وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الشهيد حمه لخضر . الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

دور التحكيم التجاري الدولي في فض المنازعات المتعلقة بالاستثمار الاجنبي

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر ل.م.د في الحقوق

تخصص: قانون أعمال

إعداد الطلبة:

- شاوش فاطمة الزهراء
- عقاب البشير
- عماري مسعود

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	المؤسسة	الصفة
د–إدريس كمال فتحي	جامعة الشهيد حمه لخضر . الوادي	رئيسا
د–حاقة العروسي	جامعة الشهيد حمه لخضر . الوادي	مشرفا ومقررا
د–خراز نادية	جامعة الشهيد حمه لخضر . الوادي	مناقشا

السنة الجامعية: 2024/2023

بسم الله الرحمان الرحيم

﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعَۢا بَصِيرا ﴾

الآية 85 سورة النساء

الإهداء

إلى من ربونا وضحوا من أجلنا ... الوالدين ... حفظهم الله ورعاهم

إلى كل إخواننا وأخواتنا سدد الله خطاهم

إلى زملائنا .. وأساتذتنا .. وكامل طاقم كليتنا على وجه الخصوص

والطاقم الإداري والفني لجامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي عامة

نهدي هذا العمل المتواضع إلى كل من يحمل

راية العلم ويسير قدما نحو الأفضل

شكر وعرفان

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين
عدد ما ذكره الذاكرين
الشكر والحمد لله على توفيقه لنا
نتقدم نحن الطلبة المعدون بالشكر والعرفان والتقدير للأستاذ المشرف السيد: الدكتور حاقة العروسي الذي وجهنا في انجاز هذا العمل ولم يبخل بإمداده لنا بالمساعدة العلمية والفنية، والسيد: الدكتور إدريس كمال فتحي الذي أرشدنا وقدم لنا بعض النصائح والتوجيهات كانت بمثابة الدفعة المعنوية في اعداد هذه المذكرة، كما لا ننسى الأستاذة المحترمة: بلغواطي سميرة على توجيهنا وصقل هذا العمل في بعض المسائل المنهجية.
وكل من ساهم من قريب أو بعيد في إثراء ودفع عجلة العلم

عماري مسعود
عقاب البشير
شاوش فاطمة الزهراء

المقدمة:

يلجأ الأفراد سواء اشخاص القانون العام او أشخاص القانون الخاص الى تنمية اقتصادها وتطوير منشآتها وبناها التحتية عن طريق الاستثمارات الأجنبي الضخمة، وفي ظل النظام العالمي الجديد، حيث تحول العالم إلى سوق مفتوح، و سهل فيه انتقال الأموال والاستثمارات، أصبحت الحاجة ماسة لتوفير الحوافز الملائمة لجذب هذه الاستثمارات الأجنبية، و هذا عن طريق عقود واتفاقيات استثمار، ومع ذلك، يتطلب تحقيق هذه الاستثمارات وقتًا طويلاً، و لهذا فإن المستثمر الاجنبي يحتاج الى ضمانات لتسهيل عمله وحفظ حقوقه في مواجهة دول ذات سيادة بإمكانها أن تأمم استثماره او تعدل تشريعاتها الداخلية على نحو لا يتحقق معه التكافؤ في المصالح مما قد يضعف مركزه القانوني، أو بالأحرى لتحقيق نوع من التوازن في عقد محتمل بين المستثمرين مما يؤدي إلى نشوب نزاعات بينهم، ولحل هذه النزاعات، يعتبر نظام التحكيم التجاري الدولي وسيلة من الوسائل البديلة للتسوية، كما يتيح هذا النظام للأطراف المتنازعة اللجوء إلى جهة محايدة لفض النزاع، ويعتبر اختيار هذه الجهة من قبل الأطراف جزءا من حرية الاختيار المتاحة لهم.

1-أسباب الدراسة:

إن اختيارنا لهذا الموضوع كان لعدة أسباب منها ما هو موضوعي ومنها ما هو ذاتي، بالنسبة للأسباب الذاتية تتمثل في الرغبة في دراسة موضوع يكون في مجال اختصاصنا العلمي فوقع اختيارنا على التحكيم التجاري في منازعات الاستثمار الأجنبي، و بنية إثراء الزاد المعرفي في هذا المجال.

أما الأسباب الموضوعية تعود إلى الرغبة في معرفة دور التحكيم التجاري في حل و تسوية المنازعات التي قد تنشأ عن الاستثمار الأجنبي و هو موضوع جد هام نظرا لأتسام التحكيم بخصوصية في قواعده.

2-أهمية الدراسة :

يكتسي التحكيم التجاري الدولي أهمية بالغة في الحفاظ على الاستثمار كونه وسيلة من الوسائل المتاحة لفض المنازعات الاستثمارية الدولية، كما و يعتبر ملاذ آمن لحماية الاستثمار،

خاصة عندما تكون الدولة المضيفة طرفا في العقد و ما يترتب عن ذلك من حساسية تتعلق بممارسة الدولة لحقها في السيادة.

3-أهداف الدراسة:

الهدف من دارستنا لهذا الموضوع يتمثل في تبيان الدور الذي يلعبه التحكيم التجاري في تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي في كونه قضاء خاص بالأطراف، و ما ترتب عنه من تأطير قانوني سواء على الصعيد الداخلي او الدولي، و أنه بند مدرج في عقود الاستثمار لما يوفره من ضمانات للأطراف المتعاقدة كالسرية و التخصص و السرعة في الإجراءات و غيرها.

4- الدراسات السابقة:

في سبيل الوصول إلى دارسة شاملة اعتمدنا على جملة من الدراسات السابقة في هذا المجال التي تناولت دور التحكيم في فض منازعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي وهي مشابهة لمحتوى موضوعنا إلا أن هذه الدراسات كانت في ظل قانون الاستثمار رقم 09/16، و دراستنا تتمحور حول دور التحكيم التجاري في تسوية المنازعات في ظل القانون رقم 18/22 ونذكر منها:

- مذكرة ماستر من إعداد الطالب عادل قدور بعنوان منازعات عقود الاستثمار الأجنبي في التشريع الجزائري2017/2016 جامعة الوادي.
- رسالة ماجستير من إعداد الطالبة منى بوختالة بعنوان التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار لسنة 2013-2014 جامعة قسنطينة 1.
- أطروحة دكتوراه من إعداد الطالب سي فضيل الحاج آليات فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر لسنة 2019/2018 جامعة مستغانم.

ومن هنا يطرح موضوع دراستنا اشكالية تحتاج الى البحث والاجابة عنها وتتمثل في دراسة منازعات الاستثمار الأجنبي التي يختص التحكيم التجاري الدولي بتسويتها وكذلك اجراءات سير الخصومة التحكيمية على المستوى الدولي والإقليمي:

- **فهل يعد اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي كاف لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار الأجنبي؟**

ولدراسة هذا الموضوع استخدمنا منهجين، حيث استعملنا المنهج الوصفي في تحديد مفهوم المنازعات الاستثمارية التي يختص التحكيم التجاري الدولي في تسويتها، بالإضافة إلى المنهج التحليلي الذي استخدمناه من خلال تحليل مختلف إجراءات التحكيم التجاري الدولي التي نظمها المشرع الجزائري ومختلف القوانين الوضعية الاخرى، كون هذه الدراسة لا يمكن ان تقتصر على نظام قانوني معين أو على القانون الجزائري فقط بل وجب الاستعانة بخبرة القوانين الوضعية والاسترشاد بأهم القوانين الأجنبية التي تناولت هذا الموضوع.

وسنجيب على هذا التساؤل في موضوعنا الذي ارتأينا تقسيمه الى فصلين، فكان الفصل الأول تحت عنوان منازعات عقود الاستثمار التي تدخل ضمن اختصاص التحكيم التجاري الدولي و ينطوي على مبحثين فخصصنا المبحث الاول للطبيعة الخاصة لمنازعات عقود الاستثمار و المبحث الثاني لمبررات اللجوء للتحكيم في منازعات الاستثمار، ثم عنونا الفصل الثاني بإجراءات فض منازعات الاستثمار الأجنبي عن طريق التحكيم التجاري الدولي الذي يتكون من مبحثين، الاول تحت عنوان مرحلة ما قبل صدور الحكم التحكيمي والثاني مرحلة ما بعد صدور الحكم التحكيمي.

الفصل الأول:
منازعات الاستثمار الأجنبي التي تدخل ضمن اختصاص التحكيم التجاري الدولي

ينتج عن الاستثمار الأجنبي منازعات عديدة الأسباب، وبوجود هذه المنازعات يستوجب وجود تحكيم إذا ما لجأ الأطراف إليه، بمعنى آخر ظهور الاثار المترتبة عن ابرام عقود الاستثمار الأجنبي بين كل من الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي.

فهذه العقود عادة تكون طويلة الاجل وترتبط بشكل وثيق بكيان الدولة المضيفة للاستثمار، سواء كان هذا الارتباط مباشرا، أي يتعلق باستغلال الثروات الطبيعية لهذا البلد، أو غير مباشر ويرتبط بخطط التنمية الاقتصادية للبلد المضيف [1]، وحيث أن الدولة أحد أطرف هذه العقود الامر الذي يخولها الحصول على صلاحيات وامتيازات واسعة تضفي على المنازعات التي تنشأ عنها طابعاً خاصاً ومتميزاً.

ولهذا فإن المنازعات التي تنشأ عن الاستثمارات ترتبط بشكل وثيق بتغير الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تصاحب نشأة رابطة الاستثمار سواء أكانت بعقد أم بترخيص صادر من الدولة المضيفة، أو عبر اتفاقية دولية للاستثمار مما يدعو إلى ضرورة إعادة النظر فيه ومراجعته، وقد تؤدي هذه الظروف المستجدة إلى قيام الدولة المضيفة باتخاذ بعض الإجراءات أو اللجوء إلى أعمال نابعة من سلطتها السيادية [2]

ومن خلال ما سبق سنتناول بالدراسة الطبيعة الخاصة لمنازعات الاستثمار الأجنبي في مبحث أول ومبررات اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي في فض منازعات الاستثمار الأجنبي في مبحث ثان.

[1] د. خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات للدول العربية و الأجنبية و الاتفاقيات الدولية و خصوصية مركز واشنطن، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى،الأردن،2014، ص 108.

[2] د. لما أحمد كوجان التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، وفقاً لأحكام المركز الدولي التسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، منشورات رين الحقوقية،2008، ص 74 وما بعدها.

المبحث الأول: ماهية منازعات عقود الاستثمار الاجنبي

إن آلية تدفق الاستثمارات الأجنبية المباشرة داخل الدولة المضيفة، تكون من خلال إيجاد مستثمرين أجانب يبحثون عن بيئة مناسبة يستثمرون أموالهم بها، وإذا تواجدت هذه البيئة يتم ذلك من خلال اتفاق بين الطرفين، وهو ما يسمى بعقد الاستثمار أو اتفاقية الاستثمار أو ترخيص الاستثمار، هذا الأخير وكما سبقت الإشارة إليه ينظم حقوق والتزامات الطرفين، فإذا ما تعرضت لإخلال أو انتهاك أو عرقلة أو عدم التنفيذ من الطرفين، وفقا لما نص عليه العقد، أنشأ ما يسمى بالمنازعة، وتختلف منازعات عقود الاستثمار عن منازعات العقود الأخرى نظراً لطبيعة المنازعة ذاتها الناشئة لأسباب عديدة ومختلفة، حيث أن عدم تسوية هذه المنازعة بصورة سريعة وبطريقة أكثر فاعلية يرتب ضرراً بالاقتصاد الوطني للدولة المضيفة[1]، وعلى ضوء ما سبق نتطرق بالدراسة الى مفهوم منازعات الاستثمار الأجنبي كمطلب الأول و أنواع منازعات الاستثمار الأجنبي في المطلب الثاني.

المطلب الأول : مفهوم منازعات عقود الاستثمار الأجنبي

الفرع الأول: تعريفها

رغم أنه لا يوجد تعريف عام لمنازعات الاستثمار الأجنبي لكن يرى جانب من الفقه (بأنه يمكن تعريفها بأنها ذلك النوع من المنازعات التي تنشأ بين طرفي العقد الاستثماري نتيجة لانتهاك أحد الأطراف للحقوق أو خرقه للالتزامات المنصوص عليها في العقد الاستثماري، أو إنهاء العقد إنهاء مبتسراً أو اتخاذ أي إجراء انفرادي من قبل أحد الأطراف مما ينتج عنه أضرار جسيمة للطرف الآخر يستلزم عنها تعويض الطرف الواقع عليه الضرر عما أصابه من أضرار من جراء تلك الانتهاكات أو الإجراءات)[2].

[1] سي فضيل الحاج، آليات فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، أطروحة دكتوراه تخصص القانون الدولي للأعمال مقدمة الى جامعة عبد الحميد بن باديس-مستغانم،سنة 2019/2018،ص 150.

[2] د. طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية ،دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار،دار الجامعة الجديدة للنشر،2008، ص 10 وما بعدها.

الفرع الثاني : الطبيعة الخاصة لمنازعات عقود الاستثمار الاجنبي

ولمنازعات الاستثمار طبيعة خاصة تتميز بها ناشئة عن خصوصية عقود الاستثمار، وتسمى أيضا عقود التنمية الاقتصادية وهذا لارتباطها الوثيق بجوانب التنمية في الدول التي تسعى الى النمو.

ورغمً الاختلاف في مجالات الاستثمار، إلا أن العقود الخاصة بمجالات الاستثمار على وجه العموم تكاد تتميز بسمات خاصة بها، وفي نفس الوقت تميزها عن عقود التجارة الدولية التقليدية مما يضفي نوعاً من الخصوصية على طبيعة المنازعات الناجمة عنها، ومن هذه السمات التي تتميز بها عدم التكافؤ في الوضع القانوني للأطراف المتعاقدة نتيجة لمظاهر السيادة التي تتمتع بها الدولة المتعاقدة مما يقوي المركز القانوني لها[1]، وهذا لتمتعها بحرية التنظيم السياسي والقضائي وكذا الشخصية القانونية المستقلة.

ويعد ارتباط منازعات عقود الاستثمار بالمجال الاستثماري الاقتصادي ذا طبيعة فنية أيضا، كما وتتميز هذه العقود بتنوعها وهذا راجع للمجال الذي تنصب عليه، فهي تشمل عقود الاستثمار عقود امتياز البترول، عقود التكنولوجيا وعقود التشييد والبناء وغيرها من العقود التي تساهم بحد كبير في مجالات التنمية بالنسبة للدول التي تهدف الى النمو، ويرجع تكييف العقود السالفة الذكر وفقاً لطبيعته الفنية، و الدافع وراء هذه الاستثمارات هو تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة المضيفة، أما بالنسبة للمستثمر الأجنبي المتعاقد معها فتختلف أسباب إبرامه لهذه العقود من مستثمر لأخر.

كما أن الأهداف الإستراتيجية لدول جنسية المستثمرين تلعب دوراً هاماً وحيوياً في توجيه و تشجيع تلك الاستثمارات[2].

إذن فالطبيعة الفنية الاقتصادية تنبع من تقديم خدمة ذات طابع فني وذلك في مقابل أهداف متعددة[3].

و عليه فان الاختلاف في الطبيعة الفنية لكل مجال من مجالات الاستثمار، يؤدي إلى اختلاف عناصرها التعاقدية ما يحقق خصوصية العقود بحسب مجالاتها، و بالنتيجة تعدد وتنوع

[1] عماد حبيب،القانون الاقتصادي الدولي،نينوى للدراسات والنشر و التوزيع،2001، ص 97.
[2] د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى،القاهرة،1996 ص ص 172-173.
[3] د.خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 111.

المنازعات الاستثمارية الناجمة عنها ، مما أدى إلى زيادة التعقيد والتركيب في الطبيعة الخاصة لمنازعات الاستثمار، الامر الذي يجعلها في حاجة ماسة إلى محكمين يتمتعون بالكفاءة والقدرة الفنية في فض مثل هذه المنازعات ، والتي يغلب عليها الطابع الاقتصادي الذي يسير جنباً إلى جنب مع الطابع الفني للمنازعة[1].

إن طبيعة منازعات الاستثمار يغلب عليها الطابع الاقتصادي والفني وأن هناك أسباباً مؤدية إلى قيام منازعات الاستثمار وتتنوع هذه الأسباب فقد تكون قهرية أو طواعية نابعة من الإرادة المنفردة للأطراف وغالباً ما يكون هذا الطرف هو الدولة[2].

ويمكن بعد الذي أسلفناه تقسيم منازعات الاستثمار بالنظر إلى طبيعتها إلى سياسية أو قانونية، وهنالك معايير وتعريفات يقوم بها العمل الاتفاقي الدولي لتميزهما عن بعضهما وحصر المنازعات ذات الطابع القانوني عن الطابع السياسي[3].

وعلى الرغم من امتزاج العناصر السياسية و العناصر القانونية في منازعات الاستثمار، إلا أن هناك عنصراً هاماً يميز تلك المنازعات ويمنحها الطبيعة الخاصة التي تتسم بها ويفرقها عن المنازعات القانونية السياسية الخالصة والمنازعات التي يمتزج فيها العنصران السياسي والقانوني، ألا وهو العنصر الاقتصادي وهذا العنصر الاقتصادي يتمثل في وجود رأس المال وفي الهدف الذي ينشده المستثمر الأجنبي من الانتقال برأسماله من دولة جنسيته إلى الدولة المضيفة، فالمستثمر الأجنبي يهدف إلى الربح من المشروعات الاستثمارية التي يقيمها في هذه الدول كما تعتمد هذه الدولة على هذه المشروعات كمصدر هام من مصادر التمويل التي تعينها على التنمية الاقتصادية، وبالتالي فالعنصر الاقتصادي يعتبر العمود الفقري لعملية الاستثمار والذي لولا وجوده لما تمت عملية الاستثمار من أساسها[4].

المطلب الثاني: أنواع منازعات الاستثمار الأجنبي التي تدخل ضمن اختصاص التحكيم التجاري الدولي

وفي هذا المطلب سنتناول بالدراسة أنواع منازعات الاستثمار الأجنبي التي تدخل ضمن اختصاص التحكيم التجاري الدولي، وذلك من حيث أسباب نشوئها ففي الفرع الأول سنتطرق

[1] د. طه أحمد قاسم، ، مرجع سابق، ص 94.
[2] د.خالد كمال عكاشة، مرجع سابق،ص 112
[3] د. إبراهيم محمد العناني اللجوء إلى التحكيم الدولي، القاهرة، دار الفكر العربي، 1973، ص ص 66 -67.
[4] د.خالد كمال عكاشة، مرجع سابق،ص 112.

الى المنازعات الناتجة عن التغيير في شروط التعاقد و في الفرع الثاني المنازعات الناتجة عن الإجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار.

الفرع الأول: المنازعات الناتجة عن التغير في شروط التعاقد

قد يحصل أحياناً بعض الأمور التي تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي في الموجبات التي تشكلت بصورة صحيحة عند التعاقد، وهذه الأمور قد تعرض العقد للانهيار التام وإلغائه من قبل الطرفين، كما لو حدثت قوة قاهرة، كما في حالة أن يعتري العقد خلل في توازنه دون أن يستدعي الأمر إبقائه بل إعادة النظر به والتفاوض مجدداً حول شروطه، وإنما إعادة النظر به والتفاوض مجدداً بشروط[1].

فعقود الاستثمار بصفتها عقود طويلة المدة، فإنها بلا شك سوف تتأثر بتغير الظروف المحيطة بها، ذلك أن الظروف المحيطة بإبرام عقد ممتد لعشرات السنوات لا يمكن أن تبقى على حالها طوال هذه المدة، لذا كان طبيعياً أن تدور منازعات الاستثمار في جل صورها حول تغير الظروف المحيطة بالعقد، وتلك الظروف قد تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام تماماً كما في حالة القوة القاهرة، وقد تؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد، مما يدعو الأطراف إلى مراجعته أو إعادة التفاوض بشأن شروطه[2].

مما يستوجب منا دراسة هذا الفرع في عنصرين: الأول: المنازعات الناجمة عن شرط القوة القاهرة والثاني: المنازعات الناجمة عن الظروف الطارئة في عقد الاستثمار (شرط إعادة التفاوض.)

أولا: المنازعات الناجمة عن شرط القوة القاهرة

بسبب استمرار عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي لفترة زمنية طويلة يمكن خلالها حصول أحداث غير متوقعة أو ليس من الممكن توقعها، فقد جرى العمل على وضع شرط خاص في تلك العقود، يهدف إلى تعريف القوة القاهرة، وكيفية التعامل معها، وتحديد الأحداث والظروف التي تعتبر ظروفاً غير متوقعة يمكن أن تشكل قوة قاهرة وشروط تطبيقها وكيفية صياغتها، وآثارها على العقد ومدى اختصاص المحكم بالفصل في تلك

[1] د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية،القاهرة،1993، ص 131.
[2] د. غسان علي علي،الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها،رسالة دكتوراه،جامعة عين شمس،2004، ص 156.

الآثار، إلا أن ذلك لم يكن من شأنه أن يحول دون حدوث الكثير من المنازعات الناجمة عن إعمال هذا الشرط، والتي أكدت في الوقت نفسه على أن التحكيم هو الوسيلة المثلى لفض منازعات الاستثمار بصفة عامة[1].

وعليه فالغاية من إدراج شرط القوة القاهرة هي تحديد المقصود بها جمع الوقائع التي تندرج ضمنها بالنسبة لعقود الاستثمار وحيث أن هذه الوقائع ترتبط غالبا بالحياة الاقتصادية والاجتماعية أو النشاط الاستثماري فإن تحديدها ينطوي تحت إطار القوة القاهرة والتي ترتبط بالاستثمار مما يسهل في بيان الآثار المترتبة عليها، الامر الذي يحدد النظام القانوني الذي تخضع له وهو في الغالب يكون القانون الواجب التطبيق على العقد.

وبهذا يكون الهدف من إدراج شروط القوة القاهرة هو التمكن من مواجهة الأحداث المستقبلية عند وقوعها حتى ولو لم يكن بالإمكان توقعها[2].

وعلى ضوء ما سبق سنتعرض بدراسة عنصرين:

1- مفهوم القوة القاهرة.

2- الشروط المطلوب توافرها لقيام حالة القوة القاهرة وأثرها.

1- مفهوم القوة القاهرة

القوة القاهرة في مفهومها الاصطلاحي تعني حدث أو مجموعة من الاحداث لم ، يكن في وسع أحد من الأطراف توقعها أو تداركها، ويترتب عليها انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه دون أن يتحمل تبعية ذلك[3].

وهي بعبارة أخرى مجموعة الظروف المفاجئة التي تمر بها الدولة وتؤدي بها إلى عدم الالتزام بالقواعد القانونية بحيث لا يعد ارتكابها فعلاً مخالفاً لالتزاماتها موجباً للمسؤولية[4].

لم يعرف المشرع الجزائري على غرار المشرع المصري و الفرنسي في القانون المدني القوة القاهرة، و إنما اكتفى بذكر آثارها و أشار اليها كسبب أجنبي معفي من المسؤولية إذ تنص المادة 127 من القانون المدني الجزائري "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب

[1] د. غسان علي علي، مرجع سابق، ص 157.
[2] د. لما كوجان، مرجع سابق، ص 78.
[3] د عصام الدين القصبي ،مرجع سابق، ص 131
[4] د. نبيل بشر، المسؤولية الدولية في عالم متغير القاهرة، دار النهضة العربية، 1994، ص 262

لا يد له فيه كحادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو إتفاقي يخالف ذلك"[1].

ففكرة القوة القاهرة بات تنظيمها من طرف معظم التشريعات مبدأ مسلماً به، وبناء عليها تسقط مسؤولية المدين بنصوص صريحة، عدا القانون الإنجليزي الذي يرى أن مفهوم القوة القاهرة مفهوم اتفاقي يضبط وجوده ونطاق تطبيقه تنظيم الأطراف المتعاقدة.

وإذا كانت التشريعات الوطنية المختلفة لم تتفق على تبني المصطلح الذي يعبر عن حالة القوة القاهرة، إلا أنها جميعاً تدور في فلك واحد وهو أنه لوصف حدث ما بالقوة القاهرة يجب أن يتوافر فيه صفات محددة هي عدم التوقع واستحالة الدفع واستقلال الحدث عن إرادة المدين[2].

وهذا هو ما يميز القوة القاهرة والحادث الفجائي عن الحوادث الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً ويختلف أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي بحسب الأحوال، فإذا كان هو السبب الوحيد في وقوع الضرر انعدمت علاقة السببية فلا تتحقق المسؤولية وقد يكون من أثره لا الإعفاء من تنفيذ الالتزام بل وقف تنفيذه حتى يزول الحادث فيبقى الالتزام موقوفا على أن يعود واجب التنفيذ بعد زوال الحادث، وغني عن القول أنه يجوز للطرفين أن يعدلا باتفاقهما من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، كأن يتفقا مثلاً، بحيث إن المدين لا يخلى من التزامه ويتحمل تبعة السبب الأجنبي، فلا ينقض الالتزام حتى لو استحال تنفيذه بسبب أجنبي ويتحول محله إلى تعويض ويكون المدين في هذه الحالة إزاء الدائن بمثابة المؤمن يؤمن من الحادث الذي يرجع إلى القوة القاهرة[3].

أما مفهوم القوة القاهرة في أحكام التحكيم فقد أخذت معظم أحكام التحكيم الدولي بفكرة القوة القاهرة، باعتبارها حدثاً تتوافر فيه شروط عدم التوقع واستحالة الدفع والاستقلال عن إرادة المدين، ويؤدي إلى جعل الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة[4]، والنتيجة التي يرتبها قضاء التحكيم على ذلك هي فسخ العقد وعدم مساءلة المدين عن عدم التنفيذ.

---

[1] أمر رقم 75-58،المؤرخ في 26 سبتمبر 1975،المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية،العدد 78،الصادرة في 30 سبتمبر 1975،ص 797.

[2] د. غسان علي علي، ص ص 161 - 162

[3] مرجع نفسه، ص 164

[4] د. محي الدين اسماعيل منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، دون ناشر، 1986 ، ص 224

وهذا النهج من جانب قضاء التحكيم نلاحظه سواء تصدي المحكم من تلقاء نفسه لتحديد مفهوم القوة القاهرة، أو لجأ إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون لتحديد هذا المفهوم، أو رجع إلى أحكام قانون وطني معين لتحديد هذا المفهوم[1].

