وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد البشير الإبراهيمي - برج بوعريريج-
كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة مقدمة الاستكمال متطلبات شهادة الماستر
في الحقوق

تخصص: قانون أعمال
الموسومة بـ:

آليات فض المنازعات المتعلقة بالاستثمار في التشريع الجزائري

من إعداد الطالب:
صلاح الدين شلبابي

تحت إشراف الأستاذ:
عبد الحق ماني

لجنة المناقشة

		رئيسا
عبد الحق ماني	أستاذ محاضر –أ-	مشرفا
		ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021

شكر وعرفان:

نتقدم بأسمى آيات الشكر إلى الأستاذة "عبد الحق ماني" الذي ساعدنا بتأطير هذا البحث منذ البداية إلى غاية إتمامه على صورته هذه، ولم يبخل علينا، وعلى جميل صبره معنا وسمو تواضعه، فله منا التقدير كله والعرفان على ما بذله من جهد في تقديم وتسديد هذا البحث.

الإهداء:

إلى آبائنا الذين يعجز اللسان عن تعداد فضائلهم... إلى الذين أعطوا وضحوا في سبيل وصولنا إلى قمم النجاح، وكان صبرهم معنا وحرصهم وإصرارهم نبراسا يضيء مسيرتنا... الآباء الأعزاء

إلى أمهاتنا جنة دنيانا اللواتي بعثن في نفوسنا الصبر والتفاؤل والأمل للمضي قدما لتحقيق أحلامنا، والوصول إلى ما نحن عليه اليوم أمهاتنا الغاليات

إلى أخواتنا وكل الذين نحبهم بقلوبنا، ولم يذكرهم لساننا... نهدي لكم هذا العمل المتواضع.

مقدمة:

تسعى الدولة لتلبية حاجيات الافراد، فهذا الالتزام يقع على عاتقها بوجوب تنمية الاقتصادية فيها مما يحقق ذا الواجب.

ولما كانت الجزائر متبنية لنظام الاشتراكي، باعتبارها دولة متدخلة في العملية الاقتصادية لم تظهر الحاجة الملحة لسن قانون اقتصادي ومنه قانون الاستثمار باعتبار المؤسسات العمومية هي الشكل المتخذ في عملية انتاج واستراد هذه الحاجيات.

لكن بعد تبني الجزائر للنظام الليبيرالي، وخروجها من دائرة الإنتاج والاكتفاء بالرقابة، اعتمدت على سن نصوص قانونية تتماشى وتهتم بالاستثمار.

وهذا ماتجسد في قوانين الاستثمار بدءا من سنة 1993 بصدور المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بتطوير الاستثمار، وذلك بتحفيز الأشخاص الناشطين في مجال الاستثمار للاستثمار داخل إقليم الدولة الجزائرية.

ولم يقتصر تشجيع المستثمرين على المؤسسات الوطنية فقط، بل كذلك الأجانب لما لهم من قدرات في مجال الإنتاج نوعا وكيفا على غرار المؤسسات الوطنية التي اتسمت بالقدرة التنافسية إنتاجية.

ولتحقيق جذب الاستثمار منحت بموجب هذه النصوص مزايا استثمارية، و انشأت هيئات إدارية تختص بتسهيل الإجراءات سواءا تتعلق بانشاء المؤسسات او منح الامتيازات.

هذه العلاقة التي تربط المستثمر بالدولة، قد تعرف نوع من الاختلال اثناء اتصالها، فاعمدت الدولة عى تنويع طرق فض المنازعات القائمة بين أجهزة الدولة و المستثمر.

واهمية الموضوع المتمثلة في البحث حول تقييم اليات فض المنازعات المتعلقة بالاستثمار، باعتبارها ضمانة إضافية لجذب الاستثمار الى الدولة و تحقيق الهدف الاقتصادي.

من خلال دراستنا لموضوع البحث تم تطرق الى طرح التسائل التالى:

-ما مدى قدرة الاليات التي جاء بها قانون 16-09 لفض النزاعات الاستثمار اثناء تنفيذ العقود الاستثمارية مما يحفظ حقوق الدولة و حقوق المستثمرين؟

اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج **الوصفي التحليلي** ذالك بصدد تحليل ودراسة النصوص القانونية التي جاء بها قانون الاستثمار وذلك لالمام بكل جوانب الموضوع بطريقة متسلسة في الأفكار.

تكمن أهمية هذه الدراسة من خلال دور الذي تلعبه هذه الوسائل في الاقتصاد القومي لكل من الدولة المضيفة للاستثمار و الدول التي يتبعها المستثمرون، فهي بالنسبة للدول المضيفة تمثل الركيزة الأساسية التي يتم بواسطتها جذب المستثمرين، كما تشكل للدول التي يتبعا المستثمرون مزيدا من الضمانات وبتالي مزيدا من فرص العمل ونمو رأس المال.

ونهدف من خلال هذا البحث الى السعي:

- تحديد اليات فض المنازعات لاستثمارية.

-معرفة إجراءات كل الية

-عادلة هذه الاليات

اما بالنسبة الى الدوافع التي جعلتنا نلجئ الى اختيار هذا الموضوع والبحث فيه،فهي تتنوع الى دوافع ذاتية تتبع الى الميول والرغبة في دراسة هذا الموضوع نظرا لحداثته وارتباطه بنوع التخصص الذي ندرس فيه وأيضا نظرا لقيمة الموضوع وأهميته باعتباره من مواضيع الساعة، بالإضافة الى دوافع أخرى موضوعية تعود لاهتمام المتزايد والمتجدد لموضوع تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار.

من خلال معالجة الاشكالية المطروحة قسمنا هذا البحث الى فصلين يتناول كل منهما جانب من جوانب الموضوع:

تناولت في الفصل الاول القضاء كألية في تسوية النزاعات الاستثمارية وجزء هذا الفصل إلى مبحثين متوازيين الاول يتناول مفهوم النزاعات الاستثمارية الاجنبية ودور القضاء في حلها والثاني دور القضاء في اجراء التحكيم وكل مبحث يتفرع إلى مطلبين اما الفصل الثاني فيتعلق بالتحكيم التجاري كألية في تسوية النزاعات الاستثمارية هو كذلك يتجزأ إلى مبحثين الاول يتعلق بمفهوم التحكيم التجاري الدولي وخصائصه والثاني دور التحكيم التجاري الدولي في فض منازعات الاستثمارية وبطبيعة الحال في كل مبحث مقسم إلى مطالب ايضا لنتوصل في الاخير إلى خاتمة تقييمية حول البحث محل الدراسة.

الفصل الأول

دور القضاء في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار في الجزائر

الفصل الأول:

دور القضاء في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار في الجزائر

يلعب القضاء دورا مفصليا في حل النزاعات القائمة بين الافراد أيا كانت طبيعتهم ومراكزهم القانونية، بما له من سلطة دستورية لذلك، وهذا الدور لا يتراجع في النزاعات المعروضة عليه والتي موضوعها استثماري ولو كان هذا الاستثمار اجنبيا، بل ان المشرع الجزائري مكن القضاء عند نظره إلى النزاعات الاستثمارية الأجنبية بمجموعة من الآليات والوسائل القانونية للحفاظ على وجود الاستثمار الأجنبي كوال مدة النزاع واستمراريته وتطوره بعد الحكم القضائي الفاصل، ولقد عمد المشرع الجزائري لهذه الوسائل لمعرفته بخصوصية الاستثمار وأهمية البالغة في الاقتصاد الوطني وماله من أثار مالية واجتماعية جد مؤثرة في المؤسسات الدولية.

لقد كرس المشرع الجزائري هذا التوجه بما أسماه "الضمانات القانونية " المقدمة للمستثمرين الأجانب في الجزائر والتي جاء بها المرسوم التشريعي 93-12 وكرسها الأمر 01-03وهو تسوية المنازعات الاستثمارية الأجنبية المنشأة في الجزائر وطريقة فضها بالقول:

"يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراءات اتخذتها الدولة الجزائرية ضده، للجهات القضائية المختلفة، الا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية، تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص"

وسنتطرق في هذا الفصل إلى تفصيل مفهوم الاستثمار الأجنبي ودور القضاء في إجراءات التحكيم حسب الخطة التالية:

المبحث الأول: مفهوم النزاعات الاستثمارية الأجنبية ودور القضاء في حلها

المبحث الثاني: دور القضاء في إجراءات التحكيم

المبحث الأول: مفهوم النزاعات الاستثمارية الأجنبية ودور القضاء في حلها

ان مساهمة المشروعات الاستثمارية خدمة لأهداف التنمية الاقتصادية يترتب عليها مسائل وأثار اقتصادية وقانونية كثيرة، تعول عليه الدولة لطول المدة التي يستغرقها الاستثمار، ان القضاء الوطني في أي دولة يلعب دورا هاما بحياده وموضوعيته في استقرار الاستثمارات الأجنبية وتنميتها والعكس ليس دائما صحيح، وهذا لوجود أليات منضمة قانونا سواء دوليا أو وطنيا يلجأ اليها المستثمر الأجنبي في فض النزاع.

ولكن قبط التطرق إلى الأليات يجب قبل كل ذلك تحديد وتعريف بالنزاعات الاستثمارية الأجنبية ومن ثم تطرق إلى دور القضاء في حل هذه النزاعات.

المطلب الأول: التعريف بالمنازعات الاستثمارية الأجنبية

المنازعة وتعني المعارضة أو ابداء الراي المناقض لوجهة نظر الطرف الاخر في المسألة محل النزاع. أو انكارها اصلا أو تفسيرها تفسيرا يعاكس أو يغاير أو يناقض أو يزيد على تفسير الطرف الاول، أو استعمال الوسائل المادية، أو القانونية، أو كلاهما لإثبات ذلك.

والمنازعة كركن جوهري في المنازعات الدولية، قد تتخذ اشكالا متعددة منها:

- عدم الاتفاق في وجهات النظر بين الطرفين المتنازعين،
- اعتراض طرف من الاطراف على اجراء أو رأي لطرف آخر بخصوص موضوع النزاع،
- انكار ادعاء طرف من الاطراف من جانب الطرف الثاني،
- تفسير أحد الاطراف موضوع النزاع تفسيرا يغاير تفسير الطرف الاخر.

وتعريف فض المنازعات الاستثمارية، هو تسوية الخلافات الناشئة أو المحتمل نشوئها بين أطراف الاتفاقية الثنائية الاستثمارية أو أطراف عقد الاستثمار أو عقد الامتياز، بالطرق

والسبل المحددة بإرادتهم بالاتفاقية الدولية أو الثنائية أو العقد من خلال القضاء الوطني، أو الطرق الودية، أو التحكيم الداخلي، أو الدولي.[1]

تختلف اسباب منازعات الاستثمار بحسب قانون الدولة المرخصة للاستثمار، وبحسب طبيعة ونوع العلاقة التي تربط المستثمر مع الطرف الاخر (الدولة المضيفة للاستثمار، جهات حكومية، مستثمر اخر، مواطن من الدولة المضيفة للاستثمار)

النزاع بين المستثمر الأجنبي والدولة المستضيفة يظهر في حالتين:

الحالة الأولى: في حال تعذر من المستثمر الضمانات والامتيازات والإعفاءات المقررة بموجب اتفاقية أو القانون الاستثماري أو عقد.

- قيام الدولة بحجز أموال المشروع الاستثماري مما يؤدي إلى تضرر المشروع.
- اعلان حالة الطوارئ التي يقع فيها المشروع الاستثماري مما يؤدي إلى تضرر المشروع.

الحالة الثانية: مخالفة المستثمر لشروط الترخيص أو العقد أو الاتفاقية، الأمر المؤدي إلى قيام السلطة المختصة بإصدار قرارات ضد المستثمر الأجنبي[(2)].

المطلب الثاني: دور القضاء في النظر في الدعوى الاستثمارية الأجنبية

منحت المادة 17 من الأمر 01-03 حقا مطلقا للجهات القضائية المختصة في النظر في النزاعات الاستثمارية الأجنبية الذي لا تربط دولته والجزائر أي اتفاقية متعددة الأطراف، ولا أي اتفاق خاص يتضمن بند يسمح للأطراف المتنازعة بالتواصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص.

ويمتد اختصاص القضاء لوحده إلى مسائل التجريم والعقاب والتي ترتكب بمناسبة الاستثمار كالتهرب الضريبي، اصدار شيك بدون رصيد من طرف المستثمر الأجنبي أو أن يقع ضحيته أو التصريح الكاذب أمام مصالح الجمارك...الخ، فالأمر هنا لا يتعلق بنزاع بين

[(1)]– موقع ESCWA، اطلع عليه بتاريخ11-05-https: //WWW.unescwa.org -فض المنازعات الاستثمارية، 2022[1]، على ساعة 21: 34.

[(2)]– ينظر، إيفون لوسوارن، القانون الدولي الخاص، الطبعة التاسعة، ترجمة: د. عبد الغفار حنفي، منشأة المعارف، ص 172

أشخاص، وانما باتهام لا تملكه الا سلطات الدولة المتمثلة في النيابة العامة ومن ثم فليس للتوفيق ولا لتحكيم في مجالات التجريم والعقاب وحالة الأشخاص أي دور خاص يكمن أن يؤديه[1].

