جامعة عبد الحميد ابن باديس بمستغانم
كلية الحقوق و العلوم السياسية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر

تخصص : قانون خاص معمق

تحت عنوان :

فعالية التحكيم في حماية الاستثمار على ضوء القانون الجزائري

من إعداد الطالبة:
منصورية مشهود

تحت إشراف الأستاذة:
عائشة بوعيزم

أعضاء لجنة المناقشة:

أ. بحري أم الخير	رئيسا
أ. بوعيزم عائشة	مشرفا و مقررا
أ. مجبر فتيحة	مناقشا

السنة الجامعية : 2017/2016

إهداء

إلى وطني الغالي الجزائر ... رعاها الله سبحانه

إلى أمي و أبي ... حفظهما الله تعالى

إلى أخي و أسرته و أختي و أسرتها...

إلى محمد شمس الدين و زكريا عبد النور و علي ...

إلى كل زملائي بالمدرسة الوطنية للإدارة ...

إلى كل زملائي بجامعة عبد الحميد ابن باديس بمستغانم ...

إلى كل زملاء العمل ...

إلى كل من يعرفني ...

إلى كل من علمني حرفا ...

قول مأثور

هنـــاك قـــول مـــأثور: "حيثمـــا يوجـــد الاســـتثمار، يوجـــد التحكـــيم"، و هذا القول المأثور يعتبر اكتشافا حقيقيا من الصعب الاعتراض عليه.

فحيثما ينتقل صاحب مشروع استثماري عبر الحدود، تبرز مجموعة من المشاكل منها على سبيل المثال لا الحصر، مشاكل الثقافة و اللغة و القـــانون و العـــادات و الممارســـات، وهـــذه المشـــاكل تتزايـــد صـــحتها في مواجهة واقع اليوم، حيث إن العمليات التجارية والمشاريع المشتركة الأجنبية والاستثمارات المباشرة بالخارج، لم تعد هي الاستثناء، كما حدث في الماضي، لكنها هي القاعدة الآن لنظام اقتصادي عالمي.

و في ذلك السيناريو فإن الحاجة تبدو ملحة لوجود نظام فعال و كاف للبت في المنازعات إلى حد أن التحكيم يبدو حتى الآن الأداة الأساسية التي تستطيع أن تضمن للعاملين في المجال الدولي احترام حقوقهم و مصالحهم في حالة حدوث نزاع بين أطراف أجنبية.

د.جوجينو برنيني

قائمة المختصرات

1.ق إ م إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية

2.ج ر : جريدة رسمية

3.د : دكتور

4.أ : أستاذ

5.ط : طبعة

6.ص : صفحة

7. ج : جزء

مقدمة

مقدمة :

أدت التطورات الاقتصادية المعاصرة إلى تزايد اتجاه الدول النامية منها و المتقدمة نحو تشجيع الاستثمار، ولاسيما الأجنبي باعتباره أداة مهمة في دفع عجلة التنمية الاقتصادية بمختلف جوانبها، حيث عملت هذه الدول على توفير العديد من الحوافز و الضمانات خاصة القانونية من خلال تشريعاتها المختلفة و بالخصوص تلك المتعلقة بالاستثمار.

و لعل من أهم هذه الضمانات تكريس اللجوء إلى التحكيم لحل ما يثور من النزاعات التي قد تنشأ بين أطراف عقود الاستثمار، حيث تتمتع هذه العقود بخصوصية ناجمة عن عدم تكافؤ المركز القانوني.

كما أن التطورات الحديثة في علم تنازع القوانين أدى إلى هروب أطراف العلاقات ذات الطابع الدولي من القضاء الوطني في العديد من الدول و تحبيذ التحكيم لحل ما ينجم بشأن علاقاتهم من منازعات، حيث وجد أن أفضل حل لمشكلة المعاملات الدولية هو ذلك الذي يحقق العدالة ويطبق القواعد التي يتوقع الأطراف أن تحكم علاقاتهم وهو التحكيم، خاصة و أن اللجوء إليه في الأصل اختياري يقوم على إرادة الأطراف[1].

وكل هذه العوامل و غيرها ساعدت على ازدهار التحكيم وتفضيله من طرف المتعاملين في مجال الاستثمار على القضاء، حيث قوبل بالاهتمام البالغ على المستويين

1 د.خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2014 ص 25.

الـداخلي والـدولي، فتصـدت تشـريعات مختلـف الـدول لتنظيمـه ووضـع قواعـده وتنظـيم أحكامه.

وبسبب زيادة أهمية التحكيم الدولي ودوره الفعال في حماية الاستثمار فقد حظي باهتمام مختلف الدول التي أبرمت العديد من الاتفاقيات والبروتوكولات بشأنه وأنشئت الكثير من مراكز التحكيم الدائمة.

و الجزائر على غرار هذه الدول اهتمت منذ الاستقلال بالتحكيم حيث نظمت أحكامه ضمن الأمر 66ـ 154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية[2]. كما صادقت عام 1988 على اتفاقية نيويورك بشأن، الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة في 1958/06/10 .

لكن رغم ذلك لم يكن الاعتراف بالتحكيم التجاري الدولي واضحا وفعليا إلا بعد صدور المرسوم التشريعي 93 . 09 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل و المتمم للأمر 66 . 154 و الذي طورت أحكامه في القانون 08 /09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلى جانب اعتماد التحكيم كضمان قانوني للاستثمار من خلال القانون 16 . 09 المؤرخ في 2016/08/03 المتعلق بترقية الاستثمار.

2 د. عبد الحميد الأحدب، قانون التحكيم التجاري الجزائري، مجلة المحكمة العليا،الجزء الأول، 2009، ص 21.

و من أسباب هذا اختيار الموضوع أهميته و تأثيره على جذب الاستثمار حيث أصبح من مواضيع الدراسة في مختلف الملتقيات والمؤتمرات ومحط أنظار المهتمين بالمجال نظرا للدور الذي يلعبه في فض منازعات الاستثمار.

حيث في هذا البحث نحاول تسليط الضوء على جانب من الموضوع يتعلق بفعالية التحكيم في حماية الاستثمار على ضوء القانون الجزائري بطرح الإشكالية التالية:

كيف يعمل التحكيم على حماية الاستثمار على ضوء القانون الجزائري ؟

و نظرا لخصوصية موضوع البحث و الإلمام بالقضايا المرتبطة به تم اعتماد المناهج التالية :

أولا : المنهج الوصفي : الذي يعتمد على نقل المعلومات و وصف الأحداث و المعطيات القانونية .

ثانيا: المنهج التحليلي : و الذي يعتمد على تحليل كل جزئية من جزئيات الموضوع في النصوص القانونية الوطنية و الدولية المتعلقة بموضوع البحث.

ثالثا: المنهج المقارن : لان البحث لا يقتصر على تناول موضوع فعالية التحكيم في حماية الاستثمار في نظام قانوني واحد و إنما يتناوله أيضا في بعض الأنظمة القانونية الأخرى كالقانون المصري و الأردني و التونسي إلى جانب الاتفاقيات الدولية كاتفاقية نيويورك و اتفاقية واشنطن و قواعد التحكيم التجاري الدولي للأمم المتحدة و اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري.

ولدراسة هذا الموضوع تم تقسيم البحث إلى فصلين كما يلي :

الفصل الأول : يتناول فكرة التحكيم في عقود الاستثمار حيث تم التطرق إلى التحكيم كآلية لحماية الاستثمار من خلال ماهية ومفهوم الاستثمار و كذا المبررات و الخصائص التي أدت للجوء إليه إلى جانب المشاكل التي تزحم عن عقود الاستثمار و التي تواجه التحكيم بصددها.

الفصل الثاني : يعالج كيفية ضمان فعالية التحكيم في حماية الاستثمار من خلال المبادئ القانونية التي يجب أن يقوم عليها ودور التحكيم المؤسسي في تكريسها بالإضافة إلى تفعيل الإجراءات التحكيمية.

الفصل الأول

فكرة التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

المبحث الأول: التحكيم كآلية لحماية الإستثمار

المطلب الأول: مفهوم التحكيم في مجال الاستثمار

المطلب الثاني: ضرورة اللجوء إلى التحكيم الاستثماري الدولي

المبحث الثاني: المشاكل الخاصة بالتحكيم الاستثماري الدولي

المطلب الأول: منازعات عقود الاستثمار

المطلب الثاني: المشاكل الخاصة بالتحكيم في مجال الاستثمار

الفصل الأول: فكرة التحكيم في منازعات عقود الاستثمار:

يعد التحكيم إحدى وسائل حسم منازعات الإستثمار، وهو طريق إستثنائي يقوم في الأصل على إرادة الأطراف، حيث يلجأ إليه الخصوم لحل النزاع دون المحكمة المختصة، وهي وسيلة قديمة حيث كانت بداية الوظيفة القضائية وظيفة تحكيمية، إلا أن أهميته ازدادت بعد إنشاء الأمم المتحدة.

حيث أصبح التحكيم من أهم الضمانات الممنوحة من أجل حماية و تشجيع الاستثمار، فكلما تطور وازدهر التحكيم أدى ذلك إلى تطور و ازدهار الاستثمار الذي يشكل عاملا أساسيا في التنمية الاقتصادية لأي دولة.

ولهذا نحاول التعرف في هذا الفصل على التحكيم في منازعات الاستثمار في مبحثين :

المبحث الأول : التحكيم كآلية لحماية الاستثمار.

المبحث الثاني : المشاكل الخاصة بالتحكيم الاستثماري.

المبحث الأول: التحكيم كآلية لحماية الاستثمار

يقتضي استيعاب فكرة التحكيم كآلية لحماية الاستثمار تحديد مفهومه (المطلب الأول) وعرض المبررات والخصائص المميزة له والتي جعلت منه القضاء الطبيعي لحسم هذا النوع من المنازعات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم التحكيم في مجال الاستثمار:

سنتطرق إلى مفهوم التحكيم الاستثماري من خلال تحديد المفاهيم المرتبطة بالموضوع ، حيث سنتناول ماهية التحكيم وبيان معناه اللغوي و الإصطلاحي و القانوني (الفرع الأول) ثم مفهوم الاستثمار و أنواعه (الفرع الثاني).

الفرع الأول : ماهية التحكيم

يعد التحكيم إحدى الطرق البديلة لحل المنازعات [1] حيث يلجأ إليه الأطراف لحل ما نشأ أو قد ينشأ من نزاعات ناتجة عن علاقاتهم، ولتحديد تعريف التحكيم نحتاج إلى بيان معناه في اللغة والفقه والقانون والقضاء، ثم تمييزه عما يتشابه معه من أنظمة.

أولا : تعريف التحكيم

1. في اللغة

التحكيم مصدر حكم بتشديد الكاف مع الفتح، يقال[2]:

- حكمته في مالي أي جاز فيه حكمه.
- حكّمه في الأمر أي فوض الأمر إليه.
- وحكم بين القوم أي فصل بينهم وأجازوا حكمه بينهم.

و يقول ابن منظور في لسان العرب [3] :

---

1 إلى جانب الوساطة والصلح.

2 د.خالد كمال عكاشة، دور حكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2014، ص40.

3 د. أحمد عبد اللاه المراغي، دور التحكيم في تشجيع و حماية الاستثمارات الأجنبية، دار الكتب و الوثائق القومية، الطبعة الأولى، 2014، ص 23.

" الحكم : مصدر قولك حكم بينهم يحكم أي يقضي، و حكم له و حكم عليه و الحكم و الحكيم هما بمعنى الحاكم و هو القاضي و الحكيم تطلق على من يحسن دقائق الصناعات و يتقنها، و الحاكم منفذ الحكم و الجمع حكام و حكموه بينهم : أمروه أن يحكم و يقال حكمنا فلانا أي اجزنا حكمه بيننا "

و بالتالي التحكيم في المعنى اللغوي يفيد إطلاق اليد في الشيء والمفوض إليه الفصل في النزاع يسمى محكما بتشديد الكاف مع الفتح أو حكما أو محتكما إليه.

2. <u>في الفقه</u>

يعرف التحكيم بأنه تولية الخصمين حكما يحكم بينهما ، أي إختيار ذوي الشأن شخصا أو أكثر فيما تنازعوا فيه دون أن يكون للمحكم ولاية للقضاء بينهم [1].

وعرفه الأستاذ "Rene DAVID" في كتابه الشهير " التحكيم في التجارة الدولية " بقوله : " هو تقنية ترمي إلى إعطاء حل لمسألة تكون محل إهتمام علاقات بين شخصين أو أكثر . محكم أو أكثر . يستمدون سلطتهم من إتفاق خاص يحكمون على أساسه دون أن تقلدهم الدولة هذه المهمة ".[2]

كما عرفه الأستاذ " Robert " بأنه : " نظام للقضاء الخاص تفض فيه خصومة معينة من إختصاص القضاء العادي و يعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها "[3].

ويعرفه الأستاذ أحمد مخلوف بأنه : " نظام قضائي خاص مؤداه تسوية المنازعات التي تثور بين المتعاملين في التجارة الدولية بموجب إتفاق بينهم يقضي بذلك " [4].

مما سبق، يجمع الفقهاء رغم تعدد آرائهم وتعريفاتهم للتحكيم على أنه نظام للقضاء الخاص ينظمه القانون و يسمح بإخراج منازعات من ولاية القضاء إلى حلها عن طريق فرد أو أفراد يختارهم الخصوم.

---

1 أحسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، بدون سنة، ص15.

2 المرجع نفسه، ص 16.

3 د.خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 42.

4 أحسان نوفل، نفس المرجع ، ص 16.

3.في القضاء [1]

عرفته المحكمة الدستورية العليا في مصر بأنه : "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأخيار يعين بإختيارهما أو بتفويض منهما، على ضوء شروط يحددانها، ليفصل المحكم في هذا النزاع بقرار يكون نائيا عن شبهة الممالأة ومجردا من التحايل وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية.

وعرفته المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه : إتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة ".

وعرفت محكمة التمييز الأردنية إتفاق التحكيم في العديد من أحكامها على أنه : " طريق إستثنائي يلجأ إليه الخصوم لفض ما ينشأ بينهم من نزاعات بموجب إتفاق بينهم بقصد الخروج عن طريق التقاضي العادية ".

وعرفته محكمة النقض المصرية بأنه : " طريق إستثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات ".

كما عرفت محكمة استئناف باريس التحكيم بأنه :

" طريق إرادي لفض نزاع بين ادعاءات الخصوم المتعارضة "[2] .

و ذهب قانون التحكيم الفرنسي رقم 4 لسنة 1993 إلى أن التحكيم هو إجراء خاص لتسوية بعض أنواع الخلافات بواسطة محكمة تحكيم، يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيها بمقتضى اتفاق التحكيم.[3]

يمكن إستنتاج مما سبق أن القضاء ـ سواء المصري أو الأردني او الفرنسي . إعتبر التحكيم وسيلة إستثنائية لحل النزاع وخروجا عن طريق التقاضي العادي المتمثل في القضاء. كما أنه يعتمد في ذلك على إرادة الأطراف.

---

1 خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 42.

2 د. أحمد عبد اللاه المراغي، المرجع السابق، ص 30.

3 نفس المرجع ، ص 31.

4. في القانون[1]

عرفته المادة الرابعة من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 حيث نصت على أنه ينصرف لفظ إتفاق التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة، سواء أكانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى إتفاق الطرفين منظمة أو مركزا دائما للتحكيم أو لم يكن كذلك.

كما عرفته المادة العشرة من ذات القانون إتفاق التحكيم التي نصت على :

" إتفاق التحكيم هو إتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بمناسبة علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية".

أما بالنسبة للمشرع الأردني فقد عرف إتفاق التحكيم في المادة الثامنة من قانون التحكيم الأردني رقم 8 لسنة 1953 بـ :

" تعني عبارة إتفاق التحكيم الإتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة أو المقبلة على التحكيم سواء أكان إسم المحكم أم المحكمين مذكورا في الإتفاق أو لم يكن.

أما القانون الأخير رقم 31 لسنة 2001 لم يتضمن تعريفا صريحا لإتفاق التحكيم، وإنما جاء في المادة 10 (يعد في حكم الإتفاق المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو إتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في إعتبار هذا الشرط جزءا من العقد)[2].

كما عرفته مجلة التحكيم التونسي في عددها 42 لسنة 1993 في الفصل الأول من الباب الأول المعنون بالأحكام المشتركة بنصها :

" التحكيم طريقة خاصة لفصل بعض أصناف النزاعات من قبل هيئة التحكيم يسند إليها الأطراف مهمة البث فيها بموجب إتفاقية تحكيم ".[3]

---

1 د.خالد كمال عكاشة، المرجع نفسه، ص 44.

2 د. خالد كمال عكاشة، المرجع نفسه، ص 44.

3 وائل أنور بندق، موسوعة التحكيم ـ الاتفاقيات الدولية و قوانين الدول العربية، دار الفكر الجامعي، 2004، ص 402

أما المشرع الجزائري فقد عرف شرط التحكيم بأنه الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، تعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم[1].

ثم عرف أيضا اتفاق التحكيم حيث اعتبره الإتفاق الذي يقبل الإطراق بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم".[2]

ثانيا : تمييز التحكيم عن الأنظمة المشابهة له

يختلط التحكيم مع الوسائل الأخرى البديلة لحل النزاعات، في كونه أيضا إنابة فرد أو هيئة لفض نزاع فردي أو دولي، و لهذا نحاول التمييز بينها :

1. **التحكيم و الصلح**

الصلح : عقد وضع لرفع النزاع و قطع الخصومة بين المتخاصمين بتراضيهما[3].

- **أوجه الاتفاق**

– كلاهما يعتبر عقدا رضائيا.

– كلاهما يؤديان إلى إنهاء النزاع وعودة الاستقرار.

- **أوجه الإختلاف**

– يعد التحكيم غير ملزم لطرفيه عند إبرام عقد التحكيم، وعليه يمكنهما الرجوع بالفسخ ما لم يصدر المحكم حكمه، فإذا صدر هذا الحكم صار ملزما لا يصح الرجوع عنه بالإرادة المنفردة لأحد الأطراف، في حين أن الصلح ملزم منذ إبرامه متى كان العقد صحيحا مستوفيا لأركانه وشروطه، فليس لطرف الرجوع إلا برضا الطرف الآخر.

1 المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد.

2 المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد.

3 د، خالد عبد العظيم أبو غابة، التحكيم و أثره في فض النزاعات، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، سنة 2011، ص20.

– التحكيم لا يتضمن النزول عن الحق أو بعض منه، في حين أن الصلح يتضمن عادة النزول عن بعض الحق لذا لا يقبل من الولي أو الوصي صلح عن عائد لصغير أو قاصر على بدل أقل من قيمة هذه الحقوق.

– المحكم لا يعلم مصير الحكم هل يكون له أم عليه، في حين المصلح يكون على بينة من أمره بشأن الحق الذي يتنازل عنه أو عن بعضه.

2. <u>التحكيم والخبرة</u>

الخبرة هي العلم والمعرفة بباطن الأمور، والخبير هو العالم الذي برع في علم من العلوم أو فن من الفنون، وتنحصر مهمته في إبداء الرأي في موضوع معين طلب منه دون أن يكون لهذا الرأي صفة الإلزام لأي طرف.

في حين حكم المحكم ملزما للخصوم، متى كان صحيحا و إن خالف رغباتهم وأهوائهم الشخصية.

3. <u>التحكيم والوكالة</u>[1]

سبق القول أن التحكيم أسلوب لفض المنازعات يرتكز على اختيار الخصوم بإراداتهم أفرادا أو هيئة للفصل فيما يثور أو يحتمل أن يثور بينهم من نزاع.

أما الوكالة فهي عبارة عن إنابة إنسان غيره ليقوم مقام نفسه في تصرف جائز معلوم قابل للنيابة.

وبالتالي توجد أوجه اتفاق و اوجه اختلاف:

- **أوجه الإتفاق:**

– كلاهما نوعا من الولاية.

– كلاهما من العقود الرضائية غير اللازمة لكلا الطرفين.

- **أوجه الاختلاف:**

[1] د. خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص66.

– الوكيل يتصرف بإرادة موكله الصريحة أو الضمنية ولا يملك مخالفة تلك الإرادة، ولا يملك التصرف إلا بما هو في مصلحة الموكل.

– أما المحكم فيباشر عمله باستقلال عن إرادتهما وله أن يوجه حكمه لأي منهما و إن كان مخالفا لإرادتهما.

4. التحكيم والقضاء[1]

القضاء: الحكم الذي يفصل بالإدالة أو البراءة على سبيل الحسم و الالتزام في جريمة يعاقب عليها الشرع بالحد أو التعزيز أو الغرامة و في نطاق الاختصاص المنوط بالمحكمة أو الهيئة التي أصدرت الحكم.

- **أوجه الاتفاق:**

– كلاهما يتطلب الأهلية القانونية فيما يباشر هما.

