الطبعة الثانية ، الإسكندرية – مصر ، 2000 .

55– د. نادر مُحَمَّد إبراهيم ، تسوية منازعات المنطقة الاقتصادية ذات الطبيعة الخاصة ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية – مصر ، 2004 .

56– د. ناريمان عبدالقادر ، اتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية ، ط 1 ، القاهرة ، مصر 1996.

57– هادي منذر ، الحلول البديلة لفض النزاعات ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2009 .

58– د. يسري مُحَمَّد العصار ، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية و غير العقدية ، دار النهضة العربية ، مصر 2001 .

59– د . يسري عوض عبد الله ، العقود التجارية الدولية ، إصدارات مكتب اليسري للمحاماة و الاستشارات ، الخرطوم – السودان ، 2009 .

4– البحوث الجامعية :

4–1 الاطروحات :

1– خالفي عبد اللطيف ، الوسائل السلمية لتسوية المنازعات ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، القاهرة – مصر 1982 .

2– ماهر مُحَمَّد حامد ، وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة – مصر . 1999

3– خلف رمضان مُحَمَّد بلال ، دور المنظمات الدولية في تسوية المنازعات ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، جامعة الموصل – العراق ، 2002 .

4– غسان علي علي ، الاستثمارات الأجنبية و دور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس – مصر 2004 .

5– ماهر مُحَمَّد صالح عبد الفتاح ، اتفاق و حكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية الحقوق – جامعة القاهرة – مصر ، 2004 .

6– مُحَمَّد يونس الصائغ ، المركز القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية في ظل القانون الدولي المالي ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية القانون ، جامعة الموصل – العراق ، 2005 .

7– علي احمد عبد الجليل ، وسائل التسوية الالكترونية للمنازعات ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط – مصر ، 2005 .

8– بوصنوبرة خليل ، القرار التحكيمي و طرق الطعن فيه وفقا للقانون الجزائري ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عبدالحميد منتوري – قسنطينة ، 2008 .

9– مُحَمَّد جعفر السليوي ، الإطار القانوني للوساطة في تسوية النزاعات التجارية الدولية ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية الحقوق – جامعة عين شمس ، القاهرة – مصر ، 2016.

4-2 الرسائل و المذكرات :

1- مُحَمَّد سعيد علوان ، دور الوساطة في تسوية النزاعات الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، القاهرة – مصر ، 1999 .

2- نبيل سعدون العذاري ، العوامل المؤثرة في عملية التفاوض ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الإدارة و الاقتصاد ، جامعة بغداد – العراق ، 2001 .

3- نعيم يسري عوض ، اليات تسوية المنازعات الدولية و اثرها على السيادة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة – مصر 2016.

5- المقالات العلمية :

1- د. احمد أنور ناجي ، مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات و علاقتها بالقضاء ، بحث متاح على العنوان الالكتروني : بتاريخ 2019/03/31 www.lawjo.net. .

2- د. حازم جمعة ، دعوى المسؤولية الدولية لحماية المواطنين و استثماراتهم في الخارج ، مقال منشور بمجلة المحاماة العدد 16 ، القاهرة – مصر ، 1998.

3- د.فخري أبو سيف مبروك ، القضاء الشعبي لدى الحضارات القديمة ، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، العدد السادس عشر ، 1991.

4- د . عبد الحميد الأحدب ، اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول و مواطني الدول الأخرى ، مقال منشور بمجلة " التحكيم العربي و الدولي ، جامعة بيروت لبنان ، العدد 9 سنة 2004 .

5- د. عزا لدين عبد الله ، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي ، مجلة مصر المعاصرة ، عدد 452 ، 1992 .

6- علا زهران ، السبل البديلة لتسوية نزاعات الملكية الفكرية و دور المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الوايبو) ، مقال متاح على العنوان : تاريخ الزيارة : www.arbiter.wipo.int.092019/02

7- د . ماهر مُحَمَّد حامد ، وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار ، مقال منشور في مجلة " مصر المعاصرة " ، العدد 483 ، القاهرة – مصر ، 2006.