كما أن بإمكان المستثمر الأجنبي في الجزائر أن يلجأ إلى القضاء الوطني بشأن نزاع يخص هذه الاستثمارات أو أي معاملات تجارية ترتبط بها وله في ذلك اتخاذ كافة التدابير والإجراءات الكفيلة بحفظ حقه أو المطالبة به وهذا وفق قواعد إجرائية وموضوعية محددة وفقا للقوانين والتشريعات الوطنية وهذا ما سنفصله ادناه.

أولا: قواعد الاختصاص المتعلقة بدعوى الاستثمارات الأجنبية.

ان اختصاص القضائي لنظر في المنازعات ذات الارتباط الموضوعي بالاستثمارات الأجنبية تطرح تسائل للقانون الدولي الخاص باعتبار أن هذا النزاع الاستثماري يحتوي على عنصر أجنبي وبالتالي من سيكون مختصا في النظر فيه هل هو القضاء الوطني محل إقامة الاستثمار ام قضاء جنسية المستثمر الأجنبي؟ وبأي قانون سيفصل في هذا النزاع وما هو القانون الواجب التطبيق عليه؟

وللإجابة على هذه التساؤلات علينا أولا معرفة ماهية القانون الدولي الخاص بمفهومه الموسع[2]، الذي تتبناه الجزائر والذي ينقسم إلى قسمين:

القسم الأول هو الاختصاص التشريعي ومعناه مجموع القواعد القانونية المطبقة على موضوع النزاع المطروح، وهذه القوانين المطبقة في النزاعات الاستثمارات المقامة في الجزائر هي كلها قوانين وطنية ولا يمكن للمستثمر الأجنبي أن يحتج بغيرها، كمطالبته مثلا بتمكينه من امتيازات تمنحها إياه دولته أو دولة أجنبية كان يستثمر بها ويرفع دعوته مطالبا بتطبيق القانون الاستثماري الأجنبي عوض القانون الوطني.

اما القسم الثاني يتعلق يتعلق بالقانون القضائي الخاص الدولي، وهو ذلك الجزء من القانون الدولي الخاص الذي يحدّد بالإضافة إلى القواعد المنظمة للاختصاص العام المباشر

---

(1)- د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخاصة، منشأة المعارف، 1988، ص 74

(2)- أ.د. هشام علي صادق، ود. حفيظة السبد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، القانون القضائي الخاص الدولي والتحكيم الدولي، دار الفكر الجامعي، 1999، ص 5 وما بعدما

للمحاكم الوطنية، القواعد التي تحكم القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وآثار الأحكام وذلك إذا كانت العلاقة القانونية محل المنازعة متضمنة عنصرا أجنبيا[1] 1.

ومن هنا يتضح لنا أن الاختصاص التشريعي في الجزائر في المنازعات يرتبط بارتباط موضوعي في الاستثمارات الأجنبية، ينعقد دائما لفائدة النظام القانوني الاستثماري

الوطني للأسباب التي سبق ذكرها، مما يجعل الحديث عن القانون الدولي الخاص في هذا الصدد غير ذي جدوى لأنّ القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الاستثماري سيكون دائما القانون الاستثماري الوطني بمفهومه الواسع" والاختصاص أيضا سيؤول للمحاكم الوطنية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، وبالتالي فإنّ اعتبار أنّ منازعات الاستثمارات الأجنبية في الجزائر تكون من اختصاص القانون الدولي الخاص لن يكون له أيّ تأثير في سير إجراءات الدعوى.

كما أنّ النزاعات شأن الاستثمارات المقامة في الجزائر من طرف أجنبي لا تكون دائما من اختصاص القانون الدولي الخاص والقضاء الوطني العادي، بل قد يؤول نظرها إلى القضاء الإداري أحيانا كالمنازعات الضريبية أو تلك الخاصة بالمصادرة الإدارية لعقارات وأملاك خاصة بالاستثمار الأجنبي، وهذه النزاعات لا يختص بنظرها إلاّ القضاء الوطني لما يحيط بها من مفاهيم سيادية وأخرى تخص النظام العام[2].

باعتبار ان المستثمر الأجنبي يلجئ للقضاء الوطني بمناسبة نزاع استثماري ما، يكون عن طريق رفع الدعوى وهذه الأخيرة تحكمها شروط لا بد من توافرها سواء كانت الدعوى منظورة من طرف قاضي الاستعجال أو قاضي الموضوع، كما يمكن لأطراف المنازعة الاتفاق على اللجوء إلى قضاء دولة أجنبية، ولكن كل هذا له حدود سنها المشرع الجزائري في المواد من 9 إلى 24 من القانون المدني، في فصله الثاني من الكتاب الأول تحت عنوان "تنازع القوانين من حيث المكان" والمتعلقة بمبادئ الاختصاص في القضايا التي يكون احد

---

[1]- أ.د. هشام علي صادق ود. حفيظة السيد الحداد، نفس المرجع، ص .12

[2]- إيلي كوهين، هل مازالت الدول تتمتع بالسيادة في النظام الاقتصادي، النشرة الاقتصادية، رقم 2415، مارس . 1995، ص12

أطرافها عنصرا أجنبيا، وهو ما يعرف في الفقه بالاختصاص الدولي للمحاكم الدولية في قضايا القانون الدولي الخاص.

وإعتبر المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبالضبط في المادة 32منه على انه:

"المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام..." وتنص المادة41 من ذات القانون على أنه: " يجوز ان يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى لو لم يكن مقيم في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع الجزائري.

كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور امام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع الجزائريين."

وفي هذه الحالة، فالمادة 41 أكدت أن اختصاص المحاكم الجزائرية في نظر دعاوى التزامات الأجنبي مع طرف جزائري أساسه مبدأ شخصية القانون الذي يعتد بجنسية الخصوم كضابط إسناد لتمديد ولاية القضاء الجزائري، ومن ثم فالاختصاص ينعقد للقضاء الجزائري بمجرد ثبوت الجنسية الجزائرية للمدعي، على أنّ هذا الاختصاص يمكن تجاوزه

باتفاق الأطراف مسبقا أو في حال وقوع النزاع على الاحتكام للقضاء الأجنبي وهذا ما يتضح من صياغة المادة 41 التي جاءت بعبارة "الجوازية" ممّ ا يفيد أنها مكملة لإرادة الطرفين، ويخرج من دائرة الاختصاص الجوازي للمادة 41 النزاعات المتعلقة بعقار، فهذه الأخيرة لا يحكمها نص المادة السالف الذكر بل يرجع في تحديد الاختصاص والقاضي الناظر فيها إلى1 موقع العقار وهو ما تنص عليه المادة 18 من القانون المدني في فقرتها الأخيرة.

والمشرع الجزائري ألغى فكرة الكفالة كقيد على الأجنبي الذي يريد الاختصام أمام الجهات القضائية الجزائرية التي كان يفرضها بموجب المادة 460 من قانون الإجراءات المدنية، وأخضع الأجانب لنفس الشروط الشكلية المفروضة على الجزائريين لرفع الدعاوى

أمام المحاكم الجزائرية المحدد في المواد 13و14و15و17من قانون الإجراءات المدنية، والإدارية، والسبب في ذلك هو تذليل وتبسيط الإجراءات القضائية أمام المستثمر الأجنبي

وجعلها أكثر ملائمة ومرونة وتقريبها من تلك المعروفة لديه في بلده الأصلي أو البلدان الأخرى التي يستثمر بها إلى جانب الجزائر، وهذا ما أضحى يعرف ب "عولمة التشريعات" فبعدما شهد العالم ميلاد "المنظمة العالمية للتجارة (OMC) التي عملت في وقت سابق على تحرير اقتصاديات الدول من الرقابة الإدارية والدعم والتوجيه الحكوميين، أضحت الدول وخاصة منها السائرة في طريق النمو تتنازل عن قيود وشروط كانت تضعها في تشريعاتها وتنظيماتها بإسم السيادة الوطنية، وهذا قصد جلب أكبر لرؤوس الأموال الأجنبية لاستثمارها وخلق فرص عمل لمواطنيها، والجزائر باعتبارها دولة لا تزال تتفاوض مع "المنظمة العالمية للتجارة" فإنها تسعى لإبداء حسن نواياها بتعديل وإصدار ترسانة قانونية لحماية رأس المال الأجنبي والوطني الخاص على حد سواء، ومن أمثلتها تعديل القانون المدني في أحكامه الخاصة بتنازع الاختصاص من حيث المكان وإصدار قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي الغى سابقه وإصدار أمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار والمعدل والمتمم بأمر 06-08 والأمر 09-01 المتضامنين على توالي قانون المالية التكميلي لسنتي 2006و2009 [1].

وعلى سبيل الاستدلال فالمادة 41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاءت كما وضحنا أعلاه بصيغة الجوازية، أي أنها مادة مكملة لإرادة المستثمر الأجنبي الذي يمكن له الاتفاق مع الطرف الجزائري على اللجوء لعدالة المستثمر أو عدالة أجنبية أخرى لتفادي القضاء الوطني، وتفادي تطبيق القانون الجزائري والذي يصبح مجرد واقعة مادية أمام القضاء الأجنبي وعلى من يتمسك بتطبيقه إثبات وجوده أولا، ولا يتصور أن المستثمرالأجنبي سيتمسك به خاصة إذا تفادى المثول أمام القضاء الجزائري إذا تيقَن بارتكابه الخطأ وما يترتب عنه من المسؤولية عن الإخلال بالتزامات تعاقدية مع غيره[2].

[1]- اوسهلة عبد الرحيم، الأليات القانونية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في الجزائر، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية حقوق وعلوم سياسية، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2015، ص 29-30

[2]- ينظر د. عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دار النهضة العربية، 1993، ص 2

على أن الجهات القضائية الأجنبية التي تنظر في النزاعات ذات الارتباط الموضوعي بالاستثمارات الأجنبية المقامة في الجزائر، تنظر وتحكم فيها بالقوانين الوطنية المؤطَرة للإستثمارات (قوانين الدولة المضيفة للاستثمار)، ويجب على أطراف النزاع أو من يهمه تطبيق هذه القوانين أن يسعى ويقدَم الإثبات على وجودها وسريانها الفعلي، وهو مالا يلزم

به الأطراف في حال الإختصام أمام القضاء الوطني[1] 2، كما أن هذه الأحكام الأجنبية يجب لتنفيذها في الجزائر رفع دعوى أمام محكمة مقر المجلس المراد تنفيذ الحكم في دائرة إختصاصه، وهذا طبقا لأحكام المادة 607 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، من أجل إعطاءه الصيغة التنفيذية وهذا تقريرا لسيادة الدولة الجزائرية.

والقاضي عند نظره لدعوى تنفيذ الحكم الأجنبي يراعي توافر أربع شروط مجتمعة في الحكم المراد طلب تنفيذه والمصادقة عليه ليصبح ساري المفعول عبر كامل التراب الوطنين وهي الشروط التي حددتها المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي:

- ألا تتضمن ما يخالف النظام العام.
- حائز لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدرت فيه.
- ألا تتعارض مع حكم أو أمر أو قرار سبق صدوره من الجهات القضائية الجزائرية.

ثانيا: سلطة القاضي في دعاوى الاستثمارات الأجنبية.

تضبط سلطة القاضي الوطني نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية أثناء نظره للدعاوى الإستثمارية المعروضة عليه، وقد يختار المستثمر اتخاذ إجراءات دعوى إستعجالية بما لها من إجراءات خاصة لاسيما ما تعلق منها بمواعيد وإجراءات رفع الدعوى وتبادل المذكرات وإصدار أمر قضائي فيها، كما قد يرفع المستثمر دعوى موضوعية وقد مكَنه المشرع من مصاحبتها بدعوى إستعجالية لحفظ حقوقه إلى حين الفصل فيها من طرف قاضي الموضوع، ودور قاضي الاستعجال لا يقل أهمية عن دور قاضي الموضوع بل أن في بعض الدعاوى دوره أساسي وجوهري لا يمكن تجاوزه والاكتفاء بالدعوى

[1]- د.وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للفصل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية 1974،ص 26

الموضوعية، كون ثقل إجراءات هذه الأخيرة وطول المواعيد فيها مقارنة بتلك المعروفة في الدعاوى الاستعجالية، تجعل من الفصل في الموضوع أحيانا غير ذي جدوى، خاصة إذا كان أحد الأطراف قد تصرف في الشيء المتنازع فيه أو على مواصفاتها أو طريقة التنفيذ...الخ، وخلق حالة واقع يستحيل معها تطبيق الحكم الصادر في دعوى الموضوع، وهو ما يمكن تلافيه بدعوى استعجالية تحفظ الحق كما هو وتتخذ إجراءات تحفظية إلى حين الفصل في الموضوع.

ولقد فصَل قانون الإجراءات المدنية والإدارية في دور قاضي الأمور المستعجلة وأوجد أيضا قسما استعجاليا في القسم التجاري والعقاري والاجتماعي والإداري ...الخ يفصل في دعاوي استعجالية ركنها الأساسي وجود دعوى في الموضوع بين نفس أطراف الدعوى الاستعجالية مع توافر عنصر الإستعجال.