– كلاهما وسيلتان لفصل النزاع.

- **أوجه الاختلاف:**

– التحكيم عقد رضائي يلزم لصحته فراض و اتفاق الخصوم بخلاف القضاء.

– المحكم لا يتقيد ببلد معين.

– التحكيم يؤدي إلى قطع النزاع حقيقة و حكما بخلاف القضاء التي قد يؤدي إلى الضغينة.

ثالثا : الطبيعة القانونية لنظام التحكيم

تعددت الآراء و الإتجاهات الفقهية بشأن تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، فمنهم من ذهب للقول بأنه ذو طبيعة تعاقدية بالنظر إلى دور إرادة الأطراف، فيما انتقد آخرون هذا الاتجاه و اعتبروا أن التحكيم له طبيعة قضائية بالنظر إلى المهمة التي يقوم بها المحكم ، في حين حاول البعض التوفيق بين الرأيين بالقول أن التحكيم ذو طبيعة مختلفة يجمع بين الرأيين الأولين أما النظرية الرابعة فذهبت إلى أن التحكيم ذو طبيعة مستقلة و خاصة.

و سندرس هذه النظريات تباعا فيما يلي:

1 د. خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 67.

1. نظرية الطبيعة التعاقدية للتحكيم

ينظر أصحاب هذا الاتجاه إلى إتفاق التحكيم على أنه الأساس في تحديد الطبيعة القانونية مهما كان شكله بندا من بنود العقد أو مشارطه مستقلة، بحيث تعتبر إرادة الأطراف الأساس و مصدر القوة التنفيذية لقرارات المحكمين و يعتمد أنصار هذه النظرية في تبريرهم على سلطة الدولة و قانونها إلا أنها لاقت انتقادا باعتبار أنهم بالغوا في إعطاء الدور الأساسي [1] لإرادة الأطراف كما أنهم يعجزون عنه بتبرير جواز الطعن على حكم التحكيم في القوانين التي تجيز ذلك.

2. نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم

ينظر أصحاب هذا الاتجاه إلى طبيعة المهمة الموكلة إلى المحكم على أنها مهمة قضائية، و المحكم يقوم بدور القاضي الذي يختاره الخصوم لإرساء العدل بينهم، كما أن الحكم الصادر عنه يتمتع بكافة خصائص الأحكام، فهو يحوز بمجرد صدوره حجية الأمر المقضي فيه كما يستند المحكم بمجرد إصداره الحكم ولايته في تعديله أو الرجوع عنه.

و يستند أنصار هذا الاتجاه إلى عدة حجج أهمها اتفاق المصطلحات القانونية التي يستخدمها المشرع بشأن التحكيم والأحكام القضائية مثل: الحكم، النزاع، الخصوم، بالإضافة إلى ذات الوظيفة التي يباشرها كل من المحكم والقاضي وهي الفصل في النزاع.

وقد تعرضت هذه النظرية بدورها إلى الانتقاد على أساس أن وحدة المصطلحات القانونية دليل على عدم إستعمالها بالدقة المطلوبة، كما أن الصفة القضائية ملازمة للقاضي في حين المحكم لا يتمتع بها حتى أثناء نظره في النزاع بحيث لا يملك سلطة الجبر فلا يستطيع أن يلزم شاهدا بالحضور مثلا [2].

3. نظرية الطبيعة المختلفة للتحكيم

[1] د، عبد اللاه المراغي، المرجع السابق، ص 50

[2] د.خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 47.

يرى أتباع هذه النظرية أن كلا من النظريتين السابقتين لم تتوصلا إلى الحقيقة بل لجزء منها، ولذلك وجب الجمع بينهما.[1]

حيث أن التحكيم يمر بمراحل متعددة، أوله إتفاق و أوسطه إجراء و في آخره حكم، و لهذا فالتحكيم نظام مختلط لأنه يجمع الصفة التعاقدية عند إختيار الأطراف لقضاء التحكيم كوسيلة للفصل في منازعاتهم ، و بين الصفة القضائية عند تدخل قضاء الدولة لمنح قرار التحكيم القوة التنفيذية.

4. النظرية الخاصة : نظرية إستقلال التحكيم

يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن التحكيم ذو طبيعة خاصة، وعليه يجب النظر إليه نظرة مستقلة دون ربطه بأنظمة قانونية أخرى يتشابه معها أو تفسيره في ظلها، وتستجيب هذه النظرية للاعتبارات العملية التي تفرض وجود التحكيم على المستوى الدولي والمحلي في ظل العولمة و التطور التكنولوجي و ازدياد التبادلات التجارية و لا سيما سعي الدول لجذب الإستثمارات.

رابعا : تعريف التحكيم الدولي

كان قانون التحكيم الجزائري السابق يعتبر التحكيم دوليا حين يختص" بالنزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية " و يضيف القانون السابق شرطا آخر لدولية التحكيم هو " أن يكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج "

و يكون القانون السابق قد اعتمد معيارين و ليس معيارا واحدا لتحديد دولية التحكيم[2].

و قد حسم القانون الجديد رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [3] الأمر باعتماد معيار واحد يجمع بين المعيارين بطريقة فذة و جديدة إذ نصت المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أن :

1 د.خالد كمال عكاشة، المرجع نفسه، ص 48.

2 د. عبد الحميد الاحدب، قانون التحكيم الجزائري، مجلة المحكمة العليا، الجزء الأول، 2009، ص 23.

3 القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008.

" يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون ، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل " .

فيكون القانون الجديد قد تخلى عن المعيار الاقتصادي المتمثل في النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية و المعيار القانوني المتمثل في تعدد أماكن الإقامة باعتماد مقياس يجمع المعيارين معا.

الفرع الثاني: مفهوم الاستثمار.

" إذا كنت تريد تعريف التنمية فاجتهد أولا في تعريف الاستثمار "

ساموس(نوبل في الاقتصاد) [1].

في هذا القول إشارة إلى أهمية الاستثمار في تحقيق التنمية التي تعتبر من أولويات أي دولة، و لهذا نتطرق إلى مفهوم الاستثمار من خلال تعريفه و بيان أنواعه .

أولا: تعريف الإستثمار

1. لغة :

الاستثمار مصدر الفعل استثمر ،يستثمر.[2]

يقال: ثمر الرجل مالا أي نماه و كثره.

و استثمار المال بمعنى طلب نمائه و زيادته.

2. اصطلاحا:

أ. من الناحية الاقتصادية:

معنى الاستثمار في الاقتصاد لا يخرج عن معناه في اللغة بحيث المقصود به زيادة أو إضافة ثروة جديدة في المجتمع.

و قد حاول العديد من رجال الاقتصاد إعطاء تعريف من المنظور الاقتصادي و منها :

1 أ. عجة الجيلالي، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار، دار الخلدونية، دون طبعة، 2006.

2 د. طلال الكداوي، تقييم القرارات الاستثمارية،دار اليازوري العلمية للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى،2008.

قال البعض أنه[1] : " تكوين رأس المال أو استخدامه بهدف تحقيق الربح في الأجل القريب أو البعيد بشكل مباشر أو غير مباشر" .

و عرفه البعض بأنه : " التعامل بالأموال للحصول على الأرباح و ذلك بالتخلي عنها في لحظة زمنية معينة و لفترة زمنية محددة يقصد الحصول على تدفقات مالية مستقبلية تعوض عن القيمة المالية للأموال المستثمرة و تعوض عن عامل المخاطرة المرافق للمستقبل "[2].

و الاستثمار من المنظور الاقتصادي المعاصر هو الإضافة الجديدة من المواد الإنتاجية أو الرأسمالية إلى رأس مال الدولة المتاح، وهو تدخل إيجابي صادر عن أحد الأطراف يستهدف إيجاد مال دائم يؤمن خدمات آجلة [3].

أما من وجهة نظر الاقتصاد الإسلامي فهو: نشاط إنساني إيجابي مستمد من الشريعة يؤدي إلى تحقيق وتدعيم أهداف نظام الاقتصاد الإسلامي من خلال الأولويات الإسلامية التي يعكسها واقع الأمة الإسلامي، وذلك بتوظيف المال للحصول على عائد منه وتنمية ثروة المجتمع لما يحققه مصلحة الفرد [4].

و قد اعتبر البعض أنه رغم اختلاف المجال الذي يستخدم فيه مصطلح الاستثمار من قبل المختصين في الاقتصاد والمحاسبة والإدارة و المالية فإنه كمفهوم لا يخرج عن كونه : " الإضافة إلى الطاقة الإنتاجية أو الإضافة إلى رأس المال".

ب. من الناحية القانونية

نفس الأمر حصل مع رجال القانون بحيث لم يكونوا أوفر حظا منهم، حيث تعددت تعريفاتهم أيضا.

فقال بعضهم أنه:" تحركات الأموال النقدية أو العينية و الحقوق المعنوية من بلد إلى آخر، سواء رافقه العمل أو دونه، كإقامة مشروع اقتصادي أو المساهمة

1 د، خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص85.

2 نفس المرجع، ص 86.

3 نفس المرجع ، ص85.

4 نفس المرجع، ص85 .

في رأسمال مشروع قائم بهدف تحقيق ربح يفوق ما يتوقع الحصول عليه من البلد المصدر لها ".

كما عرفته جمعية القانون الدولي بأنه : " تحركات رؤوس الأموال من البلد المستثمر نحو البلد المستفيد دون تنظيم مباشر".

و عرفه معهد القانون الدولي بأنه : " توريد الأموال أو ربما الخدمات بهدف تحقيق ربح مادي أو سياسي و يمكن أن يتكون الاستثمار من أموال معنوية[1] ".

أما المشرع الجزائري فقد عرف الاستثمار في المادة الثانية من قانون ترقية الاستثمار[2] بـ :

" يقصد بالاستثمار، في مفهوم هذا القانون، ما يأتي :

1. اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، و توسيع قدرات الإنتاج و أو إعادة التأهيل.

2. المساهمات في رأسمال الشركة ".

و قد تناولت العديد من الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر مع مختلف الدول تحديد مفهوم الاستثمار و انتهاج الأسلوب التعدادي مثلما ما ورد في الفقرة الأولى من المادة الأولى من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و رومانيا سنة 1994[3] :

" كلمة استثمار تشير على سبيل الخصوص لا الحصر إلى :

أ. الأملاك المنقولة و العقارية و كذلك الحقوق العينية مثل الرهن العقاري و الامتيازات و الرهن الحيازي،

ب. الأسهم و حصص الشركاء و الأشكال الأخرى من المشاركة في الشركات المنشاة على إقليم احد الطرفين المتعاقدين،

ج. الفوائد التي أعيد استثمارها،

---

1 د،خالد كمال عكاشة، نفس المرجع ص 87.

2 القانون رقم 16. 09 المؤرخ في 03|08|2016، ج ر عدد 46 صادرة بتاريخ 03|08|2016.

3 المرسوم الرئاسي رقم 94– 328 المؤرخ في 1994/10/22 والمتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر و رومانيا الموقع بالجزائر في 1994/06/28 و المتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات، ج ر عدد 69 لسنة 1994.

د. الالتزامات و الديون و الحقوق لأية خدمات لها قيمة اقتصادية،

هـ. حقوق الملكية الفكرية و الصناعية مثل حقوق المؤلف و براءة الاختراع و الرسوم و التصاميم و النماذج الصناعية و الأسماء التجارية و الأساليب التقنية و المهارة و العلامات المسجلة و الحقوق الأخرى المشابهة و المعترف بها بقوانين أحد الطرفين المتعاقدين،

و. الامتيازات، لا سيما امتيازات البحث و الاستخراج و استغلال الموارد الطبيعية و كذلك كل حق آخر يمنح بقانون أو بعقد أو بقرار من الهيئة المخصصة طبقا للقانون ".

ثانيا: أنواع الاستثمار

يمكن تقسيم أنواع الاستثمار إلى أنواع عديدة بحسب المعيار الذي تم التمييز على أساسه.

فمن الناحية الاقتصادية ينقسم إلى استثمار منتج و استثمار غير منتج و هذا بالنظر إلى مجموع قيمة الخدمات و السلع المنتجة خلال مدة من الزمن.

و من حيث الأمد، نميز استثمار قصير الأجل مدته تقل عن السنة، و المتوسط من سنة إلى خمس سنوات، و الطويل الأجل الذي يزيد عن خمس سنوات.[1]

و من حيث المالك أو القائم عليه، فنجد استثمار خاص يقوم به فردا طبيعيا أو معنويا. و استثمار عام تقوم به الدولة أو أحد أجهزتها العامة و يهدف إلى إشباع حاجيات الصالح العام.

و لعل أهم تقسيم اتصالا بالدراسة هو تقسيمه إلى استثمار مباشر و غير مباشر، و لاسيما الاستثمارات الأجنبية و لهذا نتطرق إليها بشيء من التفصيل :

❖ **الاستثمارات الأجنبية المباشرة:**

يمكن تعريفها بأنها تلك المشروعات المملوكة للأجانب سواء أكانت الملكية كاملة، أم كانت بالاشتراك بنسبة كبيرة مع رأس المال الوطني

1 د، خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص94.

بما يكفل السيطرة على إدارة المشروع، و يستوي في ذلك أن يكون المستثمر الأجنبي فردا أو شركة أجنبية أو فرعا لإحدى الشركات الأجنبية، أو مؤسسة خاصة[1].

❖ **الاستثمارات الأجنبية غير المباشرة:**

يشار إلى الاستثمارات الأجنبية الخاصة غير المباشرة على أنها :

تلك الاستثمارات التي تتدفق داخل الدولة في شكل قروض مقدمة من أفراد أو هيئات أجنبية، أو في المشروعات التي تقام بها. سواء أتم الاكتتاب عن طريق المستندات التي تحمل فائدة ثابتة، أم عن طريق الأسهم على أن لا يكون للأجانب الحق في الحصول على نسبة من الأسهم تخولهم حق إدارة المشروع.[2]

و قد تتخذ عدة أشكال مثل: عقود الترخيص، عقود التسويق، عقود التصنيع...إلخ.

تجدر الإشارة إلى حرص معظم الدول النامية اعترافا منها بأهمية الدور الذي يلعبه الاستثمار الأجنبي . على توفير مناخ مشجع للاستثمار على أراضيها و خاصة من خلال توفير الإطار القانوني المتمثل في إصدار تشريعات الاستثمار التي تتضمن الضمانات و الحوافز و المزايا المقدمة و الأجهزة التي تقوم و تسهر على ذلك، و هذا لما ترتبه هذه الاستثمارات من آثار إيجابية مؤثرة في القدرة الاقتصادية و الصناعية و الزراعية و السياحية للدول المضيفة للاستثمار حيث يتم تزويده ببعض مقومات بناء اقتصاد متطور من خلال ما يقدمه المستثمر من رأس مال و خبرات فنية و إدارية و تكنولوجية حديثة مما يهيئ لها الأجواء للانفتاح على الأسواق العالمية و زيادة صادراتها و إيجاد فرص العمل لمواطنيها بالتالي تحسين الوضع الاقتصادي و الاجتماعي.[3]

1 د.خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 95.

2 نفس المرجع، ص 97.

3.د، عبد اللاه المراغي، مرجع سابق، ص 88.

المطلب الثاني: ضرورة اللجوء إلى التحكيم الاستثماري الدولي

على الرغم من أهمية الوسائل البديلة عن التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، إلا أن التحكيم يمثل الحل الأكثر إستقطابا، حيث أصبحت عقود الاستثمار لا تتم بغير وجود إتفاق تحكيم ويرجع هذا لعدة مبررات (الفرع الأول) وإلى تمتع التحكيم بخصائص ومميزات يوفرها في هذا المجال (الفرع الثاني).

الفرع الأول : مبررات التحكيم في مسائل الاستثمار

يلعب التحكيم دورا هاما في حسم المنازعات التي يمكن أن تثيرها عقود الاستثمار، إلى درجة أنه أصبح أمرا حتميا يدرجه الأطراف المتعاقدة في الاتفاقيات والعقود المبرمة في هذا المجال، وهذا نظرا للمزايا التي يتمتع بها التحكيم والتي تتناسب مع طبيعة عقود الاستثمار بالإضافة إلى تمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم الذي يعتبر من جهة أخرى ضمانة قضائية إجرائية لتشجيع الاستثمار.

وسندرس هذه النقاط فيما يلي :

أولا: مزايا التحكيم الملائمة لطبيعة عقود الاستثمار

تتسم عقود الاستثمار لا سيما ذات الطابع الدولي بطبيعة خاصة ناتجة عن طبيعة أطرافها،[1] المتمثلة في الدولة التي تتمتع بالسيادة والمستثمر من جهة أخرى الذي يحاول حماية مصالحه الاقتصادية، إلى جانب العملية محل العقد التي تتعلق بإنجاز مشاريع ضخمة تستغرق مدة زمنية طويلة ومبالغ مالية كبيرة، وكل هذه العوامل تفرض وجود قضاء خاص ألا وهو التحكيم نظرا لما يوفره من مزايا تتمثل أهمها في :

1. السرعة في الإجراءات

تعتبر إجراءات التحكيم بسيطة بالمقارنة مع القضاء العادي لأن أطراف النزاع هم الذين يحددونها مما يؤدي إلى سرعة إصدار قرار التحكيم وتجنيبهم الخسائر الناتجة عن تعطيل الاستثمارات والمبالغ المجمدة التي تكون في انتظار حكم القضاء و الفصل

1 د.بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية منشورات حلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2009، ص18.

في المنازعات من خلال النظم القضائية التقليدية، وبالتالي فالتحكيم يحقق عدالة سريعة بفضل عاملين:[1]

أ- الأول: هو إلزام المحكم بالفصل في النزاع المعروض في مدة معينة يحددها الأطراف . كأصل عام . ولهم إمكانية تعديلها أيضا.

ب . الثاني: يتمثل في كون التحكيم نظام للتقاضي في درجة واحدة حيث يتمتع الحكم التحكيمي بحجية الأمر المقضي ولا يجوز الطعن فيه بأي طريقة من طرق الطعن العادية مع إمكانية رفع دعوى البطلان لأسباب محددة على سبيل الحصر في القانون[2].

إلى جانب السرية في الإجراءات، يعد التحكيم الأقدر على حل مشاكل الاستثمار بفضل اختيار المحكمين من ذوي الاختصاص والخبرة في مجال الاستثمار والذين لهم قدرة كبيرة على فهم المشاكل المعروضة عليهم وبالتالي إيجاد الحلول المناسبة لها.

2. السرية

عادة ما يتمتع أطراف عقود الاستثمار بمراكز مالية واقتصادية تدعوهم إلى الحفاظ عليها حتى في حالة المنازعات من خلال عدم معرفة هذه المنازعات الناشئة وأسبابها ودوافعها وهو ما يوفره نظام التحكيم الذي يتميز بالسرية، من خلال الجلسات غير العلنية وعدم نشر الأحكام التي تعتبر من مميزاته الكبرى، حيث أن الأصل عدم جواز نشر أحكام التحكيم إلا بموافقة المحتكمين والمحكمين، وهذا من أجل الحفاظ على الثقة التي تقوم عليها العلاقات التجارية.[3]

3. التحكيم قضاء متخصص

يكفل التحكيم عدة عناصر تجعله قضاء متخصص وتتمثل في :

---

1 د.خالد كمال عكاشة مرجع سابق ص 167.

2 أنظر المادة 1058 الفقرة 2 من القانون 08 . 09 حيث نصت على: "لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ، إذا لم يتم الفصل فيه.

3 د. جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار دار الجامعة الجديدة للنشر، دون طبعة، 1995، ص 9.

- المعرفة والخبرة القانونية المتخصصة والفنية،
- الكفاءة العلمية والعملية للمحكمين،
- الإحاطة بأعراف وعادات العقود محل النزاع،
- الإلمام باللغات التي تم بموجبها المعاملات.

وكل هذه الاعتبارات في اختيار المحكمين تؤدي إلى سرعة الفصل و البت في القضايا على وجه السرعة.

4. حرية الأطراف

تتجلى هذه الحرية من خلال اختيار الأطراف لنوع التحكيم إما خاصا أو مؤسسيا، وكذا إختيار مكان انعقاده وزمانه وحتى القانون المطبق على اتفاق التحكيم وعلى إجراءات الخصومة التحكيمية .

ثانيا: تمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم

نظرا لتمتع الدولة بالسيادة وباعتبار القضاء العادي خاضع لها ولقوانينها مما يجعل المستثمر متخوفا من تأثير هذه السيادة على أحكام القضاء عند النظر في النزاعات بسبب عدم ثقته بمحاكم الدولة المضيفة التي قد لا يكون موقفها حياديا. وهذا ما يدفع بالمستثمر للتمسك بشرط التحكيم كقضاء يضمن له الحياد والعدالة[1].

