وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

كلية الحقوق

الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر عن طريق التحكيم التجاري الدولي

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون

فرع: قانون عام

تخصص: قانون عام للأعمال

إعداد الطالبة:

بقـــة حســـان

إشراف الأستاذ الدكتور:

كاشير عبد القادر

لجنة المناقشة:

د. بودريوة عبد الكريم، أستاذ محاضر، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ..... رئيسا

أ.د. كاشير عبد القادر، أستاذ التعليم العالي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو .... مشرفا ومقررا

د. حسان نادية، أستاذة محاضرة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ..... ممتحنة

تاريخ المناقشة: 2010/12/15

بسم الله الرحمن الرحيم

"إني رأيت أنه لا يكتب أحد كتابًا في يومه، إلا قال في غده: لو غُيِّر هذا لكان أحسن، ولو زيد هذا لكان يستحسن، ولو قُدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر"

عماد الأصفهاني

الإهـــــــــــــــداء

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع إلى:

- الوالدين العزيزين اللذان سهرا على تربيتي ونجاحي أطال الله في عمرهما
- إلى إخواني وأخواتي الأعزاء
- إلى زوجتي الغالية
- إلى كل الأهل والأقارب كل باسمه
- إلى كل طالب علـــــــــم
- إلى كل من أمدني بيد العون من قريب أو بعيد
- إلى رفقاء دربي طيلة سنوات الدراسة
- إلى كل هؤلاء أهدي عملي هذا.

بقـــة حـــسان

شكر وتقدير

الحمد لله الذي هدانا إلى نور العلم وميزنا بالعقل الذي ييسر طريقنا
الحمد لله الذي أعطانا من موجبات رحمته الإرادة والعزيمة على إتمام عملنا
نحمدك يا رب حمدا يليق بمقامك وجلالك عظيم.

جرت العادة أن يكون كل وراء إعداد وبحث أشخاص منهم من
يساهم بالنصح والبعض بالتوجيه ومن باب الجميل لأن نتقدم
بتشكراتنا الخالصة:

- إلى من لم يبخل علينا بنصائحه القيمة وإرشاداته الوجيهة
إلى الذي كان وما زال وندعو الله أن يبقى للدروب منير
الأستاذ المشرف **كاشير عبد القادر**

- إلى جميع الأساتذة المشرفين على دفعة ماجستير فرع "قانون عام للأعمال"، دفعة 2008/2007.
- إلى كل من مدنا مداد العون من قريب أو بعيد لإنجاز هذا العمل المتواضع.

بقــة حــسان

Liste des principales abréviations قائمة لأهم المختصرات

- باللغة العربية:

ج.ر.ج.ج: جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية.

- باللغة الفرنسية:

AMGI : Agence Multilatérale de Garantie des Investissements.

ANDI **:** Agence Nationale de Développement des Investissements.

APSI : Agence de Promotion, de Soutien et de Suivi des Investissements.

CNI : Conseil National de l'Investissement.

CNUDCI : Conférence des Nations Unies sur le Développement et le Commerce International.

CIRDI : Centre International de Règlement des Différends Relatifs à L'investissement entre Etats et Ressortissants d'autres Etats.

CCI : Chambre de Commerce International.

JDI : Journal de Droit International.

LGDJ : Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence.

OPU : Office des Publications Universitaires.

RCDSP : Revue Critique de Droit et Sciences Politiques.

RASJEP : Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economiques et Politiques.

مـــــقـــــدمـــــــة

لقد أدى التطور في ظروف الحياة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، وما شهده العصر الحديث من سهولة الاتصال بين المجتمعات المختلفة إلى ظهور علاقات اقتصادية وقانونية لم تكن معروفة من قبل، مثل الاستثمارات الأجنبية التي أولتها التشريعات معاملة خاصة تفوق تلك التي يتمتع بها الأجنبي العادي، نظرا لما تعول عليه الدول المضيفة من دفع عجلة التنمية والتقدم الاقتصادي والاجتماعي، فمنحت تلك الاستثمارات كثيرا من المزايا والتسهيلات بهدف جذب رؤوس الأموال إليها.

لأجل ذلك شكلت قضية الاستثمارات الأجنبية الشغل الشاغل للحكومات، ورجال الأعمال والاقتصاد وتصدرت قائمة اهتمامات الدول، فعمدت إلى الترويج لجذب هذه الأخيرة إلى إقليمها، وأقامت الندوات والمؤتمرات وخصصت الأجهزة الإدارية للترويج والتعامل مع الاستثمارات الأجنبية، وشارك فيها الاقتصاديون ورجال السياسة على أعلى المستويات في الدولة، وترافق ذلك مع ظهور حركة واسعة ونشطة لإصدار قوانين جديدة وتنقيح القائم منها، بغرض تهيئة مناخ مناسب لجذب رؤوس الأموال الأجنبية والوطنية تضمنت الكثير من الإعفاءات والامتيازات.

كما انخرطت على المستوى الدولي في كثير من اتفاقيات الاستثمار الثنائية والجماعية التي تكفل ضمانات الاستثمار من المخاطر غير التجارية وتوفر لها الحماية والطمأنينة خصوصا وأن عقود الاستثمار تتعلق بتنمية مصادر الثروة الطبيعية للبلد المضيف، ويمتد تنفيذها فترة طويلة نسبيا، مما جعلها ترتبط ارتباطا وثيقا بإقليم الدولة المضيفة للاستثمار وتؤثر في كيانها الاقتصادي والاجتماعي سواء بطريقة مباشرة، عندما يتعلق الأمر باستغلال الثروات الطبيعية للبلاد أو بطريقة غير مباشرة، وذلك من ناحية تأثيرها في خطط التنمية الاقتصادية للبلاد، ومن هنا تكمن أهمية وحيوية الاستثمارات الأجنبية.

هذه حقيقة فرضتها الحاجة للاستثمارات الأجنبية التي أضحت تمثل في الوقت الحالي ضرورة لكل اقتصاد نامي أو يحاول الحفاظ على معدلات نموه، لذا أصبحت محلا للتنافس والجذب بين الدول جميعها غنيها وفقيرها وأيا كان نظامها الاقتصادي والسياسي، خصوصا بعد أن أصبحت ظاهرة الاستثمارات الأجنبية إحدى أهم الظواهر الاقتصادية في العصر الحديث.

تعتبر الاستثمارات الأجنبية في الجزائر اليوم مصدرا أساسيا وهاما للتنمية الاقتصادية خاصة بالنسبة للدول النامية، ونظرا لهذه الأهمية بادرت الدولة باتخاذ إجراءات عدة من شأنها جذب الاستثمارات الأجنبية، وذلك بتوفير المناخ الملائم للاستثمار.

يتكون مناخ الاستثمار من عوامل عدة منها ما يتعلق بتوفير الثقة والضمان للمستثمر الأجنبي، ومنها ما يتعلق باتخاذ ما قد يتسبب في تضييق حجم الاستثمارات، ونلاحظ أن الدول تتنافس فيما بينها من أجل توفير المناخ الملائم للاستثمار الأجنبي، خاصة إذا علمنا أن المستثمر الأجنبي له عدة خيارات، ومن الطبيعي أن يختار الدولة التي توفر له البيئة الاستثمارية المناسبة، والتي من شأنها أن تؤدي إلى نجاح استثماره، وكذا توفير الأمن القانوني اللازم لاستثماره.

تعتبر قضية الأمن القانوني للاستثمارات من قضايا الساعة، لأن هذه الأخيرة أصبح لها دورا فعالا في تحديد وجهة الاستثمارات الأجنبية، والأمن القانوني للاستثمارات له جوانب عديدة، منها ما يتعلق بالمعاملة والحماية من جهة، ومنها ما يتعلق بضمان الاستثمار من جهة أخرى، وذلك لجذب المستثمر سواء خاصا وطنيا أو أجنبيا؛ إذ يجب توفير معاملة وحماية من جهة وضمان من جهة أخرى لإعطاء ثقة للمستثمر في الاقتصاد الوطني.

عليه نحاول أن نشرح هذه الجوانب الثلاث باختصار، كما يلي:

1ــ مبدأ المعاملة: ونجده خصوصا في اتفاقيات الاستثمار، ومضمون هذا المبدأ يتمثل في كل من مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة والذي يقصد به أن يتم معاملة الاستثمارات الموجودة فوق الإقليـــم الوطني معاملة عادلة في إطار المساواة ودون أي تمييز ســـواء كانت وطنية أو أجنبية، وهناك كذلك مبدأ المعاملة الوطنية، والذي يقصد به أن يتم معاملة الاستثمارات الأجنبية بنفس المعاملة التي تلقاها الاستثمارات الوطنية، وهناك أيضا ما يسمى كذلك بشرط الدولة الأولى بالرعاية، والذي يقصد به أن تستفيد استثمارات دولة ثالثة بحسب اتفاقية مبرمة معها من الامتيازات والضمانات التي تلقاها استثمارات الدولة المتعاقدة معها. أخيرا هناك ما يسمى بمبدأ المعاملة التفضيلية، والذي يقصد به استفادة استثمارات معينة وذلك بحسب الجنسية من امتيازات تفضيلية وإضافية، بحسب اتفاق اقتصادي أو جمركي أو ضريبي.

بصفة عامة يُقصد بالمعاملة، تلك القواعد التي ندرك بواسطتها مجموع قواعد القانون الداخلي أو القانون الدولي، التي يعرفها النظام القانوني للاستثمار الدولي منذ لحظة إنشائه إلى غاية نهايته[1].

2 ــ الحماية ضد المخاطر غير التجارية: كالمخاطر المتعلقة بنزع الملكية، مخاطــر التأميم، فقد الملكية نتيجة التوارث والحروب؛ حيث تتعهد الدولة بضمان الاستثمار من هذا النوع من المخاطر وفي حال وجودها يجب إقرار تعويض عادل منصف وحقيقي.

ــ الحماية المالية: والتي تكون من خلال جانبين، الأول: يتعلق بالضرائب عن طريق إقرار حوافز ضريبية وجمركية وكذا منع الازدواج الضريبي، والثاني: يتعلق بتحقيق ما يسمى بمبدأ حرية تحويل رؤوس الأموال.

ــ الحماية القضائية: وتكتسي هذه الضمانة أهمية بالغة في مجال الاستثمارات الدولية، ذلك أن المستثمر الأجنبي يتخوف كثيرا من طريقة تسوية النزاعات المحتملة التي تنجم عن العلاقات الاستثمارية بين طرفين؛ حيث يرى المستثمر الأجنبي نفسه طرفا ضعيفا أمام دولة ذات سيادة، مما يؤدي بأغلب المستثمــرين إلى النفــور من القــضاء الوطني للدولة المضيفة، وهذا لأسباب عدة كالخوف من تحيز القاضي الوطني، نقص الخبرة لدى هذا الأخير، وكذا بطئ وتعقيد إجراءات التقاضي والذي يتولد عنها ضياع مصالح أحد الأطراف المتعاقدة في العقد محل النزاع.

3- ضمان الاستثمار: فبواسطة آليات الضمان، ندرك مجموع الآليات التي تنقل المستثمر الأجنبي إلى جهاز مختص في القانون الداخلي أو القانون الدولي، الذي يقوم بتقييم النتائج المالية التي تنجر عن تحقق بعض المخاطر السياسية مثلا[2].

إنّه وتجنبا لهذه العراقيل وتفعيلا للأمن القانوني للاستثمارات الأجنبية، بادرت مختلف الدول بإيجاد طرق بديلة لتسوية الخلافات الناجمة عن الاستثمار كاللجوء إلى الحلول الودية أو الدبلوماسية عن طريق التفاوض، أو الوساطة أو التوفيق، وكذلك اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي وهذه الوسيلة الأخيرة هي الأكثر انتشارا؛ حيث أصبحت من أهم وأبرز

[1]- CARREAU Dominique - JULLIARD Patrick, Droit international économique, 4 éditions, DELTA, Liban, 1998, p.451.
[2]- Ibid, p.452.

الطرق الودية المستعملة اليوم لحل الخلافات الناجمة عن الاستثمار، وهذا نظرا للايجابيات التي تمتاز بها.

باشرت الجزائر سعيا منها إلى تحقيق التنمية والنهوض باقتصادها ونظرا لحاجتها للاستثمارات الأجنبية إلى اتخاذ إجراءات عدة قصد توفير المناخ الملائم للاستثمارات؛ حيث قامت بداية بالإصلاحات الاقتصادية التي تم مباشرتها في نهاية الثمانينات، وذلك بالتخلي عن النهج الاشتراكي وتبني الحل الليبرالي، الأمر الذي استوجب عليها الأخذ بقواعد ومبادئ هذا النظام، حيث عرفت العديد من القطاعات الاقتصادية تفتحا على القطاع الخاص، وهذا بصفة تدريجية بداية بالقطاع المصرفي، التجارة الخارجية، قطاع البورصة، قطاع التأمينات، الطيران المدني، النقل، البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، المناجم وغيرها...

كما قامت الجزائر بتغيير ترسانتها القانونية لتتواكب ومتطلبات النظام الرأسمالي؛ حيث تم إصدار المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار[3]، إضافة إلى استحداث العديد من الأجهزة الوطنية المكلفة بالاستثمارات والمنوط إليها مهمة ترقية الاستثمارات وتطوير السياسة الوطنية في مجال الاستثمار وغيرها...، هذا على المستوى الداخلي.

أما على المستوى الدولي، فقد بادرت الجزائر بإبرام العديد من الاتفاقيات الدولية في مجال الاستثمار سواء الثنائية أو المتعددة الأطراف خاصة منها ما يتعلق بالترقية والتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، كما قامت كذلك بالتصديق على العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار، كاتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالاعتراف بالأحكام التحكمية الأجنبية وتنفيذها[4]، وكذا تصديقها على اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بإنشاء المركز

---

[3]- مرسوم تشريعي رقم 93-12مؤرخ في 1993/10/05، يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.ج.ج. عدد رقم 64 لسنة 1993، (ملغى).

[4] - اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة بتاريخ 1958/06/10، صادقت عليها الجزائر بموجب قانون رقم 88-233 المؤرخ في 1988/11/05، ج.ر.ج.ج. عدد رقم 48، الصادرة في 1988/11/23.

الدولي لتسوية الخلافات الناجمة عن الاستثمار[5]، وكذا اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار[6]، وغيرها...

إنّ هدفنا في هذا البحث لا يتعلق بدراسة كل الجوانب المتعلقة بالأمن القانوني للاستثمارات الدولية، وإنّما نحاول دراسة الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر عن طريق التحكيم التجاري الدولي، أو بعبارة أخرى التحكيم التجاري الدولي كآلية لتفعيل الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر، وذلك بالتركيز على الدور الكبير للتحكيم كآلية تساهم في تفعيل الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر من جهة، ومن جهة أخرى البحث عن الإشكالات التي تواجه وتعترض مسيرة التحكيم التجاري الدولي وتقدمه نحو المساهمة في تنشيط حركة الاستثمارات الأجنبية في الجزائر.

لذلك نجد الكثير من المؤلفين يرون أن نظام التحكيم التجاري الدولي لا مفرَّ منه في عصرنا هذا؛ إذ يعتبر وسيلة عادية لحل النزاعات التجارية الدولية، ولتفادي مشكلة تنازع القوانين، كما أنه يؤكد في نظر المستثمر الأجنبي، الحياد اللازم والضمانات الضّرورية لحماية استثماراتهم؛ إذ إنّ السبب الرئيس الذي يجعل الأطراف المتنازعة تستبعد عرض النزاع على القضاء الوطني هو في الغالب عدم الثقة في النظام القضائي لدولة الطرف الآخر[7]، دون أن ننسى ما يميز التحكيم عن القضاء العادي من حيث السرعة والمرونة والتحرر من الشكليات.

من خلال هذا العرض لمختلف الوسائل الكفيلة بتوفير أمن قانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، نطرح تساؤلا مفاده:

إلى أي مدى يمكن اعتبار التحكيم التجاري الدولي آلية لضمان الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر؟

---

[5]- اتفاقية واشنطن المتضمنة تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى للمركز الدولي، مصادق عليها بمرسوم رئاسي رقم 95- 346 المؤرخ في 1995/10/30، ج.ر.ج.ج. عدد رقم 66، مؤرخة في 1995/01/15.

[6]- اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، مصادق عليها بمرسوم رئاسي رقم 95-345 المؤرخ في 1995/10/30، ج.ر.ج.ج. عدد رقم 66، مؤرخة في 1995/11/05.

[7]- محمد سامي فوزي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للتصميم والإنتاج، عمان، الأردن، 2006، ص 11.

لما كان موضوع دراستنا هو الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر عن طريق التحكيم التجاري الدولي، أو بعبارة أخرى التحكيم التجاري الدولي كآلية لتفعيل الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر، فمن المنطقي أن نبحث في كيفية مساهمة التحكيم التجاري الدولي في تفعيل الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر (الفصل الأول)، ثم نحاول البحث عن إشكالات التحكيم التجاري الدولي كآلية لتفعيل الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر، بالرغم من قلتها مقارنة بما يتمتع به من فعالية كآلية لتسوية منازعات الاستثمار (الفصل الثاني).

الفصل الأول

مساهمة التحكيم التجاري الدولي في تفعيل الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر

مما لاشك فيه أن التطور الذي عرفته التجارة والاستثمارات الدولية أدى إلى انتشار التحكيم على المستويين الوطني والدولي، وتزايد اللجوء إليه لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية وعقود الاستثمار، جعل من التحكيم التجاري الدولي من بين أهم المسائل المتعلقة بقضايا الاستثمار والتجارة الدولية التي تطرح بشدّة في الوقت الحالي، نظرا لما يوفره من مزايا عديدة لا يوفرها القضاء العادي.

إذ يعتبر التحكيم التجاري الدولي خاصة من مظاهر الفكر القانوني والاقتصادي الحديث على المستـــوى العالمي، وأداة مبتغاة ومفضلة لتنشيـــط حركة الاستثمارات الدولية؛ إذ إنّ المستثمر الأجنبي عادة ما لا يقدم على استثمار أمواله إلا على أساس معرفته بوجود القواعد القانونية التي تحكم تسوية المنازعات المحتملة النشوء بينه وبين الدولة المضيفة أو أحد مؤسساتـــها وضـــرورة اطمئنانه على إمكانية إخضاعـــها للتحكيم، الأمر الذي خلق اتجاها قويا في مختلف الدول يدفعها لتعديل قوانينها بصورة تساير هذا الفكر[15].

يعيش العالم في وقتنا الحاضر عصر العولمة الاقتصادية وتبني سياسة السوق المفتوحة؛ حيث تتجه معظم دول العالم خاصة النامية منه إلى زيادة الاستثمارات الأجنبية على إقليمها، مما يستتبع زيادة العلاقات الاقتصادية الدولية واحتمال تزايد المنازعات التي تثار بشأنها، ومن ثمة كان من الضروري البحث عن الوسيلة الملائمة والمفضلة لتسوية مثل هذه المنازعات.

لعلّ تلك الوسيلة المفضلة لدى المتعاملين في التجارة الدولية تتمثل في التحكيم المعروف منذ القدم لدى مختلف الشعوب، فمن حيث مفهومه فهو ضرب من القضاء الخاص يقوم على مبدأ سلطان الإرادة، أي أن أطراف النزاع أو أطراف العلاقة التجارية تتفق فيما بينها على اللجوء إلى التحكيم لحل منازعاتها التي يحتمل حصولها في المستقبل

[15]– لذلك شهدت أغلب القوانين الوضعية لمختلف الدول حركة تعديلات وإصدارات جديدة تتضمن تنظيم التحكيم التجاري الدولي بالشكل الذي يجعل الأطراف المتنازعة في العلاقات التجارية والاستثمارية تطمئن وتثق في هذا النظام كوسيلة فعّالة لحل المنازعات بين الأطراف، حيث إن ضرورات التعامل التجاري بين الدول النامية والدول الصناعية المتقدمة والبحث عن حل لمنازعاتها الناتجة عن تعاملها، جعلها تلجأ إلى التحكيم كوسيلة ناجحة تطمئن إليها تلك الدول وتشجّع على الأخذ بها كلما وجدت إليها سبيلا. فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 421.

أو حصلت، وهو تخلي من المتعاقدين أو أطراف النزاع عن حقهم في اللجوء إلى القضاء العادي واعتمادهم التحكيم التجاري الدولي كسبيل لحل النزاع بينهم.

نظرا لأهمية التحكيم في مجال التجارة والاستثمارات الدولية، فإنّه لا يمكن أن يساهم كآلية في تفعيل الأمن القانوني للاستثمار في دولة ما، إذا لم تتبناه وتكرسه قانونيا بإصدار قوانين جديدة أو تعديل القائم منها فيما يتعلق بالتحكيم وتدعيمه دوليا بالمشاركة والانضمام إلى العديد من الاتفاقيات المبرمة في هذا المجال.

عليه، سنتناول في هذا الفصل الذي نقسمه إلى مبحثين اثنين، التكريس القانوني للتحكيم التجاري الدولي كآلية لتسوية منازعات الاستثمار (المبحث الأول)، ثم نتناول التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي كمظهر لتفعّيل الأمن القانوني للاستثمار (المبحث الثاني).

المبحث الأول

التكريس القانوني للتحكيم التجاري الدولي كآلية لتسوية منازعات الاستثمار

لقد أصبحت مسألة التحكيم التجاري الدولي من بين أهم المواضيع المعاصرة التي تثير النقاش بخصوص الخلافات الناشئة عن الاستثمار، نظرا لدور التحكيم كآلية تساهم في تفعيل الأمن القانوني للاستثمار، أمام ضعف وعجز أجهزة القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي، ورفض المستثمر الأجنبي اللجوء إليه. هذا ما أدى إلى تدعيم توجه الدول النامية التي عملت تحقيقا لانشغالاتها وفي إطار التوجهات الجديدة على تضمّين تشريعاتها الوطنية أحكاما خاصة بالتحكيم في شكل ضمانات ممنوحة أو ضمانات خاصة تحت تسمية الضمانات القضائية.

يتجلى ذلك بأكثر وضوح في إصدار نصوص قانونية للعمل به، كما نظمت قواعده بنصوص اتفاقية خاصة بالانضمام إلى اتفاقيات التحكيم الدولية لمنح الضمانات الضرورية لإرضاء المستثمرين الأجانب، فضلا عن التنظيم الإقليمي لقواعده في نصوص دولية بإنشاء مراكزها واتفاقياتها الخاصة (الدول النامية)[16].

سعت الجزائر وفي إطار التحضير لاستكمال المناخ الملائم للاستثمار الأجنبي، إلى العمل على منح المستثمر الأجنبي المزيد من الاطمئنان والثقة على مشروعه الاستثماري في حالة حدوث نزاع بتكريس اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، وهذا التكريس فرضه التغيُّر الحتمي في الوضع السياسي والاقتصادي للجزائر خلال فترة نهاية الثمانينات وبداية التسعينات[17]، وذلك بالنص في قوانينها الداخلية على ضمان تطبيقه على منازعات الاستثمار(المطلب الأول)، ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد وإنما لجأت الجزائر إلى تعزيز هذا الضمان بتكريس التحكيم التجاري الدولي من خلال الاتفاقيات الدولية (المطلب

---

[16]– كروش نعيمة، تطور موقف البلاد النامية من التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص 43.

[10]– تراري الثاني مصطفى: "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر إثر صدور المرسوم التشريعي رقم 93–12 المؤرخ في 1993/04/05 المعدّل والمتمّم لقانون الإجراءات المدنية"، مجلة الدراسات القانونية، العدد 01، الجزائر، 2002، ص 36.

الثاني)، وما لهذا التحكيم الدولي من أثر على الاستثمار وتدفق رؤوس الأموال الأجنبية (المطلب الثالث).

المطلب الأول

تكريس التحكيم التجاري الدولي في القوانين الداخلية

لقد صدرت بعض التشريعات الوطنية لمختلف الدول النامية التي تنظم التحكيم وإجراءاته، فأجازت بعضها اللجوء إلى التحكيم دون الإخلال بحق المستثمر في اللجوء إلى قضائها الوطني، لذلك نتساءل: هل يشكل التحكيم ضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار؟

لا شك أن هناك تلازما بين الحكيم وآلية الاستثمار، وأن الدولة توافق على التحكيم كضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار على أراضيها وتسعى بالدرجة الأولى إلى تضّمين قوانينها الصادرة لتشجيع الاستثمار نصوصا صريحة تؤكد من خلالها قبول التحكيم.

إنّ رغبة الدولة الجزائرية في تحقيق النمو الاقتصادي والاجتماعي، فرض عليها التغيير في سياستها الداخلية التي أثبتت فشلها خاصة في سنوات الثمانينات، ومن أجل ذلك وتجسّيدا لهذا التغيير كرّس المشرع الجزائري عملية التحكيم التجاري الدولي في إطار القوانين الداخلية أخذا بمبدأ سلطان الإرادة فيما يخص القانون الواجب التطبيق على منازعات الاستثمار.

قامت الجزائر من أجل توفير المحيط الملائم لجذب الاستثمارات الأجنبية بعدة إصلاحات وتعديلات مهمة في مختلف المجالات، تمثلت في الاعتراف بصفة صريحة ورسمية باللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي[18]، وذلك بموجب صدور المرسوم التشريعي رقم 93-09 المعدّل والمتمّم لقانون الإجراءات المدنية[19]،(أولا) وبعد ذلك قام المشرع الجزائري بتقرير أسلوب التحكيم التجاري الدولي في قوانين الاستثمار المتوالية كوسيلة لتسوية الخلافات بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية(ثانيا).

---

[18] - HOCINE Farida, «Le droit Algérien de l'arbitrage commercial international instrument d'incitation à l'investissement étranger », RCDSP, Faculté de droit, Université M.M.T.O, n°01, 2008, p.71.

[12]– مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 1993/10/05 يعدّل ويتمّم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر.ج.ج. عدد 27، الصادرة بتاريخ 1993/10/10 (ملغى).

الفرع الأول

في إطار المرسوم التشريعي رقم 93-09، والقانون رقم 09/08، المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية

لقد أولى المشرع الجزائري أهمية كبرى للتحكيم التجاري الدولي كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار من أجل ضمان الأمن والاستقرار والثقة المتبادلة، بعدما لوحظ أن التحكيم الداخلي لم يقم من الناحية العملية بأي دور في مجال فض المنازعات[20]، والذي كان يرعاه قانون الإجراءات المدنية الصادر سنة 1966[21]، الذي يتضمن فصلا عن التحكيم الداخلي يختلف عن التحكيم الدولي، وأنه لابد من أحكام قانونية ترعى التحكيم الدولي خاصة بعد انضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك في سنة 1988.

مع تعديل المرسوم التشريعي رقم 93-09 لقانون الإجراءات المدنية الذي وضع نهاية للأمن القانوني الناتج عن منع الأشخاص المعنويين التابعيين للقانون العام من الاتفاق على التحكيم[22]؛ حيث أصبح يمكن لأطراف النزاع الناشئ عن الاستثمار الأجنبي أن يضمِّنوا العقد المبرم بينهم شرط إخضاع أي نزاع ينشأ خلال فترة سريان الاستثمار للتحكيم الدولي، وبالتالي يتفادى المستثمر الأجنبي انحياز القضاء الوطني.

في إطار هذه الدراسة، سنضع فقط حدا لاستخراج الجوانب الأساسية للمرسوم التشريعي الصادر في سنة 1993، والذي أخفى بعض الحقائق التي تعبر أحيانا عن وضع أكثر دقة من تلك التشريعات التي استُوحي منها[23].

أصبح بهذا التعديل لأطراف النزاع الناشئ عن الاستثمار الأجنبي أن يضمّنوا العقد المبرم بينهم شرط إخضاع أي نزاع ينشأ خلال فترة سريان الاستثمار للتحكيم الدولي، وبالتالي يستطيع المستثمر الأجنبي تفادي انحياز القضاء، لكن محكمة التحكيم التي

---

[20]– عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري – تيزي وزو، 2006، ص321.

[21] – أنظر المواد من 442 إلى 458 من قانون الإجراءات المدنية (ملغى)، المرجع السابق.

[22]- HAFHOUF Mourad, La protection des investissements en Algérie, mémoire de master 2, Recherche en Droit privé et science criminelles, Faculté International de droit comparé des états Francophones, Université de Perpignan, 2006/2007, p.51. Publie sur le site web : www.mémoireonline.com.

[23]- HOCINE Farida, op.cit, p.75.

يعين أطراف النزاع محكميها تطبق القانون الداخلي للدولة المضيفة (الجزائر) حسب نص المادة 09 من القانون المدني التي تنص: "**يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين الواجب تطبيقه**"[24]، إلا إذا كان هناك فراغ فإنه يلجأ لقواعد القانون الدولي أو قانون دولة المستثمر الأجنبي.

يخص هذا المرسوم التحكيم الدولي بفصل كامل بعنوان "**الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي**"[25]، مع الإبقاء على النصوص السابقة المتعلقة بالتحكيم الداخلي، وقد جاء هذا المرسوم متأثرا في مجمله بأحكام القانون الفرنسي لسنة 1988 والقانون السويسري الجديد الصادر في سنة 1987[26]، وهذا التأثير يرجع لأسباب تاريخية وسياسية، وعلى العموم يعتبر صدور هذا المرسوم كشهادة ميلاد للتحكيم التجاري الدولي في الجزائر[27].

بقي الوضع على حاله إلى غاية صدور القانون الجديد للإجراءات المدنية والإدارية في 25 فيفري 2008[28]، الذي حلَّ محل القانون القديم المُلغى، متضمنا فصلا خاصا بالطرق البديلة لحل النزاعات من الصلح إلى الوساطة في الباب الأول من الكتاب الخامس إلى التحكيم في الباب الثاني من نفس الكتاب[29]، وهذا يبين أن للتحكيم التجاري الدولي أهمية؛ حيث صار (أصبح) هو القضاء الأساسي في مجال التجارة الدولية[30] .

في نفس الإطار دائما، أكد وزير العدل حافظ الأختام في كلمة قرأها الأمين العام للوزارة نيابة عنه لدى افتتاح أشغال الملتقى الدولي حول (التحكيم الدولي في الجزائر في

---

[24]– قانون رقم 75–58 مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج. عدد رقم 78 لسنة 1975، معدّل ومتمّم بقانون رقم 07–05 مؤرخ في 2007/05/13، ج.ر.ج.ج. عدد رقم 31، صادرة بتاريخ 2007/05/13.

[25]– المواد من 458 مكرر إلى 458 مكرر 28 من المرسوم التشريعي رقم 93– 09، (ملغى)، المرجع السابق.

[26]– حسين نوارة، "التحكيم التجاري الدولي كضمان للاستثمارات الأجنبية"، أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر (بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية)، كلية الحقوق، جامعة بجاية، أيام 14و2006/06/15، ص 191.

[27]– الأحدب عبد الحميد، "قانون التحكيم التجاري الجزائري الجديد"، يومان دراسيان حول الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح–الوساطة– التحكيم، المحكمة العليا، الجزائر، أيام 15– 16 جوان 2008، ص 02.

[28]– قانون رقم 08–09 مؤرخ في 2008/02/25 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج. عدد رقم 21، مؤرخ في 2008/04/23.

[29]– المواد من 1006 إلى 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

[30]– الأحدب عبد الحميد، "قانون التحكيم التجاري الجزائري الجديد"، المرجع السابق، ص 02.

ظل ظرف تطبعه عولمة السوق)، على أن: "**التنافس على اجتذاب الأجانب فرض على الجزائر توفير جو من الأمن القانوني للاستثمار الذي يأتي برؤية واضحة بخصوص التشريع وبالطمأنينة بخصوص حل النزاعات**"، وأضاف أن توفير الجزائر لمثل هذه القوانين "**من شأنه أن يفتح آفاقًا واسعة للتحكيم التجاري الدولي في بلدنا**"[31].

تعزز هذا المسعى بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، الذي يتضمن تيسير وتبسيط إجراءات وطرق تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية إلى جانب آليات فعالة وبسيطة لفض النزاعات كالتحكيم، وقد اعتبره الوزير طريقة فعالة لحل المنازعات بما ينطوي عليه من تحقيق المصلحة العامة والخاصة وما يعبر عنه من التزام تلقائي بالقانون، كما أنه أمر ضروري وحيوي في مجال التجارة الدولية وذلك لقدرته على تحقيق التكامل الاقتصادي بين الدول التي قد تختلف أنظمتها القانونية، وبذلك يكون التحكيم أنسب وسيلة لمصالح الأطراف من خلال ما يتيحه لها من حق في الاتفاق على نمط الحماية الأكثر ملائمة لأغراضها.

أشار الوزير بالمناسبة إلى أن: "**قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر في 25 أفريل 2008 والذي خصص بابًا كاملاً للتحكيم، تم اقتباسه من أحدث ما توصلت إليه التشريعات والتطبيقات العالمية في مجال التحكيم والاتفاقيات الدولية المبرمة في هذا الموضوع**"، وأضاف: "**أن هذا القانون حدد الحالات التي يمكن فيها اللجوء إلى تحكيم سواء قبل نشوء النزاع، أو بعده، وضبط إجراءات التحكيم الداخلي والدولي**"[32].

ما يمكن استخلاصه، هو أنه هناك تطور ايجابي سريع في الإطار التشريعي خلال الفترة الأخيرة التي تميزت بإصدار قانون جديد للتحكيم الدولي في الجزائر، حاولت فيه أن تساير أغلب التشريعات الحديثة في هذا المجال، خاصة بعد انفتاح الاقتصاد الوطني على السوق الخارجية، وهذا ما يشكل حافزا قويا ومهما أمام المستثمرين الأجانب.

---

[24]– كلمة وزير العدل حافظ الأختام، قرأها الأمين العام للوزارة نيابة عنه لدى افتتاح أشغال الملتقى الدولي حول (التحكيم الدولي في الجزائر في ظل ظرف تطبعه عولمة السوق)، المحكمة العليا، الجزائر، أيام 15– 16 جوان 2008.

[25]– المرجع نفسه.

الفرع الثاني
في ظل تنظيم قوانين الاستثمار

تشهد الدول النامية تنافسًا حادًا فيما بينها لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية؛ حيث حرصت تلك الدول على تضمين قوانين الاستثمار في كثير منها مجموعة من المزايا والضمانات الكفيلة بتشجيع وجذب الاستثمارات الأجنبية، من بينها إخراج منازعات الاستثمار من اختصاص محاكمها، وإعطاء الولاية للتحكيم الدولي للنظر فيها، ويدل استقراء هذه القوانين على اتجاه عام يكاد يكون ظاهرة مشتركة، وهو الأخذ بنظام التحكيم كإجراء تسوى به كافة النزاعات بين الدولة المضيفة والمستثمرين الأجانب[33].

انطلاقا من سياسة تشجيع الاستثمارات الأجنبية نجد أن المشرع الجزائري في الجزائر وكما هو معمول في معظم دول العالم، قد نص في تشريعات الاستثمار على ضمانات التحكيم، وهذا ما جعل من الجزائر دولة لا تكتفي بمنح الضمانات الموضوعية فقط، إضافة إلى ذلك تحاول النجاح في توفير أمن قانوني شامل وفعال، ولن يكتمل ذلك دون توفير الحماية القضائية المتمثلة في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي وتكريسه كمبدأ أساسي تتبناه في قوانين الاستثمار الخاصة فضلا عن القوانين العامة[34]، وقد تدعم الموقف المؤيد للمشرع الجزائري للتحكيم التجاري الدولي في المرسوم التشريعي رقم 93-09 المتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية المذكور أعلاه، بصدور القانون المتعلق بترقية الاستثمار في سنة 1993[35].

أكد القانون صراحة في المادة 41 منه على التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لفض المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية كما يلي: "**يعرض أيّ نزاع يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية إما بفعل المستثمر وإما نتيجة لإجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده، على المحاكم المختصة إلا إذا كانت هناك اتفاقيات ثنائية أو متعددة**

---

[33]- غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2004، ص 237.

[34]- يوسفي محمد، "مضمون أحكام الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار المؤرخ في 2001/08/20 ومدى قدرته على تشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية"، مجلة الإدارة، عدد 2002/23، ص 23.

[35]- مرسوم تشريعي رقم 93-12مؤرخ في 1993/10/05، يتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية، تتعلق بالصلح أو التحكيم أو اتفاق خاص ينص على شـــرط التحكيم أو يسمح للأطـــراف بالاتفاق على إجراء الصلح باللجوء إلى تحكيم خاص"، وهي نفس الأحكام التي تضمنتها المادة 17 من الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمارات، المعدّل والمتمّم[36]، وكلا النصين أقرّ بإمكانية اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في حالة وجود نزاع.

بهذا فإنّ المبدأ في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار هو اختصاص المحاكم القضائية الجزائرية كشرط أولي، فإنّه يعمل بمبدأ استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية المكرّس في القانون الدولي والمواثيق الدولية، كما يمكن اللجوء إلى التحكيم في حالة وجود اتفاقية دولية ثنائية أو متعددة الأطراف تحدد هيئة تحكيمية تختص بحل النزاع، أو بموجب اتفاق خاص بين الطرفين على عرض النزاع بينهما على مؤسسة تحكيمية خاصة[37]، وإلى جانب هذه الشروط أورد المشرع شروط أخرى تتعلق بالمنازعة الاستثمارية التي ينبغي أن تقوم بناء على فعل المستثمر الأجنبي ونتيجة لإجراء معين تتخذه الدولة.

إلى جانب ذلك، نجد أن المشرع الجزائري قد أشار أيضا إلى اعتماد طريق التحكيم الدولي فيما يتعلق بتسوية منازعات البترول، وذلك في المادة 58 فقرة أولى من قانون المحروقات لسنة 2005، العدّل والمتمّم في سنة 2006[38]، والتي تنص على أن: "**يسوى كل خلاف بين الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات (النفط) والمتعاقد، ينجم عن تفسير و/أو تنفيذ العقد أو عن تطبيق هذا القانون و/أو النصوص المتخذة لتطبيقه، عن طريق المصالحة المسبقة وفق الشروط المتفق عليها في العقد. في حالة عدم التوصل إلى حل، يمكن عرض الخلاف للتحكيم الدولي حسب الشروط المتفق عليها في العقد**".

---

[36]- أمر رقم 01-03 مؤرخ في 2001/08/20، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ج.ج. عدد رقم 47، مؤرخة في 2001/08/22، معدّل ومتمّم بموجب الأمر رقم 06-08، مؤرخ في 2006/07/15، ج.ر.ج.ج. عدد رقم 47، صادرة في 2006/07/19.

[37]- عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 325؛ أنظر أيضا:

- HAROUN Mehdi, Le régime des investissements en Algérie à la lumière des conventions franco-algériennes, Litec, Paris, 2000, p.669.

[38]- قانون رقم 06-10 مؤرخ في 2006/07/29، يتضمن قانون المحروقات، ج.ر.ج.ج.عدد رقم 48، صادرة في 2006/07/30، يعدّل ويتمّم القانون رقم 05-07 المؤرخ في 2005/04/28، ج.ر.ج.ج. عدد رقم 50، صادرة في 2005/07/19.

هذا التطور التشريعي نحو تبني طريق التحكيم الدولي في هذا المجال، ليس بالغريب نظرا للقيمة المعتبرة التي يشغلها قطاع الطاقة في الاقتصاد الوطني، فقيمة صادرات الجزائر من البترول تضاعفت أربع مرات في مدى أربع سنوات وصلت إلى مبلغ 44 مليار دولار في سنة 2007، وهذا ما يوضح أهمية الرهنات الاقتصادية المربوطة بالمنازعات المحتملة الناشئة عن عقود البترول[39].

من خلال دراسة النصوص القانونية المتعلقة بتبني نظام التحكيم التجاري الدولي كطريق بديل للقضاء الوطني في تسوية النزاعات، لم يبقَ أدنى شك حول حداثتها وطابعها المتفتح للاعتماد على الدور الإرادي لحرية الأطراف في تنظيم التحكيم التجاري الدولي بدء من الاتفاق على التحكيم إلى غاية صدور حكم التحكيم[40].

ما يمكن استخلاصه بشأن هذه النصوص القانونية أنها أضفت نوع من المرونة على الموقف الرسمي المكرس للتحكيم، لمنح المستثمر الأجنبي الضمان القضائي الكافي في علاقته التجارية معها (الدولة الجزائرية)، لكن ومع ذلك ظهرت جد حذرة في الإحالة إلى الاتفـــاقيات الدولية لتنظيم إجـــراءات التحكيم والمحـــددة بتلك التي صادقـــت عليها أو المشار إليها بموجب هذه النصوص ذاتها من دون تحديد هل هي سلطات تتمتع بها أم حق للمستثمر الأجنبي؟ مما يفيد رفض العمل بالتحكيم وفقًا للآليات المحددة في الاتفاقيات ومراكز التحكيم الدولية عدا المركز الدولي لتسوية النزاعات بين الدول ورعايا الدول الأخرى.

نشير في الأخير إلى أن النصوص القانونية المتعلقة بتكريس اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، صيغت في شكل استثناء على اختصاص الجهات القضائية الوطنية للدولة، منها نص المادة 41 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 والذي استبدل بنص المادة 17 من الأمر رقم 01-03، والأهم من ذلك أيا كانت طبيعتها فهي شروط فرضها

[39]- EL AHDAB Jalal, « Le nouveau droit Algérien de l'arbitrage: approche comparée Franco-Algérienne », Actes de la journée d'étude nationale sur la jurisprudence et l'instance arbitrale à la lumière du nouveau code de procédure civile et administrative Algérienne, Cour suprême, Alger, 16 et 17 mars 2009, non publie, p.02.

[40]– رافع محمد، "اتفاق التحكيم في ظل القانون المغربي والاتفاقيات الدولية"، مجلة المحاكم المغربية، العدد 117، الدار البيضاء، المغرب، نوفمبر – ديسمبر 2008، ص19.

واقع التعامل مع المستثمرين الأجانب، مع ترك تحديد كامل للإجراءات التحكيمية إلى الاتفاقيات الدولية الثنائية منها ومتعددة الأطراف والتي أدت إلى ظهور شكل آخر للممارسات العملية للتحكيم بموجب نصوص الاتفاقيات الدولية.

المطلب الثاني

تكريس التحكيم التجاري الدولي من خلال الاتفاقيات الدولية

يُعد التحكيم من بين الآليات الأكثر فعالية واطمئنانا للمستثمر على ضمان حقوقه في حالة اصطدامها مع حقوق ومصالح الدولة المضيفة، ومن ثم أصبح يعتمد على التحكيم كضرورة ثابتة من ضرورات ومستلزمات التجارة الدولية، وأصبح وروده كوسيلة لفض المنازعات القائمة بين المستثمرين الأجانب والدولة المضيفة لاستثماراتهم في الاتفاقيات الدولية مبدءا ثابتا من مبادئ القانون الدولي الاتفاقي، والتي تعتبر كركيزة هامة وأساسية للتحكيم التجاري في تاريخ القانون التجاري الدولي[41].

باعتبار الجزائر من الدول التي أولت أهمية لهذا المبدأ، من خلال جعل استقطاب تدفق رؤوس الأموال الأجنبية من أولويات سياستها الاقتصادية، فقد حرصت على ضمان توفير محيط استثماري ملائم من خلال تكريس التحكيم التجاري الدولي كآلية تساهم في تفعّيل الأمن القانوني للاستثمار في قوانينها الداخلية إضافة إلى منح هذا الضمان من خلال الاتفاقيات الدولية الثنائية ومتعددة الأطراف التي أبرمتها الجزائر مع المستثمرين الأجانب في مجال تشجيع وحماية الاستثمارات[42].