إذن فمفهوم القوة القاهرة على المستوى الدولي أوسع مقارنة بالمفهوم الفني والضيق الموجود في القوانين الداخلية، وعليه فلا يوجد هناك مفهوم موحد ومقبول للقوة القاهرة على المستوى الدولي، حيث يتباين مفهومها بحسب القوانين الوطنية والعقود النموذجية.

2- الشروط الواجب توافرها لقيام حالة القوة القاهرة

يمكن تعريف القوة القاهرة بأنها: حدث فجائي مستقل عن إرادة المتعاقدين لم يكن متوقعاً منهم عند إبرامهم للعقد، يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية جميعها أو جزء منها، مما تقدم يتضح لنا بأنه يشترط لتحقيق حالة القوة القاهرة ثلاثة شروط وهي:

1- استقلال الحدث عن إرادة المتعاقدين.

2- عدم توقع الحدث عند إبرام العقد.

3- وجود استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية[2].

الشرط الأول: استقلال الحدث عن إرادة المتعاقدين (شرط الخارجية)

يعد شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين شرطاً جوهرياً لقيام حالة القوة القاهرة ويطلق بعض الفقهاء على هذا الشرط (شرط الخارجية)[3] وتطلب هذا الشرط لتطبيق أحكام القوة القاهرة – يعد أمراً منطقياً – لأنه من غير المنطقي أن يستفيد المدين من تغيير ظروف العقد، لتعديل أحكام العقد، بينما يعزى هذا التغير إلى خطأ هذا المدين، ومن الواضح أن هذا الشرط يسمح بحماية المتعاقدين من التدخل المباشر وغير المباشر من المتعاقد الآخر سيئ النية[4].

[1] د. غسان علي علي، مرجع سابق، ص ص 167 168.
[2] د.خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 119.
[3] د. محمد لبيب شنب المسؤولية عن الأشياء، دراسة في القانون المدني المصري مقارناً بالقانون الفرنسي، مكتبة النهضة المصرية القاهرة 1957 ، بند 205، ص 97.
[4] د. غسان علي علي، مرجع سابق، ص ص 169 – 170.

و من هنا فإن هذا الشرط يعتبر ضرورياً لقيام حالة القوة القاهرة، وأن أهميته لا تقل عن أهمية باقي شروط القوة القاهرة لكنه يتميز عنها، وبالتالي فلا بد من توافره لوجود حالة القوة القاهرة.

الشرط الثاني: عدم توقع الحدث عند إبرام العقد

تشكل القوة القاهرة حدثاً أو مجموعة أحداث غير متوقعة وغير قابلة للمقاومة وهي تحدث بفعل مستقل عمن يتذرع به ولم يكن باستطاعته توقعه أو الوقاية منه، ويترتب على حدوثها انقضاء التزامه لاستحالة تنفيذه دون أن يتحمل تبعية ذلك[1].

و يكون الحدث الناتج عنه القوة القاهرة لا يمكن توقعه، فإن حدث عكس ذلك–أي توقعه– مثل وقوعه في مواعيد دورية، وإن كانت متباعدة كالفيضانات والأمطار، أو كأن يكون متوقع الحدوث في بعض الأحيان كتعطيل الماكنات في المصنع، فلا يعتبر قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً.

كما يشترط أن يكون الحدث غير ممكن التوقع حتى من جانب أشد الناس يقظة وتبصراً بالأمور.

فالمعيار هنا معيار موضوعي لا ذاتي بل معيار لا يكتفي فيه بالشخص العادي ويتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقا لا نسبياً[2].

ويجب أن يكون عدم إمكان التوقع في وقت إبرام العقد لكي يحتج به، أما في حالة الاستحالة أثناء تنفيذ العقد فله أن يتمسك بحالة القوة القاهرة، وهذا ما أخذت به معظم النظم القانونية واتفاقيات التجارة الدولية.

كما يؤكد قضاء التحكيم بدوره على ضرورة توافر شروط عدم التوقع في الحدث المشكل للقوة القاهرة، ففي القضية رقم (2139) لسنة 1974 عرفت هيئة التحكيم حادث القوة القاهرة بأنه (يعتبر قوة قاهرة بالمعنى الضيق الحدث الذي تتوافر فيه خصائص عدم التوقع بمعنى أنه في لحظة وقوعه لا يوجد أي سبب خاص يجعلنا نعتقد أنه سيقع)[3].

---

[1] د. مصطفى العوجي، العقد والمسؤولية المدنية، الجزء الأول العقد، مؤسسة مجسون للنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثالثة، 2003، ص 285

[2] د عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، الجزء الأول،دار النهضة العربية القاهرة، 1988 ، بند 588، ص 878.

[3] د. غسان علي علي، مرجع سابق، ص 172.

الشرط الثالث: وجود استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية

فيجب أن يطرأ ما يجعل تنفيذ التزام المدين مستحيلاً استحالة مطلقة، ويستوي في ذلك أن تكون الاستحالة مادية أو معنوية.

إذن الاستحالة المطلقة هي تواجد المدين في وضعية لا يستطيع معها فعل ما يجب عليه أو الامتناع عما يجب عليه أن يمتنع عن فعله وبعبارة آخرى الا تكون لديه اية قدرة أو وسيلة مشروعة يتمكن بها من دفع أو تجنب وقوع الحدث أو مقاومته أو معالجة الآثار التي تترتب عليه، وضرورة توافر هذه الاستحالة أمر يتفق عليه الفقه وتتواتر عليه أحكام القضاء.

وعليه إذا توافرت شروط القوة القاهرة فإن الأثر الطبيعي الذي يترتب عليها هو إعفاء المتعاقد من المسؤولية، فلا يتعرض للجزاءات المقررة لعدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ ولا يقتصر أثر القوة القاهرة على إعفاء المدين من تنفيذ التزاماته، وإنما يمتد أثرها أيضاً إلى فسخ العقد بحكم القانون، وبمعنى آخر فإن للقوة القاهرة أثراً مزدوجاً، فهي من ناحية تؤثر على مسؤولية المدين باستبعادها ومن ناحية أخرى تؤثر على العقد بانفساخه ولهذا فإن القوة القاهرة تعد سبباً لفسخ العقد وإنهائه لا سبباً للحفاظ عليه وبقائه[1].

ثانيا: المنازعات الناجمة عن الظروف الطارئة في عقد الاستثمار (شرط إعادة التفاوض)

إن عقود الاستثمار هي عقود ذات آجال طويلة وتنفذ في الغالب على مراحل، ولهذا فإن المستثمر قبل أن يقدم على التعاقد في مثل هذا النوع من الاستثمارات فإنه يقوم بإجراء دراسات تتعلق بالتخطيط المالي للمشروع مع احتمالات الربح والخسارة[2].

وفي الواقع أن معظم المنازعات التي تقوم بين حكومات الدول المضيفة والنامية منها بصفة خاصة والشركات الأجنبية، مبعثها تمسك هذه الحكومات بضرورة تحقيق المزيد من المرونة في النظام التعاقدي الذي يربطهما حتى يتسنى لها استيعاب المتغيرات الجذرية في الظروف السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية للبلاد، في حين أن هذه الشركات تتمسك عادة باستقرار هذه العلاقات التعاقدية واستمرارها دونما تعديل أو تبديل في نصوصها ؛ فالشركات الأجنبية في بحثها عن ضالتها المنشودة المتمثلة في ثبات واستقرار النصوص التعاقدية، ترى

[1] د.خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص ص 121-122.
[2] د. لما كوجان، مرجع سابق، ص 84

أن اتفاقات الاستثمار لا تعدو أن تكون عقود عادية قائمة على الاتفاق الحر بين أطرافها، فعلاقة الشركة الأجنبية بحكومة الدولة المضيفة أو من يمثلها قد أفرغت ضوابطها في قالب جامد تضمن نطاقاً محدوداً للالتزامات والحقوق والأعباء والمكاسب، وأن أي تعديل في هذا المضمون الثابت المحدد تمثل الأخذ بالقوة الملزمة لهذه الاتفاقات[1].

ومن المعلوم أن الأحداث الطارئة أو الاستثنائية هي الأحداث غير المألوفة النادرة الوقوع، كما أنها غير متوقعة كما في حالة القوة القاهرة، إلا أنها تجعل تنفيذ الموجب العقدي مرهقاً وليس مستحيلاً لأن الحدث الطارئ لا يصل إلى درجة القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً وتؤدي في الغالب إلى إنهاء العقد وفقاً للمبادئ العامة[2].

ويكون تعديل العقد هو الحل الغالب في حالات الأحداث الاستثنائية الطارئة عوضاً عن إلغائه، فيتخذ تعديل العقد في حالات الأحداث الطارئة صوراً متعددة، فهو قد يحصل عن طريق وقف تنفيذ العقد مؤقتاً أو منح المتعاقد المرهق مهلة لهذا التنفيذ، أو تعديل مقدار الالتزام الذي اعتراه الخلل، أو رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[3].

لقد جرى العرف في التعامل التجاري الدولي على وضع شروط في عقود الاستثمار بحيث تسمح بإعادة النظر في مقومات العقد والتفاوض فيه عند ظهور مؤشرات تحدث خللاً في الالتزامات المتبادلة بين الطرفين[4].

ولكن هذه الشروط تبقى دون فائدة إذا لم تحدد فيها النتيجة التي ترغب الأطراف بالوصول إليها، فيجب ألا تهدف فقط إلى إعادة التفاوض أو مراجعة العقد، وإنما يجب أن تتعداها إلى إعادة التوازن الاقتصادي على ضوء الظروف الجديدة الحاصلة[5].

فيعرف شرط إعادة التفاوض بأنه ذلك الشرط الذي يدرجه الأطراف في عقد الاستثمار ويتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم عندما تقع أحداث من طبيعة معينة يحددها الأطراف في العقد، سواء في نفس الشرط الوارد في العقد أو في اتفاق منفصل وتكون هذه

[1] د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار، بحث منشور، كلية الحقوق جامعة المنصورة، ص 11
[2] د. إدوارد عيد، موسوعة أصول المحاكمات المدنية، الجزء 12 ، ص 164.
[3] د. لما كوجان ، مرجع سابق، ص 86.
[4] د. مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 125.
[5] د. لما كوجان ، مرجع سابق، ص 88

الأحداث مستقلة عن إرادتهم وتوقعاتهم عند إبرام العقد ويكون من طبيعتها الإخلال بتوازن العقد وإصابة أحد المتعاقدين بضرر ما وقع[1].

أو هو الشرط الذي يتعهد بمقتضاه الطرفان بتعديل العقد الذي يربطهما إذا حدث تغير في الشروط الأساسية التي تعهدا بموجبها وأدت لتغير توازن العقد وإصابة أحد المتعاقدين بضرر فادح[2].

ويتصف شرط إعادة التفاوض بأنه شرط اتفاقي – محض – لأن مضمونه يتوقف على ما اتفقت عليه الأطراف في عقدها ، فيجب أن تحدد الأطراف الأحداث التي تستوجب تطبيق هذا الشرط وتحديد المقصود باختلال التوازن التعاقدي الذي يحدثه التغير، كما ويتميز أيضاً بأن مضمونه ليس واحداً في كل العقود بل تختلف صورته من عقد إلى آخر، ومن حالة إلى أخرى وفق إرادة الأطراف ففي عقد قد يواجه الظروف الاقتصادية بينما قد يواجه في عقد آخر ظرفاً غير اقتصادي كما لو كانت سياسية أو مالية أو قانونية. وقد تكون هذه الأحداث بصفة عامة خارجة عن إرادة الأطراف وغير متوقعة منهم وقت إبرام العقد، وتتولى المحكمة أو هيئة التحكيم الفصل في هذه المسألة باعتبارها قانونية ناشئة عن العقد[3].

وهنالك جزاء تفرضه القواعد العامة في حق المتعاقد الآخر بالتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، والدفع بعدم التنفيذ هو امتناع صاحب مشروع عن عدم التنفيذ بشكل مؤقت لحين تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه[4].

وقد ذهب الدكتور عبد الرزاق السنهوري إلى القول بأن الفكرة التي يبنى عليها الدفع بعدم التنفيذ هي عين الفكرة التي يبنى عليها فسخ العقد[5].

وعليه فإن إعادة التفاوض أصبحت في عقود الاستثمارات الأجنبية من الضرورات التي تستلزمها المتغيرات والظروف، وبالرغم من ذلك فما زالت مشكلة مراجعة عقود الاستثمار

[1] د. غسان علي علي، مرجع سابق، ص 187.
[2] د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص مكتبة النصر، جامعة القاهرة، 1992، ص 103.
[3] غسان علي علي، مرجع سابق، ص 188.
[4] د. محسن عبد الحميد إبراهيم،النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام الجزء الأول، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء بالمنصورة،1997 ، بند 261، ص 457.
[5] د. عبد القادر الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1006.

الأجنبية وإعادة التفاوض بشأنها تمثل جانباً كبيراً من المنازعات التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للمستثمر[1].

الفرع الثاني: المنازعات الناتجة عن الإجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار

قد تقوم الدولة أحياناً بإحداث تغييرات في قوانينها أو تشريعاتها بهدف التجاوب مع التطورات العالمية، مما يؤدي إلى التأثير في السلطة التي تتمتع بها هي أو أجهزتها لجهة لجوئها للتحكيم، أو قد تؤدي إلى تعديل القواعد القانونية التي تحكم تسوية نزاعاتها[2].

فالعقود الاستثمارية الناشئة بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي من شأنها أن تؤثر في حقوق هذا الأخير وتجعه في محل شك و ريبة حول التزاماتهم تجاه الدولة الجالبة للاستثمار، ومن المعلوم أن إنهاء عقود الاستثمار من طرف الدولة المضيفة بوجه انفرادي وكذا الاستيلاء على المشروع الاستثماري دون تعويض وطرد المستثمر الأجنبي من أراضيها، يعتبر من التصرفات السلبية التي تقوم بها الدولة والتي تعود بالضرر عليها و خاصة الجانب الاستثماري.

كما يعتبر عدم الثبات التشريعي لقوانين الدولة الجالبة للاستثمارات على أراضيها جافزا لزيادة مخاوف المستثمرين والذي يساعد في زعزعة استقرار المناخ الاستثماري، هذا الأمر جعل بعض الدول ترضخ لرغبات المستثمرين في تضمين عقود الاستثمار شرطاً خاصاً يعرف بشرط الثبات التشريعي (Stabilization)، ويعني تجميد الوضع التشريعي للدولة تجاه العقد، أو بمعنى آخر جعل العقد بمنأى عن أي تغييرات قانونية أو إدارية تصدرها الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية[3].

ولا يقتصر الأمر على إحداث تغييرات تشريعية، وإنما قد يتعداه إلى قيام الدولة بما تملك من سلطة في العقد وبما تتمتع به من سلطة بالقيام ببعض الأعمال أو الإجراءات التي قد تؤدي إلى إبطال أو إلغاء أو فسخ عقد الاستثمار الذي يتضمن شرط التحكيم، أو يحيل إلى اتفاق التحكيم الذي ينظم أسلوب فض منازعاتهم[4].

[1] د.خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 125.
[2] د. لما أحمد كوجان ، مرجع سابق، ص 91.
[3] د. غسان علي علي ، مرجع سابق، من ص 73 وما بعدها.
[4] د.خالد كمال عكاشة، ،مرجع سابق،ص 127

وعلى ضوء ما تقدم يمكن القول بأن هناك نوعين من الإجراءات الانفرادية التي تقوم بها الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية وينشأ عنها نزاع، فالنوع الأول: النزاع الناشئ نتيجة تغيير تشريعي قامت به الدولة المضيفة، والنوع الثاني: هو النزاع الناشئ نتيجة استيلاء الدولة المضيفة على الاستثمارات الأجنبية بإجراء انفرادي.

أولا : النزاع الناشئ نتيجة التغيير التشريعي الذي قامت به الدولة المضيفة

تنعكس التطورات العالمية على مستوى الاقتصاد والسياسة على جميع الدول نتيجة للتفاعل العام بين هذه الدول، فدون شك أن الضمانات الأجنبية والمناخ السياسي الملائم لجذب الاستثمار الذي يؤثر أي تغيير طارئ به في عقد الاستثمار، هو من الأمور المهمة والداعمة لسياسات الدول الاقتصادية، إلا أن الأمر لا يقتصر على توفير مناخ سياسي واجتماعي واقتصادي لينجح الاستثمار، وإنما الأهم من ذلك توفير النظم القانونية التي يبحث عنها المستثمر بهدف تسهيل استثماره، سواء على صعيد التشريعات الضريبية أو الجمارك أو التشريعات المتعلقة بالاستثمار والتي يوليها المستثمر عناية خاصة في دراساته المتعلقة بالاستثمار في هذا البلد، حيث يستخلص من دراسته لهذه النظم والتشريعات الحدود التي يعمل في إطارها، والحوافز التي يتمتع بها، ومدى مرونة نظام فض المنازعات وغيرها مما قد يؤثر على نتائج أعماله[1].

فيعد التشريع هو الوسيلة التي ترسم بها الدولة سياستها الاقتصادية بصفة عامة وسياستها الاستثمارية بصفة خاصة، فإذا كانت تلك الوسيلة عرضة للتغيير بتغيير الحكومة مثلاً ،فلا يقدم المستثمر على تنفيذ التزاماته بمناسبة العقد الاستثماري الذي أبرمه مع الدولة المضيفة، فقلما يتجه المستثمر إلى دولة لا يكون على دراية بأوضاعها الاقتصادية، أو كانت تشريعاتها الناظمة للاستثمار غامضة وغير مستقرة.

ومما لا شك فيه أن مثل هذه التغييرات التشريعية تزيد من مخاوف المستثمرين الأجانب في تعاملهم مع الدولة المضيفة للاستثمار، وتساهم في زعزعة الاستقرار المنشود لمناخ الاستثمار بصفة عامة، مما دفع ببعض الدول للاستجابة لرغبات المستثمرين الأجانب في

[1] د قيس جواد الغزاوي الضمانات السياسية الاقتصادية والأجنبية للاستثمار عربياً واوروبياً، آفاق وضمانات الاستثمارات العربية الأوروبية، أعمال المؤتمر الدولي التاسع الذي نظمه مركز الدراسات العربي الأوروبي في بيروت - 15/2/2001، الطبعة الأولى، تموز 2001، من ص 13 الى 53.

تضمين عقود الاستثمار شرطاً خاصاً بالثبات التشريعي مفاده خضوع تلك العقود لقانون الدولة المضيفة للاستثمار والساري لحظة إبرامها[1].

والهدف الأول من إعمال هذه الشروط هو تجميد الدور التشريعي للدولة الطرف في العقد من تغيير القواعد القانونية النافذة وقت إبرام هذا العقد، وعدم إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها بشكل يؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي التعاقدي وإلحاق الضرر بالمستثمر الأجنبي المتعاقد معها[2].

وفي هذا الاطار سنتطرق إلى عنصرين بمزيد من التفصيل أولهما: مدى حق الدول في تعديل تشريعاتها الاستثمارية، والعنصر الثاني: مفهوم شرط الثبات التشريعي.

1- مدى حق الدول بتعديل تشريعاتها الاستثمارية

يقصد ابتداء بتشريعات الاستثمار: بأنها مجموعة القوانين واللوائح والتعليمات التي تنظم النشاط الاستثماري في الدولة خلال فترة معينة وتعتبر هذه التشريعات جزءاً من الاقتصاد الدولي وهو تشريع ذو صبغة خاصة يختلف عن تشريعات القانون العام الأخرى فهو يمنح ضمانات قانونية غير عادية كما أنه يقرر مزايا اقتصادية وضرائب تتجاوز حدود القانون العام كما أنه ينشئ أجهزة للإشراف على تنفيذه بشكل يحقق الغرض منه[3].

وبعد إلقاء الضوء على المقصود بالتشريعات الاستثمارية نود معرفة ما مدى حق الدولة المضيفة في تعديل تشريعاتها الاستثمارية.

من المسلم به أن من مظاهر سيادة الدولة على المستوى الداخلي حقها في التشريع وسن القوانين واللوائح التي تراها محققة لمصلحتها والمنظمة للعلاقات بين أفراد المجتمع، وكذلك بينهم وبين الهيئات العامة، وكذلك بين الدولة وبين الأطراف الأجنبية بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة، وكذلك من حق الدولة أن تجري التعديلات والتغييرات على هذه القوانين إذا رأت أن هذه التعديلات والتغييرات تهدف إلى الصالح العام[4].

وعليه فإن الدولة تستطيع أن تلغي أو تعدل تشريعاتها الداخلية دون اية مسؤولية دولية عليها، طالما أنها لم تخالف أحكام القانون الدولي، ولا يغير من ذلك أن يكون التشريع قد صدر

[1] د غسان علي علي ، مرجع سابق، ص 123.
[2] د.خالد كمال عكاشة، مرجع سابق،ص 128.
[3] د. غسان علي علي، مرجع سابق، ص 124.
[4] د. طه أحمد علي قاسم، مرجع سابق، ص 131

مخاطباً الأجانب، وذلك لأنه حتى لو سلمنا بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام الدولي في بعض الحدود، فإن هذه الإرادة يجب أن يعبر عنها في مواجهة أشخاص القانون الدولي الآخرين بقصد تكوين التزام وليس في تشريع الاستثمار داخل شيء من ذلك، لأن هذا القانون يصدر لمخاطبة أشخاص القانون الداخلي، ويفترض فيه أنه عرضة للتعديل والإلغاء[1].

وعلى هذا الأساس فإن المزايا والإعفاءات والضمانات المقررة في تشريع الاستثمار الداخلي لا تشكل في ذاتها التزاماً دولياً على عاتق الدولة التي أصدرت التشريع وبالتالي يجوز للدولة إلغاء أو تعديل ذلك التشريع في أي وقت تشاء دون أية مسؤولية دولية[2].

وتجدر الإشارة إلى أن مشكلة التغييرات والتعديلات التشريعية لا تبدو واضحة إلا في حالة ما إذا كان قانون الدولة التي أجرت على هذه التغييرات والتعديلات، وهي في الغالب الدولة الطرف في النزاع هو القانون واجب التطبيق ففي هذه الحالة يصعب على المحكم أن يتغافل عن مثل هذه التغيرات التشريعية[3].

ومما لا شك فيه أن مثل هذه التغيرات تزيد من مخاوف المستثمر في تعامله مع الدولة المضيفة، وتسهم في زعزعة الاستقرار المنشود لمناخ الاستثمار بصفة عامة، مما يدفع ببعض الدول إلى الاستجابة لرغبات المستثمرين في تضمين اتفاقيات الاستثمار شروط الثبات التشريعي وعدم المساس، إلا أن غالبية الفقه لا يشعر بالتفاؤل إزاء هذه الشروط التي توافق الدولة على تضمينها في عقود الاستثمار إذ إنها لا تقف حائلاً دون استخدام هذه الدولة لسلطتها السيادية و إقدامها على تغيرات تشريعية تؤثر على حياة الاتفاقية وما تحويه من ضمانات إذا ما رأت الدولة أن ذلك يحقق مصالحها القومية[4].

2-مفهوم شرط الثبات التشريعي

يقصد بشرط الثبات، ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الطرف الأجنبي فشرط الثبات يهدف إلى تجميد القواعد التشريعية في الدولة المضيفة في علاقاتها بالطرف الأجنبي المتعاقد معها على الحالة التي كانت عليها في تاريخ إبرام العقد، بهدف حماية الطرف الأجنبي ضد المخاطر

[1] د.خالد كمال عكاشة، مرجع سابق،ص 130.
[2] إبراهيم شحاتة معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر، دار النهضة العربية القاهرة، 1973، ص 120.
[3] د. طه أحمد قاسم، مرجع سابق، ص 131 وما بعدها.
[4] د. عصام الدين القصبي، مرجع سابق، ص 161.

التشريعية التي تتمثل في سلطة الدولة في تعديل اقتصاديات العقد، وذلك من خلال تغيير تشريعاتها حسب التطبيق سواء بوصفه القانون الذي يحكم العقد أو بوصفه من القواعد ذات التطبيق الضروري[1].

وتعد هذه المحاولة من جانب الطرف الضعيف هي محاولة لعزل القانون الوطني للدولة المضيفة عن العقد الذي يجب أن يحكمه، وذلك بتجميده زمنياً بحيث لا يسري على العقد إلا القانون بحالته التي كان عليها وقت إبرام ذلك العقد مع استبعاد كافة التعديلات التي يمكن أن تطرأ عليه في المستقبل، هذا التجميد الزمني يؤدي إلى جعل العقد بغير قانون في حال حدوث هذه التغييرات التشريعية وتحرره من سلطان القانون واجب التطبيق عليه وصيرورته طليقاً[2].

وهذا الثبات التشريعي الذي يطمح إليه المستثمر لا نجده فقط في عقده مع الدولة، وإنما ممكن أن نجده في قوانين بعض الدول مثل قانون الاستثمارات الجزائري رقم 22-18 تم تكريس مبدأ الثبات التشريعي، ويظهر ذلك من خلال المادة 13 منه، والتي تنص على: «لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون التي قد تطرأ مستقبلا، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة»، ويظهر ذلك أيضا من خلال الفقرة الأولى من المادة 38 من نفس القانون، التي تنص على: «يحتفظ المستثمر بالحقوق والمزايا المكتسبة بطريقة قانونية بموجب التشريعات السابقة لهذا القانون»[3].

وبناء عليه، لا تطبق التعديلات والقوانين الجديدة المتعلقة بالاستثمار على الاستثمارات المنجزة في ظل القوانين السابقة، حيث يبقى عقد الاستثمار خاضعا للقانون الذي أنشئ في إطاره[4].

كما أنّ المشرع الجزائري قد خير المستثمر الأجنبي في حال صدور تعديل أو قانون جديد متعلق بالاستثمار بين أن يبقي القانون الذي صدر وقت تحرير العقد الاستثماري أو اختيار القانون الجديد وهو ما يعرف بالتدعيم التشريعي. وكذلك قانون الاستثمارات التونسي في

[1] د. سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول القاهرة، دار النهضة العربية، 2000، ص 111.
[2] د. أحمد عبد الكريم سلامه، قانون العقد الدولي القاهرة، دار النهضة العربية 2001، ص 305
[3] المادتين 13 و01/38 من القانون رقم 18-22 مؤرخ في 24 يوليو سنة ،2022 يتعلق بالاستثمار، ج ر، العدد ،50 بتاريخ 28 يوليو سنة .2022
[4] حيرش نور الدين/ يحياوي سعاد، "موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي"، المجلة الجزائرية للأمن الإنساني، جامعة معسكر، العدد 01 (المجلد 06)، 01-01-2021، ص 559.