ثالثا: التحكيم ضمانة إجرائية

يرى المتعاملين في مجال التجارة الدولية وفي الاستثمار على الخصوص، أنه من الأفضل طرح منازعاتهم على أشخاص ذوي خبرة فنية من المتخصصين في التجارة أو المهنة والملمين بطبيعتها ذات الطابع الفني لأن ذلك يشعرهم بالأمان والطمأنينة كما يضمن لهم تجنب مفاجآت القوانين الداخلية التي يجهلونها.

وبذلك أصبح التحكيم هو القضاء الطبيعي في مجال الاستثمارات، لأنه يبدد مخاوف المستثمرين لاسيما الأجانب بشأن خضوع منازعاتهم لقضاء الدولة العادي.

[1] د.خالد كمال عكاشة، المرجع السابق ص 169.

ولهذا فعدم خضوع التحكيم لأي جهة رسمية أو دولة لها مصلحة معينة يؤكد في نظر المستثمرين الحياد اللازم والضمانات الضرورية لحماية استثماراتهم، و يعد لجوء الدولة إلى التحكيم و لاسيما الدول النامية آلية لتشجيع و حماية الاستثمار من خلال قبول تقديم ضمانات للمستثمرين في مقدمتها التنازل عن اختصاص القضاء الوطني في الفصل في المنازعات.

و في هذا الإطار فقد نص القانون المتعلق بترقية الاستثمار [1]على أنه يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة أو التحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص.

و بذلك كرس القانون الجزائري التحكيم كضمانات لجذب و تشجيع و حماية الاستثمارات إلى جانب العديد من الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر مع مختلف الدول مثل: مصر ،تونس، النمسا، بلجيكا،بريطانيا، رومانيا، اسبانيا ...الخ.

الفرع الثاني : مميزات و خصائص التحكيم الإستثماري الدولي

بفضل تطور التجارة الدولية و ازدياد نسبة الاستثمارات، أصبح التحكيم من أهم وسائل حسم المنازعات في هذا المجال لما يتمتع به من مزايا أساسها مبدأ سلطان الإرادة و الرضا و قوامها اتفاق الأطراف على اللجوء للقضاء التحكيمي.

و على الرغم من اتفاق إجراءات التحكيم الاستثماري بوجه عام مع إجراءات التحكيم في مختلف المنازعات الأخرى من حيث القواعد الخاصة بإجراءات الإخطار، تعيين المحكمين و حالات ردهم، إبداء الخصوم لطلباتهم و اتخاذ القرارات الخاصة بتعيين الخبراء و سماع المرافعات و الشهود و تقديم المذكرات و إصدار الأحكام و تنفيذها، إلا أن التحكيم في مجال عقود الاستثمار يتسم بخصائص

1 المادة 24 من القانون رقم 16-09 المؤرخ في 2016/08/03 و المتضمن قانون الاستثمار،ج ر عدد 46 صادرة بتاريخ 2016/08/03.

تميزه عن التحكيم في المجالات الأخرى ناتجة عن نوعية القضايا التي يجب التصدي لها حيث أن عقود الاستثمار ذات الطابع الدولي أحد أطرافها شخص عام يتعامل مع شخص خاص و بالتالي فالتحكيم في مجال الاستثمار يتميز بالخصائص التالية :

أولا. حرية الأطراف في اختيار نوع التحكيم الذي يتناسب مع النزاع بينهما.

ثانيا. العوامل التي يجب أخذها بعين الاعتبار في اختيار المحكمين في منازعات الاستثمار.

ثالثا. الإلتزام بسرية إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار.

أولا. حرية الأطراف في اختيار نوع التحكيم الذي يتناسب مع النزاع بينهما. (خاص أو مؤسسي).

يكتسب التحكيم طابعا تعاقديا، حيث يمكن للأطراف الاتفاق على إدارة العملية التحكيمية بطريقتهم الخاصة وهو ما يطلق عليه التحكيم الخاص أو الحر، كما يمكنهم اللجوء إلى إحدى المؤسسات التحكيمية الدائمة لتتولى هذه العملية وهو ما يطلق عليه بالتحكيم المؤسسي.

1. التحكيم الخاص:

وهو الذي يقوم الأطراف بصياغته بمناسبة نزاعهم خارج إطار أي مؤسسة أو مركز من مراكز التحكيم لذا يحتاج إلى عناية كبيرة ممن يختاره من الأطراف وذلك في تحديد القواعد التي تنظمه في كل مراحله[1].

كما عرفه البعض بأنه: "التحكيم الذي يتولى الأطراف إقامته في نزاع معين ويكون لهم مطلق الحرية في اختيار المحكمين والقواعد والإجراءات التي تطبق بهذا الشأن[2].

1 م عمرو عيسى الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث 2003، ص17.

2 أ.حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار، دار هومة، ص18.

فالتحكيم الخاص هو تحكيم الحالات الخاصة، بحيث يقوم أطراف النزاع بتحديد المواعيد وتعيين المحكمين أو عزلهم أو ردهم، وقد وصفه البعض بقولهم : " نفذ التحكيم بنفسك "، و يتميز بأنه أقل تكلفة وأكثر مرونة و سرعة.

و كمثال على اللجوء للتحكيم الخاص: العقد المبرم بتاريخ 1994/11/18 بين الحكومة اللبنانية وبعض الشركات الفرنسية الخاصة من أجل تنفيذ ما يسمى الأوتستراد العربي من أن فض الخلافات الناشئة عن هذه الاتفاقية يكون خاضعا للتحكيم وفقا لدفتر الشروط وملاحقه، مع تطبيق أحكام نظام لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونيسترال) على أن يحصل التحكيم في بيروت باللغة الفرنسية وعلى أن يطبق القانون اللبناني في أساس الموضوع[1].

إلا أن على الرغم من الدور الذي يلعبه التحكيم الخاص في مجال التجارة الدولية وعقود الاستثمار على الخصوص لما يحققه من السرية المطلوبة لاسيما في المجالات التي تكثر فيها المنافسة مثل التحكيم بين الشركات وفي براءات الاختراع وعقود نقل التكنولوجيا.

و يجمع غالبية الفقهاء أن التحكيم المؤسسي هو التحكيم الأنسب و الأكثر ملائمة لفض النزاعات المتعلقة بعقود الاستثمار[2].

2. التحكيم المؤسسي:

وهو الذي يتم في إطار أحد مراكز التحكيم ومؤسساته الدائمة، و هي مؤسسات قائمة مهمتها الإشراف على حل المنازعات بالتحكيم أو بالتوفيق أو الصلح وتطبق قواعد ولوائح قائمة بها[3].

كما عرفه البعض بأنه الذي تتولاه منظمة أو مركز من هيئات أو منظمات أو مراكز التحكيم الدائمة، حيث يكون فض النزاع وفقا لقواعد وإجراءات موضوعة سلفا[4].

1 د.خالد كمال عكاشة ، المرجع السابق، ص 175.

2 أ.حسان نوفل مرجع سابق ص 19.

3 م.عمرو عيسى الفقي، المرجع السابق، ص 17.

4 أ.حسان نوفل، مرجع سابق ص 18.

ففي هذا النوع يقوم الأطراف بإحالة النزاع إلى التحكيم وفق قواعد إحدى مؤسسات التحكيم، فيكون بذلك التحكيم مؤسسيا أو منظما بدءا من تعيين هيئة المحكمين ومرورا بإجراءات التحكيم وإنتهاءا بصدور حكم التحكيم وتبليغه للأطراف المعنيين.

وباعتبار أنه الأنسب لحسم منازعات التجارة الدولية والاستثمار فقد ازداد عدد مؤسسات التحكيم الدائمة و منها:

. محكمة التحكيم الدائمة التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس ICC.

. المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن ICSID.

. المركز الدولي لحسم المنازعات التابع لجمعية التحكيم الأمريكي AAA.

. مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي CRC/RA.

كما نشأت بعض مؤسسات التحكيم الدائمة المختصة بنوع معين من المنازعات[1].

ومن أمثلة اتفاقات التحكيم في منازعات الاستثمار التي أحيلت إلى التحكيم المؤسسي، ما نص عليه اتفاق التحكيم الوارد في المادة (21) من عقد امتياز البحث عن البترول المبرم سنة 1987 بين الشركة الألمانية Deutsch-sclactbun un die fbonrgrese-ilschafi وشركة رأس الخيمة الوطنية للبترول Rahoilv من أن (جميع المنازعات التي تنشأ بخصوص تفسير هذه الإتفاقية أو تطبيقها سيتم تسويتها بموجب قواعد التوفيق و التحكيم لغرفة التجارة الدولية وذلك من قبل ثلاثة محكمين يعينون بموجب هذه القواعد)[2].

وقد زادت نسبة اللجوء إلى التحكيم المؤسسي بفضل المزايا التي يحققها والتي تتمثل في :

- توفر مؤسسات التحكيم الدائمة على قوائم المحكمين المتخصصين في مختلف المنازعات مما يجنبهم مشقة البحث عن المحكم المناسب.
- قواعد التحكيم المؤسسي معدة سلفا ومختبرة من قبل.

1 على سبيل المثال: مركز التحكيم والوساطة التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO ومركز الإسكندرية للتحكيم الدولي.

2 د.خالد عكاشة مرجع سابق ص 177.

– توفره على إمكانيات مالية وإدارية تساعد مؤسساته على تقديم الخدمات والتسهيلات الإدارية و المالية.

ثانيا: العوامل التي يجب الاعتداد بها في اختيار المحكمين :

تتميز منازعات عقود الاستثمار ذات الطابع الدولي بطبيعة خاصة ناتجة عن عدة سمات للعلاقة بين أطراف هذه العقود وأهم هذه السمات عدم التكافؤ في الوضع القانوني حيث تتمتع الدولة بالسيادة ومما ينتج عنها من مظاهر كالحق في القضاء و التمتع بالشخصية القانونية المستقلة، بالإضافة إلى الطبيعة الفنية التي تميز عقود الاستثمار إذ تتسم بالتعدد والتنوع بحسب المجال الذي تنصب عليه فنجد : عقود إمتياز البترول، عقود التكنولوجيا، التشييد والبناء، البيئة...إلخ.

وكلها مجالات ترتبط ارتباطا وثيقا بالتنمية بصفة عامة و التنمية الاقتصادية على الخصوص التي تسعى الدول إلى تحقيقها ولاسيما الدول النامية أو ما يطلق عليها السائرة في طريق النمو.

واختلاف الطبيعة الفنية لهذه العقود الاستثمارية يؤدي إلى اختلاف الشروط التعاقدية وبالتالي اختلاف المنازعات الناشئة عنها مما يعني زيادة التعقيد والتركيب مما يجعلها في حاجة ماسة إلى محكمين يتمتعون بالكفاءة والقدرة الفنية التي تتلاءم مع هذا النوع من النزاع، فيجب أن تضم هيئة التحكيم رجل قانون أو محاميا على دراية بأحكام القانون والبيئة والأحكام الخاصة بنقل التكنولوجيا وعقود البترول...إلخ.

وذلك لأن المحكم يعد العنصر الأساسي[1] في عملية التحكيم و بقدر كفاءته و درايته ودقته ومهارته تكون سلامة إجراءات التحكيم وصحة الحكم الصادر عنه.

بالإضافة إلى ضرورة توفر العنصر القانوني في هيئة التحكيم حتى يضمن سلامة التحكيم من حيث الإجراءات والحكم من الناحية القانونية.

1 د.خالد كمال عكاشة مرجع سابق ص 180.

ثالثا: الالتزام بسرية إجراءات التحكيم

يعتبر الحفاظ على السرية خلال العملية التحكيمية مبدأ أساسيا من مبادئ التحكيم، وإحدى أهم مزاياه التي تدفع بالخصوم للجوء إليه وإختياره كوسيلة لحل منازعاتهم، فالتحكيم ليس قضاءا خاصا فحسب بل وقضاءا يتم في سرية.

وتعود أهمية السرية إلى الآثار السياسية والاقتصادية المترتبة عن عقود الاستثمار والتي تؤثر على مصالح الدول وكذلك الشركات الكبرى القائمة في الاستثمار نظرا لحساسية المعلومات والوثائق والأسرار المرتبطة بإبرام هذه العقود[1] التي قد يترتب على علانيتها أو إفشائها إضرارا بمركز أطراف العلاقة محل النزاع.

كما أن السرية تحد من تضخيم النزاع و قد تؤدي إلى استمرار العلاقة بكل ودي فيما بين الأطراف.

المبحث الثاني: المشاكل الخاصة بالتحكيم الاستثماري الدولي

لقد أثبت الواقع العملي أن التحكيم في منازعات عقود الاستثمار يصادف العديد من المشاكل الناجمة عن كون أحد أطراف العقد . و هو الدولة أو أحد مؤسساتها ـ يتمتع بوضع متميز يسعى للحفاظ عليه من خلال كل مراحل العملية التحكيمية، حيث أن الدولة بالرغم من قبولها اللجوء إلى التحكيم من خلال الاتفاقيات التي تبرمها مع مختلف الدول في إطار التعاون المتبادل و كذا نصوص قانون التحكيم الداخلي إلا أنها غالبا ما تحاول الابتعاد عن التحكيم كخيار للفصل في النزاع من الناحية العملية. حيث يقول أحد الأساتذة في هذا الخصوص :

" إن توقعات الدول و آمالها تختلف بشكل كبير عن أهداف الأطراف الخاصة التي تلجأ إلى التحكيم التجاري، و هنا قد يكون من المفيد تذكر أنه على العكس من موقف الطرف الخاص الذي يختار مرونة التحكيم كمهرب من المتطلبات المتشددة

1 د.بشار محمد الاسعد، المرجع السابق، ص 42.

للتقاضي، فإن الدولة تنظر إلى التحكيم على أنه يعني فقدان حريتها و تقبل قيود هي متحررة منها في غالبية المواقف من ناحية أخرى." [1] .

و لهذا نحاول في هذا المبحث التعرض للدراسة لأهم منازعات عقود الاستثمار (المطلب الأول) ثم أهم المشاكل التي يصادفها التحكيم بصدد حل هذه المنازعات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: منازعات عقود الإستثمار

على الرغم من عدم وجود تعريف عام لمنازعات الإستثمار إلا أن هناك جانب من الفقه يرى بأنه يمكن تعريفها بأنها ذلك النوع من المنازعات التي تنشأ بين طرفي العقد الاستثماري . الدولة المضيفة الاستثمار و المستثمر الأجنبي . نتيجة لانتهاك أحد الأطراف للحقوق أو للإلتزامات المنصوص عليها في العقد الاستثماري، أو إنهاء العقد إنهاءا مبتسرا أو اتخاذ أي إجراء إنفرادي 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 والإجراءات[2].

ومهما إختلف الفقهاء في تحديد تعريف منازعات الإستثمار، إلا أن الثابت أنها تنشأ عن تغيير الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تؤثر بدورها على شروط التعاقد (الفرع الأول) أو إتخاذ الدولة لإجراءات جديدة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تغيير شروط التعاقد

باعتبار عقود الإستثمار في غالب الأمر من العقود الطويلة المدة التي قد تمتد لعشرات السنوات، فبلا شك سوف تتأثر بتغير الظروف المحيطة بها والتي لا يمكن أن تبقى على حالها طيلة هذه المدة، وبذلك كان من الطبيعي أن تدور المنازعات حول

1 د، بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص46 .

2 د.خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 110.

تغير الظروف المحيطة بالعقد التي قد تؤدي إلى إستحالة تنفيذه كما في حالة القوة القاهرة أو مراجعته أو إعادة التفاوض بشأنه.

أولا: حالة و شروط القوة القاهرة

تعني القوة القاهرة حدث أو مجموعة أحداث لم يكن في وسع أحد من الأطراف توقعها أو تداركها، ويترتب عليها إنقضاء الإلتزام لإستحالة تنفيذه دون أن يتحمل تبعية ذلك.

وبعبارة أخرى مجموعة الظروف المفاجئة التي تمر بها الدولة وتؤدي بها إلى عدم الالتزام بالقواعد القانونية بحيث لا يعد ارتكابها فعلا مخالفا لالتزاماتها موجبا للمسؤولية.

و يشترط لقيام القوة القاهرة ثلاث شروط[1] وهي :

1. إستقلال الحدث عن إرادة المتعاقدين.
2. عدم توقع الحدث عند إبرام العقد.
3. وجدود إستحالة مطلقة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

1. إستقلال الحدث عن إرادة المتعاقدين

يعد شرطا جوهريا لقيام حالة القوة القاهرة، بحيث من غير المنطقي ان يستفيد طرف من تغيير شروط التعاقد لصالحه لسبب يرجع في الأصل إليه، و يطلق الفقهاء على هذا الشرط (شرط الخارجية) أي لا علاقة للأطراف بحدوثه، وهو ما يسمح بحماية المتعاقدين من التدخل المباشر وغير المباشر من المتعاقد الآخر سيء النية. حيث نصت المادة 307 من القانون المدني الجزائري:

" ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته " وبهذ يكون القانون الجزائري كرس هذا الشرط على غرار التشريعات الأخرى.

2. عدم توقع الحدث عند إبرام العقد

يجب أن يتسم الحدث بعدم إمكانية توقعه من قبل، والعبرة هنا ليس بأحد الأطراف وإنما حتى من جانب أشد الناس يقظة وتبصرا بالأمور فالمعيار موضوعي وليس ذاتي.

[1] د. خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 119.

كما أن العبرة في التوقع بوقت إبرام العقد أي إذا كان بالإمكان توقع حدوثه وقت إبرام العقد فلا يجوز لأحد الأطراف أن يحتج بوجود حالة القوة القاهرة.

وقد تبنى القانون الجزائري هذا الشرط حيث اعتبر أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك [1].

3. وجود إستحالة مطلقة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية

يقصد بالإستحالة المطلقة أن يتواجد المدين في موقف لا يستطيع معه أن يفعل ما يجب عليه، أي ليس له القدرة بأي شكل على دفع أو تجنب الحادث والقيام بإلتزاماته.

وقد كرس المشرع الجزائري هذا المفهوم حيث رتب انقضاء فسخ العقد و انقضاء الالتزامات المتقابلة بحكم القانون في العقود الملزمة للجانبين بسبب إستحالة تنفيذه [2].

وتظهر أهمية شروط القوة القاهرة في الآثار المترتبة عنها، بحيث بتوفر هذه الشروط، فإن الأثر الطبيعي هو إعفاء المتعاقد من المسؤولية، وبالتالي لا يتعرض للجزاءات المقررة لعدم التنفيذ كما قد يمتد الأثر إلى فسخ العقد بحكم القانون.

و مما سبق نجد أن المشرع الجزائري كرس الشروط الثلاثة في القانون المدني فيما يتعلق بالالتزامات التعاقدية بصفة عامة.

ثانيا: الظروف الطارئة (شرط إعادة التفاوض):

يتطلب إنجاز الاستثمارات آجال طويلة مما يفرض حتمية تغير الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية خلال هذه المدة، وهو ما يدعو الدول المضيفة للاستثمار على التمسك بمرونة النظام التعاقدي حتى يتسنى لها استيعاب هذه المتغيرات على عكس المستثمر الذي يبحث ويرغب في ثبات واستقرار النصوص التعاقدية.

1 المادة 107 من القانون المدني .

2 المادة 121 من القانون المدني.

وقد تكمن هذه التغيرات التي تطرأ على العقود في أحداث استثنائية غير مألوفة ونادرة و أيضا غير متوقعة إلا انها لا ترقى لدرجة القوة القاهرة، لأنها لا تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام ولكنها تجعله مرهقا ومكلفا من جميع النواحي مما يفرض ضرورة تعديل العقد كحل عوضا عن إلغائه.

حيث يأخذ هذا التعديل صورا متعددة، فإما أن يحصل عن طريق :

- وقف تنفيذ العقد مؤقتا.
- منح المتعاقد المرهق مهلة لهذا التنفيذ.
- تعديل مقدار الالتزام الذي لحقه الخلل.
- رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[1].

ويكون هذا التعديل كنتيجة لشرط إعادة التفاوض الذي يدرجه الأطراف في عقد الاستثمار، حيث يتصف هذا الشرط بأنه اتفاقي لأن مضمونه يتوقف على ما اتفقت عليه الأطراف من تحديد المقصود بالاختلاف الذي يؤدي إلى تغيير العقد.

مع الإشارة إلى ضرورة أن تكون الأحداث مستقلة عن إرادة الأطراف وعدم إمكانية توقعها عند إبرام العقد وأن يكون من طبيعتها الإخلال بتوازن العقد وإصابة أحد المتعاقدين بالضرر.

<u>الفرع الثاني: تغيير الدولة المضيفة للإستثمار للإجراءات:</u>

قد تقوم الدولة بفعل المركز القانوني الذي تتمتع به في العقد بالعديد من التصرفات التي من شأنها أن تؤثر على مصالح المستثمر المتعاقد معها.