ويعين قاضي الاستعجال من قبل رئيس الجهة القضائية (رئيس المحكمة)، كما يمكن أن يكون رئيس القسم الاستعجالي هو ذاته رئيس المحكمة، وقد حددت المادة 299 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كيفية رفع الدعوى الاستعجالية بقولها:

"في جميع أحوال الاستعجال، أو إذا اقتضى الأمر الفصل في إجراء يتعلق بالحراسة القضائية أو بأي تدبير تحفظي غير منظم بإجراءات خاصة، يتم عرض القضية بعريضة افتتاحية أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها الإشكال أو التدبير المطلوب، وينادي عليها في أقرب جلسة. يجب الفصل في الدعوى الاستعجالية في أقرب الآجال"

ومن ثم فإنّ المستثمر الأجنبي الذي أعاق استثماره عدم تنفيذ شركة أو تماطلها أو تجاوزها للآجال المتفق عليها في الإنجاز...الخ، فإنها من حقها (المستثمر الأجنبي) رفع دعوى استعجالية وفقا للشروط الشكلية المنصوص علية في المواد 13و14و15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لإرغام هذا الشخص أو الشركة أو المؤسسة على تنفيذ الالتزامات المتفق عليها أو تسليم المواد أو البضائع أو احترام أجال التنفيذ عن طريق أمر استعجالي.

والمشرع الجزائري يعي جيدا أن قضاءًا من هذا النوع ولتحقيق الغرض الذي أوجد من أجله، وهو الحفاظ على الحقوق أو اتخاذ تدابير تحفظية أو الحكم بالحراسة القضائية.

وعموما في جميع أحوال الاستعجال (ما تقتضيها من أوامر استعجالية)، فإنه يجب إيجاد اجراءات خاصة ومواعيد ليست كتلك المعهودة في الدعاوى الموضوعية.

فنص في المادة 299أعلاه وفي فقرتها الأخيرة على أنه:

« يجب الفصل في الدعاوى الاستعجالية في أقرب الآجال» وهذه الآجال عمـــوما لا تتجاوز الأسبوعين بين تبادل الخصوم للمذكرات والفصل فيها، وأما مواعيد التكليف بالحضور فالمشرع قلصها أيضا، فعوض مدة 20 يوما على الأقل الواجب إحترامها بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور، والتاريخ المحّدد لأول جلسة والمنصوص عليه في المادة 16 في فقرتها الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قلصها في المادة 301 إلى 24 ساعة فقط وجعلها من ساعة إلى ساعة في حالة الاستعجال القصوى شريطة التبليغ الشخصي للخصم أو إلى ممثله القانون أو الاتفاقي وهذا بقوله: " يجوز تخفيض آجال التكليف بالحضور في مواد الاستعجال إلى أربعة وعشرين ساعة، في حالة الاستعجال القصوى، يجوز أن يكون آجل التكليف بالحضور من ساعة إلى ساعة، بشرط أن يتم التبليغ الرسمي للخصم أو إلى ممثله القانوني أو الاتفاقي."[1]

[1]- اوسهلة عبد الرحيم، المرجع السابق، ص_ص32-33-34

المبحث الثاني: دور القضاء في إجراءات التحكيم

في الجزائر في حالة عدم تحديد أطراف الخصومة القانون الاجرائي الواجب اتباعه يتدخل القضاء في تحديد إجراءات التحكيم، كما أن دور القاضي جد مهم أيضا كلما اعترضت الأطراف أو الهيئات التحكيمية مسألة عارضة لم يتفق أطراف الخصومة على طريقة حلها في مشارطة التحكيم.

المطلب الأول: دور القضاء في اختيار الهيئة التحكيمية

نص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على كيفية تعين الهيئة التحكيمية أو المحكّم المرجّح من طرف القضاء، وكذا الجهة القضائية المختصة محليا بذلك فالمادة 1041 نصّت على ما يلي:

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

في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز لطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يلي:

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

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

تنص هذه المادة في فقرتها الأولى انه يمكن للأطراف المتنازعة أن تعين المحكم، إمّا بصفة مباشرة أو في إطار النظام التحكمي الذي اختار الأطراف تطبيق إجراءاته وقواعده الموضوعية أو استبدال أعضاء الهيئة التحكيمية، وتعني هذه الفقرة أنه بإمكان اطراف المتنازعة ان تتفق على شروط التعين، العزل أو الاستبدال للمحكمين الذين سيفصلون في الموضوع المتنازع عليه، أو إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع وإجراءات النزاع ككل بما فيها أحكم تعيين وعزل المحكم...الخ، فإرادة الأشخاص تلعب دورا هاما في ميدان الاستثمار في الجزائر، لكن وفي حال غياب مثل هذا التعيين أو عدم التوصل لاتفاق

على المحكَم المراد تعيينه لنظر النَزاع والفصل فيهأو غياب نظام تحكيمي متفق عليه مسبقا فإنّ الفقرة الثانية مكنّت الطرف المتدخل من اللجوء للقضاء الوطني لتعيين أو عزل أو استبدال المحكمين كما يلي:

أ- إذا كان التحكيم جار في الجزائر، فيرفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها هذا التحكيم التجاري الدولي.

ب- أما إذا كان مقر الهيئة التحكيمية المحدد في اتفاقية التحكيم، يقع خارج الجزائر واتفقت الأطراف المتنازعة على أن يكون قانون الإجراءات الجزائري هو القانون الواجب التطبيق على شكل وإجراءات الدعوى التحكيمية، فإنّ المحكمة المختصة بتعيين المحكم أو عزله أو استبداله هو رئيس محكمة الجزائر[1].

وفي هذه الحالة الأخير فالمشرع في المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المشار إليها أعلاه، أعطى الحق القانوني والقضائي في التعيين والعزل والاستبدال لرئيس محكمة الجزائر متى اتفق الأطراف على تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر، لكن ما يؤاخذ على هذه المادة هو عدم تحديد وبدقة إلى من يؤول الاختصاص المحلي في نظر عريضة الطرف المتعجل للبث فيها من أجل التعيين والاستبدال أو العزل، لأن عبارة "رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر..." التي جاءت في المادة 1041 عامة ومبهمة ولا تفي بالغرض المطلوب، ذلك أنه والرجوع للمرسوم التنفيذي رقم 98-63 الذي يحدّد إختصاص المجالس القضائية وكيفيات تطبيق الأمر رقم 97-11 [2]. نجد أن مجلس قضاء الجزائر العاصمة يتكون من ثماني محاكم لكن لا وجود ضمنها لمحكمة تسمى محكمة الجزائر كما جاء في نص المادة 1041 وبالتالي فهذه التسمية تطرح إشكالا جدَيا ومعرقلا لعملية التحكيم التجاري الدولي في قضايا الاستثمارات الأجنبية، ذلك أن الطرف المستعجل قد يقدّم الطلب إلى رئيس محكمة سيدي أمحمد مثلا

---

[1]- اوسهلة عبد الرحيم، المرجع السابق، ص-ص 49-50.

[2]- المرسوم التنفيذي رقم 98-63 المؤرخ في 19 شوال عام 1418 الموافق ل 16 فبراير1998 يحدد اختصاص المجالس القضائية وكيفية تطبيق الامر 97-11 المؤرخ في 11 ذي القعدة 1417 الموافق ل17 مارس 1997 المتضمن التقييم القضائي في الجريدة الرسمية رقم 10 المؤرخة في 25-02-1998

فيرفض هذا الأخير الطلب بحجة الاختصاص النوعي، ذلك أنه ليس رئيس محكمة الجزائر كما جاء في المادة 1041 بقولها:

"إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ابرام العقد أو مكان التنفيذ"

وبذلك المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه هي المحكمة المختصة بالتعيين أو العزل أو الاستبدال في حال عدم ذكر ذلك في إتفاقية التحكيم، جاءت هذه المادة عامة وغير محددة ومفهومة، فهل جاءت قاصرة على إختصاص محلي للمحاكم الوطنية أم المقصود هو إختصاص دولي ينعقد لكل جهة قضائية وقع في دائرة اختصاصها إبرام العقد أو تنفيذه أو قد يمتد إلى ولاية قضاء أجنبي ثم إبرام العقد محل النزاع فيه أو تنفيذه بالخارج.

وباستقراء المادتين 1041-1042 يتضح لنا أن المادة 1042 جاءت مكملة ومتممة للمادة 1041 واعتبرت أن الاختصاص يؤول لرئيس المحكمة الوطنية الواقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم واقعا بالجزائر، وذلك الذي يختص به رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر، هو الأصل في تعيين أو عزل أو استبدال محكَ م أو محكمين متى لجأ الطرف المستعجل للجهة القضائية المختصة حسب الحالة، وأما إذا لم يتفق الأطراف في إتفاقية التحكيم على الجهة القضائية المختصة بذلك وانتفت الحالتان المذكورتان في الفقرة الثانية من المادة 1041، فإنّ الاختصاص يؤول للجهة القضائية الواقع في دائرة اختصاصها إبرام العقد أو تنفيذه، وقد يكون العقد قد أبرم في الخارج ونفذّ في الخارج أيضا فهنا حتما في حال قيام نزاع بين الأطراف فإن الاختصاص في تعيين أو عزل أو استبدال المحكم أوالمحكمين يؤول لمحكمة أجنبية ذلك أن العقد أبرم بالخارج ونفذ بالخارج.

وتفسير المادة 1042 بالشكل المشار إليه أعلاه أكثر ملاءمة وتماشيا مع النصوص القانونية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي وخاصة المادة 1039 التي عرفت هذا الأخير القول:

"يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل" فإضفاء طابع " الدولية " على التحكيم لحل النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل ورعاياها المستثمرين، يعني المرونة في إيجاد حل تحكيمي بتطبيق النصوص المتفق عليها مسبقا في اتفاقية التحكيم أواللجوء للنصوص التحكيمية في حال عدم وجود إتفاق مسبق من أجل تعيين محكم أو عزله أو إستبداله مثلا، وصفتي الدولية والتحكيم يقتضيان المرونة والتفسير الواسع للنصوص الإجرائية لإيجاد حل تحكيمي في أقصر مدة ممكنة من أجل إستمرارية الاستثمار ومضاعفته، كما أن المادة 1042 ذاتها تنص صراحة على أنّ الجهة القضائية المختصة لنظر طلب التعيين أو العزل أو الاستبدال هي الجهة القضائية الواقع بدائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه، وقد يكون كل من إبرام العقد والتنفيذ واقعين بالخارج فينعقد الاختصاص لمحكمة أجنبية بإحالة من نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

على أن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية حدَ كثيرا من سلطان القضاء على الولاية التحكيمية، والذي كان معهودا في قانون الإجراءات المدنية الملغي، فمثلا أضحى دور القاضي مقصورا على تعيين أو عزل أو استبدال المحكَم متى طلب الطرف المستعجل منه ذلك (في حال عدم وجود اتفاق) فدوره لا يتعدى المطلوب منه في عريضة الطالب، أما في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى فكانت المادة 456 مكرر- 4- تعطي الحق للقاضي في التحقق من جنسية المحكَم، وفي حال كان هذا المحكَم المطلوب تعيينه مرجَحا فإنه كان يتعين على القاضي التحقق من جنسية المحكم هذا على ألاّ تكون من نفس جنسية الأطراف المتنازعة، فإن كانت من نفس جنسية أحدهما استبعد تعيينه دون الرجوع للأطراف[1].

وممّا تقدم شرحه يتبين لنا أن حق هيئة التحكيم وواجبها في وقف الإجراءات لحين الفصل في المسائل الأوّلية التي لا تدخل في ولايتها، لا يختلف عمّا هو مقرّر بالنسبة للمحكمة عندما تعرض عليها مسألة أوّلية لازمة للفصل في الدعوى المطروحة عليها ممّا يخرج عن حدود اختصاصها.

[1]- اوسهلة عبد الرحيم، المرجع السابق، ص-ص (52-55.

إذن وإيجازا لما ذكر نقول أنّ ولاية هيئة التحكيم ولاية خاصة محدودة بالنزاع ذاته الذي اتفق على التحكيم فيه، خلافا للقضاء المتميز بالولاية المطلقة للفصل في النزاعات والمسائل الأولية المتصلة بها، ولذلك فلا يجوز لهيئة التَحكيم الفصل في المسائل الأوّلية الخارجة عن حدود صلاحيتها حتى ولو كان القضاء المختص بالفصل هو قضاء دولة أجنبية غير دولة مقر التحكيم.

المطلب الثاني: دور القضاء في الحجز التحفظي والتدابير المؤقتة

يهدف نظام الحجز التحفظي الى ضبط المال المحجوز لمنع المدين من التصرف فيه تصرفا يضر بدائنيه، لذا فمن الطبيعي ان لا يستلزم المشرع اجراء مقدمات التنفيذ الواجب اتباعها في الحجز التنفيذي لان القيام بهذه الاجراءات يتنافى ولغاية التي من اجلها وضعت قواعد الحجز التحفظي وهي مباغتة المدين بالحجز قبل قيامه بتهريب أمواله.[1]

قد تقتضي طبيعة موضوع النزاع أو ظروف وملابسات الدعوى المعروضة على هيئة التحكيم سرعة اتخاذ بعض التدابير المؤقتة أو التحفظية أو إصدار بعض الأحكام الوقتية تجنبا لأضرار بالغة قد تلحق بأحد الخصوم نتيجة الانتظار حتى صدور حكم التحكيم المنهي .للخصومة أو التي تجعل الحكم بعد صدوره عديم الجدوى [(2)].

