الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's democratic republic of Algeria
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministry of higher education and scientific research
جامعة محمد البشير الإبراهيمي – برج بوعريريج
University Of Mohamed Al-Bashir Al-Ibrahimi - BBA
كلية الحقوق والعلوم السياسية
Faculty of Law and Political Sciences

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي في الحقوق

تخصص : قانون أعمال

الموسومة بـ :

التحكيم في عقود الاستثمار

إعداد الطالب (الطالبين) :

- بلعقون جمال
- بورنان أسامة

نوقشت وأجيزت يوم : 19 جوان 2024

أمام لجنـــة المناقشـــة

درارجة عبد الجليل	أستاذ محاضر قسم أ	رئيسا
بلفروم محمد اليمين	أستاذ محاضر قسم أ	مشرفا ومقررا
ميهوب يزيد	أستاذ التعليم العالي	ممتحنا

السنة الجامعية: 2024/2023

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's democratic republic of Algeria
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministry of higher education and scientific research
جامعة محمد البشير الإبراهيمي – برج بوعريريج
University Of Mohamed Al-Bashir Al-Ibrahimi - BBA
كلية الحقوق والعلوم السياسية
Faculty of Law and Political Sciences

إذن بالإيـــداع

أنا الممضي أسفله الأستاذ : بلحاج محمد اليمين

الرتبة : أستاذ محاضر أ

المشرف على مذكرة الماستر الموسومة بـ : .....

التحكيم في عقود الاستثمار

من إعـــداد :

الطالب الأول : بلعوني جمال

الطالب الثاني : بورنان أسامة

أوافق على إيداع الطالب (الطالبين) لمذكرة التخرج لدى الإدارة من أجل برمجتها للمناقشة.

إمضاء الأستاذ المشرف

* ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في ..... 27 ديسمبر 2020

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

(الطالب الأول)

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): بلعقون جمال ..... الصفة: طالب، أستاذ، باحث .....

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 118753281 والصادرة بتاريخ: 19/10/2020 عند ملحقة بوعريريج وعزوز

المسجل(ة) بكلية / معهد: العلوم الإسلامية قسم: الحقوق، ماستر 2 قانون الأعمال.

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،

عنوانها: التحكيم في عقود الاستثمار .....

.....

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: 05/06/2024

توقيع السيد: بلعقون جمال

بطاقة التعريف رقم: 118753281

بتاريخ: 19/10/2020

مصادق عليه

برج بوعريريج في: 05 جوان 2024

رئيس المجلس الشعبي البلدي

توقيع المعني (ة)

ورئيس المجلس الشعبي البلدي
وبتفويض منه
نائبة رئيس البلدية
شيشة نوال

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
بلدية برج بوعريريج
02 برج بوعريريج
الملحقة الإدارية حي 1250 مسكن

ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في ..... 27 ديسمبر 2020

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

(الطالب الثاني)

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): بورنان أسامة ..... الصفة: طالب، أستاذ، باحث .....

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 104405764 والصادرة بتاريخ: 07.05.2017 عن البلدية .....

المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق ماستر سنة ثانية قانون الأعمال

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،

عنوانها: التحكيم في عقود الاستثمار .....

.....

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: 04/06/2024

توقيع السيد: بورنان أسامة

بطاقة التعريف رقم: 104405764

بتاريخ: 07_05_2017

مصادق عليه

بتاريخ: 04 جوان 2024

رئيس المجلس الشعبي البلدي

توقيع المعني (ة)

رئيس المجلس الشعبي البلدي

وبتفويض منه

بوشيشة نوال

شكـــــــــر وتقدير

يقول النبي صلى الله عليه و سلم" **من لا يشكر الناس لا يشكر الله** "

نتوجه بالحمد و الشكر للمولى عز وجل بتوفيقه لنا باتجار هذا العمل المتواضع بحوله و قوته كما

نتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ المؤطر :**بلفروم محمد اليمين** الذي رافقنا طيلة هذا المشوار

بتوجيهاته كما نشكر كل من ساعدنا و لو بكلمة طيبة أو دعاء .

إن أحسنت فمن الله و إن أسأت أو أخطأت فمن نفسي و الشيطان

إهـــــداء

(قل اعملوا فسيرى الله عملكم و رسوله و المؤمنين) صدق الله العظيم

إله لا يطيب الليل إلا بشكره و لا يطيب النهار إلا بطاعته.. الله جل جلاله.

إلى من بلغ الرسالة و أدى الأمانة و أطيب خلق الله

"سيدنا محمد صلى الله عليه و سلم"

أهدي عملي المتواضع إلى :

من جعل الجنة تحت أقدامها و سهلت لي الشدائد بدعائها إلى الإنسانة العظيمة التي لا طالما تمنت رؤيتي في يوم هكذا: **"أمي العزيزة"** أمي ضلعي الثابت و أمان أيامي

إلى من شددت عضدي بهم فكانوا ينابيع ارتوي منها **"عائلتي"**

أهديكم عملي و ثمرة جهدي و نجاحي لطالما تمنيتها أنا اليوم أكملت و أتممت بفضل الله و فضلكم.

بورنان أسامة

إهـــــــــداء

أهدي هذا العمل المتواضع لمن كان سبب في وجودي **والديا حفظهما الله**

وإلى **زوجتي وقرة عيني إبني الغالي**

كما لا أنسى عائلتي ولكل من أعطاني يد العون من قريب وبعيد وساعدني في إنجاز هذه المذكرة .

وأخص بالذكر الأستاذ المشرف بلفروم محمد اليمين .

بلعقون جمال

قائمة المختصرات

ص : صفحة

ط : طبعة

د ط : دون طبعة

د س ن : بدون سنة النشر

د ب ن : بدون بلد النشر

ج ر : جريدة رسمية

ق إ م إ ج : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري

ق إ م ف : قانون الإجراءات المدنية الفرنسي

ق ت م : قانون التحكيم المصري

P: Page

ICSID : The International Center for Settlement of Investment Disputes

مقـــــــدمة

لقد شهد العالم في القرن العشرين تطورا مذهلا في المعاملات الاقتصادية الدولية واتساع اتفاق التبادل التجاري الدولي، مما اتجهت معظم الشركات إلى عبور حدود الدول التي تعمل فيها لممارسة أنشطة غير دولية،وتجاوز الحواجز الاقتصادية.

كما أدت التطورات الاقتصادية المعاصرة إلى تزايد اتجاه معظم الدول سواء المتقدمة منها أو النامية إلى تشجيع الاستثمار المحلي أو الأجنبي باعتباره العنصر الرئيسي الذي ترتكز عليه الخطط والسياسات الاقتصادية العامة لمعظم البلدان،وخصوصا بلدان العالم الثالث التي هي في طور تنمية اقتصادها لكون الاستثمار يمكنها من استغلال مواردها الطبيعية و يساهم في تنمية بنيتها التحتية،ويطور مختلف الصناعات من خلال ما يقدمه من أصول متنوعة منها رأس المال، التكنولوجيا،القدرات و المهارات الإدارية وصولا إلى الأسواق الأجنبية،كما يقوم بتدريب الأيدي العامة المحلية،ويعزز من بناء القدرات اللازمة للإنتاج والابتكار وروح المبادرة داخل الاقتصاد المحلي.

يعتبر الاستثمار العنصر الجوهري في نجاح و تنمية اقتصاديات الدول في ظل ازدياد حدة التنافس على رؤوس الأموال،ومن هنا بدأت الدول النامية بجذب الاستثمارات الأجنبية باعتماد الوسائل التي تهدف إلى تحسين المناخ الاستثماري و توفير المزايا و الضمانات من خلال بيئة قانونية ملائمة و إصلاحات اقتصادية و ضريبية لاستقطاب المستثمرين،أين كانت تلجأ هذه الدول عادة إلى إبرام عقود طويلة المدة مع أصحاب رؤوس الأموال من المستثمرين المحليين و الأجانب بحسب ما تقتضيه الإستراتيجيات الاقتصادية و الخطط التنموية لكل دولة،وبسبب توسع التجارة الدولية،وتأثير العولمة على النشاطات الاقتصادية،بقيت حقوق المستثمرين تعاني في العديد من الدول من عقبات غير متوقعة،ممايثير العديد من المنازعات بين المستثمرين و الدول المضيفة لاستثماراتهم،الأمر الذي استدعى البحث عن وسائل بديلة لتسوية هذا النوع من المنازعات بطريقة تتماشى و طبيعة تلك المعاملات،ونتيجة لظهور العديد من المنازعات الناجمة عن عقود الاستثمار وضرورة تسويتها،برز التحكيم كنظام قضائي خاص لتسوية منازعات عقود الاستثمار و بات يفرض نفسه بإلحاح لما يتمتع من مزايا أدت إلى تشجيع اللجوء إليه كوسيلة فعالة لإنهاء الخصومة

التي نشأت أو التي يمكن أن تنشأ في عقود الاستثمار بين الدولة باعتبارها صاحبة سيادة و سلطة فيما يتعلق بمواردها الطبيعية و أهدافها الاقتصادية،والمستثمر الذي يهدف إلى تحقيق أهدافه الشخصية،مما يجعل هذا الأخير في حاجة إلى تأمين نفسه بعدد من الضمانات القانونية بوجود الدولة في العقد،و على الاعتماد على نظام التحكيم الذي أصبح النظام الأمثل و القضاء الطبيعي في هذا المجال.