لقد لاقى التحكيم الدولي على وجه الخصوص قبولا متزايدا في السلوك الدولي انعكس في العديد من الاتفاقيات الجماعية المتعددة الأطراف والثنائية، وفي التشريعات الوطنية وذلك لأنها تعطي ضمانات للمستثمر الأجنبي وتغنيه عن الانتظار الطويل والتعقيدات التي غالبا ما تتسم بها إجراءات التقاضي أمام الجهات القضائية للدولة.

---

[41]-YESSAD Houria: « L'arbitrage commercial international », R.C.D.S.P, Faculté de droit, Université M.M.T.O, n° 02, 2006, p.76.

[35]– حنافي أسيا، الضمانات الممنوحة للاستثمارات الأجنبية في الجزائر (دراسة مقارنة)، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص 98.

فيما يلي، سنحاول التطرق إلى تكريس نظام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر عن طريق الاتفاقيات الثنائية (الفرع الأول)، ثم عن طريق انضمامها إلى الاتفاقيات متعددة الأطراف (الفرع الثاني).

الفرع الأول
في إطار الاتفاقيات الثنائية

نظرا لأهمية توفر وسائل قضائية محايدة لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي، فإن الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية، تنص كقاعدة عامة على التحكيم كأسلوب فعّال ومفضّل لتسوية هذه المنازعات[43]، لذلك تلجأ الدول المصدرة للاستثمار إلى إبرام اتفاقيات ثنائية؛ حيث تكون الاتفاقية ملزمة ولا يمكن العدول عنها بدعوى الحصانة السيادية.

رغم اعتراف القانون الداخلي للدولة الجزائرية بالتحكيم التجاري الدولي، إلا أن الدول المصدرة للاستثمارات ترى أن ذلك لا يعد تأمينا كافيا للمستثمرين يكفل لهم قيام الدولة الجزائرية بتسوية المنازعات عن طريق التحكيم، لأن الدولة يمكن أن تقوم بتعديل التشريعات الداخلية بإرادتها المنفردة.

معظم الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في مجال الاستثمار تضمنت بند شرط التحكيم لتسوية النزاعات المتعلقة بتفسير أو تطبيق الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار[44]، فنصت على تسويتها كما يلي:

- بالطرق الدبلوماسية بين الطرفين المتعاقدين، أي بين حكومات الدولتين.
- وفي حالة عدم التوصل إلى حل الخلاف القائم بالطرق الدبلوماسية في غالب الأحيان تكون مـــدة الفصل في النزاع محددة ب06 أشهـــر تبدأ من تاريخ طرح

---

[43]– الموجى حسين، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير النظام القانوني الدولي للاستثمارات الأجنبية الخاصة، المركز العلمي للتصوير والطباعة، القاهرة، 1991، ص 100.

[44]- ISSAD Mohand, « Deux conventions bilatérales pour la protection des investissements en Algérie », RASJEP, n° 01, 1997, p.728.

النـــزاع[45]، فإن الطرف الأكثر تضررا يمكنه عرض النزاع على محكمة تحكيمية خاصة تولت الاتفاقية تحديد تشكيلتها بنفسها، والملاحظ أن معظم هذه الاتفاقيات أوردت تشكيلة بسيطة لهذه المحكمة المؤقتة[46].

باستثناء الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية، فإنّ باقي الاتفاقيات الثنائية الأخرى التي أبرمتها الجزائر مع دول أخرى في مجال ترقية وحماية الاستثمارات المتبادلة، نصت كلها على التحكيم التجاري الدولي كأداة مفضلة لتسوية نزاعات الاستثمار، بعد فشل تسويتها بالطرق الودية، بالرغم من اختلافها حول تحديد الطرق المعتمدة لفض هذه النزاعات[47].

من بين الاتفاقيات المبرمة في هذا المجال، نجد الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والاتحاد البلجيكي اللكسمبورجي[48]، التي نصت في المادة 09 منها على إحالة النزاع مباشرة، بعد فشل التراضي، على التحكيم في إطار المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار[49]، ولكن ما يلاحظ هنا أن الجزائر في تلك الفترة،لم تكن منظمّة إلى الاتفاقية المتضمنة إنشاء المركز الدولي لتسوية الخلافات(C.I.R.D.I)، وبالتالي للأطرف

---

[45]– وقد حدّدت هذا الأجل في غالبية الاتفاقيات الثنائية كأصل عام باستثناء الاتفاق المبرم بين الجزائر ونيجيريا الذي حدّد أجل 12 شهرا كأجل لازم لنقل النزاع من طريق التسوية الودية وعرضه على التحكيم، وذلك في المادة 2/9 منه.
في حين أن هناك اتفاقيات أخرى لم تضع أجل محدّد لذلك وهي الاتفاقية التي أبرمتها الجزائر مع كل من ألمانيا وجمهورية النيجر.

[46]- ISSAD Mohand, op.cit, p.726.

[40]– حسين نوارة، "تكريس التحكيم التجاري الدولي كضمان للاستثمارات الأجنبية"، المرجع السابق، ص 141؛ أنظر أيضا:

-TERKI NourEddine, « La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie », RASJEP, n°02, 2001, p.27

[48]– الاتفاقية المبرمة بين الجزائر واتحاد الاقتصاد البلجيكي اللكسمبورجي، المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمار، الموقعة بالجزائر في 1991/04/24، مصادق عليها بمرسوم رئاسي رقم 91–345 المؤرخ في 1991/10/05، ج.ر.ج.ج. عدد رقم 46، صادرة في 1991/10/06.

[49]- ISSAD Mohand, op.cit, p.725 ; et TERKI NourEddine, « La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie », op.cit, p.27.

حق اللجوء إلى التحكيم وفقا لأحكام الآليات الإضافية للمركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار[50].

إنّ الاتفاق المبرم بين الجزائر وفرنسا في سنة 1994[51]، يتضمن الإشارة إلى مثل هذا التعدد للأطراف في الخيار، وذلك في المادة 08 فقرة 02 التي تنص أنه: "**إذا لم تكن تسوية الخلاف بتراضي الطرفين ممكنة في مدة (06) أشهر من تاريخ رفعه من أحد الطرفين في النزاع ،فانه يمكن أن يرفع بطلب من المواطن أو الشركة إما إلى الهيئة القضائية المختصة للطرف المتعاقد المعني بالنزاع أو إلى المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار**".

كما نجد أيضا الاتفاق المبرم بين الجزائر وإسبانيا[52] ينص في المادة 02/11 منه على: "**إذا لم يكن ممكنا حل النزاع في مدة ستة أشهر من تاريخ الإشعار الكتابي المذكور في الفقرة الأولى، فإن المستثمر يستطيع بناء على اختياره تقديمه:**

– لمحكمة تحكيمية طبقا لتنظيم مؤسسة التحكيم للغرفة التجارية بستوكهولم.

– لتحكيم الغرفة التجارية الدولية بباريس .

– للمحكمة التحكيمية المنشأة لهذا الغرض والمبينة من خلال تنظيم التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

– للمركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات،... وذلك في حالة ما إذا كانت كلا الدولتين الطرف في هذا الاتفاق انضمت إليه".

---

[50]- BETTAIEB Mahmoud Anis : «La protection de l'investissement étranger au Maghreb (Algérie, Maroc, Tunisie), Global Forum on International Investissement», 27-28/03/2008, www.oecd.org/invetisment/gfi-7; et ISSAD Mohand, op.cit, p.726.

[51]– المادة 08 فقرة 02 من الاتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية وحكومة فرنسا، يتضمن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 1994/02/03، مصادق عليه بمرسوم رئاسي رقم 94–01 المؤرخ في 1994/01/02، ج.ر.ج.ج. عدد رقم 67، صادرة في 1994/10/19.

[52]– المادة 11 فقرة 02 من الاتفاق المبرم بين الجمهورية الديمقراطية الشعبية الجزائرية والمملكة الاسبانية، المتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، مصادق عليه بمرسوم رئاسي رقم 95–88 المؤرخ في 1995/03/25، ج.ر.ج.ج. عدد رقم 23، لسنة 1995.

على العموم، فإنّ كل الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في مجال الاستثمار أخضع فيها الأطراف نزاعاتهم بالتراضي إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار[53]؛ حيث تركت الخيار للأطراف بين اللجوء إلى:

- الخيار بين الجهات القضائية للدولة مكان الاستثمار ومحكمة التحكيم الحر؛
- محكمة تحكيم مؤقتة؛
- أو اختيار نمط التحكيم المؤسساتي[54].

في حين نجد بعض الاتفاقيات الثنائية المبرمة مع الدول العربية تمنح الأطراف إمكانية اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية، وذلك بموجب المادة 06 من الاتفاقية الجزائرية السورية لسنة 1997[55]، التي أحالت أطراف النزاع لغرض تسويته على التوفيق أو التحكيم أو اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية.

كما يمكن للمستثمر اللجوء إلى القضاء الداخلي في الحالات التالية:

- عدم الاتفاق على اللجوء للتوفيق؛
- عدم تمكن الموفق من إصدار تقريره في المدة المحددة؛
- عدم الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم؛
- عدم صدور قرار هيئة التحكيم في المدة المقررة مهما كان السبب.

لذلك نجد أن هذه الاتفاقيات تحمل أهمية كبرى، وهي تمثل تحولا في الموقف الرسمي باتجاه التحكيم التجاري الدولي الأمر الذي يجعلها جزءًا لا يتجزأ من النظام القانوني الجزائري الجديد، ويتجلى ذلك في نظام التحكيم الذي تبنته وتبيانها لجميع إجراءاته[56].

إنّ هذه الاتفاقيات في أغلبيتها تتضمن أربع نصوص متتابعة تستجيب لما يسمى "المعيار الدولي للحد الأدنى من المعاملة العادلة والمنصفة" standard international

---

[53]- HAROUN Mehdi, op.cit, p.669.

[54]- TERKI NourEddine, « La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie », op.cit, p.28.

[55]– اتفاقية مبرمة بين الحكومة الجزائرية وحكومة سوريا، حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع عليها بدمشق في تاريخ 1997/09/14، مصادق عليه بمرسوم رئاسي رقم 98– 430 مؤرخ في 1998/12/27، ج.ر.ج.ج. عدد رقم 97، لسنة 1998.

[56]- TERKI NourEddine, L'arbitrage commercial international, OPU, Alger, 1999, p.15.

minimal de traitement juste et équitable باعتبار أن التفاوض في إطار الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين الجزائر كدولة مضيفة والدول المتقدمة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي، يقوم على أساس الإعداد والتثبيت المسبق لقواعد المعاملة والحماية التي تعتبر مهمة بالنسبة للدول المتقدمة التي تهدف إلى حماية مصالح رعاياها[57]، وقد كرّس أيضا قضاء التحكيم الذي يعتبر دائمًا جزءًا مهمًا لهذا المعيار.

إنّ أهم ما يميز التحكيم في المنازعات التي تنشأ بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي عن المفهوم التقليدي للتحكيم التجاري الدولي يتمثل في أن الاختصاص والسند الأساسي لهذا النوع من التحكيم ينشأ عن معاهدات الاستثمار المختلفة سواء الثنائية أم الجماعية، في حين أن مصدر التحكيم التجاري الدولي هو اتفاقيات ثنائية خاصة بحتة[58].

ما يمكن قوله في هذا الاتجاه هو أن العديد من الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر تمت قبل صدور المرسوم التشريعي رقم 93-09 الذي اعترف فيه المشرع الجزائري بصفة صريحة بالتحكيم التجاري الدولي، وهذه الاتفاقيات أحالت كلها النزاعات المحتملة النشوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بالرغم من أن الجزائر لم تكن في تلك الفترة مُنْظَمَّة إلى الاتفاقية المتضمنة إنشاء المركز، وهذا إن دل على شيء فإنه يدل على الرغبة المسبقة للجزائر في الانضمام إلى هذه الاتفاقية بالنظر إلى الاهتمام الذي توليه له الدول الغربية بصورة واضحة نتيجة للخدمات التي يقدمها.

يبقى أن نشير إلى أن هذه الاتفاقيات لم تحدد فقط اختصاص المركز الدولي كجهة تحكيم وحيدة، بل أنها جاءت بعدة جهات يمكن اللجوء إليها في حال وقوع النزاع بين المستثمر والدولة المضيفة كاللجوء إما لمحكمة تحكيمية طبقا لتنظيم مؤسسة التحكيم للغرفة التجارية بستوكهولم، أو لتحكيم الغرفة التجارية الدولية بباريس CCI، أو للمحكمة التحكيمية المنشأة لهذا الغرض والمبينة من خلال تنظيم التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

---

[57]- HOCINE Farida, pp.92-93.

[58]– الموجى حسين، المرجع السابق، ص 104.

الفرع الثاني
في إطار الاتفاقيات متعددة الأطراف

لم يقتصر الأمر بالنسبة للجزائر على الاتفاقيات الثنائية وإنما تعزز وتأكد مسعاها لتبني نظام التحكيم التجاري الدولي كذلك من خلال انضمامها إلى العديد من الاتفاقيات المتعددة الأطراف التي صادقت عليها كاتفاقية واشنطن المتضمنة إنشاء المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات[59]، واتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية[60]، اللتان تعتبران أهم الوسائل الدولية الخاصة بتسوية المنازعات الاستثمارية وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة بشأنها، وذلك من أجل توفير الحماية القانونية للمستثمر الأجنبي وضمان ثقته[61].

يمكن القول: إنّ انضمام الجزائر إلى هذه الاتفاقيات أعطى دعمًا كبيرًا للمستثمر الأجنبي، خاصة وأنه هناك نوع من الثقة والاطمئنان بشأن تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر فوق التراب الوطني، وهذا بالمصادقة على الاتفاقية الخاصة بتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، حيث جاء في نص المادة 03 منها[62]: "**تقرر كل من الدول المتعاقدة سلطة أي قرار تحكيمي وتوافق على تنفيذ هذا القرار طبقا للقواعد الإجرائية المتبعة في التراب الذي يستهدف فيه القرار...ولا تفرض لاعتماد القرارات التحكيمية التي تطبق عليها هذه الاتفاقية؛ أو لتنفيذها شروط أشد صرامة بشكل محسوس...**".

لقد منحت الجزائر الاختصاص للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في أغلب الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها في مجال ترقية وحماية الاستثمارات الأجنبية، وذلك بمصادقتها على اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في 1995/10/30

---

[59]– اتفاقية واشنطن المتضمنة تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى للمركز الدولي، مصادق عليها بمرسوم رئاسي رقم 95– 346 المؤرخ في 1995/10/30، المرجع السابق.

[60]– اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة بتاريخ 1958/06/10، صادقت عليها الجزائر بموجب قانون رقم 88–233 المؤرخ في 1988/11/05، المرجع السابق.

[61]- TRARI TANI Mostefa, Droit Algérien de l'arbitrage commercial international, 1ère édition, Edition BERTI, Alger, 2007, p.28.

[62]– المادة 03 من اتفاقية نيويورك، المرجع السابق.

والتي يرجع تاريخ صياغتها إلى 1965/03/18 بواشنطن[63]؛ إذ يختص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار عموما بنظر المنازعات القانونية التي لها صلة واضحة ومباشرة بالاستثمار بين دولة متعاقدة ومستثمر يحمل جنسية دولة متعاقدة أخرى[64]، ولا ينعقد الاختصاص للمركز بنظر المنازعات بمجرد نشوئها، بل ينبغي أن تكون موافقة كتابية صراحة لأطراف النزاع على إحالته إلى المركز[65].

فاتفاقية المركز الدولي جاءت لخلق جوًا من الثقة بين المستثمرين الأجانب والدول المضيفة كهيئة محايدة تعمل على حماية مصالح الأطراف المتعاقدة، وذلك من أجل تشجيع الاستثمارات وتدفق رؤوس الأموال الأجنبية[66]، وبالتالي فهي وسيلة لتحقيق التطور الاقتصادي لتلك الدول وهو ما يعطي طبيعة خاصة لهذا النوع من التحكيم.

كما انضمت الجزائر تعزيزا لتكريس نظام التحكيم التجاري الدولي إلى الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار AMGI[67]، وبالمصادقة عليها تمثلت الغاية في تحفيـــز الشركات الأجنبية بشكـــل أكبـــر على الاستثمار في دول العالم الثالث[68]، وقد أكدت هذه الاتفاقية على وجوب حل النزاعات المتعلقة بمسائل ضمان الاستثمارات من المخاطر غير التجارية عن طريق التحكيم[69].

عززت أيضا الدولة الجزائرية آلية التحكيم الدولي كوسيلة لفض النزاعات الاستثمارية بانضمامها أيضا إلى العديد من الاتفاقيات المتعددة الأطراف الإقليمية، ومن

---

[63]– جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2001، ص.ص 13–14.

[64]– المادة 25 فقرة 01 من اتفاقية واشنطن، المرجع السابق؛ أنظر أيضا:

- TERKI NourEddine, « La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie », op.cit, p.28.

[65]– جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 294.

[66]– برونو لورنت: "أثر التحكيم الدولي على الاستثمارات وتدفقات رؤوس الأموال الأجنبية"، بحث مقدم في إطار الأبحاث المقدمة في مؤتمر الكويت الدولي للتحكيم التجاري، الكويت 1997، ص 627.

[67]– اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، مصادق عليها بمرسوم رئاسي رقم 95–345 المؤرخ في 1995/10/30، المرجع السابق.

[68]- HOCINE Farida, op.cit, p.90.

[62]- حسين نوارة، الأمن القانون للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري – تيزي وزو، 2003، ص 144.

بينها الاتفاقية الموحدة لرؤوس الأموال العربية في الدول العربية[70]، والتي حددت كل إجراءات التحكيم وشروطه.

نظرا لحاجة المستثمرين الأجانب لوجود ضمانات دولية لاستثماراتهم، تبرز إلى الوجود حاجة ملحة لإعطاء المستثمر ضمانات إضافية تجعله راغبا في الاستثمار في الدول المضيفة، تمثلت في انضمام الجزائر إلى اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار المبرمة بين دول اتحاد المغرب العربي[71]، التي نصت على شرط التحكيم الدولي كإجراء لتسوية الخلافات التي تثور بين الأطراف المتعاقدة[72].

أيا كان الأمر فإنّ تكريس التحكيم الدولي، يعد اتجاهًا صريحًا للجزائر نحو تدعيم الأمن القانوني للاستثمار كآلية فعّالة لفض نزاعات الاستثمار وقد شاع النص على استعمالها في القوانين الداخلية للدول المضيفة وفي عقود الاستثمار والاتفاقيات الدولية الخاصة بتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية، وقد ازداد الاهتمام بالتحكيم من خلال اتساع نطاقه، فأبرمت من أجل تنظيم إجراءاته وأحكامه وأثاره العديد من الاتفاقيات الثنائية ومتعددة الأطراف بين الدول المصدرة لرؤوس الأموال والدول المستوردة لها، كما أنشأت العديد من مراكز التحكيم في مختلف دول العالم[73]، وكل هذا بهدف توفير الحماية الدولية اللازمة للاستثمارات.

لذلك نجد أن الجزائر بتبنيها لأسلوب التحكيم التجاري الدولي كأفضل وسيلة لفض النزاعات المتعلقة بالاستثمار في قوانينها الداخلية وفي جميع الاتفاقيات الدولية الثنائية ومتعددة الأطراف المتعلقة بترقية وحماية الاستثمارات الأجنبية، تكون قد جسدت فعّليًا نيتها التحفيزية لرؤوس الأموال الأجنبية وتوفيرها محيطا قانونيا مشجّعا لها، باعتبار التحكيم عامل هام وأساسي من العوامل التي توفر آمنًا للاستثمارات الأجنبية، أين قبلت فيها اللجوء إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، فالتحكيم في

---

[70]– اتفاقية موحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية، مصادق عليها بمرسوم رئاسي رقم 95–306 المؤرخ في 1995/10/07، ج.ر.ج.ج. عدد رقم 59 مؤرخة في 1995./10/11

[64]– اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول المغرب العربي الموقعة في الجزائر، مصادق عليها بمرسوم رئاسي رقم 90–420 المؤرخ في 1990/12/02، ج.ر.ج.ج. عدد رقم 06 مؤرخة في 1991./02/06

[65]– عليوش كربوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 88.

[73]– عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 372.

ظل هذا المركز يكفل ميزات عديدة لكل من الدول المضيفة للاستثمار والمستثمرين الأجانب من الأفراد والشركات الخاصة، على حد سواء. وأول قضية عرضت على هذا الأخير كانت في سنة 2004 عندما ثار نزاع بين الدولة الجزائرية والشركة الإيطالية "Consorzio Groupement L.E.S.I-DIPENTA" حول قضية مشروع بناء سد كوديت أساردون "Koudiat Acerdoune" بولاية البويرة [74]، أين أسست محكمة التحكيم اختصاصها بناءً على الاتفاقية الثنائية الجزائرية الايطالية حول ترقية وحماية الاستثمارات المتبادلة[75]، التي نصت على إمكانية عرض النزاع على تحكيم المركز الدولي.

المطلب الثالث

أثر التحكيم الدولي على الاستثمار وتدفق رؤوس الأموال الأجنبية

يُعد التحكيم التجاري الدولي في الوقت الراهن، الأسلوب الغالب للفصل في المنازعات ذات الصلة بالاستثمارات الدولية؛ حيث اتسعت رقعت العلاقات التجارية الدولية بين الأشخاص الطبيعية والاعتبارية من دول مختلفة، وارتفع حجم الاتفاقيات الثنائية والعقود المبرمة في مجال الاستثمار، والتي لا تكاد تَخْلُو من الإشارة إلى طريق التحكيم التجاري الدولي للفصل في كل نزاع ينشأ عن ذلك[76].

يتوقف نجاح أي دولة في دفع وترقية الاستثمارات وتدفق رؤوس الأموال الأجنبية على مدى نجاعة السياسة المنتهجة من طرفها في هذا المجال، ونعني بذلك تلك البيئة التشريعية المستوحاة بالدرجة الأولى من مبادئ القانون الدولي المنظم للعلاقات الدولية في شتى المجالات.

---

[74]- L E S I-Di penta c. Algérie (2005), Affaire n° ARB/03/08, en ligne : CIRDI < http : //www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm>[LESI-Di penta].

[75]– اتفاقية مبرمة بين الجزائر وإيطاليا حول التوجه والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة بالجزائر في 1191/05/08، مصادق عليها بمرسوم رئاسي رقم 91–346 المؤرخ في 1991/10/25، ج.ر.ج.ج. عدد رقم 46، مؤرخة في 1991/11/06.

[76]– صبري أحمد محسن الذيابات، إجراءات التحكيم التجاري الدولي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2004، ص 01.

إنّ التطلعات التي تسعى الدول النامية على وجه الخصوص لتحقيقها، بأن تكون السبّاقة لاستضافة الاستثمارات الأجنبية، جعلتها تعمل على البحث عن كيفية تشجيع ومحاولة توفير محيط قانوني أمن للاستثمارات، بهدف نقل التكنولوجيا إليها بدرجة أولى للمساهمة في التنمية الاقتصادية[77]، أمام تخوف المستثمرين الأجانب من ضياع حقوقهم في حالة وقوع نزاع، هذا الوضع فرض على الجزائر اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي ضمانا لتوفير الأمن القانوني وتحسيناً لمناخ الاستثمار.

هذا الذي يؤدي بنا إلى دراسة ما مدى العلاقة الموجودة بين الاستثمارات الأجنبية والتحكيم الدولي (الفرع الأول)، وهذا ليس بالأمر الجديد في الواقع، ولكن الملفت للانتباه هو التنوع في اتجاهات تدفق رؤوس الأموال الأجنبية، الأمر الذي يتطلب توسيع نطاق التحكيم الدولي، بالإشارة إلى التفاعل بين التحكيم وتنوع تدفقات رؤوس الأموال (الفرع الثاني).

الفرع الأول

العلاقة بين الاستثمارات الأجنبية والتحكيم الدولي

يُعد إخضاع المنازعات الاستثمارية للتحكيم الدولي من الضمانات التي يطالب بها المستثمر الأجنبي في الدول النامية، وبذلك يكون هذا الإخضاع مشجّعا على الاستثمار في الدول التي تقبل به، مادام يجعل المنازعات تفلت من اختصاص القضاء الوطني للدولة المضيفة[78].

كما قد أشار بقوله، الدكتور "حسام التلهوني" مدير مركز دبي للتحكيم الدولي، الذي نظّم مركزه مؤتمرا حول تفعيل التحكيم التجاري في الدول العربية خلال الفترة 12 إلى 13 نوفمبر 2008 يشمل دورتين تدريبيتين حول التحكيم التجاري الدولي، واتفاقيات عقود الإنشاءات في ظل ارتفاع التكاليف: "**إن اللجوء للتحكيم التجاري يسهّل عمليات التبادل**

---

[77]– أحمد أحمد عبد الكريم الثلايا، التحكـيم كوسيلة لحل منازعات الاستثمار في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم الدراسات القانونية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2004، ص 39.

[78]– المرجع نفسه، ص 237.

التجاري ويمكن أطراف العلاقات التجارية، سواء على المستوى الداخلي أو الدولي من الاتفاق وديا في معظم الحالات على حل أي نزاع، حيث يتولى مسألة التحكيم فيه خبراء على درجة عالية من الكفاءة والخبرة في مجال عملهم" [79].

كما تنتج أهمية التحكيم التجاري الدولي أيضا من الخصائص والإيجابيات العديدة التي يوفرها التحكيم لأطراف النزاع، والتي قد لا تتوفر بنفس القدر فيما يقابلها من فض المنازعات التجارية أمام القضاء العادي، فمن خلال إحالة النزاع للتحكيم يأمل الأطراف بأن ينظر في النزاع محكم أو أكثر ممن يتوفر فيهم قدرا من التخصص الفني أو المهني الذي قد يتطلبه نوع النزاع، بالإضافة إلى ما يوفره التحكيم من سرعة في فصل النزاع من خلال إتباع إجراءات سهلة بكلفة أقل مع تجنب علانية القضاء العادي والحفاظ على سرية وخصوصية أطراف النزاع. وبسبب زيادة أهمية التحكيم التجاري الدولي ودوره الفعّال في تسوية المنازعات الناجمة عن الاستثمارات الأجنبية فقد حظي باهتمام مختلف دول العالم[80].

عليه يتخذ ملائمة المحيط الاستثماري لأي بلد مضيف للاستثمار الأجنبي في المزايا المقدمة من طرف الدول المنافسة في نفس المجال لاستقطاب رؤوس الأموال إليها ما يكفي لذلك[81]، بما يصاحبها من خبرة علمية وفنية وتكنولوجية، لذلك تهتم الدول كثيرا بتنظيم معاملة الاستثمار وتوفير الضمانات له وتتسابق فيما بينها لجذب أكبر قدر ممكن من الاستثمارات.

هذا الأمر لن يتحقق من دون إيجاد بيئة ملائمة لهذا الاستثمار؛ حيث يُمَارَسُ النشاط فيها بعيدا عن الخشية والتردّد، ويقتضي توفير هذه البيئة تحديد المعوقات التي يمكن أن تؤدي إلى تحجيم الاستثمار وانكماشه بهدف إزالتها أو التخفيف من حدّتها، ثم البحث في الضمانات القانونية الاقتصادية اللازمة لتشجيع الاستثمار وتحقيق التوازن بين

---

[79]– "مركز دبي للتحكيم الدولي ينظم مؤتمرا حول تفعيل التحكيم التجاري"، المنعقد في الإمارات العربية المتحدة في 2008/11/05، مقال منشور على موقع:

www.ameinfo.com/ar.

[80]– غسان علي علي، المرجع السابق، ص 219.

[74]– قصاب سعـــدية وصديقي مليكة: "بعـــث الاستثمارات الأجنبية في إطار الشـــراكة الأورومتوسطية– حالة الجزائر"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، جزء 41، العدد01، 2000، ص 58.

المصالح التجارية الدولية المتعارضة بموضوعية وحيادية من دون المساس بالحقوق المشروعة للأطراف المتعاقدة في مجال الاستثمار، الدولة المستقطبة لرأس المال الأجنبي والمستثمر على حدّ السواء[82]، ومن هذه الضمانات نجد التحكيم التجاري الدولي.

تظهر علاقة التحكيم التجاري الدولي بالأمن القانوني للاستثمار الأجنبي، الذي يُعد مبدءا هاما من مبادئ قواعد القانون الدولي في أهمية التحكيم كوسيلة مفضّلة لدى أطراف النزاع لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، وذلك بالنظر إلى الصعوبات التي قد تنشأ عن مخاصمة الدولة أمام القضاء[83]، وما لهذه الأهمية في استتباب الأمن القانوني من خلال توفير المحيط الملائم وطمّأنة المستثمرين الأجانب على الحماية القانونية الكافية لمصالحهم الاستثمارية في الدول المضيفة في حالة النزاع باللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، كما أن للتحكيم دورا هاما في توفير وتفعّيل الأمن القانوني للاستثمار باعتباره وسيلة فعالة تساهم في ضمان أمن قانوني للاستثمار[84]، إلى جانب آليات الحماية الأخرى.

طالما أن الاستثمار الأجنبي يمكن أن يضطلع بدور كبير على صعيد عملية التنمية الاقتصادية، فقد اهتمت به الدولة الجزائرية وسعت إلى استقطابه وتشجيعه على مزاولة النشاط فيها؛ إذ تدرك أن حجم الاستثمار المتدفق إليها إنما يرتبط بمدى ما توفره له من ضمانات تكفل للمستثمر حماية حقوقه من الضياع في حالة نشوب نزاع عن طريق تكريس اللجوء إلى التحكيم الدولي، الذي يساهم في إشاعة الأمن والطمأنينة في نفوس المستثمرين الأجانب، الأمر الذي يعود إيجابًا على الدولة المضيفة بحصولها على أكبر عائد استثماري ممكن[85].

---

[75]– دحو مختار: "دور الأمن القانوني في دعم مناخ الاستثمار"، أعمال الملتقى الوطني حول الاستقرار التشريعي والتنظيمي ضمانة للاستثمار ودعما لمناخ الأعمال في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة معسكر، أيام 25-2009/04/26، غير منشور، ص 01.

[83]– أنظر: جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، هامش رقم 02، ص 06.

[84]– خاومي ألونسو: "التأمين القانوني وتطور المؤسسات – المرجع- التحكيم الدولي. الأمن القانوني والتطوير المؤسساتي إشارة خاصة للتحكيم الدولي"، نشرة المحامين، دورية تصدر عن منظمة المحامين سطيف، العدد 11، أفريل 2010، ص 19.

[85]– دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي- المعوقات والضمانات القانونية-، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان، 2006، ص 77.

إنّ شروط نجاح أي قانون للاستثمار يرتكز على مجموعة مبادئ أساسية متصلة بتحقيق مشاريع الاستثمار وهي: مبدأ حرية الاستثمار، وحرية تحويل رأس المال والعوائد الناتجة عنه، ومبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، والتحكيم التجاري الدولي، وغيرها من المبادئ، إلا أنه لا توجد بيانات مفصلة عن كل دولة على حدا تثبت الصلة بين قبولها لمبدأ التحكيم وزيادة تدفق الاستثمارات الأجنبية.

ما من شك أنه يمكن القول الآن: إنّ التحكيم التجاري الدولي يُشجّع الاستثمارات الأجنبية، خاصة وأنه يعتبر سمة من سمات العصر وثمرة لتطور العلاقات الاقتصادية بين مختلف الدول، والسبب الرئيس في ذلك هو أنه يوفر للمستثمر هيئة محايدة هو في حاجة إليها بسبب ضعف مركزه القانوني في مواجهة الدولة التي يوجد بها الاستثمار.

لكن هناك سبب أخر قد لا يقل أهمية عن ذلك، وهو أن قبول الطرف المضيف للاستثمار بهيئة محايدة كالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، يدل على اهتمامه الحقيقي بقلق المستثمر ومخاوفه تجاه ضمان استثماراته، وذلك قد يخفف من صرامة القوانين في الدول المضيفة ويجعلها أكثر تقبلا للاستثمارات الأجنبية عموما[86].

أخيرا يمكن القول: إنّ توفير الإطار التشريعي الذي يضبط الاستثمار الأجنبي من العوامل المهمة في اجتذابه، لأن أي مستثمر فردا كان أو شركة لا يُقْدمُ على المخاطرة والاستثمار خارج دولته إلا إذا توافرت له الحماية القانونية الكافية والمناخ الاستثماري الملائم.

لعلّ جميع هذه المحاولات التي قامت بها الدولة الجزائرية لتشجيع الاستثمارات الأجنبية وجلب المزيد منها، تهدف أساسا إلى تحقيق التنمية الاقتصادية، والتي لن تتحقق إلا باتخاذ جملة من العناصر المساعدة على تدفق رؤوس الأموال الأجنبية من خلال الحماية الممنوحة، والمتمثلة خاصة في تكريس التحكيم التجاري الدولي، إلى جانب العناصر الأخرى السالف ذكرها، والكفيلة بتوفير أمن قانوني للاستثمار في الجزائر، وما له من علاقة وطيدة بالاستثمار؛ إذ لا يكاد يخلو أي عقد للاستثمار من الاتفاق على شرط التحكيم.

---

[86]– برونو لورنت، المرجع السابق، ص 627؛ أنظر أيضا: قصاب سعدية، صديقي مليكة، المرجع السابق، ص 58.

الفرع الثاني

التفاعل بين التحكيم وتنوع تدفقات رؤوس الأموال

هناك سبب لتعميم التحكيم في مجال الاستثمارات الأجنبية، وهو أن تسوية منازعات الاستثمار لم يعد ينظر إليه على أنه قضية الشمال ضد الجنوب أو الدول المتقدمة ضد الدول النامية.

أغلب الظن أن الدول المتقدمة عندما أبرمت اتفاقية واشنطن وصدقت عليها كانت ترى في الواقع أن الدول النامية فقط هي التي ستخضع بالفعل للتحكيم في الاستثمارات الأجنبية، إلا أنّ الخريطة سرعان ما تغيرت[87].

أول مثال نذكره عن هذا التغيير هو مشروع Eurodisney land في فرنسا عام 1998، فقد كانت فرنسا في ذلك الحين حريصة جدًا على هذا الاستثمار القائم في ضـــواحي باريـــس بالضبط في منطقـــة (Ile-de-France)، وذلك بسبب أزمـــة عمـــالة، واشترط المستثمر الأمريكي لموافقته على الاستثمار إحالة المنازعات التي قد تنشأ مع الحكومة الفرنسية والمتعلقة بالاستثمار إلى التحكيم. وكان من المفترض أن يسبب ذلك مشكلة لأن محكمة التمييز الفرنسية كانت قد قررت منذ عدة سنوات أن عدم خضوع الحكومة الفرنسية والأجهزة التابعة لها للتحكيم لا يطبق عندما يكون العقد دوليا (أي يمس مصالح التجارة الدولية)[88]، إلا أن ذلك لم يكن رأي مجلس الدولة الفرنسي الحريص على المحافظة على السيادة الفرنسية، بل كان من رأيه أنه لا يجوز أن تدخل الدولة الفرنسية في اتفاقية تحكيم بشأن العقد المطلوب، إلا أن الحكومة كانت في أمس الحاجة إلى هذا الاستثمار وقد وافق البرلمان على قانون بالسماح للدولة بالخضوع للتحكيم في العقود التي فيها مصلحة للدولة ومواطنيها.

يذكرنا حكم التحكيم في قضية Aminoil الشهيرة بتاريخ 1982/03/24؛ حيث يعطينا موقف دول الخليج، وهي من أهم المستثمرين في الدول الغربية، مثالا أخر على تغير اتجاه التحكيم في منازعات الاستثمار حسب اتجاه تدفق رأس المال، ويجب ألا ينظر إلى التحكيم من الآن فصاعـــدا على أنه انعكاس للهيمنة السابقة للدول الغـــربية على

---

[87]– برونو لورنت، المرجع السابق، ص 626.

[88]– الأحدب عبد الحميد، "قانون التحكيم التجاري الجزائري الجديد"، المرجع السابق، ص.ص 23-24.

العالم، فقد أصبح التحكيم في أيامنا هذه الوسيلة المعتادة لتسوية المنازعات الاستثمارية بين الأطراف من مختلف الجنسيات[89].

قد تغيرت صورة العالم إلى أبعد من ذلك، فوفقا لنظام مركز تسوية منازعات الاستثمار CIRDI يعتبر المدعي طرفا خاصا يطلب التحكيم لحماية استثماراته[90]، بينما المدعى عليه هو الدولة المقام الاستثمار على أرضها، إلا أن المستثمر قد يكون في بعض الحالات دولة أجنبية.

أصبح التحكيم التجاري الدولي واقعا يفرض نفسه على عملية التبادل التجاري الدولي باعتباره أفضل الوسائل لتسوية منازعات التجارة الدولية، يظهر ذلك بشكل خاص من خلال اهتمام الدول وسعيها المستمر إلى تطوير قواعد التحكيم الوطنية، ومن خلال الازدياد المستمر لانضمام العديد من الدول إلى الاتفاقيات الدولية التي تسهل وتضمن الالتزام بتنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي، ويعود سبب هذا الاهتمام المتزايد للدول بتطوير قواعد التحكيم فيها إلى الحاجة للتماشي مع قواعد وأعراف التجارة الدولية، وذلك بغية دمج الاقتصاد الوطني بالتجارة الدولية ولجذب الاستثمارات الأجنبية ولملاقاة حاجات السوق الدولية.

تعتبر الاستثمارات الهامة التي تقوم بها دولة الجزائر لصالح الأجيال في المستقبل مثالا بارزا في هذا السياق، وفي مثل هذه الحالة أيضا يمكن للتحكيم أن يشجّع الاستثمار كما هو الحال في الاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمارات التي وقَّعت عليها الجزائر مع العديد من الدول الأوروبية.

إنّ التوجه الجديد نحو تكريس مبادئ حماية الاستثمارات الأجنبية، ومنها التحكيم[91]، يدل على وجود تطابق بين القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية في تبني المبادئ المنصوص عليها في القانون الدولي التي من بينها التحكيم التجاري الدولي.

---

[89]– برونو لورنت، المرجع السابق، ص 627.

[90]- HAROUN Mehdi, op.cit, pp.74-75.

[91]– قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية (التحكيم التجاري الدولي – ضمان الاستثمار)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 203.

كما أن تدفق الاستثمار الأجنبي المرغوب فيه يتحقق إذا وجدت أسس أمنية لحل النزاعات عن طريق التحكيم الدولي، سيساعد دون شك في تسهيل عملية تدفق رؤوس الأموال الأجنبية إلى الجزائر خاصة بعد استجابة الدولة لحاجيات الاستثمار الأجنبي من حوافز جبائية وضمانات قانونية وقضائية، ومنها التحكيم التجاري الدولي؛ حيث يعد من أهم عناصر جذب الاستثمار الأجنبي؛ إذ يساعد وجود مثل هذه الآلية لتسوية النزاعات على زيادة نسبة تدفق الاستثمارات الأجنبية على الدول النامية، لذلك فهذه الدول خاصة التي سعت إلى اجتذاب رؤوس الأموال الأجنبية للاستفادة منها في التنمية الاقتصادية بما يحقق الرفاهية لشعوبها قوبلت تلك الرغبة من جانب المستثمرين الأجانب بفرض شروطهم عليها.

إضافة إلى ما منحته لهم تشريعات الدول المضيفة من ضمانات وحوافز بما فيها اعتماد التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لحسم المنازعات التي قد تنشأ بين المستثمر الأجنبي والدول المضيفة[92].

مادام التحكيم التجاري الدولي يُعد من بين العناصر القانونية التي يشتمل عليها مناخ الاستثمار، وهو يُعد أيضا من بين ضمانات الاستثمار التي تهدف إلى توفير مناخ استثماري ملائم كفيل باجتذاب رأس المال الأجنبي إلى الدولة المضيفة له، خاصة وأنه يمكن للتحكيم أن يشكل دافعا للإقبال على الاستثمار في دولة معينة، لذلك فإنه ينبغي عليها مراعاة هذا العنصر لتسوية النزاعات بهدف استقطاب الاستثمار الأجنبي[93].

إذن ما يمكن استنتاجه، أن هناك تفاعل كبير بين التحكيم التجاري الدولي وتدفق رؤوس الأموال الأجنبية، ويظهر ذلك من خلال التنظيم الجيد للتحكيم بالشكل الذي يساهم في تدفق الاستثمارات الأجنبية التي تبحث عن تكريس التحكيم بالوجه الذي يوفر حماية كافية لحقوقها، ويقنع الأطراف المتنازعة خاصة الطرف الأجنبي أن هناك حرص شديد على تطبيق نظام التحكيم المتفق عليه.

---

[92]– أحمد أحمد الثلايا عبد الكريم، المرجع السابق، ص 38.

[93]– دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 28.

المبحث الثاني

التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي كمظهر لتفعيل الأمن القانوني للاستثمار

الملاحظ أن المنازعات التي تثار بين الدول المضيفة للاستثمار ورعايا الدول الأخرى يشترط الفصل فيها بموجب اتفاقية خاص عن طريق التحكيم التجاري الدولي، الذي أصبح ضرورة حتمية على أطراف النزاع في مجال الاستثمارات والتجارة الدولية.

لذلك يَمُرّ التحكيم التجاري الدولي بمراحل ثلاث، هي: الاتفاق على اللجوء للتحكيم لتسوية النزاع أولا، بدلا من اللجوء للقضاء الوطني للدولة، سواء وقع هذا الاتفاق قبل وقوع النزاع أو بعد وقوعه، ومرحلة الاتفاق بين الخصوم على اختيار المحكم الذي سيتولى الفصل في النزاع وهي مرحلة إجراءات التحكيم التي تنتهي بصدور حكم التحكيم. لهذا يعرف البعض التحكيم بأنه: "**نظام مختلط يبدأ باتفاق، ثم يصير إجراء، ثم ينتهي بقضاء وهو قرار التحكيم**"[94].

لكي يمكن معرفة الأحكام التي يسير عليها نظام التحكيم يجب الوقوف عند مراحل التحكيم بدراستها، ومحاولة معرفة التنظيم القانوني لها للوصول إلى التحكيم الذي يصلح للعمل به في تسوية المنازعات بشكل سليم، يخلق جو من الأمن القانوني والثقة المتبادلة بين الأطراف.

عليه نبدأ أولا باتفاقية التحكيم (المطلب الأول)، ثم إجراءات التحكيم (المطلب الثاني)، وأخيرا حكم التحكيم (المطلب الثالث).

المطلب الأول

اتفاقية التحكيم

تتألف عملية التحكيم من مجموعة من العناصر، من أهمها اتفاق التحكيم الذي يؤسس عليه نظام التحكيم ككل، وهو الخطوة الأولى لإعمال قواعده كوسيلة مفضلة

[94]– محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 20.

لتسوية منازعات الاستثمار، مما يجعل أغلب التشريعات الوضعية تهتم بتنظيمه وفق قواعد خاصة تتباين باختلافها.

للاتفاق على التحكيم التجاري الدولي أهمية خاصة؛ حيث يعد ذلك الاتفاق هو قانون الأطراف وقانون المحكم على حد سواء، ومن ثم فإنّ العناية بتحليل ومناقشة الأحكام القانونية للاتفاق على التحكيم التجاري الدولي من أخطر وأصعب الأمور التي يجب أن تنال اهتمام الباحثين في هذا المجال، لذلك سنشير إلى صور اتفاق التحكيم وشروط صحته في(الفرع الأول)، ثم مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في (الفرع الثاني) وأخيرا نشير لأثار اتفاق التحكيم في (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف اتفاقية التحكيم وصورها وشروط صحتها

أولا- تعريف اتفاقية التحكيم وصورها:

يقصد باتفاقية التحكيم التي يتم توقيعها بين طرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات التي نشأت أو تنشأ مستقبلا بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية[95].