المادة (2) منه والتي تنص على أنه (أي تـعديل على القـانون الحـالي لا يسلب الاستثمـارات المصدق عليها سابقا المزايا المؤقتة لها)[1].

ثانيا: النزاع الناشئ نتيجة استيلاء الدولة المضيفة على الاستثمارات الأجنبية بإجراء انفرادي

إذا كان العامل الأساسي في انتقال رؤوس الأموال من بلد إلى آخر هو البحث عن العائد الاقتصادي المجزي أي الربح، فإن المستثمر الأجنبي يهمه في المقام الأول المحافظة على رأسماله قبل الاهتمام بنسبة العائد، فضلا عن الاحتفاظ لنفسه بالفرص المختلفة لاستثمار هذا المال بين مختلف الدول وفي قطاعاتها الإنتاجية والخدمية المختلفة، وهنا يظهر عنصر الأمان باعتباره المحك الأول والأخير في الاستثمارات الأجنبية، ذلك أن الاستثمارات الأجنبية على عكس الاستثمارات الوطنية تتعرض لمخاطر مختلفة بسبب تغير الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ولعل أهم هذه المخاطر هو استيلاء الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية على المشروع الاستثماري المملوك للمستثمر الأجنبي الكائن في إقليمها و ما يترتب على ذلك من حرمان المستثمر الأجنبي من حقوقه أو سلطاته الجوهرية على مشروعه أو طرده من أراضيها بحيث لا يعتبر أمامه سوى المطالبة بالتعويض السريع والعادل[2].

وإذا كان استيلاء الدولة على أموال الأجانب الموجودة على إقليمها مشروطاً بشروط معينة في ظل قواعد القانون الدولي، إلا أن درجة احتمال حدوثه تدخل ضمن الاعتبارات الرئيسة المكونة للمناخ الاستثماري لأية دولة، والتي يأخذها المستثمر الأجنبي في الاعتبار عندما يتخذ قراره بالاستثمار في دولة ما[3].

ولمزيد من الشرح سوف نقوم بتسليط الضوء حول الإجراءات الانفرادية على ممتلكات المستثمر من قبل الدولة المضيفة على النحو التالي:

1: التعريف بممتلكات المستثمر الأجنبي.

2: طرق استيلاء الدولة المضيفة على ممتلكات المستثمر الأجنبي وشروطه

3: موقف المشرع الجزائري من الاستيلاء على ممتلكات المستثمر الاجنبي

[1] د. لما كوجان، مرجع سابق، ص 94 وما بعدها.
[2] د.خالد كمال عكاشة، مرجع سابق،ص ص 135-136 .
[3] د غسان علي علي ، مرجع سابق، ص 75

1- التعريف بممتلكات المستثمر الأجنبي

قبل أن نحدد المقصود باصطلاح الممتلكات العائدة للمستثمر الأجنبي نود أن نبين ما هو المقصود بالمستثمر الأجنبي.

فيمكن أن نعرف المستثمر الأجنبي بأنه ذلك الشخص الأجنبي (الطبيعي أو اعتباري) الذي يوظف أمواله أو خبرته في مشروع اقتصادي بقصد الحصول على عوائد مجزية، وفقاً لقانون الدولة المضيفة له[1].

وفي الواقع أنه ليس من السهل تحديد المعنى المقصود باصطلاح ممتلكات المستثمر الأجنبي، فالقانون الدولي لم يتضمن تعريفاً محدداً للممتلكات، لذا فقد طالب البعض بالرجوع إلى القانون الداخلي من أجل تحديد مفهوم الممتلكات بينما رفض البعض الآخر اللجوء إلى القانون الداخلي لتعريف الممتلكات، أما البعض الآخر فقد لجأ إلى مصادر القانون الداخلي والمبادئ العامة للقانون لتحديد مفهوم الممتلكات، أما في سوابق التحكيم فقد عرف المحكم المحمصاني في دعوى ليماكو ضد ليبيا الملكية بأنها (الحق في استعمال واستغلال الشيء المملوك أما إذا كان الشيء المملوك عقاراً فإن حق الملكية يشمل الحيز الذي فوق وما تحت باطن الأرض)[2].

2- طرق استيلاء الدولة المضيفة على ممتلكات المستثمر الأجنبي وشروطه

قد تتعدد الأساليب التي تتبعها الدولة في الاستيلاء على المصالح المالية الأجنبية الموجودة على إقليمها، إلا أنها تتشابه جميعها في كونها إجراءات تتم بالإرادة المنفردة للدولة وتهدف إلى حرمان المستثمر الأجنبي من الفوائد المالية التي تعود عليه من أمواله سواء بطريق مباشر أو غير مباشر[3].

وتستولي الدولة المضيفة على ممتلكات المستثمر الأجنبي، بثلاث طرق وهي نزع الملكية للمنفعة العامة والمصادرة والتأميم ، وسنقوم بتفصيلها كل على حدى.

---

[1] د. غسان علي علي،مرجع سابق، ص 79 وما بعدها.

[2] د.خالد كمال عكاشة، مرجع سابق،ص 137 .

[3] د. عصام الدين بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة الآخذة في النمو، القاهرة، دار النهضة العربية، 1972، ص 243 وما بعدها.

أ- نزع الملكية:

هو تملك الدولة لأموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة لدواعي الصالح العام بموجب قرار إداري يصدر عن الجهة المختصة[1].

ويميز الفقه الدولي بين نوعين من نزع الملكية للمنفعة العامة، الأول: هو نزع الملكية الفردي Individual Expropriation، والثاني : هو نزع الملكية العام Central Expropriation، ويقصد بالنوع الأول الإجراءات التي تتخذها الدولة في مواجهة فرد أو عدد محدود من الأفراد، بحيث لا تشمل هذه الإجراءات باقي أفراد المجتمع، أما النوع الثاني فيقصد به غالباً إجراء تغييرات اقتصادية أو اجتماعية في هيكل المجتمع، وبالتالي فان هذا النوع يتشابه كثيراً مع التأميم بل ويشترك معه في نفس الأحكام[2].

وتبدو أهمية التفرقة بين هذين النوعين من نزع الملكية عند تقدير التعويض، وعليه يمكن القول بأن فقه الدولة أخذ بمفهوم واسع لتعبير الملكية بحيث يشمل كافة صور المساس بالحقوق المكتسبة للمستثمر الأجنبي، سواء أكانت الإجراءات التي تلجأ إليها الدولة المضيفة في صورة ضرائب أم بيع جبري أم الحد من سيطرة المستثمر على ممتلكاته أم حرمانه منها، أو التصرف فيها أو منعه من إنشاء المشروع أو تشغيله[3].

ب-المصادرة:

هي إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة وتستولي بمقتضاه على ملكية كل أو بعض الأموال أو الحقوق المالية لأحد الأشخاص دون مقابل[4]، وقد تكون مصادرة إدارية أو مصادرة قضائية، وفي كل الاحوال تستند إلى النص القانوني الذي يضبطها ويخولها للسلطة القضائية أو السلطة التنفيذية.

ولعل أهم ما يميز المصادرة عن نزع الملكية هو انتفاء عنصر التعويض من ناحية وورودها على المنقولات من ناحية أخرى، فهي تعد من إجراءات السيادة التي تتسم بطابعها

[1] د. عبد الباقي نعمة، نزع الملكية امتياز مقرر للإدارة دراسة مقارنة مجلة العلوم القانونية والسياسية، مجلد 2 ،ع1، 1978، ص 172.

[2] Lin (LL) and Allison (J.R) An Analysis of Expropriation and Nationalization Risk in Chi, Vol 19, 1994, P. 139.

[3] د. عكاشة محمد عبد العال الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الاجنبية، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الاستثمارات العربية الأوروبية في بيروت من 13 إلى 15/2/2001 ،منشور ضمن مؤلف بعنوان :آفاق و ضمانات الاستثمارات العربية الأوروبية،إعداد مركز الدراسات العربي - الأوروبي،الطبعة الأولى،2001، ص 7.

[4] د. هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول العربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2002، ص 19

الإقليمي البحت، ويتضح من ذلك أن المصادرة عقوبة جنائية تستولي بمقتضاها الدولة على كل أو بعض الأموال المملوكة لبعض الأشخاص دون أداء تعويض[1].

ج- التأميم:

يقصد بالتأميم الإجراء الذي يراد به نقل مشروع أو مجموعة من المشروعات الخاصة من ملكية الأفراد أو الشركات إلى ملكية الأمة ممثلة في الدولة بقصد تحقيق مصالح الجماعة[2].

ومعنى ذلك أن التأميم يدور حول محور واحد وهو نقل الملكية الخاصة إلى الملكية العامة بواسطة قرار يصدر عن السلطات العامة المختصة، لذا يفترض التأميم توافر ثلاثة عناصر:

1-من حيث الشكل: فيجب أن يتسم بقرار من السلطة العامة (التنفيذية أو التشريعية) لذا لا يتصور صدوره عن السلطة القضائية.

2- من حيث الموضوع: يرد التأميم على أموال خاصة (عقارية أو منقولة) لذلك لا يتصور أن يتعلق بأموال داخلة في الملكية العامة للدولة التي تقوم بالتأميم.

3- من حيث الغاية: يرمي التأميم إلى تحويل الملكية الخاصة إلى الملكية العامة، وذلك بوضع الأموال تحت سيطرة الدولة إما بصوره كلية (تأميم كلي)، أو بصورة جزئية (تأميم جزئي)، وفي هذه الحالة تسيطر الدولة عادة على أغلبية الأموال المؤممنة[3].

وهكذا أصبح التأميم حقاً مقرراً ومعترفاً به لكل دولة تترخص فيه حسب ظروفها ومصالحها الاقتصادية، فنصت عليه العديد من القوانين والدساتير[4].

وعليه يمكن القول بأن الفقه الدولي قد استقر على أن للدولة الحق في الاستيلاء على ممتلكات المستثمر الأجنبي الموجودة على إقليمها، إعمالاً لسيادتها الإقليمية، إلا أن ممارسة هذا الحق مقيدة بشروط، وهي أن يكون الاستيلاء قد تم من أجل تحقيق مصلحة عامة وليس بغرض الانتقام من المستثمر الأجنبي وألا يكون هنالك تفرقة بين المستثمرين الأجانب أو بين

[1] د.غسان علي علي، مرجع سابق، ص ص 90-91.
[2] د. رمضان صديق محمد، الضمانات القانونية والحوافز الضريبية لتشجيع الاستثمار، دراسة مقارنة بين القانون رقم 8 لسنة 1997 والقانون رقم 23 لسنة 1989 على ضوء آراء أحكام الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، 1998،ص153.
[3] د. أحمد أبو الوفاء الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية القاهرة، 2002، ص 606.
[4] من هذه القوانين قانون الاستثمار المصري رقم 8 لسنة 1997 من المادتين (8 ،9) وقانون الاستثمار الكويتي لسنة 2000 في المادة (8) والدستور الأردني لسنة 1952 من المادة (12) منه.

المواطنين وأن يكون هنالك تعويضاً كافياً ليستطيع أن يبدأ المستثمر الأجنبي مشروعاً جديداً في مكان آخر[1].

3-موقف المشرع الجزائري من الاستيلاء على ممتلكات المستثمر الاجنبي

ومن جهة المشرع الجزائري فقد أظهر للمستثمر الأجنبي حسن النية والتعاون في حمايته من مخاطر استيلاء الدولة على ملكية استثماره وذلك من خلال نص المادة 10 من قانون 22/18:" زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية لا يمكن ان تكون الاستثمارات المنجزة موضوع الاستلاء الا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به يترتب على هذا الاستلاء ونزع الملكية تعويض عادل منصف"[2].

وعليه فالمشرع الجزائري قد ضمن للمستثمر عدم حصول اي اجراء لنزع الملكية الا في إطار ما نص به التشريع المعمول به وهو القانون 91/11 المتعلق بنزع الملكية من اجل المنفعة العمومية ومختلف النصوص التنظيمية باعتباره القانون الذي يحدد الحالات التي يجب فيها نزع الملكية الشروط التي يجب ان تتوفر تحت طائلة البطلان وهو ما يشجع المستثمرين على الاستثمار في الجزائر وهي كذلك تسمى بالمخاطر الغير تجارية.

[1] د غسان علي علي الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم، مرجع سابق، ص 99.
[2] المادة 10 من القانون رقم 18/22، مصدر سابق،ص 6.

المبحث الثاني : مبررات اللجوء للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار

يلعب التحكيم دوراً هاماً في حسم المنازعات التي يمكن أن تثيرها عقود الاستثمار إلى درجة أن البعض يعتبره أمراً حتمياً بشأن هذه الطائفة من العقود، وأنه أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال[1].

وقد اتخذت مبادرات عديدة على المستويات الوطنية والدولية لدعم كفاءة التحكيم والترغيب فيه كوسيلة لتسوية منازعات التجارة والاستثمار ذات الطابع الدولي[2].

مما جعل المتعاملين في إطار العلاقات الدولية يفضلون التحكيم على قضاء الدولة[3].

فلجوء الأطراف المتعاقدة في عقود الاستثمار إلى التحكيم بصدد هذه العقود لا يستند إلى الأسباب السابق اللجوء إليها في نطاق التجارة الدولية فحسب، وإنما يقوم بصفة أساسية على أسباب أخرى ذاتية وخاصة بهذه العقود[4].

وهذا ناتج عن أسباب عديدة بعضها متعلق بمزايا التحكيم المتلائمة مع طبيعة منازعات الاستثمار، وبعضها الآخر المتعلق بمخاوف المستثمرين الأجانب من اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة للاستثمار، وبعضها يتعلق بكون التحكيم ضمانة إجرائية لكونه إحدى وسائل اجتذاب الاستثمار الأجنبي.

وفي معرض دراسة هذا المبحث سنتناوله بالدراسة على النحو التالي:

المطلب الأول: أهم مزايا التحكيم التي تتناسب مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار.

المطلب الثاني: تمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم كضمانة قضائية إجرائية لتشجيع الاستثمار

---

[1] عكاشة محمد عبد العال الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الاستثمارات العربية الأوروبية في بيروت من 13 الى 2001/02/15، منشور ضمن مؤلف بعنوان آفاق وضمانات الاستثمارات العربية الأوروبية، إعداد مركز الدراسات العربي - الأوروبي، مرجع سابق، ص 59.

[2] د. إبراهيم شحاتة، التحكيم في مجال التجارة الدولية والاستثمار الدولي مع اهتمام خاص بالتحكيم عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة مصر المعاصرة/السنة الثمانون،العددان417-418،يوليو،القاهرة،1989، ص 8.

[3] د. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،1966.

[4] د. طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 85 وما بعدها.

المطلب الأول: أهم مزايا التحكيم التي تتناسب مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار

تتميز عقود الاستثمار بطبيعة خاصة، سواء من حيث أطرافها أو محلها أو مدتها لتعلقها بمشاريع ضخمة تستغرق مبالغ الطائلة وسنوات عديدة لإنجازها، مما ينتج عنها نشوب منازعات بين أطرافه و الذي يمثل التحكيم فيه القضاء الطبيعي لفض هذه المنازعات، وذلك للمزايا التي يقدمها و المتمثلة في :

الفرع الأول: السرعة في الإجراءات

إن إجراءات التحكيم بسيطة حيث تقوم أطراف النزاع بتحديد تلك الإجراءات، وهو الأمر الذي يؤدي إلى سرعة إصدار قرار التحكيم[1].

تلك السرعة التي لا تتوافر عادة في النظم القضائية التقليدية المقيدة ببعض النصوص القانونية المعوقة للفصل السريع في النزاع، وهو ما يحتاجه الفصل في منازعات عقود الاستثمار، حيث تكون هناك استثمارات ومبالغ نقدية كبيرة مجمدة في انتظار صدور حكم القضاء ومن ثم تكون هناك خسارة محققة نتيجة تعطيل تلك المبالغ التي تنتظر التي تهم المالية النزاعات بشأنها، فالأطراف في عقود الاستثمار تفصل اللجوء إلى التحكيم لما يقدمه من عدالة سريعة، والعدالة السريعة التي يقدمها التحكيم ترجع إلى عاملين:

العامل الأول: وهو الزام المحكم بالفصل في المنازعة المعروضة عليه في زمن معين يحدده الأطراف كأصل عام، فقوانين التحكيم ولوائحه ومواثيقه عادة ما تحدد مدة يجب ألا يتجاوزها المحكم الإصدار قراره، بل وتسمح للأطراف بالتعديل في هذه المدة عند اتفاقهم على التحكيم فيفقد المحكم صفته بعد انتهائها[2].

العامل الثاني: فإنه يتعلق بأن التحكيم نظام للتقاضي في درجة واحدة فالحكم الصادر عن المحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي ولا يجوز الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن العادية، مع إمكانية رفع دعوى البطلان بشأنه للأسباب الواردة حصراً في القانون مع مراعاة أن الطعن بالبطلان لا يوقف تنفيذ حكم التحكيم كأصل عام[3].

---

[1] د ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994، ص 68.

[2] د. إبراهيم أحمد إبراهيم اختيار طريق التحكيم ومفهومه في إطار مركز حقوق عين شمس للتحكيم، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية العدد السابع، تموز يوليو 2001، ص 124.

[3] د. حفيظة السيد الحداد الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2004، ص18.

وبجانب سرعة إجراءات التحكيم مقارنة بالإجراءات القضائية المعتادة فإن اختيار المحكمين والمختصين في مجال الاستثمار يمنحهم تلك القدرة الكبيرة على فهمهم المشاكل المعروضة عليهم، وإيجاد أفضل الحلول لها، فالتحكيم هو الأقدر على تطبيق الأحكام الموضوعية، التي تحكم العلاقات المطروحة نظراً لطبيعتها الدولية[1].

الفرع الثاني : السرية في التحكيم

و من الأسباب التي تدفع بالأطراف لاختيار التحكيم كوسيلة لفض المنازعات مبعثه ما يتميز به من سرية، فجلسات التحكيم غير العلنية وعدم نشر الأحكام تعتبر من المميزات الكبرى للتحكيم، حيث تظل الأسرار المرتبطة بالعقد والمقترحات سرية، فالأطراف في عقود الاستثمار ترغب في عدم معرفة المنازعات الناشئة بينهم وأسبابها ودوافعها نظراً لما قد تؤدي إليه هذه المعرفة من المساس بمراكزهم المالية أو الاقتصادية[2]. فالأصل أن أحكام التحكيم لا يجوز نشرها إلا بموافقة المحتكمين والمحكمين[3].

الفرع الثالثً: التحكيم قضاء متخصص

فهو يكفل المعرفة والخبرة القانونية المتخصصة والفنية اللازمة لتسوية منازعات الاستثمار التي يتطلب فض منازعاتها معارف اقتصادية وفنية حديثة، وخبرة ملائمة مع توسع مجالات الاستثمار الأجنبي، حيث يكون المحكمون في الأغلب الأعم على أعلى مستوى من الكفاءة العلمية والقانونية للفصل في المنازعات المسندة إليهم فضلاً عن تمتعهم غالباً بالخبرة العلمية والعملية في المنازعات التي يتم اختيارهم للفصل فيها، ومما يمتازون به من الإحاطة بأعراف وعادات العقود محل النزاع[4].

إضافة إلى ذلك فإن منازعات التجارة الدولية، تتطلب الإلمام باللغات الأصلية التي بموجبها تتم المعاملات ولأنها تتعلق بخصائص تميزها عن هذه المنازعة أو تلك من أنواع المعاملات الدولية وما يتعلق بها من أعراف وعادات ومصطلحات هذه الأمور يجب أن تتوافر في من يتم اختياره كمحكم للفصل في المنازعات[5].

---

[1] د. هشام محمد أحمد خالد عقد ضمان الاستثمار والقانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق جامعة الإسكندرية، دون ناشر، 1986، ص 329

[2] د بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،دون ناشر،القاهرة،جامعة عين شمس،رسالة دكتوراه،2004، ص 351 .

[3] د. حسام الدين فتحي ناصف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية القاهرة 1999ص8.

[4] د بشار الأسعد، مرجع سابق، ص 352

[5] د. سامية راشد التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم،دار النهضة العربية،القاهرة،1984، ص 3 وما بعدها.

وتأسيساً على ما تقدم وباعتبار التحكيم قضاء متخصصاً بدلا عن التقاضي لما تقوم به الأطراف من اختيار هيئة التحكيم، فمن تتوافر لديهم الخبرة والكفاءة والدراية الخاصة في المجالات المتعلقة بالنزاع، ذلك الذي يؤدي إلى سرعة الفصل والبت في النزاع كما يؤدي الى الزيادة احتمالات التنفيذ الاختياري لحكم المحكمين وفض المنازعة على وجه السرعة[1].

الفرع الرابع: حرية الأطراف في ظل التحكيم

فمرونة التحكيم تسمح للمتنازعين بتشكيله على النحو المناسب لهم، لأنه ينفر من القوالب الجامدة، حيث لتلك الأطراف أولاً اختيار نوع التحكيم، فلهم أن يختاروا إما أن يكون التحكيم خاصاً أو تحكيماً مؤسسياً، كما يفسح التحكيم المجال أمام إرادة الأطراف في اختيار مكان انعقاد التحكيم وزمانه، والقانون الذي يطبقه المحكمون على اتفاق التحكيم وموضوع المنازعة محل التحكيم[2].

المطلب الثاني : تمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم كضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار

نظراً لأنه لا يوجد في كثير من الدول نظام خاص بمقاضاة الحكومات[3]. فضلاً على أن قضاء محاكم الدولة قد لا يقابل بالرضا التام من جانب المستثمر الأجنبي بسبب الصعوبات التي قد يواجهها في اللجوء إليه، ولعدم توقعه أن موقفها سيكون حيادياً بشكل كامل نحو هذا النزاع، لذلك يحرص المستثمر المتعاقد مع الدولة على إدراج شرط التحكيم في عقود الاستثمار أو مشارطة التحكيم خوفاً من استعمال الدولة لسيادتها عند نظر المنازعات في المحاكم، فضلاً عن عدم ثقته بعدالة محاكم الدولة المضيفة، وفضلاً عن أن موقفها لن يكون حيادياً تجاه النزاع، فالقضاء الوطني وإن كان مستقلاً عن الدولة ذاتها، إلا أنه قضاء غير محايد بالنسبة لمنازعات الاستثمار، أو تلك التي تكون الدولة طرفاً فيها مع متعاقد أجنبي، ويكون ذلك التعاقد ناشئاً عن عقد يتعلق بمصالح اقتصادية أو اجتماعية لها مساس بسيادة الدولة[4].

ومن أجل ذلك فإن المستثمر الأجنبي يرغب بعدم الخضوع لقضاء الدولة المضيفة وقوانينها، وذلك نتيجة لتدخل الدولة بنفوذها، أو التأثير في عدالة التحكيم الوطني أو القضاء

[1] فؤاد محمد محمد أبو طالب،التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار وفقا لاحكام القانون الدولي العام،دراسة مقارنة،دار الفكر الجامعي،رسالة ماجستير تخصص القانون الدولي العام،2010، ص 142.
[2] د. بشار أحمد الأسعد، مرجع سابق، ص 352.
[3] فؤاد محمد محمد أبو طالب، مرجع سابق، ص 142.
[4] د. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 353.

الوطني، بالإضافة إلى خوف المستثمر الأجنبي من قيام الدولة بإحداث تعديلات أو تغييرات فجائية، تؤثر على مصالحه.... الخ، لذلك تتجه إرادة المستثمر الأجنبي وحرصه على النص باللجوء للتحكيم في عقود الاستثمار[1].

الفرع الأول: شرط التحكيم

يقصد بشرط التحكيم ذلك الشرط الذي يرد ضمن العقد القائم بين الطرفين والذي يتم الاتفاق بمقتضاه قبل نشوء النزاع على اللّجوء إلى التحكيم لتسوية ما قد يثور بين الطرفين من نزاعات مستقبلا بشأن هذا العقد وتنفيذه[2].

كذلك عرف شرط التحكيم على أنه اتفاق بين طرفين على أن ما قد ينشأ بينهما من نزاع بشأن علاقة قانونية معينة بفصل فيه بواسطة التحكيم[3].

فهذا بذلك اتفاق يدرج في عقد ما يتعهد بمقتضاه طرفا العقد بأن يحيلا إلى التحكيم المنازعات التي قد تنشأ عن هذا العقد.

وبتعبير آخر تم التأكيد على أن هذا الشرط عبارة عن اتفاق التحكيم الذي يواجه نزاعات احتمالية غير قائمة بالفعل، وإنما يمكن أن تنشأ في المستقبل، وقد استمد هذا الاتفاق تسميته من أنه يأخذ في الواقع العملي صورة شرط من شروط العقد الأصلي توقعا لاحتمال قيام نزاع بشأن تنفيذه أو تفسيره[4]. وعرفه المشرع الجزائري في المادة 1007 عن قانون الإجراءات المدنية والإدارية شرط التحكيم على أنه:

«الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم».

بهذا فشرط التحكيم اتفاق تتجه بمقتضاه إرادة الأطراف إلى حل المنازعات التي قد تنشأ عن عقد ما عن طريق التحكيم وذلك سواء كان هذا الشرط في صورة بند من بنود العقد الأصلي أو في صورة منفصلة عن الوجود المادي لهذا العقد، فشرط التحكيم يمكن أن يكون في صورة بند من بنود العقد أي واردا في صلب العقد الأصلي نفسه، كما يمكن أن يكون في صورة

[1] فؤاد محمد محمد أبو طالب ، مرجع سابق، ص 143

[2] حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق ،ص 14.

[3] العرباوي نبيل صالح، "اتفاق التحكيم"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 25، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، جوان، 2016، ص 362.

[4] قبايلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشطن، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة مولود معمري،تيزي وزو،2012، ص 122.

اتفاق منفصل بذاته عن العقد موضوع التحكيم مادام أن الأطراف قد اتفقوا عليه قبل حدوث النزاع، ومتى ورد شرط التحكيم في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية أو عقد منفصل، فإن ذلك يقصد فيه تنازل المتعاقدين مسبقا وقبل نشوء النزاع عن مراجعة المحاكم وبالتزامها بعرض الخلاف على المحكمين.