نظرا لما يشوب القضاء من بطئ الإجراءات و الفصل في النزاع و نقص الخبرة وعدم التخصص لدى القضاة في مجال منازعات عقود الاستثمار،بالإضافة إلى رغبة المستثمرين في الهروب من تطبيق القوانين الوطنية للدولة المضيفة،كلها عوامل ساعدت على تفضيل أطراف العلاقة العقدية في مجال الاستثمار الالتجاء إلى التحكيم و الاعتماد عليه باعتباره النظام الأمثل بدلا من القضاء.

أهمية الموضوع:

تتجلى أهمية الموضوع من خلال خصوصية عقود الاستثمار التي تكمن في أطرافها لوجود الدولة أو أحد أشخاصها الاعتبارية طرفا فيها،مما يجعل من المستثمر في حاجة إلى تأمين نفسه بعدد من الضمانات القضائية لحماية رؤوس أمواله،و هنا تتضح أهمية دراسة هذا الموضوع،إذ أن التحكيم له خصوصية خاصة في منازعات عقود الاستثمار يميزه عن غيره من المنازعات الأخرى.

أهداف الدراسة:

الهدف من دراسة التحكيم في عقود الاستثمار هو الوصول إلى حل النزاع بإرادة الطرفين بطريقة بديلة عن القضاء نظرا لخصوصية عقود الاستثمار من حيث أطرافها ومحلها المرتبط بمشاريع ضخمة، بالإضافة إلى اختلاف المصالح بين الدولة باعتبارها صاحبة سيادة تهدف إلى الحفاظ على مواردها الطبيعية وتنمية اقتصادها،و المستثمر الذي يهدف إلى تحقيق مصالحه الشخصية والحفاظ على رؤوس أمواله.

لذلك بات من الضروري طمأنة المستثمر بضمانة التحكيم بدلا عن القضاء وتشجيع

الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لما يوفر لهم من مزايا كسرعة الفصل في النزاع، السرية ومرونة الإجراءات.

أسباب اختيار الموضوع:

إن اختيارنا لهذا الموضوع راجع لعدة أسباب ذاتية وأخرى موضوعيه.

الأسباب الذاتية:

تعود الأسباب الذاتية إلى رغبتنا في معالجة هذا الموضوع بطريقة موضوعية ودقيقةومتطابقة مع مبادئ وأسس إعداد البحوث الأكاديمية، ولميولنا الكبير لنظام التحكيم كقضاء خاص ووسيلة بديلة عن القضاء لتسوية منازعات عقود الاستثمار، بالإضافة إلى إثراء رصيدنا المعرفي.

أما الدوافع الموضوعية تتمثل في:

إظهار دور التحكيم كضمانة قضائية بديلة عن القضاء تساهم في تشجيع الاستثمار وجذب رؤوس الأموال ،كما أنه من الملاحظ مؤخرا زيادة اللجوء إلى التحكيم خاصة في عقود الاستثمار ذات الطابع الدولي.

إشكالية الدراسة:

انطلاقا مما تقدم يمكن حصر الإشكالية فيما يلي:

إلى أي مدى يعتبر التحكيم ضمانة إجرائية فعالة في تسوية منازعات عقود الاستثمار؟

تتفرع عن هذه الإشكالية التساؤلات الفرعية التالية:

- كيف عالجت التشريعات التحكيم في عقود الاستثمار؟
- فيما تتمثل مبررات اللجوء إلى التحكيم في تسوية منازعات عقود الاستثمار؟
- هل وفق المشرع في فض منازعات عقود الاستثمار؟
- ما هي إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار؟

المنهج المتبع:

للإجابة على الإشكالية المطروحة،اعتمدنا على المنهج التحليلي وذلك بتحليل النصوص

القانونية المتعلقة بالتحكيم، كمااستعنابالمنهج الوصفي من أجل وصف واستعراض المفاهيم المتعلقة بموضوع التحكيم في عقود الاستثمار،وفي بعض الحالات استعنا بالمنهج المقارن من خلال إجراء مقارنات بين التشريع الجزائري والتشريعات الأخرى.

تقسيم الدراسة:

لمعالجة موضوع التحكيم في عقود الاستثمار، تم تقسيم البحث إلى فصلين، الفصل الأول نتناول فيه مفهوم التحكيم في عقود الاستثمار الذي بدوره ينقسم إلى مبحثين، المبحث الأول يتضمن نظام التحكيم في عقود الاستثمار، بينما يتضمن المبحث الثاني مبررات اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار.

أما بالنسبة للفصل الثاني فخصصناه إلى النظام القانوني للتحكيم في عقود الاستثمار والذي قسم إلى مبحثين، المبحث الأول يشمل الاتفاق على التحكيم في منازعات عقود الاستثمار،في حين يتضمن المبحث الثاني القانون المطبق على إجراءات التحكيم في عقود الاستثمار.

الفصل الأول:

مفهوم التحكيم في عقود الاستثمار

أوجب التطور المذهل في المجال الاقتصادي على الدول أن تكفل استثمارات سواء داخلية أو أجنبية، و ذلك بخلق قوانين تشجع الاستثمار و تحمي الاستثمارات والمستثمرين على حد سواء بحيث نجد أن المشرع الجزائري نظم مجموعة من المبادئ متعلق بترقية الاستثمار ،لصالح كل من المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي و التي يكون موضوعها تعهد من جانب الدولة المضيفة بتوفير حقوق المستثمر الأجنبي في حرية ممارسة استثماره وضمان حرية رأسماله وعدم التعرض له بنزع ملكيته وعدم حرمانه من تحويل رأسماله والأرباح المحققة عن خارج الدولة المضيفة أي أن الدولة المضيفة تضع الآليات التي تشكل الضمانات القانونية لحماية الاستثمار الأجنبي من كل ما قد يلحق به من مخاطر على إقليمها.

حاجة الجزائر للاستثمار الوطني والأجنبي لتحقيق التنمية الاقتصادية دفعت المشرع الجزائري إلى تخصيص مجموعة من الضمانات القانونية موجهة خصيصاً للمستثمر الأجنبي بغية طمأنته للاستثمار في الجزائر وذلك من خلال استفادته من مبدأ المعاملة العادلة و المنصفة ومسايرة الوضع الاقتصادي، سعيا منه لجلب المستثمرين،فتبنى المشرع الجزائري التحكيم كوسيلة لفض النزاعات التي قد تثور وكذا إمكانية اللجوء للتحكيم كجهة لتسوية النزاعات.

فاللجوء للتحكيم كفكرة لجلب المستثمرين تلعب دورا هاما خاصة ما للتحكيم من أثر عالمي على المستثمرين كونه أيسر من القضاء الداخلي.

فالغاية من التحكيم التي يراها البعض هو لجوء المستثمرين إليه بعد الاتفاق بغرض حماية حقوقهم المتعلقة بمشاريعهم الاستثمارية لاسيما في الخارج، كما يمنح للمستثمر طمأنينة نظرا لتبني الدولة للتحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاعات المتعلقة بعقود الاستثمار.

لدراسة هذا الفصل وجب علينا تقسيمه إلى مبحثين،المبحث الأول درسنا فيه نظام التحكيم في عقود الاستثمار،أما المبحث الثاني فنتناول فيه مبررات اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار.

المبحث الأول: نظام التحكيم في عقود الاستثمار

يعد التحكيم في عقود الاستثمار من أهم الضمانات التي يطالب بها المستثمر الأجنبي لحماية رؤوس أمواله، فعلى الرغم من تعدد الوسائل التي تمكن أطراف النزاع من اللجوء إليها

لتسوية نزاعاتهم القانونية، إلا أن نظام التحكيم ظل الأكثر سيطرة على قائمة الوسائل المفضلة والمقنعة لدى المستثمر الأجنبي لتسوية وفض منازعاته مع الدولة المستضيفة ، لذلك تلجأ الدول الجاذبة للاستثمار إلى تبني التحكيم كضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمارات على أراضيها حتى أنه دفعا للكثير من الدول أن تدرج في صلب قوانينها المشجعة للاستثمار نصوصاً صريحة تفيد قبولا لتحكيم كوسيلة إجرائية لفض منازعات الاستثمار ،هذا لما يحققه من فعالية مهمة في حسم النزاعات باعتباره وسيلة محايدة ومستقلة ومشبعة مع رغبة المستثمرين.

يعتبر التحكيم الآن بديلاً لنظام التقاضي أمام المحاكم التي تنظمها الدولة،لأنه يتميز عن غيره بالفصل في المنازعات بدون الإجراءات الصارمة التي يخضع لها نظام التقاضي.

لذلك نتناول في هذا المبحث مكانة التحكيم في التشريع كمطلب أول ثم في المطلب الثاني المبادئ اللازمة لضمان فاعلية التحكيم في عقود الاستثمار.

المطلب الأول: مكانة التحكيم في التشريعات

بعد صدور قوانين الاستثمار في العديد من الدول، حرصت هذه الأخيرة في قوانينها إلى تبني ضمانات ومزايا من أجل استقطاب وجذب المستثمرين،غير أنه في غياب وسيلة التحكيم أصبحت هذه المزايا والضمانات المقدمة من قبل الدول غير محببة لدى المستثمر وهذا راجع إلى مكانة التحكيم كضمانة للمستثمر، مما جعل اللجوء إلى تكريس هذه الضمانة ألا وهي التحكيم [1].

حتى أنه على الصعيد الدولي تم تكريس التحكيم،أين أخذ مكانته وذلك من خلال الاتفاقيات الدولية التي بدورها نصت على التحكيم مباشرة، فهي تعتبر من أهم مصادر القواعد المادية في القانون الدولي الخاص وبطبيعة الحال القواعد التي تنضم بعض العقود الدولية ومن بينها عقود الاستثمار، مما أدى بالمستثمر إلى الوثوق في التحكيم والتمسك به كشرط أساسي في إبرام عقود الاستثمار[2].