8- د. مُحَمَّد سعد الوراتني ، تطور الوسائل البديلة لتسوية النزاعات ، بحث منشور على العنوان الالكتروني : www.elmoundjed.org، تاريخ الزيارة 2019/09/10.

9- د. احمد عبد الكريم سلامة ، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية ، مجلة الحقوقي ، كلية الحقوق ، جامعة المنامة – البحرين ، العدد 01 ، 2004 .

10- د. منير محمود بدوي ، الوساطة و دور الطرف الثالث في تسوية المنازعات ، مجلة دراسات مستقبلية ، مركز دراسات المستقبل ، جامعة أسيوط – مصر ، العدد الثامن ، 2003.

11- د. يحي الجمل ، حيدة و استقلال المحكمين ، مقال منشور بمجلة التحكيم العربي ، العدد 4 ، ص 15 ، 2004.

6- مداخلات الندوات و المؤتمرات و الملتقيات :

1- د. احمد عبد العزيز السنساوي ، التحكيم الحر و النظامي ، ورقية بحثية ضمن فعاليات ملتقى جامعة عين شمس – كلية الحقوق – حول : التحكيم الدولي بين التشريعات الوطنية و المعاهدات الدولية ، 2004.

2- د. إبراهيم احمد إبراهيم ، اختيار طريق التحكيم و اثاره ، مداخلة مقدمة الى دورة " اعداد المحكم " المنظمة من قبل مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي ، مصر 29-2004/06.

3- د. اسامة احمد شوقي المليجي ، فكرة التوفيق في القانون المصري ، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات مؤتمر الاليات البديلة لتسوية النزاعات الدولية ، كلية الحقوق – جامعة طنطا ، 2002.

4- د . سلوى الشناوي ، مستقبل الوساطة كآلية لتسوية المنازعات ، ملتقى التحكيم و الوساطة ، جامعة القاهرة 2001.

5- د.عبد الله عبد الكريم عبدا لله ، ضمانات الاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية ، مجلة الجندول للعلوم الإنسانية ، العدد 29 ، 2006 متاحة على العنوان الالكتروني www.en.uobaghdad.edu.iq تاريخ الزيارة : 2019/08/29.

6- د. مازن ليلو راضي ، الوساطة التحكيمية و نطاق اللجوء إليها ، مداخلة مقدمة ضمن الملتقى الدولي للوساطة و التحكيم ، جامعة بيروت – لبنان ، 2009.

7- د. محي الدين القيسي ، الوساطة و المصالحة و المفاوضات ، وسائل بديلة لحل الخلافات التجارية ، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى العربي الاول حول التحكيم و الوسائل البديلة لتسوية المنازعات ، بيروت 2010.

8- د. ناصر المحيميد ، الاتجاهات العامة في اتفاقيات الاستثمار العربية لحسم المنازعات بواسطة التحكيم ، مداخلة ضمن المؤتمر الخامس عن التحكيم و الاستثمار ، جامعة الرباط – المغرب ، 2004.

9- د. خالد مُحَّد القاضي ، الطبيعة القانونية للتحكيم بين العقد و القضاء ، بحث مقدم الى المؤتمر الثالث للتحكيم التجاري الدولي ، القاهرة 1996.

7- الأحكام و القرارات و الاجتهادات القضائية :

1- حكم المحكمة الدستورية العليا بمصر ، الصادر بجلسة 17 ديسمبر 1994 بخصوص الدعوى رقم 13 و المنشور بمجلة المحكمة لسنة 1996.

2- حكم محكمة التمييز الأردنية رقم 2006-013 في 2006/06/12 .

3- حكم محكمة النقض المصرية رقم 2186 في 1986/02/06 منشور في مجلة القضاة عدد 21 لسنة 1988 .

8- التقارير :

1- تقرير لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، الصادر بموجب الدورة التاسعة و الاربعون بتاريخ 15 جويلية 2016 حول التحكيم و التوفيق ، المتاح على الرابط الالكتروني : . www.uncitral.org

2- د. صالح عصفور ، التفاوض التجاري الدولي ، دراسة مقدمة الى المعهد العربي للتخطيط ، الكويت ، متاح على العنوان الالكتروني : www.mosgcc.com .