يتأكد مما سبق أن شرط التحكيم شرط مدرج في العقد ويعد جزءا لا يتجزأ منه وأهم عناصره "تطابق الإرادات على حسم النزاع أيا كان نوعه مالي أو فني أو قانوني، مستقبلي ناشئ عن تطبيق العقد بطريق التحكيم. ويرد شرط التحكيم على أي نزاع قد يحدث بينهم في المستقبل بمناسبة تفسير العقد الذي تضمنه أو تنفيذه، فلا يرد على نزاع معين، كما أن بشر ط التحكيم قد يكون قائما بذاته، ومنفصلا عن العقد الأصلي المبرم بين أطرافه ولا يؤثر ذلك في وصفه بأنه شرطا للتحكيم ما دام الاتفاق عليه قد تم قبل نشوء النزاع بين الأطراف[1].

فالعبرة إذن بوقت اتفاق الأطراف على التحكيم فإذا تحقق ذلك قبل نشوء النزاع كنا بصدد شرط التحكيم ويستوي بعد ذلك أن يأتي في العقد نفسه أو مستقلا عنه، وفي هذا الصدد نشير إلى أن المشرع الجزائري قد عرف شرط التحكيم في المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارة بأنّه: «الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لغرض النزاعات التي تثار بشأن هذا العقد على التحكيم».

يستنتج من خلال هذا التعريف أنه لكي تكون أمام شرط التحكيم لابد من:

-أن يكون اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم سابقا على نشوء النزاع.

-أمّا أن يدرج شرط التحكيم في صلب العقد أو المعاملة الأصلية بين الأطراف ويكون شرطا ضمن باقي شروط العقد أو بندا من بنوده.

-يمكن أن يرد شرط التحكيم في اتفاق مستقل عن العقد أو المعاملة القانونية الأصلية.

وبخصوص مضمون شرط التحكيم، فيمكن أن يشمل تنظيم جوانب التحكيم من حيث تشكيل المحكمة واختيار هيئة التحكيم وتحديد موضوع النزاع والقانون الواجب التطبيق وحتى مكان انعقاد الجلسات والمواعيد وكيفية إصدار قرار التحكيم من النزاع كما قد يكون شرط

[1] شعران فاطمة، "اتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد الثاني، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي، أحمد بن يحي الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر، ديسمبر، 2016، ص 15.

التحكيم عاما أو خاصا، ويكون عاما في حالة ما إذا أحال إلى التحكيم كل النّزاعات المتعلقة بالتفسير أو تنفيذ العقد في حن أنه يكون خاصا إذا اقتصرت الإحالة للتحكيم على بعض المسائل أو موضوعات دون غيرها[1]. مع هذا، يمكن التأكيد على أنه غالبا ما يأتي شرط التحكيم بصيغة عامة ترد فيه الأمور الجوهرية دون المسال التفصيلية، كأن ينص على أن كل نزاع يترتب عن العقد سيسوي عن طريق التحكيم، فلا يستفاد من هذا الشرط سوى مجرد تراضي الأطراف على التحكيم كوسيلة لحل النزاع المحتم، لذلك ووفقا للرأي الراجع فقها، فلا يمكن تطبيق هذا النص إلا بإبرام اتفاق لاحقا له يحدد موضوع النزاع والمسائل الإجرائية الأخرى التي تمكن من وضع التحكيم موضع التطبيق[2].

في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق السابق على نشوء النزاع بين الأطراف، فإن إمكانية الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاع قائمة، ويتحقق ذلك عن طريق إبرام مشارطة التحكيم التي تكون بعد وقوع النزاع، وهو أمر جائز، كما حصل في قضية أرامكو (ARAMCO) مع الحكومة السعودية حيث أبرم الطرفان اتفاق التحكيم عام 1955م بالرغم من أن عقد البترول القائم بينهما منذ 1933 تضمن شرط التحكيم ضمن بنوده[3].

الفرع الثاني: مشارطة التحكيم

تتمثّل مشارطة التّحكيم في ذلك الاتفاق الذي يتم بين طرفين بعد قيام النزاع بينهما العرض هذا النزاع على التحكيم[4]. فالمميز لمشارطة التحكيم أنّها اتفاق يبرمه الأطراف للجوء إلى التحكيم بصدد نزاع قائم فعلا بينهم، ويتم بمقتضاه تحديد موضوع هذا النزاع وتعيين المحكمين أو المحكمة التحكيمية ومكان وإجراءات التحكيم والسلطات الممنوحة للمحكمين وحدودها وغيرها من المسائل الخاصة بمتطلبات التحكيم، وهو ما أكده للمشرع الجزائري في المادة 12-1/2 من ق.إ.م.إ.

وعرف المشرع الجزائري مشارطة التحكيم في المادة 1011 من ق.إ.م.إ على أنه:

«اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبله الأطراف لموجبه عرض نزاع سبق نشوئه على التحكيم».

[1] شعران فاطمة، مرجع سابق، ص 16.
[2] قبايلي طيب، مرجع سابق، ص 123.
[3] المرجع نفسه، نفس الصفحة.
[4] العرباوي نبيل صالح، مرجع سابق، ص 362.

ما يميز مشارطة التحكيم أنها تحرر في مستند مستقل عن العقد الأصلي حيث أنها تبرم بين الأطراف بعد نشوب النزاع.

تختلف بهذا مشارطة التحكيم، فإذا كان هذا الأخير يتم الاتفاق عليه قبل نشوء النزاع وغالبا ما يرد ضمن بنود العقد الأصلي، فإن المشارطة تعقد بعد نشوء النزاع بخصوص العقد المبرم بين الطرفين، ويتمّ الاتفاق عليها في إطار اتفاق لاحق ومستقل عن العقد الأصلي، وكذلك وخلافا لشرط التحكيم فإن دور المشارطة لا يقتصر على تقرير الأطراف مبدأ اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاع ولن تتضمن إضافة إلى ذلك تنظيما شاملا لجميع المسائل التفصيلية المرتبطة بالتحكيم بداية بتشكيل هيئته مرورا باختيار القواعد الإجرائية والموضوعية الواجبة التطبيق إلى غاية صدور الحكم التحكيمي[1].

تجدر الإشارة إلى أن مشارطة التحكيم قد تكون تنفيذا لشرط تحكيم سبق الاتفاق عليه في العقد الأصلي قبل أن ينشأ النزاع بشأنه، وفي هذه الحالة تؤدي مشارطة التحكيم وظيفة استكمال العناصر الضرورية لإعمال نظام التحكيم الذي سبق تقريره من قبل الأطراف، كما يمكن أن تعقد المشارطة لتقرير اللجوء إلى التحكيم دون أن يكون هناك شرط تحكيم متفق عليه سلفا في العقد الذي نشأ عنه[2]. وعليه يتم تحديد كلّ عناصره ضمنه.

ويمكن أن يأتي الاتفاق حسب الاتجاه الحديث من خلال الإحالة إلى عقد أو مستند يشتمل على شرط التحكيم وهو ما يعرف باسم شرط التحكيم بالإحالة ويمكن القول بأن شرط التحكيم بالإحالة من الصور الحديثة لاتفاق التحكيم وذلك أن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرطا صريحا للتحكيم فيقوم الأطراف بالإشارة إلى عقد آخر سابق أو إلى عقد نموذجي.

[1] قبايلي طيب، مرجع سابق، ص 123.
[2] المرجع نفسه، نفس الصفحة.

خلاصة الفصل الأول:

وملخص هذا الفصل يكمن في تحديد أسباب منازعات عقود الاستثمار الأجنبي وكذا مبررات اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي كآلية لتسوية هذه المنازعات، حيث أن الطبيعة القانونية لهذه العقود و ما يترتب عنها من حقوق و التزامات و شروط خاصة يتفق عليها الطرفين تطرح العديد من المنازعات نتيجة لأسباب عديدة و متنوعة قد تكون خارجة عن إرادتهما أو لخرقهما لالتزاماتهما أو لانتهاكهما لحقوقهما التعاقدية أو باتخاذ الدولة المضيفة لإجراءات انفرادية نابعة من سلطتها السيادية وتماشيا مع تغير الظروف السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية و التي كلها تؤدي إلى المساس بعقد الاستثمار الأجنبي وبتوازنه الاقتصادي مما يرتب المسؤولية. كما أن حق الدولة المضيفة في اتخاذ هذه الإجراءات مرتبط بحق آخر متمثل في حق الإشراف والرقابة على هذه الاستثمارات من جهة وبالتزامها بمساعدة المشروع الاستثماري الأجنبي و تقديم الحماية الكافية له من جهة أخرى، وأمام هذه الإشكالية قررت مختلف التشريعات الوطنية المقارنة وكذا الاتفاقيات الدولية توفير الحماية للمستثمر الأجنبي و لمشروعه الاستثماري من خلال وسائل خاصة بالحماية الموضوعية و أخرى بالحماية الإجرائية.

ومن الثابت أن العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، وإن ظهرت حسنة في بدايتها، إلا أنها سرعان ما تتبدل نتيجة لتعارض المصالح بين الطرفين، فتظهر منازعات الاستثمار ومما لا شك فيه أنها منازعات تتمتع بخصوصية ناجمة عن كون هذه العقود تبرم بين طرف عام يتمثل في الدولة أو إحدى المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها وطرف خاص أجنبي، ومن ثمة فإن المشكلة الأساسية التي تلازم هذه العقود تتمثل في كيفية التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقها والمصالح والأهداف التي ينشدها المستثمر الأجنبي.

كما يسعى محترفو التجارة الدولية إلى إدراج شرط أو مشارطة التحكيم في عقودهم، في وقت لم يعد قضاء الدولة هو الوحيد المعني بالفصل في منازعات العقود الدولية، حيث أصبح

التحكيم منافساً لهذا القضاء، فضلاً عن أن المتعاملين في مجال التجارة الدولية يرون أنه من الأفضل طرح منازعاتهم على أشخاص ذوي خبرة فنية خاصة وهم من المتخصصين في التجارة أو المهنة وملمين بطبيعتها ذات الطابع الفني والمثار بسببها النزاع، لأن ذلك يشعرهم بالأمان والطمأنينة ويضمن لهم تجنب مفاجآت القوانين الداخلية التي يجهلون مواضيعها وأحكامها[1].

[1] محمود محمد ياقوت، مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، دون ناشر 1998، ص 336 وما بعدها.

الفصل الثاني

اجراءات فض منازعات الاستثمار الأجنبي عن طريق التحكيم التجاري الدولي

يعد التحكيم من آليات تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي و الذي يمكن الاعتماد عليه من قبل أطراف العقد في فض المنازعات التي قد تنشأ بينهم كما تطرقنا اليه في الفصل الأول، كما يعد نظاما يمكنه الفصل في المنازعة بواسطة أفراد عاديين بعيدا عن قضاء الدولة، فالتحكيم في مفهومه هو عبارة عن قضاء خاص يقوم على مبدأ سلطان الإرادة، بعبارة أخرى أن الأطراف في العلاقة التعاقدية يتفقون فيما بينهم على اللجوء إليه و هذا من أجل تسوية الخلافات و النزاعات التي قد تحصل أو حصلت، الامر الذي يعد تخل من الخصوم عن حقهم في اللجوء إلى القضاء و اعتمادهم التحكيم كسبيل لحل الخلاف بينهم .

و عليه سنتطرق في هذا الفصل الى إجراءات التحكيم التجاري الدولي في فض منازعات الاستثمار الأجنبي على النحو التالي :

المبحث الأول: مرحلة ما قبل صدور الحكم التحكيمي

المبحث الثاني: مرحلة ما بعد صدور الحكم التحكيمي

المبحث الأول: مرحلة ما قبل صدور الحكم التحكيمي

تتخذ العملية التحكيمية في سيرها مرحلتين أساسيتين تبدأ الأولى بتحريك الدعوى من أطراف العقد بناء على الاتفاق على التحكيم، و الثانية تتضمن صدور الحكم التحكيمي و كذا تنفيذه و إمكانية الطعن فيه ، لذلك يجب على المحكم التحقق أولا من وجود اتفاق تحكيمي و أن يحدد إجراءات التحكيم لما تتمتع به من أهمية جد بالغة في إنجاح عملية التحكيم.

ومن هذا المنطلق سنخص بالدراسة في هذا المبحث المرحلة الأولى التي تتعلق بمرحلة ما قبل صدور الحكم كما يلي:

المطلب الأول: تحريك دعوى التحكيم

المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق على الخصومة التحكيمية

المطلب الأول : انعقاد الخصومة التحكيمية

سنتناول في هذا المطلب كيفية بدأ إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي، ثم تشكيل هيئة التحكيم كما يلي :

الفرع الأول: بدء إجراءات التحكيم

الفرع الثاني: تشكيل هيئة التحكيم

الفرع الأول: بدء إجراءات التحكيم

إن بدء إجراءات التحكيم يتطلب قيام المدعي فيها بإجراء يستهدف إعلان رغبته في انعقاد الخصومة التحكيمية إلى الخصم وهيئة التحكيم، وهذه الرغبة ما هي إلا تصرف إرادي ينشأ به التحكيم، وتعد بمثابة العجلة التي تحرك كافة إجراءات التحكيم حتى صدور الحكم، حيث تبدأ إجراءات التحكيم عادة بأن يوجه أحد الطرفين طلباً كتابياً إلى الطرف الآخر يحدد فيه موضوع النزاع الذي يرغب في عرضه على التحكيم ويدعوه إلى تحديد محكمه، ويقوم كل طرف بتسمية محكمه خلال فترة محددة، وبعد ذلك يقوم المحكمان بالاتفاق حول تحديد شخص المحكمة الثالث، وفي حالة تعذرهما فإنه تسري القواعد العامة الواردة في العقد الذي يعالج هذا

الأمر وبما أن هذا هو الوضع الشائع لبدء ممارسة التحكيم فإن التفصيلات الفرعية تختلف من عقد لآخر[1].

فمثلاً تقضي بعض العقود بأن تبدأ إجراءات التحكيم بطلب يقدمه المدعي إلى الطرف الآخر وإلى أمانة محكمة التحكيم الدائمة، فيقوم كل طرف بتعيين محكمة خلال الثلاثين يوماً من تاريخ بدء الإجراءات2.

وتنص بعض العقود على أن تبدأ إجراءات التحكيم بإعلان يرسله أحد الأطراف إلى الطرف الثاني، يبين فيه رغبته في إحالة النزاع للتحكيم ويسمي فيه محكمه، ثم يقوم الطرف الأخير بتسمية محكمه ويعلن ذلك إلى الطرف الأول خلال خمسة عشر يوماً من تلقيه إعلانه، وتتطلب بعض العقود لبدء الإجراءات أن يتضمن الإعلان مزيداً من التفصيلات حول المسائل المتنازع عليها والتي يرغب المدعى عرضها على التحكيم واسم وصفة وعنوان المحكم الذي اختاره وجنسيته وارتضائه القيام بالتحكيم. هذا وقد حرصت لوائح مراكز ومؤسسات التحكيم على تحديد وقت لبدء الإجراءات، فعلى سبيل المثال تبدأ إجراءات التحكيم وفقا لنظام تحكيم غرفة التجارة الدولية من تاريخ تلقي أمانة المحكمة طلب التحكيم، وكذلك الأمر بالنسبة لمؤسسة التحكيم الأمريكية AAA إذ تبدأ إجراءاته من تاريخ تلقي المؤسسة طلب التحكيم[3].

كما نصت الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قواعد (Uncitral) على أن إجراءات التحكيم تبدأ من تاريخ استلام المدعى عليه طلب التحكيم من المدعي، وكذلك الأمر بالنسبة للقانون النموذجي Model Law الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي حيث نصت المادة (21) منه بأن تبدأ إجراءات التحكيم في نزاع ما في اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلباً بإحالة النزاع إلى التحكيم ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك[4]

أما بالنسبة للتشريعات الوطنية المقارنة كذلك فقد اهتمت بالنص في تشريعاتها على تحديد الوقت لبدء الخصومة التحكيمية غير انها تباينت فيما بينها حول الوقت الذي تبتدأ فيه

[1] د.خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 251.
[2] فؤاد محمد محمد أبو طالب، ص 358 و ما بعدها.
[3] د.خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص ص 251-252.
[4] د. غسان علي علي ، مرجع سابق، ص 379.

إجراءات التحكيم إلا أنها كلها اتفقت على الرجوع إلى مبدأ سلطان الإرادة في حالة الاتفاق على ذلك ومن ذلك ما نص عليه قانون التحكيم التونسي رقم47 :لعام 1991 المتعلق بإصدار مجلة التحكيم1أما المشرع المغربي وبموجب قانون المسطرة المدنية المغربي لعام 1974 المعدل والمتمم بقانون 18-12الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، لم ينص على الوقت الذي تبتدأ فيه إجراءات التحكيم وترك ذلك لمبدأ سلطان الإرادة2.

أما بالنسبة لقانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 ، فهو لم يقم بتحديد موعد حتمي لبدء الإجراءات، وقد ترك ذلك لاتفاق الأطراف، أما في حالة غياب هذا الاتفاق فإن إجراءات التحكيم تبدأ من اليوم الذي يتسلم فيه المدعي عليه طلب [3] التحكيم لأنه يعتبر وقت اتصال الخصومة بعلم الخصم.

وبالنسبة لقانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 ، فقد نصت المادة (26) منه (تبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يكتمل فيه تشكيل هيئة التحكيم ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك)[4].

اما التشريعات الأوربية كالتشريع الفرنسي بموجب المادة 1436 من قانون الاجراءات المدنية لعام 2011 والاسباني بموجب المادة 22 من قانون التحكيم فنجدهما قد اتفقتا على أن بدأ إجراءات التحكيم يكون من موعد الذي يقوم فيه المحكمون بتبليغ الأطراف كتابة بقبول مهمتهم، وإن كان المشرع الفرنسي قد أجاز للأطراف أن يتفقوا على خلاف ذلك وفق مبدأ سلطان الإرادة[5]. في حين نجد المشرع الجزائري وبموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 جعل تطبيق الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية، ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك6.

[1] قانون التحكيم التونسي رقم 42 لعام 1993

[2] قانون الإجراءات المدنية المغربي لعام 1974المعدل والمتمم بالقانون 08-05 الخاص بالتحكيم.

[3] المادة 27 من قانون التحكيم المصري رقم 27،سنة 1994

[4] المادة 26 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001

[5] رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر،الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة،و دور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها،المركز القومي للاصدارات القانونية،القاهرة،مصر،الطبعة الأولى،2011،ص ص 328-329.

[6] القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل و المتمم،المؤرخ في 25 فيفري 2008،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية،العدد 21،23 افريل 2008.

ويعد التحديد الدقيق لتاريخ بداية إجراءات خصومة التحكيم ذات أهمية بالغة، إذ أنه يعني تحديد الوقت الذي رفعت فيه الدعوى أمام هيئة التحكيم، علما أن معظم القوانين تضع آجالا مختلفة مرتبطة بتاريخ بداية الخصومة، وأول هذه الآجال هي آجال تبليغ الطرف الآخر للمنازعة–كما أسلفنا الذكر–بطلب التحكيم الذي تقدم به الطرف الأول وادعاءاته، وكذا أجل الرد على هذه الادعاءات، كما يتم حساب عدة آجال كالتقادم وسريان الفوائد التأخيرية وآجال إصدار الحكم التحكيمي، مرورا بآجال تقديم الدفوع والمداولات والمرافعات وغيرها[1].

لم يضع المشرع الجزائري كيفية تحديد تاريخ بداية الإجراءات، لكنه تناوله بصفة عرضية من خلال نص المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت: «يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجال لإنهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة (04) أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم»[2].

كما أنه لم ينص المشرع الجزائري على طلب التحكيم لكنه أشار إليه في المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقد استعمل عبارة " ... إخطار محكمة التحكيم"، ما يدل على وجوب قيام الطرف المتضرر بإخطار هيئة التحكيم بالنزاع القائم، كما أنه لم يذكر أي بيانات يتعين أن يتضمنها هذا الإخطار، لكنه بالمقابل عند نصه على مشارطة التحكيم في نص المادة 1012فقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية عندما اشترط تضمين الاتفاق على بيانات معينة توضح من خلالها رغبة الأطراف في عرض النزاع على التحكيم، حيث بإبرامهم للمشارطة يكونون في الوقت نفسه يطلبون التحكيم[3]، مع العلم أن المشرع الجزائري قد ترك أمر ضبط الإجراءات أيضا للإرادة الحرة للأطراف من خلال نص المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[4].

[1] دحماني فريدة ، القوة الإلزامية للحكم التحكيمي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة اكلي محند اولحاج-البويرة، .2018، ص 47.
2 المادة 1018 من القانون رقم 08-09، مصدر سابق.
3 دحماني فريدة، القوة الإلزامية للحكم التحكيمي، مرجع سابق، ص 44.
4 المادة 1043 من القانون 08-09، مصدر سابق.

وعليه فإن تنظيم إجراءات التحكيم، تخضع لمبدأ حرية الأطراف التي تسود تحديد القواعد الحاكمة لتلك الإجراءات وهذا المبدأ محل إجماع في كل من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات ومراكز التحكيم بصفة خاصة في التحكيم التجاري الدولي، حيث يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، كما أن لها الحق في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في الداخل أو في الخارج، فإن لم يتم الاتفاق على ذلك فإنه يجوز لهيئة التحكيم اختيار الإجراءات التي تراها مناسبة، ومن المتفق عليه أن المبادئ الأساسية التي تحكم هذه الإجراءات في جميع التشريعات والاتفاقيات الدولية، ولوائح ومراكز التحكيم تدور حول محورين:

الأول: تحقيق المساواة بين الأطراف في المعاملة.

الثاني: تهيئة الفرصة المتكافئة والكاملة لكل طرف لعرض دعواه والحق في الاطلاع على ما يقدمه الطرف الآخر ومواجهته والرد عليه، أي كفالة حقوق الدفاع"[1].

الفرع الثاني : تشكيل هيئة التحكيم

يختلف تشكيل هيئة التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي حسب نوعية التحكيم من حيث تنظيمه، من التحكيم المؤسسي إلى التحكيم الحر[2] ويقوم على مبدا سلطان الإرادة في كلا النوعين[3]، وهو ما يعرف بالتشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم، ويرتبط تشكيل هيئة التحكيم بالقانون الإجرائي الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم إذ تذهب بعض عقود الاستثمار الأجنبي ، وكذا القوانين الوطنية الداخلية المقارنة، والاتفاقيات الدولية بتحديد إجراءات التحكيم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بالإحالة مثلاً إلى التحكيم الحر أو التحكيم المؤسسي وفق قواعد إجراءات محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية أو إلى الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس

[1] فؤاد محمد محمد أبو طالب، مرجع سابق، ص 363.

[2] الطاهر برايك، تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي عن طريق التحكيم التجاري لدى التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد العاشر، ع :2، قواعد البيانات الرقمية، المنهل، دار المنظومة، والمعرفة، المجلة موجودة على الموقع الالكتروني للبوابة الجزائرية للمجالات العلمية : www.asjp.cerist.dz، والمقال على الرابط الإلكتروني ،تم الاطلاع في 2024/05/15 على الساعة 21:43 https://www.asjp.cerist.dz/en/article/31422ص ص " 263-264

[3] العلا أبو العلا، تكوين هيئات التحكيم، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1 ،2000 ،ص 3

الأموال العربية لعام 1981 أو إلى قواعد التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار[1].

و يعد تشكيل أو تعيين هيئة التحكيم المرحلة الأولى في إجراءات التحكيم ، الامر الذي يثير عدة مسائل ناسب أن نتطرق اليها من حيث عدد المحكمين وطريقة تعيينهم و كذا الشروط الواجب توافرها.

أولا: عدد المحكمين وطريقة تعيينهم :

تتكون هيئة التحكيم عادة من عدد فردي أي من ثلاثة محكمين، حيث يقوم كل طرف بتعيين وتسمية محكمه، ثم يقوم الطرفين بتعيين المحكم الثالث والذي يطلق عليه بالمرجح أو الفيصل[2] واذا لم يتفق الطرفان على عدد المحكمين فوجب أن يكون وترا والا كان التحكيم باطلاً وذلك لاعتبارات عملية[3].

ولقد نصت بعض العقود الدولية على طريقة تعيين المحكمين وحالة تخلف تعيينهم من طرف الأطراف، وتدخل سلطات الدولة المضيفة في تعيينهم أو سلطات أجنبية أو هيئات دولية[4].

وقد تضمن قانون التحكيم النموذجي اليونيسترال لعام 1985 مجموعة من القواعد لا تختلف في مضمونها عن قواعد التحكيم اليونيسترال لعام 1976 حيث تنص المادة العاشرة فيما يخص عدد المحكمين على أنه":

1-للطرفين حرية تحديد المحكمين.

2-فإن لم يفعلا ذلك كان عدد المحكمين ثلاثة"

وخلافاً لهذه الحرية الممنوحة لأطراف التحكيم في تشكيل هيئة التحكيم طبقاً لقواعد اليونيسترال أو قانون التحكيم النموذجي، فإننا نجد هذه الحرية في ظل اتفاقية واشنطن لعام

[1] سي فضيل الحاج، مرجع سابق، ص 465.
[2] خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 253.
[3] معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر،1997،ص 194.
[4] منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار،رسالة ماجستيرتخصص القانون العام فرع التنظيم الاقتصادي،كلية الحقوق،جامعة قسنطينة1،الجزائر،2013-2014، ص60.

1965 وفي ظل التحكيم المؤسسي مقيدة ومحدودة، وذلك من خلال القواعد التي تنص عليها لائحة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، حيث طبقاً للمادة 37 من الاتفاقية المنشئة لهذا المركز، فإنه يتم تشكيل هيئة التحكيم والتي تسمى "المحكمة" حسب نص الاتفاقية من محكم واحد أو من عدد فردي من المحكمين، ويلاحظ في هذا الإطار أن حرية الأطراف في إختيار المحكمين هي حرية مقيدة، حيث يتعين أن يتم الاختيار من بين القائمة المعدة سلفاً من قبل المركز[1].

ولهذا نجد التشريع الجزائري وفي قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 قد أشار إلى مسألة تشكيل هيئة التحكيم وتعيين المحكمين بحيث نص على ان محكمة التحكيم تتشكل من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي، كما أعطى للأطراف الحرية الكاملة أو إسناد ذلك إلى نظام تحكيم معين فيما يخص تعيين المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم[2].