لقد قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين سنتناولهما كالآتي: الفرع الأول التحكيم في الاتفاقيات الدولية، ثم الفرع الثاني التحكيم في التشريع الجزائري

[1] – خالد كمال عكاشة،دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، بيروت، 2014، ص 163

[2] - خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 163.

الفرع الأول: التحكيم في إطار الاتفاقيات الدولية

أعطت الاتفاقيات اهتمام كبيرا للتحكيم، وذلك لتمكين ومنح المستثمر ضمانا نتيجة الظروف التي قد تتغير أو تطرأ على عقود الاستثمار أو أن الدولة المستقطبة للاستثمار قد تتخذ تغييرات تمس بصالح الأطراف وهذا الضمان يمنح لهم الحق في عرض وإحالة الفصل في النزاع القائم في مجال عقود الاستثمار على التحكيم الدولي، ومن بين أهم الاتفاقيات التي ساهمت في تكريس التحكيم مايلي:

أولا ـ الاتفاقيات الدولية المكرسة للتحكيم:

تناولت الاتفاقيات الدولية فكرة التحكيم في عقود الاستثمار على النحو التالي:

1ـ اتفاقية نيويورك:

تتكون هذه الاتفاقية من عدة مواد وهي تتمحور حول الاعتراف بالتحكيم وكذا تنفيذ أحكام التحكيم في سائر الدولة المنضمة إليها ،وهذا ما جاءت به المادة الأولى الفقرة الأولى منه، أين أصبح بموجبها يصدر قرار تحكيمي في دولة ما ويعترف به ويتم تنفيذه في دولة أخرى مصادقة على الاتفاقية ويطلب منها تقييد القرار التحكيمي وإعطاءه الصيغة التنفيذية من أجل التنفيذ[1].

بالإضافة أن الفقرة الثانية من نفس المادة من الاتفاقية اعترفت بمراكز التحكيم الدولية ،أين نصت على انه لا يقتصر مصطلح قرارات التحكيم على القرارات التي يصدرها محكمون معنيون لكل قضية،بل يشمل أيضا القرارات التي تصدرها هيئات تحكيم دائمة يحتكم إليها الأطراف[2].

ألزمت الدول بالاعتراف بأي اتفاق مكتوب بين الطرفين والذي يتضمن اللجوء إلى التحكيم الخلافات التي تنشأ عن عقود الاستثمار بحيث يمكن تسويته عن طريق التحكيم،كما ألزمت المحكمة في أي دولة متعاقدة يعرض عليها النزاع أن يحيله للتحكيم في حالة طلبه من قبل أحدهم[3].

2ـ اتفاقية واشنطن:

تم إعداد هذه الاتفاقية من قبل البنك الدولي للإنشاء والتعمير في سنة 1965 ودخلت حيز

---

[1] – المرسوم الرئاسي 88 ـ 233 الموافق 05 نوفمبر 1988 المتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك10 يونيو 1958والخاصة باعتماد القرارات التحكمية الأجنبية وتنفيذها. ج ر 1988 عدد 48 ص 1599.

[2] – لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار ،مكتبة زين الحقوقية،بيروت ، د ط، 2008، ص 245 .

[3] – مناني فراح،التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى،الجزائر، دط، 2010، ص359.

التنفيذ عام 1966 بعد انضمام 20 دولة وانضمت إليها بعض الدول العربية.

نظرا للنجاح الذي حققه التحكيم كآلية لفض منازعات التجارة الدولية؛أخذ البنك الدولي للإنشاء والتعمير على عاتقه مهمة إعداد اتفاقيات دولية أطلق عليها الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدولة وبين رعايا الدول الأخرى " يسميها البعض مجازا اتفاقية واشنطن لمنازعات الاستثمار"والمبرمة في مدينة واشنطن بتاريخ18مارس 1965،ودخلت حيز النفاذ في 14 أكتوبر19 ،وقد وقع على اتفاقية واشنطن158دولة حتى سنة 2013،منها 147 دولة هي التي أودعت وثائق التصديق على الاتفاقية،بينهم 14 دولة عربية،والتي من بينها الجزائر البحرين ،مصر ،الأردن ،الكويت ،لبنان ،المغرب ،سلطنة عمان السعودية،السودان ،سوريا،تونس،الإمارات و اليمن[1].

وتهدف اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار إلى:

أ- طمأنة المستثمرين الأجانب وتشجيعهم على الاستثمار في دول العالم الثالث،بما يضمن تسوية المنازعات الناشئة عن هذا الاستثمار من خلال فض المنازعات التي تنشب بين المستثمر الأجنبي وبين الدولة المستثمر فيها المال الطرف في الاتفاقية ،ويكون ذلك بطريق التحكيم والمصالحة وتطبق هيئة التحكيم القواعد الدولية المنصوص عليها في الاتفاقية الدولية.

ب-إيجاد القواعد القانونية الموحدة التي تهدف إلى تبسيط إجراءات التوافق والاستعانة بشخصيات مستقلة لها طابع قضائي تقوم بمهمتها طبقا لقواعد محددة تقبلها الأطراف المعنية.

ج- إيجاد الجو المناسب والمشجع لرأس المال الأجنبي في مجالات التنمية الاقتصادية وذلك عن طريق إيجاد توازن بين مصالح المستثمرين ومصالح الدول التي يتم فيها الاستثمار.

بموجب هذه الاتفاقية تم إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)،حيث يمتد الاختصاص القانوني للمركز إلى أية خلافات قانونية تنشأ مباشرة عن الاستثمار" أيا كان نوعه" بين دولة متعاقدة ،بشرط موافقة طرفي النزاع على تقديمها للمركز،ولا يحق لأي من الطرفين الانسحاب من هذه الموافقة دون قبول الطرف الأخر ،وعلى هذا الأساس فإن مجرد انضمام الدولة إلى اتفاقية واشنطن لا يعني قبولها لتسوية المنازعات أمام الأكسيد بشكل تلقائي وإنما يلزم

[1] – حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار الهومة، الجزائر د ط، د س ن، ص 63.

موافقتها على ذلك[1].

3ـ اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي:

ظهرت هذه الاتفاقية للتنفيذ بتاريخ: 1964/01/07 وذلك وفقا لما جاء في نص المادة 10 منها في الفقرة الثامنة، أصبح سارية المفعول بتاريخ :1965/10/18 [2].

نصت هذه الاتفاقية مباشرة على التحكيم في نصوص موادها الأولى، مكرسة ومشجعة على التحكيم في مجال عقود التجارة الدولية، كما نصت على تنظيم التحكيم وأيضا على أهلية الأشخاص المعنوية في القانون العام للتحكيم [3].

ثانيا- التحكيم في الاتفاقيات العربية:

من أهم الاتفاقيات العربية التي أعطت للتحكيم أهمية بالغة لحل المنازعات التي قد تثار في مجال عقود الاستثمار نجد منها:

1 ـ اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي

وقع عدد كبير من الدول الأعضاء في الجامعة العربية في الرياض اتفاقية للتعاون القضائي بتاريخ 06 أفريل1983م،والتي نصت على وجوب وجود اتفاق مكتوب بين الأطراف بموجبه الخضوع للتحكيم للفصل في نزاع معين، فبموجب هذه الاتفاقية فإن الحكم التحكيمي يجب أن يكتسي صيغة التنفيذ في بلد المنشأ وبلد التنفيذ ولا يجوز رفض تنفيذ الحكم التحكيمي إلا إذا خالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب وأيضا في الحالات التالية:

أ–إذا كان قانون الطرف المتعاقد المطلوب إليها لاعتراف أو تنفيذ الحكم لا يجيز موضوع النزاع عن طريق التحكيم، فلا يكفي أن يكون موضوع النزاع خاضعا للتحكيم في البلد الذي حصل فيه بل يتوجب أيضا أن يكون التحكيم معترفا به في البلد الذي يطلب فيه تنفيذ القرار التحكيمي[4].

---

[1] – بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، ط1، 2009، ص 146.

[2] – لما أحمد كوجان، المرجع السابق،ص 252.

[3] – المرجع نفسه،ص 253.

[4] – المادة 37 من المرسم الرئاسي رقم 01 ـ47، المتضمن المصادقة على اتفاقية الرياض العربية للتعاونالقضائي، ج ر ،11، 2001.

ب –إذا كان حكما لمحكمين صادرا تنفيذ لشرط أو لعقد تحكيم باطل،أو لم يصبح نهائيا .

الاتفاقية بوضعها هذا الشرط، تجيز للمحكمة النظر في صحة الشرط التحكيمي،ولكن دون أن تحدد وفقا لأي قانون أو قانون البلد الذي صدر فيه القرار التحكيمي أو قانون البلد الذي طلب فيه التنفيذ وعليه فان الاتفاقية تتضمن نقصا في هذا المجال.

ج ـإذا كان المحكمون غير مختصين طبقا لعقد أو شرط التحكيم،أو طبقا للقانون الذي صدر بموجبه حكم المحكمين.

تنتج صلاحيات المحكمين من إرادة الفرقاء المعبر عنها في الاتفاق التحكيمي ،أو في الشرط التحكيمي،أوفي قانون التحكيم الخاص بالمكان الذي صدر فيه القرار.