عرف بعض الفقه التدابير التحفظية بصفة عامة بأنها مجموع ما يؤمر به من الإجاراءت وعلى وجه الاستعجال، بناء على طلب كل ذي مصلحة للمحافظة على الحق ودرء الخطر عنه تمهيدا لتحقيقه في المستقبل عند طلب الحماية أمام قضاء الموضوع[(3)].

في حين يميز بعض الفقه بين التدابير الوقتية والتدابير التحفظية، فالتدابير الوقتية هي عبارة عن حماية بديلة تحل مؤقتا محل الحماية القضائية والتنفيذية العادية، ومثالها النفقة

---

[1] _ اقصاصي عبد القادر، الاطار القانوني للحجز التحفظي في القانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مجلة الحقيقية، للعلوم الاجتماعية والإنسانية مجلد 18، عدد2، جوان 2019، ص61.

[(2)]– أحمد السيد صاوي، إجراءات التحكيم طبقا لقانون التحكيم المصري ووفقا لأهم قواعد وأنظمة التحكيم الدولية، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، كلية الحقوق، جامعة الإمارات، الإمارات العربية المتحدة، 2008، ص 822.

[(3)]– (ph).FOUCHARD et autres ,Traité de l'arbitrage commercial international نقلا عن: كمال فتحي دريس، الحماية المؤقتة للحق في نظام التحكيم، ط 1، مطبعة مزوار، Litec,1997 , p 735, الوادي، الجزائر، 2009، ص 13

الوقتية التي يحكم بها مؤقتا إلى أن يصدر حكم موضوعي في النفقة. أما التدابير التحفظية[1] فهي التي تهدف إلى المحافظة على الحق لضمانه في المستقبل، فهي وسائل تكفل وجود الحق عندما يصدر حكم في الموضوع ومثالها الحجز التحفظي وبالتالي تتمتع هذه التدابير بأهمية كبيرة في ضمان تنفيذ الحكم المنهي للخصومة، فقد يؤدي الإهمال في فرضها أو تنفيذها إلى ضياع الحقوق المتنازع حولها ومن ثم استحالة تنفيذ الحكم المنهي في حد ذاته.[2]

وواضح من خلال بعض هذه التعريفات أن التدابير التحفظية والوقتية لها أهمية كبيرة حيث تبرز هاته الأهمية في:

– الحاجة إلى السرعة في بعض القضايا والتي تتطلب إجراءا فوريا وسريعا، ولتفادي البطء الذي قد يلازم إجراءات التحكيم إلى أن يتم الفصل في موضوع النازع.

– إن الغاية من هذه التدابير هي غاية وقائية لحماية الطالب من ضرر محتمل، وليست غايته تهدف إلى إزالة ضرر حال.

– يؤدي اتخاذ هذه الإجراءات بمعرفة هيئات التحكيم إلى الاقتصاد في الوقت والنفقات فضلا عن تخفيف العبء عن القضاء[3].

أثارت مسألة تدخل القضاء في مجال التدابير الوقتية والتحفظية جدلا، وقد عالجت المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية موضوع اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية والاستعانة بالقضاء لغرض التنفيذ الجبري لقرارات المحكمة التحكيمية، وتنص المادة على ما يلي:

"يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الاطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك.

---

[1]– مهند الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، ط 1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2005، ص 103.

[2]– مهند الصانوري، المرجع السابق، ص103

[3]– اوسهلة عبد الرحيم، المرجع السابق، ص54-55.

إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي.

يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير." فمن خلال هذه المادة يمكن قول ما يلي:

– أن المشرع، ومن خلال الفقرة الأولى في هذه المادة، قد منح الاختصاص لهيئة التحكيم حتى في حالة عدم الاتفاق على الجهة المختصة بالفصل في طلب التدبير.

– أنه لا مفر من اللجوء للقضاء لطلب إصدار التدبير في مرحلة ما قبل تشكيل هيئة التحكيم حتى لو اشتمل اتفاق التحكيم على منح هذه الهيئة الاختصاص بذلك، وهذه حالة لم ينص عليها المشرع لكن لا مفر منها.

-أنه يمكن الاستعانة بالقضاء عند عدم التنفيذ الارادي للتدبير حتى لو اشتمل اتفاق التحكيم على إسناد إصدار هذه التدابير لهيئة التحكيم.

أمّا الحجز التحفظي بإجراء تحفظي فقد نظمته المادة 646 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فعرّفت المادة 646 الحجز التحفظي بقولها:

"الحجز التحفظي هو وضع أموال المدين المنقولة المادية والعقارية تحت يد القضاء ومنعه من التصرّف فيها، ويقع الحجز على مسؤولية الدائن"

وقد حددت المادة 647 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية شروط توقيع الحجز التحفظي وهي:

1- أن يكون الدين محقق الوجود.

2- أن يكون الدين حال الأداء.

3- أن يكون الدائن حاملا لسند مدينه أو لديه مسوغات ظاهرة ترجح وجود الدين.

وتجدر الإشارة أن الفقه اختلف بشأن هذه الإجراءات الوقتية والتحفظية، ويمكن إجمال هذه المواقف فيما يلي:

الاتجاه الأول: يرى ضرورة انفراد قضاء الدولة باتخاذ هذه التدابير دون مشاركة من هيئة التحكيم ويبرر لذلك بكون القضاة أكثر دراية بالقانون كما أن هيئة التحكيم لا تملك سلطة الإجبار في مواجهة المحتكمين أو الغير، وهذا بالإضافة إلى أن هيئة التحكيم لا تملك تنفيذ أحكامها مما يضطرها إلى اللجوء للقضاء للحصول على أمر بتنفيذ هذه الأحكام[1]، وقبل هذا الحاجة ماسة باللجوء إلى القضاء وذلك قبل تشكيل هيئة التحكيم.

الاتجاه الثاني: هو عكس ما يذهب إليه المذهب الأول، ويرى أن الاختصاص بنظر المسائل الوقتية والتحفظية هي مسألة تدخل في إطار اتفاق التحكيم، و يختص بها المحكم وحده دون غيره بالفصل فيها[2]، كما أن هيئة التحكيم أقدر من غيرها في تقدير مدى ملائمة اتخاذ هذه التدابير انطلاقا من كونها أنها تملك الفصل في موضوع النزاع فالأولى أنها تستطيع اتخاذ مثل هذه التدابير التي لا تمس بأصل هذا النزاع[3]، إضافة إلى أن اختصاص هيئة التحكيم بهذه التدابير يحقق الاقتصاد في النفقات والوقت، وأما كون هيئة التحكيم لا تملك سلطة الجبر فلها إصدار الغرامة التهديدية.

الاتجاه الثالث: هو اتجاه وسط بين الاتجاهين السابقين، حيث يرى بخضوع هاته التدابير للاختصاص المشترك بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم. وهذا الاتجاه وإن حاول الجمع بين ضرورات السرعة المطلوبة في التجارة الدولية ومقتضيات المساعدة القضائية من كون أن هيئة التحكيم لا تملك سلطة الإجبار إلا أن له سلبية تتمثل في إمكانية إصدار أوامر من الجهتين وبالتالي تداخل في الاختصاص.

ولقد تبنت عدة تشريعات مبدأ الاختصاص المشترك، نظرا لإيجابياته وأهميته في تسهيل عملية التحكيم ومساعدة المحكم والتكامل بين وظيفتي التحكيم والقضاء بعيدا عن الأفكار السلبية التي كانت تنادي بالقطيعة بين القاضي والمحكم متى تم الاتفاق على اللجوء

---

[1]– آمال يدر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص 90-91

[2]– عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، ط 1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009، ص118

[3]– مساعد صالح العنزي، هيئة التحكيم بالطلبات المستعجلة، مجلة الشريعة والقانون، السنة 28، العدد 58، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2014، ص 245-246.

للتحكيم ومن ضمن هذه التشريعات نجد المشرع الجزائري الذي أكد على هذا المبدأ في نص المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المفصلة أحكامها أعلاه.

فبالنسبة للقيد الناتج عن إرادة الأطراف، يتجلى في أن هؤلاء قد يتفقوا على استبعاد الإجراءات الوقتية والتحفظية عن نظر المحكمين، ويشيروا إلى قصر نظرها على محاكم الدولة، كما أنه قد يتفق الأطراف على منع اللجوء للمحاكم لاستصدار الأوامر التحفظية والوقتية طوال سريان فترة التحكيم، غير أنه هناك من يرى أنه لا يجوز الاتفاق على استبعاد اختصاص قاضي الاستعجال كون تدخل هذا الأخير في الدعوى التحكيمية لا يمس بأصل الحق أو النزاع محل اتفاق التحكيم[1]، بل وأكثر من ذلك فالمحكم محكوم في اختصاصه بمحل النزاع المحدد بدقة في اتفاق التحكيم ويخرج من اختصاصه الإجراءات الوقتية أو التحفظية التي قد تطرأ بصفة عرضية في دعوى تحكيمية، وقد لا يحتاج إليها أطراف النزاع، فضلا على أن سلطة الجبر التي تملكها الدولة لتنفيذ تلك الإجراءات تحوز قضاء التحكيم.

وبالنسبة للقيد الناتج عن اختصاص محاكم الدولة بشأن تنفيذ الأحكام، فإنه بمقتضى ما ذكر لا يجوز لقضاء التحكيم تنفيذ الأحكام الصادرة عنه سواء كانت وطنية أو أجنبية، وهي وضعية مستمدة من المبادئ العامة للتحكيم، وتجري حتى على قواعد تحكيم المركز الدولي لحل النزاعات الناشئة عن الاستثمار.

وتكمن أهمية الاختصاص المشترك في قدرته على الإحاطة بجميع عناصر النزاع بغية الوصول لحل عادل له، إذ أنه وبالإضافة لكون قضاء التحكيم هو المختص بنظر موضوع النزاع، فإنه وعندما تطفو على سطحه بعض الإجراءات التي تتطلب حلولا وقتية أو تحفظية، يجوز للمحكم سد هذا الفراغ كما يتأتى ذلك لقضاء الدولة أيضا.

ولقد تبنت عدة تشريعات مبدأ الاختصاص المشترك، نظرا لإيجابياته وأهميته في تسهيل عملية التحكيم ومساعدة المحكم والتكامل بين وظيفتي التحكيم والقضاء بعيدا عن الأفكار السلبية التي كانت تنادي بالقطيعة بين القاضي والمحكم متى تم الاتفاق على اللجوء

[1]- وسهلة عبد الرحيم، المرجع السابق، ص-ص55-56.

للتحكيم، ومن ضمن هذه التشريعات نجد المشرع الجزائري الذي أكد على هذا المبدأ فينص المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المفصلة أحكامها أعلاه.[1]

[1]– اوسهلة عبد الرحيم، المرجع السابق، ص67-

الفصل الثانـي

دور التحكيم التجاري في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار في الجزائر

الفصل الثاني: دور التحكيم التجاري في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار في الجزائر

نظرا نظرا لأهمية كآلية التحكيم في حسم منازعات عقود الاستثمار التي تتميز بخصوصية مستمدة من وجود الدولة كطرف فيها وكذلك لتعلقها بمصالح حيوية للدولة المضيفة للاستثمار والتي تتجسد في اتفاق التحكيم المبرم بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي على شكل عقد بمقتضاه يتعهد الطرفان على اللجوء للتحكيم في نشوب نزاع ما.

اختلفت الآراء حول تحديد مفهوم دقيق لاتفاق التحكيم في القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية وتعددت صوره وتميزت بخصوصية في مجال عقود الاستثمار، وأمام هذا الاختلاف يتعين علينا الوقوف للتعرف على نظام التحكيم، عن طريق التطرق من خلال مفهوم التحكيم التجاري الدولي وخصائصه (المبحث الأول)، لنتطرق بعد ذلك إلى دور التحكيم التجاري الدولي في فض المنازعات الاستثمارية لأجنبية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم التحكيم التجاري الدولي وخصائصه

يعتبر التحكيم طريق استثنائي للفصل في النزاعات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، هو نظام معروف منذ القدم، فقد عرفته المجتمعات البدائية حيث كان يسير جنبا إلى جنب مع التنظيم القضائي لدى هذه المجتمعات، باعتباره طريقة تتم بها حل النزاعات التي قد تقع بين الأفراد بشكل ودي.

يعتبر الفقه أن التحكيم وسيلة بدائية لحل المنازعات بدأت في عرض الخلافات على أشخاص خواص ميزتهم الوحيدة كونهم اختيروا من قبل طرفي النزاع. حسب المختصون يحتمل أن يكون التحكيم، قد وجد فجر التجارة فكل مبادلة تنطوي على احتمال وجود نزاع، هذا خاصة وأن الاستمرار المتبادل للتجارة الدولية يتطلب وسيلة لحل النزاعات غير القوة.

تميز التحكيم في البداية بالبساطة والبعد عن التعقيدات والشكليات المعروفة في القضاء، فهو يجسد الطبيعة الرضائية ذلك أنه ينهض – في معناه ومبناه – على مبدأ سلطان الإرادة التطورات الخاصة في قانون التجارة الدولية، والعلاقات الاقتصادية الدولية، أثرت بشكل كبير في تطور التحكيم التجاري الدولي، فمن الطبيعي أن يواكب التطورات الحاصلة، بحيث أصبح يعمل بتشكيلة معقدة من القوانين، كما أصبح ظاهرة في مجال الفصل في المنازعات يتلاءم مع مقتضيات العلاقات الاقتصادية الدولية المتشابكة.