هذا التعريف نجده معتمد من طرف أغلب التشريعات الحديثة للتحكيم في صورتيه: شرط التحكيم La Clause Compromissoire ومشارطة التحكيم Le compromis ومنها القانون الفرنسي الذي عرفه في نص المادة 1442 المتعلقة بشرط التحكيم، ونص المادة 1447 المتعلقة بمشارطة التحكيم[96]، أما القانون الجزائري فقد نص على اتفاق

---

[95]- أنظر بصفة خاصة حول تعريف اتفاق التحكيم: خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص 164؛ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 63؛ السيد الحداد حفيظة، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 13.

[96]- أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 225.

التحكيم في صورتيه دون تفريد خلافا للقانون الفرنسي، في المادة 1040[97] بأنه: "**تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية**".

كثيرا ما يدرج شرط التحكيم الذي أصبح في الوقت الحالي حجر الأساس الذي يقوم عليه الصرح التحكيمي في العقد الأصلي، بل أصبح هو القاعدة لتسوية النزاعات عن طريق التحكيم في مجال التجارة والاستثمارات الدولية؛ إذ إن أغلبية قضايا التحكيم الدولي تستند إلى شرط التحكيم السابق على النزاع[98].

إنّ السماح للأطراف باللجوء إلى التحكيم يستتبع إذا الاعتراف باتفاق التحكيم ومظاهره العملية[99]، واتفاقية التحكيم تتم أو تأخذ إحدى الصورتين لدى الفقه.

1- **شرط التحكيم:** ويكون شرطا في العقد أو وثيقة مستقلة تسمى وثيقة التحكيم Document arbitral، وبمقتضى هذا الشرط يتفق أطراف العقد الأصلي – قبل نشوء النزاع – على حسم ما قد يثور بينهم من منازعات بواسطة التحكيم[100]. وبهذا يكون الشرط التحكيمي مدرجا بالعقد وملزما لمن اتفق عليه في حالة حدوث الخلاف بخصوص إبرام أو تنفيذ العقد.

2- **مشارطة التحكيم:** وهو اتفاق بين الأطراف يكون بعد قيام النزاع بموجبه يتم عرضه على التحكيم للفصل فيه بواسطة شخص أو عدة أشخاص بمقتضى اتفاق مكتوب[101].

غالبا ما يتفق الأطراف على تحديد موضوع النزاع وأسماء المحكمين وكذا إجراءات التحكيم، كما قد ينص الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق في النزاع[102].

---

[97]– المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

[98]-TRARI- TANI Mustafa, Droit Algérien de l'arbitrage commercial international, op.cit, p.35.

[99]- NAJJAR Nathalie, L'arbitrage dans les pays Arabes face aux exigences du commerce international, LGDJ, Paris, 2004, p.111.

[100]– خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 164؛ أنظر أيضا:

- YESSAD Houria, op.cit, p.84.

[101]- TERKI NourEddine, L'arbitrage commercial international, op.cit, p. 26 ; et YESSAD Houria, op.cit, p.86.

[102]– قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 260.

لعل أهم ما يميز الصورتين السابقتين، أن شرط التحكيم لابد أن يكون سابقا على قيام النزاع؛ لأنه من غير المتصور أن يكون لاحقا له، لأنه يرد ضمن بنود العقد الأصلي، غير أن ذلك لا يمنع من أن يرد شرط التحكيم مستقلا عن العقد الأصلي، وذلك كأن يبرم العقد خال منه ثم يتفق الأطراف عليه بعد ذلك من غير أن يكون ثمة نزاع قد نشأ بينهم، وذلك بخلاف مشارطة التحكيم التي من الممكن أن تكون سابقة للنزاع أو لاحقة له، وإن كان الفقه يقصر مشارطة التحكيم على الاتفاق اللاحق فقط، أي أن نكون بصدد نزاع قائم بالفعل[103].

بينما نلاحظ أن الاتجاه الحديث يطلق اصطلاح "اتفاقية التحكيم" على كلتا الصورتين السابقتين دون تحديد ما إذا كان شرط تحكيم أم مشارطة تحكيم، وذلك، لأنه بحسب رأي هذا الاتجاه أنه لا يوجد فرق بين الصورتين من حيث المضمون؛ إذ إنه في كلاهما يتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاع.

ثانيا- شروط صحة اتفاقية التحكيم:

يشترط لصحة اتفاق التحكيم توفر عدة شروط لازمة، تتمثل في الشروط الشكلية والشروط الموضوعية، واتفاق التحكيم له خاصية أساسية تميزه عن غيره بأنه اتفاق إجرائي وسيبقى كذلك، بمعنى آخر إنه ذو طابع نظامي ومن ثم فهو متمم للعقد الأصلي[104].

1- الشروط الشكلية:

باعتبار اتفاق التحكيم عقد بالمعنى الحقيقي ويخضع لقاعدة الرضائية، فإنه يحتاج إلى شروط شكلية لصحته والتي لا تكتمل ما لم تستكمل شكلها القانوني المتمثل في إفراغ إرادة الطرفين في محرر مكتوب[105]؛ إذ يعتبر كتابة اتفاق التحكيم شرطًا لصحته ووجوده ويرتب على تخلفها بطلان الاتفاق، وهو ما تضمنه نص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفقرة الثانية منه بأنه: "**يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات**

---

[103]- غسان علي علي، المرجع السابق، ص 287.

[104]- ROBERT Jean, L'arbitrage, Droit interne, Droit international privé, 5e édition, Dalloz, Paris, 1983, p.230.

[105]- YESSAD Houria, op.cit, p.81.

بالكتابة"، بهذا النص يكون المشرع الجزائري قد ساير ما جاءت به اتفاقية نيويورك لسنة 1958 باشتراطها صراحة أن يتم اتفاق التحكيم كتابة، وإلا وقع تحت طائلة البطلان. وشرط الكتابة يكون على شكل وثيقة مكتوبة أو بأشكال أخرى وهي وسائل فنية كالبرقيات أو الرسائل[106].

نلاحظ أن معظم القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية تتطلب أن يكون الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في منازعات الاستثمار مكتوبا.

2- الشروط الموضوعية:

كما هو معلوم أن كل عقد من العقود يخضع لشروط موضوعية عامة، ومنها اتفاق التحكيم بصورتيه، الذي يشترط فيه توفر الرضا، السبب، والمحل.

إضافة إليها يشترط توفر شروط موضوعية خاصة منصوص عليها في الفقرة 03 من نص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه: "**تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما**"، يستخلص من هذا النص أن المشرع الجزائري لم يضع قانون واحد يخضع له اتفاق التحكيم، تاركا المجال مفتوحا لإرادة الأطراف المتنازعة في اختيار القانون الذي تراه مناسبا لخدمة مصالحهم ويستجيب لطبيعة النزاع.

يتضح من خلال أحكام هذه المادة، بأن المشرع الجزائري لم يحدد بل فسح المجال للأطراف المتعاقدة لاختيار القانون المنظم لموضوع النزاع، خاصة القانون المطبق على العقد الأساس أو القانون الجزائري، مما يؤكد نية المشرع الجزائري في التحرر والانفتاح وتحقيق الفعّالية في هذا المجال[107]، وبعد استيفاء اتفاق التحكيم للشروط الشكلية والموضوعية، يجب تحديد مدى استقلاليته عن العقد الأصلي نظرًا للأثار القانونية المترتبة على ذلك.

---

[106]- أحمد أحمد الثلايا عبد الكريم، المرجع السابق، ص 114.

[107]- عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 334.

الفرع الثاني
مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم

سبق وأن أشارنا إلى أن اتفاق التحكيم قد يكون في صورة مشارطة، أو في صورة شرط مدرج ضمن عقد أو كبند من بنوده، والسؤال الذي يطرح نفسه هنا ما هي العلاقة بين شرط التحكيم والعقد الأصلي؟ وما هو أثر تعرض العقد الأصلي إلى سبب يؤدي إلى بطلانه أو فسخه أو إنهائه على شرط التحكيم الموجود فيه؟[108].

إنّ تطور فقه وقضاء التحكيم الفرنسي خاصة[109]، توصل إلى نتيجة أخرى مفادها استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي ورد فيه، فلا يؤدي بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد الأصلي – بغير طريق التنفيذ – إلى التأثير على شرط التحكيم؛ إذ يظل الشرط صحيحا طالما له وجود قانوني باستكماله لأركانه.

يقصد بهذا المبدأ: أن ننظر إلى شرط التحكيم الوارد في عقد على أنه يُعد عقدًا قائما بذاته ومستقلا عنه وعن المؤثرات التي تؤثر في صحته، وأنه إذا بطل العقد الأصلي الذي تضمنه الشرط، فإنّ الشرط التحكيمي يظل قائما صحيحا منتجا لأثاره بشرط أن يكون صحيحا بذاته[110].

مقتضى هذا الشرط الذي عرفه العمل في التحكيم التجاري الدولي وأخذ به المشرع الجزائري أنه أيا كانت الأسباب التي تؤدى بالعقد الأصلي إلى الانتهاء سواء بالبطلان أو الفسخ أو حتى باتفاق طرفيه، فإنّ شرط التحكيم يظل ساريا ويبقى مستقلا عن باقي شروط التعاقد الأصلي؛ فهو يمثل أحد ركائز التحكيم المعاصر، وشرط لفعاليته[111]، ومادام قد كان هذا الشرط صحيحا في ذاته، ويترتب ذلك مثلا في حالة اتفاق الطرفين على إنهاء اتفاقية التحكيم بإرادتهما.

---

[108]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسى، النظام القانوني لاتفاق التحكيم – دراسة تحليلية مقارنة–، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2005، ص 85.

[109]- FOUCHARD Ph., GAILLARD E., GOLDMAN B., Traité de l'arbitrage commercial international, Editions LITEC, Paris, 1996, p.231.

[110]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسى، المرجع السابق، ص 86.

[111]- NAJJAR Nathalie, op.cit, p.148.

لقد بدأ ظهور هذا المبدأ في فرنسا فيما يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي عندما حكمت محكمة النقض الفرنسية باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي في قضية GOSSET بتاريخ 07 ماي 1963، وأكدت أيضا على هذا المبدأ في قضية أخرى هي قضية IMPEX بتاريخ 18 ماي 1971، وتابع القضاء الفرنسي تطوره في هذا الخصوص إلى أن وصل إلى استقرار هذا المبدأ بقضاء محكمة النقض الفرنسية، والتي اعتبرت أن شرط التحكيم مستقلا قانونا عن العقد الأصلي الذي يحتويه أو يشير إليه[112].

كما نص المشرع الجزائري على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في الفقرة 03 من المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "**لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي**".

يتضح من هذا النص أن المشرع يقر صراحة مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي؛ حيث لا يتأثر بما يطرأ على هذا العقد من تغيرات كالبطلان أو الإنهاء أو الفسخ.

مما تقدم نخلص إلى: إنّ مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي يكفل للأطراف وسيلة ملائمة وسريعة لتسوية منازعات الاستثمار الدولي، ويساهم في تيسير إبرام العقود المتعلقة بالاستثمار.

الفرع الثالث

أثار اتفاقية التحكيم

إذا أبرم اتفاق التحكيم وفق الشكل الصحيح ترتبت عليه أثار قانونية، أهمها هو ذلك الذي يقود الأطراف أمام محكم بمعنى إسناد اختصاص النظر في النزاع للمحكمة التحكيمية وهذا هو الأثر الإيجابي.

---

[112]- أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص75؛ أنظر أيضا: محسن شفيق، المرجع السابق، ص 194 وما بعدها؛ عاطف بيومي محمد شهاب، الاختصاص بالتحكيم في عقود التجارة الدولية (محاولة لدراسة النظرية العامة للاختصاص التحكيمي في مجال التجارة الدولية)، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2001، ص.ص 208-209؛

-ROBERT Jean, op.cit, p.268.

يلزم اتفاق التحكيم الأطراف بأن تعهد بالمنازعة الناشئة بينهم، والمتفق على حلها بواسطة التحكيم إلى المحكمة التحكيمية، وثبوت عدم الاختصاص لها، كما أن اتفاق التحكيم هو الذي يحدد الاختصاص للمحكمة التحكيمية، ويترتب عن قيام اتفاق التحكيم صحيحا أثرين هامين أولهما إسناد الاختصاص للمحكمة التحكيمية، والأثر الثاني يتعلق بمبدأ الاختصاص بالاختصاص.

أولا- اختصاص محكمة التحكيم بالفصل في اختصاصها:

يعتبر مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه من أهم المبادئ في إطار التحكيم الدولي ومن أدقها في نفس الوقت[113].

هذا المبدأ، يعني أن يكون للمحكم سلطة الفصل في ما إذا كان مختصا بالفصل في النزاع أم لا وتحديد نطاق اختصاصه من حيث الأشخاص والموضوع.

من هنا فإنّ قاعدة الاختصاص هي قاعدة أولية، فالمحكمون ملزمون بأن يتصدوا لموضوع الاختصاص أولاً وذلك تحت رقابة القضاء.

بدون تبني مبدأ الاختصاص بالاختصاص وإعماله يفقد اتفاق التحكيم فاعليته ويبقى مجرد اتفاق[114].

مما سبق نستطيع أن نخلص إلى أن المقصود من تقرير هذا المبدأ هو عدم عرقلة سير عملية التحكيم؛ حيث لا تضطر محكمة التحكيم إلى وقف إجراءات التحكيم إلى أن يتم عرض الأمر على القضاء، ولكنها تستمر في نظر النزاع إذا قدرت أن الدفع بعدم الاختصاص يقصد بها المماطلة وإطالة أمد النزاع.

ثانيا- الأثر السلبي لاتفاقية التحكيم:

يقتضي احترام اتفاق التحكيم، أنه إلى جانب الأثر الإيجابي لهذا الاتفاق والذي يفرض على الأطراف احترام تعهداتهم وضرورة إسناد المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم إلى محكمة التحكيم، ضرورة احترام أيضًا الأثر السلبي لهذا الاتفاق والذي يحرم على الأطراف الالتجاء إلى القضاء الوطني لطلب الفصل في المنازعة محل اتفاق التحكيم.

---

[113]- السيد الحداد حفيظة، المرجع السابق، ص 123.

[114]- محسن شفيق، المرجع السابق، ص 199.

1/- مبدأ عدم اختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات المتفق بشأنها على التحكيم

يعد هذا المبدأ مكرسا في الاتفاقيات الدولية المتصلة بالتحكيم بكيفية صريحة وجد واضحة، خاصة في اتفاقية نيويورك[115]، واليوم كل التشريعات الوطنية المعاصرة تكرّس هذا المبدأ سواءً اتخذ اتفاق التحكيم صورة شرط تحكيم مدرج في العقد أو صورة مشارطة تحكيم اتفق عليها بعد نشوء النزاع[116].

2/- الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم

على الرغم من أن القاعدة العامة التي تضبط مسلك القضاء الوطني فيما يخص المنازعات الخاصة الدولية، المتفق بشأنها على التحكيم، تتلخص في عدم اختصاص هذا القضاء بالفصل في هذه المنازعات، إلا أن هذه القاعدة العامة ترد عليها بعض القيود والاستثناءات: أبرزها انعقاد الاختصاص للمحاكم الوطنية بشأن اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية المتصلة بالمنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، وتدخل القضاء الوطني من أجل تشكيل محكمة التحكيم في حالة تعذر تشكيلها، وأخيرًا الرقابة التي تباشر من قبل القضاء الوطني على حكم التحكيم سواء كانت هذه الرقابة من خلال الطعن بالبطلان على حكم التحكيم، أو في صورة الأمر بتنفيذ حكم التحكيم[117].

المطلب الثاني

إجراءات التحكيم

تُعد إجراءات التحكيم بمثابة العمود الفقري الذي يقيم نظام التحكيم، وهي في ذات الوقت، السياج الذي يضمن شرعيتــه، وذلك بالنظــر إلى أن تيسيــر إجراءات التحكيم أو إعاقتها، يساهم إلى حدّ كبير في تحديد مستقبل حكم التحكيم في النزاع المطروح.

---

[115] - TRARI- TANI Mustafa, Droit Algérien de l'arbitrage commercial international, op.cit, p.74.

[116]– السيد الحداد حفيظة، المرجع السابق، ص 173.

[117]– المرجع نفسه، ص 177.

ولإجراءات التحكيم أهمية كبيرة في تحديد مستقبل حكم التحكيم أو إخفائه، وهي مسألة في منتهى الدقة[118].

تَمُرُ الخصومة التحكيمية بجملة من الإجراءات، أولها هو تشكيل المحكمة التحكيمية (الفرع الأول)، ثم ضمانات التقاضي وتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع (الفرع الثاني)، وأخيرا السير في الإجراءات التحكيمية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تشكيل محكمة التحكيم

تعتبر محكمة التحكيم ركنا جوهريا في عملية التحكيم بدونها لا يمكن أن يقوم أي شيء، فقد حرص المشرع الجزائري على ضرورة تشكيل محكمة التحكيم؛ إذ يجب على أطراف النزاع أن يدرجوا في شرط التحكيم إجراء تعيين المحكم أو المحكمين، أو كيفية تعيينهم وإلا وقع التحكيم باطلا[119].

إنّ قيام الخصوم الذين اتفقوا على التحكيم باختيار محكمة التحكيم (سواء كانت مكونة من محكم منفرد أم من محكمين متعددين) يعتبر هو الأصل في هذا النطاق[120]. ويقوم أيضا نظام التحكيم على مبدأ الرضائية الذي يخول أطراف النزاع تشكيل المساهمة الإيجابية في تشكيل محكمة التحكيم.

يمكن أن يتم اختيار المحكمين من قبل الأطراف مباشرة، على أساس النزاهة والثقة وعدم إفشاء الأسرار وهذه اعتبارات لا يستطيع تقديرها إلا أصحاب الشأن أنفسهم ومن هنا كان حقهم ثابت في اختيار محكمة التحكيم[121]، فنص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري تكرس مبدأ إخضاع تشكيل محكمة التحكيم لحرية

---

[118]– يقصد بإجراءات التحكيم مجموعة من القواعد الإجرائية التي تتبعها محكمة التحكيم منذ تشكيلها إلى غاية إصدار الحكم بشأن النزاع.

[119]– المادة 1008 فقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص بأنه: "يجب أن يتضمن شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديد كيفيات تعيينهم"، المرجع السابق.

[120]– نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية (اتفاق التحكيم – الخصومة التحكيمية – حكم التحكيم وفقا لأحدث التعديلات التشريعية والقضائية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 85.

[121]– المرجع نفسه، ص 86.

الأطراف أو استنادا إلى نظام تحكيم معين[122]؛ حيث يمكن أن تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي[123]، وهو ما أشار إليه المشرع الفرنسي صراحة في نص المادة 1454 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي حيث في حالة تحديد مُحَكِّمَيْنِ فقط، فلمحكمة التحكيم أن تختار محكما ثالثا عن طريق المُحَكِّمَيْن الذين تم اختيارهم، وإذا اختلفوا فيتولى ذلك رئيس المحكمة الابتدائية[124]، وقد عالجت المادة 1041 فقرة 02 حالة عدم اتفاق الأطراف على اختيار المحكمين، فنصت على أنه: "**في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يلي:**

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

2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار أحد الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر".

في نفس المعنى دائما، نجد أن كثيرا من قوانين الاستثمار المقارنة والاتفاقيات الدولية المبرمة في هذا المجال تأخذ بصيغة شائعة فحواها أن يتم تشكيل محكمة التحكيم من محكمين اثنين يقوم كل من طرفي النزاع باختيارهما ليقوما باختيار المحكم الثالث الذي يعتبر حكمه في حسم النزاع مرجح في حالة الاختلاف؛ بحيث يلعب دورا رئيسا وفعالا في الفصل في النزاع، الأمر الذي جعله يحتل مكانة مهمة في محكمة التحكيم، ومن ثم فإنّه ينبغي أن تتوفر لدى هذا المحكم من ضمانات الحيّاد والاستقلالية والعدالة[125] ورجحان الفكر ما يدعم الشعور بالثقة والاطمئنان نحو شخصيته ونحو الحكم الصادر عنه، الشيء الذي يساهم إلى حد كبير في تفعّيل الاستثمارات الأجنبية.

يظهر ذلك في اشتراط توخي الدقة الشديدة في اختياره، لكي لا يكون الحكم الذي يصدره مصدر إضرار بمصلحة أحد طرفي النزاع دون الأخر، وهذا التعيين يكون باتفاق

---

[122]- المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

[123]- وهذا ما نصت عليه المادة 1017من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه: "تتشكـــل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي".

[124]- ROBERT Jean, op.cit, p.110.

[125]- عاطف بيومي محمد شهاب، المرجع السابق، ص 162.

الأطراف[126]، ويشترط في المحكم أو المحكمين التمتع بالأهلية والحقوق المدنية وهو ما نصت عليه المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إضافة إلى أنه لكي يكون تشكيل محكمة التحكيم تشكيلا صحيحا يتعين قبول المحكم أو المحكمين القيام بالمهمة المسندة إليهم، كما يجب على المحكم الذي يعلم أنه قابل للرد أن يكشف عن ذلك للأطراف، فمثل هذه الملابسات أو الظروف محل الرد تشكك في استقلاليته ونزاهته، ولا يجوز له القيام بمهمته إلا إذا قبل الأطراف ذلك[127].

لكي يكون تشكيل محكمة التحكيم بالشكل الصحيح دائما، يجب توفر هذه الشروط عند القيام بالتعيين؛ حيث تلزم هذه الشروط أن يكون الشخص الذي أسندت له مهمة التحكيم شخصا طبيعيا، وإذا جاء في اتفاق التحكيم أن مهمة التحكيم يتولاها شخص معنوي (هيئة أو مركز)، فإنّ هذا الأخير يقوم بتشكيل محكمة التحكيم للنظر في النزاع[128].

وقد وردت الحالات الخاصة برد المحكم في المادة 1016 من القانون الجزائري على سبيل الحصر في ثلاث حالات، إذا قامت ظروف تثير شكوكا جدية حول حياد أو استقلال المحكم.

منعا لأية صعوبات أو مشاكل نص المشرع الجزائري على أنه لا يجوز لأي طرف طلب رد المحكم الذي كان قد اختاره بنفسه، أو شارك في ذلك إلا إذا أثبت وجود سبب طرأ بعد تعيينه، ويبلغ سبب الرد إلى محكمة التحكيم الطرف الأخر دون تأخير أي بمجرد العلم بمبررات الرد[129]. وفي حالة النزاع، فالأمر لا يخلو من أحد الفرضين، فإما أن يكون الأطراف قد قاما بتسوية مسألة الرد مسبقا، كما إذا تضمن نظام التحكيم المنظم كيفية تسويته، وإذا لم يسعى الأطراف للاتفاق على ذلك، فهنا يرجع الاختصاص في

---

[126]– دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص.ص 347–348.

[127]– هذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 1015 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

[128]– وهو ما نصت عليه المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه: "إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصا معنويا، تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم"، المرجع نفسه.

[129] – أنظر المادة 1016 فقرة 03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع نفسه.

الفصل للقاضي الجزائري الذي يتدخل بطلب ممن يهمه التعجيل، ويكون تدخله بأمر لا يقبل الطعن فيه بأي وجه[130].

الفرع الثاني

ضمانات التقاضي والقانون الواجب التطبيق على النزاع

أولا- ضمانات التقاضي أمام محكمة التحكيم

إنّ محكمة التحكيم ملزمة باحترام مجموعة من المبادئ الأساسية في التقاضي وهذه المبادئ يجب احترامها أيا كان نوع التحكيم وأيا كانت سلطات المحكم[131]. وتتمثل أهم هذه المبادئ أو الضمانات، في:

1- مبدأ احترام حقوق الدفاع:

لا يمكن تصور قيام عدالة بلا دفاع، ويتمثل حق الدفاع في ضرورة دعوة الخصم لسماع أقواله من خلال توجيه إعلان صحيح إلى كل طرف للحضور[132]، بغرض شرح دفاعه وتقديم ردوده على إدعاءات خصمه ولا يجوز الحكم على خصم دون سماع دفاعه[133]، وإذا لم يرغب في استعمال هذا الحق أو كان إصراره على عدم الحضور بغـــرض عرقلة الإجراءات، ففي هـــذه الحالة يفصل المحكم في النـــزاع دون سماع أقواله أو في غيبته إذا لم يقدم عذرا مقبولا، وكذلك إذا اتفق الخصوم على منح المحكم سلطة الفصل في النزاع دون سماع مرافعات شفوية والاكتفاء بالمستندات والمذكرات المكتوبة[134].

لما كان الأصل أن يفصل المحكم في النزاع بالنظر إلى المستندات والمذكرات المكتوبة، فلا يجوز له أن يحصل على معلومات من الغير دون علم الخصوم، وكذلك أن

---

[130] – أنظر المادة 1016 الفقرتين 04و05 من المرجع نفسه.

[131] – سامي محسن حسين السرى، بعض الجوانب في القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي "دراسة مقارنة"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2004، ص.ص 144-145.

[132]– محسن شفيق، المرجع السابق، ص 244.

[133]– سامي محسن حسين السرى، المرجع السابق، ص 147.

[134]– محسن شفيق، المرجع السابق، ص 244.

لا يحكم بعلمه وإلا كان حكمه فاسدا، إلا أنه استثناء يمكن للمحكم أن يحكم بعلمه وخبرته بموضوع النزاع، وكان ذلك سببا لاختياره من طرف الخصوم الذين ينتظرون الإفادة من علمه للفصل في النزاع، وذلك بشرط أن يعرض ما لديه من معلومات على الأطراف للنقاش، وإبداء الرأي حولها قبل بناء الحكم عليها[135].

عليه تتمثل أهمية حقوق الدفاع والمكانة التي تحتلها في مجال التقاضي فيما توفره من ضمانات تتيح للخصم تقديم دفاعه وشرح وجهة نظره والرد على ادعاءات خصمه للوصول إلى حكم عادل في النزاع يشجّع ويوفر محيط استثماري ملائم.

2- احترام مبدأ المساواة:

تتلخص العدالة في الأساس في قيامها على ضمان المساواة بين الخصوم وبانتفائها ينتفي أي وجود لمعنى العدالة[136]، لذلك يجب مراعاة المساواة عن طريق تهيئة الفرص وضمان تكافؤها، ولا يمنح أحد الخصمين حقا دون الأخر، كما أنه إذا منع عن أحدهما ميزة يطبق نفس المنع على الأخر[137]، كما أن إعمال هذا المبدأ يؤثر على سلامة تطبيقه وتحقيق الغاية التي شرع من أجلها العديد من الممارسات والتصرفات التي يعد إتيانها إخلالا بمبدأ المساواة، منها مثلا:

* الإذن لأحد الطرفين بتوكيل محام ومنع الأخر من هذا الحق؛
* الإذن لأحد الأطراف بالحضور في غيبة الآخر؛
* إجراء المحكم اتصالات شخصية مع أحد الأطراف[138]؛
* الاستماع لعدد من الشهود المقدمين من أحد الأطراف دون السماع لنفس العدد من جانب الطرف الأخر؛
* أن تكون لغة التحكيم هي لغة أحد الطرفين دون اتفاق[139].

---

[135]- سامي محسن حسين السرى، المرجع السابق، ص.ص 147-148؛ أنظر أيضا: محسن شفيق، المرجع السابق، ص.ص 247-248.

[136]- سامي محسن حسين السرى، المرجع السابق، ص 161.

[137]- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 108.

[138]- محسن شفيق، المرجع السابق، ص 249.

[139]- سامي محسن حسين السرى، المرجع السابق، ص 163.

بشكل عام، فإنّ أي تصرف يخالف ما تم ذكره، يعد إخلالا بمبدأ المساواة، فالقانون يجب أن يطبق على جميع الأشخاص الذين يتناولهم على قدم المساواة.

3- احترام مبدأ المواجهة:

يعتبر مبدأ المواجهة من المبادئ الأساسية التي لا يمكن لأي نظام قضائي الاستغناء عنه، فهو واجب التطبيق على كافة النزاعات، ومبدأ المواجهة يرتكز على محاور ثلاث هي:

* حق كل خصم أن يسمعه المحكمون، ويتحقق ذلك بحضوره أولا ثم تمكينه من شرح دعواه ووجهة نظره أمام جميع أعضاء محكمة التحكيم؛

* حق كل خصم أن يناقش إدعاءات خصمه، ويتم ذلك عندما يعلم بحجج وملاحظات وإدعاءات خصمه في وقت مناسب، بحيث يستطيع أن يناقشها ويرد عليها؛

* حق كل خصم في مناقشة ما يجمعه المحكمون من مسائل الواقع والقانون، وهي المستندات والوثائق التي تقع في أيدي المحكمين أو الحقائق التي يتوصلون إليها خلال نظرهم للقضية ويستندون إليها عند الفصل في النزاع، ولكي يعتد بها لا بد أن يُمكن كل خصم من العلم بها ومناقشتها. ويعد حكم التحكيم باطلا متى كانت الأسباب التي بني عليها مستندة إلى مستندات ووثائق لم يطلع عليها الخصم[140].

يتبيَّن مما سبق ذكره أن مبدأ المواجهة يهدف إلى تحقيق العدالة؛ حيث بإعماله يتمكن الخصم من معرفة ما لدى الطرف الآخر من وسائل دفاع أو أدلة مع منحه الوقت الكافي حتى يتمكن من الرد عليها وتفنيدها، وذلك للوصول إلى حكم عادل يتوفر فيه الحد الأدنى من الأمانة مع عدم الإخلال بأي من مبادئ العدالة وحقوق الدفاع.

ثانيا- تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع

تعتبر مسألة القانون الواجب التطبيق من أهم المسائل التي تثار أمام المحكم للبحث عن القانون الذي يراه مناسبا ليطبق على النزاع القائم بشأن عقود الاستثمارات الأجنبية، فاختيار أطراف النزاع للقانون الذي يطبق على منازعات الاستثمار يعتبر من بين أهم الضمانات القضائية للاستثمار الأجنبي[141].

---

[140]- إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 168.

[141]- حسين نوارة، الأمن القانوني للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، المرجع السابق، ص 147.

لذلك نشير إلى القانون الواجب التطبيق على إجراءات النزاع، ثم إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

1)- القانون الواجب التطبيق على إجراءات النزاع:

باعتبار اتفاق التحكيم القائم على إرادة الأطراف هو جوهر التحكيم، فلا يمكن أن ننكر ما لهذه الإرادة من دور في تحديد الإجراءات المتبعة في عملية التحكيم، إلا أنها قد تتخلف أو تغيب، فيستعان غالبا في هذا الشأن بمحكمة التحكيم في تحديد هذه الإجراءات[142].

أ- خضوع إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي لإرادة الأطراف:

تظهر أهمية التحكيم الدولي في إعمال قانون الإرادة كأصل في اتفاق التحكيم لاختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، وقد كرّس كل من المشرع الفرنسي[143] والمصري[144] مبدأ قانون الإرادة كأصل، وهو الذي تسير عليه أغلب قوانين مختلف الدول[145].

أما فيما يتعلق بموقف المشرع الجزائري، يمكن القول: إنه تقريبًا نفس الموقف الذي تبناه المشرع السويسري، وبكثير من الحرفية والتطابق مع القانون الفرنسي[146]، ويظهر ذلك في المادة 1043 فقرة 01 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص: "**يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم**"، من خلال هذا النص نلاحظ أن المشرع أعطى حرية واسعة لإرادة الأطراف في اختيار القانون المطبق على إجراءات التحكيم، كما منح أيضا إمكانية إخضاع هذه القواعد الإجرائية إلى القانون الذي يحدده الأطراف بإرادتهم في اتفاق التحكيم.

يجد مبدأ خضوع الإجراءات لقانون الإرادة تطبيقا واسعا في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، فقد اتجهت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 إلى وجوب الرجوع في

---

[142]- غسان علي علي، المرجع السابق، ص 361.

[143]- ROBERT Jean, op.cit, p 271.

[144]- محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 99.

[145]- كولا محمد، تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، منشورات بغدادي، الجزائر، 2008، ص 189.

[146]- تراري الثاني مصطفى، المرجع السابق، ص 47.

المسائل الإجرائية للتحكيم إلى قانون إرادة الأطراف، وهذا ما ورد في الفقرة 01 من المادة 05 من هذه الاتفاقية، ونفس الأمر بالنسبة لاتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965 في المادة 44 منها[147].

من خلال ذلك نستنتج أن معظم القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية وأحكام التحكيم الصادرة في منازعات الاستثمار قد أخذت بمبدأ سلطان الإرادة، والذي على أساسه يتم تحديد القانون الإجرائي الواجب التطبيق على النزاع.

ب- خضوع الإجراءات لسلطة محكمة التحكيم:

يحدث كثيرا في العمل أن يترك أطراف النزاع في عقود الاستثمار لمحكمة التحكيم أو يسندوا لها مهمة تحديد إجراءات التحكيم[148]، ويظهر ذلك بوضوح في حالة عدم الاتفاق بين الأطراف، فتحل المحكمة التحكيمية محل إرادة الأطراف كاستثناء، حتى لا يفقد التحكيم فعّاليته وجديته.

لقد نصت أغلب التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم -تفاديا لأي فراغ قانوني- على دور المحكمة التحكيمية في وضع الإجراءات التي تراها مناسبة للفصل في النزاع، وقد اتبع قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة 1981 نفس الاتجاه[149]؛ وكذلك فعل المشرع المصري في المادة 25 من قانون التحكيم لسنة 1994 عندما نص على أنه: "**إذا لم يوجد اتفاق، كان لهيئة التحكيم أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة**"[150].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فهو يؤيد ما ذهبت إليه أغلب القوانين في هذا الاتجاه، فقد ورد في المادة 1043 فقرة 02 أنه: "**إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى**

---

[147]- السمدان أحمد: "القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي"، مجلة الحقوق، العدد 1-4، الكويت، مارس - جوان 1993، ص 176.

[148]- جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 66.

[149]- وذلك في المادة 1494 فقرة 02 التي تنص:

« Dans le silence de la convention, l'arbitre règle la procédure autant qu'il est besoin soit directement, soit par référence à une loi ou à un règlement d'arbitrage », ROBERT Jean, op.cit, p. 273.

[150]- محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 427.

محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة، مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم"[151].

من قضاء التحكيم النموذجي الذي منح سلطة لمحكمة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات ما جاء في قضية أرامكو ضد العربية السعودية Aramco C. Arabie Saoudite في عام 1958، فقد تضمن اتفاق التحكيم المبرم بين حكومة المملكة العربية السعودية والشركة العربية الأمريكية للبترول – أرامكو– نصا يخول محكمة التحكيم سلطة تحديد القواعد الإجرائية الواجبة الإتباع لإدارة هذا التحكيم[152].

2)– القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:

لقد اتفقت غالبية القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية على الأخذ بالتمييز بين حالتين: حالة غياب إرادة الأطراف في اختيار القانـــون الذي يطبـــق على موضوع النزاع، فتمنح سلطة تقـــديرية للمحكـــم (أ)، وحالة توصـــل إرادة الأطـــراف إلى اختيار أو تحديد هذا القانون (ب).

أ– السلطة التقديرية لمحكمة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:

تجنبا لما قد يثار من مشاكل، وسدا لكل الثغرات القانونية في حالة غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية لأطراف النزاع عن تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات الاستثمار، فقد منحت القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية وكذلك الفقه والقضاء سلطة تقديرية واسعة لمحكمة التحكيم في تحديد هذا القانون[153]، دون تقييده بقانون أو قوانين معينة، مع شرط أن يكون الأقرب والمناسب موضوعيا لتسوية النزاع.

من القوانين التي أكدت على دور المحكم واستقلاليته في البحث عن القانون الواجب التطبيق على الموضوع، ما نصت عليه الفقرة 02 من المادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، التي منحت سلطة واسعة كتجسيد لحرية المحكمة التحكيمية

---

[151]– المادة 1043 فقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

[152]– جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 71.

[153]– حسين نوارة، الأمن القانوني للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، المرجع السابق، ص 154.

في اختيار القانون الواجب التطبيق في حالة غياب إرادة الأطراف، وهذا طبقاً لقواعد القانون التي تراها مناسبة[154].

كما أكد المشرع الجزائري على ذلك في نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "... **وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها مناسبة**"، هذه المادة كرست ما ذهبت إليه معظم القوانين والاتفاقيات الدولية وكذا الفقه والقضاء بشأن منح سلطات واسعة لمحكمة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع.

قامت أيضا الدولة الجزائرية بإبرام العديد من الاتفاقيات أشارت إلى تعدد القوانين التي قد تطبق على موضوع النزاع، ومن بينها الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وفرنسا وغيرها من الاتفاقيات الأخرى[155].

المحكم عند اختياره للقانون الواجب التطبيق قد يأخذ من بين عدة قوانين ما يراه مناسبا مع ظروف القضية وطبيعة العقد وموضوعه، فقد يكون القانون الوطني لأحد الطرفين، قانون محل إبرام العقد أو قواعد تنازع القوانين، أو الأخذ بأي قانون لدولة أجنبية يراه ملائم للنزاع، الأخذ بالمبادئ العامة للقانون وقواعد التجارة الدولية Lex mercatoria، الأخذ بالعادات والأعراف التجارية[156].

بهذه المثابة فإن التشـــريع الجزائري الجـــديد للتحكيم يعـــد مثالا للتشريع المعاصر، بل ومثالا لأكثر التشريعات تحريرا للمحكم عند تحديده للقواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع.

ب)- أهمية قانون الإرادة في تحديد موضوع النزاع:

من الأمور المسلم بها في جميع القوانين الوطنية والدولية وعند غالبية الفقه في القانون الدولي، أن للإرادة المشتركة لأطراف النزاع الحق في اختيار القانون الملائم

---

[154]- ROBERT Jean, op.cit, p.266.

[155]- إذ تنص المادة 08 فقرة 04 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وفرنسا على أنه: "عند حل النزاع، يجب أخذ بعين الاعتبار مبادئ القانون الدولي وأحكام هذا الاتفاق ونصوص الالتزام الخاص الذي يمكن أن يكون قد منح لاستثمار ما إلى جانب القانون الوطني للطرف المتعاقد المعني بالنزاع بما في دلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين"، المرجع السابق.

[156]- حسين نوارة، الأمن القانوني للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، المرجع السابق، ص 155؛ أنظر أيضا:
- FOUCHARD Ph., GAILLARD E., GOLDMAN B., op.cit, p.649.

ليطبق على الموضوع، واختيار القانون من قبل الأطراف قد يتم بموجب نص في العقد الذي ترتب عنه النزاع أو في مشارطة التحكيم المستقلة[157].

لقد تضمنت الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم الإشارة إلى قانون الإرادة صراحة مثل اتفاقية نيويورك للاعتراف بالأحكام التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، واتفاقية عمان العربية للتحكيم[158].

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية صراحة على تكريس مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع[159] مع مراعاة متطلبات النظام العام الدولي، وقد يكون هذا الاختيار استجابة لأحد بنود العقد الذي أبرمه الأطراف فيما بينهم.

نلاحظ من خلال ما سبق، أن تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف ينبع من الإرادة الصريحة، إلا أنه قد لا يفصح أطراف النزاع صراحة على إرادتهم، وفي هذه الحالة يتعين على المحكم البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف لمعرفة القانون الواجب التطبيق على النزاع.

الفرع الثالث

السير في إجراءات التحكيم

غالبا ما يتفق الأطراف على تحديد المسائل الإجرائية لتسوية النزاع، إلا إذا كان هناك غياب اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، في هذه الحالة تتولى محكمة التحكيم بنفسها تحديد هذه الإجراءات؛ وذلك في إطار التحكيم الحر، أما إذا كان التحكيم منظم، فالأطراف يخضعون بصفة تلقائية للإجراءات المحددة في الهيئات المخصصة للتحكيم؛ إلا إذا نصت على إتباع إجراءات أخرى صراحة[160].

---

[157]– السمدان أحمد، المرجع السابق، ص 192.

[158]– حسين نوارة، الأمن القانوني للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، المرجع السابق، ص 152.

[159]– حيث تنص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف".

[160]– كولا محمد، المرجع السابق، ص 228.

هذا ما يقتضي الإشارة إلى دعوة الخصوم لتقديم الطلبات والدفوع وأدلة الإثبات (أولا)، ثم نشير إلى التدابير المؤقتة والتحفظية (ثانيا).

أولا- دعوة الخصوم لتقديم الطلبات والد فوع وأدلة الإثبات:

بعد تشكيل محكمة التحكيم وقبولها الفصل في المهمة المسندة لها، وأثناء السير في الإجراءات تقوم هذه الأخيرة بدعوة أطراف النزاع لتقديم طلباتهم ودفاعهم ووسائل إثباتهم.

1)- الطلبات والد فوع

أ- الطلبات:

الأصل في موضوع النـــزاع أمام محكمة التحكيم أن يكون محددا في اتفاقية التحكيم، والأصل أن يكون ثابتا طوال مدة الخصومة ولا يجوز تغييره إلا بعقد اتفاق جديد، كما يلزم المحكم بتحديد موضوع النزاع في اتفاق التحكيم والتقيد به وعدم تجاوزه وإلا كان حكمه باطلا، وعلى المحكم الفصل في كل الطلبات الواردة في اتفاق الأطراف على التحكيم[161].

ترد طلبات المدعي الأصلية في مذكرة الدعوى التي تحدد النزاع ونطاقه وتبرز طلباته أمام محكمة التحكيم وتكون مرتبطة بالوقائع المكونة للنزاع، كما يجوز للمدعي تقديم طلبات إضافية أو معدّلة للطلب الأصلي أو أي طلب مرتبط به.

أما طلبات المدعى عليه فهي تقدم بعد تحريك الدعوى وأثناء سيرها وهي ترد في مذكرته الجوابية ويضمنها طلباته العارضة المتصلة والمرتبطة بموضوع النزاع، و يجوز له أن يتقدم بها شفهيا في الجلسة وإثباتها في محاضرها وذلك إذا قدمت في حضور المدعي، أما إذا قدمت في غيابه فيجب تبليغها له[162].

الأصل في مسألة الطلبات العارضة هو التزام محكمة التحكيم بموضوع النزاع الوارد في الاتفاق، وإذا خرجت الطلبات عن هذا النطاق وجب الحكم بعدم قبولها، لأن مصير الحكم هو البطلان، ومع ذلك يجوز تقديم طلبات عارضة إذا اتفق جميع الأطراف

---

[161]- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 118.

[162]- المختار الراشدي محمد: "إجراءات مسطرة التحكيم"، مجلة المحاكم المغربية، العدد 117، الدار البيضاء، المغرب، نوفمبر – ديسمبر 2008، ص 92.

لاحقا على ذلك واعتبرها داخلة في التحكيم صراحة أو ضمنا، ومع ذلك تظـــل سلطة المحكم قائمة في الحكم بعـــدم قبـــول الطلب العارض لعـــدم ملائمة الوقت أو التأخير في تقديمه أو أن الأمر فيه زيادة في أعباء المحكم[163].

ب- الدفوع:

تعرف الإجراءات ثلاثة أنواع من الدفوع، وهي:

* الدفوع الموضوعية: يجوز إبدائها في الدعوى التحكيمية، وتهدف إلى منع المحكم من الحكم للمدعي بطلباته ويجوز إبدائها بأي شكل وفي أي حالة تكون عليها الدعوى[164].

* الدفع بعدم القبول: يجوز إبدائه في أية حالة تكون عليها الدعوى، وتهدف إلى التمسك بعدم توافر شرط من شروط الدعوى كانتفاء الصفة أو المصلحة أو أي شرط أخر يحدده القانون لقبول الدعوى ولا يسقط الحق في هذه الدفوع بالكلام في الموضوع، كعدم وجود اتفاق على عدم اللجوء للتحكيم الدولي[165].

* الدفوع الشكلية أو الإجرائية: تهدف إلى إثبات قيام عيب في الإجراءات مما يؤدي إلى ضرورة إنهائها حتى لا يصدر حكم مبني على إجراءات غير صحيحة كالدفع ببطلان الاستدعاء أو بعدم الاختصاص.