لقاضي التنفيذ إذن الصلاحية في التحقق،مما إذا كان المحكمون قدت جاوزوا صلاحياتهم المحددة.

د – إذا كان الخصوم لم يعلنوا بالحضور على الوجه الصحيح ،والاتفاقية تكرس هنا مبدأ وجاهية المحاكمة واحترام حقوق الدفاع[1].

2 ـ الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية

تم إعداد هذه الاتفاقية في تونس سنة 1982 , وقد صادقت على الاتفاقية كل الدول الأعضاء في جامعة الدول العربية وأيضا الجزائر في سنة 1995[2].

تهدف هذه الاتفاقية إلى توفير مناخ ملائم للاستثمار العربي وإلى تسهيل انتقال رؤوس الأموال العربية وتوظيفها داخل الدول العربية، فبالإضافة إلى الضمانات المالية،والقانونية والضريبية التي تمنحها الاتفاقية للمستثمر العربي ،تعطي الاتفاقية ضمانات من أجل اللجوء للتحكيم حيث وضعت الاتفاقية نظاما للتوفيق والتحكيم يطبق على الأطراف المتنازعين، ولكن التحكيم وفق هذا النظام ليس إلزاميا.

لقد أفردت الاتفاقية العربية فصلا كاملا لموضوع تسوية المنازعات الناشئة عن تطبيقها؛ حيث نصت المادة 25 على انه تتم تسوية تلك المنازعات عن طريق التوفيق أو التحكيم أو

[1] – المادة 37 من المرسم الرئاسي رقم 01 ـ47، المتضمن المصادقة على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي.

[2] – المرسوم الرئاسي رقم 95 ـ 306،المؤرخ في 12جمادي الأول1410 الموافق لـ 07 أكتوبر1995 المتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية،ج ر،59، 1995، ص 4.

اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية،كما نصت المادة 26 على أن يكون التحكيم والتوفيق وفقا للقواعد والإجراءات الواردة في ملحق الاتفاقية[1].

3 ـ اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987

وقعت الدول العربية الاتفاقية العربية للتحكيم الدولي بصيغتها النهائية بعمان في 1987 ومن أهم ما جاءت به هذه الاتفاقية أن يتم الخضوع للتحكيم إما بإدراج شرط التحكيم في العقد أو باتفاق لاحق كما أقرت هذه الاتفاقية على إنشاء المركز العربي للتحكيم التجاري،حيث يؤكد المركز العربي للتحكيم التجاري على الأهمية البالغة التي صارت للتحكيم في التجارة الدولية،فإنشاؤه استغرق زمنا طويلا من البحث والتمحيص والمناقشات بحيث انطلق قرار إنشائه من قناعة أصبحت عامة في الأوساط التجارية العربية،و التي ارتكزت على ضرورة رعاية وإنماء التحكيم ليؤدي دوره كمحرك ضامن للتجارة الدولية،فإذا كانت التجارة العربية الدولية تغذي الهيئات الدائمة للتحكيم بهذا القدر من الدعاوى،فلماذا لا يكون للبلاد العربية مركزها التحكيمي،هكذا تحولت الفكرة إلى مشروع لاتفاقية عربية للتحكيم الدولي تم إعداده في مجلس وزراء العدل العرب بعد قرار اتخذ فيها لاتفاق على إنشاء هيئة عربية دائمة للتحكيم التجاري و كلفت الأمانة العامة للمجلس بإعداد دراسة علمية حول إنشاء هيئة عربية دائمة للتحكيم وأرفقتها بأسباب موجبة وبمذكرة توضيحية،وقد أنشأت الاتفاقية مؤسسة دائمة تسمى بالمركز العربي للتحكيم التجاري مقرها الرباط تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة وتلحق إداريا وماليا بالأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب[2].

تطبيقا للاتفاقية على النزاعات التجارية الناشئة بين أشخاص طبيعيين أو معنويين أيا كان جنسياتهم يربطهم تعامل جاري مع إحدى الدول الأعضاء أو أحد أشخاصها أو تكون لهم مقر رئيسية فيها[3].

4. اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين

[1] – المادتين 25و26 من المرسوم الرئاسي رقم 95 ـ 306،المتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية.

[2] – المادة 03 و12 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري،الأردن،1987.

[3] – المادة 02 و12 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري.

مواطني الدول العربية الأخرى:

أرادت الدول العربية عندما حصل الثورة النفطية عام1973 أن تستفيد من اتفاقية واشنطن بوضعها صيغة عربية لهذه الاتفاقية على شكل" اتفاقية لتسوية المنازعات ما بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى".

وهكذا تم الانتقال من اتفاقية دولية إلى اتفاقية إقليمية ،ومن اتفاقية جاءت نتيجة للجهود التي بذلها مسؤولي البنك الدولي في واشنطن إلى اتفاقية هي ثمرة الجهود التي بذلها مسؤولي مجلس الوحدة الاقتصادية للدول المنضمة إلى الجامعة العربية[1].

وقد تم توقيع اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بتاريخ 10 يونيو 1974 من قبل البلدان التالية :الأردن – السودان – سوريا – العراق – مصر – الكويت – اليمن – الإمارات العربية.

هذه الاتفاقية لم تكن إلا تعبيرا عن الرغبة في إنشاء سوق موحدة عربية ، فكانت تشكل أحد المشاغل الرئيسية لمجلس الوحدة الاقتصادية العربية وقد استكملت هذه الاتفاقية بالاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية والتي دخلت حيز التنفيذ في سبتمبر عام1981، قبل ذلك كانت اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار قد وقعت وتهدف إلى إنشاء مؤسسة عربية لضمان الاستثمار وقد دخلت حيزا لتنفيذ بتاريخ 1 مايو 1974 وهي تحيل أيضا المنازعات التي تنشأ عن تنفيذها إلى التحكيم.

أكدت هذه الاتفاقيات أن التحكيم يعتبر وسيلة إجرائية لضمان الاستثمارات والخيار الذي اعتمدته المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ليس إلا تأكيد على أهمية التحكيم.

إن اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى،مأخوذة عن اتفاقية واشنطن وهي تشكل في الواقع تكييفا لهذه الأخيرة يتناسب مع متطلبات الاستثمار العربي.

الفرع الثاني: التحكيم في التشريع الجزائري

أصبح التحكيم الوسيلة الرسمية لحل النزاعات التي تثور في منازعات عقود الاستثمار الوطنية و الأجنبية،وهذا راجع للتطور الاقتصادي للتجارة، لذلك كان على الدول مسايرة هذا التطور

[1] – مجلة المحامي،الإتحاد الوطني لمنظمات المحامين، منظمة المحامين ناحية سطيف العدد38،جوان 2023، ص177.

بسن قوانين تعكس هذا التطور و رغبتها في استقطاب المستثمرين.

فالجزائر كان موقفها من التحكيم بداية رافضة ،وذلك بالنظر لاسترجاع سيادتها وتبنيها التوجه الاشتراكي و السيادي فقد كانت حريصة على ممارسة سيادة كاملة والتحكيم يتنافى ومقتضيات سيادتها الوطنية ولا يخدم مصالحها ،إلا أن موقف السلطات الجزائرية بدأ يتغير اتجاه التحكيم نتيجة التغيرات السياسية والاقتصادية التي عرفتها البلاد ،ولمسايرة الأوضاع الاقتصادية خاصة اقتصاد السوق وما يطلق عليه بالعولمة ،أكد على إمكانية اللجوء إلى قواعد التحكيم الدولي كضمان إضافي لصالح المستثمرين الأجانب،فقد توضح الموقف الرسمي بشكل نهائي بعد انضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك لسنة1958 وبدأت الجزائر في تغيير نظامها القانوني لأن استقبال الأجانب يستدعي وضع ميكانيزمات تهدف إلى الانضمام،وبعد المصادقة على هذه الاتفاقية أعادت تنظيم المؤسسات التحكيمية بغية منها إلى استقطاب الأجانب إليها من أجل الاستثمار[1].

فالمشرع الجزائري وكغيره من الدول المستعمرة , قام بسن قوانين لحماية سيادته أولا ثم تبنى التحكيم فيها.

أولا: التحكيم في قوانين الاستثمار

لقد سن المشرع الجزائري عدة قوانين من أجل النهوض بالاستثمار و تطوير الاقتصاد ،لذلك سنتطرق إلى هذه القوانين كل على حدا وحسب الترتيب الزمني وذلك على النحو التالي:

01ـ القانون رقم 13/82 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد و تسييرها

لم يسمح هذا القانون بإمكانية اللجوء إلى التحكيم الدولي لفض النزاعات،إذ تعرض نزاعات الشركة المختلطة الاقتصاد التي تنشأ بين الطرفين الشريكين في المشروع (الجزائري والأجنبي)على المحاكم الجزائرية طبقا للقانون الجزائري،كما تعرض النزاعات الناتجة عن تعاملات هذا المشروع مع بقية المؤسسات على التحكيم الإجباري المتكون من لجنة وطنية للتحكيم مؤلفة من ممثلين لمختلف الوزارات،ولجان ولائية للتحكيم يحدد الوالي أعضاءها، وبهذا يكون القانون 82-13في نص المادة 53 قد أغلق الباب أمام التحكيم الدولي بطريقة صريحة [2].

[1]-مجلة المحامين،المرجع السابق،العدد 38 ،ص 17.

[2] – المادة 53 من القانون رقم 82 ـ 13، المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد و تسييرها، ج ر 35، 1982 .