و من هذه التصرفات إحداث تغييرات في النصوص القانونية سواء التشريعية أو التنظيمية التي قد تتصل بشكل ما مع العلاقة بين الطرفين، وقد تكون هذه التغييرات في النصوص بسبب تغييرات سياسية أو اقتصادية حدثت لاسيما أن مدة إنجاز الإشتثمارات طويلة بشكل يفرض هذا الاحتمال أو مواكبة للتطورات العالمية.

1 الفقرة 2 من المادة 107 من القانون المدني الجزائري.

و إلى جانب هذا التصرف، قد تقوم الدولة المضيفة بإنهاء عقود الاستثمار بإرادتها المنفردة و الاستيلاء على أملاك و مشروع المستثمر وهذا من أسوء التصرفات التي قد تقوم بها الدولة ، و التي تتأثر بها حتى هي في حد ذاتها من جهة الإستثمار على إقليمها، وكلا التصرفين المتمثلين في التغيير التشريعي أو الإستيلاء على أملاك المستثمر يعتبران من الإجراءات الإنفرادية وسندرسها بشيء من التفصيل فيما يلي :

أولا: التغيير التشريعي :

إذا كان توفير المناخ الملائم للإستثمار بتقديم الحوافز و الضمانات ضروري من أجل جذب المستثمرين وتشجيعهم على الإستثمار في إقليم الدولة، فإن توفير النظم القانونية لا يقل أهمية بل ويعتبر من أهم العوامل التي يبحث عنها المستثمر عند رغبته في إنجاز أي مشروع إستثماري، و هدفه في ذلك تسهيل هذا الإنجاز على كل الأصعدة كقطاع الضرائب والجمارك و المنظومة القانونية للإستثمار ومقدار المرونة والتسهيلات التي تقدمها التشريعيات الخاصة لهذه المجالات.

حيث يبحث المستثمر عن الاستقرار وعدم تغير النصوص القانونية خلال مدة إنجاز العقد أو على الأقل عدم حدوث تغيير لدرجة تأثر مصالحه وإلحاق ضررا فادحا به.

وهذا ما يدفع بالعديد من الدول استجابة لرغبات المستثمرين في تضمين العقود الإستثمارية التي تبرمها شرطا يعرف بالثبات التشريعي والذي يفيد خضوع العقد للنصوص التي كانت موجودة وقت إبرامه.

1. مدى حق الدول في تعديل تشريعاتها الإستثمارية

يقصد بتشريعات الاستثمار مجموعة القوانين والتعليمات التي تنظم نشاط الإستثمار خلال فترة معينة حيث تحدد الامتيازات والضمانات التي يستفيد منها المستثمر كما تنص على الأجهزة التي تقوم على تسيير الاستثمارات منذ نشأتها وخلال إنجازها.

وعلى سبيل المثال القانون 16- 09 المتعلق بترقية الاستثمار الذي تضمن فصلا عن المزايا وآخر عن الضمانات الممنوحة للاستثمارات كما تضمن في فصله الخامس أجهزة الاستثمار و المتمثلة في الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار و4 مراكز تابعة لها.

هذا إلى جانب مختلف التشريعات التي تكون لها علاقة بالمجال الإستثماري كالتشريع الضريبي، الجمارك، المحروقات ...الخ

و حيث أن الدولة كطرف تتمتع بالسيادة، فمن مظاهرها الحق في سن و تعديل القوانين التي تتوافق مع مصالحها سواء على المستوى الداخلي فيما يتعلق بتلك المنظمة لعلاقات أفراد المجتمع فيما بينهم أو بينهم و بين هيئات الدولة، أو حتى على المستوى الخارجي الدولي بين الدول و أطراف أجنبية.

لاسيما أن العالم لا يتوقف عن التطور في جميع نواحيه خاصة النشاط الاقتصادي و الاستثمار لأنهما محط اهتمام كل الدول على اختلاف درجة تطورها لأنه نقطة قياس قوة أي دولة، و بذلك تجد الدولة نفسها مضطرة لمواكبة هذه التطورات.

خاصة أن ما تدخله الدولة من تعديلات لا يرتب مسؤولياتها ، حتى إذا أضرت بالمستثمر الأجنبي طالما أنها لم تخالف أحكام القانون الدولي، و ما دام تشريع الإستثمار تشريع داخلي يصدر في الأصل لمخاطبة أشخاص القانون الداخلي فللدولة أن تغيره أو تعدله وقت تشاء و بدون أية مسؤولية دولية.

مع ضرورة الإشارة إلى أن هذه النقطة كانت محل اختلاف بين الآراء بين مؤيدين لحق الدولة في التفسير و التعديل على أساس ما ذكرناه سالفا و بين معارضين يرون أن قيام الدولة بهذا الفعل ما هو إلا وسيلة للتحلل من الشروط التي تتضمنها العقود كشروط اللجوء إلى التحكيم وعليه يجب مساءلتها بسبب مخالفتها لالتزاماتها تعاقدية كانت قد أبرمتها، لاسيما أن مثل هذه التغييرات تزيد من مخاوف المستثمر في تعامله مع الدولة المضيفة و تؤدي إلى زعزعة الإستقرار المنشود.

2. مفهوم شرط الثبات التشريعي

ويقصد به تعهد الدولة بعدم تطبيق أي نص قانوني جديد على العقد الذي تبرمه مع الطرف الآخر، و بذلك يحول هذا الشرط بين الدولة وبين إستخدامها لأهم ميزة تتمثل في كونها صاحبة سلطة تملك حق التشريع وصاحبة سيادة، كما أنه يعتبر حماية للمستثمر ضد أي مخاطر تتعلق بالتغيير التشريعي.

ولا نجد هذا الثبات التشريعي في العقد المبرم بين الدولة والمستثمر فحسب ، بل حتى في القوانين الداخلية مثل قانون الإستثمار الجزائري[1] في المادة 22 منه و التي نصت على:

" لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلا، على الإستثمار المنجز في إطار هذا القانون إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة ".

وبذلك فقد كرس المشرع الجزائري الثبات التشريعي في إطار الضمانات الممنوحة للإستثمارات.

ثانيا: إستيلاء الدولة المضيفة على الإستثمارات الأجنبية :

يمكن تعريف المستثمر الأجنبي بأنه الشخص الأجنبي (طبيعي أو معنوي) الذي يوظف أمواله وخبرته في مشروع إقتصادي بقصد الحصول على عوائد مجزية وفقا لقانون الدولة المضيفة له.

و إذا كان الهدف الأساسي لهذا المستثمر من وراء إنجاز مشاريعه الإستثمارية هو الحصول على الربح إلا أن ما يهمه في المقام الأول هو المحافظة على رؤوس أمواله للحفاظ على فرصة إستثمارها في دول أخرى.

ولعل أهم المخاطر التي يتخوف منها المستثمر هي إستيلاء الدولة المضيفة على أملاكه وحرمانه من حقوقه وجعله أمام خيار قبول التعويض العادل والمنصف.

وقد كرس قانون القانون الجزائري المتعلق بترقية الاستثمار هذا المبدأ معتبرا أن

1 القانون 09.16 المؤرخ في 2016/08/03، ج ر عدد 46 صادرة بتاريخ 2016/08/03.

زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية، لا يمكن أن تكون الإستثمارات المنجزة موضوع إستيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به [1].

1.طرق إستيلاء الدولة على ممتلكات المستثمر:

تتعدد الطرق والأساليب التي تتبعها الدولة من أجل الإستيلاء على أملاك المستثمر الأجنبي، إلا أنها تتشابه في كونها تتم بإرادتها المنفردة كما أنها مقيدة بشرط المصلحة العامة التي تبرر مشروعيتها. و هناك ثلاث طرق في هذا الإطار تتبعها الدولة و تتمثل في :

أ. نزع الملكية.
ب. المصادرة.
ج. التأميم.

أ. **نزع الملكية:** وهو تملك الدولة لأموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة من أجل تحقيق المصلحة العامة بموجب قرار إداري يصدر عن السلطة المختصة.

وقد نظم المشرع الجزائري نزع الملكية في القانون 91ـــ11 المؤرخ في و المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية حيث تضمنت الإجراءات الخاصة بالعملية والأملاك والحقوق العقارية المطلوب نزع ملكيتها بالإضافة إلى كيفيات التقييم وتعويض المالكين.

كما نص القانون المدني الجزائري على انه لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون، غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل [2].

وإذا وقع خلاف في مبلغ التعويض وجب أن يحدد هذا المبلغ بحكم قضائي إلا أن تحديد مبلغ التعويض يجب أن لا يشكل بأي حال مانعا لحيازة الأملاك المنتزعة.

1 المادة 23 من القانون 16–09 المؤرخ في 2016/08/03.

2 المادة 677 من القانون المدني.

كما أقر قانون الاستثمار بنزع الملكية في مادته 23 وبأنه يترتب على هذا الإجراء تعويض عادل ومنصف.

ب. **المصادرة:** هي إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة وتستولي بمقتضاه على ملكية كل أو بعض من الأموال أو الحقوق المالية لأحد الأشخاص دون مقابل.
وقد تكون إدارية أو قضائية وفي كلتا الحالتين يجب أن تستند إلى نص قانوني.
كما يكمن الفرق بين المصادرة ونزع الملكية في انتفاء عنصر التعويض أي لا ترتب المصادرة الحق في المطالبة بالتعويض على عكس نزع الملكية.
ج.**التأميم:** ويقصد به 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 جماعية[1]. ويفترض توفر ثلاثة عناصر :

أ. من حيث الشكل: يجب أن يتسم بقرار من السلطة العامة (التنفيذية أو التشريعية) ولا يتصدر صدوره عن السلطة القضائية.
ب.من حيث الموضوع: يرد على أموال خاصة عقارية أو منقولة.
ج. من حيث الغاية: يرمي إلى تحويل الملكية الخاصة إلى الملكية العامة.

وقد ورد القانون المدني الجزائري انه لا يجوز إصدار حكم التأميم إلا بنص قانوني على أن الشروط وإجراءات نقل الملكية والكيفية التي يتم بها التعويض يحددها القانون[2].

و بالرغم من استقرار الفقه الدولي على حق الدولة في الإستلاء على أملاك المستثمر الأجنبي إلا أن هذا الحق مقيد بشروط تتمثل في أن يكون الهدف منه تحقيق المصلحة العامة بالفعل، وعدم التفرقة بين المستثمرين الأجانب والوطنيين، و أن يكون بالمقابل تعويضا عادلا و منصفا.

المطلب الثاني: المشاكل الخاصة بالتحكيم الاستثماري الدولي

1 د.خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 139.

2 المادة 678 من القانون المدني.

بالرغم من أن التحكيم يعد من أهم الوسائل البديلة لحل المنازعات و لاسيما في مجال الإستثمار بالنظر إلى أهميته والمزايا التي يوفرها من بساطة الإجراءات والحفاظ على السرية وغيرها من المبررات التي شجعت الدول على الموافقة على التنازل عن بعض مظاهر سيادتها واللجوء إلى التحكيم إلا أن التحكيم يصادف العديد من العقبات خاصة بسبب عدم التكافؤ في المراكز القانونية الناتج عن تمتع الدولة بالسيادة والتي تجعلها تحاول التحلل من التزامها المتضمن اللجوء إلى التحكيم إما من خلال التشكيك في قابلية النزاع للتحكيم (الفرع لأول) أو تمسك الدولة بالحصانة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التشكيك في قابلية النزاع للتحكيم

تقوم المحاولات التعطيلية للعملية التحكيمية، والمتخذة من طرف الدولة إما على التذرع بعدم أهليتها أو عدم قدرتها الكافية وإما للتشكيك في قابلية موضوع النزاع للتحكيم.

أولا : مدى قدرة الدولة على اللجوء إلى التحكيم

أو ما يعرف بمشكلة الأهلية، حيث من أول المشاكل التي يثيرها اتفاق التحكيم و التي تبينت من خلال الممارسة هي مشكلة أهلية الدولة (La capacité de l'Etat) و قدرتها (Son abtitude) على إبرام هذا الإتفاق.

و يعود السبب في هذا الأمر إلى وجود تشريعات العديد من الدول التي تحظر على دولها اللجوء إلى التحكيم في العلاقات التجارية الدولية و تجعلها ليست أهلا لإبرام مثل هذا الاتفاق.

فالقانون الفرنسي على سبيل المثال كان يقضي بحرمان أو منع الدولة و مؤسساتها من الالتجاء إلى التحكيم على أساس نص المادة 2060 مدني [1] مع العلم أن المنع ليس بصورة مطلقة حيث يمكنها اللجوء إلى التحكيم بصدد العقود المبرمة مع الأطراف الأجنبية و يكون لذلك فوائد أو منافع وطنية.

1 أحسان نوفل، المرجع السابق، ص38 .

أما في الجزائر فقد كان القانون السابق[1] ينص على أن كل شخص يستطيع أن يحيل للتحكيم الحقوق التي يملك حرية التصرف بها معتبرا أن توقيع عقد التحكيم يحتاج لأهلية التصرف في الحقوق و ليس مجرد أهلية التقاضي و إدارة الحقوق مما يدل أن المشرع الجزائري كان يعتبر التحكيم طريقا استثنائيا للتقاضي[2].

أما بالنسبة لأشخاص القانون العام فليست لهم الأهلية للاحتكام و كان هذا المبدأ مأخوذا من القانون الفرنسي السابق، مع الإشارة أن الحظر يخص المصالح الحكومية و فيما يتعلق بالتحكيم الداخلي، أما التحكيم الدولي، فقد نص القانون السابق على أنه : " يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية " [3] و بالتالي فقد كان يسقط على أشخاص القانون العام الأهلية في التحكيم الدولي.

أما قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد[4] فقد نص على أنه لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكيمها إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية[5].

وبالرجوع إلى المادة 800 نجد أن المقصود بالأشخاص :

أ. الدولة.

ب. الولاية.

ج. البلدية.

د. إحدى المؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية.

كما نص تضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الحالات التي لا يجوز فيها التحكيم المتمثلة في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم و أيضا لا يجوز

1 الأمر 66. 154 المؤرخ في 1996/06/08 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية راجع عدد 46

2 د، عبد الحميد الأحدب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، الجزء الأول 2009، ص26.

3 المادة الأولى من المرسوم التشريعي رقم 93. 09 المؤرخ في 1993/04/25.

4 القانون رقم 08 . 09 المؤرخ في 2008/02/25.

5 المادة 975 من ق إ م إ.

للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية [1].

وبذلك أبقى المشرع الجزائري على اعتبار التحكيم طريقا استثنائيا للتقاضي وتكريس الانفتاح على التحكيم الدولي.

تجدر الإشارة أن مسألة الأهلية تتعلق أيضا بنوع الدول ما إذا كانت كاملة أو ناقصة السيادة والمعيار في التقسيم هو مدى تمتع الدول بالصلاحية للقيام بالأعمال القانونية الدولية[2]. حيث أن الدولة الناقصة السيادة لا يمكنها اللجوء إلى التحكيم.

ثانيا : قابلية موضوع النزاع للتحكيم

قد تدفع الدولة في سعيها لعرقلة عملية التحكيم بعدم قابلية موضوع النزاع الناشئ عن عقد الاستثمار للفصل فيه بواسطة التحكيم.

وبالرجوع إلى نص المادة 1006 المذكورة سابقا نجد أن المشرع لم يجز التحكيم في المسائل الآتية :

1. الحقوق التي لا يملك الأشخاص مطلق التصرف فيها، أي غير القابلة للتفاوض بشأنها، على هذا الأساس هناك معادلة بين الحقوق القابلة للتصرف و جوازية اللجوء للتحكيم[3].
2. المسائل المتعلقة بالنظام العام.
3. حالة الأشخاص وأهليتهم.

وما تجب الإشارة إليه أنه لا يجوز للدولة بعد موافقتها على اللجوء إلى التحكيم أن تتنصل منه بحجة عدم قابلية موضوع النزاع للفصل فيه بواسطة التحكيم، فمن الجائز مثلا التحكيم بشأن التعويض عن عمل ما حتى ولو كان مترتبا عن عمل لا يجوز فيه التحكيم.

---

1 المادة 1006 من ق إ م إ.

2 أ. حسان نوفل، مرجع سابق ص 38.

3 د.بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادي، الطبعة الأولى 2009، ص 537.

وخلاصة القول أن الدولة إذا قبلت بشرط التحكيم في نزاع ما، فلا يجوز لها الدفع بعدم القابلية للتحكيم سواء على أساس عدم أهليتها أو عدم قابلية الموضوع لأنه يعتبر من مظاهر عدم الثقة بالتحكيم الدولي.

الفرع الثاني: مسألة تمتع الدولة بالحصانة :

يحدث عندما يثور نزاع وتختصم الدولة أمام قضاء التحكيم، أن تلجأ الدولة إلى التحجج بمسألة الحصانة لتفلت من الخضوع إلى قضاء التحكيم . وقد تكون هذه الحصانة في مواجهة القضاء أي السعي لعدم المثول أمامه أصلا، كما قد تكون ضد التنفيذ أي عدم تنفيذ الحكم التحكيمي حتى بعد صدوره.

أولا : الحصانة ضد القضاء

تلجأ الدولة إلى استعمال حصانتها باعتبار أن من المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام أن كل دولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدولة الأجنبية، ويقوم هذا المبدأ أساسا على فكرة السيادة والاستقلال والمساواة بين الدول[1].

إلا أن قبول الدولة بشرط التحكيم في عقد الاستثمار يعد تنازلا ضمنيا عن حصانتها القضائية، وإذا ما تمسكت به رغم إدراج الشرط وقبولها به فإن هذا التمسك لا قيمة له، خاصة أن خضوعها لقضاء التحكيم هو خضوع اختياري.

كما يستند البعض على القول أن الحصانة القضائية تكون في مواجهة قضاء دولة أجنبية مساوية من حيث السيادة. أما التحكيم فهو قضاء خاص، ثم ما قيمة أن تقبل الدولة بإرادتها بالتحكيم كوسيلة بديلة عن قضائها لحل النزاعات التي قد تنشأ عن عقود الاستثمار التي تبرمها، ثم تتمسك بحصانتها القضائية في مواجهة قضاء التحكيم الذي قبلت به، وعليه فإن ارتضاءها بشرط التحكيم في العقد يعد تنازلا ضمنيا منها عن حصانتها القضائية.

1 أ. حسان نوفل، المرجع السابق، ص 40.

ثانيا : الحصانة ضد التنفيذ

يفترض مناخ حسن النية الذي يسود التحكيم أنه متى صدر حكم المحكمين خاليا من العيوب التي تؤثر في صحته وسلامته أن يقوم أطراف التحكيم بتنفيذه اختيارا، ويكون هذا التنفيذ الودي نتيجة لارتباط الأطراف باتفاق تحكيم أبرم بينهم اختيارا[1].

وإذا تعذر التنفيذ الودي بسبب مماطلة الطرف غير المحكوم لصالحه أو لسوء نيته أمكن المحكوم له اللجوء إلى التنفيذ الجبري. وبالرغم من الإجراءات المنصوص عليها في مختلف الوثائق الدولية للتحكيم والتحكيم التجاري الدولي فيما يتعلق بتنفيذ الحكم التحكيمي إلا أن الدولة قد تتمسك أيضا بحصانتها في مواجهة هذا التنفيذ.

وبهذا الخصوص، ذهب رأي من الفقه إلى أن قبول اتفاق التحكيم من طرف الدولة يجب أن يمتد آثاره إلى تنفيذ حكم التحكيم إذ أن القبول يعتبر في حد ذاته تنازلا عن الحصانة.

فيما يذهب رأي آخر إلى أن القبول باتفاق التحكيم لا علاقة له بالحصانة في مواجهة إجراءات التنفيذ ولا يعد تنازلا عن هذه الحصانة، حيث أن تنازل الدولة عنه يلزم أن يكون واضحا ومؤكدا[2].

و عليه، فان موافقة الدولة على التحكيم كخيار لحل النزاع يعتبر تنازلا ضمنيا عن حصانتها سواء ضد القضاء أو في مواجهة تنفيذ الحكم الصادر، إذ ما أهمية اللجوء إلى التحكيم إذا لم تنفذ أحكامه، كما أن إلتزام الدولة بالتنفيذ يعد خطوة كبيرة في ضمان فعالية التحكيم.

وخلاصة القول أن مهما اختلف الأسباب المؤدية إلى نشأة النزاعات عن إبرام العقود الاستثمارية و إنجازها سواء تعلقت هذه الأسباب بتغيير شروط التعاقد أو الإجراءات من طرف الدولة المضيفة، و بالرغم مما ينتج عن ذلك من محاولة الدولة – كطرف ذو مركز قانوني قوي في العقد – التنصل و التحلل من التزامها في اللجوء إلى التحكيم إما بالتشكيك في قابلية النزاع للتحكيم أو التحجج بمسألة الحصانة، فإن التحكيم

1 م.عمرو عيسى الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث 2003، ص93.

