وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد البشير الابراهيمي _ برج بوعريريج_

كلية الحقوق و العلوم السياسية.

مذكرة لنيل شهادة ماستر أكاديمي في الحقوق

تخصص : قانون أعمال.

الموسومة ب

التحكيم في عقود الاستثمار

من إعداد الطالبين:

» **يسعد سيف الدين .**

» **طبي ايوب .**

الاسم و اللقب.	الرتبة	الصفة.
		رئيسا
		مشرفا
		مقررا.

السنة الجامعية : 2021/ 2022

بسم الله الرحمن الرحيم

الاهداء.

إلي الوالدين الكريمين

الهي لا يطيب الليل إلا بشكرك ، و لا يطيب

النهار إلا بطاعتك ، و لا تطيب الجنة إلا برؤيتك

الي من بلغ الرسالة و أدى الأمانة و نصح الأمة ...

الي نبي الرحمة "محمد صلي الله عليه وسلم"

الي من قال فيهما الرحمان: " و قل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا".

الي ملاكي في الحياة ... الي معنى الحب و الحنان و التفاني ...

الي بسمة الحياة و سر الوجود.

الي أغلي أحبائي أمي الحبيبة أطال الله في عمرها.

الي كل من كلله الله بالهيبة و الوقار ... الي من علمني العطاء بدون اطار...الي من أحمل اسمه أرجو أن يمد الله في عمره ليري ثمارا قد حان قطافها بعد طول انتظار و ستبقي كلماته.

نجوما أهتدي بها اليوم و في الغد و الي الأبد ... أبي الغالي.

شكر و تقدير

أحمد الله تعالى وأشكره على توفيقه وفضله بتسيير إتمام هذا البحث.

شكري الخالص أوجهه إلى كل الأساتذة

على تشجيعاتهم المتواصلة ومثابرتهم في تدريسي .

و إلى كل من أسدى لهذا العمل يدا ولو كان مثقال حبة من خردل مشفوعة

والدعاء إلى الله أن يثيبه خير الجزاء.

والحمد لله رب العالمين.

قائمة المختصرات.

ص: الصفحة.

ع: العدد.

ج .ر: الجريدة الرسمية.

د.ط: دون طبعة.

مقدمة.

مقدمة:

لقد شهد العالم منذ مطلع الألفية تطورا مذهلا في جميع الأصعدة حتى على مستوي مصادر التموين، ففي العهد القريب كانت المواد الطاقوية تعد أهم مصدر بالنسبة للدول المتطورة وحتى بالنسبة للدول المنتجة لها. لكن شهد العالم تصور جديد للاقتصاد العالمي يقوم على الحركة الدءوبة للرأسمال فتعددت الوسائل وتشعبت كالتجارة الدولية والعقود الدولية والاستثمارات بمختلف أنواعها .

و الدول النامية عادة ما تكون ضحية سياساتها الفاشلة في مجال التمنية الاقتصادية و محدودية في مصادر التموين فغالبا ما تلجا إلى البحث عن مصادر بديلة بغرض خلق ثروات جديدة. فلما كانت الوسائل متاحة كانت المديونية الخارجية أحد أهم الحلول لكن خطر هذه الوسيلة رتبت أثارا وخيمة على اقتصاديات الدول النامية ، لذلك كان ولابد من وجود بدائل أخرى لمجابهة هذه التحديات لعل أهمها الاستثمارات الأجنبية ، فلجأت الدول النامية إلى تنمية اقتصادها وتطوير منشأتها و بنيتها التحتية عن طريق الاستثمار الأجنبي . و على اعتبار المستثمر الأجنبي عادة ما يعيش في مخاوف مواجهة دول ذات سيادة بإمكانها أن تأمم استثماره ، هذا من جهة ومن جهة أخرى تكون مخاوف المستثمر مبررة أحيانا إن لم نقول غالبا في ظل الفساد الإداري والقضائي والمحسوبية وغيرها من صور الفساد ، لذلك كان المستثمر بحاجة إلى ضمانات حقيقية لتسهيل عمله وحفظ حقوقه و صوفا.

غير إن أن تحديد حقوق والتزامات المستثمرين ضمن إقليم الدولة المضيفة من خلال تنظيمها ضمن إطار تشريعي أو اتفاقي بشكل منظم ودقيق و كذا الامتيازات الممنوحة لهم غير كافي الطمأنة المستثمرين وتشجيعهم للاستثمار فيها ، إذ قد يحصل تنازع بين الأطراف حول مضمون هذه الحقوق والالتزامات ولان الروابط القانونية بين الأطراف في المنازعات

الاستثمارية كثيرا ما تنشأ بموجب عقود ذات شروط مفصلة و عامة ، فان كثيرة منها ما يلفه الغموض و احتمالات التأويل لذا ظهرت الحاجة الماسة لفك هذا الإبهام عن طريق النص على شرط التحكيم .

ولهذا الغرض غالبا ما يسعى المستثمر الأجنبي للحصول على وسائل فعالة ومحايدة بغرض تسوية نزاعات الاستثمار ، و بالرغم من تعدد الوسائل التي يمكن أن يلجأ إليها الأطراف في عقود الاستثمار لتسوية منازعاتهم الناشئة عنها، ألا أن التحكيم يعد الطريق الأنسب و الأمثل لتسوية منازعات الاستثمار باعتباره ضمانة إجرائية لحسم منازعاتهم مع الدولة المانحة لعقد الاستثمار ، لأنهم عادة ما ينظرون إلى قضاء تلك الأخيرة نظرة شك وريبة ، هذا فضلا عن بعض من مزايا التحكيم كالسرية التي يمتاز بها والتي تتلاءم و طبيعة عقود الاستثمار ، والحفاظ على أسرارهم وتجنب المساس بمراكزهم وسمعتهم في مجال النشاط التجاري و الاقتصادي فضلا عن السرعة التي يتميز في البت والفصل في النزاع.

ونتيجة للأهمية التي أصبح يحظى بها الاستثمار الأجنبي على المستوي المحلى و الدولي ، وتسابق الدول النامية في منح امتيازات ضخمة بغرض تهيئة المناخ الملائم للمستثمرين ، وفي ظل تقلص مداخيل الجزائر من المواد الطاقوية وانكماش الاقتصاد الوطني وانخفاض الاحتياطي النقدي و كذا خطورة الرأسمال الأجنبي في بعض الأحيان وفي ظل الظروف الاقتصادي والسياسي الحرج الذي تمر به بلدانا كلها عوامل موضوعية وذاتية دفعتنا لدراسة و فهم طبيعة العلاقة بين الاستثمار الأجنبي و التحكيم في عقود الاستثمار باعتباره ضمانة من الضمانات الأساسية للمستثمر.

فإذا كان الاستثمار الأجنبي يحمل في طياته جوانب ايجابية إذ يعد أحد أهم البدائل الرئيسية في تدوير العجلة الاقتصادية والسير بها نحو بناء وتشييد اقتصاد وطني قوي في

ظل العولمة والتكتلات الاقتصادية ، إلا أنه في الوقت ذاته يحمل في جوانبه مساوئ لعل أبرزها سيطرة المال الأجنبي على اقتصاديات دول العالم الثالث وخضوعها لإرادة دولة المستثمر وسياسته .

أهمية الموضوع:

تظهر أهمية الموضوع في كون أن التحكيم يعد من الوسائل المهمة التي يلجأ ايها المتعاقدون في كافة العقود و علي الأخص في عقود الاستثمارات الأجنبية لحل المنازعات التي يمكن أن تثار ، الي الحد الذي يمكن أن نقول بأن التحكيم أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال ، و يرجع هذا الي الميزات التي يتميز بها و التي تتناسب مع طبيعة عقود الاستثمار.

أهداف الدراسة:

ان الهدف من هذه الدراسة هو اثراء المكتبة القانونية المتخصصة في التحكيم في مجال عقود الاستثمار ، و ذلك نظرا للنقص الملحوظ في البحوث التي تعني بشرح هذا الموضوع.

اشكالية الدراسة:

انطلاقا مما تقدم يمكن حصر الإشكالية العامة للدراسة في:

ولما كان التحكيم أهم الضمانات القضائية الممنوحة للمستثمر كحوافز بغرض جلب رأس المال الأجنبي **فإلي أي مدى يعتبر التحكيم أداة فعالة في مجال الاستثمارات الأجنبية ؟ .**

هذا من جهة ، ومن جهة أخرى **كيف يمكن للدولة الجزائرية وهي تمر بهذا الظرف العصيب أن توفق بين إرادة المستثمر و بين مصالحها على أساس علاقة متوازنة مع العلم أن الجزائر سبق لها وان خسرت مليارات الدولارات في منازعات تحكيمية في مجال عقود الاستثمار؟.**

المنهج المتبع:

للإمام هذه الإشكاليات ونظرا التعقدها و تشعبها و محاولة منا بجميع أبعاد وتفاصيل هذا الموضوع سلكنا المنهج الوصفي من خلال تحديد المفاهيم التي تنطوي عليها الدراسة ، كما اعتمدنا على المنهج التحليلي المناسب و مقتضيات طبيعة موضوع بحثنا.

أسباب اختيار الموضوع.

كان الدافع لاختيار موضوع الفساد في القطاع الخاص ، راجع لأسباب ذاتية وأخرى موضوعية.

الأسباب الذاتية:

تعود الاسباب الذاتية الي رغبة الباحث العلمي في معالجة هذا الموضوع و التي من شانها ان تشكل حافزا و دافع لتناوله بطريقة موضوعية و دقيقة و متطابقة مع مبادئ و اسس اعداد البحوث الاكادمية.

الأسباب الموضوعية.

ـ أهمية الاستثمار الأجنبي في تحقيق التنمية الاقتصادية في البلدان ألآخذة بالنمو ، اذ أن الدول تتنافس فيما بينها من أجل جذب الاستثمارات الى اراضيها و خصوصا في العراق بعد سقوط النظام السابق و ظهور الفراغ الكبير في جانب الاستثمار ، و تخوف الدول المتقدمة من الاستثمار فيه بسبب المشاكل الأمنية.

_ أهمية التحكيم بالنسبة لعقود الاستثمار الأجنبي ، اذ أنه أصبح في الوقت الحاضر البديل الناجح للنظام القضائي في حسم منازعات الاستثمار.

_ عدم وجود قانون خاص يعالج التحكيم بوصفه وسيلة لحل منازعات الاستثمار ، علي الرغم من أهمية هذه العقود.

الدراسات السابقة.

ـ سليم بشير ، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية ، اطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية ، تخصص القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، 2010-2011.

ـ عبد الوهاب عجيري ، شرط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الدراسات العليا ، جامعة سطيف ، 2013-2014 .

خطة الدراسة.

للإجابة عن الاشكالية السابقة ارتأينا تقسيم البحث الي فصلين ، نتناول في الفصل الأول الاطار المفاهيمي للتحكيم و عقود الاستثمار الذي قسم بدوره الي مبحثين ، تضمن المبحث الأول مفهوم التحكيم و الذي تفرع الي مطلبين ، جاء في المطلب الأول تعريف التحكيم و خصائصه ، أما المطلب الثاني فنتناول أنواع التحكيم و تمييزه عن غيره من النظم المتشابهة له ، بينما تضمن المبحث الثاني مفهوم عقود الاستثمار ، و الذي قسم الي مطلبين ، تناولنا في المطلب الأول تعريف و أهمية عقود الاستثمار ، أما المطلب الثاني فتضمن أنواع و تقييم عقود الاستثمار أما بالنسبة للفصل الثاني التنظيم الاجرائي للتحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار و الذي قسم الي مبحثين ، تناول المبحث الأول اجراءات التحكيم في عقود الاستثمار و تنظيمها ، و الذي تفرع الي مطلبين ، في المطلب الأول تشكيل هيئة التحكيم و القانون الواجب التطبيق على النزاع ثم في المطلب الثاني سير إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار ، أما المبحث الثاني صدور الحكم التحكيمي وتنفيذه و قد قسم الي مطلبين كذلك ، تناول المطلب الأول منهما إصدار الحكم التحكيمي ، أما الثاني تنفيذ الأحكام التحكيمية.

و أنهيت الدراسة بخاتمة اشتملت علي أهم نتائج البحث و توصياته.

الفصل الأول: الاطار المفاهيمي للتحكيم و عقود الاستثمار.

الفصل الأول

الاطار المفاهيمي للتحكيم و عقود الاستثمار

إن مصطلح الاستثمار غالبا ما يكون مرادفا للتحكيم ، إذ يعتبر هذا الأخير ضمانة أساسية للمستثمر الأجنبي الذي عادة ما يكون جاهلا بقوانين الدولة المضيفة لذلك يمكن أن نقول بان التحكيم أداة لإحداث التوازن بين المستثمر الذي يخاطر بأمواله في محيط دولة يجهل قوانينها ، وفي ذات الوقت تستفيد الدولة المضيفة من تدفق رؤوس أموال تساهم في توجيه مخطط التنمية الأمر الذي يجعل غالبية الدول تدخل في إطار اتفاقيات ثنائية من اجل إدراج شرط التحكيم في حال وقوع النزاع[1] .

ولهذا الغرض قبل أن نتطرق إلى الخصومة التحكيمية في مجال عقود الاستثمارات الأجنبية ، لابد من أن نعرج على بعض المفاهيم وتحديد مضمونها حيث سنتناول مفهوم التحكيم (المبحث الأول) ، ثم الي مفهوم عقود الاستثمار (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم التحكيم

إن نمو التجارة الدولية و تشابك المصالح الاقتصادية و الانتشار الهائل لعقود الاستثمارات الدولية والحركة الدؤبة لرؤوس الأموال وتدفقها في شكل استثمارات أجنبية والتطور المذهل للتكنولوجيا و عقود نقلها بالإضافة إلى حركة البضائع عبر عقود النقل

[1] . احمد خليل ، قواعد التحكيم (دراسة معمقة في طرق الطعن في القرار التحكيمي الصادر في تحكيم داخلي) ، د.ط ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2003 ، ص 20.

البحري أو الجوي أو البري وظهور التكتلات السياسية والتقارب الجغرافي وطفو مفهوم العولمة على الساحة الدولية[1] كلها عوامل ساهمت في نشؤ نزاعات بين أصحاب رؤوس الأموال و الشركات المسيطرة على الاقتصاد العالمي وبين دول العالم السائر في طريق النمو وهذا راجع للفرق الشاسع بين مستويات الدول المتقدمة والدول المتخلفة على جميع الأصعدة[2].

ونظرا للسرعة التي تمتاز بها حركية عقود الاستثمار عبر التدفق الهائل لرؤوس الأموال في شكل عقود استثمارية ظهرت الحاجة الماسة إلى وجود آلية فعالة تساهم في التوازن بين مصالح الأطراف المتنازعة عبر آلية التحكيم ؛ حيث سنتناول تعريف التحكيم و خصائصه في المطلب الأول ، ثم أنواع التحكيم و تمييزه عن غيره من النظم المشابهة له في المطلب الثاني.

المطلب الأول

تعريف التحكيم و خصائصه.

سوف نتعرض في هذا المطلب إلى تعريف التحكيم في الفرع الأول ، ثم الي خصائص التحكيم في الفرع الثاني.

[1] . خالد محمد القاضي ، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع اشارة خاصة لإحداث احكام القضاء المصري ، ط1 ، دار الشروق ، مصر ، 2002 ، ص 52.

[2] . احمد خليل ، المرجع السابق ، ص 21.

الفرع الأول

تعريف التحكيم

التحكيم في اللغة مصدر حكم بتشديد الكاف مع الفتح يقال حكمت فلانا في مالي تحكيما إذا فوضت إليه الحكم فيه فاحتكم على فعل ذلك فالتحكيم معناه لغة التفويض في الحكم ويقال حكموه بينهم : أي أمروه أن يحكم بينهم[1].

والمحكّم بتشديد الكافي مع الفتح هو الشخص الذي يسند إليه الحكم في الشيء، كما يطلق الحكم على من يختار للفصل بين المتنازعين، حيث يقول الله تعالى: " **وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكمة من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليمة خبيرة** "

والتحكيم Arbitration في اللغة الإنكليزية، هو العملية التي يقوم فيها شخص بمحاولة مساعدة شخص أو مجموعة في الوصول إلى اتفاق[2] .

والتحكيم Arbitrage في اللغة الفرنسية، هو تسوية الخلاف بقرار يصدر من شخص أو أكثر اتفق الأطراف على تنصيبه بينهم[3].

أما في الاصطلاح فالتحكيم هو ذلك النظام خاص الذي يختار فيه الأطراف قضائهم و يعهدون إلى محكميهم بموجب اتفاق مكتوب مهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ بينهم.

فالتحكيم هو احد وسائل الفصل في المنازعات ، فهو النظام الذي بمقتضاه يمكن الفصل

---

[1] . احمد مختار عمر ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، ط 1 ، دار عالم الكتب للنشر ، د.ب.ن ، 2008 ، ص 9.

[2] . سليم بشير ، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية ، اطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية ، تخصص القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، 2010-2011 ، ص 17.

[3] . احمد مختار عمر ، المرجع السابق ، ص 10,

في المنازعة بواسطة أفراد عاديين بعيدا عن قضاء الدولة[1].

وجوهر فكرة التحكيم سواء في النظم القديمة أو الحديثة هو معني يهدف إلى تحقيق مدى شرعية ادعاءات الخصوم حول مسألة معينة . حق أو مركز قانوني معين ، عن طريق طرف ثالث يختارانه و يثقان فيه والتحكيم بهذا المعنى لا يعمل في فراغ بل يعمل في ظل نظام قانوني قائم و نافذ و محترم في المجتمع[2].

و لأن التحكيم عبارة عن وسيلة قانونية ناجعة أفسح لها المشرع المجال للفصل في المنازعات المتفق على عرضها على التحكيم باعتباره نظام يوازي القضاء العادي ، نظرا للمزايا التي يتسم كما التحكيم حيث غالبا ما تنتهي المنازعة بحكم يلتزم به الخصوم في الخصومة التحكيمية شأنه في دلك شأن القضاء العادي غير أن التحكيم يمتاز بخاصية السرعة في الفصل في موضوع النزاع بأقل جهد ممكن[3].

وعرفه جانب من الفقه بأنه : الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص معينين يسمون محكمين "Arbitres" ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه والفصل في موضوعه . وقد يكون الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بعد نشأته ويسمى عندئذ مشارطة التحكيم "Compromis" . و قد يتفق ذو الشأن مقدما و قبل النزاع على عرض المنازعات التي قد تنشأ بينهم في المستقبل خاصة بتنفيذ عقد معين على المحكمين ، و يسمى الاتفاق عندئذ شرط التحكم" Clause compromissoire"[4].

---

[1] . سليم بشير ، المرجع السابق ، ص 18.

[2] . خالد محمد القاضي ، المرجع السابق ، ص 53.

[3] . عبد الوهاب عجيري ، شرط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الدراسات العليا ، جامعة سطيف ، 2013-2014 ، ص 32.

[4] . خالد محمد القاضي ، المرجع السابق ، ص 54.

من خلال عرضنا لمختلف التعاريف الاصطلاحية نجد أن التحكيم يقوم علي عناصر أساسية لابد من توفرها كي نكون أمام المفهوم الدقيق والفني للتحكيم و هي :

1- لابد من وجود اتفاق بين الأطراف يقضي بإحالة النزاع الناشئ بينهما علي محكم سواء كان شخصا طبيعيا أو هيئة تحكيمية .

2- لابد من وجود خصومة حقيقية بين الأطراف المتعاقدة .

3-لابد من وجود محكم يقضي بالفصل في الخصومة بين الأطراف .

إذن فالتحكيم هو نظام أو طريق خاص للفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات سواء كانت مدنية أو تجارية عقدية أو غير عقدية ، فالتحكيم منهجه الخروج عن طرق التقاضي العادية الان منشئه أساسا يكون بين أطراف النزاع لتحقيق العدالة المرجوة بعيدا عن أروقة القضاء العادي التي غالبا ما تتسم بالبطء[1] .