اهتمت التشريعات المقارنة وكذلك التشريع الجزائري بوضع تنظيم متميز لنوع خاص من الدفوع الشكلية في مجال التحكيم، يتمثل في الدفع بعدم الاختصاص، فقد يرتب الاتفاق على اختصاص محكمة التحكيم بنظر النزاع مشاكل عدة، كأن يسعى أحد أطراف النزاع عند طلب الطرف الأخر اللجوء إلى التحكيم إلى عرقلة إجراءاته بالدفع بعدم الاختصاص[166]، وقد يكون ذلك بناء على بطلان العقد الأصلي، أو عدم وجوده أو بطلان اتفاق التحكيم ذاته أو لأسباب أخرى.

---

[163]- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 121.

[164]- تياب نادية، التحكيم كآلية لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري – تيزي وزو، 2006، ص 139.

[165]- المختار الراشدي محمد، المرجع السابق، ص 93.

[166]- الأحدب عبد الحميد، التحكيم في البلاد العربية، الجزء الأول، دار المعارف الجامعية، مصر، 1998، ص 163.

مع إمكانية إثارة أحد أطراف النزاع لهذا النوع من الدفوع الشكلية ثارت مسألة الجهة المختصة بالفصل في الدفع بعدم الاختصاص[167].

من بين النصوص القانونية التي أشارت إليه المادة 1446 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد التي نصت على أنه:

« Si devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnelle de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité et les limites de son investiture »[168].

نص على هذا المبدأ أيضا المشرع الجزائري في المادة 1044 فقرة 01 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "**تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع**".

2)- تقديم أدلة الإثبات:

الأصل فيما يتعلق بالإثبات أمام محكمة التحكيم، هو حرية الأطراف في اختيار قواعد الإثبات الواجب إعمالها من طرف المحكم، وذلك استنادا إلى ما ورد في اتفاق التحكيم.

تتمتع محكمة التحكيم بصلاحية واسعة في استخدام كافة طرق الإثبات كالكتابة، القرائن، شهادة الشهود، الخبرة، والمعاينة، وهو ما يفهم من مقتضيات نص المادة 1047 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ حيث خولت لمحكمة التحكيم حرية كاملة في تقديم أو البحث عن الأدلة المرتبطة بالنزاع[169] على أنه: "**تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة**". وهنا تخضع عملية البحث عن الأدلة وتقديمها لقبولها من أطراف النزاع إلى القانون المحدد لتطبيقه على موضوع النزاع[170].

---

[167]- سامي محسن حسين السرى، المرجع السابق، ص 265 وما بعدها؛ أنظر أيضا: السيد الحداد حفيظة، المرجع السابق، ص 124.

[168]- FOUCHARD Ph, GAILLARD E, GOLDMAN B, op.cit, p.412.

[169]- كولا محمد، المرجع السابق، ص 229.

[170]- TERKI NourEddine, L'arbitrage commercial international, op.cit, p.p.85-90 et 113.

كما يتضح من خلال نفس المادة أيضا، أنه يمكن لمحكمة التحكيم سماع الخصوم والشهود وأي شخص ترى فائدة من الاستماع إليه، كما يمكن للأطراف أن تطلب ذلك من محكمة التحكيم كدليل على إدعاءاتها[171].

إنّ استمـــرار محكمة التحكيم في السيـــر في الإجراءات والنظر في جزئيات النزاع، ومهما كانت قواعـــد الإثبات، فإنّه واستكمالا لإجراءات التحقيـــق، يمكن لمحكمة التحكيم أن تقـــوم بسماع الشهـــود، استجواب الخصوم، المعاينة، أو سماع تقاريـــر الخبرة، والتحقيق في الخطوط والتزوير[172].

ثالثا- اتخاذ التدابير التحفظية والمؤقتة:

هذه الإجراءات تهدف إلى حفظ الأدلة اللازمة للفصل في النزاع، كما أنها تشمل الإجراءات التي تهدف إلى حفظ توازن العلاقات القانونية بين الخصوم، إضافة إلى أنها تشمل أيضا الإجراءات التي تهدف إلى خلق أو إحداث حالة واقعية أو قانونية لضمان تنفيذ الحكم الذي سيصدر[173].

تتخذ الإجراءات التحفظية أو المؤقتة محكمة التحكيم بطلب من الأطراف في النزاع، وهذا ما نصت عليه المادة 1046 فقرة 01 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "**يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب من أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك**". كما تخضع عملية اتخاذ هذه التدابيـــر لإمكانية تقديم الطرف الذي قبلها ضمانات ملائمة بطلب من المحكمة التحكيمية أو القاضي المختص[174].

---

[171]- كولا محمد، المرجع السابق، ص 230.

[172]- المختار الراشدي محمد، المرجع السابق، ص 98؛ أنظر أيضا: تياب نادية، المرجع السابق، ص.ص 145-147.

[173]- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص.ص 140-141.

[174]- وفقا للفقرة 03 من المادة 1046 التي تنص على أنه: "يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقـــديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التـــدبير"، قانون الإجراءات المـــدنية والإدارية، المرجع السابق.

يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يخول للمحكم تلقائيا الالتجاء إلى هذه التدابير، رغم أهميتها في حسم النزاعات التي يكون موضوعها مصالح تجارية لا تقبل التأخير، وإنما علق ذلك على ضرورة وجود طلب من أحد الطرفين، مما يشكل قيدًا على حرية المحكم في اتخاذ الإجراءات التحفظية والمؤقتة.

المطلب الثالث

حكم التحكيم

إنّ الهدف من عملية التحكيم صدور حكم يفصل في موضوع النزاع، ليؤكد حقيقة فعّالية التحكيم كآلية لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات، ويظهر ذلك من خلال مدى شرعية الحقوق والحفاظ على مصالح الطرف الذي صدر الحكم لصالحه.

فالحكم التحكيمي هو الغاية الأساسية التي يرمي إليها الأطراف من الاتفاق التحكيمي المبرم بينهما، لكونه يفصل في النزاع المطروح وينهيه، دون الحاجة إلى تدخل القضاء في ذلك.

لذلك كان لزاما علينا، أن نبحث في كيفية صدور حكم التحكيم وأثاره (الفرع الأول)، وتنفيذه (الفرع الثاني)، وطرق الطعن فيه (الفرع الثالث).

الفرع الأول

صدور حكم التحكيم وأثاره

لكي تصدر محكمة التحكيم الحكم، يجب إتباع مجموعة من الخطوات؛ إذ تقوم باتخاذ إجراءات قانونية من أجل إصدار الحكم التحكيمي، حتى يرتب أثار قانونية هامة يتحقق من ورائها الهدف من التحكيم.

تختتم إجراءات التحكيم بصدور حكم تتخذه محكمة التحكيم (أولا) هذا الأخير تترتب عليه أثار (ثانيا).

أولا- كيفية صدور حكم التحكيم:

يتولى إصدار الحكم المحكم، هذا الأخير لا يجوز له أن ينيب غيـره في إصـداره، وفي حالة تعدد المحكمين فإنّ الحكم يتم إصـداره بتـداول جميع المحكمين[175]، ويتخذ بأغلبية الأصوات، وهذا ما أشارت إليه المادة 1026 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، لكن الإشكال الذي يثار في هذه النقطة، هو حالة عدم تحقق الأغلبية[176].

كما لو كان المحكمين في حالة اختلاف في الأراء، وهذا ما يؤدي إلى عدم إمكانية حل النزاع، خاصة إذا كان الحكم غير مقيد بأجل محدّد الذي يترتب عليه بقاء النزاع مفتوحا إلى أجل غير مسمى[177].

لصحة حكم التحكيم يجب أن يصدر هذا الأخير وفق شكلية معينة، فبالإضافة إلى سرية المداولات وصدور الحكم بأغلبية أصوات المحكمين وتسبيبه، يجب أن يتضمن عدة بيانات أساسية تتمثل في[178]:

- اسم ولقب المحكم أو المحكمين؛
- تاريخ صدور الحكم؛
- مكان التحكيم؛
- أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي وأسماء وألقاب المحامين أو من مثّل أو ساعد الأطراف عند الاقتضاء.

لذلك يجب أن تتضمن أحكام المحكمين عرضا موجزا لإدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم[179]، كما يجب أن يكون موقعا من قبل جميع المحكمين. وفي حالة امتناع بعض

---

[175]- شفيق محسن، المرجع السابق، ص 252.

[176]- الأحدب عبد الحميد، "قانون التحكيم الجزائري الجديد"، المرجع السابق، ص 70.

[170]- الورفلي أحمد: "الرقابة القضائية على إجراءات التحكيم التجاري في القانون الجزائري الجديد"، أعمال اليوم الدراسي عن القضاء والمحاكمة التحكيمية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد، المحكمة العليا، الجزائر، غير منشور، 2009/03/16، ص 25.

[178]- أنظر المادة 1028 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

[179]- أنظر المادة 1027 من المرجع نفسه.

المحكمين عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك، ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعًا من طرف جميع المحكمين[180].

الغاية من اشتراط توفر الأمور سالفة الذكر، لا تتمثل في إعطاء إحساس بأنه مجرد مساعد للقضاء، بل منح الأطراف إحساسا بالأمان ضد خطر العشوائية والإقصاء مع احترام استقلالية الإجراءات التحكيمية وحرية المحكم في الاجتهاد وفي تسيير الخصومة التحكيمية. فالتحكيم يعتبر اليوم تقنية عالمية لحل المنازعات ذات الطابع الدولي كمنازعات الاستثمار نظرا للمزايًا التي تمنحها للأطراف.

ثانيا- أثار حكم التحكيم:

يترتب على صدور الحكم التحكيمي آثار قانونية هامة تتمثل أهمها في: إنهاء مهام محكمة التحكيم، واكتساب الحكم حجية الشيء المقضي فيه[181]. كل هذا إذا تم صدور حكم التحكيم وفقا للإجراءات المنصوص عليها في القانون المطبق واحتراما لقواعد القانون والأعراف التي اتبعتها محكمة التحكيم.

1-/ إنهاء مهمة هيئة التحكيم:

بالنسبة لإنهاء مهام الهيئة التحكيمية، يعني أن المسألة التي فصل فيها المحكم لا يمكنها أن تعرض من جديد أمام المحكم أو القاضي؛ حيث ينجر على ذلك اكتساب الحكم حجية الشيء المقضي فيه[182]، التي تسمح بطرح المسألة مرة أخرى أمام محاكم الدولة التي ينفذ فيها الحكم[183].

فحسب المادة 1030 فقرة 01 من القانون الجديد والتي كانت تقابلها المادة 458 مكرر 16 فقرة 01 من قانون الإجراءات المدنية السابق: "**يتخلى المحكم عن النزاع**

---

[180]- المادة 1029 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

[174]- عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 62.

[175]- محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999، ص 505؛ أنظر أيضا:
- MENTALECHTA Mohamed, L'arbitrage commercial en droit Algérien, O.P.U, Alger, 1983, p.87.

[183]- DAVID René, L'arbitrage dans le commerce international, économica, Paris, 1981, pp. 490 - 491.

بمجرد الفصل فيه". يفهم من هذا النص أنه بمجرد صدور الحكم التحكيمي وحسمه النزاع فإنّه يضع حدا لمهمة المحكمة التحكيمية ويكون إذن بمثابة نهاية إجراء التحكيم.

مما تقدم هل يجوز لهذه المحكمة تفسير أو تصحيح الحكم المنطوق به؟ سكت المشرع الجزائري عن هذا التساؤل، إلا أنه حسب Alain Redfern وMartin Hunter فإنّه من الممكن تصحيح الغموض الذي قد يعتري الحكم التحكيمي، وذلك بفضل عريضة تفسيرية موجهة إلى محكمة التحكيم بمخاطبة السلطة القضائية لتأمر بإحالة الحكم لمحكمة التحكيم لتوضيحه[184]، وكذلك الحال في حالة بطلان الحكم فإنّ المحكمين يستطيعون استبدال الحكم الباطل بحكم جديد إذا رغب الأطراف في ذلك.

كما أنه بالنظر إلى القانون المصري، نجد أن هناك إقرار بحجية الأحكام التحكيمية[185]؛ حيث يقول بعض الفقه المصري إنّ للمحكمة أن تعمل حجية أحكام المحكمين من تلقاء نفسها مثله مثل أحكام القضاء الوطني، ولتصبغ على الأحكام الصادرة صفة الرسمية بمجرد صدورها حتى قبل إيداعها لدى قلم كتاب المحكمة[186].

2/- اكتساب الحكم حجية الشيء المقضي فيه:

هذا ما تناوله المشرع الجزائري في المادة 1031 التي جاء فيها ما يلي: "**تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه**"، وهذا يعني أن الحكم بمجرد صدوره يحوز الحجية ولو لم يصدر أمر تنفيذه[187].

الهدف من الحجية هو وضع حد للخصومة ومنع تناقض الأحكام في خصومة واحدة وعليه يمنع على الأطراف إعادة مناقشة مسألة تم الفصل فيها بدعوى أخرى ولو بأدلة قانونية أو واقعية جديدة وفي حالة إعادة رفعها، فعلى المحكمة المطروح عليها النزاع القضاء بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها بشرط أن تتوافر وحدة الموضوع

---

[184]- REDFERN Alain, HUNTER Martin, Droit et pratique de l'arbitrage commercial international, LGDJ, Paris 1994, p.335.

[178]- حيث تنص المادة 55 من قانون المرافعات المصري أنه: "تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الأمر المقضي، وتكون واجبة التنفيذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون"، مختار أحمد بريري محمود، المرجع السابق، ص 255.

[186] - حسين نوارة، "التحكيم التجاري الدولي كضمان للاستثمارات الأجنبية"، المرجع السابق، ص 206.

[187]- هندي أحمد، تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 22.

والسبب والخصوم، وتتحقق هذه الحجية ولو كان الحكم التحكيمي قابلا للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن فهي مؤقتة وتزول بإلغاء الحكم وتثبت له إذا صار باتا[188].

فإنّ تم إلغاء الحكم من طرف سلطة قضائية مختصة فالحكم الملغى لن يتمتع بحجية الشيء المقضي فيه في الدعوى الموالية[189].

عليه يكون لحكم التحكيم أثر إيجابي على الأمن القانوني للاستثمار بخلق مناخ ملائم، يطمئن المستثمرين الأجانب على أن هناك نظام قانوني للتحكيم في الدولة المضيفة لاستثماراتهم مؤهل للفصل في النزاعات المحتملة النشوء، وذلك متى صدر الحكم التحكيمي وفقا للشروط والبيانات المحددة قانونا، وكذا إصباغ هذا الحكم بحجية القضية المقضي فيه لكي تنتج عنه أثار فعالة في مجال تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار[190].

الفرع الثاني

الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها

أولا- الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي:

يستعمل الاعتراف كإجراء دفاعي حين يتم اللجوء إلى القضاء بشأن عرضه من قبل على التحكيم، فالطرف الذي تم الحكم لصالحه يدفع بحجية الشيء المقضي فيه ولإثبات ذلك يقدم الحكم أمام المحكمة ويطلب منها الاعتراف بصحته والزاميته[191].

إذا كان الأصل في حكم التحكيم الذي اشترط الأطراف اللجوء إليه للفصل في النزاع، هو احترامه وتنفيذه اختياريا من قبل الأطراف، إلا أنه قد يرفض أحد الأطراف تنفيذه، مما يؤدي بالطرف الثاني اللجوء إلى المحكمة المختصة قصد الاعتراف به وجبر خصمه على تنفيذه، وكثيرا من المهتمين بحكم التحكيم لم يحاولوا الفصل بين الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه على أساس أن تنفيذ حكم التحكيم يتضمن في جوهره اعتراف

---

[188] – أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، مصر، 1998، ص.ص 111-112.

[189]- REDFERN Alain, HUNTER Martin, op.cit, p.321.

[190]- YESSAD Houria, op.cit, p.94.

[191]- REDFERN Alain, HUNTER Martin, op.cit, p.364.

بهذا الحكم[192]، غير أننا نرى بأن الاعتراف هو إقرار بمصداقية الحكم التحكيمي وفق ما تقتضيه القوانين والاتفاقيات الدولية، وهو عمل يسبق التنفيذ.

كما أن الاعتراف بالحكم التحكيمي لا يعني بالضرورة تنفيذه، فقد تعترف بعض الدول بالحكم التحكيمي، بينما ترفض تنفيذه، لكونه يتعارض مع نظامها القانوني أو كأن يكون قد تضمن إنهاء نزاع يحضر إنهائه عن طريق التحكيم.

ثانيا- تنفيذ حكم التحكيم:

لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في الجزائر يتطلب الحصول من السلطات القضائية على الصيغة التنفيذية والتي تخضع لإجراءات سهلة ومبسطة، أين تبنى المشرع الجزائري نفس القواعد المطبقة للتحكيم الداخلي كما للتحكيم الدولي[193]، ونظرا لأهمية مرحلة تنفيذ الأحكام التحكيمية أكدت معظم الاتفاقيات الثنائية الخاصة المتعلقة بتشجيع الاستثمارات الأجنبية على الطابع النهائي والإلزامي لأحكام التحكيم التي تنفذ طبقاً للقانون الداخلي الجزائري، ونذكر منها المادة 08 فقـرة 06 من الاتفاقية المبـرمة مع سـويسرا، والمادة 10 فقرة 05 من الاتفاقية المبرمة مع مصر[194].

الأصل في تنفيذ الأحكام التحكيمية أن يتم تنفيذها بمجرد صدورها بمحض إرادة الأطراف، ما دام الحكم قد صدر عن محكمة تحكيمية تم تعيينها من طرفهم بناء على اتفاق (أولا)، ولكن قد يحدث أن يتقاعس أحد الأطراف في الاستجابة لتنفيذ الحكم، مما قد يدفع بالطرف المتضرر للمطالبة أمام القضاء الوطني للطرف المتقاعس بتنفيذ جبري للحكم (ثانيا).

---

[192]- مثل ما جاء في اتفاقية نيويورك والقانون الجزائري، فهما لا يميزان بينهما لا من حيث الإجراءات الواجب إتباعها ولا من حيث الرقابة على الموضوع. أنظر:

-TRARI TANI Mustapha, Droit Algérien de l'arbitrage commercial international, op.cit, pp.160 et 162.

[186]- أنظر المادة 1054 التي تحيل إلى المواد من 1035 إلى 1038 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

[194] - عيبوط محند وعلي، الحماية القانونين للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، المرجع السابق، ص 348.

1/- التنفيذ الطوعي (الاختياري) لحكم التحكيم L'exécution spontanée

هناك قاعدة عامة كثيرة التداول في قواعد التحكيم الدولي، وهي احترام الحكم التحكيمي من قبل أطراف النزاع وتنفيذه اختياريا، كما أن مجرد رغبة الأطراف في تسوية النزاع عن طريق التحكيم الدولي وإبداء كل طرف منهم للأخر نيته في الامتثال لأحكام التحكيم وتبادل الثقة فيما بينهم، يفترض التنفيذ التلقائي للأحكام الصادرة عن محكمة التحكيم[195]، لذلك نص عليه المشرع الجزائري كطريق أول للتنفيذ قبل اللجوء إلى التنفيذ الجبري يتم بمحض إرادة المحكوم عليه في الحكم التحكيمي.

كما يجد التنفيذ الاختياري أو الإرادي للأحكام التحكيمية أساسا له، كون الأطراف المتنازعة قد أعلنت اختصاص هيئات دولية تعتمد أنظمة تحكيمية تنص على أن الأحكام الصادرة عن التحكيم الدولي تنفذ بقوة القانون[196].

تجدر الإشارة أنه في حالة التنفيذ الطوعي (الاختياري) فلا مجال للجوء إلى القضاء العادي للحصول على أمر بالتنفيذ أو للاعتراف بالحكم التحكيمي محل التنفيذ.

ما يمكن استنتاجه هنا، هو أن عملية تنفيذ الأحكام الصادرة بهدف تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار، متروكة للقانون الوطني للدولة التي يطلب فيها تنفيذ هذه الأحكام.

2/- التنفيذ الجبري لأحكام التحكيم L'exécution forcée

يكون اللجوء إلى التنفيذ الجبري عن طريق الصيغة التنفيذية[197]، فقد يحصل أن يتقاعس أحد أطراف النزاع عن تنفيذ الحكم بطريقة إرادية، وبالتالي نكون أمام المطالبة بالتنفيذ من الطرف المتضرر، بموجب إجراءات شكلية جبرية، فإذا كانت شروط الحصول على الصيغة التنفيذية للأحكام الأجنبية كثيرة ومعقدة، نظرا لاختلاف الأنظمة القانونية بين الدول، فإنّ تلك المتعلقة بالتحكيم مبسطة؛ لأن الجهة القضائية لا تراقب صحة الوقائع

---

[195]- MENTALECHTA Mohamed, op.cit, p.94.

[196] – حسين نوارة، "التحكيم التجاري الدولي كضمان للاستثمارات الأجنبية"، المرجع السابق، ص 207.

[190]– عليوش قربوع كمال، "الاعتراف والتنفيذ الجبري للقرارات التحكيمية وطرق الطعن فيها"، الملتقى الوطني حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر (بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية)، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية، أيام 14و2006/06/15، ص 26.

والأسباب، ولكنها تتأكد من وجود أحكام التحكيم الدولي لكي يتم الاعتراف بها، وكذا عدم مخالفتها للنظام العام الدولي[198].

كما أن التزام الجزائر بمنح الأحكام التحكمية القوة الإلزامية عن طريق الأمر بتنفيذها جبرا في حالة غياب التنفيذ الطوعي للأطراف، يجد أساسه في انضمامها بالمصادقة بتحفظ سنة 1988 إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية؛ لهذا فإنّ تنفيذ أحكام هذه الاتفاقية هي التي ترعى تنفيذ الأحكام التحكمية الأجنبية[199].

على ضوء ما سبق، نصل إلى القول: إنّ التنفيذ الجبري هو مجموعة الإجراءات التي بموجبها يجبر الطرف المحكوم ضده في الحكم التحكيمي على الالتزام بما ورد في هذا الحكم، ومن أجل ذلك يصدر القاضي المختص قانونا والمرفوع أمامه طلب التنفيذ أمرا بالتنفيذ يضفي على الحكم التحكيمي القوة التنفيذية، وهي نقطة الالتقاء بين القضاء الخاص (التحكيم) والقضاء العام علما أن الاختلاف الجوهري بينهما هو أن الأحكام التي تصدر، تكون باسم الدولة، وهو ما يرمز لسيادتها في حين أن الأحكام التحكيمية لا تصدر باسم دولة معينة.

الفرع الثالث

طرق الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي

إنّ إجراء اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي يكون بإتباع مراحل معينة ومحددة حسب ما إذا كان في إطار التحكيم الخاص أو المنظم؛ إذ ينبغي احترام الإجراءات المتفق عليها أو المنصوص عليها في المراكز الدولية المتخصصة وإلا كان الحكم قابل للطعن فيه طبقا للقانون، وذلك نظرا لأهمية المرحلة المتعلقة بصدور حكم التحكيم وما بعده التي ستنعكس لا محالة على مدى مصداقية التحكيم الدولي، ومدى تأثيره على الأمن القانوني للاستثمار.

---

[198]– أنظر المادة 1051 فقرة 01 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

[199]– الأحدب عبد الحميد، "القضاء والتحكيم: أفاق وتحديات"، المرجع السابق، ص 11.

فهذه الأحكام تكون محلا للطعن مباشرة أمام الجهة التي يحددها قانون بلد التنفيذ؛ إذ تنتهي مراحل التحكيم بصدور الحكم التحكيمي، لتأتي بعد ذلك مرحلة أخرى لما بعد الحكم التحكيمي وفيها يفتح المجال للحديث عن طرق الطعن في أحكام التحكيم، والتي تتمثل حسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في الطعن بالاستئناف (أولا)، ثم الطعن بالبطلان (ثانيا)، والطعن بالنقض (ثالثا).

أولا- الطعن بالاستئناف:

أولا الاستئناف ليس موجها ضد حكم التحكيم بحد ذاته، ولكن ضد القرار المتضمن رفض الاعتراف أو التنفيذ[200]، وبالرجوع إلى العبارات الواردة في المادة 1055 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فالأمر القاضي برفض الاعتراف أو التنفيذ يكون قابلا للاستئناف[201]. هذا الاستئناف مثله مثل ذلك الذي يمكن أن يوجه ضد الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ طبقا للمادة 1057 من القانون الجديد للإجراءات المدنية والإدارية التي كانت تقابلها المادة 458 مكرر24 من القانون السابق: "**يرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي خلال أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة**"[202].

لا يجوز رفع الاستئناف في الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ، إلا في الحالات المحددة في المادة 1056، وهي:

1-إذا فصلت محكمة التحكيم دون اتفاقية تحكيم أو بناءً على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية؛

2-إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفًا للقانون؛

3-إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها؛

4-إذا لم يراع مبدأ الوجاهية؛

---

[200]- TARARI- TANI Mostefa, « Les règles d'arbitrage international en Algérie : commentaire du décret législative n°93/12 », R.A.S.J.E.P., n°01, 1997, p.266.

[201]- TARARI- TANI Mostefa, Droit Algérien de l'arbitrage commercial international, op.cit, p.171.

[195]- المادة 1057 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي كانت تقابلها المادة 458 مكرر 24 من القانون السابق.

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

6-إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

عند رفع الطعن بالاستئناف فإنّ من أثاره تنفيذ أحكام التحكيم، وفقا لما ورد في نص المادة 1060: "**يوقف تقديم الطعون وأجل ممارستها، المنصوص عليها في المواد 1055 و 1056...، تنفيذ أحكام التحكيم**".

ثانيا- الطعن بالبطلان:

يوجَه هذا الطعن ضد الحكم التحكيمي مباشرة؛ إذ يجيز القانون الجزائري لمن يصدر ضده حكم تحكيم دولي في الجزائر أن يقوم فور صدور الحكم وقبل الشروع في تنفيذه بالطعن بالبطلان في الحكم طبقا لأحكام المادتين 1058 و1059 من نفس القانون[203]؛ حيث نجد نص المادة 1058 قد أجاز الطعن بالبطلان في الأحكام التحكيمية الصادرة في الجزائر فقط في الحالات المحدّدة في المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد وهي التي يستند إليها لرفع الاستئناف، كما أن الفقرة الثانية من المادة 1058 تقضي بأن الطعن بالبطلان يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ إذا لم يتم الفصل فيه[204].

لم يُوحد المشرع الجزائري حالات الطعن بالاستئناف، وحالات الطعن بالبطلان فحسب؛ بل وحّد كذلك الإجراءات المتبعة لرفع الطعن، وكذلك المحكمة المختصة والمواعيد، وعليه فإنّ المحكمة المختصة بالنظر في الطعن بالبطلان، حسب المادة 1059 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، هي المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه، كما حدد المشرع أجل الطعن بالبطلان بمهلة شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ، وبالنسبة لأثار الطعن بالبطلان فقد نصت المادة 1060 على أن: "**يوقف تقديم الطعون وأجل ممارستها، المنصوص عليه في المواد 1055 و1056 و1058، تنفيذ أحكام التحكيم**".

---

[203]- HAROUN Mehdi, op.cit, p.697.

[197]– الخولي أكثم: "تنفيذ أحكام التحكيم الدولية طبقا للقانون الجديد"، بحث مقدم في إطار اليوم الدراسي عن القضاء والمحاكمة التحكيمية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد، المحكمة العليا، الجزائر16 مارس 2009، ص 06.

يقتصر دور المحكمة التي تنظر دعوى البطلان على الحكم برفض الدعوى أو الحكم بالبطلان، وهي لا تقضي بالبطلان إلا استنادا لتوافر سبب من الأسباب السابق حصرها في المادة 1056 أعلاه، وإذا قضت بالبطلان، فهي لا شأن لها بموضوع النزاع فلا تملك التصدي لفحص طلبات الأطراف وإصدار حكم ينهي النزاع – فالالتجاء إليها إنما اقتصر على طلب فحص الحكم من حيث صحته أو بطلانه وفقا للنصوص القانونية المنظمة لذلك، فهي لا تملك مراجعة الحكم موضوعيا والحكم ببطلانه تأسيسا على سوء تفسير نصوص العقد أو نصوص القانون، لأن أسباب البطلان وردت على سبيل الحصر وليس من بينها مثل هذا السبب[205].

ثالثا– الطعن بالنقض:

فيما يتعلق بطريق الطعن بالنقض، أجاز المشرع الجزائري في نص المادة 1061 ذلك بالنص: "**تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و1056 و1058 أعلاه، قابلة للطعن بالنقض**"، فيلاحظ أن هذه الصياغة تركت فراغا قانونيا فيما يتعلق بتحديد الأشكال والإجراءات والمواعيد الواجب احترامها، يثير التساؤل العمدي حول خضوعها للقواعد العامة المعمول بها في هذا المجال، أم تخضع للحالات التي يخضع لها الطعن بالاستئناف أو الطعن بالبطلان المحددة في المادة 1056؟.

يبقى هذا الإشكال مطروحا أمام المشرع الجزائري، الذي ينتظر منه توضيح التساؤلات المطروحة أعلاه؛ حيث بقي الحال على وضعه كما كان في القانون السابق.

في هذا الصدد نورد من بين اقتراحات الدكتور أكثم الخولي:

(– إسناد الاختصاص بالحكم في إبطال أحكام التحكيم الدولي أو في الاعتراف بها وتنفيذها أو رفض تنفيذها إلى محكمة عليا واحدة تخضع أحكامها وقراراتها للنقض وحده وذلك توحيدا للقضاء واقتصادا في وقت التقاضي)[206].

إلا أن هذا الإجراء يكون بإتباع مراحل معينة ومحددة، حسب ما إذا كان في إطار التحكيم الخاص أو المنظم؛ إذ ينبغي احترام الإجراءات المتفق عليها أو المنصوص عليها في المراكز الدولية المتخصصة وإلا كان الحكم قابلا للطعن فيه طبقا للقانون، وذلك نظرا

---

[205]– مختار أحمد بريري محمود، المرجع السابق، ص 276 وما بعدها.

[206]– الخولي أكثم، المرجع السابق، ص 28.

لأهمية المرحلة المتعلقة بصدور حكم التحكيم وما بعده التي ستنعكس لا محالة على مدى مصداقية التحكيم التجاري الدولي، ومدى تأثيره على الأمن القانوني للاستثمار، الذي يعد من بين أهم انشغالات الدول المضيفة والمستثمر الأجنبي في استقرار المعاملات التجارية والزيادة في معدلات الاستثمارات الأجنبية وتدفقها إلى الدول النامية، التي هي بأمس الحاجة إليها.

خلاصة هذا الفصل، أن مسألة الاستثمارات الأجنبية شهدت انتشارا واسعا من خلال ازدياد طلبات الدول النامية، وأن التنافس الشديد فيما بينها على جذب رؤوس الأموال الأجنبية، وحرص الدول المتقدمة على ضرورة منح حماية كافية لاستثمارات مواطنيها في الخارج، طرح بحدة مشكلة ضرورة توفير الأمن القانوني للاستثمار.

إنّ سعي الجزائر نحو جلب رؤوس الأموال الأجنبية فرض عليها تغيير سياستها الاقتصادية، خاصة في الوقت الذي اشتدّت فيه المنافسة الاقتصادية بين الدول وتعدد الخيارات أمام المستثمر الأجنبي؛ حيث أثبتت التجربة أنه شديد الحرص على تأمين مستقبل استثماره، خاصة فيما يتعلق بمسألة تسوية الخلافات الناجمة عن الاستثمار.

إذا كان مستوى الأمن القانوني في بلد ما عاملا أساسيا لقدرته في التطوير الاقتصادي والمؤسساتي والسير الصحيح للنظام القضائي، فلأنه أحد الضمانات لاحترام هذا الأخير، ومن وجهة نظر الاستثمار الدولي فإنّ نظام التحكيم لدى أي بلد هو قطعة من التنظيم القانوني الذي يساهم بشكل كبير في منح الثقة للمستثمر الأجنبي، وبالتالي يكون الهدف ليس مجرد وجود تشريع خاص بالتحكيم التجاري الدولي.

اعتمدت الجزائر اليوم تشريع جديد خاص بالتحكيم التجاري الدولي وبالتالي سيقع على عاتق مختصيها القانونيين تقييم مدى جودة ما تنص عليه نصوصها. بالإضافة إلى ذلك، لابد من أن يضمن النظام في عمومه احتراما لفعالية التحكيم التجاري الدولي في مجال الاستثمار، فالتشريع المطبق هو من دون شك عامل ذو أهمية بالغة، لكن أداء رجال القانون والمشرعين والقضاة وحتى المتعاملين الاقتصاديين ليس أقل أهمية لإتباع أحسن التطبيقات الكفيلة بمنح الثقة الكافية للمستثمر الأجنبي.

بالتالي يمكن القول: إنّ إقدام المستثمر الأجنبي على الاستثمار في دولة ما عموما وفي الجزائر خصوصا لا يتوقف على حجم الامتيازات والضمانات الممنوحة له، إنّما

يرجع بالدرجة الأولى إلى مدى توفر المناخ الاستثماري الملائم الذي يمثل التحكيم التجاري الدولي أهم عناصره المتعددة؛ إذ أن الوضع العام للاستثمارات الدولية وحتمية التبادلات التجارية وما قد يترتب عنها من أثر في حركة رؤوس الأموال الأجنبية الخاصة، أدى بالعديد من الدول ومنها الجزائر إلى الاقتناع بفائدة وضرورة التحكيم التجاري الدولي كآلية لتفعيل الأمن القانوني للاستثمار، إلا أنه بالرغم من ذلك تواجهه بعض الإشكالات قد تحد من فعاليته، وهذا ما سنحاول دراسته في الفصل الثاني.

الفصل الثاني

إشكالات التحكيم التجاري الدولي كآلية لتفعيل الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر

إنّ موضوع التحكيم التجاري الدولي، معقد إلى درجة أنه يصعب على المختصين من رجال القانون الإحاطة بجميع جوانبه نظرا لصعوبة وكثرة المنازعات التي تُثَار بصدد العلاقات التجارية المتزايدة بين المتعاملين الاقتصاديين، فمن جهة بالنظر إلى اتساع مجال التعامل التجاري بين مختلف دول العالم، اقتضت ضرورة الحفاظ على مصالح التجارة العالمية ومصالح المتعاملين فيها خوفا من انتشار الخلافات العمل على إيجاد وسيلة قضائية محايدة، تتولى الفصل في المنازعات المحتملة بعيدا عن القضاء الوطني للدولة الذي يشكك في قدرته على الفصل في هذه المنازعات، ولعلّ أفضل هذه الوسائل تتمثل في التحكيم التجاري الدولي، ومن جهة أخرى فإنّه بالرغم من هذه المحاولات والجهود المبذولة إلا أنّه لا يخلو التحكيم التجاري الدولي من بعض الإشكالات والصعوبات التي قد تعرقل مسار العلاقات التجارية بين الدول.

لعلّ القائمين من الدول المتقدمة على ترسيخ فكرة التحكيم التجاري الدولي كانوا يعتقدون أنهم لا يخضعون إلى التحكيم، وأنها عبارة عن وسيلة تم إيجادها لحماية مصالح أفرادها وشركاتها التجارية في الدول النامية، وبالتالي جاء تنظيمه وفقا لتصوراتهم ورغباتهم متجاهلين مصالح الدول النامية؛ حيث إنّه بعد نهاية الحرب العالمية الثانية وحصول أغلب هذه الدول على استقلالها بدأت تطالب بإعمال حقها في السيادة الوطنية في جميع الميادين استكمالا لاستقلالها، وهو ما أثار مجموعة من المنازعات تعلقت بالتأميم ونزع الملكية للمستثمرين الأجانب، إضافة إلى مطالبتها باختصاص قضائها الوطني لأنها ترى في التحكيم التجاري الدولي وجه جديد للاستعمار، هذا عن الإشكالات والعراقيل التي يواجهها الأطراف قبل اللجوء إلى التحكيم، نظرا لوجود تعارض بين المواقف المطالبة باختصاص القضاء الوطني كحق سيادي والمواقف المطالبة بضرورة اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لحماية المصالح المتبادلة.

إضافة إلى المشاكل التي يواجهها الأطراف في التحكيم بحد ذاته، منها مثلا مشكل عدم موضوعية بعض المحكمين، وصعوبة تشكيل محكمة التحكيم، إلى جانب تعارض تنفيذ حكم التحكيم مع النظام العام، ومشكل عدم تسبيب أحكام التحكيم، وغيرها ...

انطلاقا من هذا العرض البسيط لوضع التحكيم التجاري الدولي، يمكن القول: إنّ هذه الظروف قد تحد وتقلص من مساهمة التحكيم التجاري الدولي في تفعيل الأمن

القانوني للاستثمار في الدولة المضيفة له، في وضع يدعو إلى مضاعفة الجهود لتكرّيس أمن قانوني يمحو كل هذه الشكوك والإشكالات التي يعاني منها التحكيم التجاري الدولي.

تفصيلا لذلك، نتطرق في هذا الفصل إلى دراسة مدى التوفيق بين مبدأ السيادة الوطنية وأمن الاستثمار (المبحث الأول)، ثم نتناول السلبيات والمشاكل التي تعترض التحكيم التجاري الدولي (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مدى التوفيق بين مبدأ السيادة الوطنية وأمن الاستثمار

يعتبر التحكيم التجاري الدولي بمثابة تأمين للمستثمرين الأجانب ضد التغيرات التشريعية الفجائية التي قد تطرأ على قوانين الطرف المتعاقد معه، كما يعتبر أيضا إجراء يقلّل من ضعف الثقة التي يستشعرها المستثمر الأجنبي حيال القضاء العادي.

مع ذلك فإنّه لا يمكن الوقوف فقط عند دور وأهمية التحكيم في حل النزاعات بين الأطراف ومساهمته في تحقيق جو من الثقة والأمن القانوني في محيط المعاملات التجارية الدولية، بل علينا أن نشير أيضا إلى أن اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي تواجهه بعض الإشكالات التي قد تحد وتقلص من قيمته كآلية لتفعيل الأمن القانوني للاستثمار.

فنجد هناك ضغطا كبيرا من الدول الغربية بعدم طرح النزاعات ذات العلاقة الاستثمارية التي يكون أحد أطرافها رعايا هذه الدول أمام القضاء الوطني للدولة التي يقام المشروع الاستثماري على أراضيها، مع تزايد هذا الاتجاه في ظل جو يسوده الصراع على تحقيــق المصالح الخاصة بكل طرف ســواء كان مستثمر أجنبي أو دولة مضيفة له، ظهر هناك تعارض بين الدول النامية المضيفة للاستثمارات الدولية التي تحاول الحصول على الاستقلال الاقتصادي بممارسة سيادتها الكاملة والمطلقة على ثرواتها وإعمال ما يسمى بالحصانة القضائية المطلقة التي تعني عدم طرح أي نزاع في ذلك على جهة قضائية أجنبية استنادا إلى حق الحصانة السيادية المعترف به في القوانين والمواثيق الدولية، وبين مطالبة الدول المتقدمة باختصاص القضاء الأجنبي وضرورة اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي بناءا على بعض الاعتبارات التي استندت إليها.

لذلك نتطرق في هذا المبحث، إلى إشكالية تفضيل التحكيم التجاري الدولي في ظل مبدأ السيادة الوطنية (المطلب الأول)، ثم نشير إلى التعارض بين مبدأ السيادة الوطنية وحق اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إشكالية تفضيل التحكيم التجاري الدولي في ظل مبدأ السيادة الوطنية

سبق وأن أشارنا إلى أن التحكيم – كقضاء الدولة – طريق لتسوية النزاعات بحكم ملزم للأطراف، وإذا كان القضاءان يشتركان في الهدف، فما هي الأسباب التي تدعو المشتغلين بالتجارة الدولية إلى الإعراض عن القضاء العادي وتفضيل اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي؟

قبل الرد على هذا الإشكال، نلاحظ أن المقابلة والتضاد بين تحبيذ أو الإعراض عن نظام التحكيم لا يخلو من المبالغة، فليس صحيحا إطلاق القول: إنّ التحكيم يحمي المستثمر الأجنبي من المشاكل والتدني لنظام القضاء في الدول النامية، ولكن النظرة الموضوعية تكشف عن أن بطء إجراءات التقاضي وتعدد درجاته وارتفاع تكاليفه في الدول النامية بوجه خاص، يجعل التحكيم هو الوسيلة الأكثر ملائمة سواء في تسوية المنازعات الوطنية أو منازعات التجارة الدولية[399].

إذا كان فقهاء القانون والمؤرخون وعلماء الاجتماع يجمعون على أن اللجوء إلى القضاء هو سلوك حضاري ومظهر من مظاهر المدنية، فإنّ التحكيم من حيث هو أسلوب وطريقة لفض المنازعات يغدو بلا منازع أرقى صورة من صور التحضر والتمدن، لما يكتنفه من معاني الوعي التام، وما ينطوي عليه من تحقيق للمصلحة العامة والخاصة، وما يعبّر عنه من التزام تلقائي بالقانون، كما أنه في التجارة الدولية أيضا أمر ضروري وحيوي لتحقيق التكامل الاقتصادي بين الدول التي قد تختلف أنظمتها القانونية والقضائية، فيكون بذلك أنسب وسيلة لحماية مصالح الأطراف، وبالأحرى رجال الأعمال والمستثمرين الأجانب، من خلال ما يتيحه لها من حق في الاتفاق على نمط الحماية الأكثر ملائمة لأغراضها.

إنّه ونظرا لما للتحكيم التجاري الدولي من ارتباط عضوي ووطيد بسياسة الانفتاح والتنمية الاقتصادية، لما يمثله ذلك من تعاون تجاري دولي وتبادل للتقنيات والخبرات الفنية والتكنولوجية، كان لابد من إعطائه أهمية خاصة من طرف المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

---

[399]– مختار أحمد بريري محمود، المرجع السابق، ص 14.

كل هذه الأمور نتناولها بنوع من التفصيل، بدءا بالحديث عن دواعي اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي بالنسبة للمستثمر الأجنبي (الفرع الأول)، ثم بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار (الفرع الثاني)، وأخيرا اعتبارات المتعاملين في مجال الاستثمارات الدولية (الفرع الثالث).

الفرع الأول
بالنسبة للمستثمر الأجنبي

إنّ ضرورات التعامل التجاري بين الدول النامية والدول الصناعية والبحث عن حل لمنازعاتها الناتجة عن تعاملها، جعلها تلجأ إلى التحكيم التجاري الدولي كوسيلة ناجحة تطمئن إليها وتشجّع على الأخذ بها كلما وجدت إليها سبيلا[400].

كما يجب أيضا، أن نلفت الانتباه لمسألة أساسية تدعو المستثمرين ورجال الأعمال للبحث عن التحكيم، درءا لأي منازعات مستقبلية قد تعترض مسار استثماراتهم وأعمالهم المستقبلية وهي مسألة أساسية متعلقة بجدلية: لماذا التحكيم وليس القضاء؟

يتفق رجال القانون على اقتناع المستثمر الأجنبي وميله لعرض النزاع في حالة نشأته على التحكيم التجاري الدولي، نظرا لنجاعة هذه الآلية وفعاليتها لتسوية النزاعات في مجال الاستثمارات الدولية، خاصة أمام تفضيل المستثمر الأجنبي اللجوء إلى هذه الوسيلة وعدم ثقته بالقضاء الداخلي للدول النامية. ولعلّ دواعي ذلك تعود إلى مايلي:

أولا- عدم الثقة بالقضاء الوطني للدول المضيفة لاستثماراته:

ظهرت باتساع سوق التجارة الدولية، ضرورة الأخذ بالتحكيم التجاري نتيجة لزيادة وسهولة المواصلات عبر الحدود وما قد ينشأ من النزاعات جراء التعاملات والعلاقات التجارية، وهذا ما أدى إلى تفضيل المستثمر الأجنبي اللجوء إلى التحكيم على القضاء الوطني لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار، وربط استثماره في دولة معينة بضرورة تسوية المنازعات التي تنشأ بينهما بعيدا، عن أجهزتها القضائية الداخلية التي تتميز بعدم ملائمة تنظيماتها والقوانين الوضعية[401].