2 د.بشار محمد الأسعد، المرجع السابق ص 68، 69.

يبقى وسيلة ذو إقبال كبير لما يوفره من مزايا، كما أن كل المسائل المذكورة تدعو إلى الحاجة في ضرورة وضع صياغة واضحة و دقيقة لاتفاق التحكيم مهما اختلفت صوره بشكل لا يدع مجالا للتفسير أو التأويل.

خلاصة الفصل الأول :

من خلال ما تطرقنا له في الفصل الأول من هذا البحث، توصلنا إلى أن التحكيم يعد وسيلة بديلة لحل النزاعات التي قد تنشأ عن عقود الاستثمار، و التي تتم بناءا على إرادة الأطراف و يزيد الإقبال عليه من مختلف الدول نظرا لأهمية الاستثمار من جهة و ما يحققه كعامل للتنمية الاقتصادية التي تسعى الدول إلى تحقيقها، إلى جانب المزايا التي يتمتع بها و التي دفعت هذه الدول إلى قبوله رغم ما يعني ذلك من تنازل ضمني عن سيادتها. و ذلك بسبب المنازعات التي تثيرها عقود الاستثمار و التي في الغالب تتم بالإرادة المنفردة للدولة سواء بتغييرها لشروط التعاقد أو الإجراءات. كما توصلنا أن التحكيم يصادف العديد من الصعوبات الناتجة عن تمتع الدولة بالسيادة التي أبرز مظاهرها الحصانة، إلا أن الرأي الراجح هو عدم الاعتداء بها كسبب لعدم اللجوء إلى التحكيم بعد قبوله. و هذا من قبيل تحقيق ضمان فعالية التحكيم و زيادة الثقة في اللجوء إليه.

الفصل الثاني

ضمان فعالية التحكيم في حماية الاستثمار

المبحث الأول: المبادئ اللازمة لضمان عملية التحكيم و دور التحكيم المؤسسي

المطلب الأول: المبادئ اللازمة لضمان فعالية التحكيم

المطلب الثاني: دور المراكز التحكيمية

المبحث الثاني: فعالية الإجراءات التحكيمية

المطلب الأول: تنظيم إجراءات التحكيم

المطلب الثاني: تنفيذ الأحكام التحكيمية

الفصل الثاني : ضمان فعالية التحكيم في مجال الاستثمار

نظـــرا لأهميـــة الـــدور الـــذي يلعبـــه التحكـــيم فـــي حمايـــة الاســـتثمار، مـن خـلال حسـم المنازعـات المترتبـة عـن العقـود المبرمـة فـي هـذا المجـال، كمـا أنـه يسـهم بشـكل أساسـي فـي تشـجيع الاسـتثمارات الأجنبيـة و حمايـة المسـتثمر مـن القـوانين المحليـــة للدولـــة المضـــيفة و تشـــجيعه علـــى الـــدخول فـــي اســـتثمارات كبيـــرة و فـي علاقـات تجاريـة واسـعة دون الخـوف مـن ضـياع حقوقـه أو إطالـة أمـد التقاضـي إلـى جانـب أنـه يعمـل علـى تخفيـف العـبء عـن السـلطة القضـائية و حتـى عـن الأفـراد حيـث يجنـبهم مشـقة الترافـع أمـام القضـاء مـن بعـد المسـافة، كثـرة التكـاليف، بطء الإجراءات و تعقمها.

و نظـرا لأهميـة هـذا الـدور، يسـتلزم تحقيـق فعاليـة التحكـيم تبنـي العديـد مـن الآليـات للوصـول إلـى عمليـة تحكـيم منظمـة و فعالـة، سـواء علـى مسـتوى المبـادئ اللازمـة التـي تحكـم العمليـة و دور التحكـيم المؤسسـي أو بالنسـبة للإجـراءات التحكيمية.

و لهذا نحاول في هذا الفصل التطرق لهذه الآليات من خلال تقسيمه إلى مبحثين :

المبحث الأول : المبادئ اللازمة و دور التحكيم المؤسسي لضمان فعالية التحكيم في حماية الاستثمار

المبحث الثاني : فعالية الإجراءات التحكيمية.

المبحث الأول: المبادئ اللازمة و دور التحكيم المؤسسي في ضمان فعالية التحكيم في حماية الاستثمار

نظرا لأهمية الدور الذي يلعبه التحكيم في حماية الاستثمار، لاسيما أن عقود الاستثمار تتمتع بخصوصية ناتجة عن وجود الدولة كطرف و كذلك تعلقها بمصالح حيوية للدولة المضيفة مما يتطلب توفر مبادئ قانونية تضمن عملية تحكيم منظمة و فعالة تجعلها تحقق الأهداف المسطرة لها.(مطلب 1)

كما يتطلب معرفة دور التحكيم المؤسسي باعتباره الأكثر إستقطابا لهذا النوع من المنازعات و تقييم دورها حيث يعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أهم المراكز في هذا المجال.(مطلب 2).

المطلب الأول: المبادئ اللازمة لضمان فعالية التحكيم

نميز في المبادئ التي تقوم عليها العملية التحكمية، مبادئ أساسية و تتمثل في استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي و مبدأ الاختصاص بالاختصاص في نظر النزاع (الفرع الأول) و منها مبادئ مكملة و تتمثل في تعذر الرجوع عن قبول التحكيم الدولي بالإرادة المنفردة و عدم تأثر التحكيم الدولي بالإجراءات التعطيلية من جانب أحد الأطراف إلى جانب استئثار هيئة التحكيم الدولي بتسوية النزاع و ضمان فعالية الحكم التحكيمي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المبادئ الأساسية

تتمثل في مبدأين و هما استقلال اتفاق التحكيم على العقد الأصلي و مبدأ الاختصاص بالاختصاص في نظر النزاع.

أولا: استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

يقصد بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي أن ننظر إلى شرط التحكيم الوارد في العقد على أنه يعتبر عقدا قائما بذاته رغم أنه ليس إلا جزءا من هذا العقد أو أحد بنوده.

و بالتالي فالمقصود باستقلاليته عدم تأثره بالعقد الأصلي لا من حيث الصحة و التمسك ببطلانه، و لا من حيث القانون الواجب التطبيق عليه[1].

و يرجع الفضل في بروز هذا المبدأ و تطوره القانوني إلى الاجتهاد القضائي، و يمكن القول أن القضاء الهولندي أول من قرر صراحة انفصال اتفاق التحكيم الدولي عن العقد الأصلي حيث صدر بتاريخ 1935\12\27 حكم عن المحكمة الهولندية يقضي بأنه في حالة تنازع الأطراف حول صحة أو بطلان العقد، فإن ذلك لا يمنع من اختصاص المحكم بالفصل في النزاع رغم احتمال عدم صحة العقد الذي ورد به شرط التحكيم[2].

كما أصدر القضاء الفرنسي حكما بتاريخ 1963\05\07 في قضية Gosset الذي أقر بأنه في مجال التحكيم التجاري الدولي فإن اتفاق التحكيم يتمتع باستقلال قانوني كامل.[3]

و فيما يخص تكريس هذا المبدأ في الأنظمة القانونية فإن اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد و تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية لم تنص على أي حكم يتعلق باستقلالية اتفاقية التحكيم، إلا أن المادة الخامسة في فقرتها الأولى نصت على أن الاعتراف و تنفيذ القرار يمكن أن يرفض إذا أثبت الطرف المتمسك بالبطلان أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقا للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم، و بذلك تكون اتفاقية نيويورك أقرت ضمنيا بمبدأ الاستقلالية[4].

أما القانون الجزائري فقد كرس المبدأ صراحة في القانون القديم و الجديد حيث نصت المادة 458 مكرر 1 فقرة 4 من قانون الإجراءات المدنية على :

" لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح "

---

1 د. نور الدين بكلي، دور و أهمية اتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية (في القانون الجزائري و القوانين العربية)، مجلة المحكمة العليا، الجزء الأول، 2009، ص 292.

2 نفس المرجع، ص 293

3 نفس المرجع و الصفحة.

4 نفس المرجع، ص 295.

كما كرس قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نفس المبدأ و اخذ بعدم إمكانية الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي[1].

و قد تبنت مختلف قوانين التحكيم الدولية و العربية هذا المبدأ لما يحققه من مناعة بحيث يؤمن شرط التحكيم من كل خطر يهدد العقد الأصلي.

و بالتالي فالاعتراف به يزيل مخاوف المستثمرين و إعطاء شرط التحكيم حصانة من جميع أسباب البطلان التي تمس العقد الأصلي.

و يترتب على هذا المبدأ أثرين هامين هما[2] :

1. عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي

و يعني أن صحة و سريان اتفاق التحكيم لا يتوقف أو يتأثر بمصير العقد الأصلي. إلا أنه يشترط لترتيب هذا الأثر أن يكون اتفاق التحكيم في حد ذاته صحيحا حيث إذا كان العيب الذي يمس العقد من شأنه أن يمس اتفاق التحكيم كعيب الرضا مثلا فالنتيجة أن يبطل الاتفاقين معا و لا يكون لمبدأ الاستقلالية أي أثر.

2. الاستقلال القانوني لاتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

و يقصد به إخضاع اتفاق التحكيم لنظام قانوني يختلف عن ذلك الذي يحكم العقد الأصلي من حيث طبيعته أو مصادره.

و تجدر الإشارة إلى إمكانية اختيار الأطراف قانون معين يحكم العقد و آخر يحكم اتفاق التحكيم، كما يجوز أن يخضع اتفاق التحكيم لقاعدة إسناد خاصة به تتولى تحديد القانون واجب التطبيق أو أن يخضع لقاعدة مادية.

ثانيا: الإختصاص بالإختصاص في نظر النزاع

و هو المبدأ الذي يمنح للمحكم سلطة الفصل في مدى اختصاصه، و يقصد به أن المحكم يختص بتحديد اختصاصه و هو الذي يقرر إذا كان هناك اتفاق تحكيم أم لا.

---

1 المادة 1040 من ق إ م إ.

2 د.بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 77.

فـإذا طعـن أحـد الأطـراف فـي اختصـاص هيئـة التحكـيم و دفـع بعـدم صـحة اتفـاق التحكـيم، فيكـون لهيئـة التحكـيم هـذه أن تفصـل فـي صـحة اختصاصـها، و يهـدف هـذا المبـدأ إلـى منـع الأطـراف مـن عرقلـة سـير التحكـيم مـن خـلال قـولهم بعدم اختصاص المحكمة التحكيمية أو التمسك بأي عيب يشوب إتفاق التحكيم،

و هـذا يمـنح المحكـم سـلطة الفصـل فـي اختصاصـه مـع خضـوع الحكـم الـذي يصـدره فـي هـذا الشـأن للرقابـة القضـائية اللاحقـة، و يترتـب علـى مبـدأ الاختصـاص بالاختصاص أثرين هامين أحدهما إيجابي و الآخر سلبي[1].

فأما الأثر الإيجابي فيتمثل في ترك المجال فاسحا للمحكمين لتجاوز الحجة التي مفادها أن المحكم لا يحق له النظر في أساس النزاع إلا إذا سبق أن أعطته سلطة أخرى هذا الحق، حيث يسمح هذا المبدأ للمحكم بالفصل في مسألة اختصاصه دون انتظار ترخيص من سلطة أخرى.

و أما ما يتعلق بالأثر السلبي فهو السماح للمحكم بالفصل في اختصاصه قبل أي جهة أخرى ، بحيث يمنع على قضاء الدولة البت في مسألة اختصاص المحكم قبل إعطائه الفرصة للبت فيها.

و قد تبنت العديد من التشريعات المتعلقة بالتحكيم هذا المبدأ حيث :

نصت اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول و بين رعايا الدول الأخرى في المادة 41 منها على :

1. المحكمة هي التي تحدد اختصاصها .

2. أي اعتراض من جانب أحد طرفي النزاع على أساس أن النزاع ليس من اختصاص المركز، أو لأسباب أخرى، لا يقع في اختصاص المحكمة و تقرر المحكمة إن كانت ستعالجه كمسألة مبدئية منفصلة أو تقرر ضمه إلى موضوع النزاع.

و نصت المادة 22 من قانون التحكيم المصري في فقرتها الأولى على :

" تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع ".

1 د.بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 85 ، 86.

و على غرار هذه التشريعات، كرس المشرع الجزائري هذا المبدأ من خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث منح محكمة التحكيم سلطة الفصل في الاختصاص الخاص بها، و يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع. كما انها تفصل في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع [1].

و يعتبر بعض الفقه أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص ملازم لمبدأ استقلالية التحكيم، لأن منح اتفاق التحكيم استقلالية في مواجهة العقد و القانون الواجب التطبيق عليه تبقى غير كافية إذا منحنا للجهات القضائية صلاحية الفصل في اختصاص الهيئة التحكيمية.[2]

كما تم تكريس مبدأ الاختصاص بالاختصاص في معظم تشريعات التحكيم على اختلاف تسمياتها و الجهات المصدرة لها نظرا لأهميته و دوره في تيسير سير التحكيم و ضمان الأمان القانوني للمتعاملين في عقود الاستثمار أثناء تسوية النزاع.

إلى جانب هذين المبدأين الأساسيين توجد مبادئ أخرى مكملة من شأنها ضمان فعالية نظام التحكيم في مجال عقود الاستثمار.

الفرع الثاني: المبادئ المكملة

نتناول في هذا الفرع مبادئ أخرى يجب أن تقوم عليها عملية التحكيم، و لا تقل أهمية المبادئ المذكورة سابقا. و تتمثل في :

1. تعذر الرجوع عن التحكيم الدولي بالإرادة المنفردة.
2. عدم تأثر التحكيم الدولي بالإجراءات التعطيلية من جانب أحد الأطراف.
3. استئثار هيئة التحكيم الدولي بتسوية النزاع.
4. ضمان فعالية الحكم التحكيمي

1 المادة 1044 من ق إم إ.

2 نور الدين بكلي، مرجع سابق ص300

أولا: تعذر الرجوع عن التحكيم الدولي بالإرادة المنفردة

قد يحاول أحد الأطراف الانسحاب من عملية التحكيم بعد موافقته عليها من أجل عرقلة سير العملية التحكمية و إعاقة هيئة التحكيم عن إصدار حكمها، و يكون هذا أكثر وضوحا في منازعات عقود الاستثمار حيث كثيرا ما تدفع الدول بغرض الانسحاب من عملية التحكيم بعدم أهليتها لإبرام اتفاق التحكيم بمقتضى قانونها الوطني أو بسبب تمتعها بالحصانة التي تخولها الحق في عدم المثول أمام قضاء دولة أخرى.

و لذلك اقتضت الضرورة وضع هذا المبدأ الذي يهدف لضمان فعالية التحكيم من خلال الإقرار بعدم أحقية الطرف العام في الدفع بعدم أهليته بعد موافقته على اللجوء إلى التحكيم، و كذلك عدم جواز دفع الدولة بمركزها السيادي للتحلل من الإتفاق على التحكيم.

و قد أيد الفقه هذا القول، و اعتبر أن إبرام اتفاق التحكيم في أي عقد من عقود الدولة يجب أن يؤدي إلى تسوية النزاع عن طريق التحكيم بصرف النظر عن طبيعة العقد الذي ورد فيه، و أن وجود هذا الاتفاق هو بمثابة تنازل الدولة عن حصانتها القضائية دون قيد أو شرط .

حيث يقر الأستاذ Gaillard بأن وجود هذا االإتفاق يفهم منه بالضرورة تنازل الدولة عن حصانتها القضائية.[1]

و يرى الأستاذ Goldman فيما يتعلق بمسألة الحصانة القضائية للدولة و إبرامها لاتفاق التحكيم إلى أنه مما لا شك فيه أن قبول الدولة لشرط التحكيم يستتيع علنا و بالضرورة التنازل عن الحصانة القضائية.[2]

كما اتخذ الاجتهاد ألتحكيمي و القضائي نفس الموقف في أغلب الأحكام التحكيمية منها على سبيل المثال الحكم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بسويسرا في

1 نور الدين بكلي، مرجع سابق ص 304.

2 نفس المرجع و الصفحة.

الدعوى رقم 3879 لسنة 1984 و الأمر الذي أصدرته محكمة باريس في 08|07|1970 و محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 18 نوفمبر 1986.

يتضح جليا أن الدفع بالحصانة القضائية أصبح غير معمول به من الناحية العملية، حيث لا يمكن للدولة التنصل من التحكيم بحجة عدم أهليتها حتى لا تدخل في تحكيم وافقت عليه من قبل.

و بذلك يحقق مبدأ تعذر الرجوع عن التحكيم بالإرادة المنفردة الفعالية لنظام التحكيم في مجال الإستثمار من خلال بعث الطمأنينة في نفوس المستثمرين الأجانب اتجاه هذا النظام، و الذي ينعكس بالضرورة على زيادة الإستثمار و تشجيعه في الدول النامية.

ثانيا: عدم تأثر التحكيم الدولي بالإجراءات التعطيلية من جانب أحد الأطراف

قد لا يبدي أحد أطراف التحكيم رغبته في التراجع عن اتفاق التحكيم صراحة، إلا أنه يعمل إلى اتخاذ مواقف سلبية لعرقلة العملية التحكيمية، كأن يقوم بالإمتناع عن تعيين المحكم مع أنه مكلف أو معني بإختياره، أو يقوم بعدم حضور إجراءات التحكيم...الخ.[1]

مما جعل من الضروري الاعتراف لهيئة التحكيم بالسلطة لمواجهة مثل هذه التصرفات من خلال الاعتراف لها بسلطة مواصلة التحكيم و استصدار حكم ملزم و فعال.

و قد تناولت معظم تشريعات التحكيم في مختلف الدول ترتيبات من أجل تكريس هذا المبدأ و تتمثل أساسا في :

1. الإلتزام بتعيين المحكمين.
2. عدم تأثر التحكيم بغياب أحد الأطراف.

1 د.خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 192.

1. الإلتزام بتعيين المحكمين

اختيار المحكم يتم في الأصل في وقت متزامن مع الاتفاق على التحكيم كأسلوب لحسم النزاع،[1] إلا أنه قد يقوم أحد الأطراف بالمماطلة في اختيار المحكم قصد عرقلة العملية التحكيمية، و لذلك ذهبت معظم التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية و لوائح هيئات التحكيم الدولية الدائمة إلى وضع الحلول لتفادي محاولة أحد الأطراف تعطيل الإجراءات بامتناعه عن تعيين المحكم، و ذلك من خلال تحديد هيئة قضائية أو إدارية تتولى مهمة تعيين هذا المحكم بدلا من الطرف الذي امتنع.

حيث نصت المادة 38 من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى على أن يتولى رئيس البنك الدولي للإنشاء و التعمير تعيين المحكمين بناءا على طلب الخصم صاحب المصلحة في التعجيل و بعد التشاور مع الأطراف بقدر الإمكان..."

و قد تضمن قانون التحكيم الدولي الجزائري ا التدابير المتخذة في هذا الشأن حيث نص[2] على أنه يمكن للأطراف مباشرة أو بالربوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم أو استبدالهم. في غياب التعيين، و في حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي :

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

2- وقع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج و اختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر."

و بفضل هذه الإجراءات لن تؤدي أي مماطلة أو امتناع عن التنفيذ إلى تجميد إجراءات التحكيم.

---

1 د، خالد كمال عكاشة، مرجع سابق ص 193.

2 المادة 1041 من ق إ م إ.

2. عدم تأثر التحكيم بغياب أحد الأطراف

قد يعمد أحد الأطراف إلى عدم حضور إجراءات التحكيم على الرغم من قبوله اختصاص هيئة التحكيم بهدف تعطيل الفصل في النزاع، و تفاديا لحدوث مثل هذا التصرف أقرت تشريعات التحكيم في مختلف الدول و الهيئات استمرار إجراءات التحكيم دون أن يؤثر غياب طرف عليها.

حيث نصت المادة 45 من اتفاقية واشنطن على :

" إذا فشل طرف في الحضور أمام المحكمة و لم يستطع عرض دعواه لا يرتب ذلك حقا للطرف الآخر.

إذا لم يحضر أحد الطرفين أمام المحكمة أو فشل في تقديم دعواه خلال أي مرحلة من مراحل الإجراءات، فإنه من حق الطرف الآخر أن يطلب من المحكمة اتخاذ قرار بشأن النزاع و يجب على المحكمة قبل اتخاذ أي قرار إخطار الطرف المتخلف مع منحه مهلة قضائية، إلا إذا اقتنعت المحكمة أنه ليس في نية الطرف المتخلف المثول أمامها و عرض دعواه."

ثالثا: استئثار هيئة التحكيم الدولي بتسوية النزاع

و يقصد به أنه في حالة اتفاق الأطراف على تسوية النزاع القائم بينهم بطريق التحكيم فإنهم بذلك قد منحوا هيئة التحكيم الاختصاص في الفصل في النزاع و بالتالي استبعاد محاكم الدولة و عدم حق الأطراف في الالتجاء إلى القضاء الوطني.