02 ـ المرسوم التشريعي رقم12/93 المتعلق بترقية الاستثمار

هذا المرسوم أخذ بمبدأ اختصاص القضاء الجزائري في فض منازعات المستثمرين الأجانب،غير أنه أشار إلى إمكانية اللجوء إلى التحكيم الدولي، حيث أنه يعرض أي نزاع يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية،إما بفعل المستثمر وإما نتيجة لإجراء اتخذتها لدولة الجزائرية ضده،على المحاكم المختصة إلا إذا كانت هناك اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية ،تتعلق بالصلح أو يسمح للأطراف بالاتفاق على إجراء الصلح باللجوء إلى تحكيم خاص[1].

03 ـ الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار

لم يختلف الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار عن القانون رقم 93-12 حيث نصت المادة 17 منه على أنه" يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي و الدولة 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 و التحكيم أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص في بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص"[2].

04 ـ القانون رقم 09.16 المتعلق بترقية الاستثمار

جاء قانون الاستثمار رقم 16 ـ 09 الموافق لـ 03 أوت 2016 معززا لآلية التحكيم حين نصت مادته رقم 24 على أنه " يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا"[3].

استثناءا يكون التحكيم في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة و التحكيم أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند التسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص.

---

[1] – المادة 41 من المرسوم التشريعي رقم 93ـ 12،المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر 64، 1993.

[2] – المادة 17 من لأمر رقم 01 ـ 03،المتعلق بتطوير الاستثمار ، ج ر 47 ، 2001 .

[3] – المادة 24 من القانون رقم : 16 ـ 09 ، المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر 46 ،2016 .

05 ـ القانون رقم 22 ـ 18 المتعلق بالاستثمار

أكد المشرع الجزائري بموجب قانون الاستثمار رقم: 22 ـ 18 الموافق لـ 24 يوليو 2022 على تبني التحكيم كضمانة قضائية لفض المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار و هذا ما نصت عليه المادة 12 على أنه "زيادة على أحكام نص المادة 11 أعلاه،يخضع كل خلاف ناجم على تطبيق أحكام هذا القانون بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة ما لم توجد اتفاقيات ثنائية أو متعدد الأطراف صادقت عليها الدولة الجزائرية تتعلق أحكامها بالمصالحة و الوساطة و التحكيم أو إبرام اتفاق بين الوكالة المذكورة في المادة 18 أدناه التي تتصرف باسم الدولة و المستثمر،تسمح للأطراف اللجوء إلى التحكيم"[1].

من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري كرس التحكيم كضمانة قضائية للمستثمر ،وذلك في حالة وجود نزاع قائم أو محتمل الوقوع في عقود الاستثمار.

ثانيا: التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

جسد المشرع الجزائري فكرة التحكيم في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وذلك في الأمر رقم 66-154 المعدل و المتمم،المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، الصادر في الجريدة الرسمية لسنة 1966 ،العدد 47، و كذا من خلال القانون رقم : 08-09 المؤرخ في 18صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير من سنة 2008[2]،المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وذلك على النحو التالي :

01:الأمر رقم 66-154 الموافق لـ 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية:

اتخذ المشرع الجزائري بعد الاستقلال موقفا معاديا للتحكيم التجاري ،خاصة وأن الجزائر كانت متعطشة لممارسة سيادتها الكاملة، حيث تم إصدار قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966.

[1] – المادة 24 من القانون رقم : 16 ـ 09،المتعلق بترقية الاستثمار

[2] – المادة 12 و18 من القانون رقم 22 ـ 18، المتعلق بالاستثمار، ج ر 50 ،2022

نص المشرع الجزائري في الباب الثامن على التحكيم وذلك في المادة 442 على أنه"يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها.

ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم".

غير أنه في نفس المادة جعل أشخاص القانون العام ليس لهم الاحتكام للتحكيم حين نصت نفس المادة على أنه "كما أنه لا يجوز للدولة ولا الأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم".

أما المادة 443 من نفس القانون نصت على أنه"يحصل اتفاق التحكيم أمام المحكمين الذين يختارهم الخصوم ويثبت الاتفاق إما في محضر أو في عقد رسمي أو عرفي"[1].

02ـالقانون رقم:08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

نص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المنشور في الجريدة الرسمية عدد 21 لسنة 2008 عن التحكيم في نص المادة 975 على أنهلا يجوز لأشخاص المذكورة في نصالمادة 800 من نفس القانون أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الإتفاقيات[2] الدولية التي صادقت عليها الجزائر و في مادة الصفقات العمومية ، كما أنه في الباب الثاني منه في نص المادة 1006 على أنه " يمكن لكل شخص لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام
وحالة الأشخاص و أهليتهم كما لا يجوز الأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

أما في نص المادة 1039 من القانون السالف الذكر فاعتبرت أن التحكيم دوليا متى كان التحكيم الذي يخص النزاعات متعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين فأكثر[3].

المطلب الثاني:المبادئ اللازمة لضمان فاعلية التحكيم في عقود الاستثمار

تسعى الدولة الجالبة للمستثمرين إلى تبني التحكيم كضمانة إجرائية للمستثمر خاصة

[1] – المادة 442و443، من الأمررقم 66 ـ 154،المتضمنقانونالإجراءات المدنية،ج.رالعدد، 47، 1966.

[2] – المادة 800 و975 من القانون رقم 08 ـ 09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،ج.ر ،21، 2008.

[3] – المادة 1006و 1039، من القانون رقم 08 ـ 09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم.

الذي يتمسك به خوفا من تطبيق قانون الدولة المضيفة لكون التحكيم أصبح له مميزات خاصة تميزه عن جميع طرق فض النزاعات التي تثور في مجال عقود الاستثمار،وقد يحاول أحد الأطراف الانسحاب من عملية التحكيم بعد الموافقة بغرض إحباط عملية التحكيم وعن إصدار هيئة التحكيم حكمها ويكونا ذلك غالبا في منازعات عقود الاستثمار،أين تدفع الدولة بغرض الانسحاب بدفوع من شأنها أن تحبط عملية التحكيم [1].

يستلزم لتحقيق فعالية التحكيم كضمانة إجرائية لحسم منازعات الاستثمار تبنى العديد من المبادئ القانونية والتي تتمثل باستقلال شرط التحكيم عن عقد الاستثمار وأيضا اختصاص المحكمين بالفصل في النزاع (مبدأ الاختصاص بالاختصاص)،فضلاً عن ذلك عدم قبول دفع الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها بعدم أهليتها للتحكيم،وهذا ما سنتناوله ضمن الفروع الثلاث التالية،فبالنسبة للفرع الأولدرسنا استقلال شرط التحكيم عن عقد الاستثمار و الفرع الثاني مبدأ الاختصاص بالاختصاص و أما الفرع الثالث عدم قابلية قبول دفع الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها بعدم أهليتها للتحكيم.

الفرع الأول:مبدأ استقلال شرط التحكيم عن عقد الاستثمار

يقصد بذلك استقلال الاتفاق المبرم على شكل شرط التحكيم والمدرج ضمن بنود عقد الاستثمار عن هذا الأخير ومن المؤثرات التي تؤثر بصحتهِ وأيضا لا يتأثر ذلك الاتفاق سواء كان في صورة شرط التحكيم بصحة العقد المتعلق بالعقد الأصلي.

تبين لنا من ذلك أن بطلان عقد الاستثمار لا يؤثر على شرط التحكيم المدرج ضمن بنود هذا العقد والعكس الصحيح أي أن بطلان شرط التحكيم لا يؤثر على عقد الاستثمار وهذا ما يؤدي إلى تحقيق الفعالية المطلوبة للتحكيم كضمانة إجرائية للمستثمرين في فض المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار[2].

هذا ما أخذ به المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في نص المادة 1040 الفقرة 04 أين نصت على أنه" لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب

[1] – خالد كمال عكاشة، المرجع السابق،ص 183.

[2] – المرجع نفسه،ص 183.

عدم صحة العقد الأصلي"[1].

الفرع الثاني: مبدأ الاختصاص بالاختصاص

يقصد بمبدأ الاختصاص بالاختصاص هو أن يختص المحكم بتحديد اختصاصه ونظر المنازعات المتعلقة باختصاصه وتحديد نطاق سلطته وتقرير فيما إذا كان النزاع صحيحاً أم غير ذلك ونتيجة لذلك لو اعترض أحد أطراف النزاع بعدم اختصاص محكمة التحكيم في الفصل في النزاع أو بعدم وجود اتفاق يشير اللجوء إلى التحكيم فإن الذي يفصل في ذلك هم المحكمين أنفسهم وليس للمحكمة القضائية أن تفصل في مسألة اختصاص المحكمين وهذا ما يؤدي إلى أبراز فعالية التحكيم كوسيلة ضامنة لحسم منازعات الاستثمار من خلال السرعة في حسمالمنازعات بعيداً عن طريق المماطلة وأضاعت الوقت[2].

فالمشرع الجزائري بموجب نص المادة 1044من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تبنى هذا المبدأ حين نصت المادة السالفة الذكر على أنه"تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها و يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع "، كما أن الفقرة الثانية منه نصت على أن "تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع "[3].

الفرع الثالث:مبدأ عدم الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة

يقصد بذلك أن الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها لا يمكن أن تتحجج وتدفع بعدم أهليتها لإبرام اتفاق التحكيم حتى تمانع أو تتخلص من اتفاق التحكيم مع المستثمر الذي سبقت وأن وافقت عليه بمحض إرادتها[4].