3- تقرير جامعة الدول العربية المتاح على العنوان الالكتروني : www.lasportal.org/leagueofarabstates تاريخ الزيارة 2019/08/29.

4- نشرة ضمان الاستثمارات لسنة 2015 للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار المتاحة على العنوان الالكتروني : www.dhaman.net ، بتاريخ 2019/09/29.

9- المواقع الالكترونية :

1- www.crcica.org/rules/mediation
2- www.lawjo.net
3- www.mosgcc.com
4- www.jus.uio.no/im/uni
5- www.startimes.com/faspx
6- www.oxfordinform.com
7- www.adr.org
8- www.en.uobaghdad.edu.iq
9- www.council.caeuweb.org
10- www.bahrainchamber.org.bn/arabic
11- www.qistas.com.jor
12- www.un.net
13- www.icc.org/adrrules
14- www.crcica.org/rules
15- www.wipo.int
16- www.arbiter.wipo.int
17- www.international-arbitration.com
18- www.elmoundjed.org
19- www.dhaman.net
20- www.justice.fr
21- www.eur-lex.europa.eu
22- www.icsid-arbitration.org
23- WWW.ICCWBO.ORG
24- www.adccac.ae
25- www.jus.ulo.no/conciliation.rules
26- www.uncitral.un.org/modellaw
27- www.iccwbo.org/dispute-resolution-services

باللغة الأجنبية

–Langue française

1- Albert colliard , institution des relations internationales , 7 eme éd. , paris 1987 .
2- Bruno deillard , la médiation et la conciliation en loi commercial , article publie sur revu de chercheur juridique , n 336 , faculté de droit , université de Metz , 2001.
3- Charles jarrosson , « les modes alternatifs de règlement des conflits » , cours DESS , université Lyon , 2002.
4- Chiavario mario, les modes alternatifs de règlement des conflits , ridc 1997 , n 02
5- FRANCK NICEPHORE , arbitrage commercial international et développement , thèse de doctorat en droit , université de Montesquieu-bordeaux 2 , 2013 .
6- Mireille taok , les modes alternatifs de règlement des conflits , éditions delta , Beyrouth Liban 2009.
7- D.Mustafa trari tani , droit de l'arbitrage commercial international , Berti éditions , 1 ère édition , Alger 2007 .
8- P Nicole laçasse , l'arbitrage commercial international entre parties privées dans les payes de l'Aléna , colloque « l'Aléna et l'avocat d'affaires » , union international des avocats , Montréal , 1998.
9- Robert fouchard , l'arbitrage commercial international dans le droit français , revue de prof juridique , vol n 56 , 2007.
10- Truong Corinne , les différends lies a la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales , cci , litec 2002 .
11- p .Stefan jupé , marc , étude approfondi ,article publie sur le site www.univ-Grenoble-alpes.fr , 2010.
12- Pierre Edward , l'arbitrage en conciliation , forum international des marc , université paris 2 , 2002.
13- Phillipe luyet , arbitrage et médiation , comparaison dans un cas pratique , mémoire , université de Lausanne , 2016 .

–Langue anglaise

1- Alan redfern , the jurisdiction of an international commercial arbitrator , journal of international arbitration , vol 13 n 01 , 2002.

2- Andrew paradell , law and practice of investment treaties standards of treatment , kluwer law international bv 2009 , Netherlands , p 41.

3– Dominick kolhagen , Adr and mediation ,universities ed, adis Ababa , 2007 .

4– P . krig Adams , law of international arbitrate , scientific journal of researcher , n 71 , university of Cambridge in 2002 , 203.

5- Robert coulson , professional mediation of civil disputes , copy right 1994, American arbitration association , www.adr.org , in 27/08/2019.

6- Peter Chapman , disputes boards , article published on www.oxfordinform.com 2002 , at 11/09/2019.

7- Thierry Bernard , the arbitration procedures , article published on the flam scientific journal , university of Manchester 2 , 11 th edition , 2011.