و يجب لتحقيق هذا المبدأ استعداد الدولة المضيفة للاستثمار و قانونها المحلي لقبول قرارات التحكيم و الاعتراف بها بشكل فعلي و فعال.

و قد كرس قانون الاجراءات المدنية و الإدارية المبدأ معتبرا أن القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف[1].

1 المادة 1045 من ق إ م إ.

رابعا: ضمان الفعالية للحكم التحكيمي

يعد التحكيم وسيلة فعالة في حسم منازعات عقود الاستثمار و بالتالي حمايته، إلا أن فعاليته تتوقف على مدى القدرة على تطبيق الحكم التحكيمي، إذ ما جدوى إبرام إتفاق التحكيم و القيام بكل ما يلزم للعملية التحكيمية إذا لم ينفذ الحكم الصادر عنها.

و لهذا حرصت معظم النصوص التحكيمية على اتخاذ التدابير اللازمة لضمان تنفيذ الحكم التحكيمي.

حيث قدمت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 تسهيلا ملحوظا لتنفيذ أحكام التحكيم، فجعلت القاعدة هي نفاذ الحكم التحكيمي، و الاستثناء هو قبول الدليل على عدم نفاذه لسبب من الأسباب التي أوردتها الإتفاقية على سبيل الحصر.

كما نصت اتفاقية واشنطن على أنه يكون الحكم ملزما للطرفين و لا يمكن الطعن عليه بأي طريقة، إلا في الحالات الواردة في هذه الإتفاقية، و يجب على كل طرف أن يحترم الحكم و ينفذه إلا إذا أوقف تنفيذه طبقا لأحكام هذه الاتفاقية [1].

على أن ضمان تنفيذ الحكم التحكيمي تم مع الإقرار للقضاء الوطني في أعمال الوقاية على هذه الأحكام من خلال الإعتراف بإمكانية الطعن فيها، أمام قضاء دولة مقر التحكيم.

و قد اتبع المشرع الجزائري نفس المنهج في تكريس المبدأ و ضمان الحق في الطعن.

مما سبق نستنتج أن وضع كل المبادئ سواء أكانت أساسية أو مكملة و سواء ارتبطت بإتفاق التحكيم كمرحلة أولية أو بسير الخصومة التحكيمية فإنها تستهدف ضمان فعالية نظام التحكيم في حماية الاستثمار و تحقيق الأمن القانوني للمستثمرين لاسيما الأجانب مما يعزز الرغبة في الاستثمار و بالتالي دفع عجلة النمو الاقتصادي.

1 المادة 53 من اتفاقية واشنطن لعام 1965.

المطلب الثاني: دور التحكيم المؤسسي في حماية الاستثمار

سبق أن تطرقنا إلى التحكيم المؤسسي و دوره في حسم المنازعات الناجمة عن عقود الاستثمار، حيث وجدت عدة مراكز و هيئات تحكيمية دائمة لهذا الغرض في الوطن العربي و على المستوى الدولي، فقد أنشئ في الوطن العربي مركز تحكيم القاهرة الإقليمي و المركز العربي للتحكيم التجاري على سبيل المثال لا الحصر (الفرع الأول) كما تم إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كهيئة متخصصة في حسم منازعات هذا المجال (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أهم المراكز التحكيمية في الوطن العربي

تم إنشاء العديد من مراكز و هيئات التحكيم في الدول العربية نذكر منها :

1. مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري سنة 1978.
2. الهيئة العربية الأوروبية للتحكيم التجاري التابعة لفرق التجارة العربية الأوروبية، و تم وضع قواعد التحكيم الخاصة بها سنة 1982.
3. المركز العربي للتحكيم التجاري سنة 1987.
4. مركز البحرين للتحكيم التجاري الدولي سنة 1993.
5. مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي سنة 1993.
6. غرفة تجارة و صناعة دبي، صدر بشأنها نظام التوفيق و التحكيم منه 1994.
7. غرفة تجارة و صناعة أبو ظبي، صدر بشأنها نظام المصالحة و التحكيم التجاري سنة 1994.
8. الجمعية اللبنانية للتحكيم سنة 1995.
9. المركز اليمني للتوفيق و التحكيم سنة 1997.
10. المركز الدولي للتوفيق و التحكيم . الرباط المغرب.

و سندرس في هذا الفرع مركز القاهرة الإقليمي و المركز العربي للتحكيم التجاري.

أولا: مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي

يعد أبرز الصروح العلمية و العملية في مجال التحكيم على مستوى الوطن العربي، و أكثرها شيوعا[1] و لهذا سوف نتناول نشأته و مهامه و المبادئ التي قام بإرسائها.

1.نشأته

على ضوء سعي حكومات الدول الآسيوية و الإفريقية للتعامل في مجال توثيق أواصر التعاون فيما بينها، عمدت إلى إنشاء لجنة قانونية إستشارية مقرها العاصمة الهندية نيودلهي، حيث تعقد دورات عامة تتولى فيها اتخاذ قرارات تمس الموضوعات ذات الاهتمام المشترك، فكان موضوع التحكيم التجاري الدولي من أبرز المسائل التي أدرجت في جدول أعمال اللجنة في دورتها الثامنة عشر التي عقدت في بغداد بتاريخ 08|02|1977[2] و التي تبنت قواعد التحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة و إنشاء مراكز إقليمية تقوم بتنفيذ تلك القواعد.

و في اجتماع الدورة التاسعة عشر المعقدة في قطر سنة 1978 تمت الموافقة على إنشاء المركز الذي أخذ طابع المنظمة الدولية بالعمل كمؤسسة تحكيمية منذ تاريخ 15|11|1983. و ينحصر نشاطه في الدول العربية في غرب آسيا و إفريقيا و أي دول أخرى في إفريقيا ترغب في اللجوء إليه.

2. مهامه : يضطلع المركز بالمهام الآتية [3] :

أ. تشجيع ودعم الأنشطة في مجال التحكيم التجاري الدولي.

ب. المساعدة والمعاونة في التنمية وتطوير المؤسسات الوطنية في المنطقة وتنمية التعاون فيما بينها.

ج. تهيئة إجراء التحكيم تحت رعاية المركز كلما كان ذلك ممكنا.

---

1 د، خالد كمال عكاشة، المرجع السابق ص 347.

2 أ. حسان نوفل، المرجع السابق ص 72.

3 تضمنتها المواد 4 و 6 من نظام المركز، أنظر كتاب موسوعة التحكيم وائل أنور بندق ص 132.

د. التنسيق ومساعدة الأنظمة التي تمارسها هيئات التحكيم القائمة خاصة بين الهيئات الموجودة في المنطقة.

هـ. تقديم التحكيم في سير عمليات التحكيم الحر خصوصا ما يتم منها وفقا لقواعد اليونسترال .

و. المساعدة في تنفيذ أحكام التحكيم.

3. <u>دوره في إرساء مبادئ التحكيم</u>

لعب المركز دورا هاما في إرساء مجموعة من المبادئ [1] منها :

العقد شريعة المتعاقدين، حسن النية عند تنفيذ العقد، تقسيم العقد، تكييف طلبات الخصوم، الشرط الجزائي، المسؤولية العقدية، الإعفاء من المسؤولية، التعويض، الضرر المحتمل، القوة القاهرة، نظرية الظروف الطارئة ...إلخ.

<u>ثانيا: المركز العربي للتحكيم التجاري</u>

أنشأ المركز بموجب إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري[2] التي أقرها مجلس وزراء العدل العرب في دورته الخامسة بقرار رقم 80 بتاريخ 1987/04/14 .

وقد صادقت على الاتفاقية أربعة عشر (14) دولة منها الجزائر إيمانا منها بأهمية إيجاد نظام عربي موحد للتحكيم التجاري يأخذ مكانه بين أنظمة التحكيم العالمية والإقليمية، وحرصا منها على تحقيق التوازن العادل في ميدان حل النزاعات التي يمكن أن تتولد عن عقود التجارة الدولية، وإيجاد الحلول العادلة لها.

وقد نصت المادة الثانية من الاتفاقية على أنها تطبق على النزاعات التجارية الناشئة بين أشخاص طبيعيين أو معنويين أيا كانت جنسياتهم يربطهم تعامل تجاري مع إحدى الدول المتعاقدة أو أحد أشخاصها أو تكون لهم مقار رئيسية فيها.

كما نصت المادة 12 على أن يكون مقر المركز بمقر الأمانة العامة للمجلس بالرباط عاصمة المملكة المغربية.

---

1 د. خالد كمال عكاشة مرجع سابق ص 353.

2 أنظر وائل أنور بندق، موسوعة التحكيم، المرجع السابق، ص 74.

ويعتبر المركز مؤسسة دائمة تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة و قد ألحق إداريا وماليا بالأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب.

ويتم الخضوع للتحكيم لدى المركز بإحدى الطريقتين :

أ. بإدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بين ذوي العلاقة.

ب.باتفاق لاحق على نشوء النزاع.

ويتألف المركز من مجلس إدارة يعقد دورة عادية كل سنة وله أن يعقد دورات إستثنائية عند الاقتضاء، وينعقد قانونا بحضور أغلبية الأعضاء وتتخذ القرارات بأغلبية ثلثي أصوات الحاضرين.

و من المهام التي يقوم بها مجلس الإدارة :

- السهر على تنفيذ أحكام الاتفاقية.
- وضع النظام الداخلي للمركز.
- النظر في التقرير السنوي الخاص بنشاطات المركز ورفعه للمجلس للمصادقة عليه.
- وضع قائمة بأسماء المحكمين.

كما يشمل المركز من مكتب يتكون من الرئيس ونائبه، ويعين الأمين العام للمجلس مديرا للتوثيق من مهامه إضفاء الصفة الرسمية على قرارات التحكيم وإثبات صحة كل نسخة منها كما يتخذ الإجراءات الرسمية التي يقتضيها تنفيذ أحكام الاتفاقية.

الفرع الثاني: المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

يعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار احد هيئات البنك الدولي للإنشاء والتعمير، وهو هيئة دولية متخصصة في الفصل في المنازعات التي تثور بين الدول المضيفة للاستثمار ومواطني الدول الأخرى الذين يقيمون مشروعاتهم الاستثمارية في الدول المضيفة لهم.

أولا : نشأته

أنشئ المركز بموجب اتفاقية واشنطن لعام 1965[1] الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى، حيث نصت المادة الأولى منها على :

1. يتم إنشاء المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار (يطلق عليه فيما بعد بالمركز).

2. الغرض من المركز هو توفير الوسائل اللازمة للتوفيق والتحكيم لفض المنازعات الخاصة بالاستثمار بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول المتعاقدة الأخرى طبقا لأحكام هذه الإتفاقية.

ثانيا : مهامه :

يقوم المركز بمهمتين أساسيتين هما :

أ . التوفيق : وهو محاولة تسوية المنازعات التي تنشأ بين الدول المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي الذي يجب أن يكون مواطنا لدولة عضو في الاتفاقية بطرق ودية.
ويذهب البعض أن هذه المسألة لم تكن ذات جدوى بسبب الاعتقاد السائد في الأوساط الاستثمارية من أن الطرف الضعيف هو فقط الذي يسعى إلى تسوية النزاع بطريق التوفيق[2].

أ. التحكيم : و يعتبر أكثر الخدمات استخداما من بين الخدمات التي يقدمها المركز.

كما نصت المادة 25 من اتفاقية المركز على توسيع اختصاصه بقولها :
" يمتد اختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة على أحد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقدة وبين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة ويوافق طرفا النزاع كتابة على عرضه على المركز".

1 د وائل أنور بندق، موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص 45.

2 د. خالد كمال عكاشة ، مرجع سابق، ص 370.

ثالثا: شروط اختصاص المركز

يستخلص من نص المادة 25 المذكورة أعلاه توفر ثلاثة شروط [1] لانعقاد اختصاص المركز و هي :

أ. أن يكون أحد الأطراف دولة متعاقدة، و أن يكون الطرف الآخر مواطن من دولة متعاقدة أخرى.

ب. الرضا.

ج.أن تكون المنازعة قانونية و ناشئة بطريقة مباشرة عن استثمار.

و نشرح هذه الشروط فيما يلي :

أ. الشرط الأول: أن يكون أحد الأطراف دولة متعاقدة و أن يكون الطرف الآخر مواطن من دولة متعاقدة

فلا تسري الاتفاقية إذا كان الطرفان من الأفراد، كما لا يمتد نطاقها إلا إلى المنازعات التي تحدث بين الدول بعضها مع البعض الآخر، و يرجع السبب في ذلك إلى أن منازعات الأفراد يمكن أن تخضع للتحكيم الداخلي أو الخاص، كما أن منازعات الدول فيما بينها يمكن أن تخضع للقانون الدولي العام.

فإذا كانت الدولة غير متعاقدة أي غير طرف في اتفاقية واشنطن فإنه لا يمكن لها أن تصبح طرفا في إجراءات التحكيم تحت إشراف المركز، و لقد نشب خلاف حول جواز استعمال الدول غير المتعاقدة للتسهيلات التي يقدمها المركز، و استقر العمل على إمكان منحها هذه الرخصة دون إعطائها الحق في الوقوف كطرف في تحكيم المركز، مع الإشارة أن الاتفاقية فتحت المجال لانضمام الدول حيث نصت المادة 68 منها على أنه :

" تدخل دور النفاذ لكل دولة تقوم بإيداع وثيقة تصديقها و قبولها للمعاهدة بعد ثلاثين يوما من هذا الإبداع ".

1 د، جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1995، ص19

كما تجدر الإشارة أيضا أن اختصاص المركز يمتد إلى المؤسسات و الوكالات التابعة للدول المتعاقدة على أن تقوم حكومة الدولة بتعيينها للمركز أي بموافقتها.

أما أن يكون الطرف الآخر مواطنا لدولة أخرى متعاقدة، فقد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، و يمكن للشخص الطبيعي الذي يتمتع بجنسية إحدى الدول المتعاقدة أن يطلب التحكيم في ظل المركز مع ضرورة توفر شرط الجنسية في تاريخين معا [1] و هما : التاريخ الذي يسجل فيه الطلب بمعرفة السكرتير العام للمركز.

ب. <u>الشرط الثاني: الرضا</u>

يعتبر الرضا أو قبول التحكيم لدى المركز العمود الفقري لاختصاصه، و تظهر أهميته في منع الأطراف من تقديم منازعاتهم أمام أي جهة أخرى، و يجب التعبير عن الرضا كتابة، و للأطراف اختيار أحد الشروط النموذجية التي تم إعدادها بواسطة المركز سابقا دون أن يشكل هذا التزاما عليهم، كما يمكنهم التعبير عن رضاهم في شرط تحكيمي يتضمنه عقد الاستثمار، إلا أنه يجب أن يتقدم الرضا على تقديم الطلب للتحكيم.

ج. <u>الشرط الثالث: أن تكون المنازعة قانونية و ناشئة بطريقة مباشرة عن استثمار</u>

لابد أن تكون المنازعة متصلة أو متعلقة بحق أو التزام قانوني، كما يجب أن تكون ناشئة بطريقة مباشرة عن استثمار، و بذلك فهذا الشرط يتضمن عنصرين :

الأول: أن تكون المنازعة قانونية

الثاني: أن تنشأ مباشرة عن الاستثمار

و لم تقدم الاتفاقية المقصود من تعبير نزاع قانوني إلا أن الفقه يرى أنه النزاع بين الأطراف حول حقوق و التزامات كل منهما في اتفاق الاستثمار، و من أمثلة المنازعات القانونية التي تدخل في اختصاص المركز تلك المتعلقة بعدم تنفيذ العقد،

1، جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 25.

تفسير الاتفاق و نزع الملكية و التعويض و فسخ العقد، مع استبعاد المنازعات ذات الطبيعة السياسية التجارية أو المتعلقة بأمور محاسبية.

و كمثال على النزاع القانوني نشير إلى ما ذكرته المادة 5 من الاتفاقية المبرمة بين اسبانيا و الجزائر سنة 1994 [1] بقولها :

" إن التأميم و نزع الملكية أو أية تدابير ذات اختصاص و آثار مشابهة و التي يمكن أن تتخذها سلطات احد الطرفين المتعاقدين حيال استثمارات على إقليمها لمستثمري الطرف المتعاقد الآخر، و يجب أن تتخذ بصفة مطلقة لدوافع المنفعة العامة طبقا لأحكام قانونية ، و لا يجب أن تكون بأية حال ذات طبيعة تمييزية.

فاذا حدث خلاف بين الطرفين حول تفسير العقد أو تطبيق هذا النص اكمن تسويته بأسلوب التحكيم طبقا لنظام المركز.لان الشرطين الضروريين لاختصاصه متوفرين فهو يتعلق بعلاقة استثمار كما ان النزاع هو ذو طبيعة قانونية".

أيضا، لم تحدد الاتفاقية تعريف الاستثمار نظرا لتنوع المعاملات في هذا المجال و تركت الحرية للدول في تقدير منازعات استثمار و استبعاد أخرى. و نجد تفسيرا لهذه الحرية في بعض المعاهدات الدولية التي كانت الجزائر أحد أطرافها و التي نذكر من بينها :

- اتفاقية تشجيع و ضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي لسنة 1990 [2] فقد عرفت المادة 4 من هذه الاتفاقية الاستثمار هو استخدام رأس المال في أحد المجالات المرسوم بها في بلدان اتحاد المغرب العربي.
- و عرفت الفقرة السادسة من المادة الأولى من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية[1] استثمار رأس المال العربي على أنه :

[1] مرسوم رئاسي رقم 95-88 الصادر في 1995/03/25 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر و اسبانيا المتعلق بالترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع في مدريد في 1994/12/23 ج ر عدد 23 لسنة 1995.

2 مرسوم رئاسي رقم 90-420 الصادر في 1990/12/22 يتضمن المصادقة على الاتفاقية لتشجيع و ضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب الربي الموقعة في الجزائر في 1990/07/23 ج ر عدد 06 صادرة بتاريخ 06 فبراير سنة 1991، ص 203.

" هو استخدام رأس المال العربي في إحدى مجالات التنمية الاقتصادية بهدف تحقيق عائد في إقليم دولة طرف غير دولة جنسية المستثمر العربي آو تحويله إليها لذلك الغرض وفقا لأحكام هذه الاتفاقية ".

- و كانت المادة 2 من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللوكسمبوري في عام 1991[2] أكثر تفصيلا بحيث أوردت بعض نماذج الاستثمار بعد تحديد مفهومه بقولها :

" كلمة استثمارات تبين كل عنصر من الأصول مهما كان نوعه، و كل حصة مباشرة او غير مباشرة نقدية كانت أم عينية أو خدمات ، مستثمرة أو أعيد استثمارها في اي قطاع نشاط اقتصادي مهما كان نوعه. و تعتبر في نظر هذا الاتفاق على سبيل المثال لا الحصر كاستثمارات :

– الاملاك المنقولة و العقارات و كذلك الحقوق العينية مثل الرهن العقاري، الامتيازات و الرهن الحيازي و حق الانتفاع و الحقوق المماثلة،

– الاسعم، الحصص الاجتماعية، و كل شكل من الأشكال الأخرى للمشاركة حتى و ان كانت تمثل اقلية او غير مباشرة في الشركات المؤسسة على إقليم احد الأطراف المتعاقدة،

– الالتزامات، الديون و حقوق في الخدمات التي لها قيمة اقتصادية،

– حقوق المؤلف، حقوق الملكية الصناعية، الاساليب التقنية، الاسماء المسجلة و المحل التجاري،

– امتيازات القانون العام او الامتيزات التعاقدية (لا سيما تلك المتعلقة بالتنقيب، و الزرع ، و استخراج او استغلال الموارد الطبيعية) فيما يتصل بالحقوق

---

1 مرسوم رئاسي رقم 95–306 الصادر في 1995/10/7 يتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية في الدول العربية، ج ر عدد 59 صادرة بتاريخ 11 أكتوبر سنة 1995، ص4.

2 مرسوم رئاسي رقم 91–345 الصادر في 1991/1/5 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر و الاتحاد البلجيكي اللكسمبوري و المتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع في الجزائر في 1991/4/24، ج ر عدد 46 صادرة بتاريخ 06 أكتوبر سنة 1991،ص 1775.

الناتجة مباشرة عن التفاقيات المبرمة ما بين المستثمر المستفيد من الامتياز صاحب الامتياز ".

و لقد جاء هذا التعداد – كما ذكرت الاتفاقية – على سبيل المثال تماشيا مع تحديد مفهوم الاستثمار في اتفاقية واشنطن[1].