أمام هذا الاهتمام الذي يلقاه التحكيم من طرف الباحثين يستوجب علينا التعرف أكثر على هذا النظام من خلال تعريف التحكيم التجاري الدولي (المطلب الأول) وثم التطرق إلى خصائصه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التعريف بالتحكيم التجاري الدولي

تعددت تعاريف التحكيم التجاري الدولي، فأسهب الباحثين في تقديم تعريفاتهم المختلفة لنظام التحكيم، لذا سنحاول التفصيل فيها بالتطرق لها بتفصيل.

كلمة التحكيم هي المصدر من الفعل حكمَّ ويحكمَّ، ويقال احكمه فاسْتحْكم أي صار (محكما) والحَكَمَ بفتحتين الحاكم، وحَكّمه في ماله (تحكيما) إذا جعل الحكم إليه الحُكْمَ فيه

(فاحْتكَمَ) عليه في ذلك . وفي الحديث " إنّ الجَنة للمُحُ كمَّين " وهم قوْم من أصحاب الأُخْدُود حُكِّمُوا وخُيِّروا بين القتل والكفر فاختاروا القتل مع الثبات على الإسلام1[1].

اما بنسبة إلى التحكيم الاصطلاحي تعددت تعريفات التحكيم وتنوعت في فروع القانون المختلفة وذلك باختلاف الزاوية التي ينظر منها للتحكيم وإن كانت جميعها تدور حول جوهر واحد وتعبر عنه وتدور في فلكه، فقد عرفه جون روبرت بأنه إقامة أو تكوين قضاء خاص أو حالة خاصة تخرج أو تنزع بناء على المنازعات من جهات القضاء المعتاد لتحل أو لتحسم النزاع ويتم الفصل والبت فيها بواسطة أفراد يخولوا أو يمنحوا أو يقلدوا في هذه الحالة مهمة القضاء والفصل فيها

و قد عرَّف جان ماري أوبي ودراجوا التحكيم على أنه عبارة إجراء يتفق بمقتضاه الأطراف في نزاع معين على إخضاع خلافاتهم لمحكم يختارونه ويحددون سلطته للفصل بينهم مع تعهدهم بقبول الحكم التحكيمي الذي يصدره ويعتبرونه ملزماً.

التحكيم هو اتفاق على طرح نزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة.

ومن ثم فهو عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق أطراف نزاع معين على عرض خلافاتهم على محكم أو أكثر للفصل فيه على ضوء قواعد القانون ومبادئه العامة التي تحكم إجراءات التقاضي، أو على ضوء قواعد العدالة، وفقا لما ينص عليه الاتفاق، مع تعهد أطراف النزاع بقبول الحكم الذي يصدر عن المحكمين، والذي يحوز حجية الأمر المقضي و يصدر بتنفيذه أمر من السلطة القضائية في الدولة التي يراد تنفيذه بها[2].

وقد عرفته الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بأنه " الاتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلا من المحكمة المختصة به، وذلك بحكم ملزم للخصوم. "

---

[1]– معتز عفيفي: نظام الطعن على حكم التحكيم دراسة متعمقة في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء وتشريعات ولوائح هيئات التحكيم المقارنة)، د . ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2012

[2]– يسرى محمد العصار: التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، د . ط، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص 14

و في تعريف المحكمة الدستورية العليا للتحكيم ذهبت إلى أنه: عرض لنزاع معين بين طرفين على محكم من الأخيار يعين باختيارهما وبتفويض منهما، على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون شبه بات، مجردا من التحامل وقطعا لدابر الخصومة في جوانبها، التي أحال الطرفين إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا، من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية.

اعتبرت المحكمة " وسيلة فنية ل، ها طبيعة قضائية، غايتها الفصل في نزاع محدد، مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافهاو ركيزته اتفاق خاص، يستمد المحكمون منه سلطاتهم ولا يتولون مهامهم وبالتالي بإسناد من الدولة[1]".

و التحكيم اصطلاح عام يقترن به مسميات فرعية تختلف بحسب المنازعة التي يراد حسمها، فإذا كانت المنازعة تجارية سمي بالتحكيم التجاري وإذا كانت المنازعة مدنية أطلق عليها تحكيما مدنيا، وإذا كانت المنازعة إدارية سمي التحكيم إداريا.

أو بعض المنازعات الحالية أو المستقبلية الناشئة عن علاقات قانونية ذات طابع إداري عقدية أو غير عقدية فيما بينها، أو بين إحداها واحد أشخاص القانون الخاص الوطنية أو الأجنبية، سواء كان اللجوء اختياريا أو إجباريا وفقا لقواعد القانون الآمرة.

وعلى الرغم من أن إرادة أطراف العقد أو النزاع هي التي تنشئ اتفاق التحكيم إلا أنها لا تنشئ التحكيم ذاته، حيث أن إجازة التحكيم تتطلب نص المشرع على تلك الإجازة محددا لنطاق التحكيم بمعنى تحديد المسائل التي يجوز أو يحضر فيها التحكيم، إضافة لضرورة تحديد التشريع لكيفية تنفيذ أحكام المحكمين والطعن فيها.

وتأكيدا لذلك فقد نصت المادة 11 من القانون رقم 27 لسنة 1994 من قانون المرافعات والتحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري على أنه: " لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم التي لا يجوز الصلح فيها. "

[1]–عبد العزيز عبد المنعم خليفة: التحكيم في منازعات العقود الداخلية والدولية دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة)، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، مصر، 2006، ص 13

فهذا النص حدد الشخص الذي يملك إبرام اتفاق التحكيم وأخرج من نطاقه المسائل التي لا يجوز تسميتها صلحاً.

وبناء على ما تقدم فإنه إذا كان لمبدأ سلطان الإرادة دور في قيام التحكيم، إلا أن إرادة النزاع غير كافية لذلك، حيث يتعين أن يجيز المشرع لهم اللجوء لهذا النظام في تسوية المنازعة، وإلا أضحى المختص هو قضاء الدولة التي وقع على أرضها النزاع.

اما بنسبة للتعريف القضائي عرفته محكمة النقض المصرية أنه: "اتفاق التحكيم هو اتفاق على عرض نزاع معين على محكمين وعدم التزود على حكمهم ولا تتضمن تكليفا على للخصوم بالحضور أمام هيئة التحكيم وبمقتضى التحكيم تنصرف إرادة الأطراف عن عدم الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليلزموا فيه بحكم ملزم للأطراف. [1]"

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى القول بأن: " التحكيم يتمثل في سلطة القرار الذي يعترف به الطرف الثالث والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم"

وعرفت المحكمة الدستورية العليا في مصر التحكيم بأنه: " عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الاغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهم أو على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الموالاة مجردا من التحايل وقاطعا لدابرالخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية وانه وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في النزاع محدد مبناه علاقة مخل اهتمام أطرافها وركيزته اتفاق خاص يستمد المحكمين منه سلطاتهم ولا يتولون مهامهم بالتالي بإسناد من الدولة.

في التعريف القانوني قد يرد الاتفاق على التحكيم في صورة بند في أحد العقود يتفق بمقتضاه المتعاقدان على حل المنازعات التي تنشأ عن هذا العقد بواسطة التحكيم ويطلق على الاتفاق مشارطة التحكيم، وقد يتفق أطراف نزاع معين نشأ بالفعل على حله بواسطة

[1]– شيحاني بالقاسم، التحكيم كألية لتسوية منازعات الاستثمار في الجزائر، مذكرة ماستر تخصص قانون خاص، كلية حقوق وعلوم سياسية، جامعة أكلى محند اولحاج، بويرة، ص 14-15-16

أسلوب التحكيم وتسمى هذه الصورة من الاتفاقات مشارطة التحكيم، وقد عرف المشرع الفرنسي الشرط التحكيمي في المادة 1442 من تقنين المرافعات المدني المعدل بمقتضى المرسوم الصادر بتاريخ 14 مايو سنة 1980 بأنه: الاتفاق الذي يتعهد بموجب أطراف عقد من العقود على حل المنازعات التي تنشأ عنه بواسطة التحكيم".

عرف المشرع المصري اتفاق التحكيم في المادة العاشرة من القانون رقم 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية بأنه: " اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية ونصت المادة ذاتها على أنه يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء أن قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع ولو كان قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية"

وتنص المادة الأولى من نظام التحكيم السعودي لسنة 1403 ه على أنه: " يجوز الاتفاق على الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم كما يجوز الاتفاق مسبقا على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة تنفيذ هذا العقد".

كما نصت المادة1-2 من الاتفاقية الأوربية لسنة 1961 م على أن: " يقصد باتفاق التحكيم أما شرط التحكيم السابق على قيام النزاع الذي يدرج في العقد (المقصود العقد الأصلي) وأما اتفاق التحكيم اللاحق لوقوع النزاع الذي يوقعه أطراف النزاع أو الذي يرد في مراسلات أو برقيات أو اتصالات بطريق التلكس."

ونصت المادة 173 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم 38 لسنة 1980 على أنه: " يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين.»

وتنص المادة 7 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (لجنة الأمم المتحدة القانون التجاري الدولي) حسب الصياغة المعتمدة من اللجنة المذكورة 21 يونيو لسنة 1981م على أنه يقصد باتفاق التحكيم " هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت والتي قد تنشأ فيما بينها بشأن علاقة قانونية

محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية كالفعل الضار والإثراء بلا سبب، ويجوز أن يكون شرط التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو صورة اتفاق منفصل".

كما لا نجد تعريف واضح ودقيق من طرف المشرع الجزائري رغم أنه تناول مختلف أحكام التحكيم التجاري الدولي من خلال المواد المدرجة في المرسوم التشريعي 93-09 (الملغى) ولا حتى في القانون الجديد 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي نظم فيه المشرع الجزائري التحكيم بنوعيه الداخلي والدولي.[1]

المطلب الثاني: خصائص التحكيم الدولي التجاري

في هذا المطلب سوف نتناول موضوع البحث بدرجة أساس من منطلق القانون التجاري الدولي والعلاقات الخاصة وكذلك ما يتعلق منه بالقانون الدولي العام.

ليست المنازعات جميعها من طبيعة واحدة بل على العكس، تختلف في تعقيداتها وتفاصيلها وحيثياتها وبعبارة أخرى فإن طبيعة النزاع قد لاتسمح – من منظور المتنازعين- بعرضها على الجهة ذات الأختصاص العام في القضاء وهي السلطة القضائية في الدولة أو القضاء الدولي.اذ أن اطراف المنازعات لاسيما الدولية كثيرا ما يتفادون طرحها على القضاء بالنظر لما تتسم به إجراءات التقاضي من بطء وتعقيد[2]. وقد يتراءى لهم ان من المناسب الاستعاضة عن المدد والمهل القضائية باخرى يتفقون عليها وذلك للتسريع من وتيرة الإجراءات.

إضافة إلى احتمال إطالة أمد النزاع بسبب تعدد درجات التقاضي واحتمال الطعن في الحكم.هذا في مرحلة إصدار الحكم، و لايختلف الامر بالنسبة إلى مرحلة التنفيذ التي قد تشوبها اعتبارات اللدد في الخصومة والمماطلة مما يضفي إلى عرقلة التنفيذ.

---

[1]– شيحاني بالقاسم، التحكيم كألية لتسوية منازعات الاستثمار في الجزائر، مذكرة ماستر تخصص قانون خاص، كلية حقوق وعلوم سياسية، جامعة أكلى محند اولحاج، بويرة، ص 14-15-16

[2]– د.محمود مختار احمد البريري، التحكيم التجاري الدولي، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، .مصر، 2004، ص9

إذن فالاتفاق على التحكيم يكشف عن رغبة حقيقية في حسم ما يثور من منازعات وينزع إلى درجة كبيرة (صفة الخصومة) ويقضي على وسائل المماطلة واللدد نسبيا، ذلك ان المحتكمين بتفويضهم للمحكمين قد ارتضوا سلفاً الاذعان لما يصدره المحكمون من قرارات. والمحكمون من جانبهم لا يدينون بقدر ما يرجحون وجهة نظر طرف على آخر أو تفسير لشرط من الشروط أو الالتزامات الناشئة عن العقد، لذلك فان التحكيم يعتبر عملاً جماعيا يشارك فيه الأطراف والمحتكمون. ولعل إحدى أهم المزايا التي يتمتع بها التحكيم هو التخصص من جانب المحكم، وهذه نقطة الجوهرية يختلف فيها التحكيم عن القضاء.

فالمميزات التي تميز التحكيم التجاري الدولي هي نفسها المبررات التي تدفع بالأطراف باختيارهمآلية التحكيم بدلا من عرض النزاع على القضاء ولعل أهمها بساطة الإجراءات (أولا)، والسرية (ثانيا)، اختيار أطراف النزاع لمحكمهم (ثالثا).

أولا: بساطة الإجراءات

هيئة التحكيم تتمتع بحرية أوسع من القضاء الوطني في كل ما يتعلق بإجراءات التقاضي مثل التبليغات وإدارة الجلسات وتنظيمها، فهي تبتعد ما أمكن عن الإجراءات الشكلية التي عادة ما تكون أمام القضاء الوطني طويلة ومملة ولا فائدة منها سوى التقيد بحرفية النصوص القانونية الخاصة بالإجراءات وذلك على حساب موضوع وجوهر النزاع والنتيجة الطبيعية أن يصدر قرار التحكيم خلال وقت قصير بشكل ملموس فيما لو عرض النزاع ذاته على القضاء.