ثانيا:الشروط الواجب توفرها في المحكمين

فضلاً عن وجوب أن يكون عدد المحكمين فردياً في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي فقد نصت التشريعات الوطنية وخاصة المشرع الجزائري على بعض الشروط التي يلزم توافرها في المحكم، فإذ كانت القاعدة العامة تقضي بحرية الأطراف (أطراف النزاع) في اختيار المحكم، فإن المشرع لم يترك لهم الحرية الكاملة في اختياره وإنما قيدها ببعض القيود رعاية لهم. ولذلك حرص المشرع الجزائري على وضع مجموعة من الشروط التي يجب توافرها في المحكم حتى يكون مؤهلا لإدارة عملية التحكيم على أنه " لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية"[3]، وهذا ما سنتناوله بمزيد من التفصيل والشرح على النحو الآتي:

أ-أن يكون المحكم محايدا ومستقلا:

ويقصد بالحياد impartialité عدم انحياز المحكم ضد طرف إلى جانب طرف، فالحياد هو

[1] سي فضيل الحاج، آليات فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر،مرجع سابق، ص 467.
[2] المادة 1017 من القانون رقم08-09،المصدر سابق ،ص 91.
[3] المادة 1014من القانون رقم 09/08،المصدر نفسه، نفس الصفحة.

حالة نفسية اساسها العاطفة بسبب مصلحة شخصية أو صلة مودة أو عداوة بأحد الخصوم، يرجع معها عدم استطاعة المحكم الحكم بغير تحيز، والقضاء بما هو حق أو عدل، دون ميل أو هوى [1]حيث يجب على المحكم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي ، أن يعلم أطراف النزاع في بداية الاجراءات التحكيمية أو قبل بدايتها عن اي علاقة شخصية او علاقات عمل تربطه بأي منهم، أو بمستشاريهم، أو بأي من المحكمين الاخرين في هيأة التحكيم، وهو ما يعرف في لائحة التحكيم اليونيسترال 1976 والقانون النموذجي لعام 1985 بواجب المحكم في الإفصاح عن الظروف التي يمكن أن تجرده من اهلية النظر في النزاع[2].

كذلك نجد جانب من الفقه يذهب إلى إعطاء مفهوم للاستقلال **independence**ويرى أنه يعني بالمفهوم الواسع عدم تبعية المحكم لأي من طرفي النزاع حتى لا يوجه في عمله بتوجيهات أي منهما[3].

ولقد اخذ المشرع الجزائري كذلك بمبدأ الحيادية والاستقلال عند اقراره بشروط رد المحكم، وذلك في المادة 3/1016 والتي نصت على أنه: "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 أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط..."[4].

ب-أن يكون المحكم في عقود الاستثمار الأجنبي مختصا:

بالرجوع إلى التشريعات الوطنية المقارنة نجدها لم تنص على هذا الشرط بالرغم من أهميته في منازعات عقود الاستثمارات الأجنبية المباشرة، نظًرا لطبيعتها الفنية والتي تستدعي محكمين خبراء في هذا المجال وهذا بخلاف الاتفاقيات الدولية إذ اغلبها قد اشترطت في المحكم ان يكون على قدر كبير من الخبرة والدراية في امور التجارة والقانون، إذ نصت المادة 14 من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965على أنه: "يكون الاشخاص المعينون للخدمة في الهيأة على قدر كبير من الاخلاق وأن يكون معترفاً بكفاءتهم في مجال القانون

[1] مصطفى محمد الدسوكي، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية بالوسائل الودية والقضائية، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني،دار الكتب القانونية،دار شتات للنشر و البرمجيات،مصر-الامارات،2016، ص 57.

[2] المادة 5/11 من القانون النموذجي الصادر عام 1985، تم الاطلاع عليه على الموقع الالكتروني:
http/www.jus.uio/im/un/arbetration.model law 1985 -docتاريخ التصفح: 2024/05/14 الساعة: 19:00

[3] أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة4 ،2013 ،ص ص 174-175.

[4] المادة 3/1016 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري رقم 08-09،مصدر سابق، ص 91.

والتجارة والصناعة والمال بحيث يمكن الاعتماد عليهم في ممارسة الحكم على الامور حكما مستقلاً وتشكل كفاءتهم في مجال القانون أهمية خاصة في حالة الاشخاص أعضاء هيأة التحكيم[1]".

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على التحكيم

يعتبر اختيار القانون المطبّق من الأمور أو الإجراءات المهمّة في عملية التحكيم، ذلك أنّه في التّحكيم الدّاخلي يكون المحكّم على بيّنة من القانون الواجب التّطبيق بشكلٍ واضح، خلافاً لما هو الحال في التّحكيم الدّولي، إذ يعتبر من الأمور الأوليّة الواجب تحديدها، لأنّه بمجرّد تحديد ومعرفة القانون المطّبق نعرف ما هي القواعد التي ستسير وفقها إجراءات الخصومة التّحكيميّة، وفيما يلي نتناول بالدّراسة موضوع القانون المطبّق على العمليّة التّحكيميّة وفقاً للتّقسيم التّالي: الفرع الأوّل: القانون الواجب التّطبيق على إجراءات التّحكيم.

الفرع الثّاني: القانون الواجب التّطبيق على موضوع النّزاع.

الفرع الأول : القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم

تتمثل إجراءات التحكيم في مجموعة القواعد الاجرائية التي تحكم سير الخصومة امام المحكم، والتي تسري من تشكيل هيئة التحكيم الى صدور الحكم التحكيمي وتنفيذه[2].

و يعبر التحكيم عن تواتر مستمر بين مقتضيات احترام سلطان الارادة و التنظيم القانوني ، لكن هذه القواعد ليست غاية في حد ذاتها و انما وسيلة للوصول الى فض النزاعات ، فهي تكفل اظهار الجوانب الحقيقية للنزاع مما يتيح للمحكم الوصول الى التسوية الملائمة[3] ، فقد يتفق الاطراف على الاسس الاجرائية المتبعة في نظام التحكيم بتعيين المحكمين و الاغلبية اللازمة لإصدار الحكم التحكيمي بالاستناد إلى قواعد قانونية معينة، ويلعب سلطان الارادة دورا محوريا في ذلك ، باعتبار ان التحكيم قضاءا اتفاقيا يقيمه طرفا

[1] المادة 14 من اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى و الموقعة في 1965/03/18 بواشنطن
[2] شيرزاد حميد هروري،منازعات الاستثمار بين القضاء والتحكيم،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية-مصر،2018،ص 183.
[3] ماهر محمد صالح عبد الفتاح،اتفاق و حكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية،أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه،كلية الحقوق جامعة القاهرة،2004،ص 181.

النزاع باتفاق بينهما ، فهي ضابط الاسناد الاصيل في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية[1]، فيما يترك لهيئة التحكيم المسائل الاجرائية الأخرى المتعلقة بالعملية التحكيمية ، و التي توفر ضوابط أخرى للوصول الى القانون الواجب التطبيق اذا اختلفت إرادة الأطراف[2].

وعليه سندرس ضوابط اختيار القانون الواجب التطبيق على الاجراءات عبر النقاط التالية:

-خضوع إجراءات التحكيم لقانون ارادة الخصوم

-تطبيق قانون مركز التحكيم

-اختيار هيئة التحكيم للقانون الواجب التطبيق

أولا : خضوع إجراءات التحكيم لقانون إرادة الخصوم

يمتاز نظام التحكيم بالطابع الاتفاقي، باعتباره الية لفض منازعات الاستثمار يقوم على أساس اتفاق الاطراف ، مما ينتج اجراءات معينة متبعة في ذلك ، التي تنبع بدورها من إرادة الاطراف في اختيار القانون الذي ينظمها[3].

و استقر الفقه و التشريعات و لوائح هيئات و مراكز التحكيم على مبدأ خضوع إجراءات التحكيم لقانون الارادة و ان للأطراف كامل الحرية في اختيار القانون الذي يرونه مناسبا ، سواءا بوضع تنظيم خاص بهم أي استخدام ما يسمى بإجراءات التحكيم العائمة ، او اتباع الاجراءات المنصوص عليها في قانون وطني معين[4].

لذلك يتعين ان تكون هذه الارادة صريحة و واضحة لكي تقوم بوظيفتها في تحديد القواعد الاجرائية ، و التي اخذت بها معظم الاتفاقيات والمعاهدات الدولية ، فقد نصت اتفاقية لاهاي لسنة 1955 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم ذات الصفة الدولية على ان التحكيم يخضع للقانون الذي عينه طرفا العقد ، بالإضافة الى اتفاقية جنيف

[1] غسان علي علي، مرجع سابق،ص 355

[2] ط.د رقاب عبد القادر و د. زروق يوسف،القانون الواجب التطبيق على التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي عقد الفرنشيز انموذجا،مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية،مجلد 5،العدد1، 2020،ص 1045.

[3] George Piter,arbitration and the courts,the arbitrator journal,paris 2 university,vol 73 N7,2002 p231.

[4] Mireille taok,les modes alternatives des règlements ces conflits,editions delta,beyrouth liban,2009,p25

الاوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 التي اقرت في مادتها 94 على حرية اطراف اتفاق التحكيم في تحديد قواعد الاجراءات التي يتعين على المحكمين اتباعها و هو ما تضمنته كذلك اتفاقية واشنطن لسنة 1965 التي تضمنت في مادتها 44 مبدأ حرية الاطراف في اخضاع إجراءات التحكيم للقانون الذي يختارونه ما لم يتفقا على خلاف ذلك ، كما نصت على ذلك اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية على أن مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق تتم عبر الية الاختيار الارادي المطلق للأطراف ، وهو ما سار عليه كذلك القانون النموذجي للجنة الامم المتحدة لقانون التجارة الدولي بتاريخ 12 جوان 1985 الذي أشار في مادته 19 على حرية الطرفين في الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها[1].

اما بالنسبة للتشريعات الوطنية فقد كرست هذا المبدأ انطلاقا من ان نظام التحكيم بمجمله يقوم على أساس إرادة الأطراف ، بدءا بالمشرع الجزائري الذي أقر بحرية ارادة الاطراف كأولوية في اختيار القانون الواجب التطبيق من خلال نصوص المواد المنظمة له[2] في قانون الاجراءات المدنية و الادارية 08-09 ، و هو مبدأ نافذ و لا قيد عليه، حيث تجنب المشرع سرد التفاصيل التي تحد من سلطان الارادة و هو ما يعني ترك الحرية للمتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد من حيث الاجراءات في علاقة عقدية بها عنصر اجنبي ، بما ان شرط التحكيم التجاري الدولي أصبح شرطا تقليديا في هذه العقود، ومن هنا كرس المشرع الجزائري مبدأ حق لجوء المستثمر الأجنبي إلى القضاء الوطني من خلال نص المادة 12 من القانون الجديد 22-18 والتي نصت على أنه:" يخضع كل خلاف ناجم عن تطبيق أحكام هذا القانون بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه ، للجهات القضائية الجزائرية المختصة مالم توجد اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف صادقت عليها الدولة الجزائرية تتعلق أحكامها بالمصالحة والوساطة

[1] ط.د رقاب عبد القادر و د. زروق يوسف، مرجع سابق،ص 1046.
[2] من المواد 1040 الى 1050 من08-09 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري،مصدر سابق،ص ص 93-94.

والتحكيم، أو إبرام اتفاق بين الوكالة المذكورة في المادة 18 أدناه التي تتصرف باسم الدولة والمستثمر، تسمح للأطراف باللجوء إلى التحكيم "[1].

الملاحظ من خلال نص هذه المادة المذكورة أعلاه أن المشرع الجزائري نص على إمكانية إبرام اتفاق بين الوكالة الجزائرية لتطوير الاستثمار والمستثمر الأجنبي و هذا ما لم يكن عليه المشرع الجزائري من خلال أحكام نص المادة 24 من القانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار الملغاة التي كانت تنص على أنه "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه ، للجهات القضائية المختصة إقليميا إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم ، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين على تحكيم خاص "[2].

إذن فيمكن تطبيق قانون إرادة الاطراف على الإجراءات المتبعة في تسوية هذا النزاع عن طريق التحكيم ، كما يمكن الاعتراف بهذا الحكم وتنفيذه وفقا لما نصت عليه كذلك المادة 1051 من ق.إ.م.إ[3].

و عليه فإن مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الاجراءات، و الذي يتلاءم مع طبيعة النزاع ، و يتيح حلولا أنجع من تلك التي يتيحها القانون الوطني، فمعظم القوانين الداخلية للدول والاتفاقيات والمعاهدات الدولية و احكام التحكيم الصادرة اخذت بهذا المبدأ.

ثانيا : تطبيق قانون مركز التحكيم

في حالة تنازع الأطراف حول القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم ،فيوجد طرق أخرى لتحديده نصت عليها التشريعات المنظمة للتحكيم او ما تعارف عليه في تسوية النزاعات الاستثمارية الدولية، مثل مراكز التحكيم الدائمة.

[1] المادة 12 من القانون رقم 22-18 مصدر سابق.
[2] القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 اوت 2016،يتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46،الصادرة بتاريخ 03 اوت 2016،ص 22.
[3] المادة 1051 من 08-09 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري،مصدر سابق،ص94.

جاء هذا الاتجاه من قاعدة الاسناد العامة ، و مفاده خضوع الدعوى وإجراءاتها لقانون الدولة التي تتخذ الإجراءات على اقليمها ، و هو ما يعني تطبيق قانون مقر التحكيم في حال تخلف إرادة الاطراف عن تحديده، وهذا لا يستبعد الصفة الاختيارية للتحكيم[1] من احكام التحكيم التي اخذت بقانون مركز التحكيم لتطبقه على الاجراءات ، الحكم الذي أصدره المحكم" lagergen" بتاريخ 10 أكتوبر 1973 في النزاع بين الحكومة الليبية وشركة "b.p" بسبب تأميم أصول الشركة في ليبيا ، اين انتهى المحكم الى تطبيق القانون الدنماركي على إجراءات التحكيم باعتباره قانون دولة مركز التحكيم[2]، و هو بذلك يحقق ميزة تيسير تنفيذ حكم التحكيم الصادر في النزاع ، و منح المحكمة حرية واسعة طبقا لهذا القانون ، خصوصا امام امتناع الطرف الليبي عن المشاركة في الإجراءات ، فالقانون الدنماركي لا يجعل من هذا الغياب عائقا بالاستمرار في إجراءات التحكيم[3].

ثالثا : اختيار هيئة التحكيم للقانون الواجب التطبيق

اذا اتجهت إرادة الاطراف الى تعيين القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم ، يجب على المحكم الالتزام بهذا الاختيار المستمد من سلطان الارادة سوآءا كان هذا الاختيار صريحا يتم التعبير عنه بصورة ضمنية ، على أن تكون هذه الإرادة الضمنية مؤكدة[4]، اما اذا تخلفت هذه الارادة ولم يحصل اتفاق الاطراف على ما يجب اتباعه ، فان الاجدر هو اتباع قانون مركز التحكيم ، الذي عادة ما يكون مختصا لحكم هذه العلاقة باعتباره قانون دولة التحكيم ، إلا انه كثيرا ما استبعد من احكام التحكيم لأسباب عدة، منها عدم ملاءمة قواعده او تخلفها، او لكونه لا يحافظ على التوازن المفروض في العلاقة الاستثمارية ويلحق الضرر بطرف ما أكثر من الطرف الآخر خصوصا اذا كانت الدولة هي البلد المضيف للاستثمار[5].

هذا ما يؤدي الى منح هيئة التحكيم حرية اختيار الاجراءات الواجبة التطبيق على خصومة التحكيم ، و هو الاختيار الذي يكون اقرب الى طبيعة النزاع و يخضع له الطرفان

[1] احمد كوجان،التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة و المستثمر الأجنبي،منشورات زين الحقوقية،لبنان 2008،ص 56.
[2] د.خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص ص 247-248.
[3] ط.د رقاب عبد القادر و د. زروق يوسف،القانون الواجب التطبيق على التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي عقد الفرنشيز انموذجا،مرجع سابق،ص 1048.
[4] د.حفيظة السيد الحداد،العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الخاصة الأجنبية،مرجع سابق،ص 102.
[5] ليندا جابر،القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي،المؤسسة الحديثة للكتاب،لبنان،2014،ص 137.

ويرضيان به ، كما انه يستند الى أسس سليمة مستقاة من الاعراف الاستثمارية الدولية والمبادئ العامة التي استقر عليها قضاء التحكيم التجاري الدولي ، حيث يلجا المحكم الى التركيز الموضوعي للنزاع حتى يتم الكشف عن القواعد الأكثر ملائمة للتطبيق عليه ، وفي كثير من الاحيان يتبين ان قواعد التحكيم التجاري الدولي هي الانسب ، لنجاعتها و فعاليتها في النزاعات الاستثمارية الدولية[1].

و كان لهيئة التحكيم حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على الاجراءات في قضية شركة Texaco overseas" و الحكومة الليبية سنة 1997 ، وموضوعها يتعلق بنزاع بين الطرفين بسبب تأميم ليبيا لشركات البترول فيها ، رغم حصول الشركة على عقد استغلال بترول في الأراضي الليبية ، حيث لم يتفق الطرفان على القواعد المنظمة للإجراءات، فيما استبعد المحكم تطبيق قانون دولة مقر التحكيم ، بحجة تيسير التنفيذ المحتمل للحكم ، لأن مشكلة التنفيذ يجب ألا تؤثر في تحديد القانون الواجب التطبيق ،ومن ناحية أخرى فإن سيادة الدولة تستوجب عدم إخضاعها لقانون دولة أخرى، وانتهى إلى أنه يستوجب الرجوع في إجراءات التحكيم لقواعد القانون الدولي العام[2]، وهنا أيضاً يجب أن يراعى عدم خروج المحكم في تبرير الحكم عن مبدأ سلطان الإرادة ، بل أنه يلقي هذا المبدأ في أحضان القانون الدولي العام وذهب المحكم الى القول بأن إعمال المبادئ العامة للقانون الدولي لا يكون فقط بسبب عدم وجود قانون داخلي لحكم مثل هذا النزاع أو لعدم توافقه أو ملاءمته مع طبيعة العلاقة وإنما أيضا بقصد حماية المتعاقد الأجنبي[3].

الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

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[4]، فالأصل في هذه القواعد المتفق عليها مسبقا، ضبط أسباب النزاع

[1] ط.د رقاب عبد القادر و د. زروق يوسف،القانون الواجب التطبيق على التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي عقد الفرنشيز انموذجا،مرجع سابق،ص ص 1048-1049.

[2] معين عمر المومني،هيئة التحكيم و دورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في التحكيم التجاري الدولي،مقال منشور على الموقع الالكتروني:www.jilrc.com أطلع عليه بتاريخ 2024/05/15 على الساعة 11:20.

[3] ليندا جابر، مرجع سابق،ص 123.

[4] شيرزاد حميد هروري، مرجع سابق،ص 183

ووضع الأطر المناسبة لتسويته مع تحديد الالتزامات المترتبة على اطرافه الذين قد يعدلون ما سكت عنه العقد سواء بإرادتهم أو من طرف المحكم[1].

تشير اغلب التشريعات ولوائح هيئات التحكيم والمعاهدات و الاتفاقيات الدولية إلى تطبيق القانون الذي يتفق عليه الأطراف بشأن موضوع النزاع الذي يتم تسويته عن طريق التحكيم[2]، وعليه فأساس العقد هو سلطان إرادة الافراد، لأنه عقد من العقود حيث أن تأسيسه يستند الى نصوص قانونية معينة تضبط أحكامه، ويعبد طريق المتعاقدين لدفعهم الى احترامه و تنفيذ الالتزامات الناجمة عنه، هذا و ونجد ان اغلب العقود الدولية واجهت صعوبات في تطبيق قواعد القانون الدولي ، سواء خلال التعاقد أو في اطار تسوية النزاعات ، لان أطرافها يميلون الى ما يخدم مصالحهم، مما يؤدي الى عدم التوازن من الناحية التنظيمية لهذه العقود[3]، و تحرص اغلب الدول الاستثمارية الكبرى على تحرير عقودها من احكام القوانين الوطنية للدول المضيفة للاستثمارات ، وترغب في اخضاعها الى قوانين خاصة من صنع الأطراف، نابعة من اتفاقيات و معاهدات دولية، او الى اتفاقيات ثنائية في تسوية النزاعات بما ان هذه الأخيرة لا تثير أي مشكل باستنادها على إرادة الأطراف، حيث لا تجيز للمحكم استبدالها بأي قانون اخر إلا اذا كان هناك تعارض او مساس بالنظام العام[4].

و هنا سنتناول بالدراسة هذا الفرع الى النقاط التالية :

-خضوع موضوع النزاع لمبدأ سلطان الإرادة

-خضوع موضوع النزاع لأحكام القانون الأكثر علاقة به

-خضوع موضوع النزاع لقواعد العدالة والانصاف

[1] احمد كوجان، مرجع سابق،ص 58.
[2] احمد عبد الكريم سلامة،القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم،المجلة المصرية للقانون الدولي،القاهرة 2008،ص 60.
[3] جابر فهمي عمران،الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية(حمايتها-تسوية منازعاتها)،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية-مصر،2013،ص 47.
[4] ليندا جابر، مرجع سابق،ص 63.

أولا : خضوع موضوع النزاع لمبدأ سلطان الإرادة

يسري القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بناءا على إرادة الأطراف، الذين قد يتفقون على وضع قواعد وتنظيم معين لتسوية النزاع باعتبارهم الاقدر على الالمام بجميع جوانبه وأسبابه، وبالتالي هم من يسعون الى إيجاد حلول متوازنة وسريعة كما ان 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 وخارجية او من عادات و اعراف تتعلق بموضوع النزاع ، كما يمكن احالته الى قواعد وشروط تتضمن وثيقة او عقدا معين[1].

في هذا يذهب الاتجاه الغالب في الفقه الى الاخذ بقانون الارادة المستقلة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في اتفاق التحكيم ، اذ لا بد لكل اتفاق في أي علاقة تعاقدية من قانون تحكيمي يحدد شروطه ، و يرتبط بنظام قانوني معين يمده بقوته الملزمة وينظم وجوده و صحته و اثاره و مصيره ، و من ثم فان قواعد القانون الدولي الخاص هي التي تطبق على اتفاق التحكيم ، وبالتطبيق لهذه القواعد فان القانون المختار من قبل الاطراف انفسهم هو الذي يحكم موضوع النزاع ، وقد عرفت هذه الفكرة بمبدأ سلطان الإرادة[2].

فقد سارت العديد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية على مبدأ تنفيذ اختصاص قانون الارادة في حكم كل ما يتعلق باتفاق التحكيم ، أيا كانت صورته شرطا ام مشارطة[3]، حيث حددت اتفاقية نيويورك لسنة 1958[4]الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الاجنبية وتنفيذها القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بقاعدة اسناد اصلية و هي تطبيق قانون الارادة ، أي القانون الذي تخضع له سائر العقود ذات الطابع الدولي ،و نفس الامر بالنسبة لاتفاقية جنيف الأوروبية لسنة 1961[5]التي جاءت بنصوص صريحة في ذلك على ان الفصل يكون طبقا للقانون الذي اتفق عليه الاطراف، كما عززت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار

[1] محمود مختار بريري،التحكيم التجاري الدولي،دار النهضة العربية،القاهرة-مصر،2007،ص 129.

[2] D. moustefa trari tani,droit algerien de l’arbitrage commercial international,1er edition,berti edition,alger 2007, p 23

[3] د.خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 224.

[4] المادة 1/5 من اتفاقية نيويورك 1958

[5] المادة 6 من اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي سنة 1961.

لسنة 1965 هذا المبدأ، بحرية إرادة الاطراف في اخضاع موضوع النزاع للقانون الذي يختارونه[1].

من جانبه اقر المشرع الجزائري بإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، حيث جاء في المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 ما يلي [2] " 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 ان المشرع منح إرادة الأطراف الأولوية في تطبيق القانون الذي يرونه مناسبا على موضوع النزاع ، و في 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.

و من خلال ما سبق نستنتج ان معظم التشريعات الدولية و الداخلية وكذا قواعد التحكيم المعروفة دوليا تعمل بمبدأ حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، كما انها تلزم المحكمين بالعمل به ،و هذا ما يجعله مبدأ اساسيا وقاعدة اسناد اصلية.

ثانيا : خضوع موضوع النزاع لأحكام القانون الأكثر علاقة به

للمحكم أو هيئة التحكيم سلطة تقديرية واسعة في اختيار قانون موضوع النزاع، والذي يوجد حلولا متكافئة لأطراف النزاع، وهذا طبعا في حالة عدم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق، فيوجه المحكم أطراف النزاع للقانون الأقرب لتسوية النزاع ويكون ذات صلة بموضوعه، ومن ثم يتم اختياره و تطبيق قواعده.

هناك من يرى أن نظام التحكيم هو نظام تقاضي طليق لا يرتبط بدولة معينة، وهو ما قد يعرقل فعاليته، كما ان اختلاف طبيعته عن العقود الدولية تجعل من الصعب اخضاعه لمبدأ قانون الارادة ، نظرا لاختلاف كل منهما[3].

[1] المادة 1/42 من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى لسنة 1965.
[2] المادة 1050 من 08-09 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري،مصدر سابق،ص94.
[3] منى محمود مصطفى،الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر و دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار،دار النهضة العربية،القاهرة،1990،ص8.

نصت اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965، على ان القانون الاكثر علاقة بموضوع النزاع هو قانون الدولة المتعاقدة اذا كانت طرفا في الخصومة ، او قانون الدولة مقر التحكيم اذا كان الاطراف اجنبيان ، و بالتالي على هيئة التحكيم ان تلجأ لهما اذا تخلفت إرادة الأطراف في اختيار قواعد القانون الواجب التطبيق[1]، كما استند القضاء التحكيمي على نفس المبدأ و هو ان قانون الدولة هو الاقرب و الاجدر بالتطبيق على موضوع النزاع ، فأصدرت محكمة التحكيم في هولندا قرارها في قضية الحكومة البلجيكية وشركة negarawa اليابانية سنة 1998 بالاستناد الى قواعد قانون التحكيم الهولندي بما انه قانون الدولة مقر التحكيم[2].

أشار المشرع الجزائري لذلك في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 كما سبق و ان تطرقنا إليه، ونصت المادة 1050 منه السابق ذكرها على تطبيق محكمة التحكيم للقانون الذي تراه ملائما اذا لم يتم الاتفاق بين الأطراف على خلاف ذلك[3].

و وفقا لما سبق فإن بعض الاتفاقيات المتعلقة بالتحكيم او القوانين الداخلية للدول المنظمة لضوابط اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ،عند غياب إختيار الاطراف لتطبيق نصوص القانون الاكثر صلة بموضوع النزاع، فقد نجد من ضيق في حرية الاطراف بضرورة اللجوء الى قواعد القانون الأقرب الى موضوع النزاع.