الفهـــــــرس

الموضـــــــوع	رقم الصفحة
مقدمـــــة	1
الباب الأول : التنظيم الموضوعي للآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.....	7
الفصل الأول : ماهية الآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.....	10
المبحث الأول : تعريف الآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي و تطورها التاريخي.....	12
المطلب الأول : تعريف الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.....	12
المطلب الثاني : نشأة و تطور الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.....	15
الفرع الأول : الاليات البديلة في الشريعة الإسلامية.....	16
الفرع الثاني : الاليات البديلة في المجتمع الدولي.....	18
الفرع الثالث : الاليات البديلة في الاتفاقيات الدولية.....	19
المبحث الثاني : تصنيف الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.....	23
المطلب الأول : التحكيم كآلية بديلة ذات طابع شبه قضائي.....	25
الفرع الأول : تعريف التحكيم.....	26
اولا : التعريف اللغوي.....	26

ثانيا : التعريف الفقهي.....	**27**
ثالثا : التعريف القضائي.....	**30**
رابعا : التعريف القانوني.....	**31**
الفرع الثاني : نشأة و تطور التحكيم.....	**34**
اولا : نشأة التحكيم في عصر الاغريق.....	**34**
ثانيا : نشأة التحكيم في العصور الوسطى.....	**36**
ثالثا : التحكيم الدولي في القرن الثامن عشر.....	**38**
رابعا : التحكيم الدولي في القرن التاسع عشر.....	**40**
خامسا : التحكيم الدولي في عهد عصبة الامم.....	**42**
سادسا : التحكيم الدولي في عهد الامم المتحدة.....	**43**
سابعا : التحكيم في منازعات الاستثمار الاجنبي.....	**44**
الفرع الثالث : الطبيعة القانونية للتحكيم.....	**48**
اولا : الطبيعة التعاقدية.....	**49**
ثانيا : الطبيعة القضائية.....	**51**
ثالثا : الطبيعة المختلطة.....	**54**
رابعا : نظرية استقلال التحكيم.....	**55**
الفرع الرابع : أنواع التحكيم.....	**57**
اولا : التحكيم الاختياري و التحكيم الاجباري.....	**58**

ثانيا : التحكيم الحر و التحكيم المؤسسي.....	**60**
ثالثا : التحكيم الوطني و التحكيم الدولي.....	**62**
رابعا : التحكيم الكلي و التحكيم الجزئي.....	**63**
خامسا : التحكيم بالقضاء و التحكيم بالصلح.....	**64**
الفرع الخامس : تمييز التحكيم عن غيره من الاليات الأخرى.....	**65**
اولا : التحكيم و الصلح.....	**65**
ثانيا : التحكيم و الخبرة.....	**67**
ثالثا : التحكيم و الوكالة.....	**68**
رابعا : التحكيم و القضاء.....	**69**
خامسا : التحكيم و التوفيق و الوساطة.....	**70**
المطلب الثاني : الاليات البديلة ذات الطابع التفاوضي.....	**71**
الفرع الأول : الوساطة.....	**72**
أولا : تعريف الوساطة.....	**72**
ثانيا : نشأة و تطور الوساطة في منازعات الاستثمار الأجنبي.....	**77**
ثالثا : خصائص الوساطة و أنواعها.....	**78**
الفرع الثاني : التوفيق.....	**87**
أولا : تعريف التوفيق.....	**89**
ثانيا : خصائص التوفيق و انواعه.....	**92**

الفرع الثالث : المفاوضات.....	**99**
أولا : تعريف المفاوضات.....	**101**
ثانيا : اهمية المفاوضات في منازعات الاستثمار الأجنبي.....	**104**
ثالثا : تمييز المفاوضات عن غيرها من الاوضاع المشابهة الاخرى.....	**105**
المطلب الثالث : الاليات البديلة ذات الطابع الخاص.....	**108**
الفرع الأول : استئجار قاض.....	**108**
الفرع الثاني : الاحتكام الى تقرير الخبير.....	**109**
الفرع الثالث : مجلس تسوية المنازعات.....	**110**
المبحث الثالث : تمييز الاليات البديلة عن غيرها من النظم المشابهة الأخرى.....	**112**
المطلب الأول : تمييز الاليات البديلة عن وسائل التسوية الالكترونية.....	**112**
المطلب الثاني : تمييز الاليات البديلة عن مجالس مراجعة المنازعات.....	**113**
المطلب الثالث : تمييز الاليات البديلة عن نظم تسوية الدعوى المدنية.....	**114**
الفصل الثاني : اهمية الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي و مصادرها القانونية	**117**
المبحث الاول : أهمية الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.....	**120**
المطلب الأول : أسباب اللجوء للآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي....	**121**
الفرع الاول : واقع القضاء.....	**122**
الفرع الثاني : طبيعة المنازعات.....	**123**