ثانيا: السرية

ذلك أن أطراف نظام التحكيم يمكّن الأطراف من المحافظة على أسرارهم التي تكون لهم مصلحة كبيرة في عدم إذاعتها وشيوعها، ولما ألزم القانون المحكم بكتمان السر المهني فذلك إشارة تدل دلالة واضحة على أن الإخلال من جانب المحكم بهذا الالتزام القانوني يعرضه للعقوبة إلا أن تدخل القضاء الوطني من أجل النظر في الطعن ببطلان الحكم

التحكيمي أمام محكمة الاستئناف قد يحد نسبيا من السرية التي يتوخاها الطرفان من خلال ما تتميز به إجراءات التقاضي من علنية الجلسات[1].

ثالثا: اختيار أطراف النزاع لمحكمهم

هذه الميزة ينفرد بها التحكيم لأن في حالة اللجوء القضاء لا يمكن الأطراف اختيار قاضيهم، وهو ما يولد الثقة في هؤلاء المحكمين الذين وقع عليهم الاختيار ولا سيما إذا كان النزاع متعلق بمسائل فنية يصعب على القاضي الفصل فيها دون إحالتها على خبير في الموضوع الذي قد يستغرق وقتا طويلا، ناهيك عن إجهادهم ماليا في أمر لو تم عرضه على التحكيم لفصل فيه غنى عن ذلك[2].

إذا فالتحكيم يقوم رضاء من أطراف النزاع بقبول حكم المحكمين ابتداء ولا يقبل الطعن منهم إلا إذا صدر حكم التحكيم مخالفا لنص من النصوص القانونية، فكما سبق وأن بينا أن نظام التحكيم يلعب فيه مبدأ سلطان الإرادة دور كبير إلا أنه بالرغم من الطابع الرضائي للتحكيم فإنه يلاحظ في بعض الأحيان من خلال بعض العقود أن الطرف القوي فيها يتحكم في فرض بعض البنود[3].

---

[1]– شيحاني بالقاسم، المرجع السابق، ص 16

[2]– التراب مصطفى " موقع نظام التحكيم في التشريع المغربي "، ديوان المظالم، مجللة متخصصة نصف سنوية، المغرب، 2004، ص 13.

[3]– حمداني محمد، التحكيم التجاري الدولي في المنازعات الاستثمارية، مذكرة ماستر تخصص قانون أعمال، كلية حقوق وعلوم سياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص 41

المبحث الثاني: دور التحكيم التجاري في فض المنازعات الاستثمارية

ان اعمال قواعد التحكيم التجاري الدولي تقتضي نشؤ نزاع بين أطراف يربطها اتفاق أو شرط التحكيم وضع مسبق أو بعد ظهور النزاع، على اللجوء إلى التحكيم، ولا تنشئ منازعات عقود الاستثمار بسبب اخلال أحد الطرفين التزاماته العقدية فقط، بل أيضا بسبب قيام الدولة بإجراءات انفرادية تشريعية أو تنظيمية، تؤثر بصورة كبيرة على العقد الاستثماري الذي يربطها بالمستثمر الأجنبي، وبخاصة على إمكانية تسوية المنازعات عن طريق التحكيم[1].

تشكل الاستثمارات الأجنبية اليوم الوسيلة التمويلية الخارجية الأكثر طلبا من طرف مختلف الدول التي تسعى لجذبها واستمالتها على مستوى أقاليمها لدورها الأساسي في تحقيق التنمية الاقتصادية، الأمر الذي دفع بها إلى وضع أنظمة قانونية تتماشى مع تطلعات المستثمر الأجنبي الذي يتجنب اقتضاء حقوقه من النظام القضائي الداخلي للدولة المضيفة له، مبرراً ذلك بأن تسوية المنازعات التي قد تثور بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار، بأقل قدر ممكن من العلانية والنشر واتجاهه للهروب من مشكلة تنازع القوانين لأن القاضي يقوم بتطبيق قانونه الوطني، حتى إن كانت تلك المنازعة تتعلق بالتجارة الدولية، ، فضلا عن ذلك فإن إناطة الاختصاص للقضاء الوطني للدولة للفصل في منازعات بينها وبين الاستثمار تجعل من تلك الدولة حكما وخصما في آن واحد.

نظرا للاعتبارات المذكورة أعلاه تأكدت أهمية التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لتسوية المنازعات الاستثمارية، حيث حضي بثقة المستثمر وتأييده، وتبعا لذلك أقرت تشريعات الاستثمار جواز اللجوء إلى التحكيم بموجب ما يتم الاتفاق عليه مع المستثمر وفي إطاره أو في إطار الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة، حرصت الجزائر على إقامة مناخ استثماري ملائم.

[1]– عبد العزيز خليفة: المنازعات الإدارية ضوابط التحكيم في منازعات العقود الإدارية)، دار الكتاب الحديث، مصر، 2008، ص 22

وجاذب للاستثمارات الأجنبية إليها استجابة للمتغيرات الدولية ودخولها اقتصاد السوق وضرورة تكريس التحكيم التجاري في قانون الاستثمار الجزائري (المطلب الأول)، إلى جانب تكريس التحكيم أيضا في الاتفاقيات والهيئات الدولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تكريس التحكيم التجاري في إطار قانون الاستثمار الجزائري

بهدف تكييف الاقتصاد الجزائري مع المتغيرات الاقتصادية والتجارية والدولية أقر التشريع الجزائري تكريس التحكيم التجاري الدولي في إطار قانون الاستثمار، كما أقر وسائل تسوية الخلافات في ظل قانون الاستثمار

أولا: تكريس التحكيم في قانون الاستثمار الجزائري

تعد مرحلة التسعينات مرحلة جديدة على النظام القانوني الجزائري الذي بدأ يتجه بخطوات ثابتة نحو الانفتاح على الاستثمارات الأجنبية، وتقديم لها كافة الدعم اللازم والكفيل باستقدامها عن طريق توفير لها الضمانات القضائية لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، خاصة مع الاعتقاد السائد بأن الأجهزة القضائية للدولة المضيفة للاستثمار، خاصة النامية منها لا تتمتع بالاستقلالية في مواجهة السلطة السياسية، فضلا عن غياب المحاكم الوطنية المتخصصة وذات الكفاءة العالية للنظر في مثل هذه المنازعات، فبات التحكيم الوسيلة الوحيدة المقنعة لدى المستثمر الأجنبي، استجابة لذلك وتحت ضغط متطلبات التنمية وتشجيع الاستثمار أصدر المشرع الجزائري المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بالاستثمار وبموجب المادة 41 منه أقر إمكانية اللجوء إلى التحكيم الدولي لتسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمار، وبذلك أعلنت الجزائر انفتاحها على الأسواق الدولية ووضع حد للتردد في نصوصها القانونية الغير مستقرة والمتناقضة، تأكيدا على هذا التوجه بإصدار أمر رقم01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم، تضمنت الإحالة إلى التحكيم بموجب المادة 17 منه، والتي تنص على مايلي: **"**يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية، يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده للجهات القضائية المختصة إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف

أبرمتها الدولة الجزائرية، تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود في اتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء تحكيم خاص"[1]

أقرت هذه المادة اختصاص القضاء الجزائري في منازعات الاستثمار التي يمكن أن تطرأ بين الجزائر والمستثمر الأجنبي سواء كان السبب من طرف المستثمر ذاته، أو أي إجراء تتخذه الدولة الجزائرية ضده، فالقضاء صاحب الولاية العامة المختصة بالفصل في المنازعات التي تقع في الإقليم الجزائري، إلا إن هذا لا يمنع بحسبانها مستقر كل السلطات ومستودعها ويمثل التحكيم الصورة الأساسية لهذا الخروج، فنظرا لتخوف المستثمر الأجنبي من الوسائل الداخلية لحل النزاعات، خاصة وأن أحد أطراف النزاع الدولة ذات السيادة طرف في العقد في نظرالمستثمر الأجنبي يجعله في حاجة إلى ضمانات قضائية لحماية استثماراته لذلك يرى في التحكيم قضاء طبيعيا.

ثانيا: وسائل تسوية الخلافات في ضل قانون الاستثمار

باستقراء نص المادة **17** من الأمر رقم01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم فإن الجهات القضائية الجزائرية هي المتخصصة بالنزاعات التي تقع في حدود إقليمها، تطبيقا لمبدأ سيادة الدولة على الأشخاص والأموال الموجودة على إقليمها كأصل عام، لكن بحكم أن المستثمر الأجنبي قد يحجم عن الاستثمار في دولة يعلم أن اللجوء إلى قضائها الوطني هو الوسيلة الوحيدة لاقتضاء حقوقه في حال وجود أي نزاع، تبعا لذلك نزع المشرع الجزائري الاختصاص من القضاء الوطني على سبيل الاستثناء في حال وجود اتفاق ثنائي أو متعدد الأطراف، يسمح باللجوء إلى الوسائل الودية للتسوية أو اللجوء إلى التحكيم كطريق بديل لحل النزاعات، أو أي بند تسوية آخر يتفق عليه الطرفين، فلهم كامل حرية الاختيار سواء باللجوء إلى تحكيم حر أو خاص أو اللجوء إلى هيئات تحكيمية دولية، أو في حال غياب[2]

---

[1]- شيحاني بالقاسم، المرجع السابق، ص 60

[2]- أنظر المادة 17 من الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001، ، المعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم، ج رج ج د ش، العدد 47

اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف، يشترط وجود اتفاق خاص بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي ينص على شرط التحكيم، إذ التسوية الداخلية هي الأصل لكن تخوفات المستثمر الأجنبي جعلت منه يبحث عن وسائل وضمانات أخرى أكثر حيادا في نظره خاصة وأن الدولة تبحث دائما عن إقناعه بالاستثمار في إقليمها فما من خيار أمامها سوى الاستجابة لتطلعاته، خاصة وأن التحكيم التجاري قضاء من نوع خاص يعد أهم وأبرز الضمانات الممنوحة للاستثمارات الأجنبية[1].

المطلب الثاني: تكريس التحكيم في إطار الاتفاقيات والهيئات الدولية

الأصل أن قضاء الدولة صاحب الاختصاص الأصيل لفض منازعات عقود الاستثمار، وأي خروج عن ذلك يعد استثناء يشكل امتيازا الهدف من ورائه جلب الاستثمارات الأجنبية، نظرا لتفضيل المستثمر الأجنبي الاحتكام التحكيم التجاري الدولي كهيئة مستقلة ومحايدة للفصل في المنازعات الاستثمارية، حيث أصبح ظاهرة العصر وتفاديا لمشكلة عدم استقلالية القضاء عن الدولة وارتفاع تكلفته ونقص الخبرة التجارية لدى القضاة الغير مختصين خاصة في المجالات التقنية الحديثة، حيث قامت التشريعات بتكريس التحكيم في إطار قوانينها الداخلية خاصة قانون الاستثمار وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، بل لم تكتف بالضمانات الداخلية للاستثمار وإنما عمدت إلى إبرام الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف (أولا)، كما تم إنشاء هيئات تحكيمية دولية متخصصة في فض المنازعات الاستثمارية (ثانيا).

أولا: تكريس التحكيم في إطار الاتفاقيات الدولية

تسعى الدولة المصدرة لرأس المال إلى توفير الحماية القانونية الكافية لأموال مواطنيها في الخارج، حيث تلجأ إلى إبرام اتفاقيات ثنائية ومتعددة الأطراف وإدراكا من الجزائر على أهمية الدور الذي تضطلع بها الاتفاقيات الثنائية في جلب الاستثمارات الأجنبية لذلك قامت بإبرامها والمصادقة عليها وتضمين بنود متعلقة بضمانات قضائية، ولا

[1]- عبد الفتاح مراد: شرح تشريعات التحكيم، د . ط، دار الكتب والوثائق المصرية، مصر 1990، ص 60

يقتصر الأمر على الاتفاقيات الثنائية فحسب، بل بادرت الجزائر إلى الانضمام والمصادقة على الاتفاقية المتعددة الأطراف.[1]

- تكريس التحكيم في ضل الاتفاقيات الثنائية:

نصت المادة 17 من الأمر01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم عل ما يلي: "...إلا في حالة وجود اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية، تتعلق بالمصالحة والتحكيم... "[2].

حسب هذه المادة في حال وجود اتفاقيات أبرمتها الجزائر تتعلق بالمصالحة والتحكيم في هذه الحالة تتم تسوية المنازعات الاستثمارية بناءا عليه وهي الوسيلة الأكثر تفضيلا بالنسبة المستثمر الأجنبي، وفي نفس الوقت الأكثر طمأنينة وتحفيز له بهدف إنشاء استثماره في الجزائر نظرا للحماية الفعالة التي توفرها له الاتفاقيات المقترنة مع الحماية التي يتضمنها التشريع الداخلي، المادة كانت واضحة وصريحة إذ أعطت الاختصاص للقضاء الداخلي للدولة الجزائرية للنظر في النزاعات، لكن استجابة للمتغيرات والمستجدات الدولية وتماشيا مع تطلعات المستثمرين المشرع الجزائري قبل إمكانية اللجوء إلى حل النزاعات التي تنشأ بين الجزائر والمستثمر الأجنبي إلى نظام التحكيم للفصل فيه.