ثالثا : خضوع موضوع النزاع لقواعد العدالة والانصاف

اتجهت بعض التشريعات المنظمة للتحكيم، سواء الداخلية منها او الاتفاقيات والمعاهدات الدولية على منح هيئة التحكيم الحرية في اختيار أي نصوص او قواعد قانونية، وأيا كان مصدرها لحسم النزاع الذي يعرض عليها، و التي ترى في تطبيقها تحقيق العدالة وإرضاء وجدانها[4].

[1] المادة 42 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى لسنة 1965،مرجع سابق.
[2] Franck Nicéphore youjone,arbitrage commercial international et développement ,thèse de doctorat en droit, université montesquieu,2013,p 117.
[3] المادة 1050 من 08-09 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري،مرجع سابق،ص94.
[4] شيرزاد حميد هروري، مرجع سابق،ص 187.

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 ان تهدر المبادئ الأساسية للعدالة، والغاية منها هو تحقيق العدل والانصاف 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، وهو ما أكدت عليه اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965، حيث عالجت بشكل مباشر و مفصل مسالة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ومنحت هيئة التحكيم سلطة الفصل بالاعتماد على قواعد العدالة والانصاف اذا غابت إرادة الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق[1].

فيما عالج المشرع المصري هذا الأمر من جانب آخر، و اجاز لجوء هيئة التحكيم الى الصلح في موضوع النزاع لتسويته و لكن باتفاق الطرفين و قبل صدور الحكم التحكيمي[2].

يتضح ان هناك من التشريعات من اعتبرت خضوع النزاع التحكيمي لقواعد العدالة والانصاف قاعدة أصلية وهي بذلك تنظر للحكم الصادر ومدى توازنه اكثر من أي شيء آخر، فيما اعتبرت بعض هيئات التحكيم الدائمة هذا المبدأ كقاعدة احتياطية وجب اللجوء لها بعد تخلف إرادة الأطراف[3].

[1] ط.د رقاب عبد القادر و د. زروق يوسف،القانون الواجب التطبيق على التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي عقد الفرنشيز انموذجا،مرجع سابق،ص 1048.

[2] المادة 4/39 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

[3] ط.د رقاب عبد القادر و د. زروق يوسف، مرجع سابق،ص 1048.

المبحث الثاني: مرحلة ما بعد صدور الحكم التحكيمي

إن التحكيم الدولي يعد بمثابة الالية التي تلجأ اليها الأطراف المتنازعة في عقود الاستثمار الأجنبي ، إذ أن صدور حكم تحكيمي بات في موضوع النزاع يمر بعدة مراحل كما سبق التطرق اليه آنفا بداية من تحريك الدعوى التحكيمية الى تشكيل الهيئة التحكيمية وصولا الى صدور حكم تحكيمي متضمنا لجانبا شكليا و آخر موضوعيا ، و يكون مرفوقا بالصيغة التنفيذية التي تعطيه صفة الإلزامية عند الحاجة اليها، فحكم التحكيم لا يكون قابلاً للتنفيذ إلا بصدور أمر من جهة القضاء المختصة بمنحه الصيغة التنفيذية، و عليه يسوى النزاع و يحصل كل ذي حق على حقه، و للجانب المتضرر الحق في اللجوء الى الطعن فيه، و في هذا الشأن قسمنا هذا المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول: صدور الحكم التحكيمي في منازعات الاستثمار الأجنبية.

المطلب الثاني: تنفيذ حكم التحكيم و الطعن فيه

المطلب الأول: صدور الحكم التحكيمي في منازعات الاستثمار الأجنبية.

إن صدور حكم التحكيم يعتبر من المراحل الهامة التي يمر بها نظام التحكيم فالحصول على حكم التحكيم هو غاية المتنازعين، لأنه يفصل في النزاع، ويحصل كل ذي حق على حقه، وحكم التحكيم هو قرار يصدره المحكمون الذي اتفق المتنازعون على اختصاصهم بحل النزاع[1].

ويصدر حكم التحكيم لحسم موضوع النزاع، وذلك عندما تكون هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم واحد ، فإن الحكم يصدر بأغلبية الآراء بعد إجراء مداولة على الوجه الذي تحدده الهيئة، إذا لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك[2].

ويذهب البعض إلى إن الحكم يصدر إذا توافقت وجهات نظر المحكمين ووافقوا في صدد منطوق الحكم وأسبابه، في خلال الميعاد المقرر للتحكيم[3]،و ذهب البعض الآخر إلى أن

---

[1] أحمد ولد جيلاني، التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار للتشريعات الوطنية و معاهدة واشنطن لتسوية نزاعات الاستثمار لعام 1965 ،رسالة ماجستير،معهد البحوث و الدراسات العربية،2004، ص 131.

[2] د. محمد حسين منصور، العقود الدولية،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،دون تاريخ نشر،ص 499.

[3] د.أحمد أبو الوفا،التحكيم الاختياري و الاجباري،الطبعة الخامسة،منشأة المعارف،الإسكندرية،سنة 2000،ص 276.

لحظة الصدور هي لحظة موافقة الأغلبية، أما الأغلبية المطلوبة لإصدار حكم التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية، فإنها تختلف باختلاف عدد المحكمين، فقد تكون محكمة التحكيم مكونة من محكم واحد فقط وفي هذه الحالة لا يمكن أن يصدر الحكم إلا بموافقته فقط[1].

أما عندما تكون محكمة التحكيم الدولية مكونة من ثلاثة محكمين، فإن حكم التحكيم إما أن يصدر بالإجماع وأن يصدر بالأغلبية، والملاحظ أنه وفي الطريقة الأولى يتم بيسر وسهولة، وتعتبر أقل تكلفة من الثانية لأن اجتماع المحكم الفرد وأطراف النزاع، فيكون استنباط المسألة أكثر وضوحاً بالنسبة للمحكم، وذلك فإن عقيدته تتكون بطريقة فردية غير منحازة أو محايدة ولا تعقيب عليها من أي طرف من طرفي النزاع بعكس الطريقة الثانية، فيكون الأمر فيها يتسم بالصعوبة إلى حد ما، إذ إن كل محكم من الثلاثة تتكون له عقيدته الخاصة بشأن تقييم النزاع وأبعاده، ذلك الأمر الذي تتفاوت وتتضارب معه آراء المحكمين في حل كل واحد منهم لموضوع النزاع، وتسود قاعدة صدور الحكم بالأغلبية كافة المؤسسات الخاصة بالتحكيم كالمركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمار، فتنص معاهدة واشنطن على أنه (يجب أن تفصل المحكمة في المسائل بأغلبية أصوات كل أعضائها) وهذا الحكم يكتسب فاعليته في قواعد التحكيم الخاص بالمركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمار[2].

وخلاصة القول يوجد ثلاث طرق لإصدار حكم التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار الاجنبي، و هذا عندما تكون محكمة التحكيم مكونة من ثلاثة محكمين وهي الإجماع أو الأغلبية أو من جانب رئيس هيئة التحكيم وحده.

يجب أن تتوفر في الحكم الصادر عن الهيئة التحكيمية على بيانات شكلية و أخرى موضوعية ،شأنه في ذلك شأن الاحكام القضائية، و بناء عليه سنتطرق الى مزيد من الشرح و التفصيل لهذه البيانات في الفرعين التاليين:- الفرع الأول : البيانات الشكلية

- الفرع الثاني : البيانات الموضوعية

[1] د.خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 269.
[2] المرجع نفسه،ص ص 269-270.

الفرع الأول: البيانات الشكلية

إن الحكم التحكيمي يقتضي شكلا معينا يصدر فيه، كأن يكون مكتوبا ، مسببا، ومعين المكان، ومؤرخا وموقعا، و نتطرق اليها على النحو التالي:

أولا: أسماء المحكمين و الخصوم و عناوينهم و جنسياتهم:

إن ذكر أسماء المحكمين في الحكم التحكيمي إجراء جوهري دون حاجة إلى النص عليه، وإغفال ذلك يعد عيبا ويشكل سببا للطعن فيه، وقد ترد أسماء المحكمين عند التوقيع، وقد ترد في مكان آخر منفصل عن التوقيع بل من الممكن ورودها في صفحة واحدة من الحكم التحكيمي، كما قد ترد في جميع الصفحات، وفي هذه الحالة فإن إغفال أحد أسماء المحكمين على هذه الصفحة لا يؤثر على صحة الحكم[1].

و كما جرت العادة في التحكيم على ذكر أسماء الخصوم في الصفحة الأولى للحكم بشكل واضح وبارز، ولكن عدم ذكر ذلك في الحكم على هذا النحو لا يؤثر على مضمونه، ويمكن أن ترد الأسماء في أي مكان من الحكم، ولكن يجب أن ترد أسماء الخصوم بطريقة يمكن معها التمييز بين المحكوم له والمحكوم عليه بشكل واضح لا لبس فيه ولا غموض[2].

و هذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (18) من قواعد التحكيم اليونيسترال على تضمين صحيفة المطالبة التي تقدم للأطراف الأخرى، و للمحكم او المحكمين أسماء و عناوين أطراف التحكيم و عناوينهم و جنسياتهم و كذلك على البيانات و الحقائق التي تدعم المطالبة[3].

أما بخصوص ذكر أسماء المحامين أو أسماء من يمثلون الأطراف فهذا من باب التنظيم والتأكيد على أن التحكيم مثل القضاء، فالخصوم لهم الحق في أن يكلفوا محامين للدفاع عنهم، كما يمكن للأطراف الاستغناء عن المحامين بشكل نهائي، ويكلفون أشخاصا يمثلونهم ويختارونهم على أساس التجربة أو الخبرة في موضوع معين[4].

---

[1] حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة 1 ،2007 ،،ص 351.

[2] المرجع نفسه،ص 350.

[3] د. غسان علي علي،الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها،مرجع سابق، ص 156.

[4] د.ليلى بن حليمة،خصوصية و آثار حكم التحكيم في الجزائر،مجلة الحقوق و العلوم الانسانيةالمجلد 12،العدد الاول،ماي 2019،ص 148.

ثانيا:تحديد تاريخ صدور الحكم التحكيمي:

إن تحديد تاريخ صدور حكم التحكيم دليل على أن هيئة التحكيم قد أصدرت حكمها هذا وهي تتمتع بالسلطة المخولة لها في اتفاقية التحكيم، وأن عملها كان في الميعاد المحدد. كما يحدد تاريخ الحكم التحكيمي بالتاريخ المثبت في النسخة الموقعة من المحكمين، وإن تعددت تواريخ التوقيعات فالعبرة بآخر تاريخ. والهدف من تحديد تاريخ صدور الحكم التحكيمي هو تحديد الوقت التي تسري فيه آثار الحكم وأهمها حجية الشيء المقضي فيه، وكذلك لمعرفة ما إذا كان الحكم صدر في ميعاد التحكيم أو بعد انقضاء هذا الميعاد، وبالتالي بعد زوال سلطة المحكم في إصداره[1].

ثالثا :ذكر مكان صدور الحكم التحكيمي:

إن تحديد مكان صدور الحكم التحكيمي لا يعني ذكر عنوان مقر التحكيم، وإنما القصد منه هو تحديد البلد أو الدولة التي صدر فيها الحكم، والهدف من ذلك هو تمكين القضاء من مراقبة المحكمين هل احترموا اتفاقية التحكيم أم لا ؟ وكذلك تحديد جنسية الحكم هل هو حكم تحكيم وطني أم حكم تحكيم دولي ؟[2].

و عليه يمكن القول بأن ذكر مكان التحكيم له أهمية بالغة و يعتبر أحد البيانات الإلزامية، و بالتالي فإن عدم ذكره يترتب عليه بطلان حكم التحكيم[3].

رابعا:الكتابة :

بديهي أن يكون حكم التحكيم في شكل وثيقة مكتوبة على أساس أن قانون التحكيم يشترط توقيع كل المحكمين، إلا أن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد لم ينص على الكتابة لحكم التحكيم، وهذا ليس معناه أنها غير واجبة (الكتابة)، لكنه أوجبها بطريقة غير مباشرة، وذلك من خلال نص المادة 1027 الذي جاء فيه: " يجب أن

[1] فتحي والي،قانون التحكيم في النظرية و التطبيق،ط1،منشأة المعارف،الإسكندرية،2007،ص 441.
[2] المرجع نفسه،ص 442.
[3] د.نجيب أحمد عبد الله الجبالي،التحكيم في القوانين العربية،دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و الأنظمة الوضعية،المكتب الجامعي الحديث،الإسكندرية، 2006،ص 398.

تتضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا لادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم، ويجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة ....."[1] فذلك دليل على وجوب كتابة أحكام التحكيم.

وشرط الكتابة هو شرط وجود لا شرط إثبات فقط، فصدور الحكم التحكيمي شفاهة لا يعطيه الصفة الحقيقية وهي صفة حكم التحكيم والمشرع الجزائري أوجب كتابة الحكم التحكيمي بهذه الطريقة لأسباب عملية، لأنه ليس من المعقول أو المنطق القول أن حكما تحكيميا له حجية دون أن يكون مكتوبا أو قابلا للتنفيذ دون أن يكون كذلك، وإلا كيف تنطبق المادة 1052[2] التي تشترط لثبوت الحكم التحكيمي تقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم؟.

خامسا: التوقيع:

من الناحية الشكلية، وحسب ما أخذ به المشرع الجزائري، يجب أن يكون حكم التحكيم موقعا من طرف جميع أعضاء هيئة التحكيم، وفي حالة امتناع أحدهم يجب الإشارة إلى ذلك كتابة، أي أن توقيع رئيس هيئة التحكيم لا يكفي وحده بل يجب على جميع المحكمين التوقيع على الحكم التحكيمي، وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك، ويرتب الحكم آثاره باعتباره موقعا من جميع المحكمين[3].

ولا إشكال من الناحية العملية في حالة الإجماع لأنه في هذه الحالة جميع المحكمين سيوقعون على الحكم، لكن على فرض أن الحكم التحكيمي صدر بالأغلبية ورفضت الأقلية التوقيع، ففي هذه الحالة فإن التوقيع المعمول به هو توقيع الأغلبية، ولا داع لتوقيع الأقلية، وأن الحكم بهذه الصفة كأنه موقع من جميع المحكمين[4].

الفرع الثاني: البيانات الموضوعية

كما يقتضي توفر بيانات موضوعية في الحكم التحكيمي ، كأن يكون مسببا و ذكر ملخص لطلبات الأطراف و منطوق الحكم،و نتطرق اليها على النحو التالي:

[1] المادة 1027 من القانون رقم 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية،مصدر سابق،ص 92.
[2] المادة 1052 من القانون رقم 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية،المصدر نفسه،ص 94.
[3] المادة 1029 من القانون رقم 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية،المصدر نفسه،ص 92.
[4] د.ليلى بن حليمة،خصوصية و آثار حكم التحكيم في الجزائر،مرجع سابق،ص 146.

أولا: بيانات طلبات الخصوم و اقوالهم:

إن مضمون الحكم التحكيمي مبني أساسا على طلبات أو مستندات الخصوم، ولا يمكن معرفة صحة هذا المضمون إلا ببيان ذلك، ويعد هذا الأمر شرطا جوهريا للأسباب التالية:

-معرفة الصلة بين مضمون الحكم وطلبات الخصوم.

-معرفة ما إذا تجاوزت محكمة التحكيم صلاحياتها أم لا.

-لا تطالب المحكمة بالرجوع للوائح ومذكرات الخصوم ولبيان طلباتهم[1].

وعليه يجب أن يكون الحكم الصادر من هيئة التحكيم متضمنا ذلك[2]. ولا يشترط في الحكم بيان للأقوال وحجج الخصوم بشكل تفصيلي، بل التركيز على أهمها وعلى الحجج التي لها أثر في الفصل في النزاع. ومثال ذلك أن يطالب الكفيل المدين بمبلغ الكفالة التي دفعها بالإضافة إلى رسم الطابع، فيكفي هنا الإشارة إلى المطلب الأول المتمثل في مبلغ الكفالة. كما يضيف بعض فقهاء القانون أنه لا يشترط بيان طلبات الخصوم في فقرة مستقلة أو بصورة متتابعة بل يمكن أن يكون ذلك في عدة فقرات متباعدة وبمناسبات مختلفة أثناء تدوين الحكم[3].

و نصت المادة 43 من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الفقرة (4) منها على مايلي :" يجوز للمحكمة اذا لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك... و في أي مرحلة من مراحل الإجراءات و حسب الضرورة...أن تطلب الى الطرفين تقديم مستندات و ادلة أخرى"[4]

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد اشترط هو الآخر وجوب ذكر عرض موجز لطلبات الأطراف ودفوعهم وذلك من خلال نص المادة 1/1027 «يجب أن تتضمن أحكام التحكيم

[1] د.ليلى بن حليمة، مرجع سابق،ص 149.
[2] حمزة أحمد حداد،حكم التحكيم شروطه و صحته،بحث مقدم لدورة التحكيم في العقود الهندسية و الانشائية و اعداد المحكمين،عمان، الأردن،2008، ص10.
[3] د.أحمد أبو الوفا، مرجع سابق،ص 266.
[4] المادة 43 من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى لسنة 1965،مصدر سابق،ص 24.

عرضا موجزا لادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم»، وما يفهم من نص هذه المادة أن خلو حكم التحكيم من هذا العرض سوف يعرضه إلى الطعن فيه بالبطلان[1].

ثانيا : تسبيب الحكم:

وهو سرد لأسباب الحكم، المتمثلة في الحيثيات والسندات التي بني عليها، فهو شرط جوهري لصحة الحكم حيث يؤثر على محتواه ذلك أن اختلاف الأسباب ينتج عنه اختلاف مضامين الحكم.

وبناء عليه فكل حكم غير مسبب باطل حتى وإن كان المحكم مفوضا بالصلح[2] وعليه فمن الضروري تسبيب الحكم التحكيمي، لأنه هو الأساس الذي دفع المحكم إلى اتخاذه لحكم معين بمناسبة النزاع المعروض، ولذلك يحرص المشرع الجزائري على إلزامية تسبيب الحكم التحكيمي وذلك من خلال نص المادة 2/1027:" يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة"[3] فالتسبيب في الحكم لتحكيمي يعتبر من أهم الضمانات الأساسية للتحكيم الجيد والعادل، كما أنه يمكن للسلطة القضائية في دولة التنفيذ ممارسة الرقابة عليه والتأكد من عدم مخالفته للنظام العام، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري حيث أقر إمكانية الطعن ورفض تنفيذ الحكم التحكيمي صراحة في حالة عدم تسبيب المحكمة التحكيمية لحكمها أو قلة تسبيبه، أو في حالة وجود تضارب في الأسباب[4].

وعلى الصعيد الدولي فإن الاتجاه الغالب يميل لصالح ذكر الأسباب مالم تتفق الأطراف على خلاف ذلك، حيث نص القانون النموذجي على أنه يجب أن يبين حكم التحكيم الأسباب التي ينص عليها الحكم، مالم يكن الطرفان قد اتفقا على عدم بيان الأسباب او ما لم يكن الحكم قد صدر بشروط متفق عليها[5].

[1] المادة 1027 من القانون رقم 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية،مصدر سابق،ص 92.
[2] د.أحمد أبو الوفا، مرجع سابق،ص 266
[3] المادة 1027 من القانون رقم 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية،مصدر سابق،ص 92.
[4] المادة 1056 الفقرة 5 من القانون رقم 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية،المصدر نفسه،ص 94.
[5] المادة 2/31 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي(UNCITRAL) لعام 1985،مصدر سابق،ص12.

ثالثا:منطوق الحكم:

إن حكم التحكيم يجب أن يشتمل على النتيجة النهائية التي انتهت إليها هيئة التحكيم في حسم النزاع وهو ما يطلق عليه (منطوق الحكم)، ويجب ألا يخرج المنطوق عن موضوع النزاع وإلا تعرض الحكم للبطلان، وإذا تعددت المسائل المتنازع عليها فيجب تجزئة المنطوق بحيث يفصل كل جزء في كل منازعة على حدا ويفيد ذكر منطوق الحكم في تنفيذه[1].

والمحكم يملك سلطة القضاء بالمصروفات في منطوق الحكم، وللمحكم أن يقضي بالفوائد التأخيرية، لأنها من توابع الطلب الأصلي وملحقاته وبذلك لا يكون قد خرج عن حدود النزاع، ويجب أن يكون المنطوق واضحاً ولا يكون غامضاً أو ينطوي على تناقض بين أجزائه، أما إذا كان الحكم خالي من أي منطوق أو كان منطوقه متناقضاً فإنه يكون باطلاً لأنه وفي تلك الحالة لا يحقق وظيفته[2].

المطلب الثاني: تنفيذ حكم التحكيم وطرق الطعن فيه

تنتهي الخصومة التحكيمية في منازعات الاستثمار الأجنبي بصدور الحكم التحكيمي، وتبدأ بعد ذلك مرحلة ما بعد الحكم، وفيها ندرس هذا المطلب في فرعين: الأول يتعلق بالاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي، والثاني يخص طرق الطعن فيه إما بالبطلان أو الاستئناف أو الطعن بالنقض.

الفرع الأول : الاعتراف و تنفيذ حكم التحكيم

لم يعرف المشرع الجزائري مصطلحي "الإعتراف" و "التنفيذ" بحكم التحكيم الأجنبي في القانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، واكتفى فقط بذكر أهم الشروط الواجب توافرها فيه حتى يعترف به، حيث نصت المادة 1051 من ذات القانون على أنه يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي ، وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط،

[1] د. غسان علي علي، مرجع سابق، ص 401.
[2] د. محمد محمد بدران،الجوانب القانونية و الفنية لحكم التحكيم،دراسة في قانون التحكيم المصري بحث منشور في مجلة التحكيم،العدد 70،المركز اليمني للتوفيق،دون ناشر،ديسمبر 2005،ص 38.

بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر التحكيم موجوداً خارج الإقليم الوطني[1]، كما نصت المادة 1052 من نفس القانون على" أنه يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شرط صحتها"[2]، ونصت كذلك المادة 1053 من القانون نفسه" تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 أعلاه، بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل"[3].

ويلاحظ أن شروط الاعتراف بحكم التحكيم الدولي في الجزائر هي:

أ-اثبات وجود حكم التحكيم الدولي من خلال تقديمه مرفوقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنها أمام الجهة القضائية المختصة، فرئيس المحكمة التي صدر قرار التحكيم في دائرة اختصاصها هو المختص بنظر طلب الاعتراف أما إذا كان مقر التحكيم موجوداً خارج الجزائر فرئيس محكمة محل التنفيذ هو المختص.

ب-أن يكون الاعتراف المراد منحه لحكم التحكيم التجاري الدولي غير مخالف للنظام العام الدولي، والمقصود بالنظام العام الداخلي هو عدم ضمان الخروج الإرادي على أحكام القواعد القانونية الأمرة، ويستعان بهذه الفكرة في النطاق العام الدولي لاستبعاد تطبيق قانون أجنبي[4].

أولا-إجراءات الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي الدولي :

أخضعت اتفاقية نيويورك 1958 مسألة الاعتراف والتنفيذ القرارات التحكيمية الدولية إلى القواعد الإجرائية للدولة التي يراد فيها تنفيذ تلك القرارات ولم تخضعها لإجراءات محددة وعليه فان المشرع الجزائري نظم مسألة اعتراف وتنفيذ بالحكم التحكمي الدولي من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية[5].

[1] المادة 1051 من القانون رقم 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية،مصدر سابق،ص 94.
[2] المادة 1052 من القانون رقم 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية،المصدر نفسه،نفس الصفحة.
[3] المادة 1053 من القانون رقم 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية،المصدر نفسه،نفس الصفحة.
[4] د.دمانة محمد،ط.د معنصري مريم،إجراءات تنفيذ احكام التحكيم التجاري في الجزائر،مجلة الدراسات القانونية و السياسية،ع:4،جوان 2016،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة عمار ثليجي،الاغواط،الجزائر،ص 150.
[5] د.دمانة محمد،ط.د معنصري مريم، مرجع سابق،ص 155.

1- إجراءات الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي:

وبعد اجتياز الإجراءات الأولية، يتم تقديم قرار التحكيم إلى السلطة القضائية المختصة للاعتراف به، ثم يقوم القاضي بمراجعة القرار للتأكد من سلامته ومطابقته للاعتراف به، ثم الاعتراف به، ومع ذلك، لكي يصبح القرار قابلاً للتنفيذ، يجب أن يخضع لسلسلة من الإجراءات القانونية.

أ- الجهة القضائية المختصة بالاعتراف :

إن تحديد الجهة القضائية المختصة بإيداع القرار التحكيمي واتفاقية التحكيم مسألة مهمة لأنه يمكن لأحد الأطراف أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة التي تم فيها الإيداع، وفي حالة ما إذا تم الإيداع لدى جهة قضائية غير مختصة أي هل هي خارج أم داخل الجزائر وقبل الإجابة على ذلك يجب الإشارة أن القاضي المنوط بالاعتراف بالقرار التحكيمي الدولي يمارس رقابة شكلية على القرار وهو الشائع عموما وقد تمتد هذه الرقابة لتصل إلى رقابة موضوعية تصل إلى حد مراجعته من حيث الموضوع فيتعرض للوقائع من جديد ويتأكد من صحة تطبيق القانون عليها بل وله صلاحية تعديل القرار التحكيمي بكل حرية ويطلق على هذا النظام نظام المراجعة Le système de révision فالرقابة الموضوعية تشابه تلك الرقابة التي تمارسها جهات الاستئناف على أحكام أول درجة[1].

- حالة وجود محكمة التحكيم في الجزائر :

إن الجهة المختصة بمنح الاعتراف هي ذات الجهة المختصة بالأمر بالتنفيذ وقد نصت المادة 1051 في فقرتها الثانية على أنه " وبنفس الشروط بأمر صادر عن المحكمة التي أصدرت هذه القرارات في دائرة اختصاصها أو من رئيس محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج تراب الجمهورية " وعلى هذا الأساس فتحديد المحكمة المختصة مرتبط بمقر التحكيم فإذا كان التحكيم في الجزائر أي صادر على التراب الوطني فرئيس المحكمة التي صدر قرار التحكيم في دائرة اختصاصها هو المختص فيها، والمشرع بذلك اختار

[1] المادة 03 من اتفاقية نيويورك 1958.