---

[400]- محمد سامي فوزي، المرجع السابق، ص 421.

[401]- محسن شفيق، المرجع السابق، ص 28.

يضمن التحكيم الحياد في تسوية النزاع، فإلى جانب تخوف المستثمر الأجنبي من انحياز القضاء المحلي إلى دولته باعتبارها طرفا في النزاع، فإنّ استبعاد اختصاصه يخدم كذلك مساعي الدول النامية في استقطابها للاستثمارات الأجنبية؛ إذ إنّه ليس من الأوفق تقديم منازعات الاستثمار أمام قضائها المحلي فقد يؤدي توالي صدور عن هذه الهيئات أحكام لصالحها في مثل هذه المنازعات إلى هلع ونفور المستثمرين الأجانب[402].

كما أن إناطة تسوية المنازعات الاستثمارية إلى القضاء الوطني في الدولة المستقطبة للاستثمار لا يقدم الضمان الكافي للمستثمر الأجنبي، ويرجع ذلك أساسا إلى اختلاف المركز القانوني لأطراف النزاع، فأحدهما دولة ذات سيادة بينما الطرف الأخر شخص طبيعي أو قانوني من أشخاص القانون الخاص، مما يؤدي إلى صعوبة تحقيق المساواة الكاملة بينهما أمام القضاء الوطني في الدولة[403].

إلى جانب الحياد الذي يميز التحكيم على خلاف القضاء الوطني، هناك احتمال تأثر القاضي الوطني بالتيارات الفكرية والسياسية والاجتماعية السائدة في دولته، والتي قد تكون في الغالب السبب المباشر أو غير المباشر في نشوء النزاع.

إضافة إلى أن القاضي الوطني يلتزم عادة بتطبيق أحكام القانون الداخلي في الوقت الذي تكون فيه تلك الأحكام محل شكوى المستثمر، قد يحظر(يمنع) القانون على المحاكم الداخلية أو الهيئة المناط بها الفصل في النزاع التعرض لتصرفات وأعمال الدولة أو ربما لا تتوفر فيها الكفاءة اللازمة للنظر في الموضوعات الفنية والقانونية الدقيقة والمعقدة التي تتضمنها منازعات الاستثمار.

كما أن انتماء القاضي الوطني إلى الدولة المضيفة للاستثمار يجعل من تلك الدولة خصما وحكما في نفس الوقت، يضاف إلى ما تقدم احتمال عدم دراية المستثمر الأجنبي بإجراءات التقاضي في الدولة، فضلا عن أن تلك الإجراءات قد تتسم بالبطء وعدم الوضوح[404]، لهذا كله قد لا يطمئن المستثمر الأجنبي على نتيجة دعواه المقامة ضد الدولة أمام محاكمها الداخلية، مما قد يكون له أثر سلبي على اتخاذه قرارا باستثمار أمواله في

---

[402]– حنافي أسيا، المرجع السابق، ص 50.

[403] – دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 316.

[404]- HAROUN Mehdi, op.cit, p 636.

تلك الدولة ما لم توجد وسيلة قانونية بديلة لفض منازعات الاستثمار بينه وبين الدولة المضيفة، توفر له الضمان والاطمئنان على نتيجة الفصل في النزاع[405].

ثانيا- نجاعة الوسائل الدولية لتسوية المنازعات الاستثمارية:

يفضل المستثمر الأجنبي عموما أن تناط مهمة الفصل في المنازعات التي قد تثور بينه وبين الدولة المضيفة بإحدى الوسائل القضائية الدولية، والعلة في ذلك هي أن وسيلة التحكيم التجاري الدولي تعد بحسب رأيه أكثر حيادية واستقلالية من الوسائل الداخلية، لذا فإنّها تلقى قبولا واسعا لدى المستثمرين والشركات الأجنبية.

بما أن المستثمر لا يستطيع اللجوء بصفته الشخصية وبشكل مباشر إلى محاكم القضاء الدولي، فقد اتجه الفقه وقواعد السلوك الدولي إلى اعتماد نظام التحكيم التجاري الدولي بوصفه نظاما قانونيا بديلا ومفضلا لتسوية المنازعات بين الدولة والمستثمر الأجنبي، ويحظى نظام التحكيم عموما بثقة المستثمر وتأييده وذلك لمرونة إجراءاته واختصار وقته وتكاليفه.

إضافة إلى ما يخوله لأطراف النزاع من حرية كافية في اختيار قضاتهم الذين يتوخون فيهم الثقة والخبرة والمعرفة اللازمة بموضوع النزاع، كما أن أهم مطلب يتمثل في حرية تحديد الإجراءات الواجبة الإتباع أمام محكمة التحكيم، إضافة إلى كل ما تقدم فإنّ التحكيم يمنح الأطراف حرية اختيار القانون الذي يحكم النزاع[406].

جعلت كل هذه الأسباب اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي من أفضل وسائل القضاء الدولي المعتمدة لحل المنازعات الاستثمارية.

زيادة على ذلك فالنشاط التجاري يتطلب السرعة والائتمان، فلا شك أن التحكيم التجاري الدولي كطريقة لتسوية المنازعات هو الحل المفيد لتحقيق ما يصبو إليه المستثمرون من سرعة وثقة لصلته الوثيقة بالتجارة الدولية واعتباره أحد عوامل تقدمها[407]، وما يؤكد هذه النتيجة هو الاهتمام المتواصل بتنظيمه سواء على المستوي الداخلي لكل دولة أو على الصعيد الدولي عن طريق المنظمات الدولية.

---

[405] – دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 318.

[207]– بلقنيشي حبيب، المرجع السابق، ص 37.

[407]- EL-AHDAB Abdul Hamid, L'arbitrage dans les pays arabes, Edition ECONOMICA, Paris, 1988, p.03.

الفرع الثاني

بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار

حاول الفقه إقناع الدول النامية بضرورة اعتماد نظام قانوني دولي للتحكيم التجاري كوسيلة مفضلة لحل النزاعات باستعمال تارة ذريعة نقص أو عدم ملائمة القوانين الوطنية لهذه الدول على الخصوص وعدم مواكبتها للتطور الحاصل في مجال التجارة الدولية وتارة أخرى لتعارض القواعد القانونية الوطنية مع مبادئ القانون الدولي[408].

إذا كان الأصل هو أن ينعقد الاختصاص بحسم المنازعات الاستثمارية للقضاء الوطني في الدولة، إلا أن الدول المختلفة تدرك مع ذلك أهمية وجود نظام قانوني لتسوية المنازعات الاستثمارية يحظى بقبول المستثمر الأجنبي ويبعث الاطمئنان لديه بشأن ما يمكن أن ينشب بينه وبين الدولة من منازعات، فوجود مثل هذا النظام المتمثل في التحكيم من شأنه أن يُساهم في تدفق الاستثمارات الأجنبية إلى الدولة وضمان الأمن القانوني للاستثمار، لهذا فإنّ الدول النامية تقرر في قوانينها الداخلية جواز إحالة المنازعات الاستثمارية على التحكيم[409]، وهناك عوامل مشجّعة لذلك، والتي نجد منها حاجة البلاد النامية للاستثمارات الأجنبية الخاصة وما تحمله من خبرة فنية وإدارية للإسهام في التنمية الاقتصادية والاجتماعية لتلك الدول، وهي بذلك توفر للرأسمال الأجنبي وسائل يفترض فيها الحياد لحل النزاعات الناشئة في مجال الاستثمار[410].

بالنظر إلى التطورات التي عرفها الاقتصاد العالمي، وخصوصية المنازعات المتصلة بالمعاملات التجارية الدولية، إلى جانب حاجة الدول النامية إلى الاستثمار الأجنبي، دفعت هذه الأخيرة إلى إعادة النظر في تشريعاتها الوطنية وإدخال التحكيم التجاري الدولي كوسيلة فعالة لتسوية المنازعات نظرا للمزايا التي يوفرها في مجال العلاقات التجارية الدولية[411]، وأمام هـذه التطورات التي عـرفها التحكيم التجاري الدولي، اضطر المشرع الجزائري إلى تكرّيسه كوسيلة لحل المنازعات المتعلقة

---

[408]– إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار "التجربة الجزائرية"، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري – تيزي وزو، 2006، ص 309.

[409] – دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص338.

[410]– قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 220.

[411] – عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 299.

بالاستثمارات الأجنبية، ومن خلال التشريع الجديد حول التحكيم التجاري الدولي[412]؛ حيث يؤكد المشرع الجزائري إرادته في توفير الحماية القانونية المناسبة للمستثمرين الأجانب خاصة بعد إدخال بعض أحكام التحكيم الدولي في النظام القانوني الوطني، وتحقيق تطابق بين القواعد العامة للتحكيم الدولي وأحكام التحكيم الدولي في التشريع الجزائري.

لذا يعد التحكيم التجاري الدولي من مظاهر الفكر القانوني الحديث والاقتصادي على المستوى العالمي، وأداة مبتغاة لتنشيط التجارة الدولية. الأمر الذي خلق اتجاها قويا في مختلف دول العالم يدفعها إلى تعديل قوانينها بصورة تساير هذا الفكر، فالعالم اليوم يعيش عصر عولمة الاقتصاد وتبني سياسة السوق المفتوحة؛ حيث تتجه معظم دول العالم إلى زيادة الاستثمارات الأجنبية على إقليمها، مما يستتبع زيادة العلاقات الاقتصادية الدولية عموما والتجارية خصوصا لتزيد الحاجة تبعا لذلك إلى التحكيم باعتباره الوسيلة الطبيعية والمثلى لفض ما ينشأ من منازعات؛ حيث يمكن القول: إنّ الأصل في تسوية المنازعات الناشئة عن العقود الدولية هو التحكيم، وأن اللجوء إلى القضاء هو الاستثناء[413].

عند اتفاق أطراف النزاع على التحكيم تتجه إرادتهم إلى سلب هذا النزاع من قضاء الدولة وهو صاحب الولاية الأصيلة وإحالته إلى محكم ليقضي فيه وفقا لقواعد يختارها الخصوم أو دون التقيد بأية قواعد وضعية، فهذا الاتفاق يبدو خروجا على سيادة الدولة[414].

فضلا عن أن الدولة في ممارستها لأنشطة ذات طبيعة اقتصادية أو تجارية عادة ما تلجأ إلى التحكيم لتفادي اللجوء إلى محكمة دولة أخرى، بينما يلجأ الطرف الأجنبي الخاص إلى التحكيم خوفا أن تخضع المحاكم الوطنية للدولة صاحبة المشروع لأي تأثير من الحكومة.

لا يمكن أن نغفل أن هناك من يرى[415] في المبررات الحقيقية لنظام التحكيم التي يسوقها أنصاره ليست مبررات فنية، ولكنها مبررات سياسية بكل معنى الكلمة، وإنّ

---

[412]– قانون رقم 08–09 مؤرخ في 2008/02/25، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

[214]– صبري أحمد محسن الذيابات، ، المرجع السابق، ص 01.

[414]– محسن شفيق، المرجع السابق، ص 40.

[415]– إقلولي محمد، المرجع السابق، ص 309.

الهدف الحقيقي من نظام التحكيم هو استبعاد قانون الدولة من أجل وضع علاقات تجارية دولية تحت مظلة نظام قانوني دولي جديد أكثر قدرة على احتياجات هذه التجارة الدولية وأكثر ملائمة لمصالح أطرافها.

إلا أنه وفقا لذلك، فإنّ التحكيم قد يكون معقّدا ومرهقا وقد يستمر لفترة طويلة، إذ قد تلجأ الأطراف إلى المماطلة في إجراءات التحكيم دون مبرر[416].

كما يرى هذا الجانب أن التحكيم ما هو إلا نظام لتحصين الشركات الكبرى المستثمرة في مواجهة قضاء الدولة، فهناك أيضا تحيز من قبل هيئات التحكيم للشركات الكبرى المسيطرة على التجارة الدولية[417].

مما لاشك فيه أن تطور التحكيم التجاري الدولي له بالغ الأثر على تشجيع الاستثمار ودفع عجلة التنمية في بلادنا، ولذلك فإنّه علينا جميعا واجب تطويره نحو بلوغ أهدافه كاملة.

الفرع الثالث

اعتبارات المتعاملين في مجال الاستثمارات الدولية

أولا- الإيجابيات التي يتحلى بها البت في قضية معينة عن طريق التحكيم:

إذا قلنا بأن اختيار التحكيم يرجع سببه إلى عيوب في الجهاز القضائي للدولة، فإنّ هذا يعتبر مساس بفعالية ومصداقية هذا الأخير، الذي يعتبر أساس وجود النظام العام وكذا حفظ وصيانة الحريات العامة والحقوق الأساسية في الدولة؛ حيث لا يمكن إنكار دور القضاء الوطني كوسيلة أساسية لحل الخلافات بين أفراد المجتمع، كما أن التحكيم والقضاء ليسا بنقيضين ينمو أحدهما عندما يتقلص الأخر [418].

---

[217]- صبري أحمد محسن الذيابات، المرجع السابق، ص 07.

[417]- وتأسيسا على ذلك فإنّ قضية أرامكو(ARAMC O) مثلا لم يصدر قرار التحكيم فيها إلا بعد ثلاث(3) سنوات من بداية التحكيم، وجاءت محاضر الجلسات في أربعة أجزاء وصلت إلى 2500 صفحة. لمزيد من التفصيل أنظر: المرجع نفسه، ص 07.

[418]- وجيه خاطر: "التحكيم وتشجيع الاستثمار"، بحث مقدم في إطار الأبحاث المقدمة في مؤتمر الكويت الدولي للتحكيم التجاري، الكويت 1997، ص 888.

يمكن أن ننظر إلى أسباب انتشار التحكيم من زاوية الايجابيات التي تظهر خاصة فيما يتعلق بحرية الأطراف المطلقة في اختيار المحكم الذي يتولى الفصل في القضية. وهذا ما يجعل الأطراف يرتاحون من الجانب النفسي، لكون أن اختيارهم للمحكم مبني على أساس ايجابيات التحكيم التي تخدم وتحفظ وتصون مصالحهما والأسرار الحيوية التي يحرصان على الحفاظ عليها وعدم التعرض لها[419].

لذلك يفضل الأطراف النظر في قضياهم المتنازع فيها عن طريق التحكيم، لما يتميز به من ايجابيات لا يجدها في القضاء العادي للدولة.

ثانيا- ما يحققه التحكيم للأطراف من خصوصية تحفظ أسرار أعمالهم التجارية:

إنّ خاصية السرية (Confidentialité) التي يمتاز بها التحكيم تعتبر من أهم الأسباب التي تؤدي بالمستثمرين إلى اختيار أسلوب التحكيم لفض نزاعاتهم[420]، وهذا عكس القضاء العادي الذي يتميز بالعلانية. هذه الأخيرة وإن كانت ضمانة من ضمانات العدالة إلا أنها تعتبر للكثير من المستثمرين أداة لإذاعة أسرارهم، لذلك نجد الكثير منهم يفضل أن يخسر دعواه على كشف أسرار استثماره من تجارة أو صناعة التي تمثل بالنسبة إليه قيمة عليا على الحق الذي يريد الحصول عليه أو الدفاع عنه في دعواه.

هذه الخصوصية التي أصبحت مع مرور الأيام من أهم معالم التحكيم، ومبادئه هي التي تفسر قلة الإحصائيات والمنشورات المتعلقة بأحكام التحكيم، وهذا ما أثر على الدراسات النظرية حول التحكيم، وهو ما قد يفقد التحكيم التجاري الدولي الكثير من دعاته وأنصاره بسبب طبيعته السرية[421].

فخاصية السرية إذن، تعتبر من أهم الضمانات التي لا يمكن للمستثمر أن يتنازل عنها، لما لها من دور كبير في حفظ أسرار أعماله.

ثالثا- ما يتيحه التحكيم للأطراف من سبيل إلى التفاهم والاستمرار بالتعامل

إنّ اتفاق الأطراف على التحكيم، ينزع أو ينقص صفة الخصومة إلى حد كبير. فالمحكم يدرك أنه أمام أطراف قد لا تنتهي علاقتهم بانتهاء التحكيم، بل قد يكون هذا

---

[419]- وجيه خاطر، المرجع السابق، 888.

[420]- HAROUN Mehdi, op.cit, p.633.

[421]- وجيه خاطر، المرجع السابق، ص 888.

الأخير سببا لمواصلة العلاقة بينهم، لذلك نجد أن المحكم يحاول دائما ترجيح وجهة نظر أو تفسير على وجهة نظر أو تفسير أخر، فغالبا ما يتجنب أحكام الإدانة، والتحكيم يعتبر مسعى وسبيلا لإخماد النزاعات التي تشوب الخلافات بين المستثمرين التي ينتظر منها أن تستمر وتنمو.

إنّه مسعى لا تحكمه اعتبارات الخصومة ورغبة كل طرف في الانتصار لنفسه في النزاع، كما هو شأن الخصوم أمام القضاء العادي؛ حيث تتفشى وسائل المماطلة واستغلال المهارات القانونية في فتح الثغرات أو تهيئة وسائل الطعن ومواصلة طرقها تباعا مع استغلال الإجراءات والمواعيد ووسائل الإعلان والتلاعب[422]، التي قد تؤدي في النهاية إلى أن يتوه صاحب الحق عن التقيد بجميع المقتضيات الإجرائية الضرورية للوصول به إلى حقه.

فالتحكيم يحافظ على العلاقات المتبادلة بين الطرفين باعتبار أنه ليس طريقا نزاعيا فظا وعنيفا، وإنّما هو أقرب إلى التسوية والتفاهم بين الطرفين، فكل من الطرفين يعتقد أن فهمه للعقد هو الصحيح أو أن تصرفه في تنفيذ العقد هو السليم، لذلك تستمر العلاقات غالبا بعد الفصل في الموضوع بين الطرفين على الأساس الذي قرره التحكيم بعد عرض موقف كل منهما، بينما في حالة المنازعات المعروضة على القضاء العادي قد يستعمل فيها كل من الطرفين أساليب الكيد للطرف الأخر وتنتهي المسألة إلى حد لا عودة للعلاقات بينهما.

إنّ أطراف النزاع يدخلون القضاء العادي وهم ينظرون إلى الوراء، بينما يدخلون التحكيم وهم ينظرون إلى الأمام. فالقضاء العادي هو قضاء العلاقات الذي تسوده عدم الثقة بين الخصوم فيغلب إدعاء أحدهم على الأخر ولا يعمل على التفاهم بينهم، بينما التحكيم هو قضاء العلاقات المتصلة، يجيء إليه الخصوم والعلاقات قائمة بينهما وينصرفون ولا تزال العلاقات قائمة وقد انقشع ما أسدل عليها من خلاف[423]، وتفسر هذه الحقيقة ما هو مشاهد من أن أحكام المحكمين عند صدورها تأتي عن – قصد منهم–

---

[422]– وهو ما قلّل من تصور كان سائد لدى الدول النامية تجاه التحكيم بأنه وسيلة لتحقيق مصالح الدول المتقدمة على حسابها، وبدأت تقتنع بفائدته في هذا المجال.

[423]– وجيه خاطر، المرجع السابق، ص 889.

بحلول وسط أو أقرب إلى الوسط حتى ولو كان الحق كله في جانب أحد الخصوم دون الأخر.

رابعا- الثغرات التي تتكفل بحلها المزايا التي ينفرد بها نظام التحكيم:

إنّ من مزايا التحكيم تحرره من كثير من الشكليات؛ إذ يتمتع المحكم بحرية أكبر من القاضي العادي في تحديد القانون الواجب تطبيقه على موضوع النزاع بالنسبة للتحكيم الدولي[424]، في حين أن القاضي العادي ملزم ومقيد بقانون معين؛ إذ لا يمكن له مخالفته سواء من حيث الموضوع أو الشكل.

هذه العدالة القضائية الجامدة الصماء وإن كانت تحول دون الميل والهوى، إلا أنها قد تحدث في مجال التجارة والاستثمارات الدولية من الأضرار أو من تفويت الفرص ما يحمل الخصوم على تفضيل التخلي عنها إلى عدالة تحكيمية مرنة تراعي مصالحهم دون أن تكون مقيدة بالاعتبارات القانونية المحضة. فإذا نشب نزاع بمناسبة إحدى الصفقات وكان الحق كله في جانب الوكيل مثلا، فإنّه مع ذلك قد يفضل بحله التجاري أن ينال بعض حقه فقط مع الإبقاء على حقه كاملا مع فقدانها[425].

خامسا- المرونة والتحرر من الشكلية والتخصص والتفرغ وسرعة البت:

يتيح التحكيم للطرفين فرصة واسعة لعرض وشرح وجهات نظرهم أمام المحكم ومناقشتها مع الطرف الأخر ذلك أن التحكيم يتم في جلسات محددة يتفــق عليها الأطراف، وهذا ما يميزه عن القضاء العادي؛ إذ إنّ القاضي ليست له الحرية في اختيار الزمان والمكان الذي يتم فيه عقد الجلسات مع أطراف النزاع كما أنه يعتمد أكثر على المذكرات التي يقدمها الأطراف بدلا من الاستماع إليهم.

لقد أثارت المنازعات في التجارة الدولية العديد من الصعوبات القانونية، كتعيين القانون الواجب التطبيق وكذا المحكمة المختصة بالنظر في النزاع، نتج عنها عدم استقرار الحلول المتعلقة بقضية معينة، وهذا ما أثار القلــق في المعاملات التجارية

---

[424]- السالمي الحسين، التحكيم وقضاء الدولة – دراسة علمية تأصيلية مقارنة-، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص 93.

[425]- وجيه خاطر، المرجع السابق، ص 890.

وعــرقلتها[426]، فإنّ قواعد الإسناد في التشريعات الوطنية تتباين فيها تباينا يتعذر معه على أطراف العلاقة القانونية الاطمئنان إلى مصير الحقوق النابعة عنها، يضاف إلى ذلك أن قواعد الإسناد تؤدي غالبا إلى تطبيق قانون قد يكون غريبا إلى أحد الخصمين إن لم يكن غريبا عليهما معا، وقد يكون صالحا للمعاملات الداخلية، ولكنه يناسب أيضا المعاملات الدولية لأنه لم يُعَدُ أصلا لأجلها، وكذلك الشأن فيما يتعلق بالاختصاص، تحيل قواعد الإسناد الطرفين إلى محكمة قضاء أجنبي غريبة بالنظر إلى أحدهما أو إليهما معا[427].

إضافة إلى هذا نجد وأنه منذ القدم قد استقر في نفوس المتعاملين الاقتصاديين نفورا من الاحتكام إلى قواعد قانونية أو إلى القضاء قد لا يتوافق مع مصالحهم الخاصة، ومن هنا يتبين أهمية التحكيم بالنسبة إليهم والذي يسمح لهم باختيار القواعد القانونية المناسبة وكذا المحكم ومكان التحكيم القريب للفصل في النزاع.

كما أن المحكم وخلافا للقاضي العادي، فإنّه لا يلزم بالضرورة أن يكون رجل قانون، فأطراف النزاع لهم حرية مطلقة في اختيار المحكم؛ إذ قد يكون مهندسا أو طبيبا أو رجل أعمال...الخ، والذي يخول له سرعة فهم الموضوع والتمكن منه وإعطاء الحلول المناسبة لموضوع النزاع[428].

كل هذه الأمور تعتبر ضرورية في عملية التحكيم لفهم موضوع النزاع بالشكل الصحيح للوصول إلى حل يرضي جميع الأطراف.

سادسا- الاستئناس بتقنيات قواعد التجارة الدولية وبما تتيحه من مبادئ تكميلية مساعدة:

سوف نستعرض فيما يلي بعض تقنيات قواعد التجارة الدولية (Lex mercatoria) وما تتيحه من مبادئ تكميلية مساعدة على حل المسائل التي تطرأ والتي لا تزال غير مكتملة الوضوح في أحكام التشريع الوطني، وبعيدا عن مبادئ الحقوق التجارية الدولية التي تمثل قواعد التجارة الدولية في قائمة اسمية، تضم في الأصل ما يسمى "بالقواعد عبر

---

[426]- جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 97.

[427]- محمد سامي فوزي، المرجع السابق، ص 184.

[428]- وجيه خاطر، المرجع السابق، ص 891.

الدولية"[429] Règles transnationales التي لا يمكن تعريفها على غير هذا النحو إلا تعريفا إنكاريا فقط، باعتبار أنها "القواعد التي لا تكون نابعة من النظام القانوني لدولة معينة واحدة".

وتنقسم هذه القواعد إلى قسمين:

1)- القواعد المشتركة بين أنظمة قانونية عدة والمستخلصة بالطريقة التي تعرف بطريقة Tronc commun.

2)- المبادئ العامة للحقوق التجارية الدولية والمستخلصة بطريقة استقراء مجمل الفئات الكبرى للأنظمة القانونية وللمصادر الدولية للقانون كالاجتهاد التحكيمي الدولي والاتفاقيات الدولية المعقودة (المبرمة) سواء أكانت مرعية الإجراء أو لم تكن.

كما تضم قواعد التجارة الدولية وكذلك أعراف التجارة الدولية Usages de commerce international التي تكون متبعة بصورة اعتيادية في فرع تجاري معين. مع الإشارة إلى أنه من الأهمية بمكان على الصعيد التطبيقي عدم الخلط بين القواعد عبر الدولية وبين أعراف التجارة الدولية[430].

نتوقف على سبيل المثال أمام بعض المبادئ العامة للحقوق التجارية الدولية ومنها مبادئ تتعلق بصحة العقود؛ حيث جرى في بعض الحالات استخلاص مبدأ يراعي "مبدأ عدم سريان الدفع بانتفاء سلطة المفاوض في العقد الدولي"، وهو يمنع على أي من المتعاقدين أن يدفع بانتفاء سلطة من كان يفاوض باسمه في وجه الطرف المتعاقد الأخر. وهذا المبدأ بتعارضه مع النتيجة التي كان يفترض أن يؤدي إليها أصلا "موجب الاستعلام" الملقى على كل متعاقد تجاه الأخر لا يجد مجالا لإعماله إلا في حدود الفكرة القائلة أنه "**لا يقع على القانون واجب حماية الفرقاء إلا فقط بمقدار ما لا يقع عليهم هم واجب حماية أنفسهم**". وعلى صعيد أخر وحول مسألة عيوب الرضا، أتيح للاجتهاد التحكيمي الدولي أن يستخلص عددا من المبادئ نذكر منها مبدأ "قرينة الكفاءة لدى المتعاملين بالتجارة

---

[429]- نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 100.

[430]- كولا محمد، المرجع السابق، ص 225.

الدولية" [431]ومن مفاعيل هذا المبدأ أنه يؤدي إلى التشديد في تطلب الإثبات الملقى عبؤه أصلا على المتعاقد الذي يتذرع بوقوع الغلط في جانبه عند التعاقد.

ومن المبادئ التي تتعلق بتفسير العقود، هناك مبدأ العقد شريعة المتعاقدين Pacta sunt servanda، والذي يعني أن كل عقد يتم إنشاءه على الوجه القانوني الصحيح يلزم أطرافه، ويقابله كذلك مبدأ أخر وهو مبدأ حسن النية في تفسير العقود والذي يستلزم البحث عن النية المشتركة لطرفي العقد[432]، والمبدأ هو الانطلاق من التفسير الحرفي واللغوي للتعابير المستعملة دون إهمال وضعها داخل إطارها في القضية المطروحة بالذات، والنظر إلى بنود العقد في مجملها من أجل استخلاص النية المشتركة الحقيقية للطرفين، مع الاستئناس بمبدأ ترجيح إعمال البنود العقدية بدلا من إهمالها ضمن حدود مقتضيات مبدأ حسن النية، مع اللجوء عند الاقتضاء إلى عناصر للتفسير من خارج العقد مثل الإطار التاريخي للعلاقات بين الطرفين، وتحديد ماهية هذه العلاقات، والأخذ في الاعتبار مواقف وسلوك كل من الطرفين في الفترة السابقة لنشوء النزاع، وهو ما يعرف بقاعدة التفسير العملي لأعمال العقد أو مبدأ الإثبات بالأفعال القاطعة Preuve par actes concluants، كما يتفرع عن مبدأ حسن النية مبدأ "عدم جواز التناقض في التفسير على حساب مصلحة الغير"، المعروف في القانونين الألماني والسويسري Non concedit venire contra factum proprium والمعروف في القوانين الأنجلوسكسونية تحت تسمية Estoppel by representation، كما أنه عند الشك في تفسير عقود الانضمام يفسر البند المتلبس ضد مصلحة الطرف الذي قام بصياغته، وهذا مبدأ متفرع عن مبدأ مراعاة جانب المدين عند تفسير العقود.

في مجال المبادئ التي تتعلق بتنفيذ العقود، بدا أن العقود التي تتطلب من الطرفين تعاونا طويل الأمد أتاحت المجال لإيجاد مبادئ عامة من مثل المبدأ الذي يلقي على كل طرف واجب إعلام الطرف الأخر بجميع الظروف التي تحول دون التنفيذ، كما جرى الذهاب إلى اعتبار أن المحافظة على التوازن بين الواجبات المتبادلة في العقد يعد مبدأ عاما في القانون، وكذلك تم إيجاد ما يسمى بالموجب الملقى على المتعاقد بإعادة التفاوض

[431]– وجيه خاطر، المرجع السابق، ص 892.

[432]– محسن شفيق، المرجع السابق، ص 55.

بحسن نية، وأيضا جرى تقييد الإدلاء "بالدفع بعدم التنفيذ" Exceptio non adimpleti contractus بوجوب مراعاة مبدأ التناسبPrincipe de proportionnalité بين الواجبات المتقابلة؛ حيث لا يعتبر من قبيل حسن النية اللجوء إلى الدفع بعدم تنفيذ موجب ثانوي من أجل التملص من تنفيذ الالتزام الأساسي، وهناك المبدأ الذي ألقى "على عاتق الدائن بالموجب الذي لم يتم تنفيذه موجبا بتقليص الأضرار التي يتعرض لها"، وأيضا مبدأ التوزيع المتساوي بين الطرفين لأعباء الضرر[433].

لا نغفل أن بعض مسائل محض فنية مثل كيفية احتساب قيمة الضرر المطلوب التعويض عنه، أتاحت استخلاص مبادئ عامة لتقـــدير التعـــويض على أساس سعر السوق، أو القيمة المؤمنة، أو قيمة السلعة البديلة، أو قيمة التعويض عن عرقلة انتظام سير العمل، أو قيمة المردود الفعلية بالنسبة للقيمة الدفترية، وكل ذلك مع الأخذ بعين الاعتبار القدرات الإيفائية للبلد المعني.

هكذا وبالنظر إلى الفكرة القائلة: إنّ قانونا متطورا مكتمل النمو لا بد وأن يكون مكتمل المعالم مرهف التقاسيم Un droit évolué droit être nuancé، فإنّ نظام التحكيم بما يتميز به من مرونة تتيح المجال رحبا للانفتاح على تطور القواعد القانونية الدولية ومجاراتها والتناغم معها ومع نموها، يؤلف ومن هذه الزاوية أيضا عاملا إيجابيا في مسألة التعامل القانوني من منظار فسيح ومتطور مع الاستثمارات الدولية المنشودة ومع معالجة النزاعات التي قد تعترض هذه الاستثمارات أو تطرأ بمناسبتها، ويخدم بذلك أيضا سياسة جذب وتشجيع الاستثمار[434].

---

[433]- وجيه خاطر، المرجع السابق، ص.ص 892- 893.

[434]- المرجع نفسه، 893.

المطلب الثاني

التعارض بين مبدأ السيادة الوطنية وحق اللجوء إلى التحكيم

أثناء وضع الاستثمارات حيز التنفيذ، من غير المستبعد أن تنشأ نزاعات بين الدولة المانحة للمزايا والضمانات والمستثمر الأجنبي، خاصة تقرير حق هذا الأخير في اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاعات التي تنشأ بينه وبين الدولة المضيفة، إضافة إلى تمسك الدولة المضيفة باختصاص قضائها الوطني في الفصل في المنازعات الاستثمارية[435]، فلم يكن من السهل على الدولة أن تسمح بأن تكون طرفا في نزاع مع مستثمر من رعايا دولة أخرى لما تملكه من سيادة وحصانات قضائية وتنفيذية حتى لو كان هناك اتفاقية ثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات التي تتم من قبل رعايا الدولتين[436].

لكن الإشكال الذي يطرح بالنسبة للمستثمرين الأجانب الذين يحجمون عن اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة ويحبذون اللجوء إلى قضاء دولهم لكونهم يخافون من عدم الاستقلالية وعدم النزاهة في القضاء الأجنبي؛ حيث أن هناك تعارض بين وسائل تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار، والقضاء الداخلي الذي يجسّد ويكرّس التمسك بمبدأ السيادة الوطنية للدولة (الفرع الأول)، والتنازل عن هذا المبدأ باللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي(الفرع الثاني).

الفرع الأول

التمسك بمبدأ السيادة الوطنية المطلقة

لعلّ أهم وسائل التسوية القضائية الداخلية هي القضاء الوطني في الدولة، فالأصل أن القضاء الوطني في الدولة التي يجري فيها الاستثمار هو الذي يتولى تسوية المنازعات الناجمة عن هذا الأخير تطبيقا لمبدأ سيادة الدولة على الأشخاص والأموال الموجودة على

---

435 - TERKI NourEddine, L'arbitrage commercial …, op.cit, p.04.

237– أحمد أحمد الثلايا عبد الكريم، المرجع السابق، ص 159.

إقليمها[437]، فمادام النزاع قد نشب داخل حدود الدولة فإنّ اختصاص النظر فيه ينعقد للقضاء الوطني فيها، ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بخلاف ذلك[438].

هناك جانب من الفقه يؤيد حق سيادة الدولة باختصاص قضائها الداخلي في تسوية المنازعات الاستثمارية ويعارض الأخذ بنظام التحكيم بدعوى مخالفته لسيادة الدولة، ذلك أن القضاء يمثل مظهرا من مظاهر السيادة غير القابلة للتصرف ولا يجوز للدولة أن تتنازل عن مقومات السيادة لشخص من أشخاص القانون الخاص[439].

كما أن قيام محكمة تحكيم دولية بالنظر في المنازعات بين المستثمر الأجنبي والدولة سوف يستدعي بالضرورة منافسة وتقييم أعمال هذه الدولة، وفي ذلك اعتداء جسيم على سيادتها الوطنية؛ إذ لا يحق لأية جهة دولية إصدار قرارات في أمور تعتبر من صميم الشؤون الداخلية للدولة، فمثل هذه القرارات ينبغي أن تصدر من المحاكم الداخلية للدولة وطبقا لقوانينها الوطنية.

هذا الموقف كان سائدا منذ نهاية الحرب العالمية الأولى، وكان أول ما نجحت فيه الدول النامية هو حصولها على الاستقلال السياسي بنضالها المتواصل ومطالبتها بحق تقرير المصير والتنمية الاقتصادية، ونشئت على إثره دول ذات سيادة كاملة تتساوى مع الدول التي كانت تستعمرها وتستغل ثرواتها، ثم بدأت هذه الدول في محاولة استكمال استقلالها الاقتصادي عن طريق بنائه واستغلال مواردها الوطنية دون الاعتماد على نظم الاستثمارات الأجنبية التي كانت تستغل في ذلك الوقت كل ثروات البلاد[440].

لقد حدث في عام 1974 تطور في المجتمع الدولي لصالح الدول النامية وإقرار سيادتها الدائمة على مصادرها الطبيعية، عندما وافقت الجمعية العامة للأمم المتحدة على الميثاق الخاص بالحقوق الاقتصادية وواجبات الدول.

---

[437]– شفيق محسن، المرجع السابق، ص 40.

[239]– وهذا ما تقرره أغلب قوانين الاستثمار، كقانون الاستثمار الجزائري لسنة 2001، المعدّل والمتمم، الذي أكدّ على مبدأ اختصاص المحاكم الوطنية كأصل، وذلك تطبيقا لمبدأ ثابت في القانون الدولي وهو مبدأ استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية، فلا يمكن اللجوء إلى طرق أخرى إلا بعد استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية.

[439]– دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 317.

[440]– رياض إسماعيل رقية، خضوع الدولة للتحكيم ونظرية السيادة التقليدية، رسالة مقدمة للحصول على درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 2001، ص 197.

الهدف من إصدار هذا الميثاق هو تنمية إنشاء النظام الاقتصادي الدولي، والذي ينص على حق السيادة على المصادر الطبيعية، وحق كل الدول في المشاركة في التجارة العالمية، وحق نقل التكنولوجيا من الدول الصناعية إلى الدول النامية، وحق المعاملة التفضيلية للدول النامية.

كما نصت المادة الثانية من هــذا الميثاق على حق كل دولة فــي تأميم ومصادرة أو نقل ملكية الممتلكات الأجنبية، مع التزامها بدفع تعويض مناسب مع الأخذ في الاعتبار القوانين واللوائح ذات العلاقة، وكل الظروف التي تعتبرها الدولة على صلة بذلك، وعلى أية حال فإنّ ذلك يمكن تسويته بموجب القانون المحلي للدولة التي قامت بالتأميم بواسطة محاكمها.

لقد كان موقف الدول النامية من هذا الميثاق هو إصرارها على حقها في مصادرة الأملاك المملوكة للأجانب، مع التعويض عن الأملاك المصادرة التعويض الذي تراه الدولة مناسبا، محتجة في ذلك بمفهوم مبدأ السيادة الجديد والذي لا يسلب الدولة حق السيادة على ممتلكاتها ومصادر ثرواتها الوطنية، والتي كان قد استولى عليها الأجانب في فترة ما قبل استقلال هذه الدول؛ حيث كانت سيادة الدول معطلة والحكومات محرومة من ممارسة حقها في السيادة المطلقة على ثرواتها الإقليمية[441].

أما فــي مجال دعــاوى التحكيم أثيــرت حجج كثيــرة استنادا لما جاء فــي الميثاق، أظهرت مدى تمسك كل من الدول الصناعية والدول النامية بوجهة نظرهم فيما يتعلق بحق الدول النامية السيادي في مصادرة الأموال المملوكة للأجانب، ومن ذلك على سبيل المثال، قضية التحكيم التي نظرت في عام 1977 في شأن النزاع الذي نشب بين حكومة ليبيا وشركتين أمريكيتين في مجال التنقيب عن البترول هما Texaco-calasiatic؛ حيث رفض المحكم الفرنسي Dupuy إدعاء ليبيا بأن مبادئ الميثاق لا تمنحه أي اختصاص في نظر هذا النزاع[442]، وكانت ليبيا عام 1973 قد أصدرت مرسوما يتعلق بتأميم الشركتين، مما أضطر الشركتان اللجوء إلى التحكيم الدولي لمطالبة الحكومة الليبية بتعويضها عن هذا التأميم؛ حيث دفعت ليبيا بأنه طبقا للميثاق فإنّ تأميم الشركتين لم

[441]– رياض إسماعيل رقية، المرجع السابق، ص 198.

[442]– المرجع نفسه، ص 202.

ينه فقط الاتفاقية المبرمة معهما والتي تربطهما بالدولة الليبية، بل أيضا لكيانهما القانوني. ولقد قرر المحكم Dupuy أن حق الدولة في التأميم ليس محل النقاش، إلا أن الدولة التي تبرم عقدا مع عنصر أو كيان أجنبي، فإنّ عليها أن تلتزم بالحقوق وقواعد الحماية التي نص عليها القانون الدولي[443]، وبالتالي فإنّ تصرفها الخاص بالتأميم يجب أن يكون متفقا مع القانون[444]، ولقد انتهى المحكم الفرنسي إلى الرأي القائل: إنّه لا يمكن للدولة أن تستند إلى سيادتـــها من أجل عـــدم مراعاة أو مخالفة التـــزاماتها التي تعهـــدت بها بحرية تامة، وبإرادتها المنفردة خلال ممارستها لمثل هذه السيادة في أثناء التعاقد مع الشركتين الأجنبيتين، كما رفض اعتراض ليبيا على صحة العقد، وأشار إلى أن القانون الدولي لا يؤيد محاولات الدول النامية في حماية أعمالها السيادية من الفحص بحجة ما ورد في الميثاق بشأن حق الدول في التأميم والمصادرة[445].

نتيجة لذلك فقد استمرت الدول النامية في مواجهة منازعات الاستثمار والتي تُنظر أمام محاكم الدول الأجنبية والتي كانت تنكر احتجاج الدول النامية ببنود القوانين الداخلية وترفض حجج الدول النامية في هذا الشأن[446]. هذا كقاعدة عامة اتفق عليها فقهاء القانون الدولي الخاص هدفها التخفيف من التمسك بفكرة الحصانة المطلقة[447].

يُضاف إلى ذلك أن اللجوء إلى جهاز تحكيم دولي تظهر فيه الدولة والمستثمر باعتبارهم أطرافا متساوية من شأنه حسب هذا التصور الفقهي، أن يضفي على أشخاص القانون الداخلي (المستثمرين) صفة الشخصية الدولية، وإنّ مثل هذا الأمر يتعارض مع المبادئ العامة للقانون الدولي.

---

[443]– الأحدب عبد الحميد، "القواعد المنظمة لإجراءات التحكيم"، يومان دراسيان حول الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح – الوساطة – التحكيم، المحكمة العليا، الجزائر، أيام 15– 16 جوان 2008، ص 14.

[444]– مشهور حديثة الجازي عمر: "التحكيم في منازعات عقود الاستثمار"، مقال منشور على موقع:
http://www.jcdr.com/pdf/3-ar.pdf.

[445]– رياض إسماعيل رقية، المرجع السابق، ص 203؛ أنظر أيضا: مليص وحيدة، تسوية نزاعات الاستثمار الخاص الأجنبي في الجزائر، رسالة متممة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار – عنابة، 2001 ص 115.

[446]- رياض إسماعيل رقية، المرجع السابق، ص 203.

[447]– محمد البلعاوي سيف الدين: "التحكيم الدولي بين النظرية والتطبيق"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، العدد 02، الجزائر، مارس 1989، ص 408.

كما أن اللجوء إلى نظام التحكيم قد يعوق تنمية العلاقات الاقتصادية الدولية ويضر بسيادة الدولة، يضع فيه المستثمر الأجنبي في وضع متميز دون مبرر قانوني[448].

إضافة إلى أن هناك صعوبات أخرى تعترض انتشار التحكيم التجاري الدولي بين الدول وتعرقل مسيرته والتي تحاول منظمات ودول العالم أن تضع لها حلولا، ولعلّ أبرز تلك الصعوبات التي تعترض اتفاقيات التحكيم بين الدول، والتي تزعج بصفة خاصة المهتمين بالتحكيم هو ما يسمى في عرف الدول بالحصانة المطلقة، وهي أفعال السيادة أي سيادة الدول داخل حدودها الإقليمية وإسباغ تلك السيادة على أي نشاط تقوم به الدولة خارج حدودها شرط أن يكون متعلقا بمصالحها العليا[449].

الصعوبة الأخرى التي تعترض نشر التحكيم التجاري الدولي، تتمثل فيما إذا اشترطت الدولة الجزائرية وكمقابل لقبولها ورضوخها للتحكيم التجاري الدولي أن يستنفذ الطرف الأخر في البداية كل الإجراءات القضائية والإدارية الداخلية، وذلك قبل اللجوء إلى التحكيم[450].