الفرع الثاني

خصائص التحكيم

للتحكيم خصائص عديدة تتمثل في :

اولا/ السرعة في الإجراءات :

من المعروف على عقود الاستثمار أنها في الغالب عقود زمنية طويلة الأجل و مستمرة في فترات زمنية قد يتطلب تنفيذها سنوات من العمل والاستغلال لذلك نجد أن المستثمر يضع خطة مجدولة في الإطار الزماني من اجل تحقيق أهدافه ونظرا لهذه الخاصية نجد أن أغلب المستثمرين يدرجون شرط التحكيم الذي يتسم بالسرعة والمرونة في أجراء ته بهدف

[1] . عبد الوهاب عجيري ، المرجع السابق ، ص 33.

تنفيذ عقود الاستثمار[1].

إذ أن أجال سماع القضية والقرارات الجارية للتحكيم اقصر بكثير من تلك المتعلقة بالقضاء العادي بحيث أن سرعة تحديد أطراف النزاع للمحكمين وحكم التحكيم الذي يصدر من 03 الى 06 أشهر ابتداء من إجراءات التحكيم ، فالثابت أن النظم القانونية للتحكيم تحرص على وجوب حسم النزاع في فترة زمنية قصيرة[2].

ولان التحكيم يسفر عن وجود محكمين يتفرغون عادة للفصل في خصومة واحدة فبتالي يتيسر لهم الفصل فيها بوقت اقصر مما يلزم عادة في القضاء العادي ، بالإضافة إلى أن قوانين التحكيم عادة ما تحدد مدة الفصل في المنازعة فضلا عن عدم وجود طرق لمراجعة الحكم .

ثانيا/ خاصية السرية في التحكيم:

نظرا لتعدد المشاريع الاستثمارية وتعدد أنشطتها في جميع شتى المجالات و حتى القطاعات الحيوية والإستراتيجية غالبا ما تدخل الدول المستثمرة مع الدول المانحة لامتياز الاستثمار في معاهدات ثنائية أو جماعية ، لاشتراط عنصر التحكيم مما يوفره من سرية في إجراءاته أو حتى البث في موضوع الخصومة ، فقد تكون هذه المشاريع ذات طابع عسكري أو علمي فيه جملة من الأسرار العلمية أو العسكرية أو التكنولوجية الأمر الذي يدفع بقاء عقود الاستثمار في طي الكتمان .ولعل أول ما يذكر في هذا الصدد ما يحققه التحكيم للخصوم من تجار و رجال أعمال والمستثمرين من سرية لا يمكن إنكارها[3] ، حيث يعترف

---

[1] . محمد كولا ، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري ، د.ط ، منشورات بغدادي ، الجزائر ، 2008 ، ص 24.

[2] . سليم بشير ، المرجع السابق ، ص 20.

[3] . محمد كولا ، المرجع السابق ، ص 25.

القانون بشرعية إجراء التحكيم في إطار الكتمان و السرية بعيدا عن العلانية التي تتميز بها جلسات المحاكم القضائية ولا يسمح القانون بنشر حكم التحكيم إلا بموافقة أطرافه.

فكم من مستثمر قد يغامر بخسارة دعواه على كشف أسرار مشروعه الاستثماري الذي يعد في نظره له قيمة أكبر من الحق الذي ينازع من اجله[1] .

ثالثا/ الحفاظ على حسن العلاقة بين أطراف الخصومة:

نظرا للطابع الخاص الذي يتسم به التحكيم في مجال عقود الاستثمار ، نجد أن الأطراف المتنازعة غالبا ما يلجأون إلى المحكم عن رضا وقناعة بغرض الحفاظ على حسن العلاقة بينهما. فغالبا ما يتفادى الخصوم الخوض في المنازعات التحكيمية قبل حدوثها نظرا للطابع الودي الذي يتسم به التحكيم . بخلاف القضاء العادي إذ نجد القاضي لا ينظر إلى أطراف النزاع بقدر ما ينظر إلى حسن تطبيق القانون مما قد يولد العداوة بين الطرفين[2] ، لهذا فالتحكيم يولد الرغبة بين أطرفه في حل عادل يضمن استمرارية العلاقة بين الأطراف رغم نشوب الخلاف ، ذلك أن التحكيم يكون في مناخ تتبدد فيه بعض حرارة وحدة الخصوم[3].

المطلب الثاني

أنواع التحكيم و تمييزه عن غيره من النظم المتشابهة له

نظرا للأهمية المتزايدة لنظام التحكيم على المستويين الدولي والداخلي، وتأكيدا لرغبة الأفراد في انتشار هذا النظام باعتباره الوسيلة المثلى لحل المنازعات بالطرق السلمية ، وكذا

---

[1] . . محمد كولا ، المرجع نفسه ، ص 25.

[2] . عبد الحميد الاحدب ، موسوعة التحكيم في البلدان العربية (التشريع الإسلامي) ، ط 3 ، الكتاب المنشورات الحلبي الحقوقية ،لأردن ، د.ت.ن ، ص 66.

[3] . عبد الوهاب عجيري ، المرجع السابق ، ص 35.

رغبة الدول في تشجيع الاستثمار ، ظهرت الحاجة لوجود عدة أنواع للتحكيم لتغطي كافة المنازعات وخيارات الأفراد ، فمن ناحية قد يكون التحكيم حرا وقد يكون مؤسسيا ، وقد يكون اختياريا وقد يكون إجباريا وقد يكون عاديا وقد يكون مطلقا وأخيرا قد يكون التحكيم وطنيا وقد يكون دوليا[1]، لذاك سوف نتعرض في هذا المطلب إلى أنواع التحكيم (الفرع الأول) ، ثم الي تمييز التحكيم عن غيره من النظم المشابهة له (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أنواع التحكيم

توجد عدة أنواع للتحكيم تتمثل في:

أولا:أنواع التحكيم من حيث التنظيم:

ينقسم التحكيم من حيث تنظيمه إلى تحكيم حر وتحكيم مؤسسي.

1/ **التحكيم الحر** : هو ذلك التحكيم الذي يتولى الخصوم إقامته بمناسبة نزاع معين للفصل في هذا النزاع فيختارون بأنفسهم المحكم أو المحكمين كما يتولون في الوقت ذاته تحديد الإجراءات والقواعد التي تطبق بشأنه.

فهذا النوع من التحكيم لا يخضع لوجود إشراف لأي منظمة فمنشئه أو مصدره خاضع لإرادة الأطراف ، لذلك يتلاءم هذا النوع من التحكيم مع خصوصيات بعض المنازعات التحكيمية التي تتطلب نوع من السرية والمرونة[2] .

2/ التحكيم المؤسسي : على خلاف النوع الأول من التحكيم فهذا النوع من التحكيم

---

[1] . فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، د.ط ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان ، 2008 ، ص 25.

[2] . عبد الحميد الاحدب ، المرجع السابق ، ص 67.

يقوم تحت إشراف و رقابة مؤسسة تحكيمية موضوعة مسبقا و خصيصا للمنازعات التحكيمية ، فالتحكيم المؤسسي هو ذلك التحكيم الذي تتولاه منظمة دولية أو وطنية وفق قواعد محددة سلفا تحددها الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لهذه الهيئات".

فالتحكيم المؤسسي يمتاز بمزايا عدة كالكفاءة المهنية وخبرة المحكمين وتخصصهم بالإضافة إلى الخدمات المقدمة لانجاز المهمة التحكيمية باعتبارها هيئة مهيأة بجميع الخدمات الترجمة وغيرها[1] .

ثانيا: أنواع التحكيم من حيث مدى سلطة المحكم في تطبيق القانون:

ينقسم التحكيم وفق هذا المفهوم إلى تحكيم عادي وتحكيم مطلق والمعيار المتخذ أساسا لهذا التقسيم هو مدى تقيد المحكم بالقواعد القانونية فعندما يكون المحكم ملزما بالفصل في النزاع وفقا القواعد القانون فان التحكيم يكون عاديا أما عندما يعفي المحكم من تطبيق هذه القواعد ويحكم بمقتضى الإنصاف فان التحكيم يكون مطلقا[2].

ثالثا: أنواع التحكيم بحسب النطاق الجغرافي :

يمكن أن نقول بصفة عامة بان التحكيم يكون وطنيا إذا اتصلت جميع عناصره بدولة معينة دون غيرها (موضوع النزاع ، جنسية الخصوم ، جنسية المحكمين القانون الواجب التطبيق ، المكان الذي يجري فيه) و أما التحكيم التجاري الدولي فهو التحكيم الذي يتعلق بعقد دولي أو مصالح تجارة دولية بصفة عامة[3].

---

[1] . فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص 26.

[2] . محمود السيد عمر التحيوي ، انواع التحكيم وتميزه عن الصلح الوكالة الخبرة ، د.ط ، دار المطبوعات الجامعية ، د.ب.ن ، 2002 ، ص 17.

[3] . فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص 27.

رابعا: أنواع التحكيم بحسب حرية الأطراف في اللجوء إليه:

الأصل في التحكيم أنه يستند إلى إرادة أطراف النزاع، وهو ما يضفي عليه الطابع الاختياري فيقوم الطرفان المتنازعان باختيار كل من المحكم والقانون الواجب التطبيق على النزاع موضوعيا وإجرائيا، غير أن التحكيم قد يكون كذلك إجباريا لا اختياريا، وذلك بتدخل من المشرع وجعله من هذا الأخير آلية تسوية بعض المنازعات بالنظر لطبيعتها الخاصة، بحيث لا يجوز للخصوم اللجوء إلى القضاء لتسوية تلك المنازعات[1] .

1: التحكيم الاختياري:

عرف التحكيم الاختياري على أنه ": توافق إرادة ذوي الشأن على عرض النزاع القائم بينهم أو المحتمل على فرد أو أفراد عاديين يختارون للفصل وفقا للنظام أو وفقا لقواعد العدالة دون عرضه على قضاء الدولة.

2:التحكيم الإجباري:

يعرف الفقه التحكيم الإجباري بكونه التحكيم الذي يوجب القانون على وجه الاستثناء اللجوء إليه لحل النزاع أو صنف من المنازعات ، و يضيف الأستاذ موتلسكي إلى هذا التعريف عنصر خضوع التحكيم إلى نظام سابق الوضع ، وعنصر محدودية التأهيل[2].

[1] . محمود السيد عمر التحيوي ، المرجع السابق ، ص 18.

[2] . منير عبد المجيد ، الاسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي ، د.ط ، منشاة المعارف ، مصر ، 2000 ، ص 29.

الفرع الثاني

تمييز التحكيم عن غيره من النظم المتشابهة له

قد يتشابه التحكيم مع غيره من الأنظمة المشابهة له (الوسائل البديلة) لحل المنازعات بين الأشخاص الخاصة أو العامة، انه يختلف عن غيره من الوسائل الدبلوماسية الأخرى باعتباره وسيلة لتسوية النزاع بواسطة قضاة يتم اختيارهم من قبل أطراف النزاع كما انه تسوية تقوم علي أساس من احترام القانون والنية الحسنة فضلا عن أن الحكم الصادر فيه يعد ملزما للأطراف . ورغم أن التحكيم صاحب الصدارة الآن من بين وسائل حل المنازعات، إلا أنه لا يمكن إغفال أو تجاهل الدور الذي تملكه باقي تلك الوسائل لحل المنازعات الوساطة، التوفيق، الصلح[1].

أولا: التمييز بين التحكيم والوساطة :

الوساطة هي " تدخل طرف ثالث لا علاقة له بالنزاع القائم بين الأطراف بشكل ودي للعمل على تسويته، ويشترك الطرف الثالث مباشرة في المفاوضات الدائرة بين الأطراف ويقترح بنفسه حلاً للنزاع"وقد يتدخل الوسيط بصورة عفوية أو قد تستدعيه الأطراف المتنازعة للعمل كوسيط".

[1] . بلقواس سناء ، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الادارية ذات الطابع الدولي "التحكيم نموذجا" رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية تخصص قانون اداري و ادارة عامة كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، 2010-2011 ، ص 10.

وتتشابه الوساطة مع التحكيم في أنهما يستلزمان تدخل طرف ثالث لا علاقة له بالنزاع القائم من أجل تسويته .ولكن رغم التشابه من حيث الهدف وطريقة الاتفاق، أي عبر التعاقد مسبقا. إلا أن الاختلاف يبقى واضحا بين التحكيم والوساطة من حيث الشكل والنتيجة[1].

فسلطة الوسيط تقف عند حدّ العرض والاقتراح، أما سلطة المحكم فهي كسلطة القاضي وحكمه بمثابة حكم قضائي. وقرار الوساطة ليس ملزماً كحكم التحكيم ومن ثم لا يمكن فرضه على الأطراف المتنازعة.

وإذا كان سلطة الوسيط تقف عند هذا الحد فإن المحكم أعطي أكثر من ذلك، فإذا تم تعيين المحكم فإنه يباشر عمله التحكيمي وفقا للقواعد المنظمة لسير المحاكمة التي ذكرها أهل العلم بخصوص التحكيم والفصل في النزاع بالقواعد الموضحة في كتب القضاء فيتولى النظر في القضية بصفته حاكما وبذلك عليه أن يراعي ما نص عليه عقد التحكيم المحرر بين الأطراف وفقا لما هو مقرر في القواعد والإجراءات المنظمة للتحكيم وسير العمل به[2].

بذلك يكون للمحكم سلطات أوسع وأشمل عما هي عليه لدى الوسيط الذي يبقى شخصا محايدا أولا يملك أي سلطة لإلزام الطرفين وإجبارهما على أي شيء ولكنه يقدم مساعدته لهما معا حتى يتمكن كل منهما من تقسيم مركزه القانوني والواقعي في النزاع فالأطراف هنا هم الذين يضعون النتيجة ووظيفة الوسيط تقتصر على التفاوض والتواصل بين الطرفين للتحكيم بينهم وينتج عن ذلك نتيجة هامة من الناحية العملية تتلخص في قابلية الاتفاقية الناشئة عن الوساطة للتطبيق من الأطراف، بشكل تلقائي، كونهم هم الذين توصلوا إليها بمحض إرادتهم، ولم تفرض عليهم من الخارج[3].

---

[1] . منير عبد المجيد ، المرجع السابق ، ص 30.

[2] . بلقواس سناء ، المرجع السابق ، ص 11.

[3] . منى بوختالة ، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار ، رسالة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة ، 2013-2014 ، ص 19.

ثانيا: التمييز بين التحكيم والتوفيق:

يمكن تعريف التوفيق بأنه " تدخل شخص أو جهة في نزاع قائم بين طرفين للتقريب بينهما، وتسوية النزاع الذي ثار فيما بينهما، وذلك عن طريق حل يستند إلى إرادة الطرفين، بحيث لا يمكن تنفيذ الحل الذي اقترحه الشخص الذي تولى عملية التوفيق إلا باتفاق الطرفين "[1].

وبمعنى آخر هو "إجراء مهمته تسهيل حل الخلافات حلاً ودياً قبل أن تبلغ مستوى النزاعات القضائية[2]".

يتشابه التحكيم مع التوفيق في أنهما يستلزمان تدخل أشخاص آخرين لحل النزاع القائم بين الأطراف، ففي كلا النظامين يتفق الأطراف على فضّ نزاعاتهم بالتراضي عن طريق تفويض أشخاص آخرين بهذه المهمة. إلا أنهما بينهما فروق جوهرية نوجزها في الآتي[3]:

ـ معيار التفرقة بين التحكيم والتوفيق هو القوة الملزمة لقرار الغير (المحكم أو الموفق) . ففي التوفيق: فإن ما ينتهي إليه الموفق لا يعدو أن يكون مجرد اقتراح غير ملزم للأطراف، فلهم الحرية في الأخذ به من عدمه. أما في التحكيم: فإن المحكم يصدر قراراً يفرض على الأطراف فلا يكون لهم الحق في مناقشته أو تعديله.

ـ يترتب على الاتفاق على التحكيم منع عرض النزاع موضوع التحكيم على القضاء الوطني، أما في التوفيق فيحق لأي من طرفي الخصومة اللجوء إلى القضاء على الرغم من إبرامهما اتفاق يوجب عرض النزاع على موفق.

---

[1] . بلقواس سناء ، المرجع السابق ، ص 12.

[2] . منى بوختالة ، المرجع السابق ، ص 20.

[3] . منى بوختالة ، المرجع نفسه ، ص 20 . 21.

_ التوفيق يهدف إلى التوصل إلى موافقة أطراف النزاع على إتفاق معين عن طريق التعاون الإختياري بينهم، في حين يهدف التحكيم إلى فض نزاعات الأطراف بوساطة محكمين يختارون لهذا الغرض باتفاق الأطراف.

_ مهمة لجنة التوفيق تقف عند حد عرض الحلول والإقتراحات، وهذه ليست لها صفة الإلزام، في حين أن مهمة المحكم كمهمة القاضي ولقراره صفة الإلزام كالحكم القضائي. ويختلفان أيضاً في أن إجراءات التوفيق أبسط بكثير من إجراءات التحكيم، وأن لجنة التوفيق لا تلتزم بتطبيق قانون معين.

ثالثا: التمييز بين التحكيم والصلح :

يعرف الصلح بأنه "عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه."

ويتشابه الصلح مع التحكيم في بعض الوجوه الآتيـة:

_ يعتبر كل من الصلح والتحكيم وسيلتان لحسم المنازعات بدلاً من طريق القضاء العام في الدولة، محققان بذلك غاية يحرص عليها المشرعون جميعاً وهي عودة الوئام والود بين الأطراف المتنازعة والبعد عن اللدد في الخصومة[1].

_ إن كل من الصلح والتحكيم يرتكزان على توافق إرادة الأطراف، فإذا انعدمت هذه الإرادة فلا تحكيم ولا صلح، فضلاً عن أن اتفاق التحكيم كاتفاق الصلح قد يكون سابقاً على نشوب النزاع أو لاحقاً عليه، علاوة على أن كل من اتفاق الصلح واتفاق التحكيم لا يثبت إلا بالكتابة.

[1] . نورة حليمة ، التحكيم التجاري الدولي ، مذكرة لنيل شهادة ماستر تخصص إدارة اعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة خميس مليانة ، 2013-2014 ، ص 16.

ـ تطابق النطاق الموضوعي لكل من التحكيم والصلح، حيث لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، كالمسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو الناشئة عن ارتكاب إحدى الجرائم مع أجازتهما في الحقوق المالية المترتبة عليهما[1].

ـ إن وجود كل من التحكيم والصلح يعني عدم جواز عرض النزاع على القضاء والدفع بحجية الشيء المقضي به، فما فصل فيه بالتحكيم أو اتفق عليه صلحاً يصلح لإثارة الدفع بحجية الشيء المحكوم به عند إثارة ذات النزاع أمام القضاء.

أما أوجه الاختلاف بين الصلح والتحكيم:

إذا كان كل من التحكيم والصلح يعبران عن رغبة الأفراد في حل النزاع بعيداً عن ساحات القضاء، إلا أن كل منهما يتميز عن الأخر من عدة نواحي نوجزها على النحو التالي[2]:

ـ نظام التحكيم أشد خطورة من الصلح، لأن المتصالح يكون على علم مسبق بما يتنازل عنه، على عكس المحتكم الذي لا يكون لديه أي علم بما سيحكم به المحكم، كما أن عقد الصلح لا يكون قابلاً للتنفيذ في ذاته ما لم يتم في صورة عقد رسمي، أو يتم أمام المحكمة، أما قرار التحكيم فيكون قابلاً للتنفيذ بمجرد صدوره من المحكمة المختصة والأمر بتنفيذه.