يذهب رأي في الفقه أن مبدأ عدم قبول دفع الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها بعدم أهليتها للتحكيم بعد موافقتها على اللجوء إلى التحكيم يعتبر من المبادئ المستقرة في

[1] – المادة 1040من القانون رقم 08 ـ 09، المعدل والمتمم، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

[2] – بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص85.

[3] – المادة 1044من القانون رقم 08 ـ 09، المعدل و المتمم،المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

[4] - خالد كمال عكاشة، المرجع السابق،ص 191.

التحكيم الدولي[1].

كما أجازت أغلب التشريعات للدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها بأن تكون طرفا في اتفاق التحكيم وذلك تماشيا مع الوضع الاقتصادي الحديث.

المشرع الجزائري نص صراحة في المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه "لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية" و الأشخاص المذكورة في المادة 800 من القانون السالف الذكر هم:الدولة،الولاية،البلدية،المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية أو الهيئات العمومية الوطنية و المنظمات المهنية الوطنية [2].

المبحث الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار

يلعب التحكيم دورا هاما في حل وحسم المنازعات التي يمكن أن تثار بين أطراف عقود الاستثمارخاصة من خلال المميزات التي يتمتع بها وأنه كان يحكمه اتفاق مسبق وتوجه إرادة الأطراف إليه فالبعض يعتبر التحكيم أمرا حتميا بشأن هذه العقود.

فالتحكيم أصبح الوسيلة المفضلة لدى رجال المال والأعمال والمستثمرين كبديل للقضاء الرسمي لما له من مزايا.

كما يرى بعض الفقه على أنه رغم أن التحكيم يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات فيما يتعلق بالسلطتين القضائية والتنفيذية، حيث أن لجوء الدولة إلى التحكيم للفصل في منازعات العقود الإدارية يعتبر تحييد السلطة القضائية المختصة أصلا بالفصل في المنازعات كافة ومنها تلك المتعلقة بالعقود الإدارية بصفة عامة،إلا أن الطبيعة الخاصة لعقد الاستثمار باعتباره من عقود التجارة الدولية وكذا من عقود الاستثمار الدولية خاصة عندما يكون المستثمر من جنسية أجنبية، فإن التحكيم يعتبر الوسيلة الأفضل والطريق الأحسن لفض النزاعات الناشئة عنه،ويرجع ذلك لعدة مبررات[3]من بينها تلك التي لها علاقة بالمستثمر و درسناها في المطلب

---

[1] – بشار محمد الأسعد،نفس المرجع، ص 91

[2] ـ المادة 800 و975 من القانون رقم 08 ـ 09 المعدل و المتمم، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

1– خالد كمال عكاشة ،المرجع السابق ،ص 165

الأول بعنوان مبررات اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار بالنسبة للمستثمر وأخرى متعلقة بخصوصية التحكيم نفسه المطلب الثاني بعنوان مبررات اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار بالنظر لخصوصية التحكيم.

المطلب الأول: أسباب اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار بالنسبة للمستثمر

تتسم عقود الاستثمار بطبيعة خاصة ناجمة عن طبيعة أطراف العقد ومن ناحية محل العقد أين موضوع العقد يتعلق بمشروع ضخم يكلف الملايين الدولارات ويتطلب خبرات فنية ،مما يخلق خوفا لدى المستثمر خاصة لما يكون الاستثمار في دولة أجنبية.

فخوف المستثمر من عدم حياد القضاء الوطني للدولة المضيفة أهم مبرر والذي سنتناوله في الفرع الأول وكذا اعتبار المستثمر أن التحكيم أكبر ضمانة له في عقود الاستثمار ندرسه في الفرع الثاني ،وأخيرا كفاءة المحكمين حماية لحقوق المستثمر في الفرع الثالث.

الفرع الأول: خوف المستثمر من القضاء الوطني

يعتبر القضاء الوطني الجهة الرسمية و الأصيلة المختصة بالفصل في المنازعات التي تثار في عقود الاستثمار بين المستثمرين، فتعتبر الدولة في حالة تعاقدها وفقا لأي نمط طرف غير عادي من حيث المزايا خاصة السيادية التي تتمتع بها،بحيث يمكن لها أن تُخلب حياد القضاء خاصة إذا كان نظام الفصل بين السلطات غير معمول به بالشكل اللازم أو غياب الشفافية والنزاهة لدى القضاء الوطني، حتى ولو كان كذلك فإنه في نظر المستثمر الأجنبي يعتبره قضاء غير محايد خاصة عندما يعرض عليه نزاع يتعلق بالمصالح الاقتصادية لبلده، وبالتالي في حالة اعتياد الدولة اللجوء إلى القضاء لتسوية نزاعاتها التي تثور في العقود التي تكون طرفا فيها، فإن عقد الاستثمار يمتاز بميزة أساسية وهي توفره في العديد من الحالات على العنصر الأجنبي، فالتحكيم وإن كان يعتبر فينظر الدولة كطريق ثانوي،فإنه بالنسبة للمستثمر يعتبر كشرط أساسي للتعاقد[1].

وعليه فإن المستثمر عند تفاوضه مع الدولة فإنه في غالب الأحيان ما يضع شرط اللجوء إلى التحكيم لتسوية أي نزاع قد يثور في المستقبل بين الطرفين كبند أساسي في البنود التي

[1] - أحمد سيد أحمد محمود،التحكيم في عقود الشراكة،دار النهضة العربية،مصر، ط1، 2013،ص28.

يتضمنها العقد،ويستبعد اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة خوفا من ميله لصالح دولته،وبالتالي تخوفه من أن تكون هذه الأخيرة خصما وحكما في آن واحد وأيضا خوفه من طول إجراءات التقاضي التي قد تؤدي إلى الإضرار بمصالحه[1].

الفرع الثاني: التحكيم ضمانة إجرائية للمستثمر

يسعى المستثمر من أجل استثمار أمواله في الدولة من خلال بحثه عن الضمانات التي تعطيه أكبر قدر من الأمان و الاطمئنان،وذلك لتحقيق الربح المراد به من الاستثمار، ومن بين هذه الضمانات ضمانة التحكيم، وبالتالي فإن المستثمر يشترط على الدولة المضيفة في حالة قيام نزاع في المستقبل أن يتم عرضه على هيئة تحكيمية ، كما أن الدولة تهدف إلى جلب رؤوس الأموال الأجنبية عن طريق التشجيع على الاستثمار سواء كان مباشر أو غير مباشر،عن طريق تقديمها للعديد من الضمانات، والتي يعتبر التحكيم من بينها، والذي يعتبر في هذه الحالة كضمانة للتشجيع على الاستثمار وعليه فإن التحكيم أصبح هو القضاء الطبيعي في هذا المجال خاصة أن التحكيم يبدد مخاوف المستثمرين بشأن القضاء الدولة العادي والذي قلما يكون مرحب به لدى المستثمرين الأجانب في فض نزاعاتهم في مجال عقود الاستثمار[2].

عدم خضوع التحكيم لأي جهة رسمية أو دول لها مصلحة، هذا ما يعكس ضمان التحكيم و يؤكد للمستثمرين الحياد اللازم توفره في التحكيم خلال المنازعات التي تثور في عقود الاستثمار مما يعطي للمستثمرين رغبة و تمسك بالتحكيم في عقود الاستثمارو أيضا أصبح المستثمر لا يثق بقضاء الدولة المتعاقد معها أو في قوانينها خاصة أن القاضي يتأثر بالدوافع الوطنية.

أما في حالة غياب هذه الضمانة فقد تؤدي إلى عدم تحمس المستثمرين إلى الاستثمار في الدولة نظرا لعدم قناعتهم بمختلف الضمانات الممنوحة في غياب ضمانة اللجوء إلى التحكيم[3].

وبالتالي فما على الدول خاصة الدول النامية سوى القبول بالتحكيم كضمانة للمستثمرين خاصة الذين يحملون جنسية أجنبية،حتى تشجع على جلب رؤوس الأموال الأجنبية التي هي في

[1] – بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 21 .

[2] – خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 170.

[3] – بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 24.

حاجة إليها وفي الجزائر، فإن ما جاء به التشريع في هذا الشأن منصوص عليه في القانون رقم 16 ـ 09المتعلق بترقية الاستثمار.

ويظهر ذلك جليا في المادة 24 منه التي تنص على أنه في حالة وجود اتفاق مع المستثمرين يتم وضع بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص[1].

الفرع الثالث: كفاءة المحكمين حماية لحقوق المستثمر

يعتبر المحكم خبير في مجال اختصاصه، وفي حالة قيام نزاع بين طرفي عقد الاستثمار في مجال ما فإنه ما يقومان بعرض هذا النزاع على محكم خبير غالبا ما يكون مختص في موضوع النزاع وهذا ما يمنح ضمانة وثقة للطرفين خاصة للطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة المضيفة،على كفاءة وعدالة المحكم .

بحيث يتيح نظام التحكيم للطرفين المتنازعين اختيار من يشاء من خبراء مختصين ليفصلوا في النزاع في أسرع وقت، كما أن تعدد المحكمين يتيح الفرصة لوجود أكثر من خبير في الهيئة التحكيمية الأمر الذي يؤدي إلى الفصل في النزاع على نحو أفضل.

كما أنه لا يشترط في المحكم أن يكون رجل قانون فقط،وإنما أن يكون متمتعا بالإضافة إلى ذلك بالكفاءة والدراية بالأمور التجارية والاقتصادية على حسب اختصاصه،والأهم من ذلك أن تكون له مؤهلات تمكنه من فهم طبيعة النزاع المعروض أمامه[2].