قد يعرقل الإجراءات المتبعة أمام المستثمر الأجنبي مبدأ حصانة الدولة أمام المحاكم الداخلية، الذي يحول دون هذه الأجهزة القضائية الداخلية والتعرض لتصرفات الدولة[451]، ولاشك في أن مثل هذه الإجراءات التي تقوم بها الدولة المستقطبة للاستثمار تمثل مظهرا من مظاهر سيادتها وحقا مشروعا من حقوقها القانونية لا يمكن إنكاره، غير أنها قد تشكل في الوقت ذاته معوقات أمام استقطاب الاستثمار الأجنبي قد تدفعه للهروب والبحث عن أماكن أخرى أمنة للاستثمار فيها، فرأس المال الأجنبي يبحث بطبيعته عن الاستقرار والأمن القانوني الكفيل بضمانه.

هذا ما يبرر بأن التحكيم نظام استثنائي ينبغي حصره في أضيق نطاق، لأنه يشكل مساسا بسيادة الدولة التي توجب الهيمنة على نظام التقاضي كأحد سلطاتها الثلاث لبناء كيانها، وأن القضاء هو سلطة الدولة التي تحقق من خلالها وظيفة إقامة العدالة.

---

[448] – دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 340.

[350]– محمد البلعاوي سيف الدين، المرجع السابق، ص 412.

[450]– المرجع نفسه، ص 411.

[451] – دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 338.

هذا ما كرّسه المشرع الجزائري عندما نص في المادة 41 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 السالف الذكر، والمستبدلة بنص المادة 17 من الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار الملغي له، على خضوع النزاعات إلى المحاكم المختصة إلا في حالة وجود اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف أو وجود اتفاق خاص ينص على التحكيم.

فالسؤال الذي يطرح لمعرفة ما المقصود بالمحاكم المختصة، هل هي محاكم القضاء الجزائري أم محاكم القضاء الأجنبي؟.

للإجابة يجب تفسير المقصود بعبارة المحاكم المختصة. فهناك من يرى أن هذه المحاكم المختصة يقصد بها المحاكم الجزائرية[452].

إنّ رد الفعل اتجاه التحكيم بمختلف صوره يأتي في فترة ازدهار النزاعات الوطنية المصاحبة لسن التشريعات الداخلية وحرص كل دولة على استئثار قضائها بممارسة وظيفة الفصل في منازعات معينة تحت مسمى (الاختصاص المقصور على قضاء الدولة)[453]، وتمثّل ذلك الموقف المناهض للتحكيم في صورة نصوص مقيدة أوردتها قوانين المرافعات في العديد من الدول وفي موقف مشدد من جانب القضاء الوطني.

كما أن التحكيم يعتبر وسيلة الدول المتقدمة وشركاتها العملاقة في تنظيم علاقات التجارة الدولية مع الدول النامية بعيدا عن قوانين وقضاء تلك الدول، وإنّ القواعد والأحكام التي تتضمنها الاتفاقيات الدولية أو تكرسها هيئات ومراكز التحكيم هي من صنع الدول المتقدمة والشركات العملاقة التي تهيمن على أمور التجارة الدولية لخدمة مصالحها على حساب الدول النامية، لذا يحرص المستثمر الأجنبي على التمسك بالتحكيم لتفادي الخضوع للقضاء وقوانين تلك الدول خشية الانحياز لمصالحها الاقتصادية[454].

هذا دليل على إقرار اختصاص القضاء الوطني التابع للدولة التي ينجز الاستثمار على إقليمها، رغم تخوف المستثمرين الأجانب نجد أن أغلبية الاتفاقيات الثنائية التي

---

[452]– عليوش قربوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر، المرجع السابق، ص 66.

Voir aussi : TERKI NourEddine, L'arbitrage commercial international, op.cit, p.19. Qui note : « Même si certains peuvent regretter de voir ainsi l'Etat céder, sous la pression des besoins du commerce international, mais néanmoins de son plein gré, une partie de sa souveraineté juridictionnelle …».

[453]– أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 20.

[454] – محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2006، ص 483.

أبرمتها الدولة الجزائرية مع الدول الأوروبية نصت على إمكانية خضوع الاستثمار للمحاكم الوطنية قد يدل على أن التخوف المزعوم غير مؤسس، وقد يكمن اللجوء إلى محاكم القضاء الوطنية في أن ذلك يبقى مجرد إمكانية؛ لأن هناك اختيار بين الهيئة القضائية والهيئة التحكيمية[455].

إنّ اعتماد التحكيم الدولي أسلوبا لتسوية المنازعات بين الدول المضيفة للاستثمارات والمستثمرين الأجانب من أشخاص القانون الخاص، يشكل في نظر البعض انتقاصا لمبدأ السيادة الوطنية التي تتمتع بها الدول لما يتضمنه من تخلي هذه الدول عن مبدأ الحصانة القضائية، وهذا هو الموقف الذي اتخذته دول العالم الثالث في بداية تحررها وظهورها على المسرح الدولي كدول مستقلة في مرحلة الستينات؛ إذ كانت في حينه ترفض التحكيم الأجنبي وتخضع المنازعات التي تنشأ عن عقود الاستثمارات الأجنبية إلى قوانينها الوطنية وبالتالي إلى قضائها الداخلي[456].

الفرع الثاني

التمسك بحق اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي

إذا كان الأصل أن ينعقد الاختصاص لحسم المنازعات الاستثمارية للقضاء الوطني في الدولة المضيفة، إلا أن الدول المختلفة تدرك مع ذلك أهمية وجود آلية التحكيم التجاري الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية بما يشكله من ضمان في توفير الأمن القانوني للاستثمار وتهيئة المناخ الاستثماري الملائم[457]، لذلك ازداد في العصر الحديث اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، سواء من جانب الدول ذات السيادة أو من المستثمرين ورجال الأعمال والتجارة، الذين أقروا بأهمية نظام التحكيم في تسوية المنازعات المتعلقة بالعقود والصفقات التجارية الدولية، وتفضيله عن النظام القضائي[458].

---

[455]– عليوش قربوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر، المرجع السابق، ص 119.

[456]– بلقنيشي حبيب، المرجع السابق، ص 37.

[457] – دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 338.

[458] – رياض إسماعيل رقية، المرجع السابق، ص 233.

خاصة أن التحكيم التجاري الدولي يحظى بقبول المستثمر الأجنبي ويبعث الاطمئنان لديه بشأن ما يمكن أن ينشأ بينه وبين الدولة من نزاعات.

إنّ التحكيم يعد في الواقع وسيلة قانونية لفض المنازعات الاستثمارية شاع النص على استعمالها في قوانين وعقود الاستثمار وفي الاتفاقيات الدولية الخاصة لتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية، وتصادف هذه الوسيلة بصفة عامة قبولا واسعا لدى الأطراف المتعاقدة باعتبارها تقوم على الاتفاق الاختياري فيما بينها، فضلا عن أن التحكيم يعد من أقدم الوسائل لتسوية المنازعات سواء في القانون الداخلي أو في القانون الدولي، وقد ازداد اللجوء إليه مع توسع وزيادة معدلات التجارة الدولية.

في هذا الصدد نجد الجزائر ومحاولة منها توفير المناخ الملائم لجلب الاستثمارات الأجنبية، أعدت وسائل تشريعية ضمّنتها مجموعة كبيرة من الامتيازات والضمانات، منها أن تسوية منازعات الاستثمار يتم حلها عن طريق قواعد التحكيم التجاري الدولي الذي اعتمده قانون ترقية الاستثمار لسنة 1993 في المادة 41 منه[459].

كانت دول أمريكا اللاتينية تعمل على إخضاع الفصل في المنازعات التي تثور بين المستثمر والدولة وفق قوانين الدولة المضيفة وأمام محاكمها، وقد تبلور هذا الاتجاه اللاتيني بما يعرف بمبدأ "كالفو" (calvo) الذي يستبعد خضوع الاستثمار الأجنبي ونزاعاته للمحاكم الأجنبية، ومع ذلك فهذه الدول قد هجرت هذا المبدأ في معاهداتها التي أبرمتها مؤخرا سواء الثنائية أو الجماعية؛ حيث نصت على ضرورة التحكيم ولزومه[460].

هناك توجه يعتمد على وجود معاهدة اقتصادية تعطي للمستثمر الأجنبي الحق في اللجوء إلى التحكيم الدولي، بالرغم من غياب هذا الشرط في عقد الاستثمار الأجنبي المبرم مع الدول الأطراف، الذي ثبت نتيجة ورود الشرط الخاص بتسوية المنازعات في اتفاقية الاستثمار والذي يعطي هذا الحق للمستثمر الأجنبي المنتمي للدول الأطراف، ومثل

---

[459]– وهو ما أكدّت عليه المادة 17 من الأمر رقم 01–03 المتعلق بتطوير الاستثمار، المرجع السابق.

– كما أن الأمر رقم 01–03 المتعلق بتطوير الاستثمار، قد نزع كل الشك حول مسألة تسوية النزاعات فيما يتعلق بالاستثمارات، ثم تأكدّ انفتاح الدولة الجزائرية بقوة على الاستثمار من خلال استحداث قانون جديد للإجراءات المدنية والإدارية، فقد جاء هذا القانون ليكرّس بصفة واضحة وجلّية التحكيم التجاري الدولي الذي عمل على تبسيط إجراءاته.

[460]- BACHAND Rémi : « Les mécanismes de règlements des différends relatifs aux investissements. L'ALENA comme modèle ? Evolutions récentes et perspectives d'avenir», In : http : // www.unites.uqam.ca/gric.

هذه البنود توجد في اتفاقيات الاستثمار الثنائية، ويتم العمل بها كذلك في الاتفاقيات المتعددة الأطراف[461].

يرى البعض أن هناك تخوف يتمثل فيما قد ينتج عنه من نتائج تحد وتقلّل من سيطرة الدول النامية المضيفة للاستثمار، مما جعل تلك الدول تفضّل مزيدا من الصيغ المرنة، إذ نجد الكثير من الاتفاقيات الثنائية تلزم الأطراف المتعاقدة بمحاولة التوصل إلى التسوية من خلال التفاوض قبل اللجوء إلى طرف ثالث لحل النزاع على أن هناك بعض الاتفاقات لدول أمريكا اللاتينية ودول اتحاد المغرب العربي، تنص على ضرورة اللجوء إلى المحاكم الوطنية أولا قبل اللجوء إلى التحكيم الدولي فضلا عن تحديد مهلة زمنية للمحاكم الوطنية للفصل في النزاع[462].

ازداد في العصر الحديث اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي سواء من جانب الدول ذات السيادة أو من المستثمرين ورجال الاقتصاد والتجارة، الذين أقروا بأهمية نظام التحكيم في تسوية المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار والصفقات التجارية الدولية وتفضيله عن النظام القضائي، نظرًا لما يتمتع به نظام التحكيم من سرعة الفصل في الدعاوى التي ينظرها، وأيضا – وإلى حد ما– تكلفة التقاضي، ولسهولة الإجراءات في رفع الدعاوى وتنفيذ أحكام التحكيم، كذلك هناك العديد من المزايا التي يتمتع بها نظام التحكيم المؤسساتي، ولا تتوفر في النظام القضائي مثل طرق الوساطة والتوفيق التي تمارسها مؤسسات التحكيم في محاولة تسوية المنازعات بين الأطراف، قبل اللجوء إلى التحكيم، إذا لم يتم تسوية النزاع بهذه الطرق، بالإضافة إلى تطبيق هذه المؤسسات لقواعد تحكيم دولية أصبحت عرفا واتفاقا مقبولا من معظم الدول في مختلف أنحاء العالم[463].

فإنّ الزيادة المطردة أيضا في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في منازعات الاستثمار والمعاملات التجارية الدولية، وعبر الأقطار المختلفة، تتحقق نتيجة الحياد المفترض أن يتسم به المحكمون، والكفاءة التي يتمتعون بها في التخصصات المتعلقة بأسلوب التجارة العالمية، وقواعدها، وأعرافها، هذا بالإضافة إلى السرية التي تتم بها

---

[461] – أحمد أحمد الثلايا عبد الكريم، المرجع السابق، ص 238.

[462]– المرجع نفسه، ص 239.

[463]– جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 09.

إجراءات التحكيم وتصدر بها أحكام التحكيم – إذا ما رغب الأطراف في ذلك– كذلك إلى عدم الرسمية في الإجراءات والمرونة في عملية التحكيم[464]، بازدياد الأنشطة والمعاملات التجارية بين الدول الصناعية والدول النامية عن طريق إبرام عقود دولية بين أطراف من جنسيات مختلفة، ومن دول مختلفة، سواء كانت عقود تجارية دولية أو عقود استثمارات.

لقد ظهرت هنا صعوبات خاصة بطرق تسوية المنازعات التقليدية، عن طريق السلطة القضائية، وذلك نظرا لعدم ثقـــة الطرف الأجنبي في حياد المحاكـــم الوطنية للدولة، وكذلك لعدم قبول حكومات الدول ذات السيادة بعرض النزاع القائم بينها وبين طرف خاص أجنبي على المحاكم الوطنية لدولة أخرى. فلقد كان من الضروري ظهور نظام التحكيم الدولي، الذي تلجأ إليه الدول ذات السيادة بإرادتها المنفردة كطرف متساو أمام الأطراف الأخرى، لها نفس الحقوق وعليها ذات الالتزامات، فيما يتعلق بإجراءات التحكيم وعدم التمسك بحجج السيادة التقليدية، وقبول تنفيذ الأحكام التي تصدرها مؤسسات التحكيم باعتبارها أحكاما ملزمة ونهائية[465]، وقد جاء نظام التحكيم الدولي ليفرض نفسه نظرا لعدم وجود بديل أخر لتسوية المنازعات التي تنشأ بصدد تفسير أو تنفيذ عقود معاملات تجارية دولية تكون إحدى الدول طرفا فيها.

إلا أن لجوء المستثمر الأجنبي إلى المحاكم الوطنية للدولة المضيفة قد يثير عدة صعوبات مصدرها اختلاف المركز القانوني لأطراف النزاع؛ إذ إنّ أحدهما دولة ذات سيادة، بينما الطرف الأخر فرد أو شركة أجنبية، وبالتالي فإنّ الأول دون الثاني يعد من أشخاص القانون الدولي، ونظرا لهذا الاختلاف في المركز القانوني بين الأطراف فإنّه من الصعب تحقيق المساواة الكاملة بينهما أمام المحاكم الوطنية في الدولة المضيفة[466]. الأمر الذي يؤدي إلى عدم حصول المستثمر الأجنبي على إجراءات تقاضي عادلة، وعلى ذلك

---

[464]– رياض إسماعيل رقية، المرجع السابق، ص 233.

[465]– حسين فريدة، التنفيذ الجبري لأحكام التحكيم الدولي الصادرة في المجال الاستثماري بالجزائر، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري–تيزي وزو، 2000، ص 48.

[466]– تتحقق المساواة الكاملة بين الأطراف إذا كان كل طرف في الدعوى قادرا على المثول أمام المحكمة، وعلى عرض دعواه أمامها دون قيد ومباشرتها، وتنفيذ الحكم دون عقبات، على أن تلتزم المحكمة بالاستماع الكامل لكلا الطرفين. أنظر في ذلك: غسان علي علي، المرجع السابق، ص 217.

يصعب على المحاكم الداخلية في الدولة المضيفة تقديم الضمان الكافي لطمأنة المستثمر الأجنبي على نتيجة دعواه.

كما قد يصطدم المستثمر الأجنبي عموما والشركات الأجنبية على وجه الخصوص بعائق أخر، وهو مبدأ حصانة الدولة، الذي يحول دون نظر المحاكم الداخلية في الدولة المضيفة في التصرفات التي تصدر عن سلطات هذه الدولة[467].

أخيرا قد يصطدم المستثمر الأجنبي بالحصانة ضد التنفيذ، ذلك أن المستثمر حتى ولو افترضنا جدلا أنه قد حصل على حكم ضد الدولة المضيفة للاستثمار، فقد ينتهي الأمر به إلى العجز عن تنفيذ الحكم، نظرا لما تقرره التشريعات الوطنية في هذا الفرض من عدم التنفيذ الجبري على الأموال العامة.

كما أن اللجوء إلى محاكم الدولة المضيفة للاستثمار قد يحتاج إلى إجراءات قانونية ومناخ معين، قد لا يكون متوافرا في أغلب الأحيان، مما يجعل من الصعب أمام المستثمر الأجنبي رفع الدعوى على الدولة أمام المحاكم الوطنية[468].

الفرع الثالث

تبني نظرية السيادة المقيدة كحل وسط

يقصد بنظرية السيادة المقيدة أن تكون الحكومات الأجنبية محصنة في مجال مقاضاتها بالنسبة للدعاوى المتعلقة بكيانها السيادي، أما القضايا المتعلقة بالأنشطة التجارية فلا يمكن التمسك بهذه النظرية، وهذا ما استخدمته محاكم الدول الغربية على الدول النامية، إذ رفضت تمسكها بالحصانة السيادية بالنسبة لهذه الأنشطة[469].

كما قد قننت كل من الولايات المتحدة الأمريكية (1976)، والمملكة المتحدة (1978) المبادئ الخاصة بالحصانة السيادية المقيدة وتم تطبيق ذلك في محاكمهم على القضايا التي تكون الدولة أو المؤسسات الحكومية أو العامة طرفا فيها وتكون ذات صبغة

---

[467]– غسان علي علي، المرجع السابق، ص 218.

[468]– جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 10.

[469]– مليص وحيدة، المرجع السابق، ص 113.

تجارية؛ حيث لا تتمتع هذه الأخيرة بأي حصانة سيادية فيما يتعلق بهذا النوع من القضايا[470].

فقد أحصى قانون الحصانة السيادية الأمريكي الحالات التي لا يجوز فيها للدولة الأجنبية المطالبة بالحصانة بالنسبة للقضايا المتعلقة بأنشطة تجارية ينظر فيها أمام المحاكم الأمريكية، وهي حالات ثلاث، تتمثل في:

1- عندما تمارس دولة أجنبية أنشطة تجارية داخل الولايات المتحدة الأمريكية.

2- أي أعمال تتم في الولايات المتحدة الأمريكية، وتكون ذات علاقة بعمليات تجارية تقوم بها الدولة الأجنبية في أي مكان أخر.

3- أي أعمال تتم خارج الولايات المتحدة الأمريكية ذات العلاقة بالأنشطة التجارية التي تمارسها دولة أجنبية، والتي يكون لها تأثير مباشر في الولايات المتحدة الأمريكية.

إنّ ظهور نظرية الحصانة المقيدة وتطبيقها في كل من أمريكا وانجلترا قد أدى إلى اتساع تطبيقها في معظم دول العالم التي بادرت إلى إصدار قوانين خاصة بالحصانة السيادية المقيدة، وبعدم جواز تمسك الدولة بالحصانة السيادية المطلقة في حالة دخولها في معاملات وأنشطة وعقود تجارية دولية؛ حيث تتنازل الدولة صراحة أو ضمنا عن تمسكها بهذه الحصانة وذلك في الدعاوى القضائية عند وجود اختصاص قانوني لهذه المحاكم، ولاسيما في إجراءات التحكيم التجاري الدولي ودعاوى تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبي، أيضا في حالة دخولها في اتفاقيات تحكيم لتسوية المنازعات التي تثور بصدد تطبيق وتنفيذ هذه العقود التجارية[471].

إنّه وبالرغم من التطور من عصر التمسك بنظرية الحصانة السيادية المطلقة إلى عصر التحول إلى نظرية الحصانة المقيدة، إلا أنه لا توجد تشريعات قانونية تدل على هذا التحول الجذري، ذلك لأن منازعات الاستثمار التي تكون الدولة طرفا فيها عادة ما تتميز بالتعقيد وحلها أكثر صعوبة، وهذا نتيجة لحساسيتها المتعلقة بظهور الدولة كطرف ذات سيادة[472].

---

[470]- رياض إسماعيل رقية، المرجع السابق، ص 199.

[471]- المرجع نفسه، ص.ص 209-211.

[472]- جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 09.

إلا أن المعاملات التجارية الدولية التي تمت بموجب عقود دولية بين بعض دول أوروبا الشرقية، ودول أوروبا الغربية، والدول الإفريقية والأسيوية، قد تضمنت النص على اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في حالة حدوث نزاع بين أطراف العقد الدولي بصدد تنفيذه، مما اعتبر تنازلا ضمنيا من هذه الدول عن نظرية الحصانة السيادية المطلقة والخضوع للقضاء التحكيمي وللمحاكم القضائية الأجنبية، فيما يتعلق بإجراءات التحكيم وتنفيذ أحكام التحكيم، وبظهور مؤسسات التحكيم الدولية وازدياد الاتفاقيات الدولية الخاصة بإجراءات التحكيم الدولي والخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وازدياد عدد دول المجتمع الدولي المنظمة لهذه الاتفاقيات، يمكن القول: إنّه لم يعد هناك مجال للتمسك بنظرية الحصانة السيادية المطلقة في مجال التحكيم التجاري الدولي، الذي تكون الدولة طرفا فيه تنفيذا لعقود دولية أبرمتها في مجال المعاملات التجارية الدولية[473].

إذا كان اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة يعد الوسيلة الأكثر اتفاقا مع مقتضيات سيادة الدولة، إلا أن رغبتها في تشجيع الاستثمار يلزمها بأن تراعي ما يعتمل في نفس المستثمر الأجنبي فيما يتعلق بالقضاء الوطني من حيث حياده، ولذلك فمن المرغوب فيه لهذه الغاية أن يقر قانون الاستثمار مبدأ جواز عرض المنازعات الناجمة عن الاستثمار على جهاز يثق المستثمر في حياده مثل أجهزة التحكيم[474]، وهذا ما أقره قانون الاستثمار الجزائري لسنة 1993، الملغى بالأمر الصادر في سنة 2001 وغيره من قوانين الاستثمار العربية.

نصل في الأخير إلى أن هناك محاولة للتوفيق بين مبدأ السيادة الوطنية وأمن الاستثمار، يظهر ذلك من خلال حصر مجال إعمال مبدأ الحصانة السيادية في حدود الأعمال ذات السيادة المتعلقة بأعمال الدولة، فيما عدى الأنشطة التجارية التي لا يجوز التمسك فيها بهذا المبدأ نظرا لطبيعتها الخاصة.

---

[473]– رياض إسماعيل رقية، المرجع السابق، ص 212.

[474]– غسان علي علي، المرجع السابق، ص 219.

المبحث الثاني

السلبيات والمشاكل التي تعترض التحكيم التجاري الدولي

كثيرا ما يواجه التحكيم التجاري الدولي العديد من الصعوبات التي تمثل في بعض الأحيان بالنسبة لأطراف العقد سببا كافيا للإحجام عنه، وهذا ما أدى بأنصار التحكيم التجاري إلى الاجتهاد لتقديم حلول لتلك الصعوبات[475].

على الرغم من الأثار الإيجابية التي تمخضت عن تبني التحكيم التجاري الدولي من طرف الدولة الجزائرية، رغبة منها في استقطاب وجذب الاستثمارات الأجنبية، إلا أنه لا يخفى علينا أن نشير إلى أنه بالرغم من ذلك توجد نقائص وجوانب أثرت سلبا على مناخ الاستثمار في الجزائر؛ إذ إنّه فضلا عن الكم الهائل من النصوص القانونية التي كرست حق الأطراف المتنازعة في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، سواء من خلال تعديل واستحداث قوانين داخلية متعلقة بتكريس آلية التحكيم التجاري الدولي، أو من خلال إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية في مجال الاستثمار، إلا أنه لم تصل إلى الحد المطلوب لإقناع المستثمرين الأجانب وحملهم على استثمار أموالهم فيها.

استنادا إلى قلة المعلومات وصعوبة استقراء الأفكار، فيما يتعلق بهذا الجزء من الموضوع، نحاول أن نقوم بكشف الغطاء عن الوضع القانوني للتحكيم التجاري الدولي بالبحث عن سلبيات ومشاكل إن صحّ التعبير، قد تقلّل من قيمة التحكيم الدولي في تسوية منازعات الاستثمار التي قد تنشئ في المستقبل، وتأثيرها على الأمن القانوني للاستثمار بالتطرق إلى العراقيل التي يواجهها التحكيم التجاري الدولي.

للوقــوف عند هــذا الوضع، نتناول سلبيات التحكيم التجاري الدولي (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى مشاكل التحكيم التجاري الدولي (المطلب الثاني).

---

[475]– مزير فلحوط وفاء، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2008، ص 710.

المطلب الأول

سلبيات التحكيم التجاري الدولي

بالرغم من المزايا التي يتمتع بها التحكيم التجاري الدولي كآلية لتسوية منازعات الاستثمار بين الدولة المضيفة والمستثمرين الأجانب، إلا أنه لا يخلو بالنظر إلى تلك الايجابيات من بعض السلبيات التي تعرقل مسيرته وتقدمه في مجال العلاقات التجارية الدولية.

إنّ العيوب والصعوبات التي يواجهها نظام التحكيم التجاري الدولي قد أدت إلى تقليص نسبة القضايا التي تم حلها عن طريق هذا النظام إذ لا تتعدى نسبة 02% فقط من إجمالي القضايا التجارية، تتركز أغلبها في قطاعات النفط، البنوك و أسواق المال[476].

لقد أدت هذه السلبيات بالدول النامية إلى المطالبة بضرورة اختصاص قضائهم الوطني متمسكين بالنقائص التي يعاني منها نظام التحكيم، هذا ما أدى بالمختصين ورجال القانون على المستوى الدولي إلى البحث لإيجاد حلول كافية وشافية لهذه الانتقادات والنقائص.

سنحاول البحث عن سلبيات التحكيم التجاري الدولي بالرغم من قلتها، ولكن من الجدير التطرق إليها للإشارة أنه يجب في المستقبل العمل على تغطية هذه السلبيات التي تشكل نقائص يمكن أن تحد من فاعليته كآلية مفضلة لتسوية المنازعات.

عليه نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، نتناول عدم موضوعية واستقلالية بعض المحكمين (الفرع الأول)، ثم نشير إلى عيب ارتفاع رسوم التحكيم وتكاليفـــه (الفرع الثاني)، وأخيرا نشير إلى الصعوبات الناتجة عن تشكيل محكمة التحكيم، وتفسير الشرط التحكيمي (الفرع الثالث).

---

[476]– الخولي خالد: "التحكيم التجاري يتلهف إلى قانون يدعمه كآلية للتقاضي"، مقال منشور على موقع جريدة المال نيوز الإماراتية بتاريخ 14 جويلية 2009، العدد 51.

www.almalnews.ae.pdf

الفرع الأول

عدم موضوعية واستقلالية بعض المحكمين

من مساوئ التحكيم التجاري الدولي عدم موضوعية بعض المحكمين، وهذا الأمر يمكن تلافيه واجتنابه من قبل الأطراف عن طريق حسن اختيارهم للمحكم الذي ينظر في قضيتهم، كما يمكن مساعدتهم من طرف بعض مؤسسات ومراكز التحكيم الدولي غير المنحازة، إضافة إلى إمكانية رد المحكم وفق ما تقرره قوانين التحكيم[477]، وهذا ما أخذ به القانون الجزائري.

تفرز أحيانا شخصية وسلوك المحكمين تعقيدات إضافية للتحكيم، لأنه لا يوجد لها أثر في إجراءات التقاضي في هذا المستوى على الأقل.

غالبا ما يشترط في نظام التحكيم أن يكون المحكم لا يحمل جنسية الأطراف المتنازعة وهذا لضمان حياديته، إلا أنه قد يحدث وأن يكون المحكم يحمل جنسيتين (جنسية دولة ثالثة وجنسية أحد الأطراف المتنازعة) ولم يتم العلم بذلك؛ إذ يخشى أن ينحاز إلى الطرف الذي يحمل معه نفس الجنسية وهذا ما يؤثر على عدالته، وفي حالة اكتشاف ذلك من الطرف الأخر فإنّه يحق له القيام بإجراءات الرّد[478]، كما قد يترتب عن هذا الإجراء تردي ظروف وأجواء التحكيم بالإضافة إلى تمديد أجال الإجراءات.

إنّه لَمنَ الصعب أن نلاحظ مثل هذه الأشياء غير المرغوب فيها (désagréments) أثناء أية دعوى قضائية، هذه الوضعية رغم ندرتها إلا أنها تكتسي أهمية مؤكدة في العلاقات الفرنسية الجزائرية أين تكون احتمالات ازدواجية الجنسية مألوفة (غير نادرة)، لكن هذا كله لا يشكل أعقد مشكلة يعرفها التحكيم.

---

[477]- HAROUN Mehdi, op.cit, p.644.

[478]– فيما يتعلق بأنظمة التحكيم، نذكر على سبيل المثال، المادة 02 فقرة 06 من نظام غرفة التجارة الدولية والمادة 11 من نظام لجنة الأمم المتحدة للتنمية والتجارة الدولية CNUDCI التي أوجبت أن تكون جنسية المحكم من غير جنسية الأطراف. في حين نجد المشرع الجزائري في القانون الجديد على خلاف القانون القديم، لم ينص على هذا الإجراء وهو ما يثير تساؤل هل أن المشرع أراد من وراء ذلك أن إجراء الرد يقتصر فقط على الحالات الواردة في المادة 1016 على سبيل الحصر، وبالتالي يمكن أن تكون جنسية المحكم من نفس جنسية الأطراف المتنازعة، أم أنه تعمد عدم اشتراط هذا الشرط؟. لمزيد من التفصيل أنظر:

- NAJJAR Nathalie, op.cit, pp.374-375.

غالبا ما تكون المسائل المتعلقة بشخصية المحكمين مرتبطة بمدى استقلاليتهم عن أطراف النزاع، وهذا ما تتناوله قوانين التحكيم سواء الوطنية أو الاتفاقية، لأنه يخشى هضم الحقوق في حالة عدم الاستقلالية[479]. ولكن هل يجب أن نصل إلى وضع مبدأ استقلالية كل أعضاء المحكمة التحكيمية؟ ألا يعتبر هذا المبدأ أقرب من المثالية (الخيال) أو افتراض منه إلى الواقع؟

في حقيقة الأمر، هناك حالات قد تكون فيها استقلالية المحكم مشوهة، لذلك سنحاول أن نحدد بعض من هذه الحالات، قبل أن نتساءل عن جدوى تخصيص هذا المبدأ على حساب مفهوم قد يكون أكثر توافقا مع واقع التحكيم، أي مفهوم الحياد[480].

أولا- حالات فقدان المحكم لاستقلاليته:

إنّ حالات فقدان المحكم لاستقلاليته متعددة وواسعة لا يمكن حصرها، منها مثلا أن يملك أحد المحكمين معلومة مميزة تجعل أحد الأطراف يشك في استقلاليته، وهذا ما يؤدي به إلى القيام بإجراءات الرد[481].

يمكن القول: إنّ المحكم يملك معلومة مميـــزة إذا كان قد عيّن كمحكم أو كمستشار في نزاع مرتبط بصورة مباشـــرة بالنزاع محل الدعـــوى ومن شأنه أن يؤثـــر على حكمه، وعموما فإنّ مجرد كون المحكم يمتلك معلومة مميزة ليس شرط كافي للطعن في استقلاليته، لذلك فإنّه "ليس هناك أي مبدأ يتعارض مع كون أي محكم مدعوا للبت في قضية الضمان التي شُكلت بعد إجراء أساسي يكون قد اطلع عليها باعتباره مكلف بالبت فيها"، وكون هذا المحكم مطَّلع على الإجراءات السابقة للقضية ليس من طبيعتها أن تنقص من درجة حياده أو موضوعيته، أو حتى من قدرته على الفصل الجدي في النزاع الجديد.

بالرغم من هذا الحل، فإنّ امتلاك المحكم لمعلومة مميزة غالبًا ما يفرز حالة من الشك تجاهه، ولذلك فإنّ الطرف المعني بالأمر يمكن أن تراوده فكرة القيام بإجراء الرد رغم أن حظوظ قبولها ضئيلة جدا، وهذا السلوك من شأنه أن يمدد في أجال الإجراءات

---

[479]– كولا محمد، المرجع السابق، ص 178.

[480]- HAROUN Mehdi, op.cit, pp.642-643.

[481]– المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويرفع من تكاليف التحكيم، ويقلّل من مصداقية الحكم التحكيمي وليس من شأنه أن يشجع على إيجاد حل مرض للنزاع.

بالإضافة إلى ذلك، فإنّ إرغام المحكم أحيانا على الكشف عن الوقائع والملابسات التي من شأنها أن تمس باستقلاليته من حيث المنظور المجرد in abstracto، ولكن حسب التصور الفعلي in concreto للأطراف المتنازعة الرجوع إلى هذا التصور من شأنه أن يصعّب من تحقيق هذا الإلزام. كيف يمكن للمحكم أن يتذكر كل الوقائع المتعلقة به والتي من شأنها أن تمس استقلاليته في ذهــن وتصور الأطراف؟ هل يمكن أن نؤاخــذ، مثلا DAVID René، كمحكم قام بالتحكيم في إثيوبيا، على عدم تصريحه بأنه قام بتحرير القانون المدني لهذا البلد عشرين سنة من قبل[482].

غالبا ما تسقط الاستقلالية نتيجة رغبة المحكم في الدفاع عن مصالح أحد الأطراف، ولكن هذا الأمر معقد إذ يصعب اكتشافه، فهل يمكن متابعة المحكم على سعيه للتأكد من أن تبريرات أحد الأطراف تم سماعها وأخذها بعين الاعتبار من طرف محكمة التحكيم التي تفصل في النزاع؟

في حقيقة الأمر المحكم لا يقوم إلا بالدفاع عن مبدأ التناقض ولا يعمل إلا على التأكد من أن المحكمين كلهم قد احترموا مهامهم المتمثلة في الإجابة عن تبريرات الأطراف المتنازعة؛ إذ يمكن أن لا يتوقف الدفاع عن مصالح أحد الأطراف عند هذا الحد، فقد يمتد مثلا إلى المعلومات المتعلقة بتوجه مداولة الحكم التي قدمها أحد المحكمين إلى الطرف الذي عينه، والأخطر من ذلك تلك الوضعية التي يعمل فيها المحكم أو رئيس محكمة التحكيم على محاولة ترجيح كفة أحد أطراف النزاع على حساب الطرف الأخر[483].

هناك حالات عديدة تطرح فيها مشكلة عدم وجود أدلة على غياب استقلالية المحكم، إلا أنه في بعض الأحيان قد تظهر حالات يمكن اعتبارها كأدلة لعدم الاستقلالية كحالة ما إذا تبين من حكم المحكمة التحكيمية تحيز واضح لأحد الأطراف المتنازعة؛ إذ تجدر الإشارة هنا إلى أن مفهوم الاستقلالية واسع وقابل للنقاش وتصوره يختلف من دولة

[482]- HAROUN Mehdi, op.cit, p.644.
[483]- Ibid, p.645.

إلى أخرى حسب اختلاف الثقافات والعادات، فعالم الأعمال يمتاز بسرعة انتشار المعلومات، لذلك فمن الصعب أن نجد شخصا ما ليس له أي اتصال بأحد أطراف النزاع ولو كان اتصالا غير مباشرا، خاصة إذا تعلق الأمر بالمحكمين الذين يكونون مجبرين على الإطلاع على مختلف التطورات التي يعرفها عالم الأعمال، وذلك من أجل تحسين وتطوير مهاراتهم وخبراتهم التي هم ونحن بحاجة إليها من أجل القيام بمهامهم على أحسن وجه.

خلاصة القول: إنّ أسباب فقدان استقلالية المحكم عديدة، سواء تعلق الأمر بمعلومات متميزة بعلاقات المحكم مع أحد الأطراف من قريب أو من بعيد باتصالات قديمة مع هـذا الطرف أو بإرادة جلية قصد تفضيله؛ إذ يبـدو أن تعـدد إجراءات الرد أو الاستبدال لا دليل على مشكلة حقيقية فيما يخص التحكيم عوض أن تأكد مرة أخرى على مبدأ استقلالية المحكمين، كما قام به القانون الجزائري للإجراءات المدنية المعدّل في سنة1993، والملغى بموجب قانون رقم 08-09 الصادر في سنة 2008.

أليس من الأجدر أن ننظر في هذا النقص الذي يعاني منه هذا الإجراء (إجراء الرد)، إظهار الطبيعة غير الملائمة لمفهوم الاستقلالية بالنسبة للمحكمة التي تفصل في النزاع؟[484]، للإجابة على هذا التساؤل يقتضي منا الأمر تعريف كل من مبدأ الاستقلالية ومبدأ الحياد لتوضيح طبيعة إجراء الرد في هذه الحالة.

ثانيا- مبدأ الاستقلالية ومبدأ الحياد:

يعد مفهوم الحياد والاستقلال مصدران للقواعد السلوكية التي يجب أن تتوافر ويلتزم بها المحكم، ويعتبر هذان المفهومان حجر الأساس لفكرة القضاء بصفة عامة سواء كان قضاء عاديا أو قضاء خاصا كالتحكيم؛ إذ يؤدي غيابهما إلى إنكار العدالة والشك في العملية القضائية؛ إذ من مفترضات الطبيعة القضائية لقضاء التحكيم أن تتوافر في المحكم شروط الاستقلالية[485].

لقد جاء في تقرير لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة عن استقلال القضاة والمحلفين وأعوان القضاء والمحامين، أن نزاهة القضاة وحيادهم واستقلالهم حق من

[484]- HAROUN Mehdi, op.cit, p.647.
[485] - NAJJAR Nathalie, op.cit, p.374.

حقوق الإنسان مقرر لمصلحة طالبي العدالة والمتقاضين، أكثر من كونه امتياز للقضاة أنفسهم يمنح إكراما لهم.

إذ يجب على القضاة أن يتمتعوا بالاستقلالية وأن يتحرروا من كل القيود وكذا الإغراءات والضغوطات أو أي تهـــديدات أو تدخلات سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة، وهذه الاستقلالية لا تكون عن السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية فحسب، بل كذلك عن زملائهم ورؤسائهم في الجهاز القضائي[486]، ومبدأ الاستقلال والنزاهة يعتمد على ثقافة المجتمع وآدابه ونظامه القانوني، وعلى صفات القاضي وحساسيته الشخصية وكفاءته الفردية.

هذا كله مطلوب بصورة ما من المحكم، لكن نزاهته وحياده واستقلاله هي الأساس الذي تبنى عليه منظومة قواعد السلوك الواجبة الإتباع، وترد إليها تفاصيلها في نظام التحكيم كله، وفيما يلي تحديد لمفهوم كل من الاستقلال والحياد كمبدأ من المبادئ التي يلتزم بها المحكم في الخصومة التحكيمية عند مباشرته للاختصاص التحكيمي للفصل في النزاع المعروض عليه؛ حيث يعد مبدأ استقلال المحكم وحياده من مفترضات الطبيعة القضائية للاختصاص التحكيمي[487].

1/- مفهوم استقلالية المحكم:

يقصد بصفة الاستقلال أن لا تكون للمحكم أية صلة بموضوع النزاع، وأن لا تكون له مصلحة فيه سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة؛ إذ لا يجوز له أن يكون طرفًا في النـــزاع مهما كانت صفة هذا الارتباط (روابط مالية، علاقات مهنية أو اجتماعية، سابقة أو لاحقة)، فاستقلالية المحكم تعد مفترض أساسي وضمانة هامة لعدالة حكمه؛ حيث يجب أن تستمر هذه الاستقلالية إلى غاية صدور الحكم التحكيمي. هذا وقد قضت محكمة استئناف باريس باعتبار استقلال المحكم من المبادئ الأساسية المتعلقة بالنظام العام[488].

كما أن الاستقلال مسألة موضوعية تتعلق بصلة المحكم بأحد الأطراف، كما لو كان مستشارا لأحدهم مدعيا كان أو مدعى عليه.

---

[486] - NAJJAR Nathalie, op.cit, p.375.

[487]– عاطف بيومي محمد شهاب، المرجع السابق، ص 162.

[488]- HAROUN Mehdi, op.cit, p.648.

إنّ ما يدعم أهمية استقلال المحكم ما تبنته العديد من مؤسسات ومراكز التحكيم من معايير سلوكية تحكم المحكمين، ومثال ذلك مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي الذي أصدر ميثاق بعنوان سلوكيات المحكم، الذي يحتوي على معظم القواعد المتعارف عليها على المستوى الدولي في الوثائق المماثلة التي تؤدي في حال الالتزام بها إلى تحقيق أكبر قدر ممكن من الاستقلال والحياد للمحكمين، ما يبعث الثقة والاطمئنان لدى الأطراف المتنازعة سواء في شخص المحكمين أو الحكم الذي يصدرونه؛ حيث يفترض أن يكون هذا الأخير مؤسس على حقائق واقعية بعيدة عن المصالح والأهواء والأطماع، فضلا عن التزام المحكم بالاستقلال فإن عليه التزام أخر يتمثل في الإفصاح عن كل الظروف التي من شأنها إثارة الشكوك في استقلاله وحياده[489]، وقد جعل المشرع الجزائري بذلك الاستقلال والحياد كل منهما يكفي بذاته لرد المحكم.

2/- مفهوم حياد المحكم:

يعتبـــر حياد القاضي من أهـــم الشروط الجوهـــرية في العمل القضائي بصفة عامة، وهذا ما يجب أن يتحلى به أيضا المحكم؛ إذ لا يجب عليه أن يقوم بالتحيز لأحد أطراف الخصومة، هؤلاء الذين يرجون العدالة في حكمه، فانتفاء صفة الحياد في المحكم لا يمكن تفسيرها إلا بصدور حكم غير عادل[490]، والحياد في هذا المجال قد يرتبط بعدة حالات كوجود حالة قرابة، مصاهرة أو محبة بين المحكم وأحد أطراف النزاع[491] من شأنها استمالة المحكم لجهة معينة، مما يؤثر على مصداقية حكم التحكيم ويقلل من فعّاليته.

يتأكد حياد المحكم من مسلكه غير المتحيز إذ يظهر ذلك من عدم محاباته لأحد الخصوم، فالعدالة التي يجب أن يتسم بها المحكم تتعارض مع تحيزه لأحد الخصوم، وذلك أن الحياد وعدم التحيز لأي من الخصوم تعد من مفترضات الثقة التي ينشدها الخصوم في شخص المحكم والتي تصل بهم إلى الحكم الصحيح للنزاع، فالثقة في عدالة المحكم تؤدي

---

[489]- عاطف بيومي محمد شهاب، المرجع السابق، ص.ص 163-164.

[490]- المرجع نفسه، ص 165.

[491]- وقد نصت المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على ذلك بأنه: "يجوز رد المحكم في الحالات الآتية:

- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، ولاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط".

إلى قبول المحكوم عليه للحكم وتنفيذه طواعية، هذا وقد أوجبت المادة الرابعة من قواعد مركز القاهرة لسلوكيات المحكم، على المحكم:"**أن يوفر للأطراف ولباقي المشتركين في التحكيم الظروف الملائمة للفصل في النزاع بعدل ودون ما تحيز أو تأثير بضغوط خارجية أو خوف من الانتقاد أو مصلحة شخصية**".

تحقيقا لحياد المحكم أوجبت المادة الخامسة من قواعد مركز القاهرة، على المحكم "**تجنب إجراء اتصالات من جانب واحد مع أحد الأطراف بشأن أي موضوع يتعلق بالتحكيم، وفي حالة حدوث ذلك يتعين على المحكم التصريح لباقي الأطراف والمحكمين بما تم**"، كما لا يجوز للمحكم قبول هدايا أو مزايا بطريق مباشر أو غير مباشر من أي طرف من أطراف التحكيم، وينطبق ذلك على الهدايا والمزايا اللاحقة على الفصل في التحكيم مادامت مرتبطة به، وذلك حتى لا تكون هناك صلة بين المحكم والخصوم[492].

هذا وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث لها[493]، بتأييد محكمة استئناف باريس، فيما ذهبت إليه من حقها المطلق في تقدير حياد واستقلال المحكم، وتتلخص وقائع هذا النزاع في أن حكومة دولة قطر كانت قد أبرمت اتفاقا مع شركة أمريكية تصهر على عمليات إنشاء مستشفى في الدوحة، ونشبت خلافات بين الطرفين أدت إلى إقامة دولة قطر دعوى تحكيم، وأثناء نظر النزاع تقدم المحكم المعين عن الشركة الأمريكية إلى زميليه بمعلومات أعدها عن أحكام القانون القطري وتعترض عليها حكومة قطر وأنه كانت له صلات بالشركة الأمريكية قبل وأثناء وبعد الحكم في القضية.