ـ إن تسوية النزاع عن طريق الصلح يتم بتنازل كل طرف من الأطراف المتنازعة عن كل أو بعض ما يتمسكون به، وقد يقتضي التنازل عن جزء من الحق الموضوعي محل النزاع مقابل الجزء الذي يتنازل عنه الطرف الأخر، أما التحكيم فهو وسيلة فحسب لحل النزاع دون أن يتضمن تنازل الخصوم عن جزء من الحق الموضوعي محل النزاع، حيث يقتصر دور

[1] . بلقواس سناء ، المرجع السابق ، ص 13.

[2] ـ نورة حليمة ، المرجع السابق ، ص 17.

الأطراف على اختيار محكم يتولى حسم النزاع بحكم ملزم وقد يقضي بكل الحق لخصم واحد دون الآخر.

ـ إن محل العقد في التحكيم هو الالتزام بعدم طرح النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق تحكيم على القضاء، حيث يترك أمر الفصل فيه للمحكم المختار، أما محل العقد في الصلح هو تسوية مباشرة للنزاع عن طريق تنازل كل من المتنازعين عن بعض ما يدعيه مقابل الإبقاء على البعض الأخر.

ـ ما دام الصلح يقتضي التنازل عن كل أو بعض ما يتمسك به طرفا عقد الصلح فهذا يستتبع معرفة كل خصم مقدماً ما سوف يتنازل عنه، بينما في التحكيم فإن كل خصم يجهل الحل الذي سينتهي إليه النزاع؛ لأن ذلك يرجع إلى تقدير المحكم.

ـ يقبل حكم التحكيم الطعن فيه بطرق الطعن المقررة قانوناً، ويكون قابلاً للتنفيذ مباشرة بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه، بينما عقد الصلح لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن المقررة بالنسبة للأحكام، وإنما يكون قابلاً للبطلان أو الفسخ بحسب قواعد القانون المدني، ويكون غير قابل للتنفيذ في ذاته إلا إذا ورد في عقد رسمي أقر به الخصوم أمام المحكمة واثبت ذلك الإقرار في محضر الجلسة.

المبحث الثاني

مفهوم عقود الاستثمار.

إن الدول النامية أو الدول السائرة في طريق النمو أصبحت تنتهج سياسة البحث عن الثروة البديلة ، إذ أن مصادر التموين غالبا ما تتكون من ريع المواد الطاقوية ومن هذه الدول الجزائر ، إذ ولعهد قريب يمثل ريع المواد الطاقوية ما يعادل 98 % من مصادر الاحتياطي النقدي ، ولهذا السبب عكفت الدولة على سن قوانين ومنح تسهيلات من أجل جلب رؤوس أموال أجنبية في صورة استثمارات من اجل الدفع بالعجلة الاقتصادية للأمام . لذا وجب علينا التعرض التعريف عقود الاستثمار ، وأهميته، وأنواعه، و مراحل تطوره في التشريع الجزائري[1].

[1] . بشار محمد الاسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة (ماهيتها – القانون الواجب التطبيق عليها– مسائل تسوية منازعاتها) ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2006 ، ص 71.

و بناءا عليه سيتم التطرق الي تعريف و أهمية عقود الاستثمار(المطلب الأول) ، ثم أنواع و تقييم عقود الاستثمار(المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف وأهمية عقود الاستثمار.

سيتم تناول في هذا المطلب تعريف عقود الاستثمار في الفرع الأول ، ثم في الفرع الثاني أهمية عقود الاستثمار.

الفرع الأول

تعريف عقود الاستثمار.

الاستثمار في اللغة : مصدر يستثمر استثمر بمعنى طلب الاستثمار ، واصله من الثمر أو ما يحمله الشجر ، ومنه استثمر يستثمر استثمارا : فهو مستثمر نماه وظفه في أعمال تدر عليه ريحا وتحقق مزيدا من الدخل ، فالاستثمار هو استخدم الأموال في الإنتاج إما مباشرة بشراء المواد الأولية و إما غير مباشرة كشراء الأسهم والسندات[1] .

أولا: التعريف الاقتصادي العقود الاستثمار:

الاستثمار هو الإنفاق المالي أو العيني المستخدم في مجال اقتصادي معين بغض النظر عن طابعه الإنتاجي و اللا إنتاجي ، والاستثمار الرأسمالي الذي يعتبر أهم أنواع الاستثمار هو الإضافات الجديدة إلى قيمة الأموال الرأسمالية بغرض تكوين طاقات إنتاجية

---

[1] . ابن المنظور ، لسان العرب ، دار المعارف ، المجلد الخامس ، الجزء 37 ، باب العين مادة غل ، د.ب.ن، د.س.ن، ص 8832.

موجودة أصلا في المجتمع أو تحديدها أو للزيادة في المخزون من المواد الخام أو السلع.

فالاستثمار من المنظور الاقتصادي ، هو عبارة عن حركية لرؤوس الأموال بغرض توظيفها الإغراض إنتاجية من اجل إحداث ثروة بديلة .

ويعرف الاستثمار بأنه " توظيف للنقود لأي اجل في أصل أو حق ملكية أو ممتلكات أو مشاركات محتفظ بها للمحافظة على المال ، أو تنميته سوءا بأرباح دورية أو بزيادة في قيمة الأموال في نهاية المدة أو بمنافع غير مادية"[1].

من خلال عرضنا لتعرفين السابقين نجد أن هناك تباين في وضع تعريف محدد ودقيق لمفهوم الاستثمار ، ولعل السبب راجعة بالدرجة الأولى إلى تعدد الوجهات الاقتصادية لمختلف الدول. فمفهوم الاستثمار بالنسبة للمستثمر الأجنبي قد يختلف عنه في مفهوم الدولة المضيقة .

ويرتكز الاستثمار بمفهومه الاقتصادي على عناصر مهمة وأساسية تتجلى فيما يلي[2]:

1-**عنصر المساهمة** : ويقصد به جميع المساهمات أيا كانت نقدية أو عينية وبغض النظر عن مقدمها شخصا طبيعيا كان أو معنويا.

2- **عنصر الربح** : يمثل الربح عنصرا جوهريا للمستثمر فلا يعد الاستثمار استثمارا اذا لم يتوفي : على عنصر الريح .

---

[1] . عيبوط محند علي ، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري ، د.ط ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر 2013 ، ص 44.

[2] . عبد القادر بابا ، سياسة الاستثمار في الجزائر و تحديات التنمية في ظل التطورات العالمية الراهنة ، أطروحة لنيل درجة دكتوراه ، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير ، جامعة الجزائر، 2004/2003 ، ص 18.

3- **عنصر المخاطرة** : يعتبر عنصر المخاطرة من المفاهيم الاقتصادية التي يقوم عليها الاستثمار فالمجازفة والمخاطرة ضرورية في أي عمل استثماري ، ولما كانت قرارات الاستثمار تستشرف دائما المستقبل فان تقديرات الشركات بشان المستقبل حاسمة الأهمية فالعديد من المخاطر يعتبر بالنسبة الشركات جزاء عاديا من الاستثمار.

4-**عنصر المدة** : يلعب الزمن أو المدة دورا محوريا في أي عملية استثمارية وهذا ما يفسر توجه الدول النامية إلى عقد اتفاقيات طويلة الأجل من اجل تنفيذ مخططات التنمية إما على مدي طويل أو مدى قصير .

5-**عنصر التكاليف** : قرار الاستثمار هو في غاية الأمر موازنة بين التكاليف و العوائد ومن الطبيعي أن يسيطر المستثمر بقدر كبير من عناصر التكلفة داخل مشروعه ، فهو يختار التكنولوجيا المناسبة أفضل الآلات ... ويضع نظم المحاسبة وأساليب الإنتاج والتسويق وغير ذلك مما يضمن له ضبط التكاليف الإنتاجية.

ثانيا: التعريف القانوني لعقود الاستثمار:

إن عقود الاستثمار الدولي غالبا ما تتناول مواضيع ذات علاقة بحركة البضائع والخدمات ورؤوس الأموال عبر الحدود ، مما يعني بالضرورة تعدد أشكاله وتنوعها وتطورها المستمر، مما أدى إلى صعوبة وضع تعريف جامع مانع للاستثمار ، وذلك ما أدى إلى تباين التعريفات الفقهية والقانونية وتنوعها فمفهوم الاستثمار يضيق ويتسع حسب ظروف البلد السياسية والاقتصادية.

فيعرف الدكتور احمد حسان الغندور عقود الاستثمار " العقود التي تبرم في الغالب بين طرف وطني (الدولة أو أحد الأشخاص العامة) ، وطرف خاص أجنبي حيث يتعهد بمقتضاها الطرف الأجنبي بتشييد مشروع أعمال البناء أو أشغال الهندسة المدنية .... في

مقابل أجر يتعهد به الطرف الوطني وقد يتمثل الأجر في حصة في مشروع مشترك يتقاسم الأطراف تكاليفه وتوزع بينهم أرباحه وخسائره"[1].

وسنتعرض للتعريف القانوني للاستثمار من خلال الاتفاقيات الدولية من جهة ، ومن جهة أخري نتعرض لمفهومه في التشريع الجزائري .

1: تعريف عقود الاستثمار في إطار القانون الدولي :

يتجلى تعريف الاستثمار من خلال الاتفاقيات الجماعية أو الاتفاقيات الثنائية.

أ:تعريف عقود الاستثمار في ظل الاتفاقيات الجماعية :

لم تتضمن الاتفاقية المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار لتعريف عقد الاستثمار ، وإنما أشارة إليه في نص المادة 12 من الاتفاقية التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم 95-345[2] ونصت على ما يلي:

" تشمل الاستثمارات الصالحة للضمان حقوق الملكية والقروض المتوسطة أو الطويلة الأجل التي يقدمها أو يضمنها المشاركون في ملكية المشروع المعني وما يحدده مجلس الإدارة من صور الاستثمار المباشر ".

ب: تعريف الاستثمار في ظل الاتفاقيات الثنائية :

هناك من هذه الاتفاقيات من تعرف الاستثمار من ناحية موضوعية باعتباره مجموع الحقوق المالية سواء كانت أمولا أو حقوقا أو أرباحا، وان تكتفي بان تعطي أمثلة لما يعتبر استثمارا و تحيل إلى قانون الدولة المضيفة لتجديد ذلك و هناك من الاتفاقيات من تأخذ

---

[1] . عيبوط محند علي ، المرجع السابق ، ص 45.

[2] . مرسوم رئاسي رقم 95-345 المؤرخ في 30 اكتوبر 1995 ، المتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة انشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار ، ج.ر ، ع 66 ، الصادرة بتاريخ 1995/10/30.

بالنظام التعدادي أو نظام القائمة أو تعداد الأموال المكونة للاستثمار ، و سبب اللجوء إلى هذا النظام هو تجنب أي خلاف بين الدولتين المتعاقدتين حول التكييف و تطبيق أحكام الاتفاقية ، مما يقلل من المنازعات بينها و هذا هو الوضع الغالب في الاتفاقيات الثنائية[1] .

هناك اتجاه أخر ألا وهو الإحالة إلى قانون الدولة المستقبلة حيث يتم وفقا لهذا الأسلوب تحديد فكرة الاستثمار و ما يعطيه قانون الدولة المضيفة لهذه الصفة أو الإحالة هنا للقانون العام وليس للقانون الخاص ، وفي هذه الحالة فإن فكرة الاستثمار تكون ذاتها التعريف الذي تأخذ به هذه الدولة على سبيل المثال الاتفاقية الجزائرية السورية حول تشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات التي وقعت عليها الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 98-430[2] حيث تنص المادة الفقرة 2 من المادة 2 على مايلي :

" إن كلمة استثمارات تعني جميع الأموال المستثمرة أصولا ....

أ- الأموال المنقولة وغير المنقولة.

ب- الحقوق الملكية العينية كالرهونات العقارية وسندات الدين وما في حكمهما من حقوق.

ج- حصص واسهم و سندات .

ح- القروض والودائع ....." .

---

[1] . عبد الكريم عبداش ، الاستثمار الأجنبي المباشر وأثاره على الاقتصاد الجزائري خلال الفترة 2005- 1996 ، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم الاقتصادية ، تخصص النقود والمالية ، جامعة الجزائر كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير ، 2007-2008 ، ص 13.

[2] . المرسوم الرئاسي رقم 98-430 ، المؤرخ في 09 رمضان عام 1419 الموافق ل 27/12/1998 ، المتضمن المصادقة على الاتفاق بين الحكومة الجزائرية والحكومة السورية حول تشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات ، الموقع عليها بدمشق 14/09/1998 ، ج.ر ع 97.

2 : تعريف عقود الاستثمار في التشريع الجزائري:

قبل صدور الأمر رقم 01 / 03[1] المعدل و المتمم، لم يرد في التشريع الجزائري أي تعريف للاستثمار بخلاف الاتفاقيات الثنائية التي تتضمن تفاصيل حول عملية الاستثمار سواء من حيث مفهومها أو محالها.

ا- تعريف عقود الاستثمار في ظل القانون 277/63 [2]:

لم يعرف المشرع عقد الاستثمار وإنما أشار إليه بعبارة " رؤوس الأموال الواردة فيها الموجهة للاستثمار المباشر ".

ب- تعريف عقود الاستثمار في ظل القانون284/66 [3]:

تنص المادة 02 " إن المبادرة الخاصة بتحقيق مشاريع الاستثمارات في القطاعات الحيوية للاقتصاد الوطني لعقود الدولة وللهيئات التابعة المتضمن المصادقة على الاتفاق بين الحكومة الجزائرية والحكومة السورية ، حول تشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات ، الموقع عليها بدمشق1998/09/14لها إلا أن الدولة يمكنها تقرير دعوة الرأسمال الخاص لانجاز هذه المشاريع فتعيين عندئذ لكل حالة كيفيات تدخل الرأسمال الخاص الوطني أو الأجنبي في تلك الاستثمارات ".

---

[1] . الأمر رقم 01 /03 مؤرخ في اول جمادى الثانية عام 1422 الموافق ل 20 غشت 2001 ، المتعلق بتطوير الاستثمار.

[2] . القانون رقم 277/63 مؤرخ في 26 يوليو 1963 ، المتضمن قانون الاستثمارات ، ج.ر ، ع 53.

[3] . الأمر رقم 248/66 ، مؤرخ في 15 سبتمبر 1966 المتضمن قانون الاستثمارات ، ج.ر ، ع 44 الصادرة في 17 سبتمبر 1966.

يفهم من نص المادة إن المشرع استبعد رؤوس الأموال الخاصة في القطاعات الحيوية للاقتصاد الوطني كما انه لم يعرف الاستثمار وإنما استهدف تنظيم رأس المال الأجنبي الموجه للاستغلال في الاستثمار المباشر.

ج- تعريف عقود الاستثمار في ظل المرسوم التشريعي 93/12[1]:

من خلال هذا المرسوم لم يعرف المشرع عقود الاستثمار وإنما أشار في المادتين الأولى والثانية إلى "محددات الاستثمار التي تنجز بشكل من حصص رأس المال"

د- تعريف عقود الاستثمار في ظل الأمر رقم03/01 [2]:

تنص المادة 02 من هذا الأمر " يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا الأمر ما يأتي :

1- اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة أو توسيع قدرات الإنتاج أو إعادة التأهيل أو إعادة الهيكلة

2- المساهمة في رأسمال مؤسسة في شكل مساهمات نقدية أو عينية .

3- استعادة النشطات في إطار خوصصة جزئية أو كلية ".

من خلال هذه المادة و مقارنتها بمثيلاتها من النصوص السالفة الذكر نجد إن المشرع كان أكثر مرونة في وضع مفهوم للاستثمار وان لم يوضحه بصفة صريحة ودقيقة ونستخلص من هذا التعريف مايلي :

ـ إن الاستثمار يمكن أن يأخذ أشكالا متعددة

---

[1] . المرسوم التشريعي رقم 93/12 المؤرخ في اكتوبر 1993 ، المتعلق بترقية الاستثمار ج.ر ، ع 64 الصادرة في 10 اكتوبر 1993.

[2] . الأمر رقم 01 /03 ، المصدر السابق.

- توسيع نشاط المؤسسة بالمساهمة في إحداث نشاطات حديثة .

- الإسهام في رأس مال المؤسسة مساهمة جزئية .

- إمكانية تملك مؤسسة بشكل جزئي أو كلي في إطار الخصخصة .

ـ هذه المساهمات يمكن أن تكون نقدية أو عينية .

ـ وسع المشرع من مجال النشاط ليشمل كل القطاعات بما فيها الحيوية شريطة منح الرخصة.

الفرع الثاني

أهمية عقود الاستثمار

أضحت الاستثمارات الأجنبية تلعب دورا هاما في تنمية و ترقية المجتمعات لما توفره من خبرات بشرية وفنية بالإضافة إلى الوفرة المالية ، وفي ظل الحرص الدولي ونمو علاقات اقتصادية متلاحقة بغرض تشجيع وجذب الاستثمارات أصبحت الدول النامية تسن لوائح تنظيمية تزيد من فرص الاستثمار على نحو يلائم السياسة الاقتصادية للدولة المضيفة.

ولما كانت عقود الاستثمارات الأجنبية تسهم بشكل فعال في دفع عملية التنمية ، وما لها من أثار وانعكاسات اقتصادية واجتماعية . ولما تحدثه من علاقات متبادلة على المستويين الداخلي والخارجي أو ما يضحى يسمى بعولمة النشاط الاقتصادي ، ظهرت الحاجة الماسة لدول العالم الثالث لفكرة الاستثمار الأجنبي بهدف استغلال مواردها الطبيعية و تنمية بنيتها التحتية كالاتصالات و الطرق و المطارات وكذلك تدريب الأيدي العاملة المحلية و تأهيلها ، وتطوير مختلف الصناعات من خلال ما يقدمه من أصول متنوعة ،

منها رأس المال والتكنولوجيا والقدرات والمهارات الإدارية والوصول إلى الأسواق الأجنبية[1] .

ونظرا لما يوفره المستثمر الأجنبي للدولة المضيفة من حركية لرؤوس الأموال عكفت الجزائر منذ صدور المرسوم التشريعي رقم 93-12 على تشجيع الاستثمارات الأجنبية والانفتاح عليها من خلال النص على جملة من الامتيازات والضمانات القانونية ، وقد تكرست هذه السياسة أكثر[2].

بصدور الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار الذي وسع من الضمانات القانونية والمزايا الضريبية والجمركية التي تم تدعيمها أكثر بصدور الأمر 06-08 كنتيجة للتجاذبات الاقتصادية والسياسية بين الدول المتقدمة والدول النامية التي أفرزت مجموعة من الصعوبات التي تعيق مسار التنمية لدى بلدان الدول السائرة في طريق النمو كمشكل المديونية الخارجية ومشكل التخلف و الصعوبات المالية وعدم التحكم في التكنولوجيات الجديدة ومشكل البطالة فان هذه الحلقة تنطلق من نقص الادخار الوطني لتنتهي عند انخفاض معدلات الإنتاج القومي لتجد مردها بداية ونهاية في تقلص رؤوس الأموال المستثمرة[3] هذه الخلاصة تؤدي بنا إلى الوقوف على الملاحظات التالية :

1-ضالة نصيب الفرد من أصول رأس المال .

2-انخفاض معدلات تكوين رأس المال .

3- اتجاه رؤوس الأموال الوطنية نحو اقتصاديات الدول الصناعية .

---

[1] . خالد مصطفى النظامي ، الحماية الاجرائية للاستثمارات الأجنبية الخاصة (دراسة مقارنة) ، ط 1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2002 ، ص 33.

[2] . عبد الكريم عبداش ، المرجع السابق ، ص 15.

[3] . خالد مصطفى النظامي ، المرجع السابق ، ص 25.

ومع قلة رؤوس الأموال المتاحة وضعف معدلات الادخار وتكوين رأس مال وطني وتسرب جانب كبير منها إلى الخارج فان ما تبقى من مدخرات في هذه البلاد النامية يساء استخدامه ويتم استثماره في أحيان كثيرة من دون دراية علمية وفعالية اقتصادية.