حيث أن كل الاتجاهات تتجه لصالح التحكيم خاصة في المعاملات مع الأجانب والمعاملات الدولية وذلك بفضل هيئات التحكيم التي لاقت تشجيعا كبير من الأمم المتحدة.

المطلب الثاني: خصوصية التحكيم في عقود الاستثمار

يتمتع التحكيم بخصوصية منفردة عن جميع طرق حل المنازعات التي قد تنشب بين أطراف فالتحكيم له دورا هاما في حسم النزاع الذي يثور بين أطرافه بحيث أصبح الأطراف في عقود الاستثمار يحبذون اللجوء إلى التحكيم في حسم منازعاتهم ويرجع ذلك إلى المزايا والخصوصية التي يتمتع بها التحكيم خاصة أن المنازعة متعلقة باستثمارالنزاع وهذه الخصوصية تمنح

[1] – لزهر بن سعيد،التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة،دار هومة،الجزائر،د ط ،2012ص18 .

[2] – محسن جميل جريح، التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، ط1، 2016، ص 81.

هذه الأخيرة بدورها للمستثمرين أسباب ومبررات اللجوء إليه[1].

فلجوء الأطراف المتعاقدة في عقود الاستثمار إلى التحكيم لا يستند على أساس أنها في نطاق التجارة الدولية فقط وإنما على أساسيات وأسباب متعلقة بالمستثمر وأسباب متعلقة بمميزات التحكيم أيضا.

وتتمثل هذه المبررات في عدة خصوصيات ومميزات والتي سنتناولها كمبررات اللجوء إليه وهي: خصوصية بساطة إجراءات المتعلقة بالتحكيم كفرع أول وأيضا خصوصية محافظة التحكيم على العلاقة بين الطرفين كفرع ثاني، أم الفرع الثالث فدرسنا فيه خصوصية عدالة التحكيم كمبرر للجوء إليه.

الفرع الأول: خصوصية التحكيم للمحافظة على علاقة الأطراف كمبرر للجوء إليه

قسمنا هذا الفرع إلى خصوصية بساطة إجراءات التحكيم وثانيا إلى محافظة التحكيم على علاقة الأطراف كنقطة ثانيا.

أولا: بساطة التحكيم كمبرر للجوء إليه:

تكمن بساطة إجراءات التحكيم في كون أنها تحدد من قبل الأطراف المتنازعة بهدف ربح الوقت،ويكون ذلك عن طريق اختصار للإجراءات المعروفة أمام الجهات القضائية والتي تمتاز بطول مدتها وطول الآجال للفصل في النزاع إلى الحد الذي يضر بمصالح المستثمر هذا من جهة ومن جهة أخرى اختصار لدرجات التقاضي،حيث تصدر هيئات التحكيم حكم بات،الأمر الذي يؤدي إلى سرعة إصدار حكم التحكيم.

فمن بين أسباب عدم لجوء أطراف عقد الاستثمار إلى القضاء الوطني في حالة قيام نزاع بينهما،هو طول إجراءات القضاء العادي (الوطني)،عكس التحكيم الذي يمتاز بسرعة إجراءاته ، حيث يقوم أطراف النزاع بتحديد الإجراءات مسبقا و بالتبعية يؤدي إلى سرعة إصدار قرار التحكيم ،كما يمتاز من خلال إجراءاته المتمثلة في سماع الأطراف وتطبيق القانون المختار من قبل الأطراف على موضوع النزاع وصولا إلى إصدار حكم التحكيم،بمدتها لقصيرة التي تعتبر أقصر بكثير من تلك المتعلقة بالقضاء الوطني، بحيث تمتد العملية التحكيمية، التي تختتم بصدور الحكم

[1] – مناني فراح، المرجع السابق، ص 86.

النهائي فيها، من 03أشهرإلى 06 أشهر،وقد حددها المشرع الجزائري بـ 4 أشهر في نص المادة 1018من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاءت كما يلي" يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجلا لإنهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف 4 أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم"، مع العلم أن المنازعة أمام الهيئة التحكيمية لا توقف عملية تنفيذ العقد [1].

أما في حالة عرض النزاع أمام القضاء الوطني فإنه في غالب القضايا المتعلقة بمجال الاستثمار قد يؤدي إلى طول مدة الفصل فيها، وفي انتظار صدور حكم القضاء يبقى تنفيذ العقد مجمدا مما يؤدي إلى تجميد الاستثمارات وحركة رؤوس الأموال، وميزة عقود الاستثمار أن المستثمر لا يقبل عرض نزاعاته مع الدولة المضيفة على قضائها،كما أن متطلبات التجارة الدولية تقتضي السرعة، وبالتالي فإن النزاع الذي ي يثار في عقود الاستثمار يتطلب الاستعجال أي السرعة في الفصل في نزاعه، لأنه في حالة عرضه على القضاء الوطني فقد يمتد الفصل فيه إلى مدة زمنية طويلة يمكن أنت تضِر بمصلحة أحد الطرفين خاصة المستثمر، وبالتالي تصبح الإجراءات أمام المحكمة عقبة حقيقية تحول بينه وبينه اقتضاء حقه[2].

لذلك فإن مدة عقد الاستثمار قد تكون طويلة ممكن أن تصل إلى10 أو 20 سنة، وبالتالي لا يمكن عرض النزاع على القضاء الوطني نظرا لطول إجراءاته التي قد تزيد في مدة العقد زيادة تضر بمصلحة الدولة بنسبة كبيرة، كما يمكن أن تؤدي طول مدة الفصل في النزاع من قبل القضاء الوطني إلى تغير في الظروف الاقتصادية والسياسية، وفي هذه الحالة قد يطلب المستثمر تعويضا من الدولة على ما فاته من الربح الذي كان سيحققه لولا لم يتم عرض النزاع على القضاء الوطني،وهذا ما يميز عقد الاستثمار الذي يتطلب اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعاته عن العقود الأخرى أهمها الصفقات العمومية،التي يمكن في حالة قيام نزاع بين المتعاقد مع الإدارة والإدارة نفسها اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة وتحديدا إلى القضاء الإداري وذلك لا يشكل أي عائق أمام الطرفين كون أن الإدارة العامة أبرمت العقد مع المتعاقد معها في إطار

[1] – مناني فراح، التحكيم ، المرجع السابق ،ص 86 و87

[2] – خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 166.

قواعد القانون العام من خلال شروطها التي تفرضها عليه والتي لا يمكن أن تفرضها على المستثمر في عقد الاستثمار.

من خلال ذلك كله فإن المستثمر خاصة الأجنبي يضع في حسبانه كل ذلك ويشترط على الدولة المضيفة منذ البداية اللجوء إلى التحكيم في حالة حدوث نزاع في المستقبل،وذلك حتى يُفصل فيه في أسرع وقت ممكن[1].

ثانيا: المحافظة على العلاقة بين الطرفين كمبرر للجوء إلى التحكيم

يعتبر التحكيم طريق التسوية النزاع عن طريق التفاهم بين الطرفين وليس طريقا نزاعيا فظا وعنيفا مثل القضاء الرسمي وبعد تسوية النزاع غالبا ما تستمر العلاقة بين الطرفين المتخاصمين، أما القضاء الوطني غالبا ما ينهي العلاقة بين الطرفين وعدم استمرارهما في التعاون مع بعضهما،ذلك لأن كل منهما يسعى إلى استعمال أساليب الكيد للطرف الآخر حتى يضمن صدور الحكم لصالحه ،كما أن هيئة التحكيم تتمتع بحرية أوسع وأكبر من الحرية التي يتمتع بها القاضي في المحكمة[2].

فالتحكيم يتيح للشريكين فرصة واسعة لتقديم وشرح وجهات نظرهم ومناقشتها مع المحكم ومع الطرف الآخر، كما أن للمحكم الوقت الكافي للنظر في النزاع عكس القاضي الذي لا يملك الوقت الكافي للاستماع إلى جميع وجهات نظر الأطراف وحججهم،ذلك بسبب كثرة القضايا المعروضة أمامه.

يتلاشى العقد بين الأطراف لأنهم اتفقوا على اللجوء إلى التحكيم بإرادتهم الحرة وقبلوا مسبقاً ما يصدره المحكم من قرارات ويقومون بتنفيذها طواعية واختيارا منهم،هو ما يجعل حكم المحكم و كأنه صادر من مجلس العقد،ومن ثم يترتب عليه إحلال الوئام محل الخصام،ويكون له أثر فعال في تحقيق السلم الاجتماعي واستمرار المعاملات و استقرارها مسبقا ومستقبلا.

الفرع الثاني: عدالة التحكيم كمبرر للجوء إليه

تعتبر عدالة التحكيم أهم مبرر وسبب من أجل اللجوء للتحكيم بدل القضاء العادي وذلك لأسباب ومميزات التحكيم في إظهار العدالة من خلال إجراءاتها، فالسرية و الحرية

[1]- حسان نوفل، المرجع السابق، ص 21.

[2] - خالد كمال عكاشة، المرجع السابق،ص181.

في الاختيار تجعل كل من الأطراف النزاع في مجال عقود الاستثمار يتمسك بالتحكيم في فض النزاعات وهذا ما تطرقنا إليه بموجب هذا الفرع.