لا تكاد تخلوا الاتفاقيات التي أبرمتها وصادقت عليها الجزائر على بند التحكيم كوسيلة يتم اللجوء إليها في النزاعات التي تثور بين المستثمر الأجنبي والجزائر، فقد تثور المنازعة الاستثمارية إذا أخل المستثمر الأجنبي بمبدأ المنافسة الحرة في السوق، كإبرام الاتفاقيات المحظورة الصريحة أو الضمنية كما يثور النزاع بسبب الإجراءات التي تقوم بها الدولة الجزائرية في مواجهة المستثمر الأجنبي أو بإخلالها بالتزاماتها كمساسها بالملكية دون ان يقابل ذلك تعويض مناسب وفعلي، كما يستطيع المستثمر الأجنبي اللجوء إلى التحكيم بمجرد تراجع الدولة عن المزايا والمنافع التي منحتها إياه، كما حدث مع الشركة البترولية الأمريكية انداركو، والتي تحملت فيها الجزائر خسارة كبيرة حيث اضطرت إلى دفع 4

---

[1]- شيحاني بالقاسم، المرجع السابق، ص62

[2]- أنظر المادة 17 من الأمر 01-03 المعدل والمتمم السالف الذكر

مليار دولار للشركة مقابل تنازلها عن الدعوى أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، حيث تحصلت على الأموال على شكل كميات من البترول الجزائري.[1]

الأمر الذي اعتبره الخبراء منحى خطير لأن الشركات الاستثمارية الأخرى سوف تنحو منحى شركة اندركو1، وليس قضية شركة اندركو الوحيدة التي تناولت وسائل الإعلام الجزائرية بإسهاب فقط بل تكبدت فيها الجزائر أيضا خسائر مالية فادحة قضية أوراس كوم تيليكوم التي لجأت إلى التحكيم الدولي بسبب ممارسة الجزائرلحق الشفعة كذلك قضية أوناد/ هنكل بين الشركة الوطنية الجزائرية أوناد والفرع الفرنسي لشركة هنكل الألمانية ومضمون القضية إبرام عقد بين الطرفين المذكورين أعلاه، يتضمن شركة مختلطة مسماة (هاد) اوناد هنكل، وبموجب العقد تقوم الشركة الجزائرية بكل إجراءات الإنشاء وبعد ذلك يتم تقسيم الأسهم بين الشركتين على النحو التالي 60 % للشركة الألمانية، والباقي 40 % للشركة الجزائرية، وليس هذا فحسب بل تضمن العقد حصول الشركة الأجنبية على كل أسهم الشركة المختلطة بعد ثلاث سنوات، وهو الأمر الذي طالبت به فعلا الشركة الألمانية أمام الغرفة التجارية الدولية بباريس وتحصلت على الوحدات التالية:

- مركب المنظفات شلغوم العيد (شرق الجزائر).
- مركب المنظفات بعين تيموشنت (غرب الجزائر).
- مركب المنظفات برغاية (وسط الجزائر).[2]

تعد القضايا المذكورة أعلاه عينة تعرضت فيها الجزائر لاستنزاف ثرواتها ودفعها لأموال ضخمة نتيجة نقص الخبرة والحنكة لدى المتعاقد الجزائر، يمكن القول إن المستثمر الأجنبي يملك سلطة اللجوء إلى التحكيم للفصل في النزاع الذي يثور بينه وبين الدولة الجزائرية يتضمن إخلال الدولة بنظامها اتجاهه، وسنتناول نماذج عن بعض الاتفاقيات التي

---

[1]- شيحاني بالقاسم، المرجع السابق، ص 63

[2]- أنظر النقال المنشور في جريدة المساء اليومية بتاريخ 11 مارس 2012، بعنوان سونا طراك واندراكو يتفقان حول لرسم على الأرباح الاستثنائية، التخلي عن التحكيم الدولي .

تضمنت اللجوء إلى التحكيم[1]، فقد نصت الاتفاقية الجزائرية الإيطالية بموجب نص المادة 09، منها على حل الخلافات بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة بالطرق الدبلوماسية المحددة ب 9 أشهر، فإذا لم يحل النزاع يتم عرض الخلاف على إجراء المتابعة ويتم عن طريق طلب يتقدم به أحد الأطراف ومن خلاله يقوم كل طرف بتعيين محكم أو أكثر في أجل شهرين، أما فيما يخص الخلافات الناجمة عن التأويل والتطبيق المرتبط بالاتفاقيات من صلاحيات القانون الدولي العام وحلولها تابعة لاتفاقية فيينا لقانون الاتفاقيات ل 23 ماي 1969 والذي تبنته الجزائر سنة 1987وإيطاليا في 25 جويلية 1974.

أما الاتفاقية الجزائرية الفرنسية فموجب المادة 8 منها اعتبرت أن حل النزاعات المحتملة الوقوع خاصة بتأويل أو تطبيق الاتفاقيات وكل خلاف بتعلق بالاستثمار أن يحل بالطرق الدبلوماسية[2].

وفي حالة عدم الوصول إلى حل الخلاف في أجل ما بين 3 أشهر إلى غاية 6 أشهر الطرف الأكثر تضررا يقدم طلبه إما إلى الهيئة القضائية المختصة للطرف المتعاقد المعني أو إلى المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار وله اختيار أحد هاذين الإجراءين بصفة نهائية.

أحيانا نجد بعض الاتفاقيات تمنح الخيار للمستثمر الأجنبي للجوء إلى عدة هيئات مختصة في تسوية النزاع على أساس حق الخيار وله خيار رفع الدعوى أمام المحاكم المحلية المختصة للطرف المتعاقد الآخر، وهو الأمر الذي تم النص عليه بموجب الاتفاقية الجزائرية مع سلطنة عمان بموجب المادة 10-02 من الاتفاقية تضمنت حل النزاع بالطرق الودية الرضائية في أجل 6 أشهر فإن لم يحل النزاع الطرف الأكثر تضررا يلجأ إلى

[1]- عيساوي محمد: تحكيم الاستثمار ومتطلبات التنمية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 2، 2013، ص 151.

[2]- أنظر المادة 8 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المؤرخة في 13 فيفري 1993، المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، ج ر العدد 01.

التحكيم سواء إلى محكمة الاستثمار العربية أو المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كما أن المحاكم المحلية مختصة أيضا بحل النزاع إذا اختاره أحد المستثمرين المتعاقدين [1].

تكريس التحكيم في ضل الاتفاقيات متعددة الأطراف:

إلى جانب الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات انضمت الجزائر وصادقت على أهم الاتفاقيات المتعددة الأطراف، حيث صادقت على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، كما عززت الجزائر وسائل الاستثمار الأجنبي بانضمامها إلى أهم نظام تحكيمي دولي والمتمثل في اتفاقية واشنطن المؤرخة 18 مارس 1965 م.

توجه الجزائر للمصادقة على أهم الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف المتضمنة التحكيم كوسيلة لتسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمار نظرا لما يبعث ذلك من ثقة وطمأنينة لدى المستثمر الأجنبي، ثم إن هذا الأخير يفضل دائما اللجوء إلى التحكيم في إطار القانون الاتفاقي من حيث الإجراءات المتعلقة بتشكيل الخصومة التحكيمية، وتحديد القانون الواجب التطبيق، وإضفاء الإلزامية والنهائية على الحكم التحكيمي، ففي ما يتعلق بتشكيل هيئة الخصومة انضمت الجزائر إلى اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي بموجب المادة 20-03 اما المادة 2-2 من ملحق الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية نصت على مبدأ إجراءات التحكيم بإخطار يتقدم به الراغب في التحكيم سواء كان المستثمر الأجنبي أو الدولة المضيفة للاستثمار إلى الطرف الآخر في المنازعة ويوضح هذا الإخطار طبيعة المنازعة والقرار المطلوب صدوره منها.

لا تقتصر حرية الأطراف في اختيار المحكمين فقط بل تمتد إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع حيث نصت في هذا الصدد المادة 5-1 من اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية على أنه: " لا يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إلا إذا قدم الخصم المتمسك ضده بالحكم الدليل على أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضع أطراف الاتفاق له، أو عن عدم النص على ذلك ووفقا لقانون البلد

[1]- أنظر المادة 10 من الاتفاقية الجزائرية وسلطنة عمان المؤرخة في 9 أبريل 2000، المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات ج ر العدد 40 .

الذي صدر فيه الحكم" فقد حددت هذه المادة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم بقاعدة إسناد أصلية وهي تطبيق قانون الإرادة أما اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1987 منحت أطراف العقد الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق فقد أشارت ببيانها إرادة الأطراف الصريحة أو كما أقر المشرع الجزائري بحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وذلك بموجب المادة 1043 من قانون إجراءات المدنية والإدارية على ضرورة احترام إرادة الأطراف فيما يخص حرية تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في مجال التحكيم التجاري الدولي.

كما نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري كيفية الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه وطرق الطعن فيه فموجب المادة 1051 إذ اعتبرت أن الحكم التحكيمي الدولي معترف به وكان غير مخالف للنظام العام ويبدوا واضحا أن القانون الجزائري قد ساير ما تضمنته اتفاقية نيويورك لسنة 1958 فقد حددت المحكمة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ فإذا كان مقر التحكيم في الجزائر فهي المحكمة المختصة التي صدر في دائرتها الحكم التحكيمي أما إذا كان مقر التحكيم خارج الجزائر فإن رئيس المحكمة محل التنفيذ هو المختص.[1]

من خلال ما تقدم نلاحظ أن الجزائر حاولت تقديم كافة الضمانات للمستثمر الأجنبي والتي يطالب بها في مرة نلاحظ تضمين الاتفاقيات الدولية شرط اللجوء إلى التحكيم الدولي لتسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمار وليس هذا فحسب فقد قامت الجزائر بالانضمام إلى أهم الهيئات الدولية التحكيمية والتي تحضى بثقة كبيرة لدى المستثمر الأجنبي.2[2]

ثانيا: تكريس التحكيم في ضل الهيئات الدولية

حرصت الدولة الجزائرية على أهمية إقناع المستثمر الأجنبي بإنشاء استثماره على الإقليم الجزائري لم تكتف بالنص على إجازة اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي بل كرس اللجوء إلى التحكيم في إطار الهيئات التحكيمية الدولية بموجب المادة 17 من الأمر 01-03 المعدل والمتمم، وقد أحالت الاتفاقيات الدولية حل منازعات الاستثمار إلى هيئات

[1]- اوسهلة عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 144

[2]- شيحاني بالقاسم، المرجع السابق، ص68

تحكيمية دولية تحظى بثقة المستثمر الأجنبي حيث تشكل في نظره الحيادية والاستقلالية وسنتناول هيئتين دوليتين والمتمثلتين في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وغرفة التجارة الدولية بباريس نظرا لأهميتهما وتعاظم دورهما.

- التحكيم في ضل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار:

أنشأت اتفاقية واشنطن لسنة 1965 مركزا دوليا متخصصا لفض منازعات الاستثمار حيث صمم خصيصا كي يتعامل مع منازعات استثمارية ذات خصوصية بين مستثمرين من قطاع خاص والدولة المضيفة للاستثمار بغرض وضع تسهيلات في مسألة تسوية منازعات الاستثمارالقائمة بين الدول المتعاقدة ورعايا دول أخرى متعاقدة كل ذلك قصد تحقيق هدف أساسي يتمثل في تشجيع تدفق الاستثمارات الأجنبية إلى الدول التي تحتاجها خدمة لخططها التنموية[1]، ما يميز المركز عن غيره أنه أسس بهدف حل المنازعات التي تنشأ في مجال محدد هو الاستثمار الدولي وليس أي نوع من الاستثمارات[2]، إذ يقتصر فقط على المنازعات التي يكون طرفيها دولة مضيفة والطرف الآخر مستثمر أجنبي سواء كان شخص طبيعي أو معنوي وعيه[3].

فالمركز قد أحدث وضعا جديدا في مجال التحكيم الدولي إذ أنه لأول مرة يعطي أشخاص القانون الخاص طبيعي أو اعتباري الحق في اللجوء مباشرة إلى جهاز دولي للتقاضي دون حاجة للجوء إلى الحماية الدبلوماسية لدولهم، يعتبر رضا الأطراف شرط أساسي لانعقاد اختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار إضافة إلى شرط أن كل من الدولتين طرف في اتفاقية الاستثمار ومصادقة عليها، فحتى ينعقد اختصاص المركز شريطة أن تكون المنازعة قانونية حاصلة عن نزاع له علاقة بالاستثمار ويشترط التراضي المكتوب بين أطراف النزاع يتضمن موافقة أطراف النزاع على تسويته بطريق التحكيم لدى المركز.