رابعا : تقييم دور المركز:

يقوم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بدور مهم و فعال في حماية الاستثمار من خلال تسوية المنازعات الناشئة عن هذا النوع من المعاملات، و التي تتميز بطبيعتها الخاصة و المعقدة بسبب الآجال الطويلة للاتفاقات المبرمة و اختلاف المركز القانوني لأطرافها، حيث يعد التحكيم تحت مظلة هذا المركز أكثر الأشكال التحكيمية ملائمة لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار نظرا للمزايا التي يتمتع بها و المتمثلة في :

أ. يعتبر المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الصرح الدولي الذي يمنح المستثمرين الأجانب الحق في الوقوف على قدم المساواة مع الدول المضيفة لاستثماراتهم.

ب. يمنح الثقة و الضمان للدول المضيفة للاستثمار حيث لا تستطيع دول جنسيات المستثمرين التقدم نيابة عن مواطنيها.

ج. الاختيار: بحيث لا يجبر المركز الدولة على إخضاع منازعاتها له ، حتى و إن صادقت على الاتفاقية المنشئة له، حيث يتيح لها اختيار وسائل التسوية: التوفيق، التحكيم من جهة و اختيار نوع المنازعات الإستثمارية من جهة أخرى.

د. المرونة: تتميز الإجراءات المتبعة لدى المركز بقدر كبير من المرونة، يضمن توفر المبادئ التي تحول دون سير العملية التحكيمية بشكل منظم و فعال، أي منع الإجراءات أو التصرفات التعطيلية.

1 أ. بن سهلة ثاني بن علي و أ . نعيمي فوزي، تطور نظام الاستثمارات الاجنبية في الجزائر على ضوء نظام تحكيم المركز الدولي لتشوية منازعات الاستثمار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية ، عدد 03، 2008، ص 14.

هـ. الفاعلية: فبمجرد الموافقة على التقدم بطلب التسوية للمركز، لا يحق للأطراف التنصل من هذه الموافقة أو فسخها بالإرادة المنفردة، إلى جانب منعهم من الالتجاء إلى أي جهة أخرى إلا إذا حدد الإتفاق التحكيمي ما يخالف ذلك.

تجدر الإشارة إلى أن معظم الدعاوى المرفوعة لدى المركز ضد الدول المضيفة للاستثمار هي ضد دول نامية، و وجدت حالات معدودة ضد دول متقدمة منها دعوى ضد ايسلاند، عام 1983، و أخرى ضد نيوزيلاند عام 1987 و حالة ثالثة ضد الولايات المتحدة الأمريكية عام 1999 (مرتين) و رابعة ضد اسبانيا[1].

و يرجع السبب في ذلك إلى استقلال المستثمر الأجنبي الثغرات القانونية في الدول النامية و حتى يخلق نزاعا يدفع بها إلى ساحات التحكيم الدولي مما يؤدي إلى حصوله على تعويضات أكثر ربحية من عمليات الاستثمار في حد ذاتها من الناحية الفنية، حيث أن معظم الأحكام التي صدرت كانت ضد هذه الدول، كما أن أعضاء هيئة التحكيم في أغلبيتهم من دول أوروبا و الولايات المتحدة الأمريكية.

لا يثار جدل بشأن أهمية توفير المبادئ القانونية في تفعيل العملية التحكيمية أو بشأن دور المراكز التحكيمية سواء في الوطن العربي أو على المستوى الدولي في تكريس هذه المبادئ و العمل بها على أرض الواقع من أجل حماية الاستثمار من خلال التحكيم بضمان فعاليته.

إلا أنه لابد من ضمان هذه الفعالية على مستوى مرحلة أخرى من مراحل التحكيم لا تقل أهمية و هي مرحلة الإجراءات و تنفيذ الأحكام الصادرة.

المبحث الثاني: فعالية الإجراءات التحكيمية

تتمتع إجراءات التحكيم بأهمية بالغة في إنجاح نظام التحكيم أو إخفاقه، و لا يعد من المبالغة إعتبار هذه الإجراءات أيضا بمثابة العمود الفقري الذي يقيم نظام التحكيم والسياج الذي يضمن شرعية تنظيمها بشكل قانوني وفعال (المطلب الأول)

1 أ. حسان نوفل، المرجع السابق ص 69.

و مراعاة هذه الإجراءات على نحو صحيح من شأنه الوصول إلى حكم قابل للإعتراف به و تنفيذه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تنظيم إجراءات التحكيم

سندرس تنظيم إجراءات التحكيم الدولي من خلال التطرق إلى كيفية تشكيل هيئة التحكيم ، وما يتعلق بها من تعيين المحكمين والشروط الواجب توفرها لتعيينهم وحالات ردهم (الفرع الأول) ثم نتناول كيفية سير الخصومة التحكيمية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تشكيل هيئة التحكيم

يتأسس نظام التحكيم على مبدأ الرضائية الذي يمنح أطراف النزاع المساهمة الفعالة في تشكيل هيئة التحكيم، و يعتبر تشكيل هيئة التحكيم التي تتولى الفصل في منازعة الاستثمار الخطوة الأولى في إجراءات التحكيم وأهم المسائل التي يمكن بحثها بهذا الصدد هي عدد المحكمين وطريقة تعيينهم، الشروط الواجب توفرها فيهم وكذا حالات ردهم.

أولا: عدد المحكمين وطريقة تعيينهم

عادة ما تتشكل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين، إذ يقوم كل طرف بتعيين محكمة، ثم يقوم محكما الطرفين بتعيين المحكم الثالث الذي يطلق عليه المرجح أو الفيصل[1].

وقد ترك المشرع الجزائري حرية تعيين المحكمين إلى الأطراف بنصه في الفقرة الأولى من المادة 1041 على ما يلي :

"يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم".

وفق المبدأ الذي كرسته الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم، حيث نصت المادة العاشرة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة

1 د. خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 253.

لقانون التجارة الدولية بصيغته التي اعتمدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 21 جوان 1985[1] على ما يلي :

1. للطرفين حرية تحديد عدد المحكمين.
2. فإن لم يفعلا ذلك كان عدد المحكمين ثلاثة.

كما أشارت المادة 11 من نفس القانون النموذجي أن للطرفين حرية الاتفاق على الإجراء الواجب إتباعه في تعيين المحكم أو المحكمين، وأن التحكيم يكون بثلاثة محكمين، يعين كل من الطرفين محكما ويقوم المحكمان المعينان على هذا النحو بتعيين المحكم الثالث.

و أيضا نصت الفقرة الثانية من المادة 37 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى على :

" تتكون المحكمة من محكم واحد أو من عدد فردي من الحكام الذين يعينون باتفاق الطرفين ".

في حالة عدم اتفاق الطرفين على عدد المحكمين وطريقة تعيينهم تشكل المحكمة من ثلاثة محكمين، يقوم كل طرف بتعيين محكم واحد أما المحكم الثالث وهو رئيس المحكمة فيتم تعيينه بموافقة الطرفين ".

ثانيا: الشروط الواجب توفرها في المحكمين

المحكم هو قاض ولكن لا يتمتع بالسلطة العامة التي يتمتع بها القاضي، و نظرا للدور الذي يلعبه في حسم النزاع يجب أن يتوفر على شروط معينة و هي :

1.أن يكون المحكم شخصا طبيعيا: فالشخصية المعنوية لا تتمكن من القيام بدور المحكم إلا عن طريق تمثيلها من قبل شخص طبيعي [2].

2.أن يكون المحكم ذي أهلية فلا يجوز للقاصر أو المحجوز عليه أن يكون محكما.

1 أنور وائل بندق، موسوعة التحكيم المرجع السابق، ص 21.

2 د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة عمان، الطبعة الأولى، 2008، ص 247.

3.قبول الشخص بدور المحكم: بخلاف القاضي الذي يكون مختصا دون الحاجة لأخذ قبوله قبل رفع الدعوى أمامه، أما المحكم فعليه إعطاء قبوله قبل إحالة النزاع عليه.

4.إلتزام الحياد : لاسيما أن تعين المحكم يقوم على الإرادة الفردية للأطراف مما يستلزم حياده واستقلاله كما يجب عليه الحرص والحذر حتى لا يتحول من محكم إلى محام عن أحد الأطراف.

5.الكفاءة : وقد أدرجته اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965 حيث نصت المادة 14 في فقرتها الأولى على :

" يكون الأشخاص المعنيون للخدمة في الهيئة العامة على قدر عظيم من الأخلاق، وأن يكون معترفا بكفاءتهم في مجال القانون والتجارة والصناعة والمال بحيث يمكن الاعتماد عليهم في ممارسة الحكم على الأمور حكما مستقلا وتشكل كفاءتهم في مجال القانون أهمية خاصة في حالة الأشخاص أعضاء هيئة التحكيم ".

6. عدم وجود مصلحة في النزاع: وهو ما يعد ضمانا لعدالتهم وكذا حيادهم، وقد نصت عليه بعض تشريعات التحكيم فيما عبرت عنه بانتفاء المصالح الاقتصادية أو عدم وجود صلة بالنزاع، وهو ما أشارت إليه المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الثالثة.

وتهدف جميع هذه الشروط إلى ضمان الحيادية و الموضوعية و النزاهة و هو ما يزيد من فعالية حماية الاستثمار.

ثالثا: رد المحكمين

عالج المشرع الجزائري مسألة رد المحكمين فيما يخص التحكيم الداخلي في المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تضمنت ثلاثة حالات و هي:

1. عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف.
2. عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف.

3. عندما تتبين من الظروف شبه مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.

إلا أنه لم يحدد حالات رد المحكمين بالنسبة للتحكيم الدولي، مكرسا مبدأ سلطان الإدارة بترك الحرية للأطراف حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 1041 على :

"يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم أو استبدالهم "

وبالرجوع إلى تشريعات التحكيم لاسيما الاتفاقيات الدولية نجد أن أسباب الرد تدور في مجملها حول الحالات الثلاث المذكورة أعلاه.

حيث اورد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية انه لا يجوز رد محكم إلا إذا وجدت ظروف تثير شكوكا لها ما يبررها حول حيدته واستقلاله أو إذا لم يكن حائزا لمؤهلات اتفق عليها الطرفان...[1]

و أيضا نص قانون التحكيم المصري على لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكا جدية حول حيدته أو استقلاله [2].

كما تناولت مجلة التحكيم التونسي مسألة رد المحكم باستعمالها مصطلح التجريح حيث اعتبرت انه لا يجوز التجريح في المحكم إلا إذا وجدت أسباب من شأنها أن تثير شكوكا لها ما يبررها حول حياده أو استقلاليته أو إذا لم تتوفر فيه المؤهلات التي اتفق عليها الأطراف...[3].

الفرع الثاني: سير الخصومة التحكيمية

نتناول في هذا الفرع إجراءات سير النزاع بالتطرق إلى القواعد الإجرائية التي يتعين إتباعها بعد تشكيل هيئة التحكيم و لحين صدور القرار الفاصل في النزاع.

1 المادة 12 الفقرة الثانية من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة.

2 المادة 18 الفقرة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

3 الفصل 57 الفقرة الثانية من مجلة التحكيم التونسي في عددها 42 لسنة 1993.

أولا: تحديد الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة

تتحدد الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة حسب :

1. الإجراءات التي تم ضبطها في نظام التحكيم : كالخضوع لنظام تحكم مركز معين أو مؤسسة تحكيمية دائمة حيث يحدد نظام تحكيمها الإجراءات الواجب إتباعها و بالتالي يتطلب ضرورة الإمتثال لها.

2. الإجراءات التي حددها الأطراف في اتفاقية التحكيم: و يكون هذا خاصة بالنسبة للتحكيم الحر حيث يضطلع الأطراف بصياغة الإجرائية و اختيار القانون المطبق.

3. الإجراءات التي تحددها محكمة التحكيم : و هذا في حالة عدم تحديدها في الاتفاقية.

و الملاحظ أن سلطان الإرادة هو الذي يحدد الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة أو يحيل إلى نظام تحكيمي أو قانون إجراءات بلد ما، و إذا لم يعبر سلطان الإرادة عن خيار فلا تطبق إجراءات المحاكمات القضائية بل يعود ذلك لمحكمة التحكيم[1]، و هو ما نص عليه قانون التحكيم الجزائري[2].

ثانيا: الآجال

لم يحدد المشرع الجزائري مهلة معينة بالنسبة للتحكيم الدولي، و بالتالي فالأمر يعود لسلطان الإرادة و نفس الأمر اعتمده في التحكيم الداخلي حيث اعتبر العقد صحيحا حتى ولو لم تحدد مهلة التحكيم ولكن في هذه الحالة تكون مهلة التحكيم أربعة أشهر تبدأ من تاريخ تعيين المحكمين أي آخر واحد منهم[3].

وبالتالي فالمشرع الجزائري فضل إعطاء حرية أكبر للأطراف في الاتفاق على مثل هذه المسائل.

1 د. عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص 114.

2 المادة 1043 من ق إ م إ.

3 المادة 1018 من ق إ م إ.

ثالثا: ضرورة مراعاة مبدأ الوجاهية

ويقصد به مواجهة الخصوم بعضهم بعضا، بإدعاءاتهم ودفاعهم، و يجب أن يتحقق هذا المبدأ من بدء خصومة التحكيم التي تبدأ منذ دعوة الخصوم بعضهم مع بعض للتلاقي أمام المحكم.

و يقتضي مبدأ المواجهة تمكين كل طرف من الإطلاع على أي مستند أو مذكرة أو ورقة قدمها خصمه، وكذلك تمكين المتخاصمين من فرص متساوية في تقديم أدلتهم وتدعيم حججهم.

وقد كرس المشرع الجزائري مبدأ الوجاهية و اعتبر عدم مراعاتها من الحالات التي تخول الحق في استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ حيث نصت المادة 1056 :

" لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ إلا في الحالات الآتية :

-....

-إذا لم يراع مبدأ الوجاهية ".

رابعا: مساعدة القضاء للتحكيم

يلعب القضاء دورا هاما في مساعدة التحكيم حيث ترك له المشرع الباب واسعا جدا[1] يبدأ بتعيين المحكمين إذا تعذر ذلك ويمتد إلى تقديم الأدلة وتمديد مهلة التحكيم ثم يفتح له الباب واسعا بالقول"...أو في حالات أخرى..." كلما دعت الحاجة.

وهو ما كرسه قانون الإجراءات المدنية والإدارية منح السلطة القضائية دور مساعدة محكمة التحكيم في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى، حيث يجوز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة، أو للطرف الذي يهمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، و يطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي[2].

1 د، عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص 119

2 المادة 1048 من ق إ م إ.

خامسا: تسبيب الحكم

يقصد بالتسبيب إيضاح الأدلة و الحجج القانونية و الواقعية التي تم اعتمادها من قبل المحكم لإصدار حكمه، إذ أن هذا الالتزام يعتبر ضمانه لأطراف النزاع من تحكيم المحكمين، و هو كذلك يؤدي إلى احترام حقوق الدفاع و باختلاف أسباب حكم المحكمين، سواء أكانت قانونية أم واقعية، أم كانت مستمدة من العدالة فإنه يكتفي التعبير عنها بصورة موجزة، أو حتى ضمنا و يكون خلوها من التناقض و أن تكون ملائمة.

حيث اعتبر المشرع الجزائري عدم التسبيب سببا لإبطال الحكم التحكيمي، إذ جاء في نص المادة 1056 المتضمنة حالات جواز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بتنفيذ ما ورد في الفقرة الخامسة :

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

سادسا: البيانات الإلزامية في الحكم التحكيمي الدولي

أورد المشرع الجزائري البيانات الواجب توفرها في حكم التحكيم الداخلي[1] ، أما فيما يخص التحكيم الدولي فترك المجال لسلطان الإرادة في تحديد البيانات الإلزامية في الحكم التحكيمي بالإحالة إلى نظام أو قانون تحكيمي، و في كل الأحوال لا يتصور حكم تحكيمي دولي يأخذه طرفيه إلى التنفيذ ما لم يتضمن[2] :

1. إسم المحكم أو المحكمين لمراقبة استقلاليتهم و حيادهم.
2. تاريخ صدور الحكم، لمعرفة ما إذا كان صادرا ضمن مهلة التحكيم.
3. مكان إصداره، لمعرفة المحاكم المختصة في المراجعة لطلب أبطاله مثلا.
4. أسماء أطراف النزاع و عناوينهم.
5. أسماء المحامين.

و يجب أن يكون الحكم التحكيمي الدولي موقع، كما أن غياب هذه البيانات الإلزامية يفقد الحكم فعاليته.

---

1 المادة 1028 من ق إ م إ.

2 د، عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص149.

المطلب الثاني: تنفيذ الأحكام التحكيمية

يمثل تنفيذ الحكم التحكيمي الهدف النهائي من نظام التحكيم ككل، فكل ما يمر به نظام التحكيم من مراحل تصب في هذه المرحلة الأخيرة، التي تترجم الحل النهائي للنزاع،و لهذا نتناول الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي و تنفيذها (الفرع الأول) ثم طرق الطعن المقررة للطرف الذي لا يود التنفيذ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإعتراف بأحكام التحكيم الدولي و تنفيذها

يخضع الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إلى مدى توفر مجموعة شروط. ثم ضرورة استصدار أمر بالتنفيذ.

أولا: شروط الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي

و تتمثل في[1] :

1. إذا أثبت من تمسك بأحكام التحكيم الدولية، بأن هذه الأحكام موجودة، كأن يقدم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما تستوفي شروط صحتها و يتم إيداعها بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل، في هذه الحالة يقع على الخصم إثبات العكس.

2. إذا كان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.

و تعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني.

وقد نصت على هذه الشروط المواد 1051 و 1052 و 1053 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ضمن الفرع الخاص بالاعترافات بأحكام التحكيم الدولي.

أما فيما يتعلق بتنفيذها فقد أحالت المادة 1054 إلى تطبيق أحكام المواد من 1035 إلى 1038 الواردة ضمن تنفيذ أحكام التحكيم الداخلي.

---

1 د، بريارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، منشورات بغدادي، الجزائر، ط1، 2009.

ومن خلال دراسة هذه المواد تبين أنه لا يكفي أن يصدر حكم التحكيم حائزا لحجية الشيء المقضي به[1] حتى يتمكن المحكوم له من مباشرة الإجراءات التنفيذية، بل إلى جانب ذلك وجب أن يصدر الأمر بالتنفيذ ولهذا نتطرق فيما يلي إلى الشروط الواجب توافرها لاستصدار هذا الأمر.

ثانيا: شروط استصدار الأمر بالتنفيذ [2]

1. **إيداع حكم التحكيم:** قد يصدر حكم التحكيم الدولي في الجزائر أو خارجها، و بعد صدوره والتوقيع عليه من قبل المحكمين وجب إيداعه لدى السلطة المختصة وهو ما قضت به المادة 1053 من ق إ م إ التي جاء فيها :

و بغير إيداع حكم التحكيم لدى أمانة ضبط المحكمة المختصة، لا يمكن إصدار الأمر بالتنفيذ، حيث أن القاضي لا يستطيع أن يراقب حكم التحكيم و التحقق من توفر الشروط اللازمة لإصدار الأمر بالتنفيذ إلا إذا تم إيداعه.

ويقوم بالإيداع الطرف المعني بالتعجيل وهو على العموم من صدر الحكم لمصلحته مع عدم وجود مانع من أن يتم الإيداع من طرف المحكوم مرفقا باتفاقية التحكيم أو نسخة منها.

وإذا صدر حكم التحكيم أو اتفاقية التحكيم بغير اللغة العربية، فيجب أن تكون الوثيقتان مصحوبتان بالترجمة إلى اللغة العربية وهو ما نصت عليه المادة الرابعة في فقرتها الثانية من اتفاقية نيويورك [3] و المادة 8 من ق إ م إ [4]، وأن تتم المصادقة على الترجمة من الجهة المعتمدة.

---

1 يقصد بحجية الشيء المقضي به: عدم جواز طرح نفس النزاع من جديد أمام القضاء، وإذا طرح مجددا، وجب على المحكمة بعدم قبول الدعوى سبق الفصل فيها، أنظر مجلة المحكمة العليا الجزء الأول لسنة 2009، ص 218.

2 أ عمر زودة، إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مجلة المحكمة العليا الجزء 1، 2009 ص 220 . 228..

3 نصت الفقرة الثانية من المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك على : " و على طالب الإعتراف والتنفيذ إذا كان الحكم أو الإتفاق المشار إليهما غير محرر بلغة البلد الرسمية المطلوب إليها التنفيذ، أن يقدم ترجمة لهذه الأوراق بهذه اللغة ويجب أن يشهد على الترجمة مترجم رسمي أو ملحق أو أحد رجال السلك الدبلوماسي أو القنصلي.

4 نصت المادة 2/8 من ق إ م إ على : " يجب أن تقدم الوثائق والمستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة تحت طائلة عدم القبول ".