كل هذه الدوافع والمعوقات تجعل من الاستثمارات الأجنبية أحد أهم الحلول البديلة الاقتصاديات الدول النامية لما توفره من مزايا للطرفين (المستثمر الأجنبي – الدولة المضيفة)[1].

المطلب الثاني

أنواع و تقييم عقود الاستثمار.

تتعدد الاستثمارات حسب المعيار المستخدم في تصنيفها من حيث طبيعة أدواتها أو نوع ملكيتها أو المكان الجغرافي لتواجدها أو جنسية القائم بها ...الخ.

و عليه سنتناول أنواع عقود الاستثمار (الفرع الأول) ، ثم تقييم عقود الاستثمار (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أنواع عقود الاستثمار.

تتعدد أنواع عقود الاستثمار من خلال الأتي:

أولا:أنواع عقود الاستثمار بحسب التمويل:

[1] . خالد مصطفى النظامي ، المرجع نفسه ، ص ص 25 . 26.

لقد تعددت أنواع الاستثمار باعتباره أن يكون خاصا أو استثمار شركات أو استثمار حكومي تمويل الحكومات) حيث يصنف إلى نوعين رئيسين هما : الاستثمار الحقيقي والاستثمار المالي .

1- الاستثمار الحقيقي : يتمثل في شكل الاستثمارات التي تؤدي إلى الزيادة في رأس المال المجتمع بمعني زيادة طاقته الإنتاجية كشراء واقتناء الآلات والمعدات والمصانع الحديدة[1].

2- أما الاستثمار المالي: فهو يعبر عن الاستثمارات التي لا يترتب عنها سوى انتقال الملكية للسلع الرأسمالية من طرف الأخر دون إحداث زيادة في الطاقة الإنتاجية للمجتمع[2].

ثانيا: أنواع عقود الاستثمار من حيث النطاق الجغرافي :

تصنف عقود الاستثمار بحسب النطاق الجغرافي إلى عقود استثمار محلية وعقود استثمار أجنبية .

1-عقود الاستثمار المحلية : يقصد بها تلك الاستثمارات التي توظف الأموال في شتى مجالات الاستثمار المتاحة في الأسواق المحلية بغض النظر عن الأداة الاستثمارية التي تم اختيارها[3] .

2- عقود الاستثمار الأجنبية : ويقصد بها تلك الاستثمارات التي تقوم على رؤوس أموال أجنبية في جميع فرص الاستثمارات المتاحة في البلد المضيف وتنقسم بدوها إلى استثمارات أجنبية مباشرة وغير مباشرة .

---

[1] . عبد الكريم عبداش ، المرجع السابق ، ص 16.

[2] . عبد الكريم عبداش ، المرجع ، المرجع نفسه ، ص ص 16 . 17.

[3] . عزرين عبد الرزاق ، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في الجزائر (واقع وافاق) ، مذكرة مقدمة النيل شهادة ماستر ، فرع ادارة اعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة خميس مليانة ، 2013-2014 ، ص 52.

ا- استثمار أجنبي غير مباشر :

في هذا النوع من الاستثمار يساهم الأجنبي في رأسمال المؤسسة دون أن يكون له أي نفوذ على ادراتها وتسيرها وهذه المساهمة الجزئية في رأسمال المؤسسة تكون في شكل شراء أسهم أو منح قروض على المستوي المتوسط[1].

ب- استثمار أجنبي مباشر : وهو أن يساهم المستثمر الأجنبي في جزء من رأسماله في الأداة الاستثمارية مع القدرة على فرض سيطرة حقيقية أو فعلية في اتخاذ القرارات[2].

ثالثا: عقود الاستثمار بحسب نوعيته :

يمكن التمييز بين أربعة أنواع من الاستثمارات وفقا لهذا المعيار وهي[3]:

- استثمارات اقتصادية هدف مباشرة إنتاج سلع أو خدمات تخصص للاستهلاك أو للاستثمار كالمشروعات الصناعية و الزراعية و الخدماتية ... الخ .

- استثمارات اجتماعية تهدف إلى زيادة الرفاهية الاجتماعية للفرد، كتلك الموجهة للأنشطة الرياضية و الثقافية و الصحية و الترفيهية ... الخ .

- استثمارات إدارية تهدف إلى تطوير المرافق الإدارية التي تصون المجتمع، أو تنظم أداءه، و ذلك كمرفق الجيش و الأمن و المصالح الحكومية .

- استثمارات في الموارد البشرية تقوم على التنمية البشرية، و تتجلى في برامج تدريب المواطنين و المدارس الرسمية و أنواع أخرى من التعليم، فهذا الاستثمار يركز على الثروة

---

[1] . العماري وليد ، الحوافز والحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر ، رسالة انيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون الاعمال ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، 2010-2011 ، ص 39.

[2] . عزرين عبد الرزاق ، المرجع السابق ، ص 53.

[3] . العماري وليد ، المرجع السابق ، 40.

البشرية .

رابعا: عقود الاستثمار بحسب معيار القائم بها :

يعتمد هذا التصنيف على شخصية المستثمر سواء كانت شخصية طبيعية أو اعتبارية و لهذا تصنف الاستثمارات إلى استثمارات مؤسسية و استثمارات شخصية.

1- الاستثمارات المؤسسية: وهي الاستثمارات التي تنفذ من طرف أشخاص اعتباريين (مؤسسات ، هيئات ...) و ليس طبيعيين ، أي استثمارات المؤسسات بكل أنواعها في مختلف مجالات الاستثمار و باستخدام مختلف أدوات الاستثمار المادية و المالية[1].

2- الاستثمارات الشخصية: و هي تلك التي ينفذها شخصا طبيعيا بمفرده دون الاشتراك مع غيره من الأفراد أو المؤسسات. بغض النظر عن أدوات الاستثمار التي يستخدمها إن كانت مالية كالأسهم و السندات، أو مادية كالعقارات و غيرها، أو مزيج من الأدوات المادية و المالية[2].

خامسا:عقود الاستثمار بحسب معيار التعدد و عدم التعدد:

ويقصد **بالتعدد** : تنوع الاستثمار في أكثر من أداة واحدة من أدوات الاستثمار المادي أو المالي .

أما **عدم التعدد** : فهو الاستثمار في أداة واحدة فقط لا أكثر .لذلك يكون تقسيم الاستثمار إلى قسمين هما:

1/ **استثمار متعدد** :و يسمى أيضا باستثمار المحفظة ، حيث يقوم المستمر بالاستثمار في

---

[1] . محمد سارة ، الاستثمار الأجنبي في الجزائر (دراسة حالة أوراسكوم) ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير ، تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق ، جامعة متوري قسنطينة ، 2010/2009 ، ص 17.

[2] . عزرين عبد الرزاق ، المرجع السابق ، ص 54.

عدة أنواع مختلفة من أدوات الاستثمار المادية أو المالية في نفس الوقت[1] .

2/ استثمار غير متعدد (وحيد) : و هو القيام بعمل استثمار واحد فقط كأن يقوم الشخص الطبيعي أو الاعتباري بشراء أصل مادي أو شراء أصل مالي ". و هذا حتى لو تكررت عملية الشراء لنفس الأصل فيبقى نوع الاستثمار وفق هذا المعيار استثمار غير متعدد أي وحيد . كأن يشتري شخص سهما واحدا فقط لشركة ما أو عدد من أسهم نفس الشركة[2] .

فالاستثمار يكون وحيدا حتى لو تعددت وحداته طالما أنه من نفس النوع ، و لكنه يكون متعددا و لو ضم استثمارين فقط من نوعين مختلفين .

الفرع الثاني

تقييم عقود الاستثمار

تعتبر عقود الاستثمار احد اهم الوسائل المتاحة و البديلة لما توفره من مزايا و فوائد للمستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة.

أولا: مزايا عقود الاستثمار:

تتلخص مزايا الاستثمار بالنسبة للمستثمر الأجنبي في النقاط الآتية[3] :

- الاستفادة من استثمارات ذات ضريبة منخفضة .

---

[1] . العماري وليد ، المرجع السابق ، ص 40.

[2] . العماري وليد ، المرجع نفسه ، ص ص 40 . 41.

[3] . مصباح بلقاسم ، اهمية الاستثمار الأجنبي ودوره في التنمية المستدامة (حالة الجزائر) ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في علوم التسيير ، تخصص نقود ومالية ، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير ، جامعة الجزائر ، 2005-2006 ، ص 9.

• التقليل من البطالة المقنعة لدى الدولة الأم (دولة المستثمر).

• الاستفادة من أسواق جديدة .

• التوسع وغزو الأسواق الخارجية.

• الحصول على أرباح وعوائد ضخمة.

• استغلال المواد الأولية المتاحة في الدول المضيفة.

• استغلال بعض الاستثمارات المتاحة محليا.

• الاستفادة من التكاليف المنخفضة في الدول المضيفة.

• الاستفادة من الامتيازات والتخفيضات من الضرائب والرسوم.

أما مزايا الاستثمار بالنسبة للدولة المضيفة فتتمثل في[1]:

• المساهمة في إعادة الهيكلة .

• نقل التكنولوجيا .

• التعاون من أجل التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

• تحقيق توازن الميزان المدفوعات .

• الاندماج في الاقتصاد العالمي .

كما تتزايد الحاجة الملحة للاستثمارات الأجنبية وما تقدمه من منافع للدول النامية والتي

[1] . علة عمر ، حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي (دراسة مقارنة") ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون العام ، تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق ، جامعة منتوري قسنطينة ، 2010/2009 ، ص 22.

يمكن أن نجملها فيما يلي[1] :

1-زيادة الرأسمال الاجتماعي.

2-تخفيض التكاليف المحلية عن طريق توفير بعض عناصر الإنتاج .

3-توسيع نطاق السوق المحلي وفتح أسواق عالمية جديدة.

4-الاستثمارات تؤدي إلى تحقيق وفرات اقتصادية و أعمال تتمثل في ارتفاع أجورهم الحقيقية.

5-استقدام الاستثمارات الأجنبية.

6-تحقيق وفرات اقتصادية للمستهلك تتمثل في توفير العديد من السلع الاستهلاكية .

ثانيا: مساوئ عقود الاستثمار:

بالرغم من الفوائد التي يمكن أن يحققها عقد الاستثمار الأجنبي بالنسبة لطرفيه في ظل مصالح مشتركة مبنية على علاقات متوازنة ، إلا أن واقع الحال شهد صور سلبية عن المستثمرين الأجانب منها مثلا [2]:

1- من الناحية التاريخية ارتبط الاستثمار الأجنبي المباشر باستغلاله شعوب الدول النامية و مواردها و استنزاف ثرواتها الطبيعية و استغلال الأيدي العاملة الرخيصة فيها و تشغيلها في ظروف غير إنسانية .

2- الإعفاءات الضريبية تؤدي على المدى الطويل إلى تضييق نطاق

الوعاء الضريبي للبلد النامي مما يعرض ميزان المدفوعات و توازن الميزانية الوطنية للخطر.

---

[1] . مصباح بلقاسم ، المرجع السابق ، ص 10.

[2] . علة عمر ، المرجع السابق ، ص 23.

3- إعادة رأس المال و الأرباح إلى البلد المصدر لرأس المال تؤدي إلى خروج النقد الأجنبي بكميات كبيرة ، الأمر الذي قد يؤدي إلى إحداث خلل في ميزان مدفوعات البلد النامي.

4-احتمال تدخل الشركات العالمية في الحياة السياسية للبلد النامي من خلال فروعها و شركاها الوليدة بهدف خدمة أهدافها و مصالحها .

5- ظهور ما يسمى بالاحتلال الاقتصادي ، و هي تلك الرؤية التي شجعتها الدول الاشتراكية كما أن الفكر السائد حاليا بالنسبة لدول الجنوب يرتكز حول إيجاد أفضل وسيلة لكبح قوة الشركات الكبرى التي تنشئ مجرد مراكز تجميع بالدول المضيفة ، تاركة الرقابة الإدارية و البحوث و التطوير لكي تتم بالدولة الأم . و حتى الاعتقاد بخلق فرص عمل و إن تحقق سيتحقق بتكلفة عالية يتحملها دافع الضريبة بالدولة المضيفة .

6- كما أن هذه الشركات أحدثت مشاكل بيئية كبيرة ناتجة عن انتهاك الموارد الطبيعية ، زيادة معدلات التلوث و الفساد في التربة و الماء و الهواء و الزحف على الأراضي الصالحة للزراعة و الغابات بإقامة مشاريع جديدة عليها .

7- احتمال اختلاف المصالح الوطنية وأهداف المستثمر الأجنبي وهذا خاصة في حالة إصرار الطرف الوطني في تقديم نسبة معينة من رأس المال في المشروع، وذلك ما قد لا يتفق مع أهداف المستثمر المرتقبة خاصة في الرقابة والإدارة .

8-قد يقصي الطرف الوطني الطرف الأجنبي من المشروع الاستثماري بعد فترة زمنية مما يؤدي إلى ارتفاع درجة الخطر الغير تجاري ، و هذا ما يتعارض مع أهداف المستثمر الأجنبي و المتمثلة في البقاء و النمو و الاستثمار في السوق المحلية[1] .

9- إن عدم التكافؤ في القدرات المالية و الفنية بين المستثمر الوطني و الأجنبي قد يؤثر

[1] . مصباح بلقاسم ، المرجع السابق ، ص ، 11

سلبا على تحقيق أهداف المشروع الاستثماري طويلة الأجل وأخرى قصيرة الأجل.

10- من المحتمل وضع شروط وقيود على التوظيف و التصدير و تحويل الأرباح من الداخل إلى الخارج (شركة الأم) وهذا إن كان الطرف الوطني متمثل في الحكومة.

اضافة للمساوئ التي يمكن أن تؤدي إلى عواقب وخيمة على البلدان المضيفة فان الجزائر بلغت خسائرها في أروقة التحكيم خلال السنوات العشر الأخيرة ما يقارب3.5 ملايير دولار خسارة شركة سونطراك لقضيتها مع شركة "ايدسون" الايطالية و" بي اش ال الاسبانية[1].

[1] . علة عمر ، المرجع السابق ، ص 24.

الفصل الثاني

التنظيم الاجرائي للتحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار

الفصل الثاني

التنظيم الاجرائي للتحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار

لقد تطرقنا في الفصل السابق إلى أن التحكيم يتميز بعدة مميزات من قبيل السرعة والمرونة في البث في موضوع الخصومة التحكيمية وكذا حياد المحكمين ومرونة الإجراءات وغيرها من المميزات الأخرى ، لذلك نجد أن اغلب الدول تنظم اتفاقيات ثنائية أو جماعية تدرج التحكيم كأهم وسيلة بديلة عن القضاء لفض منازعات الاستثمار سوءا تعلق الأمر بتفسير بنود العقد أو بتطبيقه. فالخصومة التحكيمية في منازعات الاستثمار تمر بعدة مراحل أساسية بدءا بالاتفاق التحكيمي "شرطا كان أم مشارطة" وانتهاء بإصدار قرار التحكيم .

حيث خصصنا لهذا الفصل كذلك مبحثين ، تناولنا في المبحث الأول اجراءات التحكيم في عقود الاستثمار و تنظيمها ، أما في المبحث الثاني فخصصناه لتشكيل هيئة التحكيم و القانون الواجب التطبيق على النزاع.

المبحث الأول

إجراءات التحكيم في عقود الاستثمار وتنظيمها

قبل التطرق إلى المسائل الإجرائية في التحكيم لابد أن نشير إلى أن أهم مرحلة تبدوا

بها الخصومة التحكيمية هي مرحلة الاتفاق المتمثلة في صور التحكيم "شرط التحكيم و مشارطة التحكيم "باعتبارها نقطة البداية لسير إجراءات التحكيم في مجال عقود الاستثمار الأجنبية ، وعلى اعتبار التحكيم عمل اختياري بالنسبة للأطراف المتعاقدة فانه من الضروري أن يتم الاتفاق على أهم المسائل الجوهرية المتعلقة بكيفية سير الإجراءات كتشكيل الهيئة التحكيمية والاتفاق على القانون الواجب التطبيق على المسائل المتنازع عليها.

لذلك سوف نتعرض في هذا المبحث إلى أهم المسائل الإجرائية في مجال الخصومة بحيث تخصص المطلب الأول إلى كيفية تشكيل المحكمة والقانون الواجب التطبيق على النزاع فيما نخصص المطلب الثاني إلى كيفية سير إجراءات النزاع المتعلقة بالاستثمار .

المطلب الأول

تشكيل هيئة التحكيم والقانون الواجب التطبيق علي النزاع

تنطلق الخصومة التحكيمية بتشكيل الهيئة في بادئ الأمر باختيار محكمين من قبل الأطراف المتنازعة ، ثم معرفة القانون الواجب التطبيق علي موضوع المنازعة أو علي أجراءها .

الفرع الأول

تشكيل هيئة التحكيم

تعتبر تشكيل الهيئة التحكيمية خطوة بارزة و مهمة في حياة عملية التحكيم ، لاعتبار مبدأ سلطان الإرادة هو الأساس في تكوينها ، و كما هو معتمد و مقرر فإن المحكمين وفي سبيل تفعيل اتفاق التحكيم على خير ما يرام ، فانه يجب إيراد أسماء المحكمين وطريقة

اختيارهم سواء باعتماد التحكيم الحر أو بمقتضى النظام المركزي إن كان التحكيم مؤسسيا ، على أن يقوم بأداء واجبه المهني بحسن نية[1].

وعلى اعتبار التحكيم يتسم بالرضائية فان للأطراف المتعاقدة مطلق الحرية في اختيار محكميهم سواء كانوا أشخاص طبيعية أم هيئات تحكيم دولية .

تنص المادة 10 من الفصل الثالث للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي[2].

1- للطرفين حرية تحديد المحكمين.

2- فان لم يفعلا ذلك كان عدد المحكمين ثلاثة".

تنص المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[3] "تشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردية".

إن محكمة التحكيم تتشكل من محكم واحد فردا أو من عدة محكمين ، وفي هذه الحالة الأخيرة يتعين أن يكون العدد فردي والغاية من ذلك واضحة وهي ترجيح الأصوات وتجنب تساويها إذ أن ازدواجية العدد يحول حتما دون تغليبها عند التداول.

كقاعدة عامة يتولى الأطراف تعين المحكم أو المحكمين كما يتولى الأطراف أيضا تحديد شروط تعينهم و شروط عزلهم أو استبدالهم ، و إذا تدخل القاضي يكون في حالات

---

[1] . نبيل اسماعيل عمر ، التحكيم في المواد التجارية الوطنية والدولية (اتفاق التحكيم – خصومة التحكيم –حكم المحكم وفقا لأحدث التعديلات التشريعية والقضائية) ، ط 1 ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، د.ب.ن، 2004 ، ص 63.

[2] . القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 03 ، قواعد التحكيم الاونستيرال ، قرار الجمعية العامة 22 /65 بصيغتها المنقحة عام 2010 .

[3] . المادة 1017 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18/صفر/1429 ، الموافق ل : 25 /فبراير/2008 ، المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، ج.ر ، ع 21 ، الصادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.

عديدة وهي غياب التعين أو صعوبة العزل أو الاستبدال وفي حالة التحكيم للطرف المعني بالتعجيل يرفع طلبا بذلك إلى القاضي وهو رئيس المحكمة التي يقع في دائرتها التحكيم إذا كان التحكيم في الجزائر[1] .

وجرت العادة أن يتم تعين المحكمين من ذوي الكفاءات والخبرة المشهود لهم بالنزاهة والمقدرة على البث في الخصومة بحيادية وموضوعية ، هذا ونصت المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[2] على ما يلي :

"يمكن للأطراف مباشرة تعين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم ".

من خلال المادة السالفة الذكر يمكن أن نستنتج أن هناك طريقتين لتعين المحكم في الخصومة التحكيمية :

_ التعين على أساس الإرادة الحرة للأطراف المتعاقدة .

_ التعين عن طريق تدخل القضاء .