---

[1]- خالد كمال عكاشة: دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2010ص 365

[2]- قبايلي الطيب: التحكيم في عقود الاستثمار بين رعايا الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص القانون، كلية الحقوق . جامعة مولود معمري بتيزي وزو الجزائر، 2012ص 13

[3]- شيحاني بالقاسم، المرجع السابق، ص 70

يتوقف تشكيل الهيئة التحكيمية في الغالب على إرادة الأطراف حيث تتشكل من عدد فردي من الأعضاء يتم تعيينهم باتفاق الأطراف بهذا تجسد الاتفاقية بشكل واضح مبدأ سلطان الإرادة لكن في حالة عدم الاتفاق في هذه الحالة يعين كل طرف محكم واحد على أن يتم تعيين عضو ثالث الذي تنعقد له رئاسة الجلسة باتفاق الأطراف إذا لم تتشكل الهيئة خلال 90 يوما من إرسال السكرتير العام الإعلان بتسجيل الطلب إلى الأطراف فإنه ينبغي على رئيس المجلس الإداري بناء على طلب أحد الأطراف أن يقوم بتعيين الأعضاء الذين لم يتم تعيينهم، فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق أعطت الاتفاقية للأطراف سلطة تحديد القواعد القانونية التي تطبق على الفصل في النزاع، وتميز الاتفاقية بين القانون الواجب التطبيق على إجراءات النزاع والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وتقوم المحكمة بوظيفة محايدة تتمثل في سماع الأطراف واتخاذ إجراءات التحقيق اللازمة ثم إجراء المداولة وإصدار الحكم الفاصل في الموضوع .

عموما ما يميز الإجراءات التحكيمية أمام المركز أنها تتميز بالسهولة والسرعة والتي تمكن من استبعاد المشكل المتعلق بالاعتراف بالدعوى التحكيمية، حيث أن المادة 54 من الاتفاقية استبعدت إمكانية أن تقوم الدولة بممارسة التنفيذ بالاستناد إلى حصانة التنفيذ، ويشكل النص في قوانين الاستثمار أو الاتفاقيات الدولية على الإحالة للتحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ضمانة كبيرة للمستثمرين الأجانب الذين يولون ثقة متعاظمة للمركز الذي يوفر حماية قانونية للمستثمر الأجنبي حتى وإن كان الأمر يتعارض مع مصلحة الدولة المضيفة للاستثمار ومع ذلك كرست الجزائر اللجوء إلى التحكيم أمام المركز نظرا للدور الذي يلعبه في المساهمة في تعزيز وتشجيع انسياب الاستثمارات الأجنبية.

تكريس التحكيم أمام غرفة التجارة الدولية بباريس:

حرصا من الجزائر على جذب الاستثمارات الأجنبية إليها حيث جعلت منه إحدى أولوياتها أجازت عرض المنازعات الاستثمارية على هيئات تحكيمية يثق المستثمر في حيادها، سواء بموجب قانون الاستثمار أو في إطار الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات ومنها غرفة التجارة الدولية بباريس التي أنشأت عام

1923، أما عن قواعد التحكيم أمام الهيئة التحكيمية للغرفة الدولية فيتطلب انعقاد اختصاصها توفر الرضا الصريح بين الأطراف، فالدولة المضيفة للاستثمار يمكن أن تعبر عن رضاها بقبول حالة المنازعات الاستثمارية لآلية التحكيم أمام الهيئة التحكيمية لغرفة التجارة الدولية، يتطلب التحكيم أمام الهيئة التحكيمية لغرفة التجارة الدولية بباريس إتباع إجراءات معينة حيث يتولى الأطراف اختيارالمحكم الذي يتولى عملية التحكيم سواء كان فرديا أو متعددا، كما يتم اختيار مكان التحكيم، وإذا لم يتم الاتفاق بين الأطراف على ذلك تتولى المحكمة التحكيمية مهمة اختيار المحكمين الذين يقومون بالفصل في القضية المعروضة أمامهم.

فيما يتعلق باللغة المستعملة التحكيم تتولى محكمة التحكيم بتعيين لغة أو لغات التحكيم مع الأخذ بعين الاعتبار جميع الظروف ذات الصلة بما فيها لغة العقد المبرم بين الطرفين، ويترتب على اختيار الأطراف تحكيم غرفة التجارة الدولية الالتزام بالحكم الصادر في التحكيم وتنفيذه مباشرة دون تأخير وكذا تنازلهم عن جميع طرق الطعن التي يجوز قانونا ممارستها.

نشير فقط أن تعيين المحكمين في المحكمة يتم تبعا للموضوع الذي يتم إحالته للتحكيم بموجب قواعد غرفة التجارة الدولية، ويكون دور أعضاء المحكمة مراقبة العملية التحكيمية والإشراف عليها.[1]

[1]- شيحاني بالقاسم، المرجع السابق، ص 70-71-72

الخاتمة:

من خلال دراستنا لموضوع أليات فض المنازعات المتعلقة بالاستثمار في التشريع الجزائري، وطبقا للإشكالية المطروحة: ما مدى قدرة أليات التي جاء بها قانون 16-09 لفض نزاعات الاستثمار اثناء تنفيذ عقود الاستثمار مما يحفظ حقوق الدولة وحقوق المستثمرين؟

مما سبق تم التوصل ان المشرع الجزائري نص على اليات فض المنازعات الاستثمار وهي القضاء الوطني والتحكيم التجاري الدولي، وكيف أن المشرع الجزائري كرس هذه التسوية عن طريق القوانين الوطنية بالإضافة الابرام اتفاقيات دولية، سواء ثنائية أو متعددة الأطراف حتى لا يحدث لبس ولا صعوبات تواجه المستثمر الأجنبي في الجزائر، فقدد حددت هذه القوانين متى وكيف يتم اللجوء الى القضاء الوطني او التحكيم التجاري الدولي، بنصوص قانونية واضحة تطمئن بها المستثمر الأجنبي، حيث أن تسوية النزاع تتم في الأصل داخليا امام المحكمة الوطنية، الا أن تخوف المستثمر الأجنبي من القضاء الوطني نظرا لطبيعة النزاع باعتبار ان احد اطرافه دولة ذات سيادة، والأخر طرف اجنبي خاص قد يأثر على مصداقية ونزاهة القضاء، لهذا كرس المشرع الجزائري التحكيم التجاري الدولي كطريق بديل لحل النزاعات.

وقد تبين لنا من دراستنا لموضوع البحث أن المشرع الجزائري بموجب قانون الاستثمار قد منح الحرية الكاملة الأطراف منازعة الاستثمار في اختيار الوسيلة الأنسب لتسوية منازعتهم ويفهم من ذلك أن القضاء يعتبر هو الجهة الأصلية المختصة بالفصل في منازعة الاستثمار، هذا ما لم يوجد اتفاق خاص بين أطراف النزاع يقضي بخلاف ذلك.

وبناءا على هذا البحث سجلنا النتائج والاقتراحات والتوصيات التالية التي من شأنها أن تجعل من التحكيم أكثر فعالية وعدالة في تسوية المنازعات التي تنشأ بين الأطراف المتعاقدة التالية:

أولا: النتائج

– انفتاح قانون الاستثمار الجزائري من خلال نص مادته 17 على أكثر من وسيلة واحدة لحل المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي حيث أخذ بالوسائل القضائية والمتمثلة في القضاء الوطني والقضاء الدولي المتخصص إلى جانب تبنيه لوسائل أخرى بديلة تتمثل في التحكيم حيث تبين لنا أن المشرع الجزائري لم يقتصر فقط على عرض أكثر من وسيلة لحل منازعات الاستثمار، بل أكد تمسكه بمبدأ سلطان ارادة أطراف منازعة الاستثمار في اللجوء إلى اختيار الوسيلة التي يرونها مناسبة لتسوية المنازعات الاستثمارية التي تثور بينهم، وهو الأمر الايجابي الذي يحسب لصالح المشرع الجزائري.

–إن اللجوء في تسوية منازعات الاستثمار إلى الوسائل القضائية لا يخلو من العراقيل وصعوبات قانونية، فبالنسبة إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار فإن لجوء المستثمر الأجنبي إليه يثير العديد من الصعوبات منها ما يتعلق بطول الاجراءات القضائية التي تتسم عموما بكونها بطيئة نتيجة تعدد درجات التقاضي.

– أغفل المشرع الجزائري الإحالة من المحكمة القضائية إلى المحكمة التحكيمية إذا تمسك أحد الأطراف بالدفع بالتحكيم التجاري الدولي أمام القضاء وكانت اتفاقية التحكيم اختارت التحكيم المؤسساتي وهذا لربح وإختصار الوقت في الوصول إلى حلٍّ ينهي النزاع الاستثماري القائم في أقرب وقت.

–هناك الثغرات القانونية يجب على المشرع الجزائري معالجتها وتداركها لأن أهميتها وخطورتها في الوقت ذاته تتجلى عند اختيار القانون الجزائري كقانون إجرائي يسير إجراءات الخصومة التحكيمية في التحكيم الحر خصوص، فالمشرع الجزائري أعطى حرية كبيرة لإدارة الأطراف في الإجراءات التحكيمية وأمّا في حال عدم أو إغفال الاتفاق فإنه يلجأ إلى نظام التحكيم ولكن هذا الأخير نجده قائما في التحكيم المؤسساتي دون التحكيم الحر الذي لا

وجود فيه لنظام تحكيمي معد سلفا، وهذا ما نصت عليه المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وعلى ضوء دراستنا لموضوع هذا البحث، وبعد استعراضنا للنتائج المتوصل إليها، يمكننا في هذا المجال وقصد تحسين نظام تسوية منازعات الاستثمار في الجزائر تقديم الاقتراحات والتوصيات الآتية:

– نأمل من المشرع الجزائري القيام بتعديل تشريعي على قانون الاستثمار وذلك بتضمينه نصوصا تبين إجراءات التقاضي التي يجب إتباعها من قبل أطراف المنازعة الاستثمارية في حال الاتفاق فيما بينهم على اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار.

– ضرورة تفعيل عمل الأقطاب القضائية المتخصصة بتسوية منازعات الاستثمار والمنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لما في ذلك من أثر كبير يساهم في القضاء على العراقيل والصعوبات القانونية التي لطالما ارتبطت بالقضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار.

– كما أنه لابد من إصدار قانون خاص بالتحكيم التجاري الدولي مع إحاطته بتعديلات وإضافة نصوص قانونية لتنظم هذه الآلية بشكل واضح لا يدع مجالا للتأويل.

– على المشرع الجزائري ولمسايرة النظام العالمي في جذب الاستثمار وخاصة الاستثمار الأجنبي للإقليم الوطني، أن يقوم بجمع كل الأوامر والمراسيم التنفيذية المعدلة والمكملة لها في أمر واحد يكون بمثابة القانون الذي يحكم الاستثمار، بدلا من توزيعها منفردة وذلك حتى يسهل على المستثمر الأجنبي جمع أكبر قدر من المعلومات حول القانون الذي يحكم الاستثمار في الجزائر.

المصادر القانونية

1_الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 اوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، الجريدة الرسمية، عدد 47، الصادرة في 22 اوت 2001.

2_قانون رقم08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3_قانون رقم 16-09 المؤرخ في 29 شوال 1437، الموافق ل3 أوت 2016، المتعلق بالترقية الاستثمار.

4_مرسوم التشريعي رقم 93_12 المؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1414، الموافق ل 5اكتوبر 1995، المتعلق بترقية الاستثمار.

5_المرسوم التنفيذي رقم 98-63 المؤرخ في19 شوال 1418 الموافق ل 16 فبراير 1998 يحدد اختصاص المجالس القضائية وكيفية تطبيق الأمر 97-11.

الكتب :

1_أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والاجباري، الطبعة الخاصة، منشأة المعارف 1988.

2_أمال بدر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلب الحقوقية، بيروت، لبنان،2012,

3_ايفون لوسوران، القانون الدولي الخاص، الطبعة التاسعة، الترجمة: د. عبد الغفار حنفي، منشأة المعارف.

4_عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دار النهضة العربية 1993.

5_مهند الصنوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2005.

6_هشام على صادق ود. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، كتاب الثالث، القانون القضائي الخاص، دار الفكر الجامعي، 1999.

7_وجدي راعب فهمي، النظرية العامة للفصل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف ، الإسكندرية،1974.

مذكرات التخرج :

1_أوسهلة عبد الرحيم، الأليات القانونية لتسوية المنازعات الاستثمار الأجنبي في الجزائر، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية حقوق وعلوم سياسية، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بالعباس، 2015.

2_حمداني محمد، التحكيم التجاري الدولي في المنازعات الأستثمارية، مذكرة ماستر تخصص قانون أعمال، كلية حقوق وعلوم سياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016.

3_شيحاني بلقاسم، التحكيم كألية لتسوية المنازعات الاستثمار في الجزائر، مذكرة ماستر تخصص قانون خاص، كلية حقوق وعلوم سياسية، جامعة أكلى محند أولحاج، بويرة، 2015.

المجلات:

1_أقصاصي عبد القادر، الإطار القانوني للحجز التحفظي في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، مجلة الحقيقة ،العلوم الاجتماعية و الإنسانية ، مجلد 18،عدد 02، جوان 2019

2_ايلي كوهين، هل مازالت الدول تتمتع بسيادة في النظام الاقتصادي، النشرة الاقتصادية، رقم 2415 مارس 1995.

3_مساعد صالح العنزي، هيئة التحكيم بطلبات مستعجلة، المجلة الشرعية للقانون، لسنة 2008، العدد 58كلية القانون جامعة الامارات العربية المتحدة، 2014.

المواقع الإلكترونية :

1موقع فض المنازعات الاستثمارية، https: //WWW.unescwa.org
Le :20 /05/2022