ويجب على أمين الضبط أن يقوم بتحرير محضر عن هذا الإيداع، وهي المسالة التي أشارت إليها المادة 2/1035 من ق إ م إ، التي نصت على:

"يتحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض والوثائق وأصل حكم التحكيم"

لكن إيداع حكم التحكيم لا يكفي لجعله قابلا للتنفيذ، بل لابد من أن يتبع بإجراء آخر هو تقديم طلب التنفيذ.

2.تقديم طلب التنفيذ

وهو عمل قانوني يتم بواسطته تحريك نشاط القاضي ويلزمه أن يقوم بإصدار الأمر بالتنفيذ، و يجب على المحكوم له أن يرفق بطلب التنفيذ الوثائق التالية [1] :

أ. أصل حكم التحكيم أو نسخة منه.

ب. أصل اتفاقية التحكيم أو نسخة منها.

ج. يجب أن تكون الوثيقتان المذكورتان مصحوبتين بالترجمة إلى اللغة العربية.

د. نسخة من محضر إيداع الوثائق المذكورة سابقا.

و يتعين على القاضي إصدار الأمر بالتنفيذ أو الأمر بالرفض و هذا بعد فحص الطلب والتأكد من تقديم الوثائق المذكورة أعلاه وتوفر الشروط الأساسية و المتمثلة أساسا في عدم مخالفة حكم التحكيم للنظام العام الدولي في الجزائر، حيث تنحصر سلطات القاضي في التأكد من أن حكم التحكيم خال من العيوب الإجرائية وليس له النظر في موضوع النزاع أي يتبع أسلوب المراقبة.

1 أ عمر زودة، المرجع السابق، ص 223..

الفرع الثاني: طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولي

لا شك أن من صدر حكم التحكيم ضده سيحاول إثارة العقبات في طريق تنفيذ الحكم وذلك عن طريق الطعن فيه.

وقد ميز المشرع الجزائري بصدد الطعن في أحكام التحكيم الدولي بين الأحكام الصادرة في الجزائر وغير الصادرة في الجزائر مكرسا ثلاث طرق للطعن هي:

1. الطعن بالاستئناف
2. الطعن بالبطلان
3. الطعن بالنقض

أولا: الطعن بالاستئناف

يكون الاستئناف بالنسبة للأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ، ولم يحدد المشرع الجزائري الحالات التي يمكن فيها الاستئناف بالنسبة لهذا الأمر، إلا أنه حدد الحالات التي يجوز فيها استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ وهي ستة حالات محددة على سبيل الحصر في المادة 1056 من ق إ م إ [1] و هي :

1. إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.
2. إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.
3. إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.
4. إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.
5. إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب.
6. إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

ويرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي خلال أجل شهر واحد(1) ابتداءا من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة[2].

---

1 د.بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 559.

2 المادة 1057 من ق إ م إ.

ثانيا: الطعن بالبطلان

يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 المذكورة أعلاه، ويرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه إبتداءا من تاريخ النطق بحكم التحكيم، ولا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد (1) من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ. و يترتب على بطلان القرار التحكيمي أثران[1] :

الأول : إبطال القرار وإعادة الحالة إلى ما كانت عليها قبل إجراءات التحكيم.

الثاني : عدم إمكانية تنفيذ القرار موضوع الطعن بالبطلات عملا بالمادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي نصت على :

" يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلات في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه.

لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ، إذا لم يتم الفصل فيه ".

و عملا أيضا بالمادة الخامسة من اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10|06|1958[2].

ثالثا: الطعن بالنقض

نصت المادة 1061 من ق إ م إ أن القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و 1056 و 1058 قابلة للطعن بالنقض.

1 د، بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص561

2 أنظر أنور وائل بندق، المرجع السابق، ص 38.

و عليه نستنتج أن حكم التحكيم غير قابل للطعن بالنقض إنما القرار الصادر عن المجلس القضائي الفاصل إما في الاستئناف أو الطعن بالبطلان هو القرار القابل للطعن بالنقض.

تجدر الإشارة أن تقديم الطعون و أجل ممارستها يوقف تنفيذ أحكام التحكيم[1] طبقا للمادة 1060 من ق إ م إ.

مما سبق نستنتج أيضا :

ـ تكون القرارات القضائية الآمرة برفض إعطاء صيغة التنفيذ أو رفض الإعتراف بالحكم التحكيمي قابلة للاستئناف و النقض.

. القرار القضائي الآمر بإعطاء صيغة التنفيذ أو الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر قابل للاستئناف و النقض.

. الأمر القضائي الذي يبث بطلب أبطال الحكم التحكيمي الصادر في الجزائر قابلا للإبطال و النقض.

بالتالي تعد طرق الطعن في حد ذاتها ضمانا لفعالية نظام التحكيم من خلال تمكين الطرف الذي لم يكن حكم التحكيم لمصالحة من الحماية مصالحه.

نستنتج من كل ما حللناه في هذا المبحث، أن ضمان سير الإجراءات الخاصة بالعملية التحكيمية بطريقة قانونية منظمة و فعالة يؤدي بالضرورة إلى تفعيل نظام التحكيم ككل مما يسهم في حماية الاستثمار باعتباره أحد أهم المعاملات التي يتم اللجوء فيها إلى التحكيم.

1 المادة 1060 من ق إ م إ.

من خلال ما تناولناه في الفصل الثاني يمكن القول أنه من أجل ضمان فعالية التحكيم في حماية الاستثمار لابد من توفر مبادئ قانونية أساسية و مكملة تقوم عليها العملية التحكيمية و تعمل على حماية طرف مستثمر من أي تصرفات قد يقدم عليها الطرف المستثمر الثاني ، و لا سيما بسبب عدم التكافؤ في المركز القانوني للطرفين نظرا لتواجد الدولة و تمتعها بامتيازات لا يتمتع بها الطرف الأخر في العقود الاستثمارية ذات الطابع الدولي.

و تقوم على إرساء هذه المبادئ و أيضا على حل منازعات الاستثمار بشكل منظم و فعال مؤسسات و مراكز تحكيمية تسهر على حل النزاعات التي تنشا بين الدول باحترام الأنظمة و القوانين التي سنتها الدول في إطار التعاون فيما بينها في مجال التحكيم و الاستثمار ، حيث أصبح التحكيم المؤسسي وجهة لمختلف الدول بفضل ما حققه من نتائج في هذا الإطار.

و يكتمل نجاح العملية التحكيمية بتفعيل الإجراءات التي تمر بها و تنفيذ الحكم التحكيمي الصادر بالاعتراف به و تنفيذه ، و تكريس طرق الطعن للطرف الذي لا يكون التحكيم في صالحه.

و بهذه الآليات يمكن التوصل إلى عملية تحكيمية منظمة و فعالة تحقق الهدف الذي تلجا الدول من أجله إلى التحكيم.

خاتمة

خاتمة :

يعد التحكيم ضمانة مهمة لحماية الاستثمار الذي يشكل المحور الأساسي و الرئيسي لتنمية اقتصاديات الدول النامية بشكل خاص والدول المتقدمة بشكل عام لاسيما في ظل الانفتاح الدولي على الصعيد التجاري والاستثماري والمعلوماتي مع ما يخلفه هذا الانفتاح من منافسة شديدة.

إلى جانب بروز التكتلات الاقتصادية الكبرى وما تتيحه من إمكانات استثمارية هائلة وكذلك الاتجاه المتزايد و المتسارع نحو العولمة والذي يوفر للشركات المتعددة الجنسيات البيئة الاقتصادية الأمثل لجعل العالم سوق موحدة تحكمها المنافسة المطلقة.

وهذا ما جعل دول العالم الثالث ومنها الجزائر تستجيب لهذه التطورات بالانضمام إلى الاتفاقيات الدولية كاتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار وتكييف تشريعاتها وفق ما تقتضيه.

وبعد استعراض أهم المسائل المتعلقة بموضوع البحث تحت عنوان فعالية التحكيم في حماية الاستثمار على ضوء القانون الجزائري يمكن التوصل إلى :

- وجود علاقة طردية بين التحكيم الدولي وتشجيع وحماية الاستثمار فكلما ازدهرت وتطورت سبل التحكيم ازدهرت وتطورت الاستثمارات .
- أهم خصوصية من خصوصيات التحكيم في مجال الاستثمار هي وجود الدولة أو أحد أشخاصها طرفا في النزاعات الناجمة والذي يتمتع بالسيادة والحصانة بالمقارنة مع الطرف الآخر.
- القبول بالتحكيم يؤدي إلى التنازل عن الحصانة التي تدفع بها الدولة.
- ضرورة توفر مبادئ قانونية تقوم عليها العملية التحكيمية.

- يلعب التحكيم المؤسسي دورا فعالا في سير التحكيم بالشكل المرغوب فيه وبالتالي حماية الاستثمار.
- الحرص على سير الإجراءات التحكيمية بصورة منتظمة وفعالة وتنفيذ الأحكام التحكيمية الصادرة يساهم بشكل كبير في فعالية التحكيم.

- **التوصيات :**

- توحيد إجراءات التحكيم في مجال الاستثمار من خلال صياغة تشريعات موحدة وواضحة.
- إيجاد مراكز تحكيم في الجزائر على قدر كبير من الفعالية.
- إقامة دورات وملتقيات تكوينية حول التحكيم الاستثماري.
- ضرورة التأمل جيدا في صياغة الاتفاقيات التحكيمية.

وبعد كل الذي أسلفت أرجو من الله أن أكون قد وفقت في تناول الموضوع و قمت بإضافة صغيرة إلى الدراسات التي تمت في هذا الإطار.

والحق إذ كنت قد وفقت فهو فضل من الله عز و جل وإن كان في البحث تقصير فهو مني ومن الشيطان فالكمال وحده لله عز و جل.

و الحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه و به المستعان.

قائمة المراجع

أولا : المصادر

القرآن الكريم.

❖ **النصوص القانونية :**

1. الأمر رقم 66–154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل و المتمم، ج ر عدد 47 صادرة بتاريخ 09 يونيو سنة 1966،ص 582.

2. القانون رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 و المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، ج ر 78 صادرة بتاريخ 30 سبتمبر سنة 1975، ص 990.

3. المرسوم التشريعي رقم 93–09 المؤرخ في 3 ذي القعدة عام 1413 الموافق 25 أبريل سنة 1993 و الذي يعدل و يتمم الأمر 66–154 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، ج ر عدد 27 صادرة بتاريخ 27 أبريل سنة 1993، ص 58.

4. القانون رقم 08–09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،

5. القانون رقم 16–09 المؤرخ في 3 غشت سنة 2016 و المتعلق بترقية الاستثمار ج ر عدد 46 صادرة بتاريخ 03 غشت 2016.

6. المرسوم الرئاسي رقم 90–490 المؤرخ في 5 جمادى الثانية عام 1411 الموافق 22 ديسمبر سنة 1990 و المتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية لتشجيع و ضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة في الجزائر في 23 يوليو سنة 1990، ج ر عدد 06 صادرة بتاريخ 6 فيراير سنة 1991، ص 203.

7. المرسوم الرئاسي رقم 91-345 المؤرخ في 26 ربيع الأول عام 1412 الموافق 5 أكتوبر سنة 1991 و المتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاق المبرم بين الجزائر و الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي و المتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع في الجزائر في 1991/04/24 ج ر عدد 46 صادرة بتاريخ 06 أكتوبر سنة 1991، ص 1775.

8. المرسوم الرئاسي رقم 95-88 المؤرخ في 24 شوال عام 1415 الموافق 25 مارس سنة 1995 و المتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاق المبرم بين الجزائر و اسبانيا و المتعلق بالترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع في 1994/12/23 ج ر عدد 23 صادرة بتاريخ 26 أبريل سنة 1995.

9. المرسوم الرئاسي رقم 95-306 الصادر في 1995/10/07 المتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية ، ج ر عدد 95 لسنة 1995.

10. القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية، (بصيغته التي اعتمدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 21 جوان 1985).

11. اتفاقية نيويورك بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية الموقعة في نيويورك بتاريخ 1958/06/10 والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 8 جوان 1959.

12. اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى لعام 1965.

13. اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري أقرها مجلس وزراء العدل العرب في دورته الخامسة بقرار رقم 80/د‌ه 1407/8/16هـ 1987/04/14م .

14. قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

15. مجلة التحكيم التونسي عدد 42 لسنة 1993.

ثانيا : المراجع :

1. المؤلفات العامة :

بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، محمد بغدادي، الطبعة الأولى، 2009.

عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر، الطبعة الثالثة ،2012.

2. المؤلفات المتخصصة :

1.أحمد أبو الوفا، التحكيم في القوانين العربية، منشأة المعارف، دون سنة نشر.

2.أحمد عبد الله المراغي، دور التحكيم في تشجيع وحماية الإستثمارات الأجنبية، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى، 2014.

3.بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية، منشورات حلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009.

4.جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، دون طبعة، 1995.

5.حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، دون طبعة، دون سنة نشر.

6.خالد عبد العظيم أبو غاية، التحكيم وأثره في فض المنازعات، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2011.

7.خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الإستثمار، دراسة مقارنة . دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2014.

8.طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2008.

9. طـــلال الكـــداوي، تقيـــيم القـــرارات الاســـتثمارية، دار اليـــازوري العلميـــة للنشـــر و التوزيع،عمان، الأردن، الطبعة العربية، 2008.

10. عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2011.

11. عمرو عيسى الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث، دون طبعة، 2003.

12. عجة الجيلالي، الكامل في القانون الجزائري للإستثمار، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، دون طبعة، 2006.

13. وائل أنور بندق، موسوعة التحكيم، دار الفكر الجامعي، دون طبعة 2004.

3. <u>المقالات</u> :

1. بن سهلة ثاني بن علي و أ. نعيمي فوزي، تطور الاستثمارات الأجنبية في الجزائر على ضوء نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، العدد 03، 2008، ص7.

2. عبد الحميد الأحدب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص: الطرق البديلة لحل النزاعات: الوساطة والصلح والتحكيم، الجزء الأول، 2009، ص 21.

3. عمر زودة، إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مجلة المحكمة العليا،ج1، 2009 ، ص 217.

4. أ.نور الدين بكلي، دور وأهمية إتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية (في القانون الجزائري والقوانين العربية) مجلة المحكمة العليا ج1 ،ص 259.

الفهرس

الفهرس

إهداء .....

مقدمة **1**

الفصل الأول: فكرة التحكيم في منازعات الاستثمار 5

المبحث الأول: التحكيم كآلية لحماية الاستثمار..... 7

المطلب الأول : مفهوم التحكيم في مجال الاستثمار 7

الفرع الأول : ماهية التحكيم 7

أولا : تعريف التحكيم .....7..

1. في اللغة ..... 7 .

2. في الفقه ..... 8 .

3. في القضاء 9

4. في القانون 10

ثانيا : تمييز التحكيم عن الأنظمة المشابهة له 11

1. التحكيم و الصلح 11

2. التحكيم و الخبرة 12

3. التحكيم و الوكالة 12

4. التحكيم و القضاء 13

ثالثا : الطبيعة القانونية لنظام للتحكيم 13

1. نظرية الطبيعة التعاقدية للتحكيم 14

2. نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم 14

3. نظرية الطبيعة المختلفة للتحكيم 15
4. النظرية الخاصة: استقلال التحكيم..... 15
رابعا: تعريف التحكيم الدولي 15
الفرع الثاني : مفهوم الاستثمار 16
أولا : تعريف الاستثمار 16
1. لغة 16
2.اصطلاحا 17
ثانيا : أنواع الاستثمار 19
المطلب الثاني : ضرورة اللجوء إلى التحكيم الاستثماري الدولي 21
الفرع الأول : مبررات التحكيم في مسائل الاستثمار 21
أولا : مزايا التحكيم الملائمة لطبيعة عقود الاستثمار 21
1.السرعة في الإجراءات 22
2.السرية 22
3.التحكيم قضاء متخصص..... 23
4.حرية الأطراف..... 23
ثانيا : تمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم 23
ثالثا : التحكيم ضمانة إجرائية 23
الفرع الثاني : مميزات و خصائص التحكيم الاستثماري الدولي 24
أولا : حرية الأطراف في اختيار نوع التحكيم الذي يتناسب مع النزاع بينهما 25
1. التحكيم الخاص 25
2. التحكيم المؤسسي 26
ثانيا: العوامل التي يجب الاعتداد بها في اختيار المحكمين 28

ثالثا : الالتزام بسرية إجراءات التحكيم 29

المبحث الثاني : المشاكل الخاصة بالتحكيم الاستثماري الدولي 29

المطلب الأول : منازعات عقود الاستثمار 30

الفرع الأول : تغيير شروط التعاقد 30

أولا : حالة و شروط القوة القاهرة 31

1. استقلال الحدث عن إرادة المتعاقدين..... 31

2. عدم توقع الحدث عند إبرام العقد..... 32

3. وجود استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية 32

ثانيا : الظروف الطارئة (شرط إعادة التفاوض) 32

الفرع الثاني : تغيير الدولة المضيفة للاستثمار للإجراءات 33

أولا : التغيير التشريعي 34

1. مدى حق الدول في تغيير تشريعاتها 34

2. مفهوم شرط الثبات التشريعي 36

ثانيا : استيلاء الدولة المضيفة على الاستثمارات الأجنبية..... 36

1. طرق استيلاء الدولة على ممتلكات المستثمر..... 37

أ. نزع الملكية 37

ب. المصادرة 38

ج. التأميم..... 38

المطلب الثاني : المشاكل الخاصة بالتحكيم بالاستثماري الدولي 39

الفرع الأول : التشكيك في قابلية النزاع للتحكيم 39

أولا : مدى قدرة الدولة على اللجوء إلى التحكيم 39

ثانيا : قابلية موضوع النزاع للتحكيم 41

الفرع الثاني : مسالة تمتع الدولة بالحصانة 42
أولا : الحصانة ضد القضاء 42
ثانيا : الحصانة ضد التنفيذ 43
الفصل الثاني : ضمان فعالية التحكيم في حماية الاستثمار 45
المبحث الأول : المبادئ اللازمة و دور التحكيم المؤسسي في ضمان فعالية التحكيم
في حماية الاستثم.....47
المطلب الأول : المبادئ اللازمة لضمان فعالية التحكيم 47
الفرع الأول : المبادئ الأساسية 47
أولا : استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي..... 48
ثانيا : الاختصاص بالاختصاص في نظر النزاع 50
الفرع الثاني : المبادئ المكملة 52
أولا: تعذر الرجوع عن التحكيم الدولي بالإرادة المنفردة 52
ثانيا : عدم تأثر التحكيم الدولي بالإجراءات التعطيلية من جانب أحد الأطراف..... 53
1. الالتزام بتعيين المحكمين..... 54
2. عدم تأثر التحكيم بغياب أحد الأطراف..... 55
ثالثا : استئثار هيئة التحكيم الدولي بتسوية النزاع 55
رابعا: ضمان الفعالية للحكم التحكيمي 56
المطلب الثاني : دور التحكيم المؤسسي في حماية الاستثمار..... 57
الفرع الأول : أهم المراكز التحكيمية في الوطن العربي..... 57
أولا: مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي..... 58
1. نشأته..... 58
2. مهامه 58
3. دوره في إرساء مبادئ التحكيم..... 59

ثانيا : المركز العربي للتحكيم التجاري..... 59
الفرع الثاني : المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار..... 61
أولا : نشأته..... 61
ثانيا : مهامه..... 61
ثالثا : شروط اختصاص المركز..... 62
رابعا : تقييم دور المركز..... 66
المبحث الثاني : فعالية الإجراءات التحكيمية..... 68
المطلب الأول : تنظيم إجراءات التحكيم..... 68
الفرع الأول : تشكيل هيئة التحكيم..... 68
أولا : عدد المحكمين طريقة تعيينهم..... 68
ثانيا : الشروط الواجب توفرها في المحكمين 69
ثالثا : رد المحكمين..... 70
الفرع الثاني : سير الخصومة التحكيمية..... 72
أولا : تحديد الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة..... 72
ثانيا : الآجال..... 72
ثالثا : ضرورة مراعاة مبدأ الوجاهية 73
رابعا : مساعد القضاء للتحكيم..... 73
خامسا : تسبيب الحكم.....74
سادسا : البيانات الإلزامية في الحكم التحكيمي الدولي..... 74
المطلب الثاني : تنفيذ الأحكام التحكيمية 75
الفرع الأول : الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي و تنفيذها..... 75
أولا : شروط الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي 75
ثانيا: شروط استصدار الأمر بالتنفيذ 76

الفرع الثاني : طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولي 78
اولا : الطعن بالاستئناف 78
ثانيا : الطعن بالبطلان..... 79
ثالثا : الطعن
بالنقض..... 79
خاتمة..... **82**
قائمة المصادر و المراجع..... **85**
الفهرس..... **90**