على الرغم من أن القاعدة العامة التي تحكم مسلك القضاء الوطني فيما يتعلق بالمنازعة الاستثمارية الدولية المتفق بشأنها على التحكيم تتلخص في عدم اختصاص هذا القضاء في توليه المنازعة ، إلا أن شاعت المجريات على إيراد بعض الاستثناءات والقيود ولعل مقدمتها هي في تشكيل محكمة التحكيم .

ويعرف الحكم بأنه " الشخص الطبيعي الذي يتم اختياره من قبل أطراف النزاع للفصل

---

[1] . حسان نوفل ، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار ، د.ط ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، د.ت.ن ، ص 36.

[2] . المادة 1041 من القانون رقم 09/08 ، المصدر السابق.

في النزاع ، أو هو الشخص الذي يتم اختياره من قبل المحكمة المختصة في أصل النزاع في حال عدم اتفاق أطراف النزاع على اختياره".

ويعرفه القضاء المصري بان " المحكم ليس طرفا في خصومة التحكيم ، وإنما هو شخص يتمتع بثقة الخصوم ، واتجهت إرادتهم إلى منحه سلطة الفصل فيما شجر بينهم بحكم شانه شان أحكام القضاء ويحوز على حجية الشئ المحكوم به بمجرد صدوره ومن ثم لا يتصور أن يكون خصما في ذات الوقت"[1].

وعلى افتراض أن المحكم شخص طبيعي فيجب أن تتوافر شروط معينة من اجل بلوغ الهدف المنشود من التحكيم ، ذلك أن دور المحكم هام في الخصومة التحكيمية لذا سنتطرق إلى شروط تعيينيه :

1: يجب أن يكون المحكم مؤهلا قانونا : يقصد بالأهلية القانونية في هذا الصدد أن لا يكون المحكم قاصرا أو محجورا عليه أو مفلسا ، وان يكون متمتعا بحقوقه المدنية فلا يكون محروما منها بسبب عقوبة جنائية أو إفلاس ولم يرد له اعتباره . هذا الشرط أكدته المادة 1014 من من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بقولها "لا تستند مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية "[2].

2:أن يكون عدد المحكمين وترا : لم يلزم المشرع الأطراف باختيار عدد معين من المحكمين فلهم في ذلك اختيار محكم واحدا أو أكثر ، والقيد الوحيد في هذا الصدد يتعلق بوترية العدد اي انه إذا اتفق الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم بأكثر من محكم فانه يلزم في هذه الحالة

[1] . حسان نوفل ، المرجع السابق ،ص 37.

[2] . المادة 1014 من القانون رقم 09/08 ، المصدر السابق.

أن يكون العدد فرديا[1].

ولعل الحكمة من وترية عدد المحكمين تبدو جلية في حالة عدم اتفاق المحكمين على حكم التحكيم فيكون صوت المحكم بالصيغة الفردية مرجحة لأحد الأحكام .

تنص المادة 1017 من من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري " تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي".

3:قبول المحكم أو المحكمين للمهمة الموكلة لهم : تنص المادة 1013 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[2] " لا يعد تشكل محكمة التحكيم صحيحا إلا إذا قبل المحكم او المحكمون بالمهمة المسندة إليهم ".

يعتبر قبول المحكمين للمهمة الموكلة شرطا جوهريا في انطلاق الخصومة التحكيمية إذ اعتبرها المشرع من قبيل شروط صحة تشكيل الهيئة التحكيمية ، غير أن المشرع الجزائري بين شرط القبول من خلال نص المادة 1015 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد مثله مثل القانون الفرنسي ولم يحدد كيفية قبول المحكم لهذا الشرط .

4:أن يكون المحكم محايدا : يقصد بالحياد عدم انحياز المحكم لطرف على حساب طرف آخر في الخصومة ، ويعتبر انحياز المحكم وجه من أوجه رد المحكم بنص المادة 1015 من الأمر رقم 08 –09 [3]صراحة بقولها " عندما يتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع احد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط ".

---

[1] . حسان نوفل ، المرجع السابق ،ص 37.

[2] . المادة 1013 من القانون رقم 09/08 ، المصدر السابق.

[3] . المادة 1015 من القانون رقم 09/08 ، المصدر نفسه.

ومن أوجه الرد الأخرى للمحكمين :

1-عدم توفر المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف .

2- وجود سبب رد منصوص عليه صراحة في اتفاق الأطراف .

ولما كان تشكيل محكمة التحكيم يرتبط في أحوال كثيرة بالفصل في نزاع معين أو قضية ما فان معنى ذلك أنها تتسم بطبعتها المؤقتة ، وبحيث ينتهي وجودها كقاعدة بإصدارها للحكم الفاصل في النزاع ومن شأن هذه الصيغة المؤقتة لمحاكم التحكيم أن تثير العديد من المشاكل بخصوص انعقادها وسكرتاريتها ومكان حفظ وثائقها وأرشيفها وسجل المحكمة و مسجلها ... الخ ، وهي مسائل يتم الاتفاق عليها بين الأطراف المتنازعة[1] .

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود الاستثمار

قبل التطرق إلى عنصر القانون الواجب التطبيق على موضوع المنازعة الاستثمارية ، لابد أن نشير إلى أن هناك خطوة أولية تتمثل في تحديد موضوع النزاع بين الأطراف المتنازعة ، بحيث أن لا يكون النزاع من قبيل المسائل التي استبعدها المشرع ، فتسري أحكام القانون المتعلق باتفاقيات التحكيم على العلاقات ذات الطبيعة المدنية التعاقدية أو غير التعاقدية ، و لا يشمل التحكيم المسائل المتعلقة بالنظام العام كما لا يشمل التحكيم المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو أهلية الأشخاص ، ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة

[1] . مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، قانون التحكيم التجاري المصري رقم 27 سنة 1994 في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية وضع التحكيم من النظام القانوني الكلي(اتفاق التحكيم، خصومة التحكيم) ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 1998 ، ص 101.

كالوزارة أو البلدية أو الولاية اللجوء إلى التحكيم إلا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار قانون الصفقات[1].

وتنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[2] " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها ، لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم".

تعتبر مسالة القانون الواجب التطبيق على ذوي التحكيم مسالة في غاية الصعوبة ، سوءا كان القانون الواجب التطبيق يتعلق بالناحية الإجرائية أو يتعلق بالناحية الموضوعية ، أي القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، وتزداد صعوبة هذه المسالة أمام المحكم الدولي الذي ليس له قانون اختصاص أو ما يطلق عليه " قانون القاضي " يحدد على أساسه القانون الواجب التطبيق .

وتتجلي أهمية معرفة القانون الواجب التطبيق في مجال المنازعات الاستثمارية لفض الإشكالات و إحداث التوازن بين الأطراف المتنازعة إذ في الغالب ما تتباين التشريعات بين الدول المضيفة والدول صاحبة الاستثمار ، بالإضافة إلى تعقد عمليات الاستثمار لذلك في الغالب ما يتفق الأطراف على اختيار قانون ما ليطبق على الخصومة التحكيمية سوءا تعلق الأمر بالموضوع أو بمسالة إجرائية[3] .

يقصد بالقانون الواجب التطبيق مجموعة القواعد القانونية التي يصل المحكم إلى أنها مناسبة للتطبيق على النزاع ، سوءا كان مصدرها قانونا وطنيا أم كانت مشتقة من مجموعة

---

[1] . اسامة محمد عثمان خليل ، تحديد القانون الواجب التطبيق (حل التنازع في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي) ، القانون السوداني والقانون الأمارتي نموذجا ، د.ط ، د.د.ن ، د.ب.ن ، ص 66.

[2] . المادة 1006 من القانون رقم 09/08 ، المصدر السابق.

[3] . مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق ، ص 102.

قوانين وطنية أم أنها قوانين متعارف عليها في محيط التجارة الدولية بعيدا عن القوانين الوطنية للدول.

أولا : القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع : على اعتبار أن التحكيم يقوم على مبدأ الرضائية ، فانه من الطبيعي عند البحث عن القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم أن نرجع إلى إرادة الأطراف الذين لهم حرية اختيار القانون الذي يناسبهم ، سوءا كان القانون المتفق علي تطبيقه قانون الدولة المضيفة أم قانون صاحب الاستثمار أو أي قانون دولي أخر .

ومن الطبيعي أن العقد يطبق عليه القانون الذي رسا عليه تطابق إرادة الأطراف المعبر عنها بكل حرية ، وبما أن إرادة الأطراف هي التي لم تتجه إلى القضاء من اجل حل المنازعات بل اتخذت طريق التحكيم للقيام بذلك وهي الإرادة نفسها التي شكلت هيئة التحكيم لتمارس مهامها، وكذلك هي الإرادة التي رأت أن موضوع النزاع يجب أن يطبق عليه قواعد قانونية معينة ، وعليه يفرض على المحكم أن يطبق القواعد القانونية التي توافقت عليها إرادة الأطراف[1] .

وتنص المادة 1050 من المرسوم التشريعي 09-08 [2]" تفصل محكمة التحكيم وفقا القواعد القانون الذي اختاره الأطراف ، وفي غياب ذلك تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة "

من خلال نص المادة يفهم أن المشرع اقر صراحة بحرية الأطراف في اختيار ما يناسبهم من قوانين ضابطة لموضوع نزاعهم ، كما اقر حلا في حال إغفال نص على قانون ما واجب التطبيق على موضوع النزاع ، فهنا يتجلى دور المحكم في إعمال القانون الذي يراه

[1] . اسامة محمد عثمان خليل ، المرجع السابق ، ص 67.

[2] . المادة 1050 من القانون رقم 09/08 ، المصدر السابق.

مناسبا مستشفا ذلك من إرادة الأطراف ، فهناك مؤشرات كثيرة يمكن للمحكم أن يستدل بها على إرادة الأطراف المتعاقدة الضمنية وتقسم هذه المؤشرات إلى مؤشرات عامة وخاصة ، وتتمثل المؤشرات العامة في قانون محل إبرام العقد أو قانون حال التنفيذ[1] ، أما المؤشرات الخاصة فتتمثل في محل إقامة المتعاقدين وموضوع العقد ومكان التحكيم واللغة المستخدمة في العقد ونوع العملة الواجب الدفع بها .

وحري بالقول إن مسالة اختيار القانون الواجب تطبيقه ليس مجرد تفضيل قانون على أخر على غير هدى إنما من الضرورة بان يكون للقانون صلة بل الصلة الأقوى و الأوثق بموضوع المنازعة لان هذا القانون هو الحاكم لأثار العقد من بعد والمحدد لحقوق الأطراف أثناء التنفيذ وعند الفسخ في تحديد التعويض[2] .

ثانيا :القانون الواجب التطبيق على الإجراءات : تنص المادة 19 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على ما يلي[3] : "

مع مراعاة أحكام هذا القانون يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في التحكيم.

فان لم يكن ثمة مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تسير

---

[1] . حسام مروان ابو حمادة ، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار وفقا للقانون الأردني و بعض الاتفاقيات المصادق عليها من قبل المملكة الأردنية الهاشمية ، قدم هذا البحث استكمالا لمتطلبات مادة مشروع البحث الجامعة الأردنية ، الأردن ، 2011\2010 ، ص 37.

[2] . غسان سليم عرنوس ، محاضرات في التحكيم ، السنة الرابعة قسم التعليم المفتوح ، جامعة البعث سوريا ، كلية الحقوق ، العام الدراسي 2011-2012 ، ص 18.

[3] . المادة 19 من من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، المصدر السابق.

في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة ، وتشمل السلطة المخولة لهيئة التحكيم سلطة تقرير جواز قبول الأدلة المقدمة وصلتها بالموضوع وجدواها وأهميتها ".

وفي نفس السياق نجد أن المشرع الجزائري هج نفس المنحى بان اقر في نص المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ، للأطراف المتنازعة اختيار الإجراءات المناسبة التي تطبق على الخصومة التحكيمية ، فمسالة القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم ليست مسالة نظرية محضة بل تعتبر ذات أهمية حيوية من نواحي عدة ، فمن ناحية أن هذا القانون يزود الأطراف والمحكمين بمجموعة القواعد القانونية اللازمة لحسم المسائل ذات الطبيعة الإجرائية التي تثور أثناء خصومة التحكيم مثل تبادل المذكرات والمواعيد وسماع الشهود ، ومن ناحية ثانية أن معظم الأنظمة القانونية تعلق تدخل المحاكم القضائية للمساعدة في تشكيل محكمة التحكيم على مقر التحكيم[1].

المطلب الثاني

سير إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار

يقصد بإجراءات التحكيم في جميع القواعد و الأعمال الإجرائية المتلاحقة بغية الحصول على حكم من الهيئة التحكيمية في موضوع النزاع القائم بين أطراف المنازعة الاستثمارية ، فتبدأ الخصومة بتعين المحكمين ومعرفة القانون الواجب التطبيق كما بيناه في المطلب الأول أما في المطلب الثاني فسنخصصه إلى سير الإجراءات وفق عنصرين أساسين :

- انطلاق الخصومة التحكيمية كفرع أول

[1] . غسان سليم عرنوس ، المرجع السابق ، ص 19.

– سلطات محكمة التحكيم في تسيير الدعوى كفرع ثان.

الفرع الأول

انطلاق الخصومة التحكيمية

سيتم التطرق الي تقديم المدعي لطلب التحكيم أولا ، ثم مواعيد إعلام الخصم بالخصومة التحكيمية ثانيا ، ثم لغة التحكيم ثالثا ، ثم مكان و زمان التحكيم رابعا ، ثم نظام الجلسات خامسا.

أولا:تقديم المدعي لطلب التحكيم :

تفتتح الخصومة التحكيمية على غرار الخصومة القضائية بطلبات مقدمة من طرف المدعي ضد الطرف الأخر بعد عرض النزاع على محكمة التحكيم حيث يتضمن الطلب موضوع النزاع الذي يرغب في عرضه على التحكيم ، وطلبات المدعي الأصلية ترد في بيان الدعوى الذي يحدد النزاع نقاطه ويبرز طلباته أمام هيئة التحكيم ويجب أن تكون هذه الطلبات مستمدة من عيون الوقائع المكونة للنزاع المتفق على التحكيم بشأنه وأيا كانت نوع الحماية المطلوبة سوءا كانت حماية موضوعية أم حماية وقتية[1].

تنص المادة 03 من قواعد التحكيم الاونستيرال " يرسل الطرف الذي يبادر باللجوء إلى التحكيم إلى الطرف الأخر إشعارا بالتحكيم. تعتبر إجراءات التحكيم قد بدأت في التاريخ الذي يتسلم فيه المدعى عليه الإشعار بالتحكيم ويتضمن الإشعار بالتحكيم مايلي :

1– مطالبة بإحالة المنازعة إلى التحكيم .

[1] . حسام مروان ابو حمادة ، المرجع السابق ، ص 38.

2-أسماء الأطراف وبيانات الاتصال بهم .

3- تحديدا الاتفاق التحكيم المستظهر به ".

هذا فيما يتعلق بطلبات المدعي ، أما فيما يخص طلبات المدعى عليه فهي مكفولة قانونا التحقيق مبدأ المساواة ، فيتقدم المدعى عليه بتقديم طلبات مقابلة تهدف إلى منح الخصم الوسيلة القانونية لاستخدام حقوقه الإجرائية أمام هيئة التحكيم وهي تمثل الحق في الدعوى الخاصة بالمدعى عليه لكي يسمع صوته لهيئة التحكيم وهي تقدم بعد تحريك الخصومة لهيئة التحكيم وأثناء سيره[1].

فللأطراف المتنازعة كامل الحرية في تقديم طلباتهم و دفعاتهم وليس بالضرورة أن يكون ارتباط بين الدعوى الأصلية والدعوى المقابلة مادام الارتباط منشئه العقد التحكيمي بين طرفيه ، أما المشرع الجزائري سوءا في مسالة تقديم الطلب الافتتاحي للخصومة التحكيمية وكيفية تقديم المدعي عليه المذكراته الجوابية ، تركها لإرادة الأطراف بحيث يبقى اتفاق الأطراف هو المسيطر على مسالة تحديد انطلاق الخصومة التحكيمية[2].

ثانيا: مواعيد إعلام الخصم بالخصومة التحكيمية :

نظرا لخصوصية التحكيم و تميزه بالطابع الرضائي ومرونة إجراءاته و بساطتها ، فان المحكم يقع على عاتقه تحقيق قدرا كافيا من المساواة واحترام المبدأ الوجاهية ، لذا عندما يتقدم طرفي المنازعة بطلباته فيحرص المحكم إلى إعلام الخصم بموضوع المنازعة وفق الآجال المتفق عليها في موضوع التحكيم ، ويتم إعلام الخصم بأي وسيلة كانت محضر

[1] . براغثة امنة ، العقون ناريمان ، تسوية منازعات الاستثمار امام المركز الدولي لواشنطن ، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون ، تخصص قانون اعمال النظام القانوني للاستثمار ، كلية الحقوق قسم العلوم القانونية و الادارية ، جامعة 08 ماي 1945 قالمة ، 2013- 2014 ، ص 22.

[2] . حسام مروان ابو حمادة ، المرجع السابق ، ص 39.

قضائي – فاكس ...الخ . أما المشرع الجزائري ترك للخصوم حرية الاتفاق على طريقة وشكل الإعلان باعتباره قد جعل مسالة تطبيق القواعد الإجرائية مسالة اختيارية ، وهذا ما يتوافق مع الطابع الرضائي للتحكيم[1] .

فإذا لم يوجد اتفاق أصبح المحكم غير مقيد بالقواعد المقررة لصحة التبليغ في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بشرط احترامه لمبدأ المواجهة ولحقوق الدفاع [2].

ثالثا: لغة التحكيم :

تنص المادة 22 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري " للطرفين حرية الاتفاق على اللغة أو اللغات التي تستخدم في إجراءات التحكيم فان لم يتفقا على ذلك بادرت هيئة التحكيم إلى تعين اللغة أو اللغات التي تستخدم في هذه الإجراءات ".

من خلال نص المادة نجد أن اللغة المستخدمة في التحكيم ترجع بالضرورة إلى إرادة الأطراف الحرة في اختيار ما يناسبهم ، لكن في نفس المادة نجد أنها عالجت الأمر في حال إغفال الأطراف اللغة المستعملة في الخصومة إذ فوضت الأمر إلى الهيئة التحكيمية في اختيار اللغة المناسبة من خلال حيثيات العقد ألاتفاقي للتحكيم[3] .

وإذا كانت هيئة التحكيم هي التي تتولى تحديد اللغة فهي تملك أيضا صلاحية التعديل ، وإذا قدمت مستندات محررة بغير اللغة المستخدمة في التحكيم فلهيئة التحكيم أن تأمر بإرفاق ترجمة اللغة المستعملة في التحكيم، وإذا تعددت اللغات فللهيئة قصر الترجمة على لغة واحدة

---

[1] . براغثة امنة ، العقون ناريمان ، المرجع السابق ، ص 23.

[2] . حسام مروان ابو حمادة ، المرجع السابق ، ص 40.

[3] . حجاج حنان ، الاثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود الاستثمار ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر ، تخصص قانون أعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ، 2014-2015 ، ص 30.

أي ، انه يمكن للمحكم أو هيئة التحكيم اختيار إحدى اللغات. وكذلك للمحكمين سلطة تقديرية في الأمر بترجمة المستندات المهمة الحاسمة في النزاع[1] .

رابعا : مكان و زمان التحكيم :

تعقد جلسات التحكيم في المكان والزمان الذي يتفق عليه الطرفان ، سوءا داخل الدولة أو في خارجها بحسب إرادة الأطراف المتنازعة ، فتنعقد محكمة التحكيم لأول مرة في الزمان والمكان الذين يحددهما الحكم المرجح ، ثم تقرر المحكمة بعد ذلك مكان انعقادها ومواعيدها ، ويجب أن تصدر محكمة التحكيم حكما في مهلة لا تتجاوز ستة أشهر اعتبارا من تاريخ الجلسة الأولى للمحكمة التحكيمية[2] .