محكمة مقر التحكيم لأسباب موضوعية منها أن المحكمة قد تكون على علم بالعملية التحكيمية مسبقا وذلك عن طريق الطلبات التي قد قدمت لها أثناء المحاكمة كتعيين المحكم أو رده مثلا[1].

-حالة وجود محكمة التحكيم خارج الجزائر:

إذا كان القرار التحكيمي الدولي صادرا بالخارج أي انه أجنبي فان الاختصاص يؤول إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها تنفيذ القرار أي محكمة محل التنفيذ وذلك حسب المادة المشار إليها أعلاه "... أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني" والاختصاص الإقليمي ليس من النظام العام فلا يثيره القاضي من تلقاء نفسه على خلاف التحكيم الدولي الصادر في الجزائر فإن حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر يكون رئيس محكمة محل التنفيذ هو المختص نوعيا ومحليا بمنح القرار التحكيمي الدولي للاعتراف، والمشرع الجزائري انفرد بهذا الاتجاه واخذ بمكان التنفيذ وابقى دائما على صلاحيات رئيس المحكمة الذي هو مختص أصلا في القضاء الاستعجالي وهو أيضا مختص في جميع إشكالات التنفيذ المتعلقة بالتنفيذ[2].

ب-مباشرة إجراءات الاعتراف

بعد صدور حكم التحكيم الدولي يقدم صاحب المصلحة طلب الاعتراف لدى الجهة القضائية المختصة وهو الطرف الذي يهمه التعجيل حسب نص المادة 1053 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتكون وفقا للطرق العادية لرفع الدعاوى ولا يشترط تقديم طلب استصدار الأمر بالتنفيذ من محامي ولا يتحتم توقيعه، وقد اشترط المشرع عند تقديم طلب التنفيذ إرفاقه بمجموعة من الوثائق:

- إيداع أصل القرار التحكيمي:

هو إجراء أولي يجب القيام به من طالب الاعتراف وذلك بوضع القرار التحكيمي لدى كتابة ضبط المحكمة المختصة للمصادقة عليه أو الأمر بتنفيذه وهذا ما نصت المادة 1053

[1] شرابن حمزة،تنفيذ القرارات التحكيمية المترتبة عن منازعات التجارة الدولية،مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء،الجزائر 2008،ص24.

[2] سليم بشير،الحكم التحكيمي و الرقابة القضائية،أطروحة مقدمة لنيل دكتوراه في العلوم القانونية،جامعة الحاج لخضر،باتنة،2011،ص 269

من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولم يحدد المشرع الجزائري مدة زمنية يتم من خلالها إيداع القرار التحكيمي لدى الجهة القضائية المختصة[1].

-إيداع اتفاقية التحكيم:

لقد اشترط المشرع الجزائري في المادة 1052 " بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم..." أما عملية إيداعها على مستوى أمانة ضبط المحكمة فنصت عليه المادة 1053 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2].

2- إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الدولي:

نص المشرع الجزائري على إجراءات دعوى تنفيذ القرارات التحكيمية الدولية في قانون الاجراءات المدنية والإدارية وقد أحال في المادة 1054 منه إلى المواد 1035 إلى 1038 وهي تتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الداخلي.

أ-الجهة القضائية المختصة بالتنفيذ: ينظر للاختصاص من عدة نواحي فقد يكون اختصاصا نوعيا و يعني نوع القضايا التي تنظرها كل درجة من درجات التقاضي، وقد يكون اختصاصا محليا وهو الذي ينظر إلى ما تختص به الجهة القضائية من خلال مكان تواجدها.

- الاختصاص النوعي :

الاختصاص النوعي من النظام العام وهذا ما أكدته المواد 32 و تقضي به المحكمة تلقائيا وهو صلاحية جهة قضائية معينة بالنظر في الدعوى الموجهة إليها، والحديث عن الاختصاص يقودنا إلى التعريج على نقطه في غاية الأهمية وهي مبدأ الاختصاص بالاختصاص أي منح المحكم حرية تحديد اختصاصه فهو الذي يقرر ما إذا كان هناك اتفاق تحكيم أم لا، فهو لن يكون مختصا إلا بناء على وجود اتفاق تحكيم صحيح فقاعدة الاختصاص بالاختصاص لها أثر ايجابي وهو يسمح للمحكم بالسير بالعملية التحكيمية لا يصدر أمر التنفيذ إلا من رئيس المحكمة وذلك طبقا لنص المادة 1051 الفقرة الثانية من ق ا

[1] المادة 1053 من قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،مصدر سابق، ص 94.
[2] سليم بشير، مرجع سابق،ص 270.

م ا وعليه إذا رفعت دعوى الأمر بالتنفيذ أمام جهة أخرى غير رئيس المحكمة فعليها أن تقضي بعدم الاختصاص النوعي من النظام العام يتم إثارته ولو لم يتمسك به الخصوم وفي أي حالة كانت عليها الدعوى[1].

- **الاختصاص المحلي:**

نصت المادة 1051 ق ا م ا على " وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي تصدر أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني"، يتضح لنا من نص المادة السابقة إن المحكمة المختصة بإصدار أمر تنفيذ الحكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر هي المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها مكان وقوع التحكيم الدولي وعليه فإن الاختصاص يعود إلى رئيس المحكمة المذكورة أعلاه الذي يجب عليه فحص الوثائق الضرورية أما إذا كانت المحكمة التحكيمية مصدرة الحكم التحكيمي الدولي خارج الجزائر فان المحكمة محل التنفيذ هي المختصة محليا بإصدار أمر التنفيذ والمشرع الجزائري انفرد بهذا الاتجاه وأخذ بمكان محل التنفيذ وأبقى دائما الصلاحيات لرئيس المحكمة الذي هو مختص في القضاء الاستعجالي[2].

ب-إجراءات رفع دعوى التنفيذ:

ونتعرض في هذا الإطار الى إجراءات رفع دعوى التنفيذ.

- **كيفية رفع دعوى التنفيذ:**

تنص المادة 1035 من ق.ا.م.إ "يكون الحكم التحكيمي قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة" و المادة 1036 من نفس القانون " يسلم أمناء الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف ".

[1] د. دمانة محمد،ط.د معنصري مريم، مرجع سابق،ص 158.
[2] شرابن حمزة، مرجع سابق،ص39.

انطلاقا من هاتين المادتين يمكن القول أن إجراءات استصدار الأمر بالتنفيذ تتمثل في مجرد تقديم الطلب ممن له مصلحة في ذلك ومن المعلوم أن من له مصلحة في الأمر بالتنفيذ هو من كان الحكم التحكيمي في صالحه لكن المادة 1035 جاءت عامة وشاملة وأكدت على "الطرف الذي يهمه التعجيل" ويفهم من ذلك انه من الممكن جدا تقديم الطلب من المحكوم ضده وحسنا فعل المشرع الجزائري الذي سار على نفس منوال المشرع الفرنسي والمشرع المصري اللذان لم يحصرا حق الطلب في المحكوم له فقط بل تركا الحق لكلاهما في تقديم الطلب ويشترط على طالب الأمر بالتنفيذ إرفاق الطلب بأصل حكم التحكيم مع الملاحظة أن المشرع الجزائري عندما أراد تنظيم تنفيذ أحكام التحكيم الدولي أحال عن طريق المادة 1054 ق.ا.م.ا الإجراءات إلى المواد 1035 إلى 1038 وهي النصوص التي تتعلق بالتحكيم الداخلي[1].

-موضوع دعوى التنفيذ:

أن موضوع دعوى الأمر بالتنفيذ هو القرار التحكيمي المراد تنفيذه وليس النزاع الذي فصل فيه هذا القرار فدعوى الأمر بالتنفيذ ليست دعوى مبتدأه ويترتب على ذلك نتائج هامة وهي إن نطاق هذه الدعوى محدد سواء من الجانب الشخصي أو الموضوعي، فبالنسبة للنطاق الشخصي للدعوى فلكي يقبل طلب الأمر بالتنفيذ يجب إن يكون الخصوم في هذه الدعوى هم ذات الخصوم في الدعوى الأصلية التي صدر فيها الحكم التحكيمي المراد شموله بأمر التنفيذ ويجب أن تتوفر في المدعي الشروط المتطلبة في الدعوى العادية من صفة و مصلحة وأهلية[2] ولا يجوز التدخل في الخصومة ولا يقبل الاعتراض المرفوع من الغير ضد أمر التنفيذ، أما من حيث النطاق الموضوعي للدعوى فهو الآخر محدد وعليه فان دعوى الأمر بالتنفيذ ليست بدعوى مبتدأه فعلى القاضي المطلوب إليه الأمر بالتنفيذ رفض جميع الطلبات الإضافية أو المقابلة المقدمة من المدعي او المدعى عليه والتي يكون من شأنها تعديل موضوع ما قضى به قرار التحكيم، هذا ويترتب على عدم اعتبار دعوى الأمر بالتنفيذ دعوى جديدة الآثار على الإثبات، ومنها انه لا حاجة للمدعي طالب التنفيذ في إثبات الوقائع التي يستند إليها طالما أن

[1] سليم بشير، مرجع سابق،ص 275.
[2] المادة 13 من قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،مرجع سابق،ص 04.

المشرع ألزمه بتقديم الوثائق التي بدورها تثبت في دعواه أي أن المدعى عليه يقع عليه عباً إثبات عدم سلامة القرار التحكيمي أي عدم توافر شروط الأمر بالتنفيذ[1].

-الفصل في دعوى التنفيذ:

ان مضمون الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في دولة القاضي المطلوب منه التنفيذ لا يخرج من إحدى الحالين: إما أن يمنح القاضي المعروض عليه النزاع الصيغة التنفيذية لهذا الحكم، وإما أن يرفض منحه الصيغة التنفيذية.

***منح الصيغة التنفيذية للحكم:**

إذا صدر الأمر بمنح الصيغة التنفيذية فانه بذلك قد قرر جميع الآثار التي يرتبها هذا الأخير بمقتضى منطوق هذا الحكم لا بالزيادة ولا بالنقصان اي يؤدي إلى ترتيب جميع الآثار طبقا لما جاء في منطوق الحكم الأصلي الذي شمله الأمر بالتنفيذ دون إجراء أي تعديل في هذا الحكم وتخضع إجراءات تنفيذ الحكم الأجنبي وطرق هذا التنفيذ إلى القانون الجزائري الذي يباشر القاضي بموجبه الأمر بالتنفيذ وبالمقابل للقاضي الذي يأمر بالتنفيذ السلطة التقديرية فيما يتخذه من إجراءات.

***رفض منح الصيغة التنفيذية للحكم:**

في حالة رفض إضفاء الصيغة التنفيذية على الحكم التحكيمي المراد تنفيذه لا يتوفر على الشروط المطلوبة الأساسية في التنفيذ فانه يرفض منح الصيغة التنفيذية لهذا الحكم وفي هذه الحالة فان هذا الحكم لا يحوز على قوة الشيء المقضي فيه أي لا يمكن لهذا الحكم أن يكون محلا لطلب جديد يتضمن منح الصيغة التنفيذية غير انه يمكن للمدعي أن يرفع دعوى جديدة مبتدأة أمام المحاكم الجزائرية للمطالبة بما قضى به الحكم الأجنبي الذي يرفض التنفيذ الطعن ضده[2].

[1] د.دمانة محمد،ط.د معنصري مريم، مرجع سابق،ص ص 159-160.
[2] د. دمانة محمد،ط.د معنصري مريم، مرجع سابق،ص 160.

الفرع الثاني : طرق الطعن في حكم التحكيم

"القاعدة الذهبية تنادي بعدم المساس بالأحكام القضائية بعد صدورها وذلك لضرورة استقرار الحقوق والمراكز القانونية، هذا الاستقرار لا يتحقق إلا إذا اكتسب الحكم المعني حصانة تحول دون المساس به سواء بتعديله أو إلغائه ولكننا من ناحية أخرى نجد أن هذه الأحكام تصدر عن بشر ليسوا معصومين من الخطأ سواء كان متعمداً أم غير متعمد"[1].

و في هذا الفرع سنتطرق الى طرق الطعن بأحكام التحكيم التجاري الدولي.

أولا: الطعن بالاستئناف في الامر القاضي برفض الاعتراف و رفض التنتفيذ

عند تقديم أحكام التحكيم التجاري الدولي أمام محاكم الدولة لغرض الاعتراف والتنفيذ، فإن هذه الأخيرة تفرض رقابتها على هذه الاحكام من حيث الشكل والموضوع، من خلال هذه الرقابة يتقاطع قضاء الدولة مع قضاء التحكيم، وتنحصر هذه الرقابة على طلب الاعتراف وطلب التنفيذ فقط، والتي قد ينجر عنها طعنا بطريق الاستئناف في الأمر القاضي برفض الاعتراف وبرفض التنفيذ أو طعنا ببطلان الحكم التحكيمي عند توفر الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2].

إن المادة 1055 من ق.إ.م.إ والمتعلقة باستئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ نجدها لم تأت على ذكر حالات محددة بذاتها، إلا أن المادة 1056 التي تليها أسست لأركان إستئناف الأمر القاضي بالاعتراف والقاضي بالتنفيذ والتي أجاز بموجبها المشرع ذلك في حالات ستة (6) بعدما كانت ثمانية (8) حالات في المادة 458 مكرر 23 من الأمر 66- 154 المتضمن قانون الإجراءات المدنيةو الإدارية[3] والتي جاءت على سبيل الحصر، وبموجبها يمكن للجهة القضائية المختصة فرض رقابتها على حكم التحكيم التجاري الدولي.

جاء في نص المادة 1056 من نفس القانون على أنه: لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية:

---

[1] منى فرح، التحكيم طريق بديل لحل المنازعات،دار الهدى، الجزائر،2010،ص160.

[2] المادة 1056 من قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،مصدر سابق،ص 94.

[3] الامر رقم 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، المؤرخ في 08 جوان 1966،الجريدة الرسمية،العدد 47،الصادرة 09 جوان 1966،المعدل و المتمم.

-إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناءًا على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.

-إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون

-إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة

-إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

-إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب.

-إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

وبخصوص آجال تقديم الاستئناف المذكور سلفا، جاء في نص المادة 1057 من ق.إ.م.إ على أنه: "يرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي خلال أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة"، وبالعودة إلى نص المادة 1054 من ق.إ.م.إ نجدها تحيلنا إلى المادة 3/1035 من نفس القانون، التي نصت على أن آجال استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ هو 15 يوم من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي.

أما من حيث الآثار المترتبة عن الطعن بالاستئناف، فإن القاضي يفصل إما بقبول الطعن أو رفضه، وهنا يجب التمييز بين حالتين:

-إذا كان الطعن بالاستئناف منصبا على الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ وتم الفصل فيه بتأييد الأمر المستأنف، يحق لصاحبه مباشرة إجراءات الاعتراف والتنفيذ، أما إذا تم

رفض الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ فإن الحكم لا ينفذ وتعود الأمور إلى ما كانت عليه قبل التحكيم.

-إذا كان الطعن بالاستئناف منصبا على الأمر القاضي برفض الاعتراف والتنفيذ وتم

الفصل فيه بتأييد الأمر المستأنف فإن الحكم التحكيمي لا يمكن تنفيذه، وأما إذا تم قبول

الاستئناف يعني هذا قبول الاعتراف والتنفيذ الشيء الذي يخول لصاحبه مباشرة

إجراءاتهما لامهار الأمر القاضي بذلك بالصيغة التنفيذية من قبل أمانة ضبط جهة الاستئناف[1].

ثانيا: الطعن بالبطلان في حكم التحكيم التجاري الدولي.

في التحكيم التجاري الدولي يمكن أن تكون أحكام التحكيم محل طعن بالبطلان، عند إخضاع هذه الاحكام لرقابة القاضي الوطني لغرض الاعتراف والتنفيذ، وفي هذا السياق يقول الأستاذ فيليب فوشار Philippe fouchard: "بحيث يُعترف للقاضي الفرنسي حق إبطال أحكام التحكيم الصادر في إقليمه، لكنه يُمنعُ عليه القيام بذلك بالنسبة للأحكام التحكيمية الصادرة في الخارج"[2].

وعلى هذا النحو سار المشرع الجزائري، فحكم التحكيم الذي صدر في الجزائر قد يكون محل طعن بالبطلان، وعند الرجوع إلى نص المادة 1058 من ق.إ.م.إ نجدها نصت على أنه: "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر بالجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه"، يستشف من ذلك أن حكم التحكيم الدولي الصادر بالجزائر هو الوحيد الذي يقبل الطعن بالبطلان، وبمفهوم المخالفة أن حكم التحكيم الصادر خارج الجزائر لا يقبل الطعن بالبطلان، وإنما تحكمه إجراءات الطعن بالاستئناف، وهو نفس ما كان عليه الأمر في قانون الإجراءات المدنية الملغى، الذي جاء فيه: "يمكن أن تكون القرارات التحكيمية الصادرة في الجزائر في مجال التحكيم الدولي موضوع طعن بالبطلان"[3].

في هذا السياق نص المشرع الجزائري على جواز رفع دعوى الطعن بالبطلان عند توفر الحالات المحددة والمنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 1058 ق.إ.م.إ التي أحالتنا بدورها إلى المادة 1056 من نفس القانون، التي ذكرت حالات ست (06) جاءت على سبيل الحصر، بتوفرها تؤسس دعوى البطلان، على غرار ما كان عليه الشأن في الأمر 66-154 الملغى الذي نص على حالات ثمان، حيث تم إلغاء حالة تمسك محكمة التحكيم خطأ

[1] المادة 1060 من قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،مصدر سابق،ص 95.
[2] حدادن طاهر،دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي،مذكرة لنيل شهادة الماجستير،04 جويلية 2012 ،جامعة مولود معمري كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم القانون تيزي وزو،ص 125.
[3] المادة 458 مكرر 25 من الامر رقم 66-154 الملغى المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سابق.

باختصاصها لأنها تدخل ضمن حالة إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية، وحالة إذا فصلت محكمة التحكيم زيادة عن المطلوب أو لم تفصل في وجه من وجوه الطلب[1].

بالوقوف على نص المادة 1056 يمكن حصر حالات الطعن بالبطلان في حالات متعلقة باتفاقية التحكيم، وحالات متعلقة بالخصومة التحكيمية وحالات متعلقة بحكم التحكيم.

-الحالات المتعلقة باتفاقية التحكيم.

نصت المادة 1040 من ق.إ.م.إ. في فقرتها الثانية على أنه: "يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تُبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة"، من خلال النص السالف الذكر نخلص إلى أن اتفاقات التحكيم تثبت بالكتابة وإلا عدت باطلة وكأنها غير موجودة وبالتالي عديمة الأثر، ونصت المادة 1008 من نفس القانون على أنه:

-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.

والمادة 1012 من نفس القانون نجدها نصت على أنه:

-يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع ...

من خلال هذه النصوص فإن التحكيم في مسائل الاهلية والنظام العام تجعل منه باطلا، كما أنه إذا كان اتفاق التحكيم غير مكتوب ولم يتم فيه تعيين المحكمين أو كيفية تعيينهم تجعل منه كذلك اتفاقا باطلا[2].

[1] المادة 458 مكرر 23 من الامر رقم 66-154 الملغى المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،المصدر نفسه.
[2] د نواصر الطاهر،الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر،مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية،مجلد12،العدد 3، 2023،ص 316.

-الحالات المتعلقة بالخصومة التحكيمية.

بالرجوع إلى نص المادة 1056 نجدها تناولت الحالات التي تجعل من حكم التحكيم باطلا، ونركز على الحالات المتعلقة بالخصومة التحكيمية، حيث جاء فيها:

-إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.

-إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

-إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

بالوقوف عند الفقرة الأولى السالفة الذكر فإن حكم التحكيم الصادر عن اتفاقية تحكيمية لم تحدد فيها أسماء المحكمين ولا كيفيات تعيينهم، يعد في حكم المعدوم، وأن جهة الرقابة الممثلة في رئيس المحكمة المختصة إذا ثبت لها أن تشكيل الهيئة التحكيمية مخالف للقانون فإن هذه الهيئة مآلها الإبطال وان حكم التحكيم الصادر عنها كأن لم يكن[1].

-الحالات المتعلقة بحكم التحكيم.

قد يتعرض حكم التحكيم الصادر بالجزائر للإبطال رغم أن اتفاقية التحكيم سليمة وإجراءات الخصومة التحكيمية صحيحة، ويكون ذلك بسبب وجود خلل يمس بذات الحكم إما بسبب انعدام أو تناقض في الأسباب أو أن حكم التحكيم قد صدر مخالفاً للنظام العام الدولي[2].

يعد تسبيب حكم التحكيم عنصر جوهري، بتخلفه يجعل حكم التحكيم غير منتج للأثار، حيث ألزم المشرع الجزائري أن تكون أحكام التحكيم مسببة وإلا تعرضت للإبطال عند إخضاعها لرقابة الجهات القضائية المختصة[3].

في حالات قد يكون حكم التحكيم الدولي الصادر بالجزائر مسبباً لكن خلله يكمن في أن هذه الأسباب يشوبها التناقض الشيء الذي يجعل منه كذلك حكماً قابلاً للإبطال[4].

---

[1] المادة 1058 الفقرة 1 من قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،مصدر سابق،ص 94.
[2] د نواصر الطاهر،الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر،نفس المرجع،ص 317.
[3] المادة 1027 الفقرة 2 من قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،مصدر سابق،ص 92
[4] المادة 1056 من قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،،المصدر نفسه،ص 94.

إذا كان غياب تسبيب الحكم التحكيمي او وجود تناقض فيه تجعله باطلا، فإن مخالفة هذا الحكم للنظام العام الدولي تجعله كذلك قابلا للإبطال، وفكرة النظام العام فكرة مرنة تختلف من زمن لآخر ومن دولة لأخرى ومن مجتمع لآخر وداخل نفس المجتمع[1].

ثالثا: الطعن بالنقض في حكم التحكيم التجاري الدولي.

يعد الطعن بالنقض من طرق الطعن غير العادية بموجبه يتم الطعن في القرارات الفاصلة في الموضوع والصادرة في آخر درجة عن جهات القضاء ممثلة في المحكمة والمجلس القضائي، حيث جاء في ق.إ.م.إ على أنه: " تكون قابلة للطعن بالنقض، الأحكام والقرارات الفاصلة في موضوع النزاع والصادرة في آخر درجة عن المحاكم والمجالس القضائية "[2].

وبخصوص الطعن بالنقض في احكام التحكيم التجاري الدولي، فإن المشرع الجزائري قد انفرد عن القوانين المقارنة عندما نص على الطعن بالنقض في هذا النوع من الاحكام، لأن معظم التشريعات كالمشرع المصري والمشرع الفرنسي لم تأخذ بهذا النوع من الطعن في التحكيم، ومرد ذلك أن إجراءات الطعن بالنقض تأخذ من الوقت ما يتعارض وخاصية السرعة التي تميز قضاء التحكيم، و قد تناول المشرع الجزائري الطعن بالنقض في نظام التحكيم في المادة 1061 ق.إ.م.إ التي كانت كافية لمعرفة طبيعة القرارات التي تقبل الطعن بالنقض وذلك بموجب الإحالة التي تضمنتها للمواد 1055 و1056 و1058 من نفس القانون والتي بموجبها يمكننا تقسيمها إلى قرارات موضوعها حكم التحكيم الدولي الصادر بالجزائر وقرارات موضوعها حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر[3].

1-القرار الذي موضوعه حكم التحكيم الصادر بالجزائر.

جاء في المادة 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن القرارات التي تقبل الطعن بالنقض هي الصادرة تطبيقاً لأحكام المواد 1055 و1056 و1058 من نفس القانون[4]، و لقد تضمنت المادة 1058 أحكام التحكيم الدولي الصادر بالجزائر، التي تقبل الطعن المباشرا

[1] ابراهيم رضوان الجغبير،بطلان حكم المحكم،الطبعة الأولى،دار الثقافة للنشر و التوزيع،الأردن،2009،ص 178.
[2] المادة 349 من قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،مصدر سابق،ص 29.
[3] د نواصر الطاهر،الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر،مرجع سابق،ص 318.
[4] المادة 1061 من قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،مصدر سابق ،ص 95

عن طريق الطعن ببطلان هذا الحكم، غير أنه لطالب التنفيذ الحق في الطعن بالبطلان بطريق الاستئناف كما يمكنه الطعن بالنقض في الأمر الصادر عن جهة الاستئناف ،

فالقرارات التي موضوعها حكم التحكيم الدولي الصادر بالجزائر و تقبل الطعن بالنقض هي كالاتي:

-القرار الصادر عن المجلس القضائي نتيجة الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي الصادر بالجزائر وفقاً لنص المادة 1058.

-القرار الصادر عن المجلس القضائي نتيجة استئناف الأمر القاضي برفض الاعتراف وبرفض التنفيذ لحكم التحكيم الدولي الصادر بالجزائر بمفهوم المخالفة للفقرة الثانية من المادة 1058.

-القرار الذي موضوعه حكم التحكيم الصادر خارج الجزائر.

و طبقا لنص المادة 1061 من ق.إ.م.إ، و التي تنص على تأسيس الطعن بالنقض في نظام التحكيم في القرارات التي تقبل الطعن بالنقض، مع استثناءات واردة في المادة 1058 من نفس القانون من جهة، ومن جهة أخرى فكل من المادة 1055 و1056 نصت على القرارات الصادرة عن استئناف أحكام التحكيم الصادرة خارج الجزائر والتي نذكرها كما يأتي:

-القرار الصادر عن المجلس القضائي نتيجة استئناف الأمر القاضي برفض الاعتراف وبرفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر وفقاً للمادة 1055 من ق.إ.م.إ

-القرار الصادر عن المجلس القضائي نتيجة استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بتنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر وفقاً للمادة 1056 من ق.إ.م.إ.

نشير إلى أن الأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر بالجزائر لا يقبل أي نوع من الطعون المقررة في نظام التحكيم، وهذا تماشيا ومقتضيات المادة 1058/2 من ق.إ.م.إ[1].

[1] المادة 1058 من قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،مصدر سابق،ص 94.

بالرجوع إلى نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بالتحكيم نجدها لم تأتي على ذكر أوجه خاصة يؤسس عليه الطعن بالنقض في حكم التحكيم التجاري الدولي، وفي حالة غياب نص خاص وتفاديا للتأويل واستقراراً للنصوص القانونية فإنه يتعين الرجوع إلى القواعد والأحكام العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي تضمن ثمانية عشرة (18) حالة تُؤسس بموجبها أوجه الطعن بالنقض للأوامر والقرارات المستأنفة والصادرة على جهات الدرجة الثانية، وهذه الحالات تتمثل في ما يلي[1].

-مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات.

-إغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات.

-عدم الاختصاص.

-تجاوز السلطة.

-مخالفة القانون الداخلي.

-مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة.

-مخالفة الاتفاقيات الدولية.

-انعدام الأساس القانوني.

-انعدام التسبيب.

-قصور التسبيب.

-تناقض التسبيب مع المنطوق.

-تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار.

[1] المادة 358 من قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،مصدرسابق،ص 30.

-تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة، عندما تكون حجية الشيء المقضي فيه قد أثيرت بدون جدوى، وفي هذه الحالة يوجه الطعن بالنقض حتى ضد آخر حكم أو قرار من حيث التاريخ، وإذا تأكد هذا التناقض، يفصل بتأكيد الحكم أو القرار الأول.

-تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي، وفي هذه الحالة يكون الطعن بالنقض مقبولاً، ولو كان أحد الأحكام موضوع طعن بالنقض سابق انتهى بالرفض، وفي هذه الحالة يرفع الطعن بالنقض حتى بعد فوات الأجل المنصوص عليه في المادة 354 أعلاه، ويجب توجيهه ضد الحكمين، وإذا تأكد التناقض، تقضي المحكمة العليا بإلغاء أحد الحكمين أو الحكمين معاً.

-وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار.

-الحكم بما لم يطلب أو أكثر مما طلب.

-السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية.

-إذا لم يدافع عن ناقصي الأهلية.

وتجدر الإشارة إلى أن الحالات الواردة في المادة 358 السالفة الذكر جاءت على سبيل الحصر، غير أنه يمكن للمحكمة العليا ومن تلقاء نفسها إثارة أوجه جديدة يؤسس بموجبها الطعن بالنقض، حيث جاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "يجوز للمحكمة العليا أن تثير من تلقاء نفسها وجها أو عدة أوجه للنقض"[1].

وبخصوص الآجال المقررة لممارسة إجراءات الطعن بالنقض، فإنه في غياب نصوص قانونية تنظم الطعن بالنقض في أحكام التحكيم التجاري الدولي، فإن الآجال المقررة لممارسة هذا الطعن هي نفسها الآجال المقررة في القواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث جاء في الفرع الثاني من الفصل الاول المتعلق بالطعن بالنقض على أنه:

-إذا تم التبليغ للمعني شخصياً فإن أجل ممارسة الطعن بالنقض هو شهرين (2) تبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي له.

[1] المادة 360 من قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،مصدر سابق،ص 30

-إذا تم التبليغ للمعني في موطنه الحقيقي أو المختار يمدد الأجل إلى ثلاثة أشهر (3) تبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي له[1].

[1] المادة 354 من قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،مصدر سابق ،ص 30.

خلاصة الفصل الثاني:

يتبوأ التحكيم مكانة متميزة كبديل لفض نزاعات عقود الاستثمار الأجنبية، لاسيما في عصر يتسم برغبته الشديدة والمؤكدة لاستبدال الطرق التقليدية لحل هذه المنازعات على وجه الحسم، والتي باتت لا تتماشى مع خصائص الحياة الجديدة، ومميزاتها العصرية.

وعليه نخلص في هذا الفصل للتعرف على إجراءات التحكيم التجاري الدولي ودوره الحاسم في تسوية النزاعات العالقة بين المستثمر والدولة المضيفة، ويتأتى ذلك من خلال دراسة الشروط الموضوعية والشكلية اللازمة لصحته ومن ثمة التأكيد على أهمية صياغته التي تكفل ترتيبه لأثاره، بحيث أمكن لنا إدراك أهميته وأساسه الذي يرتكز عليه، ومعرفة النتائج و الآثار التي تفضي إليها هذه الآلية البديلة، كتنفيذ الأحكام الناتجة عن الخصومة التحكيمية، أو الطعن فيها بأحد الطرق العادية أو غير العادية.

الخـــاتـــمـــة

وخلاصة القول فإن التحكيم التجاري الدولي يعد عنصرا أساسيا في عقود الاستثمار الأجنبية، كما أن له دور فعال وذلك من خلال المزايا التي يوفرها للمستثمرين عند ابرام عقودهم مع الدول الجالبة لهذه الاستثمارات، فجميع هذه العقود لا تكاد تخلو من شرط إحالة جميع منازعاتها إلى التحكيم التجاري، فالمستثمر الأجنبي يصر دائما على إضافة شرط التحكيم نظرا للمزايا التي يوفرها التحكيم إليه، وذلك من خلال مختلف الضمانات المقدمة له، خاصة التي توفر له الحماية القانونية، ومن بين هذه الضمانات إقرار نظام خاص لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي بما يتوافق وطبيعتها القانونية وكذا خصوصيتها، سواء في التشريع الوطني أو الدولي، مع تأطير مبدأ سلطان الإرادة في عقود الاستثمار الاجنبي في هذا المجال بما يخدم مصالح الطرفين، (الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الاجنبي)، في حين أن الدولة المضيفة للاستثمارات تجد نفسها دائما ملزمة بقبول شرط التحكيم، فبدون إضافة هذا الشرط، لا تتمكن من جذب عقود الاستثمارات الأجنبية.

حيث وبعدما تطرقنا لكافة المسائل المتعلقة بموضوع هذه الدراسة الموسومة بدور التحكيم التجاري الدولي في فض المنازعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي، نخلص إلى مجموعة من النتائج حاولنا من خلالها الاجابة عن الإشكالية المطروحة والتي سبق وأن تناولناها في مقدمة الدراسة مع اقتراح بعض التوصيات قد تكون محل اعتبار في يوم ما.

أولا: النتائج:

1- لقد تعددت تعاريف الفقه للتحكيم إلا أنه بكونه ضمانة إجرائية للاستثمار فأنه يعرف بأنه طريق استثنائي يلجأ إليه أطراف عقد الاستثمار بناءاً على إتفاقهما المتخذ أما شرطا يرد ضمن بنود عقود الاستثمار قبل نشوء النزاع أو مشارطة تحكيم تبرم قبل أو بعد نشوء النزاع وذلك بهدف حل نزاعاتهم بعيدا عن المماطلة بحكم ملزم ونهائي وغير قابل للطعن.

2 – تبين لنا أن التحكيم يتمتع بعدة مزايا تجعله الملاذ الذي تلجأ إليه الأطراف المتعاقدة من حيث مرونته بالشكل الذي يتلاءم مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار، خاصة وأن هذه العقود تمتاز بأنها تحتاج إلى فترة زمنية طويلة لكي تنفذ بالإضافة إلى امتياز التحكيم بالسرعة في حسم هذه المنازعات في أسرع وقت ممكن مقارنة بما يستلزمه الأمر في الجهات القضائية، وبالتالي عدم خضوع المستثمرين إلى قضاء الدولة.

3– كل حكم تحكيمي دولي صادر في أي دولة يعترف به في الدول الأخرى. حسب اتفاقية نيويورك 1958 لسنة

4– إن تولي المستثمر بمباشرة الدعوى بنفسه في مواجهة الدولة المسؤولة عن الضرر يحقق له حماية قانونية أفضل من تلك التي تكفلها له مباشرة دولة الجنسية بذاتها للدعوى, ويعود ذلك الى عدم التساوي بين الاطراف, حيث يوجد كل منهما في مركز قانوني مختلف عن الآخر, وقوة مركز الدولة الخصم بالنسبة إلى الفرد الشاكي.

ثانيا: التوصيات:

1– يجب صياغة نموذج عقود الاستثمار من طرف مختصين في هذا المجال وتوضيح كل البيانات المتعلقة بالمحكمين واتفاق التحكيم وسير الإجراءات، والقانون الواجب التطبيق و ما يترتب على إنهاء أو فسخ العقد من تبعات قانونية و هذا لا يتأتى إلا بتكوين إطارات مختصة في جميع الجوانب و بطريقة مستمرة و بمختلف اللغات.

2 – العمل على تنمية وتطوير التحكيم المتعلق بالاستثمار وازالة العقبات التي تعترض مسيرته إلى الأمام، وبشكل خاص لتخفيف قدر الإمكان من القيود التي تقف في تنفيذ قرار التحكيم، سواء كانت اجرائية أو تتعلق بحالات عدم تنفيذه.

3 – محاولة إيجاد آلية تنسيق وتعاون بين المراكز الدولية للتحكيم في العالم بخصوص نشر الأحكام المتعلقة بالاستثمار حتى تساهم في تسهيل تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار و

بتوفير أعباء التنقل و السفر و تجنب تضييع الوقت، وكذا اتخاذ الاحتياطات اللازمة لذلك ولتكن في شكل منصة دولية الكترونية.

4 – تشجيع الجامعة الجزائرية على إعداد الدراسات والبحوث القانونية والفنية في المسائل المتعلقة بالتحكيم وإقامة الدورات التدريبية والملتقيات الوطنية والدولية وبرامج التوعية والتحسيس حتى تتصدى للمشكلات الحقيقية للتحكيم وحماية الخزينة من صرف أموال طائلة بسبب خسائر الكثير لقضايا التحكيم

قائمة المصادر

والمراجع

المصادر و المراجع

أولا: المصادر باللغة العربية:

1-القوانين الوطنية:

- القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري،المؤرخ في 25 فيفري 2008،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد بتاريخ 21،23 افريل 2008، المعدل والمتمم.
- القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 اوت 2016،يتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46،الصادرة بتاريخ 03 اوت 2016،الملغى.
- القانون رقم 22-18 مؤرخ في 24 يوليو سنة ،2022 يتعلق بالاستثمار، ج ر، العدد ،50 بتاريخ 28 يوليو سنة .2022

2-الأوامر الوطنية :

- الامر رقم 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المؤرخ في 08 جوان1966، الجريدة الرسمية، العدد 47،الصادرة 09 جوان 1966،الملغى.
- الأمر رقم 75-58،المؤرخ في 26 سبتمبر 1975،يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78،الصادرة في 30 سبتمبر 1975،المعدل و المتمم.

2-القوانين الأجنبية:

- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي UNCITRAL الصادر عام 1985
- قانون الإجراءات المدنية المغربي لعام 1974المعدل والمتمم بالقانون 08-05 الخاص
- قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001
- قانون التحكيم التونسي رقم 42 لعام 1993
- قانون التحكيم المصري رقم 27، سنة 1994
- من هذه القوانين قانون الاستثمار المصري رقم 8 لسنة 1997 من المادتين (8 ،9) بالتحكيم من المادة (12) منه، وقانون الاستثمار الكويتي لسنة 2000 في المادة (8) والدستور الأردني لسنة 1952.

3-الاتفاقيات الدولية:

- اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي سنة 1961.
- اتفاقية واشنطن تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى و الموقعة في 1965/03/18 .
- اتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية و تنفيذها لسنة 1958.

ثانيا:المراجع باللغة العربية :

1: الكتب:

- ابراهيم رضوان الجغبير،بطلان حكم المحكم،الطبعة الأولى،دار الثقافة للنشر و التوزيع،الأردن،2009.
- إبراهيم شحاتة معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر، دار النهضة العربية القاهرة، 1973.
- أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة4 ،2013.
- جابر فهمي عمران،الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية(حمايتها-تسوية منازعاتها)،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية-مصر،2013.
- حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة 1 ،2007.
- د عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، الجزء الأول،دار النهضة العربية القاهرة، 1988 .
- د ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994.
- د. إبراهيم محمد العناني اللجوء إلى التحكيم الدولي، القاهرة، دار الفكر العربي، 1973.
- د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2000.
- د. أحمد أبو الوفاء الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية القاهرة، 2002.

- د. أحمد عبد الكريم سلامه، قانون العقد الدولي القاهرة، دار النهضة العربية 2001.
- د. إدوارد عيد، موسوعة أصول المحاكمات المدنية، الجزء 12.
- د. حسام الدين فتحي ناصف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية القاهرة 1999.
- د. حفيظة السيد الحداد الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1.
- د. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،1966.
- د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة،1996.
- د. رمضان صديق محمد، الضمانات القانونية والحوافز الضريبية لتشجيع الاستثمار، دراسة مقارنة بين القانون رقم 8 لسنة 1997 والقانون رقم 23 لسنة 1989 على ضوء آراء أحكام الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، 1998.
- د. سامية راشد التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة،1984.
- د. سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول القاهرة، دار النهضة العربية، 2000.
- د. طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر،2008.
- د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص مكتبة النصر، جامعة القاهرة، 1992.
- د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة،1993.
- د. عصام الدين بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة الآخذة في النمو، القاهرة، دار النهضة العربية، 1972.

- د. لما أحمد كوجان التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، وفقاً لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، منشورات رين الحقوقية،2008.
- د. محسن عبد الحميد إبراهيم،النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام الجزء الأول، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء بالمنصورة،1997.
- د. محمد حسين منصور، العقود الدولية،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،دون تاريخ نشر.
- د. محمد لبيب شنب المسؤولية عن الأشياء، دراسة في القانون المدني المصري مقارناً بالقانون الفرنسي، مكتبة النهضة المصرية القاهرة 1957 .
- د. محي الدين اسماعيل منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، دون ناشر، 1986.
- د. مصطفى العوجي، العقد والمسؤولية المدنية، الجزء الأول العقد، مؤسسة مجسون للنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثالثة، 2003.
- د. نبيل بشر، المسؤولية الدولية في عالم متغير القاهرة، دار النهضة العربية، 1994.
- د. هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول العربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2002.
- د.خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات للدول العربية و الأجنبية و الاتفاقيات الدولية و خصوصية مركز واشنطن، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى،الأردن،2014.
- د.نجيب أحمد عبد الله الجبالي،التحكيم في القوانين العربية،دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و الأنظمة الوضعية،المكتب الجامعي الحديث،الإسكندرية، 2006.
- رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر،الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة، و دور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر،الطبعة الأولى،2011.
- شيرزاد حميد هروري،منازعات الاستثمار بين القضاء والتحكيم،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية–مصر،2018.

- العلا أبو العلا، تكوين هيئات التحكيم، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1 ،2000.
- عماد حبيب،القانون الاقتصادي الدولي،نينوى للدراسات والنشر و التوزيع،2001.
- فتحي والي،قانون التحكيم في النظرية و التطبيق،ط1،منشأة المعارف،الإسكندرية،2007.
- ليندا جابر،القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي،المؤسسة الحديثة للكتاب،لبنان،2014.
- محمود مختار بريري،التحكيم التجاري الدولي،دار النهضة العربية،القاهرة–مصر،2007.
- مصطفى محمد الدسوكي، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية بالوسائل الودية والقضائية، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني،دار الكتب القانونية،دار شتات للنشر و البرمجيات،مصر–الامارات،2016.
- معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر،1997.
- منى فرح، التحكيم طريق بديل لحل المنازعات،دار الهدى، الجزائر،2010.
- منى محمود مصطفى،الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر و دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار،دار النهضة العربية،القاهرة،1990.

2: أطروحات الدكتوراه:

- بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،دون ناشر،القاهرة،جامعة عين شمس،رسالة دكتوراه،2004.
- سليم بشير،الحكم التحكيمي و الرقابة القضائية،أطروحة مقدمة لنيل دكتوراه في العلوم القانونية،جامعة الحاج لخضر،باتنة،2011.
- سي فضيل الحاج، آليات فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر،أطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة عبد الحميد بن باديس–مستغانم،سنة 2019/2018.
- غسان علي علي،الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها،رسالة دكتوراه،جامعة عين شمس،2004.

- قبايلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشطن، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة مولود معمري،تيزي وزو،2012.
- ماهر محمد صالح عبد الفتاح،اتفاق و حكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية،أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه،كلية الحقوق جامعة القاهرة،2004.
- محمود محمد ياقوت، مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، دون ناشر 1998.
- هشام محمد أحمد خالد عقد ضمان الاستثمار والقانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق جامعة الإسكندرية، دون ناشر، 1986.

3: رسائل الماجستير:

- أحمد ولد جيلاني، التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار للتشريعات الوطنية و معاهدة واشنطن لتسوية نزاعات الاستثمار لعام 1965 ،رسالة ماجستير،معهد البحوث و الدراسات العربية،2004.
- حدادن طاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي،مذكرة لنيل شهادة الماجستير،04 جويلية 2012 ،جامعة مولود معمري كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم القانون تيزي وزو.
- دحمائي فريدة ، القوة الإلزامية للحكم التحكيمي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة اكلي محند اولحاج–البويرة، .2018
- فؤاد محمد محمد أبو طالب،التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار وفقا لاحكام القانون الدولي العام،دراسة مقارنة،دار الفكر الجامعي،رسالة ماجستير،2010.
- منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار،رسالة ماجستير،كلية الحقوق،جامعة قسنطينة1،الجزائر،2013–2014.

4: المذكرات:

- شرابن حمزة،تنفيذ القرارات التحكيمية المترتبة عن منازعات التجارة الدولية،مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء،الجزائر 2008.

5: المقالات العلمية :

- حيرش نور الدين/ يحياوي سعاد، "موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي"، المجلة الجزائرية للأمن الإنساني، جامعة معسكر، العدد 01 (المجلد 06)، 01-01-2021،
- د نواصر الطاهر،الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر،مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية،مجلد12،العدد 3، 2023.
- د. عبد الباقي نعمة، نزع الملكية امتياز مقرر للإدارة دراسة مقارنة مجلة العلوم القانونية والسياسية، مجلد 2 ،ع1، 1978.
- د.دمانة محمد،ط.د معنصري مريم،إجراءات تنفيذ احكام التحكيم التجاري في الجزائر،مجلة الدراسات القانونية و السياسية،ع:4،جوان 2016،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة عمار ثليجي،الاغواط،الجزائر.
- د.ليلى بن حليمة،خصوصية و آثار حكم التحكيم في الجزائر،مجلة الحقوق و العلوم الانسانيةالمجلد 12،العدد الاول،ماي 2019.
- شعران فاطمة، "اتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد الثاني، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي، أحمد بن يحي الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر، ديسمبر، 2016،
- ط.د رقاب عبد القادر و د. زروق يوسف،القانون الواجب التطبيق على التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي عقد الفرنشيز انموذجا،مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية،مجلد 5،العدد1، 2020.
- العرباوي نبيل صالح، "اتفاق التحكيم"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 25، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، جوان، 2016،

6: البحوث و المجلات العلمية :

- احمد عبد الكريم سلامة،القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم،المجلة المصرية للقانون الدولي،القاهرة 2008.
- د. إبراهيم أحمد إبراهيم اختيار طريق التحكيم ومفهومه في إطار مركز حقوق عين شمس للتحكيم، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية العدد السابع، تموز يوليو 2001.
- –د. إبراهيم شحاتة، التحكيم في مجال التجارة الدولية والاستثمار الدولي مع اهتمام خاص بالتحكيم عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة مصر المعاصرة/السنة الثمانون، العددان417–418، يوليو، القاهرة،1989.
- د. محمد محمد بدران،الجوانب القانونية و الفنية لحكم التحكيم،دراسة في قانون التحكيم المصري بحث منشور في مجلة التحكيم،العدد 70،المركز اليمني للتوفيق،دون ناشر،ديسمبر 2005.

7–الملتقيات و الندوات العلمية :

- حمزة أحمد حداد،حكم التحكيم شروطه و صحته، بحث مقدم لدورة التحكيم في العقود الهندسية و الانشائية و اعداد المحكمين،عمان، الأردن،2008.
- د. قيس جواد الغزاوي الضمانات السياسية الاقتصادية والأجنبية للاستثمار عربياً واوروبياً، آفاق وضمانات الاستثمارات العربية الأوروبية، أعمال المؤتمر الدولي التاسع الذي نظمه مركز الدراسات العربي الأوروبي في بيروت – 15/2/2001، الطبعة الأولى، تموز 2001.
- د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار، بحث منشور، كلية الحقوق جامعة المنصورة.
- د. عكاشة محمد عبد العال الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الاجنبية، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الاستثمارات العربية الأوروبية في بيروت من 13 إلى 15/2/2001 ،منشور ضمن مؤلف بعنوان :آفاق و ضمانات الاستثمارات العربية الأوروبية،إعداد مركز الدراسات العربي – الأوروبي،الطبعة الأولى،2001.

- د.عبد الحميد الأحدب آليات فض النزاعات من خلال الاتفاقيات الاستثمارية العربية الأوروبية، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الاستثمارات العربية – الأوروبية الذي نظمه مركز الدراسات العربي الأوروبي في بيروت من 13 إلى 15/2/2001 ،منشور ضمن مؤلف بعنوان :آفاق و ضمانات الاستثمارات العربية الأوروبية، إعداد مركز الدراسات العربي – الأوروبي، الطبعة الأولى،2001.

8:المواقع الالكترونية:

- الطاهر برايك، تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي عن طريق التحكيم التجاري لدى التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد العاشر، ع2، قواعد البيانات الرقمية، المنهل، دار المنظومة، والمعرفة، المجلة موجودة على الموقع الالكتروني للبوابة الجزائرية للمجالات العلمية،www.asjp.cerist.dzوالمقال على الرابط الإلكتروني ، .https://www.asjp.cerist.dz/en/article/31422
- معين عمر المومني، هيئة التحكيم و دورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في التحكيم التجاري الدولي، مقال منشور على الموقع الالكتروني:www.jilrc.com.

ثالثا: المراجع باللغة الأجنبية:

1:المراجع باللغة الفرنسية:

أ-الكتب:

1. D moustefa trari tani,droit algerien de l’arbitrage commercial international,1er edition,berti
2. Mireille taok, les modes alternatives des règlements ces conflits, editions delta, beyrouth liban,2009.

ب-أطروحات الدكتوراه:

1. Franck Nicéphore yougone, arbitrage commercial international et Développement, thèse de doctorat en droit, université

Montesquieu,2013.

2: المراجع باللغة الإنجليزية:

أ-الكتب:

1-George Piter, arbitration and the courts, the arbitrator journal, paris 2 university, vol 73 N7,2002.

ب-المقالات العلمية:

2-Lin (LL) and Allison (J.R) An Analysis of Expropriation and Nationalization Risk in Chi, Vol 19, 1994.

الفـــهـــــرس

الفصل الأول:منازعات الاستثمار الأجنبي التي تدخل ضمن اختصاص التحكيم التجاري الدولي 4

المبحث الأول: ماهية منازعات عقود الاستثمار الاجنبي 6

المطلب الأول : مفهوم منازعات عقود الاستثمار الأجنبي 6

الفرع الأول: تعريفها 6

الفرع الثاني : الطبيعة الخاصة لمنازعات عقود الاستثمار الاجنبي 7

المطلب الثاني: أنواع منازعات الاستثمار الأجنبي التي تدخل ضمن اختصاص التحكيم 8

التجاري الدولي 8

الفرع الأول: المنازعات الناتجة عن التغير في شروط التعاقد 9

الفرع الثاني: المنازعات الناتجة عن الإجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار 17

المبحث الثاني : مبررات اللجوء للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار 27

المطلب الأول: أهم مزايا التحكيم التي تتناسب مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار 28

الفرع الأول: السرعة في الإجراءات 28

الفرع الثاني : السرية في التحكيم 29

الفرع الثالثً: التحكيم قضاء متخصص 29

الفرع الرابع: حرية الأطراف في ظل التحكيم 30

المطلب الثاني : تمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم كضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار 30

الفرع الأول: شرط التحكيم 31

الفرع الثاني: مشارطة التحكيم 33

الفصل الثاني: إجراءات فض منازعات الاستثمار الأجنبي عن طريق التحكيم التجاري الدولي 37

المبحث الأول: مرحلة ما قبل صدور الحكم التحكيمي 39

المطلب الأول : تحريك دعوى التحكيم 39

الفرع الأول: بدء إجراءات التحكيم 39

الفرع الثاني : تشكيل هيئة التحكيم 43

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على التحكيم 47

الفرع الأول : القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم 47

الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع 52

المبحث الثاني: مرحلة ما بعد صدور الحكم التحكيمي 58

المطلب الأول: صدور الحكم التحكيمي في منازعات الاستثمار الأجنبية..... 58

الفرع الأول: البيانات الشكلية 60

الفرع الثاني: البيانات الموضوعية 62

المطلب الثاني: تنفيذ حكم التحكيم وطرق الطعن فيه..... 65

الفرع الأول : الاعتراف و تنفيذ حكم التحكيم..... 65

الفرع الثاني : طرق الطعن في حكم التحكيم 73

ملخص:

إن التحكيم التجاري الدولي يعد الأداة الأكثر نجاعة بسبب دورها في حماية الاستثمار من المنازعات التي قد تنشأ عنه، خاصة الاستثمار الأجنبي نتيجة تأثيره على البعد الاقتصاد الدولي، هذا من جهة، ومن جهة اخرى كونه الوسيلة التي اختارها أطراف النزاع بخالص إرادتهم لحل نزاعهم، وما سلكهم في هذه الطريق سوى أنها طريق الأمان نحو إنجاز استثماراتهم والحفاظ على مصالحهم، فمن جهة المستثمر تحقيق الأرباح ومن جهة الدولة استمرار النشاط الاقتصادي والقضاء على الفقر والهشاشة الاجتماعية،

وعليه، يعتبر التحكيم التجاري الدولي من بين أهم الضمانات التي تجلب المستثمرين الأجانب وتشجعهم على ضخ أموال كثيرة دون أي مخاوف من قوانين الدول المضيفة وفرض سيادتها وتغيير القوانين متى ما شاءت وكيف ما شاءت، فالتحكيم هو قضاء الأطراف المتنازعة.

Abstract:

International commercial arbitration is considered the most effective tool because of its role in protecting investment from disputes that may arise from it, especially foreign investment, as a result of its impact on the international economic dimension, on the one hand, and on the other hand, because it is the means chosen by the parties to the dispute of their pure will to resolve their dispute, and What they took on this path is that it is a safe path towards completing their investments and preserving their interests. On the investor's side is achieving profits, and on the state's side is the continuation of economic activity and the elimination of poverty and social fragility.

Accordingly, international commercial arbitration is considered among the most important guarantees that attract foreign investors and encourage them to pump a lot of money without any fears of the laws of the host countries, imposing their sovereignty, and changing the laws whenever they want and how they want. Arbitration is the judiciary of the conflicting parties.