لذلك جاء الطعن من دولة قطر في الحكم بانحياز محكم الخصم ونظرت في الطعن محكمة استئناف باريس، التي قضت برفض الطعن في 12 جانفي 1996، فأقامت دولة قطر طعنا بالنقض أمام محكمة النقض الفرنسية فرفضته أيضا وأيدت حكم استئناف باريس، وقالت في حكمها الصادر بتاريخ 1999/03/16 إن محكمة استئناف باريس لها

---

[492]– محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 491.

[493]– حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1999/03/16، وحكم محكمة استئناف باريس بتاريخ 1996/01/12، مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني، جانفي 2000، ص 229، نقلا عن: عاطف بيومي محمد شهاب، المرجع السابق، ص 167.

حق التقدير المطلق فيما يتعلق بحياد واستقلال المحكم، وأنها قد مارست سلطتها هذه وانتهت إلى أن العلاقات المدعى بها بين المحكم والشركة الأمريكية تنحصر في أنه في الفترة السابقة على تعيينه محكما كلفته الشركة الأمريكية بأن يبحث عن محام من قطر يصلح أن يكون وكيلا عن الشركة الأمريكية في هذه القضية، وهذا أمر لا يعني أنه منحاز لصالح الشركة الأمريكية أو كونه منحازا ضد حكومة قطر.

كما مارست محكمة الاستئناف سلطتها فيما يتعلق بالمعلومات التي قدمها المحكم المذكور عن القانون القطري إلى زملائه، فقالت إنّ هذه المعلومات لم تستخدم في أسباب الحكم في القضية، وبالتالي فلا مجال للاعتراض عليها، وهكذا فإنّ تقدير محكمة الاستئناف المبني على سلطتها في تقييم استقلال وحياد المحكم جاء سليما مما يتعين معه رفض الطعن المقدم من دولة قطر[494].

لقد صدر أيضا حكم في نيويورك يقضي بأنه: "**من الضروري توافر أقصى درجات الحماية للتحكيم**" وأنه يكفي أن ينبئ ظاهر الأمور عن وجود تصرف غير ملائم أو عن انحياز حتى يقضي بإلغاء حكم التحكيم. ويكفي أن يثبت طالب الإلغاء احتمال انحياز المحكم لتقضي المحكمة به استنادا إلى مخالفة قواعد السلوك الواجبة الإتباع[495]، وقد كان المحكم المرجح – في وقائع تلك الدعوى– لم يعلن للأطراف أن موظفا في أحد البنوك قد اتصل به ليوكله في إحدى القضايا وأخبره أنه حصل على اسمه من محامي أحد أطراف الخصومة التحكيمية وهو الطرف الذي حكم لصالحه، ولم يعلم الطرف الأخر ولا المحكمان بهذه الواقعة التي تمت بعد حجز القضية التحكيمية للحكم، إلا بعد أن صدر الحكم فعلا، وقضت محكمة أول درجة برفض دعوى البطلان، إلا أن محكمة الاستئناف ألغت هذا الحكم وقضت ببطلان حكم التحكيم واعتباره كأنه لم يكن.

إذا كما سبق وأن أوضحنا في إلزامية أن يتحلى المحكم بالاستقلال والحياد، فإنّ هذين العنصرين يعتبران من مقومات الطبيعة القضائية للاختصاص التحكيمي الممنوح

---

[494]– عاطف بيومي محمد شهاب، المرجع السابق، ص 167.

[495]– المرجع نفسه، ص 168.

للمحكم، الذي يبعث الثقة لدى الخصوم في المحكمين؛ حيث أن غيابهما أو غياب أحدهما يعد سببا كافيا لرد المحكم وهذا تلافيا لأي شكوك في نزاهته وعدالة حكمه[496].

الفرع الثاني

ارتفاع رسوم التحكيم وتكاليفه

إنّه بالرغم من المزايا المتعددة التي يختص بها التحكيم، إلا أنه يبقى يعاني من بعض العيوب، ومن هذه الأخيرة ارتفاع التكاليف المادية للتحكيم، منها تصاعد رسوم التحكيم ومكافآت المحكمين في بعض مراكز التحكيم التي تثقل كاهل المتقاضين، غير أنه لا يمكن أن ننظر إلى هذا العيب بنظرة سلبية دائمة؛ إذ قد يحدث مثلا إحالة النزاع إلى القضاء العادي، هذا الأخير لا يفصل في النزاع بسرعة وقد يدوم سنوات وتطول معه المصاريف؛ حيث يصبح أكثر كلفة من التحكيم الذي بالرغم من ارتفاع تكاليفه، فإنّه يفصل في النزاع بسرعة[497].

من العيوب الأساسية للتحكيم المنظم أو المؤسساتي الواجب الإشارة إليها، أن التحكيم في هذا الإطار مكلف جدا، وبالنسبة لدول العالم الثالث، فالعيب يكمن في أن مقر مراكز هيئات التحكيم في أغلبها توجد في الدول المتقدمة، وتأثير هذه الدول يمكن أن يكون بطريقة غير مباشرة تعود بالضرر على دول العالم الثالث[498].

إذا كان بعض المتعاملين الاقتصاديين يرون في أن اللجوء للتحكيم يخدم مصالحهم المادية أحسن من اللجوء إلى القضاء الوطني، وهذا ما نجده مثلا في بريطانيا، إلا أن المتعاملين في دول أخرى، كالدول العربية، فإنّ التحكيم فيها يتميز بكثرة المصاريف مقارنة مع القضاء الوطني، خاصة إذا كان تحكيما دوليا أين يكون فيها أعضاء محكمة التحكيم وأطرافها ينتمون لجنسيات مختلفة ويقيمون في مناطق مختلفة، وهذا ما يؤدي إلى

---

[496]– عاطف بيومي محمد شهاب، المرجع السابق، ص 168. أنظر أيضا:

- TERKI NourEddine, L'arbitrage commercial …, op.cit, pp.86-87.

[497] – الحموري طارق، ندوة صياغة وإبرام عقــود التجارة الدولية: "قراءات مبسطة في التحكيم التجاري الدولي"، شرم الشيخ – جمهورية مصر العربية، أيام 25– 29 ديسمبر 2007.
unpan1.un.org/intradoc/groups/public/.../unpan029772.pdf

[498]- YESSAD Houria, op.cit, p.78.

زيادة النفقات والمصاريف المتعلقة بتنقلاتهم واجتماعاتهم، إضافة إلى أتعاب المحكمين والمصاريف المتعلقة بالإدارة المنظمة لعملية التحكيم إذا كان هذا الأخير مؤسساتيا[499].

كما أن التحكيم لا يمتاز بقلة تكاليفه من حيث كونه وسيلة بديلة للقضاء الوطني المختص، فأتعاب المحكمين والمصاريف الإدارية يتحملها الأطراف وهي تقدر بنسبة من قيمة النزاع، وفي بعض الأحيان تكون هذه المصاريف والأتعاب باهظة، فضلا عما يعيب التحكيم من السلطات المحدودة للمحكم وخاصة عدم تمتعه بسلطة الجبر على تنفيذ الحكم الذي يصدره، وكذلك مشكلة التحكيم المتعدد الأطراف[500].

في إطار ما انتهينا إليه من أن علاقة المحكم بالأطراف ليست علاقة وكالة كما أنها ليست علاقة طالب خبرة بخبير، والرأي الذي نـــراه أقرب هو أنها علاقة من نوع خاص، لذلك نظم القانون حقوق والتزامات كل طرف فيها؛ حيث يتولى المحكم المختار مسئولية المشاركة في هيئة التحكيم أو مسؤولية التحكيم منفردا لقاء أتعاب يتفق عليها بين الطرفين سواء في مشارطة التحكيم أو في اتفاق مستقل. وغالبا ما تقوم محكمة التحكيم نفسها بتحديد أتعابها سواء قبل بداية التحكيم أو في حكم التحكيم ذاته، وما يثير جدال في الفقه والقضاء هو مدى جواز ذلك – في ظل غياب نص تشريعي – فهل يعتبر ذلك خروجاً عن مشارطة التحكيم والقضاء بمصالح شخصية في النزاع؟

لذلك عرضت المسألة على محكمة استئناف القاهرة فتوصلت إلى أن هذا القضاء – بأتعاب المحكمين– بمثابة فصل فيمن يلزم بالمصروفات في طلب التحكيم الصادر فيه الحكم والمحدد بمشارطة التحكيم، ألزم بها الحكم الطرفين مناصفة عملا بأحكام المادتين 184، 186 من قانون المرافعات والفصل في المصروفات لزوم الفصل في موضوع المنازعة، وبفرض أنه يخرج عن نطاق المشارطة فإنّ الحكم فيه يمكن فصله عن

---

[499]– والحقيقة أن الالتجاء إلى التحكيم التجاري الدولي لا يقل بحال من الأحوال في التكلفة عن مصاريف الالتجاء التقاضي. بل إن التحكيم تحت غطاء غرفة التجارة الدولية بباريس أكثر تكلفة من الالتجاء إلى القضاء نفسه مما دفع بعض المحاكم الوطنية إلى الحكم برفض استمرار العملية التحكيمية في هذه الغرفة لأنها قد تلحق أضرار مادية بالأطراف المتنازعة. أنظر: جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، هامش رقم 06، ص 08.

[500]– صبري أحمد محسن الذيابات، المرجع السابق، ص 07.

موضوع المشارطة ولا يلحق البطلان سوى هذه المصروفات، وهو يسترشد في هذا الصدد بما تقرره المادة 184 مرافعات وما يليها بصدد التقاضي[501].

هذا الذي قررته المحكمة يرد عليها أن أتعاب المحكمين ليست من مصروفات الخصومة وأن المختص بالحكم فيها للمحكمة المختصة نوعيا ومحليا، كما أنه في حالة عدم اتفاق الخصوم في هذا الصدد يكون للمحكم، وقد فصل في النزاع بين الخصوم سلطة تبعية – تأتيه بحكم القواعد العامة – في تحديد الخصم الملزم بمصروفات التحكيم.

لا تثور مشاكل الأتعاب الخاصة بالمحكمين غالبا إلا في التحكيم الحر؛ إذ تتضمن لوائح العمل في التحكيم المؤسسي تحديدا مسبقا للأتعاب يلزم بها الأطراف كما يلتزم بها المحكمون، وهى تكون غالبا مرتبطة بقيمة النزاع.

هذه الأتعاب تكون مستحقة لهم بمجرد صدور الحكم أو حسب القواعد التي وردت في اللائحة الخاصة بذلك في مؤسسة التحكيم، وهى توزع مناصفة بين الطرفين ما لم ترى الهيئة غير ذلك لطبيعة المنازعة والطلبات والحكم فيها، وهى غير مستردة، بمعنى أنه لا يجوز طلب استردادها من المحكمين حال القضاء ببطلان حكم المحكمين .

كما قد يمتنع أحد الخصوم عن تسديد حصته، وذلك بغية تعطيل سير إجراءات التحكيم، ويحدث هذا غالبا عندما يكون النزاع ضده، أي أن يصدر الحكم ضده، وفي هذه الحالة يتم العمل من أجل إرغامه على تسديد نصيبه ومطالبته به[502].

---

[501] – صابر عمار: "اتفاق التحكيم وقراءة في بعض المشكلات العملية"، مقال منشور في موقع:
http://kambota.forumarabia.net/montada-f105/topic-t1526-30.htm

[502]– جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، الهامش رقم 06، ص 08.

الفرع الثالث

الصعوبات الناتجة عن تشكيل محكمة التحكيم وتفسير الشرط التحكيمي

أولا- صعوبات تشكيل محكمة التحكيم

تظهر تلك الصعوبات مع غياب تعاون الأطراف أو اختلافهم حول تشكيل تلك المحكمة، ونظرا لاختلاف القواعد المتبعة لدى المؤسسات المتخصصة فقد يزداد اختلاف الأطراف حول اختيار إحدى تلك القواعد[503].

كثيرا ما تظهر المشكلة مع امتناع أحد الطرفين عن تسمية محكمه خلال المدة المحددة[504]، ومع غياب المعالجة لمثل هذا الوضع ضمن الاتفاقية، تهدد هذه الأخيرة بانقـــلاب إلى نصوص فارغة؛ حيث لا يبقى أمام المضرور إلا إعمال القواعد العامة كاللجوء إلى القضاء الوطني باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل[505].

يزداد الوضع تعقيدا مع تعدد أطراف التحكيم، كما في حالة عقد تسليم مفتاح عهد من خلاله المورد بشيء من الأعمال إلى مقاول من الباطن، أو في حالة انجاز العمل من قبل تكتل أو اتحاد مؤلف من عدة شركات ينشأ نزاع بين بعضها البعض، أو بينها وبين المتلقي، أو بينها وبين المقاولين الفرعيين، مما يثير التساؤل حول مدى إمكانية مقاضاة الأطراف الأخرين في هذا التكتل والذين لم ينشأ بخصوص أعمالهم أي نزاع، أو حول ضرورة اللجوء إلى عمليات تحكيمية منفصلة في حالة غياب الاتفاق على طلب التحكيم بصفة مشتركة.

أحد الأمثلة الحديثة نسبيا، والتي جاءت بحسم أو بحل لهذه المسألة هي قضية DUTCO، وتتلخص وقائع هذه القضية بأن شركة BKMI ألمانية الجنسية، قد دخلت في اتفاق اتحاد مع شركة SIMENS شركة ألمانية أيضا وشركة DUTCO شركة منشأة وفقا لقوانين أبو ظبي لتنفيذ عقد تسليم مفتاح.

---

[503] - NAJJAR Nathalie, op.cit, p.408.

[504]- FOUCHARD Ph, et autres, op.cit, pp.510-427-422.

[505]– حاول بعضهم استدراك هذه المشكلة باقتراح قيام محكمة التحكيم من محكم المدعي والمحكم الثالث الذي يتم تعيينه من طرف الغير، إلا أن الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية ذكر بوضوح عدم جواز تعيين المحكم الثالث إلا بعد تعيين كل طرف لمحكمه أولا، وهو ما اعتمدته التشريعات الوضعية لمختلف الدول. أنظر: مزير فلحوط وفاء، المرجع السابق، ص 710.

لقد تضمن هذا الاتفاق شرط تحكيم مفاده إحالة المنازعات إلى غرفة التجارة الدولية بباريس، ثم نشب نزاع ما بين شركة DUTCO من جهة، والشركتين الأخيرتين من جهة أخرى، فطلبت الأولى اللجوء إلى التحكيم وعينت محكما عنها، إلا أن الشركتين BKMI و SIMENS اعترضتا وطالبت كل منهما بإقامة تحكيم منفصل لكل واحدة على حدا، إلا أن غرفة التجارة الدولية C.C.I طالبتهما بتعيين محكم واحد فقط[506]، ثم أصدرت حكما تمهيديا أوضحت خلاله أن عبارة أي طرف الواردة في قواعدها قد تعني الإشارة إلى مدعي أو مدعى عليه واحد أو أكثر، كما أن حق كل طرف في اختيار محكم عنه ليس حقا مطلقا إنما يقبل التنازل عنه، وهو نفس الاتجاه الذي عادت وأقرته محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 1989 عندما طعنت الشركتان بالحكم السابق أمامها.

إلا أن محكمة النقض الفرنسية، وفي حكم رائد لها، عادت وقررت أن مبدأ المساواة بين أطراف النزاع هو أحد صور النظام العام التي لا يمكن التنازل عنه قبل نشوب النزاع، إنّما يمكن ذلك فقط بعد قيامه، ثم انتهت إلى اعتبار حكم محكمة الاستئناف فيه ما ينطوي على خرق لذلك المبدأ مما يستتبع إلغائه[507].

يبدو عمليا أن تلك المشكلة كانت محلا لاهتمام دولي حقيقي في وقت سابق على قضية DUTCO؛ إذ كانت غرفة التجارة الدولية قد أصدرت كتيبا إرشاديا يقدم أحد الحلول، وذلك بتعيين جميع المحكمين في مثل تلك الظروف من قبل محكمة التحكيم الدولية، كما أنها عادت وأكدت – في تقرير حديث لها- على ضرورة ذلك كلما ظهرت صعوبة التعيين من قبل الأطراف[508].

---

[506]– محسن شفيق، المرجع السابق، ص.ص 219-221.

[507]– راجع في تفاصيل هذا النزاع: محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها –دراسة للطبيعة القانونية الجديدة والأحكام الخاصة بعقود مشروعات البنية الأساسية المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة والتحكيم فيها- منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2003، ص.ص 368-369. نقلا عن: مزير فلحوط وفاء، المرجع السابق، ص 712.

[508]– ومن هنا تفضل صياغة الشرط التحكيمي- في حالة التحكيم المتعدد الأطراف- على نحو يوضح معه سلطة التعيين مع ترجيح اللجوء إلى التحكيم المؤسسي، ومنح تلك السلطة للمنظمة التي يعقد التحكيم في ظلها.
كما يفضل قيام محكمة تحكيم محايدة بحيث يمثَّل في تكوينها كل الأطراف من أصحاب الأعمال والاستشاريين والمقاولين ... على أن تكون أحكامها ملزمة لجميع هؤلاء الأطراف. أنظر في ذلك: السيد الحداد حفيظة، القانون الدولي

نصل في الأخير، إلى أن في الواقع على الرغم من أن الالتجاء إلى التحكيم يستهدف الإسراع في إنهاء المنازعات، إلا أن التعقيدات التي قد تصاحب عملية التحكيم قد تؤدي في نهاية الأمر إلى حدوث تأخير في الفصل فيها، ومن أهم الأسباب التي قد تؤدي إلى هذا التأخير: المشكلات التي قد تصاحب عملية اختيار المحكمين، وعدم تفرغ هؤلاء المحكمين للنظر في منازعة بعينها، بعكس القضاة الذين يكرسون كل وقتهم للفصل في القضايا المعروضة عليهم، كما أن حكم المحكم نفسه، وعند صدوره، يحتاج إلى سند قضائي عند إعطائه القوة التنفيذية، وهذا الأمر قد يعد في حد ذاته مصدرا لحدوث نوع من التأخير[509].

ثانيا- صعوبات ناتجة عن تفسير الشرط التحكيمي

كثيرا ما يواجه المحكم صعوبات جدية في معرض تفسيره لشرط التحكيم، خاصة فيما يتعلق بانعقاد اختصاصه من عدمه وفقا لما اتجهت إليه إرادة الأطراف المتنازعة.

نكتفي هنا بأن نطرح على بساط البحث وقائع قضيتين، عُرضتَا على محاكم التحكيم وكانت صياغة الشرط التحكيمي فيهما محل لبس وشك.

يتعلق النزاع الأول بالعقد المبرم بين شركة سويسرية وأخرى تركية لنقل التكنولوجيا والترخيص الصناعي من الأولى إلى الثانية[510].

لقد ثار نزاع بين الطرفين، وتقدمت الشركة السويسرية بطلب التحكيم إلى تلك الغرفة، ولم تنازع الشركة التركية في الاختصاص، إلا أن شرط التحكيم كان يشير بعبارة غامضة إلى تطبيق "القانون الدولي للتحكيم المعمول به حاليا"، إضافة إلى وجوب تطبيق القانون التركي ذاته، كما أضاف الطرفان عبارة أخرى تثير اللبس وهي: "إن للطرفين حق اللجوء إلى جهاتهما القضائية الخاصة"، مما دفع محكمة التحكيم إلى تفسير العبارة الأولى على أنها تشير إلى مجمل العادات المتبعة في التحكيم الدولي، بالإضافة إلى القواعد الإجرائية وخاصة نظام محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية، وتفسير العبارة

= الخاص، الكتاب الثالث، القانون القضائي الخاص الدولي والتحكيم الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999، ص 260 وما يليها.

[509]- جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 07.

[510]- مزير فلحوط وفاء، المرجع السابق، ص 713.

الثانية بحق الأطراف في اللجوء إلى قضاءهما فقط فيما لو وقع بطلان في شرط التحكيم أو في الحكم طبقا للقانون السويسري أو التركي، علما أن تلك العبارة كانت تحتمل تفسيرا أكثر رجحانا مفاده جواز العدول عن التحكيم كليا واللجوء إلى القضاء الوطني.

أما النزاع الثاني فكان يتعلق بعقد تسليم مفتاح من شركة فرنسية لصالح شركة تونسية أبرم في عام 1978، إلا أنه في الشهر التالي من تاريخ إبرامه اتفق الطرفان على شروط جديدة، وبعد سنة من ذلك الاتفاق وضعا تعديلا أخر للعقد الأول، والذي كان يتضمن شرط تحكيم غامض بإحالة النزاع إلى الغرفة الدولية في لاهاي. ثم وقع نزاع بين الطرفين، فما كان من الشركة الفرنسية إلا أن تقدمت بطلب التحكيم إلى غرفة التجارة الدولية بباريس، في الوقت الذي رفعت فيه الشركة التونسية دعوى إستعجالية أمام محكمة سوسه "القضاء التونسي" لإجراء خبرة عاجلة.

استندت الأولى في تبرير تصرفها على ظروف التعاقد وما تشير إليه من اتجاه نية الأطراف باللجوء إلى غرفة التجارة الدولية، بدليل أن الاعتماد الذي فتح لدى البنك تنفيذا لاتفاق الطرفين كان قد تضمن نصا صريحا بمنح الاختصاص لتلك الغرفة.

بينما تمسكت الشركة التونسية باختصاص قضائها الوطني استنادا إلى غموض وعدم تحديد شرط التحكيم "الغرفة الدولية في لاهاي"، وبأنه في مطلق الأحوال لن ينطبق على غرفة التجارة الدولية، مما يستوجب معه تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص دون سواها[511].

لقد ناقش المحكمون بداية موضوع الاختصاص قبل التطرق لموضوع النزاع، ووجدوا أن صياغة شرط التحكيم هي فعلا صياغة معيبة، إلا أنه لا مجال للشك بنية الأطراف في استبعاد التقاضي الوطني لصالح التقاضي الدولي، وذلك بمنح الاختصاص لجهة دولية، وهذا من جهة ومن جهة أخرى لا توجد في لاهاي على مستوى العلاقات بين الدول محكمة دولية تفصل في المنازعات الخاصة، والمطلوب هو مثل تلك المحكمة على أن تستقر في لاهاي، وهذه الأوصاف متوفرة في غرفة التجارة الدولية التي يمكن أن تعقد في لاهاي كما قد تعقد في غيرها...

[511]– مزير فلحوط وفاء، المرجع السابق، ص 715.

ما ذهبت إليه الشركة التونسية من اعتبار العقد الأول "بما تضمنه من اتفاق على التحكيم" عقدا لاغيا بموجب العقود اللاحقة لم تشر إلى ذلك، إنما اكتفت بتنظيم بعض المسائل التي تم إغفالها، مما يعني تكملة العقود لبعضها البعض.

إنّ اللجوء إلى القضاء التونسي في صدد دعوى مستعجلة فهذا أمر لا يتعارض إطلاقًا مع اختصاص محكمة التحكيم، ذلك لأن المحكمة المستعجلة ليس لها إلا اتخاذ إجراءات وقتية للمحافظة على حقوق الأطراف في المسائل التي يخشى عليها من فوات الوقت، دون التعرض لموضوع النزاع.

على الرغم من ذلك فقد استعانت محكمة التحكيم بتقارير الخبرة المقدمة إلى محكمة سوسه التونسية، ثم انتهت إلى إسناد إخلال الطرف المورد بالتزام تركيب المعدات إلى الشركة التونسية ذاتها، ومن هنا ألزمتها بدفع باقي ثمن الآلات مع تحصيل مصاريف التحكيم[512].

من تحليل المثالين السابقين، نجد أن المتلقي هنا هو بحق من يغبن نفسه؛ إذ عليه أن يقرر أولا ماذا يريد في معرض تحديد الاختصاص القضائي ليتمكن من تجنب الغموض في صياغة عقد نقل التكنولوجيا عموما وفي صياغة شرط التحكيم فيه خصوصا، لأنه في المثالين السابقــين – وما هما إلا نموذج حي عن آلية العمل في الواقع الدولي– نجد أن تفسير المحكمين قد جاء لصالح الطرف الأقوى المصدر سواء من جهة الاختصاص القضائي بداية، أو على نحو أكثر خطورة، من حيث القواعد الواجبة التطبيق من جهة أخرى، ومن هنا وجب على المتلقي من الدول النامية أن يضع خارج نفسه لعبة تفسير النوايا وقد أتقنتها هيئات التحكيم الدولي منذ زمن بعيد.

[512]– مزير فلحوط وفاء، المرجع السابق، ص 715.

المطلب الثاني

مشاكل التحكيم التجاري الدولي

على الرغم من الأثار الإيجابية التي تمخضت عن تبني التحكيم التجاري الدولي من طرف الدولة الجزائرية، رغبة منها في استقطاب وجذب الاستثمارات الأجنبية، إلا أنه لا يخفى علينا أن نشير إلى أنه بالرغم من ذلك توجد نقائص وجوانب أثّرت على مناخ الاستثمار في الجزائر، إذ أنه فضلا عن الكم الهائل من النصوص القانونية التي كرّست حق الأطراف المتنازعة في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، سواء من خلال تعديل واستحداث قوانين داخلية متعلقة بتبني آلية التحكيم التجاري الدولي، أو من خلال إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية في مجال الاستثمار، إلا أنه لم تصل إلى الحدّ المطلوب لإقناع المستثمرين الأجانب، وحملهم على استثمار أموالهم فيها.

إنّه رغم ما قامت به الجزائر من سياسات إصلاحية والمزايا المتعددة والحوافز، إلا أن كل المؤشرات تؤكد على حقيقة مرة هي أن الاستثمار لم يتقدم بل عكس ذلك يكاد ينعدم الاستثمار الأجنبي خارج قطاع المحروقات، كما أن هناك عدة أمور تقف أمام تقدم الاستثمار في الجزائر.

بالنظر إلى المعوقات المختلفة التي تمنع أو تعرقل تدفق الرأسمال الأجنبي إلى الدول التي هي في أمس الحاجة إليه، والبحث عن الضمانات الكفيلة بتوفير الأمن القانوني للاستثمار، منها التحكيم التجاري الدولي الذي يعد من بينها، تواجهه عقبات تؤثر سلبًا على مناخ الاستثمار في الدولة النامية[513].

عموما، يمكن الإشارة إلى بعض هذه العراقيل المتمثلة في عقبات تنفيذ حكم التحكيم (الفرع الأول)، ومشكلة تعارض تنفيذ الحكم مع النظام العام (الفرع الثاني)، ثم مشكلة عدم تسبيب حكم التحكيم (الفرع الثالث).

---

[513]– دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 17؛ أنظر أيضا: النوري كريم، "دور الاستثمارات الأجنبية في البلدان النامية"، مقال منشور على موقع:

www.shatharat.net.

الفرع الأول

عقبات تنفيذ حكم التحكيم

إنّ حكم التحكيم بعد صدوره قد يصطدم بعقبة هامة، وهي تنفيذه، وتعتبر هذه المسألة من أكثر المشاكل التي تواجه حكم التحكيم خطورة من الناحية العملية، فالمحكوم له في الدعوى التحكيمية يعنيه الحصول على ما حكمت به محكمة التحكيم لصالحه، أي الحصول على تنفيذ الحكم[514].

لكن المشكلة تثور عندما يرفض الطرف الذي خسر الدعوى التنفيذ الطوعي للحكم التحكيمي، مما يضطر الطرف الذي كسب الدعوى إلى أن يلجأ للقضاء الوطني لتنفيذ حكم التحكيم جبرا.

بعض القوانين الوطنية تتطلب لتنفيذ الحكم إقامة دعوى عادية موضوعها تنفيذ حكم التحكيم الصادر في الخارج، ومثل هذه القوانين تجيز عدم التنفيذ إذا توافرت إحدى الحالات المنصوص عليها فيها، وهنا يصطدم المدعي الذي كسب الدعوى بوجود إجراءات قضائية تلافاها في البداية، ولكنها فرضت عليه في النهاية.

تجدر الإشارة هنا إلى أن حالات الطعن بالحكم التي قد تؤدي إلى إجازة القضاء لعدم التنفيذ على هذا النحو تضيق أو تتسع حسب اختلاف التشريعات الوطنية ونظرتها للتحكيم ورغبتها في تلافي هذه المشكلة، لذلك تم إبرام اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958، والتي قد تقلّل من مخاطر عدم التنفيذ.

لذلك تمثل مسألة تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة من محكمة التحكيم أبعادا عظيمة الشأن، وبالغة الدقة؛ إذ تعتبر أحد مظاهر الوصل بين القضاء والتحكيم، ولاشك في أن المخاطر تتعاظم في هذه المرحلة خشية أن تهدم إجراءات التنفيذ بطولها وتعقيدها مزايا التحكيم[515].

إنّ أحكام التحكيم مجردة في ذاتها لا تحوز القوة التنفيذية، إنّما لابد من صدور أمر خاص بها من القضاء العام في الدولة يسمى أمر التنفيذ، وذلك لتحقيق رقابة على حكم

---

[514]– عامر فتحي البطانية، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي – دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 215.

[515]– السيد محمود التحيوي، تنفيذ حكم التحكيم، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 11.

التحكيم من قبل السلطة القضائية في الدولة المراد تنفيذه فيها، وهذا قبل تنفيذه، والغرض من هذه الرقابة أن يثبت القضاء العام في الدولة من خلو حكم التحكيم من العيوب الجوهرية التي قد تشوبه، وانتفاء ما يمنع تنفيذه[516]، ويكون ذلك بعد التحقق من أن الحكم قد استوفى من الناحية الشكلية التي تظهر من مجرد الإطلاع عليه الشروط التي يتطلبها القانون، وغير مشوب بعيب من عيوب البطلان، دون بحث الحكم من الناحية الموضوعية ومدى مطابقته للقانون، وعندئذ يجري تنفيذه وفقا للإجراءات المتبعة لتنفيذ أحكام القضاء[517].

لا تظهر مشكلة عدم تنفيذ حكم التحكيم في حالة صدور الحكم وتنفيذه طوعيا (اختياريا) من قبل أطرافه، إلا أنه قد يصطدم حكم التحكيم أحيانا بعدم تنفيذه، وتعد هذه من أكثر المشاكل التي تواجه حكم التحكيم من الناحية العملية، فالطرف الذي كسب الدعوى لا يعنيه كسبها لمجرد الكسب، بقدر ما يعنيه الحصول على حقه أي بما حكمت به محكمة التحكيم لصالحه، وهذا يعني بالمقابل عودة أطراف النزاع إلى القضاء لوضع الصيغة التنفيذية، والتي تتطلب شروطا للتنفيذ فيكون الأطراف أمام إجراءات قضائية تلافوها بداية وفرضت عليهم في النهاية.

أما في حالة عدم توافر الشروط التي اشترطها القانون للأمر بتنفيذ أحكام المحكمين فيعني رجوع الأطراف إلى نقطة الصفر وكأن التحكيم لم يكن[518].

فوق ذلك، فإنّ تنفيذ الحكم يصطدم في الغالب بحصانة التنفيذ التي تستفيد منها الدولة، حتى الفقه والقضاء، غير الفرنسي، شدّد في تحديد مجال التطبيق، فعائق ما في النهاية العادية للإجراءات، سيـــؤخذ في الحسبان في العـــلاقات التجارية مع الدولة الجزائرية، بم أن أجهزتها ومؤسساتها تتمتع (تحتفظ) بدور مرجح في مجال التجارة الخارجية والاستثمارات الأجنبية.

غالبا ما تجتمع في التحكيم التجاري الدولي بعض العقبات المرتبطة بتنفيذ حكم التحكيم، عندما لا تتدخل هذه العقبات بصفة عفوية، فإجراء التنفيذ والطعن بالبطلان غالبا

---

[516]– السيد محمود التحيوي، المرجع السابق، ص 11.

[517]– عامر فتحي البطانية، المرجع السابق، ص 216.

[518]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسى، المرجع السابق، ص 56.

ما يصطدمان، متى تزينت الخصومة التحكيمية بهذه العقبات التي تؤثر وتحول عائقا تجعلها لا تؤدي إلى خلق مناخ ملائم لحل مناسب ومقبول لدى الأطراف[519].

رغم وجود العديد من الاتفاقيات الدولية المنظمة لهذه المسألة، فإنّ الصعوبة ما تزال قائمة كلما كان أحد أطراف العقد غير مُنْظمُ إلى إحداها، وخاصة فيما لو كان ذلك الطرف هو الجانب المتلقي الذي سينفذ الحكم على أراضيه، مما يجعل الحلول متباينة تبعا لاختلاف القوانين الوطنية للدول.

الفرع الثاني

مشكلة تعارض تنفيذ حكم التحكيم مع النظام العام

يمثل النظام العام بشكل عام الحدود أو التقييد في مواجهة حرية الفرد في فعل ما يريد، وتجد هذه الحدود أساسا لها في ضرورة العمل على تحقيق المصلحة العامة، التي يجب على كل فرد أن يحترمها ويخضع لها.

فكرة النظام العام واحدة من أهم المشاكل التي تقف حجر عثرة أمام انطلاق التحكيم، الذي يعود سلبا على مناخ الاستثمار ككل، فأزمة التحكيم التجاري الدولي تكمن حاليا – في اعتقادنا – في الدفع بالنظام العام الذي كثيرا ما يأتي بصورة تعسفية، فالقاضي الوطني عندما لا يجد مبررا معقولا لاستبعاد التحكيم، فإنه يلجأ إلى التمسك بهذا الدفع بدعوى تعارض هذا الحكم مع النظام العام في دولته. علاوة على ذلك، فإنّ المحكمين يلجأون في بعض الأحيان إلى المفاهيم القانونية الوطنية للنظام العام، خاصة عندما يكون القانون الواجب التطبيق على النزاع هو القانون الوطني لدولة ما، رغبة منهم في تفادي الاصطدام بهذه القوانين عند تنفيذ قراراتهم[520].

لقد كان ولا يزال مصطلح النظام العام موضوع بحث وجدل فقهي كبير بسبب الغموض والالتباس اللذان يحيطان به، فمثلا يعد عدم تسبيب حكم التحكيم مخالفا للنظام

---

[519] - HAROUN Mehdi, op.cit, p.635.

[520]– أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 18؛ أنظر أيضا: علي السعيد علي سرحان، مفهوم التجارية والدولية في قانون التحكيم المصري الجديد، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 2000–2001، ص 316.

العام في ظل قانون يشترط ضرورة تسبيب الأحكام[521]، كما أن خرق حكم التحكيم لمبدأ المواجهة يعد أيضا من النظام العام، وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد في المادة 1056 منه[522].

إنّ فكرة النظام العام من الأفكار الأساسية في علم القانون بصفة عامة؛ حيث يقترن استخدام مصطلح النظام العام في القانون الداخلي بكافة فروعه المختلفة بالكلام عن القواعد القانونية الآمرة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، فالنظام العام يعد قيدا على مبدأ سلطان الإرادة[523].

يهدف التحكيم إلى تسوية النزاع بواسطة محكم أو أكثر يختاروه الأطراف عوضا عن قضاء الدولة، وإذا كان التحكيم نظاما عرفته مختلف الأنظمة، فهو نظام عرفته ليس فقط في المنازعات المدنية والتجارية، بل في غير ذلك من المنازعات[524]، وعلى الرغم من ذلك فإنّ الأنظمة المختلفة للدول تمنع اللجوء إلى التحكيم باسم النظام العام.

يبدو من الوهلة الأولى أنه يوجد هناك تناقض أو تعارض بين التحكيم باعتباره قضاء خاص والنظام العام؛ حيث يشكل هذا الأخير عقبة أمام انطلاق التحكيم، وهذا النظام يستطيع تحديد سلطات المحكم ومجال اختصاصه؛ حيث يمكن القول إن اختصاص الفصل في المنازعات التي لا يجوز فيها التحكيم، أو أن شرط التحكيم باطل يكون بسبب موضوع النزاع غير المشروع[525].

من أبرز القيود التي تفرضها بعض التشريعات الداخلية، تلك المتعلقة بالحظر القائم في القانون الفرنسي بالنسبة للجوء الدولة وأجهزتها وهيئاتها العامة والمشروعات التجارية والصناعية العامة إلى التحكيم، فلا يجوز له إلا بعد الحصول على موافقة خاصة.

---

[521]– طالبي حسن، المرجع السابق، 546.

[522]– وهي الحالة التي نصت عليها المادة 1056 على أنها: "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية:

4– إذا لم يراعى مبدأ الوجاهية".

[523] – علي السعيد علي سرحان، المرجع السابق، ص 317.

[325]– والتي منها المنازعات الدولية الناشئة في نطاق القانون الدولي العام، وكذا المنازعات الناشئة عن التجارة الدولية.

[525]– أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 20.

نتيجة لذلك – ومنذ وقت طويل– رفض الفقه الفرنسي هذه الفكرة لاستبعاد التحكيم لمجرد أن النزاع يمس فقط النظام العام[526].

إنّ الوظيفة الأولى للنظام العام هي حماية المصالح الاقتصادية والسياسية للدولة التي ينفذ الحكم فيها، هذه المصالح تمثل المصلحة العامة في الدولة، وعليه فإنّ المحكمة التي يرجع إليها النظر في مدى احترام الحكم التحكيمي المطلوب الاعتراف أو الأمر بتنفيذه للنظام العام، لها السلطة في أن تتحقق ما إذا كان في هذا الحكم ما يمس بسيادة الدولة وأمنها وسياستها العامة وبالمبادئ الأساسية فيها[527].

لقد كان المشرع الجزائري واضحا وصريحا عندما استعمل ولأول مرة مصطلح نظام عام دولي، وعليه فإنّه لا يمكن للقاضي الوطني منح الاعتراف وتنفيذ الحكم، إلا إذا كان غير مخالف للنظام العام[528]، ونفس الشرط ينطبق أيضا في حالة الاستئناف أو الطعن بالبطلان، فإنّ الحكم لا يمكن أن ينظر فيه، إلا إذا لم يكن يتعارض والنظام العام الدولي[529].

لكن خلافا للمادة 5 فقرة 2 (ب) من اتفاقية نيويورك التي نصت على جواز رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه، إذا كان في هذا الحكم ما يخالف النظام العام في البلد المطلوب فيه التنفيذ، وهو الاتجاه الذي سارت عليه معظم قوانين بعض الدول مثل القانون المصري للتحكيم لسنة 1994[530]، نجد المادة 1051 من القانون الجزائري جاءت خالية من هذه الإشارة التي تثير كثيرا من اللبس، عندما تقيد المشرع في هذا النص بالنظام العام الدولي وليس بأي نظام عام أخر.

---

[526]– أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 27 و ص 431.

[527]– طالبي حسن، المرجع السابق، ص 550.

[528]– أنظر المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

[529]– أنظر المادة 1058، من نفس القانون السابق.

[530]– أنظر المادة 53 من قانون رقم 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الملحق رقم (2) من كتاب الأستاذ محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 436.

إنّ اتجاه المشرع نحو الأخذ بالنظام العام الدولي، عوضا عن النظام العام في البلد الذي يطلب منه الاعتراف أو الأمر بالتنفيذ، جعله متقدما عن الاتفاقيات التي أخذت بالنظام العام الداخلي فقط[531].

الفرع الثالث

مشكلة عدم تسبيب حكم التحكيم

نادرا ما تنص العقود الدولية على ضرورة تسبيب حكم التحكيم، لأن هذه الأخيرة تصدر في غالبيتها بصورة نهائية غير قابلة للطعن؛ إذ إن ضرورة التسبيب تساهم إلى حد بعيد في تفسير أحكام التحكيم.

L'obligation de motivation des sentences a fait l'objet d'une reconnaissance quasi universelle en droit positif[532].

من النصوص القانونية التي أوجبت تسبيب حكم التحكيم، ما جاء في المادة 176 من البروتوكول الملحق بالعقد الجزائري الفرنسي لسنة 1965[533].

كما نصت المادة 50 من اتفاقية واشنطن بشأن المنازعات الاستثمارية لسنة 1965 على أن: "**أي نزاع يثور بين الأطراف حول مدلول أو مدى الحكم، يقدم بشأنه طلب إلى الأمين العام الذي يقوم بدوره بعرضه على المحكمة التي أصدرته، وإذا تعذر ذلك تشكل محكمة جديدة كالسابق تشكيلها، لتتولى هذا التفسير، ولهذه المحكمة أن تأمر بإيقاف تنفيذ الحكم حتى تفصل في طلب التفسير**".

من التشريعات التي تستلزم ذكر أسباب الحكم التحكيمي، نجد منها القانون الفرنسي، والقانون الإسباني، والقانون الإيطالي، والقانون الألماني، والقانون الجزائري في المادة 5/1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إلا أن هذه التشريعات التي تستلزم ذكر الأسباب تعتبره مما يتعلق بضمانات التقاضي ومن ثم بالنظام العام[534]، من شأنه عدم تسبيب المحكمة التحكيمية لأحكامها

---

[531]– طالبي حسن، المرجع السابق، ص 551.

[532]- DUPEYRE Romain : «Les limites de l'obligation de motivation : de la concision des sentences arbitrales », in : http://sqdiorg.com/volumes/pdf/19.1_dupeyre.pdf.

[533]– حسين فريدة، المرجع السابق، ص 102.

[534]– محسن شفيق، المرجع السابق، ص 257.

وتسبيبها غير الكافي أو التضارب في تسبيبها، أن يؤدي بقرار القاضي المختص الذي يسمح بالاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي إلى استئنافه من طرف الخصم الذي صدر الحكم في غير صالحه.

يقصد بالتسبيب غير الكافي، ذلك التسبيب الناقص في الرد على دفاع أحد أطراف النزاع تناست أو أغفلت المحكمة التحكيمية الرد عليه أو ردت عليه دون إعطائه الأهمية اللازمة رغم أنه من الدفوع الجوهـرية التي قد تأثر في منطـوق الحكم تغيره عن مساره، مثل ذلك الدفاع بإقامة قوة قاهرة والذي يغير من تكييف المسؤولية.

يقصـد بالتضارب في الأسباب، تناقضـها إلى حـد اعتبـار الحكم غيـر مسبب، ويتحقق ذلك في حالة تضاربها لمنطوقه تضارب ينتفي معها إمكان الملائمة بينها وبين الحكم، بحيث يتعذر إقامته على هذه الأسباب[535].

نجد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد صريحا بإلزام الحكم التحكيمي بالتسبيب، وفي التحكيم الدولي يعتبر عدم التسبيب سببا لإبطال الحكم التحكيمي[536]؛ فمسألة تسبيب أو تعليل حكم التحكيم تظل من الإشكالات التي يعسر التعامل معها في مجال التحكيم[537].

إضافة إلى أن تحكيم الحالات الخاصة أو التحكيم الحر يحمل عدة مخاطر لأنه كثيرا ما يتسبب الطرف السيئ النية في شلل إجراءات التحكيم.

من الواضح أن المشرع الجزائري في خصوص ميدان الرقابة على التعليل، يتبنى المبدأ القائل في معناه: إنّ الأسانيد المتناقضة المتعارضة يهدم بعضها بعضا فيزيل الواحد وجود الأخر، وبالتالي يعد حكم التحكيم فاقد التعليل ويتجه لذلك إبطاله لعدم احترام حق الدفاع.

تظل مسألة تعليل حكم التحكيم من المعضلات التي يصعب التعامل معها في مجال التحكيم، سواء سكت المشرع عنها أو تناولها بوجه صريح، فمن جهة أولى لاشك أن

---

[535]– حسين فريدة، المرجع السابق، ص 103.

[536] – الأحدب عبد الحميد، "القانون التحكيم الجزائري..."، المرجع السابق، ص 69.

[537]– الورفلي أحمد، المرجع السابق، ص 27.