تنص المادة 1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[3] على ما يلي : " اذا لم تحدد الجهة القضائية في اتفاقية التحكيم يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرتها اختصاص مكان إبرام العقد ".

يفهم من نص المادة أن الاختصاص يؤول للهيئة التحكيمية ، هذه السلطة بحد أساسها في اتفاق إرادة الأطراف المتنازعة وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الخصوم يرجع الاختصاص إلى مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ .

خامسا : نظام الجلسات :

---

[1] . حجاج حنان ، المرجع نفسه ، ص ص 30 . 31.

[2] . حيرش نوال ، التحكيم في العقود الادارية ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في الحقوق ، تخصص قانون اداري ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2012-2013 ، ص 19.

[3] . المادة 1042 من القانون رقم 09/08 ، المصدر السابق.

يجوز في خصومة التحكيم عقد جلسات في أي مكان يتفق عليه الخصوم ، سواء داخل الدولة أو خارجها ، ويجوز عقد بعض الجلسات في مكان التحكيم والبعض الأخر في مكان أخر .

ويجوز لمحكمة التحكيم الاستعانة بكاتب الجلسة أو الاستغناء عنه ، ويجوز لها أن تقرر عقد جلسات بصفة علنية أو بصفة سرية سواء في أوقات العمل الرسمية أو في غير هذه الأوقات ،بل يجوز لها أن تقرر عدم عقد أي جلسة للمرافعة الشفهية اكتفاء بمذكرات الخصوم و مستنداتهم ، كل ذلك ما لم يتفق عليه الطرفان على قواعد إجرائية أخرى ملزمة لمحكمة التحكيم[1] .

الفرع الثاني

سلطات محكمة التحكيم في تسيير الدعوى

تمر إجراءات سير الدعوى التحكيمية بثلاث مراحل هامة ابتدءا في سلطة الفصل في اختصاصها ومرورا بإصدارها أوامر تحفظية أو وقتية ، وانتهاء بالبحث عن الأدلة والشهود .

أولا: الفصل في اختصاص الهيئة التحكيمية :

تنص المادة 06 من الاتفاقية العربية الموحدة الاستثمار رؤوس الأموال المعدلة في المادة الثالثة من الملحق المتعلق بالتحكيم " تفصل هيئة التحكيم في كل المسائل المتعلقة باختصاصها وتحدد الإجراءات الخاصة بها".

يملك المحكم سلطة الفصل في مسالة اختصاصه بصفة تلقائية في المنازعة المعروضة أمامه. فالمحكم كالقاضي العادي له جميع الصلاحيات للنظر في المنازعة المعروضة أمامه

[1] . حيرش نوال ، المرجع السابق ، ص 20.

والتأكد من سلطة اختصاصه في الخصومة[1] وهذا ما أشارة إليه المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[2] بقولها " تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها ، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل إي دفاع في الموضوع ، تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع "

من خلال النص يفهم انه يمكن للأطراف الخصومة التحكيمية الدفع بعدم اختصاص المحكم بالفصل في المنازعة ، ولكن يجب إثارة هذا الدفع قبل إي دفاع في الموضوع فإذا لم يثر أولا سقط الحق بإثارته . والملاحظ أن هذه القاعدة لا تختلف على ما هو متعامل به في النزاعات المعروضة على القضاء. فالدفع بعدم الاختصاص أو أي دفع شكلي أخر يجب تقديمه قبل أي دفاع في الموضوع ، فان تم تقديمه بعد ذلك يتم رفضه من طرف القاضي ومن طرف الهيئة التحكيمية ، ويتم الفصل في الاختصاص بقرار أولي ، إلا إذا كان الدفع بعدمه مرتبطا بموضوع النزاع، فإذا كان الحال كذلك يفصل المحكم في الدفع وفي الموضوع بحكم تحكيمي واحد.

ثانيا : الإجراءات الوقتية والتحفظية التي تتخذ بمناسبة التحكيم :

يمكن للأطرف المتنازعة أن تتخذ إجراءات معينة تمنحهم حماية أكثر للحفاظ على حقوقهم من الضياع وتحصينها، وتتمثل هذه الإجراءات في التدابير الوقتية والتدابير التحفظية، وكما لهذه الإجراءات غرض أو هدف أنشئت لأجله وكذا لها شكل معين مما دفع جمهور الفقهاء بالعمل على إيجاد تقسيم لهذه الإجراءات ، على حسب هذا المنوال بعد الجدل الحاصل حول

[1] . حجاج حنان ، المرجع السابق ، 32.

[2] . المادة 1044 القانون رقم 09/08 ، المصدر السابق.

تقديم تعريف دقيق لها[1].

ويحاول الدكتور عليوش كمال قربوع أن يقدم المقصود منها فقط، وليس تعريفا دقيقا حيث يعترها بأن " الإجراءات التحفظية هي التي تتخذ لحماية أموال أو أصول حقوق، مثل الحجز الاحتياطي أو التأمين البحري وحق حبس المنقول وغير المنقول، أما الإجراءات المؤقتة فهي التي تنظم وقتيا حالة مستعجلة إلى أن يصدر فيها قرار نهائي، مثال ذلك ، الحراسة القضائية على الأموال "[2].

إلى جانب اختصاص هيئة التحكيم التسيير الدعوى وفق الإرادة الأطراف ، يمكن لجهة التحكيم وبعد بداء سريان دعوى التحكيم أن تتخذ بعض التدابير الوقتية أو التحفظية ، وذلك بناء على طلب من احد أطراف الخصومة ، ذلك انه قد تقتضي طبيعة موضوع النزاع أو ظروف أو ملابسات الدعوى المعروضة على هيئة التحكيم سرعة اتخاذ بعض التدابير بتجنبا لأضرار بالغة قد تلحق بأحد الخصوم نتيجة لانتظار حتى صدور حكم التحكيم المنهي للخصومة[3] .

تنص المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على ما يلي :" يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك. إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذه التدبير إراديا ، جاز المحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي.

---

[1] . مسعودي اسماء ، المحكم في خصومة التحكيم الدولي ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر ، تخصص قانون أعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، 2014-2015 ، ص 42.

[2] . مسعودي اسماء ، المرجع نفسه ، ص ص 42 . 43.

[3] . حيرش نوال ، المرجع السابق ، ص 22.

يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب التدبير ".

من خلال نص المادة يفهم من أن المشرع الجزائري قيد القاضي بتطبيق القانون الوطني الذي ينتمي إليه على هذا الإجراء، حتى و إن كانت باقي الإجراءات المتعلقة بشأن التحكيم ينظمها قانون آخر غير القانون الوطني للقاضي، وهذا يعتبر بمثابة استثناء.

ثالثا: البحث عن الأدلة:

يتفق أطراف الخصومة التحكيمية على طرق الإثبات و أدلته ، ولهم أن يختاروا القانون الذي يحكم الإثبات ، فان لم يتفقوا على ذلك اختارت هيئة التحكيم القانون الذي تراه مناسبا ، أو تتفق مع طرفي النزاع عليه ، والأصل كذلك أن تتولى هيئة التحكيم مهمة البحث عن الأدلة وإعطاء الأطراف الحق في تقديم الأدلة التي يروها مناسبة لإثبات ادعاءاتهم ، غير أن هذه الهيئة ونظرا لمصدره الاتفاقي تفتقر إلى سلطة الأمر ، وهو ما يعني أنها تحتاج إلى مساعدة القاضي لها [1].

وهذا ما جاءت به المادة 1048 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ولا يلزم القانون الجزائري الشاهد الذي يمثل أمام المحكمين بان يحلف اليمين أمامهم ، واستجواب الشهود يتم بواسطة المحكمين وفقا لنظام المحاكمة الفرنسي... وليس في القانون الجزائري ما يشير إلى حق المحكمين بالاستعانة بالمحكمة القضائية من اجل ذلك.

[1] . مسعودي اسماء ، المرجع السابق ، ص 44.

ويحق للمحكمين الاستعانة بخبراء ويملك الأطراف حق الاطلاع والتعليق على تقارير الخبراء. ولم يعط المشرع المحكمين سلطة اتخاذ قرارات مؤقتة لحفظ الأموال ، فتكون مثل هذه القرارات من صلاحية المحاكم القضائي[1].

المبحث الثاني

صدور الحكم التحكيمي و تنفيذه.

قد يعتقد البعض ان عبارة اصدار الحكم التحكيمي تفيد معنى النطق بالحكم التحكيمي لا غير او تحريره لكن الحقيقة لها معنى اوسع من ذلك فإصدار له اجراءات مسبقة.

و عليه سنتناول صدور الحكم التحكيمي في المطلب الأول ، ثم تنفيذ الحكم التحكيمي في المطلب الثاني.

المطلب الأول

إصدار الحكم التحكيمي.

من غير المتصور أن يصدر الأمر بتنفيذ حكم التحكيم قبل إيداع حكم التحكيم في قلم كتاب المحكمة المختصة و ذلك لما يشف عنه هذا الإيداع من استنفاد سلطة هيئة التحكيم في النزاع و حسمه و صدور حكم التحكيم بالحالة التي أودع بما فضلا عن أنه يكون إجراء يقصد به التعجيل بوضع حكم التحكيم تحت تصرف الخصوم و تمكين المحكوم له فيه من الحصول على الأمر بتنفيذ.

[1] . ناصر محمد عبد العزيز الشرمان، النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي،أطروحة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه ، تخصص قانون تجاري، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2012/2011 ، ص 78.

الفرع الأول

إجراءات إصدار حكم التحكيمي

بعد تبادل المقالات و تقديم الدفوعات تتضح القضية وتصبح جاهزة للفصل وعندئذ تشرع هيئة التحكيم في اجراءات تبدأها بوضع الدعوى للفصل و القيام بالمداولة و لتكون المداولة صحيحة و قانونية لابد من المشاركة الكاملة للتشكيلة وان يصدر الحكم بالأغلبية ، وضع الدعوى للفصل.

عندما تتضج القضية وتصبح قابلة للفصل تأمر هيئة التحكيم بوضعها للفصل ثم عند الشروع في عملية الفصل تستغل آلية المداولة. بعد تبادل المقالات و المستندات و التحقيق بكامل بما فيه سماع المرافعات ، و تتيقن هيئة التحكيم من انتهاء كل الدفوعات تأمر هذه الأخيرة بوضع القضية للفصل و الحكم فيها صراحة أو ضمنا كتحديد الجلسة للنطق بالحكم التحكيمي. ومع وضع الدعوى للحكم يغلق باب المرافعات فتنقطع الصلة بين هيئة التحكيم و الخصوم ولا يكون هذا الاتصال إلا بعد موافقتها[1].

ويقصد غلق باب المرافعات بالنسبة لخصوم معينة أن الهيئة (التي تنظر الدعوى) قدرت بمقتضى سلطتها التقديرية المطلقة أن الدعوى صارت صالحة للفصل على حالها لحظة هذا التقدير و بعد تمكين الخصوم بالإدلاء بكل ما لديهم من طلبات و دفوع أوجه دفاع، لا يحق

[1] . ناصر محمد عبد العزيز الشرمان ، المرجع السابق ، ص 79.

لأي من الأطراف بعد غلق باب المرافعات تقديم مذكرات أو إيداع مستندات وفي حالة تقديمها فإن على هيئة التحكيم تجاهلها ، ولا ترد عليها و لا تستند عليها في الحكم[1].

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو هل يجوز تقديم مذكرات ختامية بعد غلق باب المرافعات؟

يستحسن قبل الإجابة مباشرة على السؤال التطرق ولو بإجازة عن ما هو عليه الحال في الحكم القضائي ، حيث يأمر القاضي بوضع القضية للحكم وقد تطرأ ظروف جديدة اثناء هذا المرحلة لها علاقة بالحق .

فما موقف القاضي من الطلب الذي يقدمه الطرف لتقديم مذكرات إضافية أو مستندات أخرى؟.

بالنسبة للأمر بغلق باب المرافعات و وضع الدعوى للحكم لا يعد حكما قضائية بالمعنى الفني للأحكام ، وإنما هو عمل من أعمال الإدارة القضائية قدف به المحكمة إلى تهيئة الدعوى للفصل فيها بعد إفساح المجال أمام الخصوم لإبداء كافة دفاعهم و دفوعهم[2] .

وبحكم ذلك فلا مانع منفتح المجال لتقديم مذكرة ختامية أو مستندات ، لكن بشرط أن تصرح المحكمة اثناء الأمر بالوضع بالسماح بذلك وتعطي مدة محدد لذلك على أن تقديم هذا المستندات و المذكرات في الميعاد المحدد وأن يطلع الخصم عليها مع إتاحة الفرصة له للرد عليها، إذا بالنسبة للأحكام القضائية فلا مانع من إعادة القضية إلى الجدول و قبول

---

[1] . والي نادية ، التحكيم كضمان للاستثمار في اطار الاتفاقيات العربية الثنائية ومتعددة الأطراف، رسالة لنيل درجة ماجستير، تخصص قانون الاعمال ، كلية الحقوق والعلوم التجارية ، جامعة امحمد بوقرة بومرداس ، 2005 /2006 ، ص 66.

[2] . مسعودي اسماء ، المرجع السابق ، ص 45.

مذكرة ختامية أو مستندات لكن فقط ألا يصرح القاضي أثناء الأمر بوضع الدعوى للحكم بعدم جواز تقديم أية مذكرة أو مستندات أخرى، لذا إذا ما توفر هذا الشرط فإنه على القاضي عند قبوله المذكرة الختامية أو المستندات من تمكين الخصم منها و إعطائه المهلة اللازمة للرد عليها.

وعلى هذا الأساس و إجابة على السؤال الرئيسي المطروح حول هيئة التحكيم عند وضعها الدعوى للحكم، هل لها أن تعيدها إلى الجدول من جديد و تقبل مذكرة ختامية أو مستندات من الطرف المعني.

هذه التفاصيل لا وجود لها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الجديد مثله مثل الاغلبية من التشريعات الوطنية الأخرى ، و أنما حسب المادة22/1 من قواعد نظام التحكيم للغرفة التجارية الدوليةC.C.L ، فإنه لهيئة التحكيم السلطة الكاملة في تقدير هذا الطلب فتقبله أو ترفضه[1].

وقد جاءت كما يلي: (**تعلن محكمة التحكيم عند قفل باب المرافعات إذا رأت أنها قد أتاحت فرصة كافية لسماع الأطراف ولا يجوز بعد هذا التاريخ تقديم أية مذكرة كتابة أو ادعاء أو دليل إلا إذا طلبت محكمة التحكيم ذلك أو سمحت به**) . أي بعبارة أخرى و حسب نظام التحكيم لغرفة الدوليةC.C.L ، يمكن فتح باب المرافعات من جديد إذا ما رأت محكمة التحكيم ضرورة لذلك، ولكن تبقى السلطة التقديرية الكاملة لهذه المحكمة وحدها لا غير وفي هذا الإتجاه يرى الدكتور فتحي و الي لهيئة التحكيم بعد و ضع الدعوى للحكم أن تقرر النطق بالحكم او فتح باب المرافعات من جديد ، ويحدث ذلك إما من تلقاء نفسها أو

[1] . والي نادية ، المرجع السابق ، ص 67.

بناء على طلب احد الخصوم[1] ، مثل ما هو معمول به في القضاء الرسمي و ليس الهيئة التحكيم فتح باب المرافعة إلا لأسباب جدية ، كأن تحدث واقعة جديدة لها تأثير على الفصل في الدعوى أو ظهور واقعة لم تكن معلومات من قبل ولها نفس ال أثر . وعليه وليصدر الحكم التحكيمي صحيحا و يمر بمرحلة الرقابة القضائية دون التعطيل أو البطلان و ان يؤتي التحكيم ثماره يجب على الهيئة التحكيم وهي على هذه الحال أن تستعمل سلطتها التقديرية في الحدود المعقولة و المقبولة و اذا ما سمحت بفتح باب المرافعات من جديد و قبلت مذكرة و المستندات جديدة عليها أن تعطي الفرصة الكاملة للخصم للاطلاع على هذه المذكرة و المستندات و إعطاءه المهلة الكاملة للرد عليها حتى لا تخل بمبدأ المساوات بين الاطراف و الحفاظ على حق الدفاع[2].

أما مفهوم المداولة في القضاء الرسمي هي إجراء يأتي بعد غلق باب المرافعات الهدف منه هو تمكين المحكمين من وضع نهاية للخصومة المطروحة عليها فبواسطة المداولة يصل قضاة المحكمة إلى تكوين الرأي القانوني الواجب التطبيق على الواقعة المطروحة عليهم ، ولإعطاء مفهوم أدق للمداولة هي أيضا المشاورات بين قضاة المحكمة في منطوق الحكم و أسبابه بعد إنهاء المرافعة و قبل النطق به ولا تجوز المداولة قبل انتهاء المرافعة و تتم من جانب القضاة وهم على علم تام و إحاطة كاملة بكل وقائع الدعوى وتتم المداولة سر حتى يكون كل قاض حر في إبداء رأيه و حتى لا تتأثر هيبته القضاة إذا جعلت المداولة علنية، ذلك هو مفهوم المداولة بالنسبة للأحكام القضائية و الحال لا يختلف عنه كثيرة بالنسبة

[1] . ناصر محمد عبد العزيز الشرمان ، المرجع السابق ، ص 80.

[2] . ناصر محمد عبد العزيز الشرمان ، المرجع نفسه ، ص ص 80 . 81.

لأحكام التحكيم فهي إجراء الغرض منه تكوين الاقتناع الداخلي المحكمة التحكيم وليس إعلانا عن إرادتها و لذلك فهي سابقة على صدور الحكم التحكيمي[1].

ومفهوم المداولة في التحكيم هو نفسه في القضاء فلابد من تعدد المحكمين م التشاور و النقاش فيما بينهم حول ما قدم من طلبات و دفوع و أسباب الحكم التحكيمي .

أما الكيفية التي تتم من خلالها المداولة فهي متنوعة و بتحري حسب ظروف المحكمين وأماكن تواجدهم.

عادة و من المتعارف عليه أن القضاة يتداولون في مقر المحكمة التي جرت بما إجراءات الخصومة سواء في قاعة الجلسة أو في غرفة المشورة لكن بالنسبة للمحكمين الأمر يختلف فإذا كان التحكيم وطنية داخلية فإن الأصل مقر التحكيم هو مقر المداولة و على المحكمين الالتقاء جميعا للنقاش حول الدعوى للوصول إلى منطوقه سواء كان بالأجماع او على الاقل بالأغلبية[2].

أما في مجال التحكيم الدولي قد لا يتحقق هذا اللقاء في مكان واحد فتباعد المسافات بين المحكمين قد يدفعهم إلى اتخاذ و سائل أخرى للتداول كأن يعد الرئيس مشروعا لقرار التحكيم و ترسل نسخة منه إلى كل محكم في الدولة التي يوجد بها و يقوم كل منهم بالإدلاء برأيه عن طريق المراسلة إلى أن يصل الأمر إلى الاتفاق على صيغة نهائية للحكم التحكيمي بالأغلبية او بالأجماع[3].

وعليه فإن عدم النص على المداولة من قبل المشرع الجزائري في التحكيم الدولي لا يعني انها غير ملزمة بل بالعكس فهي تعد من نظام العام الدولي و أن أي حكم تحكيمي

---

[1] . محمود السيد عمر التحيوى ، تنفيذ حكم المحكمين ، د.ط ، ملتقى الفكر الإسكندرية ، مصر، 1994 ، ص 120.

[2] . والي نادية ، المرجع السابق ، ص 68.

[3] . محمود السيد عمر التحيوى ، المرجع السابق ، ص 121.