الفرع الثالث : العقود المستحدثة.....	**124**
الفرع الرابع : الطابع التفاوضي للآليات البديلة.....	**125**
الفرع الخامس : العدالة الارادية.....	**126**
الفرع السادس : شفافية الاليات البديلة.....	**126**
المطلب الثاني : مزايا الآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.....	**127**
الفرع الاول : تحقيق عدالة رضائية.....	**127**
الفرع الثاني : السرعة في تسوية المنازعات.....	**128**
الفرع الثالث : قلة التكاليف.....	**130**
الفرع الرابع : سرية الاجراءات.....	**130**
الفرع الخامس : مرونة الاجراءات.....	**131**
الفرع السادس : استمرار العلاقات.....	**132**
الفرع السابع : الحلول المتوازنة.....	**132**
الفرع الثامن : الدور الوقائي.....	**133**
المطلب الثالث : أفضلية الآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.....	**133**
المبحث الثاني : المصادر القانونية للآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي...	**137**
المطلب الأول : اتفاقيات الاستثمار الدولية.....	**138**
المطلب الثاني : المراكز و المنظمات الدولية.....	**150**
المطلب الثالث : قوانين الاستثمار الداخلية.....	**154**

المبحث الثالث : الطبيعة القانونية للآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي و علاقتها بالقضاء.....	**163**
المطلب الأول : الطبيعة القانونية للآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي...	**164**
المطلب الثاني : علاقة الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي بالقضاء.....	**166**
الفرع الأول : دور الاليات البديلة المساعد للقضاء.....	**167**
الفرع الثاني : دور القضاء في تفعيل الاليات البديلة.....	**170**
اولا : تدخل القضاء في التحكيم.....	**171**
ثانيا : تدخل القضاء في الوساطة.....	**180**
ثالثا : تدخل القضاء في التوفيق.....	**184**
الباب الثاني : التنظيم الاجرائي للآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي	**187**
الفصل الأول : إجراءات الاليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي	**190**
المبحث الأول : اجراءات التحكيم كبديل تقليدي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي	**192**
المطلب الاول : اتفاق التحكيم.....	**193**
الفرع الاول : شرط التحكيم.....	**197**
الفرع الثاني : مشارطة التحكيم.....	**202**
المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.....	**204**
الفرع الأول : القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم.....	**206**
الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.....	**215**

المطلب الثالث : مراحل سير دعوى التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي....	**225**
الفرع الاول : تشكيل هيئة التحكيم.....	**227**
الفرع الثاني : إجراءات التقاضي أمام هيئة التحكيم.....	**230**
أولا : ضمانات التقاضي.....	**231**
ثانيا : تقديم الطلبات و الدفوع.....	**233**
ثالثا : المداولة.....	**242**
الفرع الثالث : صدور الحكم التحكيمي و تنفيذه.....	**244**
أولا : صدور الحكم التحكيمي.....	**245**
ثانيا : تنفيذ الحكم التحكيمي.....	**257**
المطلب الرابع : مزايا و عيوب التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.....	**264**
الفرع الأول : مزايا التحكيم.....	**265**
الفرع الثاني : عيوب التحكيم.....	**266**
المبحث الثاني : اجراءات الوساطة كآلية بديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.....	**269**
المطلب الاول : مراحل سير عملية الوساطة في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.....	**269**
الفرع الأول : اتفاق الوساطة.....	**270**
الفرع الثاني : تعيين الوسيط و مهامه.....	**272**
اولا : تعيين الوسيط.....	**273**
ثانيا : مهام الوسيط.....	**276**