استقلالية المحكم[538] تقتضي أن لا يخضع هذا الاجتهاد إلى رقابة القضاء الرسمي حتى لا تتمتع المحاكم بسلطة إعادة النظر في حكم التحكيم، وبالتالي إلى مسح اجتهاد المحكم ومن جهة أخرى، فإنّ مراقبة التعليل أو التسبيب يمكن أن تقع ممارستها في حدود مفهوم الرقابة الشكلية متى تعامل القاضي مع هذه الرقابة بحذر شديد[539].

لكن الإشكال المطروح يبقى متعلقا بنطاق واجب التعليل وكيفية مراقبته. اقتصر جواب المشرع الجزائري في المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[540]، على النص أن الأمر بالتنفيذ يقع بنقضه إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا تبين أن حكم التحكيم يعتريه تناقض في التعليل[541]، وتنطبق نفس القاعدة على قاضي الإبطال الوارد ذكرها بموجب المادة 1058 من نفس القانون. لكن الإشكال يتعلق بتحديد مجال التعليل وميدان الرقابة.

ففي خصوص ميدان واجب التعليل، يطرح إشكالان:

- هل ينبغي على المحكم أن يعلّل قضاءه في خصوص جميع المسائل والحجج والد فوع المعروضة عليه حتى ولو كان من الواضح أنها تفتقر إلى الجدية والحد الأدنى من الوجاهية، أم يجوز له أن يتغاضى عن الدفوع التي من الجلي أنها غير جدية وغير جديرة بالالتفات أصلا.

هل يجب تعليل حكم التحكيم طبقا لقواعد العدل والإنصاف؟ وهل يمكن إبطال حكم التحكيم من هذا النوع من أجل تناقض في التعليل؟

في هذا الإطار تطرح التساؤلات التالية:

- هل يأخذ قاضي الإبطال بالأسانيد الضمنية التي يفترض أن حكم التحكيم قائم عليها للقضاء بالبطلان؟
- هل ينبغي على القاضي أن يدقق في تحليل أسانيد حكم التحكيم للبحث في مسألة تناقض التعليل أم يقتصر على صورة التناقض الصارخ الذي يصدم القارئ؟

---

[538]– وهي استقلالية تتجلى من خلال عدم خضوع حكمه إلى رقابة تتسلط على اجتهاده في استنباط الحل الذي يعتقد أنه مطابق للقانون أو للإنصاف بحسب الحالة.

[539]– الورفلي أحمد، المرجع السابق، ص 27.

[540]– قانون رقم 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

[541]- EL AHDAB Jalal, op.cit, p.15.

لم يتعرض المشرع الجزائري جميع هذه المسائل كلها، وربما كان ذلك اختيارا منه، لكن غموض النص وتركه فراغات في مسألة التعليل والرقابة عليه، ينبغي تأويله في إطار الرؤية العامة للمسألة، انطلاقا من الرجوع إلى المصادر المادية للقانون الجديد وخصوصا أحكامه المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي[542].

إنّ الغاية من تعليل (تسبيب) الأحكام – بصفة عامة– هي توفير الرقابة على عمل القاضي والتحقق من حسن استجابته لوقائع النزاع ودفاع طرفيه والوقوف على أسباب قضاء المحكمة فيه، وذلك حتى يقتنع المطلع على الحكم بعدالته، ومن هنا كان تعليل أحكام المحكمين ضرورة يقتضيها إعمال رقابة القضاء على هذه الأحكام صيانة لحقوق الدفاع حتى لا ينقلب التحكيم إلى وسيلة تحكيمية في يد المحكم، ولذلك فقد اشترطت غالبية التشريعات تعليل حكم التحكيم[543]

تتحقق حالة ضرورة تسبيب الحكم عند عدم اتفاق الأطراف – صراحة أو ضمنا– على عدم استلزام تسبيب الحكم التحكيمي.

لقد جعل المشرع أن الأصل هو استلزام التسبيب، ويتحقق هذا الأصل – كما أشار الأستاذ إبراهيم أحمد إبراهيم– كلما سكت الأطراف عن التعرض في اتفاقهم على التحكيم لمثل هذا الأمر، متى كان القانـــون واجب التطبيق على الإجراءات هو القانون المصري أو قانون أخر يستلزم تسبيب الحكم، كالقانون الجزائري أو القانون الإسباني على سبيل المثال.

في هذه الحالة يتعين أن تكون أسباب حكم التحكيم كافية، متعلقة بموضوع النزاع وغير متناقضة، وبالتالي يمكن بطلان الحكم لقصور في التسبيب أو لغموض الأسباب وعموميتها الشديدة أو عدم كفايتها أو لعدم التسبيب أصلا[544].

هذا ما يؤكد حقيقة أن أهمية التسبيب تكمن في كونه الأساس الذي تستند إليه المحكمة لوصولها إلى الحكم التحكيمي الفاصل في النزاع الذي أصدرته.

---

[542]– الورفلي أحمد، المرجع السابق، ص.ص 27–29.

[543]– الحسوسي رضوان: " الحكم التحكيمي، مشتملاته وتقنياته"، مجلة المحاكم المغربية، العدد 117، نوفمبر – ديسمبر 2008، الدار البيضاء، المغرب، ص 114.

[544]– إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 212.

خلاصة هذا الفصل الثاني، يمكن القول: إنّ التحكيم التجاري الدولي بالرغم من اعتباره لدى الكثير من المتعاملين ورجال الاقتصاد وسيلة مفضلة يكثر اللجوء إليها كبديل للقضاء الوطني، الذي يتميز بالتعقيد والبطء وعدم الثقة بين الأطراف المتنازعة في الأحكام الصادرة عنه، وكذا مساهمته في تشجيع وتفعّيل حركة الاستثمارات الأجنبية، إلا أنه قد تشوبه بعض الإشكالات التي تأثر سلبًا على تدفق رؤوس الأموال الأجنبية، خاصة في ظل التعارض والنزعة القوية لدول العالم الثالث تجاه ممارسة ما يسمى بحق السيادة الوطنية على كامل الثروات الطبيعية، هذا التوجه أضحى يهدد مصالح الأطراف الأجنبية المستثمرة فيها؛ إذ أثار الكثير من المنازعات تتعلق في أغلبها بنزع الملكية، وهو ما جعل الدول الصناعية تبحث عن حل وسط يقضي بحق إعمال مبدأ السيادة المطلقة فقط في أعمال الدولة، أما النشاطات ذات الطابع التجاري فلا يحق لها التمسك بهذا المبدأ.

كما أن من شأن بعض الأمور التي تؤثر سلبا على التحكيم وجعله لا يساهم في تفعّيل الأمن القانوني للاستثمار، نجد مثلا عدم استقلالية وحيادية بعض المحكمين وارتفاع رسوم وتكاليف التحكيم إلى حدّ قد تكثر معه انتقادات دعاة ضرورة إعمال اختصاص القضاء الوطني.

إضافة إلى بعض الصعوبات المتعلقة بتشكيل محكمة التحكيم وطريقة تعيين المحكمين، وكذا صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق، وغيرها...

إلى جانب ما يثيره النظام العام وتعارضه مع تنفيذ حكم التحكيم، وحالة صدوره من المحكم دون تسبيب، كلها مشاكل يصعب حلها.

خـــاتمـــــــــة

من خلال هذه الدراسة توصلنا إلى أن الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر عن طريق التحكيم التجاري الدولي عموما، قد شكل حقيقة ثابتة وواقعا لا يمكن تجاهله ساهم بشكل كبير في حل منازعات الاستثمار الأجنبي.

كشفت الدراسة أيضا أن الاستثمارات الأجنبية أصبحت محل جذب وتنافس من قبل الدول على اختلاف أنظمتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة وخصوصا من الدول النامية، إلا أنه في خصوص التجربة الجزائرية مع المستثمرين الأجانب، نرى أنه حاليًا لا يمكن تقييمها بصفة موضوعية إلا بعد مرور مدة من الوقت.

يبقى أن ما يمكن قوله في هذا الصدد، هو: إنّه بالرغم من الجهود التي تبذلها الجزائر من أجل تحرير اقتصادها وتوفير أمن قانوني للاستثمار الأجنبي باعتماد التحكيم التجاري الدولي كآلية لتسوية نزاعاتها مع المستثمرين الأجانب، أنها بعيدة عن تحقيق الهدف من فتح السوق الوطنية على الاستثمارات الأجنبية للاستفادة منها، إلا أن جهدا أخر لا بد أن يبذل في اتجاه تشجيع وتوفير محيط ملائم للاستثمار الأجنبي، كرفع جميع الحواجز والقيود التي تحد من تدفق الاستثمارات، مثل مشكل العقار والعراقيل البيروقراطية، والتي نقرأ عنها في الجزائر، ونسمع عنها الكثير إلى جانب وضع حد للسوق الموازية التي سترهن مستقبل الاستثمار في الجزائر إلى فترة زمنية طويلة إذا لم تسارع السلطات العمومية إلى القضاء عليها أو على الأقل الحد منها.

عموما، يظل التحكيم الدولي – كما سبق وأن رأينا- الأفضل في نظر المستثمر الأجنبي، لكونه يمنح أمن قانوني للأطراف المتنازعة ويمثل عدالة خاصة ذات صبغة دولية ولا ينتمي إلى أية دولة، مقارنة بعدالة الدولة التي لها منطقها الخاص القائم على مبدأ حماية المصالح الوطنية العليا والدفاع عن النظام العام الوطني بجميع مكوناته.

إن كانت المعضلة تبقى وستظل في كيف يمكن تحقيق التوازن بين مصلحة الدولة في أن ترى محاكمها هي المختصة وبين رغبة المستثمر الأجنبي في اعتماد التحكيم في جميع الحالات لخشيته الدائمة والمبررة أحيانا، من عدم حياد المحاكم الوطنية، إلا أن ما يشهده العالم في الوقت الراهن من تغير في وضع الدولة ومركزها نحو الاقتراب من أوضاع الخواص، يجيز لنا القول: إنّ التحكيم في مجال خاص ألا وهو مجال الاستثمار أصبح لا

مفر منه في ظل التنافس الحاد فيما بين الدول النامية من أجل جذب الاستثمارات إليها. زائد تأثير العولمة وثقل المديونية اللذان يفرضان على هذه البلدان مثل هذا الاختيار.

كما ساعد التوجه الجديد للجزائر من خلال الانفتاح على السوق الخارجية وتبني التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار، والذي برز من خلال الجهود الضخمة التي قامت بها لتحسين مناخ الاستثمار والمساهمة بدون شك في تسهيل تدفق رؤوس الأموال الأجنبية إلى الجزائر.

إنّ تخلي الدولة عن سيادتها القضائية بالنسبة للمنازعات التي تحدث على ترابها الوطني لصالح هيئات أخرى، يبيّن أن مفهوم السيادة الذي تمسكت به في المرحلة السابقة قد تلاشى أمام حركة العولمة التي فرضت نفسها بقوة.

لذلك يقاس مستوى التطوير الاقتصادي والمؤسساتي والسير السليم للنظام القضائي في ظل العولمة على قدرة ومساهمة الأمن القانوني في بلد ما؛ إذ يعد من بين العوامل الأساسية وأحد الضمانات المهمة في ذلك، فالتحكيم التجاري الدولي هو قطعة من التنظيم القانوني الذي يساهم بشكل كبير في منح الثقة والضمان للمستثمر الأجنبي.

في الأخير يمكن أن نقول: إنّ التحكيم التجاري الدولي ساهم بقدر كاف في توفير الأمن القانوني للاستثمارات في الجزائر، والتي نتج عنها جذبا للعديد من الاستثمارات الهامة، إلا أن التحكيم كآلية فعّالة لوحده يبقى ناقصا لتحقيق النتائج والأهداف المرجوة من وراء العمل على جذب الاستثمارات الأجنبية وجعلها تساهم في دفع عجلة التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وذلك يرجع إلى وجود العديد من المخاطر والصعوبات الأخرى التي تُعتم على مناخ الاستثمار، كالأخطار غير التجارية التي يعد عدم الاستقرار القانوني من أهم عناصره، إذ يجب أن تتضافر وتتنافس كل العناصر المُوفرَة للأمن القانوني السياسية، القضائية منها، والقانونية حتى يتم توفير المناخ المثالي للاستثمار؛ حيث أن المستثمرين هم في حاجة إلى جو من الأمن القانوني يمنح لهم رؤية واضحة بخصوص التشريع الواجب التطبيق والذي يطمئن بخصوص حل نزاعاتهم.

كما سبق وأن أشرنا في مقدمة هذا البحث، أن الأمن القانوني للاستثمار لا يتكون فقط من عنصر التحكيم التجاري الدولي لوحده، وإنما يتكون من مجموعة من العناصر تتمثل في الحماية والمعاملة من جهة، والضمان من جهة أخرى، مثله مثل التحكيم الذي يتكون أيضا

من مجموعة من العناصر؛ إذ يبدأ باتفاق التحكيم ثم يتبع بإجراءات، تنتهي بصدور حكم التحكيم، وبتخلف أحد هذه العناصر يفقد التحكيم معناه ويصبح دون فائدة، وهو نفس الشيء بالنسبة للأمن القانوني للاستثمار الذي لن يتحقق بالمعنى المرغوب فيه إذا لم يضمن بصفة كلية كل عناصره باعتبارها جزء لا يتجزأ من عملية الأمن القانوني للاستثمار.

يجب على الجزائر من أجل تحقيق الزيادة في النمو الاقتصادي بذل المزيد من الجهود نحو تحسين مناخها القانوني لجذب الاستثمارات الأجنبية، بمحاولة التنظيم الجيد للتحكيم التجاري الدولي وإنشاء مراكز للتحكيم يتم اللجوء إليها في حالة وقوع نزاع كما هو معمول به في معظم الدول الأخرى، لما لهذه الوسيلة من دور كبير في تفعيل الأمن القانوني للاستثمار، إلا أنه يفضل اللجوء إليها من طرف الدولة الجزائرية بمنتهى الحيطة والحذر؛ إذ يتعين عليها أن تبذل عناية فائقة في صياغة شرط التحكيم وفي اختيار محكمة التحكيم وتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع.

قـــائمـــة المـــراجـــع

أولا: باللغة العربية

1- الكتب:

1. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
2. أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، مصر، 1998.
3. أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
4. الأحدب عبد الحميد، التحكيم في البلاد العربية، الجزء الأول، دار المعارف الجامعية، مصر، 1998.
5. السالمي الحسين، التحكيم وقضاء الدولة –دراسة تأصيلية مقارنة–، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008.
6. السيد الحداد حفيظة، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
7. السيد محمود التحيوي، تنفيذ حكم التحكيم، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 11.
8. ـــ، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، القانون القضائي الخاص الدولي والتحكيم الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999.
9. القصبي عصام الدين، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة الغربية، القاهرة، 1993.
10. الموجى حسين، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير النظام القانوني الدولي للاستثمارات الأجنبية الخاصة، المركز العلمي للتصوير والطباعة، القاهرة، 1991.
11. جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.

12. جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيــق في دعــوى التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
13. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشــروق، القاهرة، 2002.
14. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي – المعوقات والضمانات القانونية –، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006.
15. عامر فتحي البطانية، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي – دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 215.
16. عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسى، النظام القانوني لاتفاق التحكيم – دراسة تحليلية مقارنة –، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2005.
17. عليوش قربوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
18. ــ، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
19. قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية –التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمار–، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
20. كولا محمد، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي، الجزائر، 2008.
21. محمد خير عادل، حجــية ونفــاذ أحكام المحكمين وإشكالاتها محليا ودوليا، دار النهضة العربية، مصر، 1995.
22. محمد سامي فــوزي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للتصميم والإنتاج، عمان، 2006.

23. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
24. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999.
25. محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
26. مزير فلحوط وفاء، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
27. نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
28. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية (اتفاق التحكيم – خصومة التحكيم – حكم المحكم وفقا لأحدث التعديلات التشريعية والقضائية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
29. هندي أحمد، تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.

2- الرسائل و المذكرات الجامعية:

أ- الرسائل:

1- إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار "التجربة الجزائرية نموذجا"، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري – تيزي وزو، 2006.
2- رياض إسماعيل رقية، خضوع الدولة للتحكيم ونظرية السيادة التقليدية، رسالة مقدمة للحصول على درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2001.

3- سامي محسن حسين السرى، بعض الجوانب في القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم الدولي "دراسة مقارنة"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2004.
4- صبري أحمد محسن الذيابات، إجراءات التحكيم التجاري الدولي، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة شمس، مصر، 2004.
5- طالبي حسن، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006.
6- عاطف بيومي محمد شهاب، الاختصاص بالتحكيم في عقود التجارة الدولية (محاولة عامة لنظرية الاختصاص التحكيمي في مجال التجارة الدولية)، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2001.
7- علي السعيد علي سرحان، مفهوم التجارية والدولية في قانون التحكيم المصري الجديد، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 2000-2001.
8- عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري – تيزي وزو، 2006.
9- غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصددها، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2004.

ب- المذكرات:

1- أحمد أحمد الثلايا عبد الكريم، التحكيم كوسيلة لحل منازعات الاستثمار في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، رسالة مقدمة

لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم الدراسات القانونية، جامعة الدول العربية، القاهـــرة، 2004.

2- بن سويح خديجة، النظام القانوني للاستثمار في الجزائر، بحث لنيل شهادة الماجستيـــر في القانـــون، فرع قانـــون المـــؤسسات، كلـــية الحقـــوق، الجزائـــر، 2007.

3- تياب نادية، التحكيم كآلية لتسوية عقـــود التجارة الدولية، مذكـــرة لنيل شهـــادة الماجستير في القانون، فـــرع قانون الأعمال، كلية الحقـــوق، جامعة مولود معمري – تيزي وزو، 2006.

4- حسين نوارة، الأمن القانوني للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنبل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري – تيزي وزو،2003.

5- حسين فريدة، التنفيذ الجبري لأحكام التحكيم الدولي الصادرة في المجال الاستثماري بالجزائر، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري– تيزي وزو، 2000.

6- حنافي أسيا، الضمانات الممنوحة للاستثمارات الأجنبية فـــي الجزائـــر (دراسة مقارنة)، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008.

7- كروش نعيمة، تطـــور موقف البلاد النامية من التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001.

8- مليص وحيدة، تسوية نزاعات الاستثمار الخاص الأجنبي في الجزائر، رسالة متممة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار – عنابة، 2001.

3- المقالات:

1- الحموري طارق، "ندوة صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية "قراءات مبسطة في التحكيم الدولي"، شرم الشيخ – جمهورية مصر العربية، أيام 29/25 ديسمبر 2007.

unpan1.un.org/intradoc/groups/public/.../unpan029772.pdf.

2- الحسوسي رضوان، " الحكم التحكيمي، مشتملاته وتقنياته"، مجلة المحاكم المغربية، العـــدد 117، نوفمبر – ديسمبر 2008، الدار البيضاء، المغرب، ص.ص 102-120.

3- السمدان أحمد: "السمدان أحمد: "القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي"، مجلة الحقوق، العدد 1-4، الكويت، مارس – جوان 1993، ص.ص 173-212.

4- الخولي خالد: "التحكيم التجاري يتلهـــف إلى قانون يـــدعمه كآلية للتقاضي"، مقال منشور على موقع جريدة المال نيوز الإماراتية بتاريخ 14 جويلية 2009، العدد 51.

www.almalnews.ae.pdf.

5- المختار الراشدي محمد: "إجراءات مسطرة التحكيم"، مجلة المحاكم المغربية، العدد 117، الدار البيضاء، المغرب، نوفمبر – ديسمبر 2008، ص.ص 80-101؛

6- النوري كريم : "دور الاستثمارات الأجنبية في البلدان النامية"، مقال منشور على موقع:

www.shatharat.net/.

7-بالعمري سميرة: "قانون الإجراءات المدنية بسّط تنفيذ الأحكام"، مقال منشور في جريدة الشروق اليومي، عدد 2483، مؤرخ في 2008/12/18، ص 05.

8- تراري الثاني مصطفى: "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر إثر صدور المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 1993/04/05

المعــدّل والمتــمّم لقانون الإجــراءات المدنية"، مجلة الدراسات القانونية، العدد 01، الجزائر، 2002، ص. ص 35-55.

9- خاومي ألونسو: "التأمين القانوني وتطور المؤسسات -المرجع- التحكيم الدولي، الأمن القانوني والتطــور المؤسساتي إشارة خاصة للتحكيم الــدولي"، نشرة المحامين، دورية تصدر عن منظمة المحامين، سطيف، العدد 11، أفريل 2010، ص.ص 18-22.

10- رافع محمــد: "اتفــاق التحكيم في ظل القانــون المغــربي والاتفاقيات الدولية"، مجلة المحاكم المغــربية، العدد 117، الدار البيضاء، المغــرب، 2008، ص.ص 19-55.

11- صابر عمار: "اتفاق التحكيم وقــراءة في بعــض المشكلات العملية"، مقال منشور في موقع:
http://kambota.forumarabia.net/montada-f105/topic-t1526-30.htm.

12- قصاب سعدية وصديقي مليكه: "بعث الاستثمارات الأجنبية في إطار الشراكة الأورومتوسطية- حالة الجزائر"، المجلة الجزائرية للعلــوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، جزء 41، العدد 1، 2000، ص. ص 55-75.

13- محمد البلعاوي سيف الديــن: "التحكيم الدولي بين النظرية والتطبيق"، المجلة الجزائــرية للعلــوم القانــونية، الاقتصادية والسياسية، العدد 02، الجزائر، مارس 1989، ص. ص 406-438.

14- مشهور حديثة الجازي عمر: "التحكيم في منازعات عقود الاستثمار"، مقال منشور على موقع:
http://www.jcdr.com/pdf/3-ar.pdf .

15- "مركز دبي للتحكيم الدولي ينظم مؤتمرا حول تفعيل التحكيم التجاري"، المنعقــد في الإمارات العــربية المتحــدة في 2008/11/05، مقال منشور على موقع:
I www.ameinfo.com/ar.

16- يوسفي محمد: "مضمون أحكام الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار المؤرخ في 2001/08/20 ومدى قدرته على تشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية"، مجلة إدارة، عدد01، 2002، ص. ص 21-51.

17- ـــ: "اتجاهات الاستثمار الدولي وأثرها على سياسة الاندماج الاقتصادي للبلدان المغاربية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 02، 1992، ص. ص 256 ـــ 288.

4- الملتقيات:

1. الأحدب عبد الحميد، "قانون التحكيم التجاري الجديد"، يومان دراسيان حول الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح - الوساطة- التحكيم، المحكمة العليا، الجزائر، أيام 15- 16 جوان 2008، ص.ص 01-103.
2. ـــ، "القواعد المنظمة لإجراءات التحكيم"، يومان دراسيان حول الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح – الوساطة – التحكيم، المحكمة العليا، الجزائر، أيام 15- 16 جوان 2008، ص.ص 02-67.
3. ـــ، "القضاء والتحكيم: أفاق وتحديات"، أعمال اليوم الدراسي عن القضاء والمحاكمة التحكيمية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد، المحكمة العليا، الجزائر، 16 مارس 2009، غير منشور، ص. ص 01-22.
4. الخولي أكثم، "تنفيذ أحكام التحكيم الدولية طبقا للقانون الجديد"، بحث مقدم في إطار اليوم الدراسي عن القضاء والمحاكمة التحكيمية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد، الجزائر، 16 مارس 2009، غير منشور، ص. ص 01-30.
5. الورفلي أحمد، "الرقابة القضائية على إجراءات التحكيم التجاري في القانون الجزائري الجديد"، أعمال اليوم الدراسي عن القضاء والمحاكمة

التحكيمية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد، المحكمة العليا، الجزائر، 16 مارس 2009، غير منشور، ص.ص 01-31.
6. برونو لورنت، "أثر التحكيم الدولي على الاستثمارات وتدفقات رؤوس الأموال الأجنبية"، بحث مقدم في إطار الأبحاث المقدمة في مؤتمر الكويت الدولي للتحكيم التجاري، الكويت، 1997، ص.ص 625-628.
7. بلحرش سعيد، "المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار"، أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر (بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية)، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، أيام 14 و2006/06/15، ص. ص 240-253،
8. بلقنيشي حبيب، "دور التحكيم التجاري في وضع نظام قانوني دولي لتشجيع الاستثمارات الأجنبية"، أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر (بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية)، كلية الحقوق ، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، أيام 14 و2006/06/15، ص. ص 35-46.
9. بن أحمد الحاج، "تدويل النظام القانوني للاستثمار وأثره على مصالح الدول المتعاقدة"، أعمال الملتقى الوطني حول الاستقرار التشريعي والتنظيمي ضمانة للاستثمار ودعما لمناخ الأعمال في الجزائر، معسكر، 2009، غير منشور، ص. ص 01-13.
10. حسين نوارة، "تكريس التحكيم التجاري الدولي كضمان للاستثمارات الأجنبية"، أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر (بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية)، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، أيام 14 و2006/06/15، ص.ص 187-210.

11. دحو مختار، "دور الأمن القانوني في دعم مناخ الاستثمار"، أعمال الملتقى الوطني حول الاستقـرار التشريعي والتنظيمي ضمانة للاستثمار ودعـما لمناخ الأعـمال في الجزائـر، كلية الحقـوق والعـلوم السياسية، جامعة معسكر، أيام 25/04/26/ 2009، غير منشور، ص. ص 01-10.

12. عليوش قربوع كمال، "الاعتراف والتنفيذ الجبري للقرارات التحكيمية وطـرق الطعـن فـيها ..."، أعمال الملتقـى الدولي حـول التحكيم التجاري الدولي في الجزائـر (بين التكـريس التشـريعي والممارسـة التحكـيمية)، كـلية الحقـوق، جامعـة عـبد الرحـمان مـيرة- بجـاية، أيـام 14 و2006/06/15، ص. ص 23-34.

13. قويدري محمد: "طرق الطعن في أحكام التحكيم"، أعمال اليوم الدراسي عن القضاء والمحاكمة التحكيمية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد، المحكمة العليا، الجزائر، 16 مارس 2009، غير منشور، ص. ص 01-13؛

14. سمية كمال، "تسوية منازعات الاستثمار عـن طريق التحكيم التجاري الدولي"، أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر (بين التكـريس التشـريعي والممارسة التحكيمية)، كلية الحقـوق، جامعة عـبد الرحمان ميرة- بجاية، أيام 14 و2006/06/15، ص. ص 106-125.

15. وجيه خاطر، "التحكيم وتشجيع الاستثمار"، بحث مقدم في إطار الأبحاث المقدمة في مؤتمر الكويت الدولي للتحكيم التجاري، الكويت، 1997، ص.ص 881-95.

7- النصوص القانونية:

أ- الاتفاقيات:

1. اتفاقية الاعتراف بالأحكام التحكيمية الأجنبية وتنفيذها التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 1958/06/10، مصادق عليها بموجب قانون رقم 88-233 المؤرخ في 1988/11/05، ج.ر.ج.ج. عدد 48، الصادرة في 1988/11/23.
2. اتفاقية ثنائية مبرمة بين الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية تتضمن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة بواشنطن في 1990/08/22، مصادق عليها بمرسوم رئاسي رقم 90-319 المؤرخ في 1990/10/17، ج.ر.ج.ج. عـــدد 45، مؤرخة في 1990/10/24.
3. اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول المغرب العـــربي الموقعة في الجزائـــر، مصادق عليها بمرسوم رئاسي 90-420 المؤرخ في 1990/12/02، ج.ر.ج.ج. عدد 06 مؤرخة في 1991/02/06.
4. اتفاقية مبرمة بين الجزائر وإيطاليا حـــول التوجه والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة بالجزائر في 1991/05/08، مصادق عليها بمرسوم رئاسي رقم 91-346 المؤرخ في 1991/10/25 ج.ر.ج.ج. عدد 46، مؤرخة في 1991/11/06.
5. اتفاقية مبرمة بين الجزائر واتحاد الاقتصاد البلجيكي اللكسمبورجي المتعلقة بالتشجـــيع والحماية المتبادلة للاستثمار، المـــوقعة بالجزائـــر في 1991/04/24، مصادق عليها بمرسوم رئاسي رقم 91-345 المؤرخ في 1991/10/05، ج.ر.ج.ج. عدد 46، مؤرخة في 1991/10/06.
6. اتفاقية مبرمة بين الحكومة الجزائرية والحكومة الفرنسية تتضمن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة بالجزائر في 1994/02/03، مصادق عليها بمرسوم رئاسي رقم 94-01 المـــؤرخ في 1994/01/02، ج.ر.ج.ج. عدد 67، مؤرخة في 1994/10/19.

7. اتفاقية واشنطن المتضمنة تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى للمركز الدولي، مصادق عليها بمرسوم رئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 1995/10/30،ج.ر.ج.ج. عدد 66، مؤرخة في 1995/01/15.
8. اتفاقية تتضمن إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، مصادق عليها بمرسوم رئاسي رقم 95-345 المؤرخ في 1995/10/30، ج.ر.ج.ج. عدد 66، مؤرخة في 1995/11/05.
9. اتفاقية موحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية، مرسوم رئاسي رقم 95-306 المؤرخ في 1995/10/07، ج.ر عدد 59 مؤرخة في 1995/10/11.
10. اتفاق مبرم بين الحكومة الجزائرية وحكومة سوريا، حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع عليها بدمشق في تاريخ 1997/09/14، مصادق عليه بمرسوم رئاسي رقم 98-430 مؤرخ في 1998/12/27، ج.ر.ج.ج. عدد 97، لسنة 1998.
11. اتفاق وبروتوكول إضافي مبرم بين الجزائر وألمانيا للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعين بالجزائر بتاريخ 1996/03/11، مصادق عليه بمرسوم رئاسي رقم 2000-280 المؤرخ في 2000/10/07، ج.ر.ج.ج. عدد 58، المؤرخة في 2000/10/03.
12. اتفاقية مبرمة بين الجزائر والد نمارك حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع بالجزائر في 1999/01/25، مصادق عليها بمرسوم رئاسي رقم 03-525 مؤرخ في 2003/12/30، ج.ر.ج.ج. عدد 02 مؤرخ في 2004/01/07.
13. اتفاقية مبرمة بين الحكومة الجزائرية وحكومة الكويت للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة بالكويت في 2001/09/30، مصادق عليها بمرسوم رئاسي رقم 03-370 المؤرخ في 2003/10/20، ج.ر.ج.ج. عدد 66، المؤرخ في 2003/11/02.

ج- النصوص التشريعية:

1. قانون رقم 75-58 مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج. عدد 78 لسنة 1975، معدّل ومتمّم بقانون رقم 07-05 مؤرخ في 2007/05/13، ج.ر.ج.ج. عدد 31، صادرة بتاريخ 2007/05/13؛
2. مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 1993/10/05 يعدّل ويتمّم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر.ج.ج. عدد 27 الصادرة بتاريخ 1993/10/10 (ملغى).
3. مرسوم تشريعي رقم 93-12 مؤرخ في 5 أكتوبر 1993، يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.ج.ج. عدد 64 لسنة 1993، (ملغى).
4. أمر رقم 01-03 مؤرخ في 20 أوت 2001 يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر عدد 47 مؤرخة في 2001/08/22، المعدّل والمتمم بموجب أمر رقم 06-08 مؤرخ في 15جويلية 2006، ج.ر.ج.ج. عدد 47 صادرة في 2006/07/19.
5. قانون رقم 05-07 المؤرخ في28 أفريل 2005، يتعلق بالمحروقات، ج.ر.ج.ج. عدد 50، صادرة في 2005/07/19، معدّل ومتمّم بموجب قانون رقم 06-10 مؤرخ في 2006، ج.ر.ج.ج. عدد رقم.
6. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 2008/02/25 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج. عدد 21 مؤرخ في 2008/04/23.

ثانيا: باللغة الفرنسية

1- OUVRAGES:

1- CARREAU Dominique - JULLIARD Patrick, Droit international économique, 4 éditions, DELTA, Liban, 1998.
2- DAVID René, L'arbitrage dans le commerce international, économica, Paris, 1981.
3- EL-AHDAB Abdul Hamid, l'arbitrage dans les pays arabes, Edition ECONOMICA, Paris, 1988.

4- FOUCHARD Ph., GAILLARD E., GOLDMAN B., Traité de l'arbitrage commercial international, Editions LITEC, Paris, 1996.
5- HAROUN Mehdi, Le régime des investissements en Algérie à la lumière des conventions franco-algériennes, Litec, Paris, 2000.
6- MENTALECHTA Mohamed, L'arbitrage commercial en droit Algérien, O.P.U, Alger, 1983.
7- NAJJAR Nathalie, L'arbitrage dans les pays Arabes face aux exigences du commerce international, LGDJ, Paris, 2004.
8- REDFERN Alain, HUNTER Martin, Droit et pratique de l'arbitrage commercial international, LGDJ, Paris 1994.
9- ROBERT Jean, L'arbitrage, Droit interne, Droit international privé, 5e édition, Dalloz, Paris, 1983.
10- TERKI NourEddine, L'arbitrage commercial international, OPU, Alger, 1999.
11- TRARI TANI Mustafa, Droit Algérien de l'arbitrage commercial international, 1ère édition, BERTI, Alger, 2007.

2- THESES et MEMOIRES:

1- HAFHOUF Mourad, La protection des investissements en Algérie, mémoire d'un Mastère 02, Recherche en Droit Privé et Science Criminelles, Faculté International de Droit Comparé des Etats Francophones, Université de Perpignan, 2006/2007 Publie sur le site web : www.mémoireonline.com.
2- NADJI Mohamed Salah, Analyse du code des investissements : 93/12 du 05 Octobre 1993, thèse pour l'obtention de magister en Droit, institut de Droit et des sciences Administratives de Ben Aknoun, Université d'Alger, 1996.

3- ARTICLES:

1- BACHAND Rémi : « Les mécanismes de règlements des différends relatifs aux investissements. L'ALENA comme modèle ? Evolutions récentes et perspectives d'avenir», In : http : // www.unites.uqam.ca/gric.
2- BETTAIEB Mahmoud Anis, « La protection de l'investissement étranger au Maghreb (Algérie, Maroc, Tunisie), Global Forum on International Investissement, 27-28 March 2008, www.oecd.org/ investment/ gfi-7.

3- DUPEYRE Romain : «Les limites de l'obligation de motivation : de la concision des sentences arbitrales », in : http://sqdiorg.com/volumes/pdf/19.1_dupeyre.pdf.
4- EL-AHDAB Jalal, « Le nouveau droit Algérien de l'arbitrage : approche comparée Franco- Algérienne », Actes de la journée d'étude nationale sur la jurisprudence et l'instance arbitrale à la lumière du nouveau code de procédure civile et administrative Algérienne, Cour suprême, Alger, 16 et 17 mars 2009, non publie, pp.01-19.
5- HOCINE Farida, « Le droit Algérien de l'arbitrage commercial international instrument d'incitation à l'investissement étranger », R.C.D.S.P, Faculté de droit, Université M.M.T.O, n° 01, 2008, pp.59-96.
6- ISSAD. Mohand, « Deux conventions bilatérales pour la protection des investissements », RASJEP, n°04/1991, pp.713-734.
7- LEBEN Charles, « L'évolution du droit des investissements international», In : www.jurispolis.com/dt/mat/dt_invst.htm;
8- TERKI NourEddine, « La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie », RASJEP, n°02/2001, pp. 09-31.
9- TRARI TANI Mostefa, « Les règles d'arbitrage international en Algérie : commentaire du décret législatif n°93/12 », R.A.S.J.E.P., n°01, 1997, pp.264-286.
10- YESSAD Houria: « L'arbitrage commercial international », R.C.D.S.P, Faculté de droit, Université M.M.T.O, n° 02, 2006, pp.62-96.

4- Sentences arbitrales:

1- LESI-Di penta c. Algérie (2005), Affaire n° ARB/03/08, en ligne:CIRDI<http://www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm>[LESI-Di penta].

الفـــهـــرس

مقدمة 1

الفصل الأول

مساهمة التحكيم التجاري الدولي في تفعيل الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر 7

المبحث الأول: التكريس القانوني للتحكيم التجاري الدولي كآلية لتسوية منازعات الاستثمار..... 10

المطلب الأول: التكريس القانوني للتحكيم التجاري الدولي في القوانين الداخلية..... 11

الفرع الأول: في ظل المرسوم التشريعي رقم 93-09 والقانون المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية الجديد..... 12

الفرع الثاني: في ظل تنظيم قوانين الاستثمار..... 15

المطلب الثاني: تكريس التحكيم التجاري الدولي من خلال الاتفاقيات الدولية..... 18

الفرع الأول: في إطار الاتفاقيات الثنائية..... 19

الفرع الثاني: في إطار الاتفاقيات المتعددة الأطراف..... 24

المطلب الثالث: أثر التحكيم الدولي على الاستثمار وتدفق رؤوس الأموال..... 27

الفرع الأول: العلاقة بين الاستثمارات الأجنبية والتحكيم الدولي..... 28

الفرع الثاني: التفاعل بين التحكيم وتنوع تدفقات رؤوس الأموال..... 32

المبحث الثاني: التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي كمظهر لتفعيل الأمن القانوني للاستثمار 35

المطلب الأول: اتفاقية التحكيم..... 35

الفرع الأول: تعريف اتفاق التحكيم وصوره وشروط صحته..... 35

أولا: تعريف اتفاق التحكيم وصوره..... 36

ثانيا: شروط صحة اتفاق التحكيم..... 38
الفرع الثاني: مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم..... 40
الفرع الثالث: أثار اتفاق التحكيم..... 41
أولا: اختصاص التحكيم بالفصل محكمة في اختصاصها..... 42
ثانيا: الأثر السلبي لاتفاق التحكيم..... 42
المطلب الثاني: إجراءات التحكيم..... 43
الفرع الأول: تشكيل محكمة التحكيم..... 44
الفرع الثاني: ضمانات التقاضي والقانون الواجب التطبيق على النزاع..... 47
أولا: ضمانات التقاضي أمام محكمة التحكيم..... 47
ثانيا: تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع..... 49
الفرع الثالث: السير في إجراءات التحكيم..... 54
أولا: دعوة الخصوم لتقديم الطلبات والد فوع وأدلة الإثبات..... 55
ثانيا: اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية..... 58
المطلب الثالث: حكم التحكيم..... 59
الفرع الأول: صدور حكم التحكيم وآثاره..... 59
أولا: كيفية صدور حكم التحكيم..... 60
ثانيا: آثار حكم التحكيم..... 61
الفرع الثاني: الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها..... 63
أولا: الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي..... 63
ثانيا: تنفيذ حكم التحكيم..... 64
الفرع الثالث: طرق الطعن في حكم التحكيم..... 66
أولا: الطعن بالاستئناف..... 67
ثانيا: الطعن بالبطلان..... 68
ثالثا: الطعن بالنقض..... 69

الفصل الثاني

إشكالات التحكيم التجاري الدولي كآلية لتفعيل الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر 72

المبحث الأول: مدى التوفيق بين مبدأ السيادة الوطنية وأمن الاستثمار..... 75
المطلب الأول: إشكالية اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في ظل مبدأ السيادة الوطنية..... 76
الفرع الأول: بالنسبة للمستثمر الأجنبي 77
أولا: عدم الثقة بالقضاء الوطني للدول المضيفة لاستثماراته..... 77
ثانيا: نجاعة الوسائل الدولية لتسوية المنازعات الاستثمارية..... 78
الفرع الثاني: بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار..... 80
الفرع الثالث: اعتبارات المتعاملين في مجال الاستثمارات الأجنبية..... 82
أولا: الإيجابيات التي يتحلى بها البت في قضية معينة عن طريق التحكيم..... 82
ثانيا: ما يحققه التحكيم للأطراف من خصوصية تحفظ أسرار أعمالهم التجارية..... 83
ثالثا: ما يتيحه التحكيم للأطراف من سبيل إلى التفاهم والاستمرار بالتعامل.... 83
رابعا: الثغرات التي تتكفل بحلها المزايا التي ينفرد بها نظام التحكيم..... 85
خامسا: المرونة والتحرر من الشكلية والتخصص والتفرغ وسرعة البت..... 85
سادسا: الاستئناس بتقنيات قواعد التجارة الدولية وبما تتيحه من مبادئ تكميلية مساعدة..... 86
المطلب الثاني: التعارض بين مبدأ السيادة الوطنية للدولة والتحكيم التجاري الدولي.. 90
الفرع الأول: التمسك بمبدأ السيادة الوطنية المطلقة..... 90
الفرع الثاني: التمسك حق اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي..... 96
الفرع الثالث: تبني نظرية السيادة المقيدة كحل وسط..... 100
المبحث الثاني: سلبيات ومشاكل التحكيم التجاري الدولي..... 104
المطلب الأول: سلبيات التحكيم التجاري الدولي..... 105

الفرع الأول: عدم موضوعية بعض المحكمين..... 106
أولا: حالات فقدان المحكم لاستقلاليته..... 107
ثانيا: مبدأ الاستقلالية ومبدأ الحياد..... 109
الفرع الثاني: ارتفاع رسوم التحكيم وتكاليفه..... 114
الفرع الثالث: الصعوبات الناجمة عن تشكيل محكمة التحكيم وتفسير الشرط التحكيمي..... 117
أولا: صعوبات تشكيل محكمة التحكيم..... 117
ثانيا: صعوبات ناتجة عن تفسير الشرط التحكيمي..... 119
المطلب الثاني: مشاكل التحكيم التجاري الدولي..... 121
الفرع الأول: عقبات تنفيذ حكم التحكيم..... 123
الفرع الثاني: مشكلة تعارض حكم التحكيم مع النظام العام..... 125
الفرع الثالث: مشكلة عدم تسبيب حكم التحكيم..... 128
خاتمة..... 133
قائمة المراجع..... 137
الفهرس..... 153

مـــلخـــص:

يعتبر التحكيم التجاري الدولي من بين أهم قضايا الاستثمار التي تطرح بحدّة في الوقت الراهن، خاصة في ظل ازدياد التنافس الشديد بين مختلف الدول على جذب أكبر قدر ممكن من الاستثمارات الأجنبية إليها، إلى جانب اتساع حجم العلاقات الاقتصادية بينها، وهذا ما يثير دون شك الكثير من النزاعات التي يعتمد في تسويتها على التحكيم التجاري الدولي.

عموما، فإنّ مسألة تفعيل الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر يتوقـــف تحقيقه بشكل كبير على تكريس التحكيم التجاري الدولي، وتنظيمـــه القانوني إلى حدّ يشكل فيه عنصر مهم يساهـــم في تفعيل حركة الاستثمارات الأجنبية، وهو ما أدى بالعـــديد من الدول ومنها الجزائر إلى الاقتناع بضـــرورة وفائدة التحكيم التجاري الدولي، بالرغم من وجود بعض الإشكالات التي تطرح، من شأنها أن تنقص من قيمة التحكيم التجاري الدولي وتعترض على تحقيق الهدف من وراء اللجوء إليه.

Résumé :

Actuellement l'arbitrage commercial international, constitue l'un des soucis majeurs en matière d'investissement, notamment avec l'accroissement de la concurrence entre les Etats pour attirer les investissements étrangers, à quoi s'ajoute l'extension de leurs relations économiques, ce qui suscite, certainement des différends dont la résolution nécessite de recourir à ce mode.

De manière générale, l'instauration d'une sécurité juridique d'investissement est nécessairement liée à la consécration de l'arbitrage international et à son encadrement juridique de telle sorte qu'il soit un élément important pour l'attraction des investissements étrangers.

Cela à incité beaucoup de pays à l'image de l'Algérie à prendre conscience de la nécessité du recours à l'arbitrage international et ce, en dépit de certains obstacles qui relativisent l'efficacité de ce mécanisme et entravent la réalisation de ses objectifs.