دولي يخلو من المداولة يكون معرضا للأمر برفض طلب الاعتراف و التنفيذ وهذا ما نصت عليه المادة 1056 الفقرة 6 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري **(لا يجوزا استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات التالية : إذا كان حكم التحكيم مخالف لنظام العام الدولي)** التي أكدت على عدم جواز استئناف الأمر بالاعتراف و التنفيذ الحكم التحكيمي الدولي إلا في حالات و من بينها أن يكون مخالف للنظام العام، لذا وجب الجزم أن وضع الدعوى للفصل و الحكم فيها بمقتضى مداولة أمر وجوبي في الحكم التحكيمي الداخلي و الدولي[1].

أما وجوب مشاركة التشكيلة كاملة ، لقد تمت الإشارة سابقا إلى أنه عندما تقضي بعض العقود الدولية حالة النزاع إلى محكمين معينين من قبل طرفي النزاع و محكم فيصل فإن هذا الأخير يتولى بمفرده الفصل في النزاع عند غياب اتفاق المحكمين حول القرار التحكيمي أما إذا تمت إحالة النزاع إلى محكمة تحكيم تتشكل من 03 محكمين أو أكثر فإنه في هذه الحالة تنور مسألة الأصوات اللازمة لإصدار القرار ، وتكاد معظم العقود الدولية تجمع على ضرورة إصدار القرار بأغلبية الأصوات مع وجود بعض العقود التي توجب أن يصدر قرار التحكيم بأغلبية اثنين من أعضاء المحكمة أحدهما الرئيس[2].

وحضور جميع المحكمين مقر التحكيم و المشاركة في أصدرا الحكم التحكيمي بالأغلبية امروجوبي وإذا تخلف أحدهم فلا يصح الحكم بغيابه حتى و ان كان له رأي مخالف يشكل الأقلية. هناك اجتهادات قضائية خالفت الراي و اعتبرت لا ضرورة الإجماع الجميع بل

[1] . والي نادية ، المرجع السابق ، ص 69.

[2] . ناصر محمد عبد العزيز الشرمان ، المرجع السابق ، ص 81.

تركت للأقلية فرص الأعضاء الرأي و لو على مسودة أو مشروع حكم يرسل إلى الهيئة عن طريق البريد ومن هذه الاجتهادات محكمة النقض الفرنسية في تفسيرها للمداولة[1].

لكن رغم الموافقة الذي سار عليه الاجتهاد القضائي في فرنسا أصرت معظم التشريعات الوطنية الاجنبية و خاصة العربية على وجوب حضور جميع أعضاء التشكيلة يوم صدور الحكم التحكيمي كالمادة 38 من قانون التحكيم السعودي الصادر بتاريخ 27 مارس 1985 وكذلك المادة 823 من القانون الإجراءات الطالي الجديد التي نصت على و جوب مشاركة جميع المحكمين[2].

حيث نص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد في المادة 1026 على (تصدر أحكام التحكيم بأغلبية الاصوات) ، وقد نقلها حرفية عن المشرع الفرنسي ، أن فكرة الأغلبية تتولد عن فعالية المداولة التي يجريها المحكمون اعضاء هيئة التحكيم لأنه من المبادئ الأساسية أن يصدر الحكم من الحكم الذي كان بالمهمة و سمع المرافعات و في حدود سلطته ولذا لا يحق لهيئة التحكيم اشراك غيرها في المهمة التي هي ذات طابع شخصي ولا تملك اشراك أيا كان في المداولات او اخذ الرأي و أن مثله مثل القضاء فإن حدث شيء من هذا القبيل فإن الحكم التحكيمي معرض للبطلان[3].

هي ذات طابع شخصي ولا تملك اشراك أيا كان في المداولات او اخذ الرأي و أن مثله مثل القضاء فإن حدث شيء من هذا القبيل فإن الحكم التحكيمي معرض للبطلان. ولذا يستخلص من كل ما تقدم أن وجوب حضور كافة أعضاء التشكيلة لهيئة التحكيم أثناء التوقيع وصدور الحكم ليس في محله و أن الاجتهاد الفرنسي بشأن هذه القضية كان صائبا

---

[1] . محمود السيد عمر التحيوى ، المرجع السابق ، ص 122.

[2] . حجاج حنان ، المرجع السابق ، ص 33.

[3] . مسعودي اسماء ، المرجع السابق ، ص 48.

لما اكتفى بحضور الأغلبية. أما بالنسبة لموضوع الأغلبية و خاصة عند عدم توفرها فإن التشريع الجزائر كان غير موفق و لم يتطرق لهذه الحالة مما قد يعطل عملية التحكيم، ولذا حبذا لو أضاف عبارة الكلمة الأخيرة دائما للرئيس و كأنه محكم فرد[1].

الفرع الثاني

البيانات و تسبيب حكم التحكيمي

إذا كان من المتفق عليه أن الكتابة بالنسبة للحكم التحكيمي امر و جوبي و لتمكين الشفافية في هذا المجال .

اولا :بيانات الحكم التحكيمي:

وفقا للمواد 1027 ،1028، 1029 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية الجزائري الجديد فان البيانات الواجب ورودها بالحكم التحكيمي كثيرة ومتعددة فالمادة 1027 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري تستوجب كتابة عرض وجيز الإدعاءات الأطراف و أوجه دفاعهم و المادة 1028 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري تنص

على أن الحكم التحكيمي يتضمن بيانات تتعلق باسم و لقب المحكم والمحكمين و تاريخ صدور الحكم التحكيمي و مكان إصدار الحكم التحكيمي و اسماء و ألقاب الأطراف و موطن كل متهم و تسمية الأشخاص المعنوية و مقرها الاجتماعي و أسماء و ألقاب المحامين او من مثل او ساعد الأطراف عند الاقتضاء و التوقيع. فهذه البيانات لازمة أعدة

[1] . باسود عبد المالك ، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان 2014-2015 ، ص 40.

أمور أهمها لمراقبة استقلالية المحكمين وحيادهم و مراقبة مهلة التحكيم المحددة باتفاق الأطرف و كذلك لحساب أجال الطعن[1].

ثانيا: تسبيب حكم التحكيمي:

تلتزم المحكمة التحكيمية ببيان الأسباب التي جعلتها تأخذ اتجاهات معينا في حكمها و المشرع الجزائري يعتبر عدم التسبيب سبب إبطال الحكم طبقا لنص المادة 1056 من القانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري على خلاف المشرع الفرنسي الذي يجيز الاحكام دون ذكر الاسباب المؤدية إليه بل المعمول به في التشريعات المقارنة هو عدم تسبيب الاحكام إلا إذا الأطراف تمسك بذلك[2].

المطلب الثاني

تنفيد الأحكام التحكيمية

بعد صدور الحكم التحكيمي مرتبا آثاره فرض القانون بعض الإجراءات و التشكيلات التنفيذه حيث ينفذ إراديا طبقا لاتفاق التحكم ، لكن قد تعترض عملية التنفيذ بعض الصعوبات تجعل كل ذي مصلحة يستنجد بالقضاء الوطني المطلوب تنفيذه في إقليمه ، وهنا نكون أمام التنفيذ الجبري بدل التنفيذ الطوعي ، مما ينبغي إتباع شكليات أخرى أمام هذا القضاء لتحصين الحكم التحكيمي . وعليه سوف نتطرق إلى التنفيذ الإرادي (الفرع الأول) ، ثم التنفيذ الجبري (الفرع الثاني).

---

[1] . حسان كليبي، دور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي ، رسالة لنيل درجة ماجستير في الحقوق ، تخصص القانون الخاص ، جامعة محمد بوقرة بومرداس ، 2012/2011 ، ص 55.

[2] . باسود عبد المالك ، المرجع السابق ، ص 41.

الفرع الأول

التنفيذ الطوعي للأحكام التحكيمية

الأصل أن تنفيذ الأطراف الحكم التحكيمي عن طواعية ، وبالرجوع إلى فترة ما قبل صدور المرسوم التشريعي93/09 كانت المؤسسات الوطنية الجزائرية تنفذ الأحكام التحكيمية التي كانت طرفا فيها عن طوعية لأن في الغالب تطبق القانون الجزائري وبالتالي لم تجد أية عقدة في تنفيذها .

لكن لم نحصل على أحكام تحكيمية فيها أطراف جزائرية لبيان كيفية التنفيذ في الجزائر مما يجعلنا نقول بأن الأحكام في هذه الحالة الأخيرة كانت تنفذ إداريا[1] .

وقد تجسد التنفيذ الطوعي للأحكام التحكيمية في الاتفاق الجزائري الفرنسي لسنة 1983 عندما نصت المادة 17/07 على أنه: وفي العقود التي أبرمتها شركة سونا طراك مع الشركات الأجنبية كانت في معظمها ترجع إلى نظام (CCI) ، ما أدى بعض الفقهاء إلى القول عن التنفيذ الطوعي على أنه: أما المرسوم التشريعي 93/09 فقد أكد على أن التنفيذ الطوعي هو الأصل إذ تنص المادة 58 مكرر 16/2على أنه : "يؤمر بالتنفيذ الجبري حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 458 مكرر17/2 وذلك في غياب التنفيذ الطوعي للقرار التحكيمي ". وقد تدعم مبدأ التنفيذ الطوعي للأحكام التحكيمية في الاتفاقيات المتعددة الأطراف التي انضمت إليها الجزائر وكذا الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها في بداية 1990. لكن قد يحصل أن لا يقوم من يقع عليه واجب التنفيذ بدوره فيتقاعس عن تنفيذ الحكم

[1] . حسان كليبي ، المرجع السابق ، ص 56.

التحكيمي من ثم يدفع الطرف ذي المصلحة إلى الاستعانة بالقضاء وذلك من أجل تنفيذ الحكم جبرا[1].

الفرع الثاني

التنفيذ الجبري للحكم التحكيمي

بعد انضمام الجزائر بتحفظ إلى اتفاقية نيويورك سنة 1958 ، تكون قبلت بالاعتراف التنفيذ الحكام التحكيمية الأجنبية ، حيث تنفذها جبرا في غياب التنفيذ الطوعي ، موضح الاتفاقية بين تنفيذ الحكم والاعتراف به، اد الاعتراف هو وسيلة دفاعية يتم اتخاذها من طرف المحكوم له أمام الجهات القضائية من اجل إثارة مسألة حجية الشيء المقضي فيه للقرار الذي ولإثبات ذالك يقدم القرار التحكيمي ويطلب الاعتراف بصحته وبطباعه الالزامي بالنسبة التي فصل فيها ، أما التنفيذ فلا يقتصر في الاعتراف فقط بل يمتد إلى طلب الجهات لها ذلك وهنا يكون التنفيذ نتيجة الاعتراف ، ولو أن كثير من القوانين من تستعمل كالمصطلحين معا[2].

وبصدد التنفيذ الجبري أكدت المادة 458 مكرر 16/2 على أنه : يؤمر بالتنفيذ الجبري حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 458 مكرر 17 الفقرة الثانية) وعليه لنا أن نتساءل عن كيفية إخطار قاضي التنفيذ وكذا الشروط الواجب توافرها في الحكم التحكيمي حتى يأمر القاضي بتنفيذه.

أولا: كيفية أخطار قاضي التنفيذ:

[1] . باسود عبد المالك ، المرجع السابق ، ص 43.

[2] . محمود السيد عمر التحيوى ، المرجع السابق، ص 124.

إن تحديد الجهة القضائية التي تنظر في مسألة تنفيذ الحكم التحكيمي جبرا تختلف حسب ما إذا إن الحكم التحكيمي قد صدر في الجزائر أم في الخارج، وقد تعرضت المادة 458 مكرر 1/2 المسألة الجهة القضائية المختصة بذلك بقولها : " وبنفس الشروط تعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر من خرق رئيس المحكمة التي صدرت هذه القرارات في دائرة اختصاصها أو من رئيس محكمة محل التنفيذ اذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج تراب الجمهورية" و عليه نستنتج حالتين[1]:

1- إذا صدر الحكم التحكيمي في الجزائر.

إذا كان مقر التحكيم الجزائر فان توجيه طلب التنفيذ عن طريق القضاء من طرف المعني بتعجيل التنفيذ يكون أمام رئيس المحكمة التي يمتد اختصاصها إلى المكان الذي صدر فيها الحكم التحكيمي وهو نفس الموقف الذي المشروع الفرنسي في المادة 1477/1 ق.م. في أما المشروع المصري فقد عهد هذا الاختصاص المحكمة استئناف م لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر ، وهذا سواء جرى التحكيم في مصر أو خارجها.

2- إذا صدر الحكم التحكيمي خارج الجزائر :

إذا كان مقر التحكيم خارج تراب الجمهورية ، كما جاء في النص فان اختصاص إصدار الأمر بالتنفيذ الجبري ، يرجع لرئيس محكمة الجهة التي يطلب فيها التنفيذ ، أما المشروع الفرنسي والمصري فلا يفرقان بين الجهة القضائية المختصة بالأمر بالتنفيذ سواء صدر الحكم في فرنسا أو مصر أو خارجها ، وإنما أخضعا إجراءات التنفيذ لنفس الشروط

[1] . حسان كليبي ، المرجع السابق ، ص 57.

والشكليات وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري ، فما هي الشروط الواجبة لتنفيذ الحكم التحكيمي جبرا ؟

ثانيا : الشروط الواجب توافرها من أجل الاعتراف والتنفيذ:

حتى يعتبر الحكم التحكيمي الصادر في الجزائر أو خارجها قابلا للتنفيذ في الجزائر أخضعه المشروع الجزائري لنفس الشروط مع اختلاف الجهة القضائية المختصة حسب الحالة وعليه نصت المادة 458 مكرر 17/1 على أنه : يتم الاعتراف في الجزائر بتنفيذ القرارات التحكيمية الدولية التي أثبتت المتمسك بما وجودها ، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي ، لقد وضعت هذه المادة شرط مادي "condition matérielle" واحد للاعتراف والتنفيذ وهو إثبات وجود الحكم التحكيمي[1] ، ولكن كيف يتم التمسك بوجود الحكم ؟ هنا أجابت المادة 458 مكرر 18 بالنص على أنه : يثبت وجود قرار تحكيمي بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ من هذه الوثائق تتوفر فيها الشروط المطلوبة لثبات صحتها ، وإذا لم يتمكن الطرف المعني من الحصول على الوثائق الأصلية فانه يقدم النسخة المصادق عليها أو النسخ التي تمت ترجمتها إلى لغة بلد التنفيذ ، بشرط أن تصدر عن مترجم رسمي وهذا ما أكدت عليه اتفاقية نيويورك ، رغم أن المشروع الجزائري في المرسوم التشريعي 93/09 لم يتطرق إلى مسألة اللغة العربية التي هي اللغة الرسمية والمعمول بها في الجهاز القضائي الجزائري[2] ، لذلك يتم ترجيح نص اتفاقية نيويورك وفق المادة 04/27 لكون هذا النص يعلو على نص المرسوم التشريعي 93/09 ووضعت كذلك المادة 458 مكرر 17/1 شرطا قانونيا يتمثل في عدم مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي إذ تنص على أنه" وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي تجدر الإشارة

[1] . حسان كليبي ، المرجع السابق ، ص 56.

[2] . باسود عبد المالك ، المرجع السابق ، ص 44.

إلى أن هذه الشروط تنبثق على الاعتراف وفي نفس الوقت على التنفيذ وكثيرا ما يتم دمج المفهومين في نفس الشروط ، كما ذهب إلى ذلك المشروع الفرنسي وكذا اتفاقية جنيف لسنة 1927 واتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، يظهر من خلال الفقرة السابقة أن دور القاضي المختص يقتصر على فحص الحكم التحكيمي من عدم مخالفته للنظام العام الدولي ، وهنا أما أن يقبل الاعتراف أو يرفض ، ولا يمتد دور القاضي إلى مراجعة الحكم التحكيمي[1].

ومن هنا نقول بأن مسألة الشروط ، تحتوي على شرط مؤذي وهو إثبات وجود حكم التحكيم وذلك بتقديم المستندات اللازمة وفقا للمادة 458 مكرر 18 مع إيداعها لذي الجهة القضائية المختصة ، حسب الحالة ، وفقا للإجراء المنصوص عليه في المادة 458 مكرر 19 حيث نصت على أن: "يودع الوثائق المذكورة في المادة 458 مكرر 18 لدى الجهة القضائية المختصة ،حسب الحالة أحد المحكمين أو الطرف المعني بالتعجيل، يتحمل النفقات المتعلقة بإيداع العرائض أطراف النزاع"، و بالتالي وضع المشرع أجراء أخر يتمثل في وضع الملف لدى الجهة القضائية المختصة مع تحمل مصاريف ذلك ، كما اشترط شرطا قانونيا يتمثل في عدم مخالفة الحكم للنظام العام الدولي، وهدا يقع على عاتق الجهة القضائية تفحص الحكم للتأكد من عدم خرق النظام العام الدولي[2].

بتوفر هذه الشروط جميعها تصدر المحكمة المختصة أمر بالتنفيذ الذي هو إجراء يصدر من القاضي المختص ويأمر بمقتضاه إعطاء القوة التنفيذية للحكم التحكيمي وبالتالي يكون نقطة الالتقاء بين القضاء الخاص والقضاء العام ، وفي الأنظمة القضائية المختلفة يمثل وجوب إصدار الأمر بالتنفيذ قبل تنفيذها و الطعن فيه قاعدة خاصة بأحكام المحكمين غير معمول بها في القضاء العادي، ومن ثم يكون الأمر بالتنفيذ أداة للرقابة القضائية للحكم

[1] . محمود السيد عمر التحيوى ، المرجع السابق ، ص 125.

[2] . حسان نوفل ، المرجع السابق ، ص 45.

التحكيمي . أما عن الشكل الذي يأخذه الأمر فأما أن يكون في ذيل أصل الحكم التحكيمي أو في هامشه حيث يتضمن الإذن لكاتب الضبط بتسليم نسخة منه ممهورة بالصيغة التنفيذية وبهذا نصت المادة 458 مكرر 20 على أنه : تكون قرارات المحكمين قابلة للتنفيذ بموجب أمر صادر عن رئيس المحكمة بديل أصل القرار ويتضمن الإذن لكاتب الضبط بتسليم نسخة منه ممهورة بالصيغة التنفيذية[1] .

كما تطرقت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية إلى محورين أساسين في التحكيم التجاري الدولي :

ا- صحة اتفاقية التحكيم.

ب- الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وهدفها الأساسي هو تسهيل استقبال أحكام المحكمين في الدول المنظمة إليها.

في الواقع لا يمكن فصل المحورين عن بعضهما لان صحة الحكم التحكيمي ترتبط بإرادة الأطراف على إخضاع نزاعهم للتحكيم ، وكثيرا ما حاول الطرف المحكوم ضده في حكم تحكيمي تجنب تنفيذ الحكم بإشارة الدفع بعدم صحة اتفاقية التحكيم.

[1] . . محمود السيد عمر التحيوى ، المرجع السابق ، ص 127.

الخاتمة

الخاتمة.

من خلال دراستنا لموضوع بحثنا توصلنا إلى أن الاستثمار الأجنبي في الوقت الراهن أضحي ضرورة ملحة للالتحاق بالركب العالمي في ظل الهوة الاقتصادية بين دول الشمال و الجنوب ، وان كان لا يخفي على احد مزايا الاستثمار الأجنبي و دوره بالنهوض باقتصاديات الدول النامية فان بلدنا الجزائر بهذا الوضع لا غنى لها عن حتمية عقود الاستثمارات ، لكن وان كانت الجزائر منذ استقلالها عكفت على سن قوانين لتشجيع الاستثمارات إلا أنه في الوقت الراهن هي بأمس الحاجة إلى تفعيل هذه القوانين ، غير أنه لابد الأخذ في الحسبان مساوئ الاستثمار وما يرتبه من أثار وخيمة على الصعيد الاقتصادي و السياسي، ولقد اشرنا كذلك إلى مسالة التحكيم وعلاقتها بالاستثمارات الأجنبية إذ أضحت أهم الضمانات القانونية التي يرغب بها المستثمر الأجنبي كصك أمان للمخاطرة برأس ماله . غير أن نجاعة التحكيم في إطار منازعات الاستثمار غالبا ما يكون منوطا بمدى حفاظ هذه الآلية على التوازن بين حقوق و التزامات المستثمر الأجنبي وكذا حقوق والتزامات الدولة المضيفة.