الفرع الثالث : سير عملية الوساطة.....	**278**
الفرع الرابع : انتهاء الوساطة.....	**281**
المطلب الثاني : مزايا و عيوب الوساطة في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.....	**283**
الفرع الأول : مزايا الوساطة.....	**284**
الفرع الثاني : عيوب الوساطة.....	**285**
المبحث الثالث : اجراءات التوفيق كآلية بديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.....	**286**
المطلب الاول : اتفاق التوفيق.....	**287**
المطلب الثاني : اختيار الموفق و مهامه.....	**292**
المطلب الثالث : سير عملية التوفيق.....	**295**
المطلب الرابع : انتهاء التوفيق.....	**298**
الفرع الاول : تسوية النزاع.....	**298**
الفرع الثاني : عدم تسوية النزاع.....	**299**
المبحث الرابع : تفعيل المفاوضات كآلية بديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.....	**301**
المطلب الاول : مبادئ و اساليب المفاوضات.....	**302**
المطلب الثاني : اجراءات المفاوضات.....	**305**
الفرع الاول : شروط اعادة التفاوض.....	**306**
الفرع الثاني : سير عملية التفاوض.....	**309**
الفرع الثالث : اثر المفاوضات.....	**313**

المطلب الثالث : مزايا و عيوب المفاوضات.....	**314**
الفرع الاول : مزايا المفاوضات.....	**314**
الفرع الثاني : عيوب المفاوضات.....	**315**
الفصل الثاني :احكام اللجوء للآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي	**317**
المبحث الاول : المبادئ التي تكفل فعالية اللجوء للآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.....	**319**
المطلب الأول : المبادئ المرتبطة بأطراف النزاع.....	**320**
الفرع الأول : الالتزام بالتفاوض.....	**320**
الفرع الثاني : الالتزام بالسرية.....	**322**
المطلب الثاني : المبادئ المرتبطة بالمكلف بتسوية النزاع.....	**323**
المبحث الثاني : شروط اللجوء للآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.....	**331**
المطلب الأول : شروط إعادة التفاوض.....	**335**
المطلب الثاني : شرط التحكيم و الاليات البديلة.....	**337**
المبحث الثالث : نطاق اللجوء للآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي....	**339**
المطلب الأول : القيود العامة.....	**342**
المطلب الثاني : القيود الخاصة.....	**343**
المبحث الرابع : اثار اللجوء للآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.....	**345**

المطلب الأول : في حال تم التوافق.....	**345**
المطلب الثاني : في حال عدم التوافق.....	**348**
خاتمـــــــــــة.....	**353**
قائمة المصادر و المراجع.....	**358**
الفهرس.....	**375**

ملخص الأطروحة :

تعتبر الآليات البديلة لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي نظما و طرقا ودية لفض النزاعات الإستثمارية بعيدا عن القضاء ، تستند على التفاوض و الإتصال المباشر بين أطراف النزاع ، لطرح أسبابه و مناقشة المقترحات و تصورات الأطراف حول تسويته بطريقة ملائمة و متوازنة بين أطراف النزاع ، سواء دون تدخل طرف ثالث ، على غرار المفاوضات المباشرة بين الأطراف ، أو عن طريق تدخل شخص أجنبي محايد و مستقل ، يعمل على تقريب وجهات النظر المختلفة بين الأطراف ، و محاولة إقناعهم بالحلول التي يقترحها ، بموجب التوفيق و الوساطة ، أو عن طريق إنهاء النزاع بواسطة اللجوء الى التحكيم الذي يعد أهم آلية بديلة لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي على الإطلاق .

Summary :

Alternative mechanisms for settling foreign investment disputes are considered friendly systems and methods for resolving investment disputes away from the judiciary, based on negotiation and direct communication between the parties to the dispute, to present its causes and discuss the proposals and perceptions of the parties about its settlement in a suitable and balanced manner between the parties to the conflict, whether without interference A third party, similar to direct negotiations between the parties, or through the intervention of a neutral and independent foreign person, works to bring the different views between the parties closer, and try to convince them of the solutions he proposes, according to conciliation and mediation, or by ending the conflict by resorting to arbitrage Which is the most important alternative mechanism for the settlement of disputes of foreign investment at all.