لكن طبيعة العلاقة العقدية والروابط القانونية بين المستمر والدولة وخصوصيتها وما يترتب عليه من نزاعات مستقبلية ، كلها دوافع جعلت من التحكيم مازال بحاجة إلى دراسة معمقة بغرض تحقيق التوازن بين أطرافه المتنازعة ولعل الاجتهادات الدولية كلها تصب في هذا المنحي فما إنشاء مراكز دولية خاصة بالمنازعات الاستثمارية وتعدد الاتفاقيات ماهي إلا صورة من صور الاجتهادات الدولية لإحداث التوازن بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة لكن يبقى في الأخير أن نضع جملة من التوصيات تزيد من هيبة التحكيم كي لا يبقي هذا الأسلوب في يد الدول المهيمنة على الاقتصاد العالمي و آلية قانونية لتغليب مصالحها على حساب مصالح الدول النامية .

النتائج:

_ لقد تعددت تعاريف الفقه للتحكيم إلا أنه بكونه ضمانة إجرائية للاستثمار فأنه يعرف بأنه "طريق استثنائي يلجأ إليه أطراف عقد الاستثمار بناءاً على اتفاقهما المتخذ أما شرطاً يرد ضمن بنود عقود الاستثمار قبل نشوء النزاع أو مشارطة تحكيم تبرم قبل أو بعد نشوء النزاع وذلك بهدف حل نزاعاتهم بعيداً عن المماطلة بحكم ملزم ونهائي يقطع دابر الخصومة".

_ يستلزم لتحقيق فعالية التحكيم كضمانة إجرائية لحسم منازعات الاستثمار تبني العديد من المبادئ القانونية والتي تتمثل باستغلال شرط عن عقد الاستثمار وأيضاً اختصاص المحكمين بالفصل في النزاع ((مبدأ الاختصاص بالاختصاص)) فضلاً عن ذلك عدم قبول دفع الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها بعدم أهليتها للتحكيم.

التوصيات:

• نظرا للفارق بين مستويات الدولة المستثمرة والدولة المانحة لامتياز الاستثمار لابد الأخذ بعين الاعتبار طرح مسالة أسلوب صياغة الاتفاقيات والبعد كل البعد عن المصطلحات التي تحتمل التأويل.

• لابد على الدولة المضيفة أن تحسن اختيار محكمين من ذوي الكفاءات والخبرة المشهود لهم بالنزاهة والحياد .

• يتعين على الدولة المضيفة عند صياغة الاتفاقيات و إدراج شرط التحكيم و أن تولي الأمر إلى ذوي الاختصاص و بخاصة في المجال الاقتصادي و المجال القانوني .

• و بما أن مسالة القانون الواجب التطبيق في المنازعة التحكيمية مسالة جوهرية وضرورية يجب

على الدولة لدى صياغة الاتفاقية اخذ الحيطة والحذر بشان الاتفاق على القانون الواجب التطبيق .

• يتعين على الدولة المضيفة قبل التصديق على اتفاقية الاستثمار الأخذ في الحسبان كذلك المسائل البيئية فكم من مستثمر أجنبي لا يلقي بالا لهذه المسالة فتجد الدولة نفسها وقعت في المحظور .

• يتعين على الدولة أن تقوم بتأطير رجال القانون والاستعانة بخبرات أجنبية في مسالة التحكيم .

• عقد ندوات ومؤتمرات للتنويه بمسالة الاستثمار والتركيز على الجوانب السيئة فيه .

• يجب على الدولة كذلك أن تهيئة المناخ للمستثمر المحلى و تجنب نفسها مخاطر الاستثمار الأجنبي مستقبلا .

• الدعوة إلى تفعيل الاستثمارات العربية وخلق هيئات تحكيمية عربية لتجنب املاءات الدولة المستثمرة وفي نفس الوقت إقامة علاقات ندية متوازية بين الدول العربية قائمة على أساس المصالح المشتركة .

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر و المراجع.

أولا: قائمة المصادر.

1: المعاهدات.

ـ . القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 03 ، قواعد التحكيم الاونستيرال ، قرار الجمعية العامة 22 /65 بصيغتها المنقحة عام 2010 .

2: القوانين.

ـ القانون رقم 277/63 مؤرخ في 26 يوليو 1963 ، المتضمن قانون الاستثمارات ، ج.ر ، ع 53.

_ القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18/صفر/1429 ، الموافق ل : 25 /فبراير/2008 ، المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، ج.ر ، ع 21 ، الصادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.

3 : الأوامر.

_ الأمر رقم 01 /03 مؤرخ في اول جمادى الثانية عام 1422 الموافق ل 20 غشت 2001 ، المتعلق بتطوير الاستثمار.

_ الأمر رقم 248/66 ، مؤرخ في 15 سبتمبر 1966 المتضمن قانون الاستثمارات ، ج.ر ، ع 44 الصادرة في 17 سبتمبر 1966.

4: المراسيم.

_ المرسوم التشريعي رقم 93/12 المؤرخ في اكتوبر 1993 ، المتعلق بترقية الاستثمار ج.ر ، ع 64 الصادرة في 10 اكتوبر 1993.

_ المرسوم الرئاسي رقم 98-430 ، المؤرخ في 09 رمضان عام 1419 الموافق ل 27/12/1998 ، المتضمن المصادقة على الاتفاق بين الحكومة الجزائرية والحكومة السورية حول تشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات ، الموقع عليها بدمشق 14/09/1998 ، ج.ر ع 97.

_ مرسوم رئاسي رقم 95-345 المؤرخ في 30 اكتوبر 1995 ، المتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة انشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار ، ج.ر ، ع 66 ، الصادرة بتاريخ 1995/10/30.

5: القوامس و المعاجم.

_ ابن المنظور ، لسان العرب ، دار المعارف ، المجلد الخامس ، الجزء 37 ، باب العين مادة غل ، د.ب.ن، د.س.ن.

ثانيا: قائمة المراجع.

1: الكتب.

_ احمد خليل ، قواعد التحكيم (دراسة معمقة في طرق الطعن في القرار التحكيمي الصادر في تحكيم داخلي) ، د.ط ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2003.

_ خالد محمد القاضي ، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع اشارة خاصة لإحداث احكام القضاء المصري ، ط1 ، دار الشروق ، مصر ، 2002.

_ محمد كولا ، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري ، د.ط ، منشورات بغدادي ، الجزائر ، 2008.

_ عبد الحميد الاحدب ، موسوعة التحكيم في البلدان العربية (التشريع الإسلامي) ، ط 3 ، الكتاب المنشورات الحلبي الحقوقية ،لأردن ، د.ت.ن.

ـ فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، د.ط ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان ، 2008.

_ محمود السيد عمر التحيوي ، انواع التحكيم وتميزه عن الصلح الوكالة الخبرة ، د.ط ، دار المطبوعات الجامعية ، د.ب.ن ، 2002.

_ منير عبد المجيد ، الاسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي ، د.ط ، منشاة المعارف ، مصر ، 2000.

_ بشار محمد الاسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة (ماهيتها – القانون الواجب التطبيق عليها– مسائل تسوية منازعاتها) ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2006.

_ عيبوط محند علي ، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري ، د.ط ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر 2013.

_ خالد مصطفى النظامي ، الحماية الاجرائية للاستثمارات الأجنبية الخاصة (دراسة مقارنة) ، ط 1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2002.

_ نبيل اسماعيل عمر ، التحكيم في المواد التجارية الوطنية والدولية (اتفاق التحكيم – خصومة التحكيم –حكم المحكم وفقا لأحدث التعديلات التشريعية والقضائية) ، ط 1 ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، د.ب.ن، 2004.

ـ حسان نوفل ، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار ، د.ط ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، د.ت.ن.

_ مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، قانون التحكيم التجاري المصري رقم 27 سنة 1994 في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية وضع التحكيم من النظام

القانوني الكلي(اتفاق التحكيم، خصومة التحكيم) ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 1998.

_ اسامة محمد عثمان خليل ، تحديد القانون الواجب التطبيق (حل التنازع في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي) ، القانون السوداني والقانون الأمارتي نموذجا ، د.ط ، د.د.ن ، د.ب.ن.

2: الأطروحات و الرسائل و المذكرات الجامعية.

أ: الأطروحات الجامعية.

ـ سليم بشير ، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية ، اطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية ، تخصص القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، 2010-2011.

ـ عبد القادر بابا ، سياسة الاستثمار في الجزائر و تحديات التنمية في ظل التطورات العالمية الراهنة ، أطروحة لنيل درجة دكتوراه ، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير ، جامعة الجزائر، 2004/2003.

_ عبد الكريم عبداش ، الاستثمار الأجنبي المباشر وأثاره على الاقتصاد الجزائري خلال الفترة 2005- 1996 ، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم الاقتصادية ، تخصص النقود والمالية ، جامعة الجزائر كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير ، 2007-2008.

ـ ناصر محمد عبد العزيز الشرمان، النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي،أطروحة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه ، تخصص قانون تجاري، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2012/2011.

ـ باسود عبد المالك ، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان 2014-2015 .

ب: الرسائل الجامعية.

ـ عبد الوهاب عجيري ، شرط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الدراسات العليا ، جامعة سطيف ، 2013-2014.

_ بلقواس سناء ، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الادارية ذات الطابع الدولي "التحكيم نموذجا" رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية تخصص قانون اداري و ادارة عامة كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، 2010-2011.

_ . منى بوختالة ، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار ، رسالة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة ، 2013-2014.

_ العماري وليد ، الحوافز والحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر ، رسالة انيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون الاعمال ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، -2011 2010.

_ محمد سارة ، الاستثمار الأجنبي في الجزائر (دراسة حالة أوراسكوم) ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير ، تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق ، جامعة متوري قسنطينة ، 2010/2009.

_ مصباح بلقاسم ، اهمية الاستثمار الأجنبي ودوره في التنمية المستدامة (حالة الجزائر) ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في علوم التسيير ، تخصص نقود ومالية ، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير ، جامعة الجزائر ، 2005-2006.

_ علة عمر ، حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي (دراسة مقارنة") ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون العام ، تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق ، جامعة منتوري قسنطينة ، 2010/2009.

_ والي نادية ، التحكيم كضمان للاستثمار في اطار الاتفاقيات العربية الثنائية ومتعددة الأطراف، رسالة لنيل درجة ماجستير، تخصص قانون الاعمال ، كلية الحقوق والعلوم التجارية ، جامعة امحمد بوقرة بومرداس ، 2005 /2006.

_ حسان كليبي، دور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي ، رسالة لنيل درجة ماجستير في الحقوق ، تخصص القانون الخاص ، جامعة محمد بوقرة بومرداس ، 2012/2011.

ج: المذكرات الجامعية.

_ نورة حليمة ، التحكيم التجاري الدولي ، مذكرة لنيل شهادة ماستر تخصص إدارة اعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة خميس مليانة ، 2013-2014.

_ عزرين عبد الرزاق ، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في الجزائر (واقع وافاق) ، مذكرة مقدمة النيل شهادة ماستر ، فرع ادارة اعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة خميس مليانة ، 2013-2014.

_ براغثة امنة ، العقون ناريمان ، تسوية منازعات الاستثمار امام المركز الدولي لواشنطن ، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون ، تخصص قانون اعمال النظام القانوني للاستثمار ، كلية الحقوق قسم العلوم القانونية و الادارية ، جامعة 08 ماي 1945 قالمة ، 2013- 2014.

_ حجاج حنان ، الاثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود الاستثمار ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر ، تخصص قانون أعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ، 2014-2015.

_ حيرش نوال ، التحكيم في العقود الادارية ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في الحقوق ، تخصص قانون اداري ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2012-2013.

_ مسعودي اسماء ، المحكم في خصومة التحكيم الدولي ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر ، تخصص قانون أعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، 2014-2015.

3: المقالات العلمية.

_ . محمود السيد عمر التحيوى ، تنفيذ حكم المحكمين ، د.ط ، ملتقى الفكر الإسكندرية ، مصر، 1994.

4: المحاضرات.

_ غسان سليم عرنوس ، محاضرات في التحكيم ، السنة الرابعة قسم التعليم المفتوح ، جامعة البعث سوريا ، كلية الحقوق ، العام الدراسي 2011-2012.

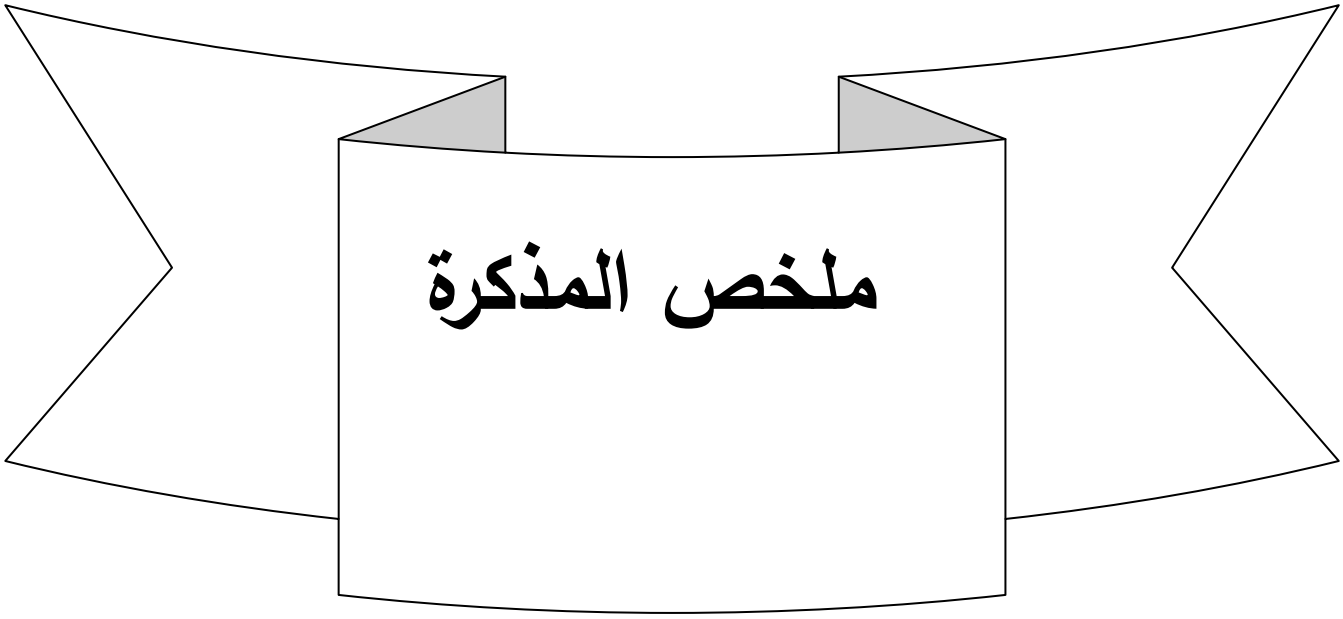
فهرس المختويات.

فهرس المحتويات

الفهرس	الصفحة
المقدمة	01
الفصل الأول : الاطار المفاهيمي للتحكيم و عقود الاستثمار.	07
المبحث الأول : مفهوم التحكيم.	07
المطلب الأول : تعريف تعريف التحكيم و خصائصه.	08
الفرع الأول : التعريف التحكيم.	08
الفرع الثاني :خصائص التحكيم.	11
المطلب الثاني : أنواع التحكيم و تمييزه عن غيره من النظم المتشابهة له.	13
الفرع الأول : أنواع التحكيم.	14
الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن غيره من النظم المتشابهة له.	16
المبحث الثاني: مفهوم عقود الاستثمار.	23
المطلب الأول: تعريف و أهمية عقود الاستثمار.	23
الفرع الأول: تعريف عقود الاستثمار.	24
الفرع الثاني: أهمية عقود الاستثمار.	31
المطلب الثاني: أنواع و تقييم عقود الاستثمار.	33

الفرع الأول: أنواع عقود الاستثمار.	33
الفرع الثاني: تقييم عقود الاستثمار.	37
الفصل الثاني: التنظيم الاجرائي للتحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار.	43
المبحث الأول: اجراءات التحكيم في عقود الاستثمار و تنظيمها.	43
المطلب الأول: تشكيل هيئة التحكيم و القانون الواجب التطبيق على النزاع.	44
الفرع الأول: : تشكيل هيئة التحكيم.	44
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود الاستثمار.	49
المطلب الثاني: سير إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار.	53
الفرع الأول: انطلاق الخصومة التحكيمية.	54
الفرع الثاني: سلطات محكمة التحكيم في تسيير الدعوى.	58
المبحث الثاني: صدور الحكم التحكيمي وتنفيذه.	62
المطلب الأول: إصدار الحكم التحكيمي.	62
الفرع الأول : اجراءات اصدار الحكم التحكيمي.	63
الفرع الثاني : البيانات و تسبيب الحكم التحكيمي.	70
المطلب الثاني : تنفيذ الأحكام التحكيمية.	71
الفرع الأول: التنفيذ الطوعي للأحكام التحكيمية.	72

الفرع الثاني: التنفيذ الجبري للأحكام التحكيمية.	73
الخاتمة.	79
قائمة المراجع.	83
فهرس المحتويات.	91
ملخص المذكرة.	95


ملخص المذكرة

ملخص المذكرة.

أن تحديد حقوق والتزامات المستثمرين ضمن إقليم الدولة المستثمرة من خلال تنظيمها ضمن أطار تشريعي واتفاقي بصورة منظمة ودقيقة فأن ذلك لا يكفي لطمأنة المستثمرين وتشجيعهم للاستثمار فيها ، فلا بد من وجود وسائل تحمي تلك الحقوق في حالة الإخلال بها .

وبالرغم من التعاون المتبادل بين الدولة المستثمرة والمستثمرين على تحديد تلك الحقوق والالتزامات من حيث النطاق أو المضمون ، إلا أنه قد يحصل تنازع بين الطرفين في المضمون الدقيق للحقو ق التي يتمتع بها المستثمر والالتزامات المترتبة عليه بسبب أخلال الدولة المستثمرة بالتزاماتها وتعهداتها.

لذلك يسعى المستثمرون الحصول على وسائل محايدة وفعالة لتسوية منازعات الاستثمار ، وعلى الرغم من تعدد الوسائل التي يمكن أن يلجأ إليها الأطراف في عقود الاستثمار لتسوية منازعاتهم الناشئة عنها، ألا أن التحكيم يعد طريقة مقبولة لتسوية منازعات الاستثمار حيث أنه يعد وسيلة فعالة لحسم منازعات الاستثمار حيث أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال لأن يعد ضمانة إجرائية للمستثمرين لحسم منازعاتهم مع الدولة الجاذبة للاستثمار لأنهم ينظرون الى قضاء تلك الأخيرة نظرة شك وريبة ، فضلاً عن ذلك السرية التي يمتاز بها التحكيم والتي تتناسب مع طبيعة عقود الاستثمار فهو يأتي منسجماً مع رغبة المستثمرين بالابتعاد عن اللجوء الى القضاء الوطني للدولة المستثمرة وهذا ما يساعد في الحفاظ على أسرار المستثمرين وتجنب المساس بمركزهم وسمعتهم في مجال النشاط التجاري فضلاً عن السرعة التي يتميز بها التحكيم في البت والفصل في النزاع ، وفضلاً عن ذلك يتم اللجوء الى التحكيم لما تتمتع به عقود الاستثمار من خصوصية كون الدولة الجاذبة

الاستثمار طرفاً في تلك العقود وهذا ما يكون دافعاً للمستثمر لجعل التحكيم ضمانة إجرائية لحماية استثماراته.