أولا: السرية في التحكيم

يتم النظر في النزاعات التي يعرضها الخصوم على هيئة تحكيمية بطريقة سرية، بحيث يحرص أطراف النزاع في عقد الاستثمار على سرية الإجراءات والعملية التحكيمية حتى يتم الحفاظ على ما تتضمن هذه العقود من شروط ومن عمليات تم الاتفاق عليها،بحيث يؤدي الكشف عنها فقدانها لقيمتها الاقتصادية، لأن المستثمر يفضل خسارة دعواه عل الكشف عن أسراره التجارية أو الصناعية خاصة فيما يتعلق بنقل التكنولوجيا والتي تمثل في نظره قيمة أعلى من قيمة الحق الذي يناضل من أجله،فجلسات التحكيم تُجرى سرا بحضور الأطراف فقط ونتائجها لا تعلن للجمهور و لا تنشر بواسطة وسائل الإعلام المختلفة،كما أن أسرار طرفي النزاع لا يعلم بها سوى هيئة التحكيم المختارة[1].

هكذا فتعتبر أسرار التجارة العالمية ذات أهمية بالغة،لأن إفشاء السر قد يكون له أثر سلبي على مُقدم المعلومة وكذا على طرفي النزاع، كما أنه لا يمكن الإفشاء عن أسرار العملية التحكيمية إلا بترخيص من صاحب هذه المعلومة السرية،ومثاله أنه لا يمكن الترخيص لمحامي أحد الأطراف بتزويد الإعلام عن نتائج العملية التحكيمية إلا بموافقة الأطراف كليهما.

فالسرية في إجراءات التحكيم تعتبر مبدأ أساسي في التقاضي،وهي من إحدى مزاياه التي من أجلها يلجأ أطراف النزاع إلى التحكيم في حسم منازعاتهم، فالتحكيم ليس مجرد قضاء خاص ولكنه علاوة انه قضاء خاص فإن طابع السرية الذي يضفي عليه يعطي طمأنينة للمستثمرين المتنازعين[2].

لذاك السرية يحبذها الأطراف في عقود الاستثمار خاصة أنهم لا يرغبون من أن تكون أمورهم متاحة للكافة، بحيث قد تضر بهم وبمصالحهم وأعمالهم.

[1] – مناني فراح،التحكيم، المرجع السابق،89.

[2] – خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 168.

ثانيا: تمسك المستثمر بشرط التحكيم

التحكيم يحقق العدالة وذلك بما يوفره من ضمانات،عكس القضاء الوطني الذي قد لا يحقق القدر الكافي من العدالة لصالح الأطراف،والذي قد يضر بمصلحة أحد الأطراف دون الآخر عن طريق تحقيق مصلحة ما لطرف على حساب طرف آخر.

فالتحكيم يعطي للأطراف حرية اختيار المحكم الذي يثقون فيه والذي يكون متحررا من أي نصوص قانونية بما يستطيع أن يقود العملية التحكيمية إلى الحل الأوسط وبطريقة عادلة، كما يمكن للمحكم أن يقود طرفي النزاع إلى التصالح الذي يمكن أن يتحقق بموجبه مصلحة كلا الطرفين،وبالتالي يخرج كلاهما من العملية التحكيمية بدون خسارة.

كما أن التحكيم يمتاز بعدم خضوعه لأية جهة رسمية، فضلا عن عدم خضوعه لأي قانون غير الذي يختاره المحكمين،وهذا بعكس القضاة في المحاكم الذي ن يجب أن يلتزموا بنصوص القانون، فالتحكيم أكثر قدرة على تحقيق العدالة وهو الهدف الذي يجب أن يسعى إليه المحكم من أجل الوصول إلى حكم عادل. كما أن التحكيم من شأنه تحقيق عدالة يهدف إليها الأطراف،ولعل ما يساعد على ذلك هو أن الأطراف هم من يختارون المحكمين،ونوع التحكيم الذي يرغبون في إتباعه سواء كان تحكيم مؤسسي أو تحكيم حر،تحكيم بالقانون أو تحكيم بالصلح[1].

ثالثا: حرية الاختيار بين التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي

يعتبر التحكيم وسيلة خاصة لفض النزاعات التي تعتمد على اتفاق الأطراف وبناء على هذا الاتفاق يمكن للأطراف الاتفاق على اللجوء إلى تسوية منازعاتهم إلى التحكيم الحر الخاص أو التحكيم المؤسسي[2].

فالتحكيم الخاص يطلق عليه أيضا التحكيم الحر أو التحكيم الذاتي فهو تحكيم أعد لحالة خاصة بعينها سواء من حيث تشكيلة هيئة التحكيم أو من حيث القواعد الإجرائية التي تطبق عليه، لذلك هو يحتاج ممن يختاره من الأطراف أخذ عناية في تحديد كافة القواعد التي تنظمه.

ويتميز التحكيم الخاص بأنه يغلب أن يكون أقل تكلفة وأكثر مرونة وسرعةويسود اللجوء

[1] – بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 21

[2] – محسن جميل جريح، المرجع السابق، ص42.

إليه في بعض المنازعات.

أما التحكيم المؤسسي أو تحكيم الهيئات الدائمة هو أن يختار الأطراف إدارة لإجراء التحكيم وفقا لقواعد مؤسسة تحكيمية معينة وبمساعدتها ويجب على الأطراف الاتفاق صراحة على المؤسسة التحكيمية التي سيتم اللجوء إليها ويكون ذلك في شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم.[1]

[1] – مجلة المحامي الإتحاد الوطني لمنظمات المحامين، منظمة المحامين ناحية سطيف العدد 39 ، ديسمبر 2023 ص 39 .

خــلاصــة الفصل الأول

لقد تم تكريس نظام التحكيم في أغلب التشريعات بحيث أصبح الوسيلة المفضلة لدى الأطراف من أجل فض المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار،و المشرع الجزائري بدوره اعتبر التحكيم كوسيلة بديلة عن القضاء و ضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار،و لضمان فعالية التحكيم يجب التقيد بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن عقد الاستثمار و مبدأ الاختصاص بالاختصاص لنظر النزاع بهدف عدم وقف التحكيم و تيسير إجراءاته فضلا عن عدم الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة للأطراف لاسيما للدولة بخصوص دفعها بعدم أهليتها أو لعدم تمسكها بحصانتها القضائية،و يتم اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار نظرا لخصوصيته بالنسبة للمستثمر ناهيك عن تمتع التحكيم في عقود الاستثمار من مزايا تميزه عن غيره.

الفصل الثاني:

النظام القانوني للتحكيم في عقود الاستثمار

تلجأ معظم الدول خاصة التي تسير نحو طريق النمو إلى إبرام عقود استثمار طويلة المدة لاستقطاب المستثمرين وجذب رؤوس الأموال ونقل التكنولوجيا و توفير مناصب شغل دائمة،ولقد زاد اهتمام الدول بالتحكيم في عقود الاستثمار،إذ يعتبر وسيلة لتسوية المنازعات بطريقة تتماشى مع طبيعة هذه العقود،بحيث يمكن للأطراف اختيار محكميهم ونوع التحكيم المناسب لهم، كما يوفر لهم فرصة اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع و إجراءات التحكيم،كما يعد التحكيم ضمانة أساسية لاسيما للمستثمر الأجنبي الذي عادة ما يكون جاهلا بقوانين الدولة المستضيفة.

لذلك ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين: المبحث الأول نتطرف فيه إلى الاتفاق على التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، ثم في المبحث الثاني نتعرض إلى القانون المطبق على إجراءات التحكيم في عقود الاستثمار.

المبحث الأول: الاتفاق على التحكيم في عقود الاستثمار

نظرا لخصوصية عقود الاستثمار التي تتميز عن غيرها من العقود بعدم التكافؤ بين الأطراف المتعاقدة لوجود الدولة أو أحد أشخاصها الاعتبارية العامة طرفا فيها،كما تتسم هذه العقود بكثرتها و تنوعها من حيث المحل،وارتباطها بخطط التنمية الاقتصادية للدولة المستضيفة ظهرت الحاجة إلى نظام التحكيم كآلية إجرائية لتسوية المنازعات الناشئة عن هذه العقود و تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار،ولذلك فإن أكثر المسائل التي تثير الخلاف أثناء المفاوضات الخاصة بإبرام هذه العقود هي مسألة تحديد النظام القانوني الحاكم لهذه العقود،و أهم مرحلة تبدأ بها الخصومة التحكيمية هي مرحلة الاتفاق المتمثلة في:شرط التحكيم و مشارطة التحكيم بالإضافة إلى شرط التحكيم بالإحالة،و بما أن التحكيم عمل اختياري بالنسبة للأطراف المتعاقدة فإنه من الضروري أن يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل المتنازع عليها.

لذلك نتعرض إلى صور اتفاق التحكيم ضمن المطلب الأول فيما نخصص المطلب الثاني إلى القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم في عقود الاستثمار.

المطلب الأول:صور اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار

تتميز عقود الاستثمار عن غيرها من العقود المبرمة في إطار العلاقة التجارية الدولية باحتوائها على شروط لا تتضمنها العقود الأخرى،ومن أبرز هذه الشروط التي ينص عليها عقد الاستثمار: شرط التحكيم، مشارطة التحكيم وشرط التحكيم الإحالة.

الفرع الأول:شرط التحكيم

تناول المشرع الجزائري شرط التحكيم في المادة 1007 من قانون الإجراءات الإدارية والمدنية والتي نصت على أنه "الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".

أولا. شروط التحكيم:نكون بصدد شرط التحكيم عند توفر الشروط التالية:

01- يجب أن يكون اتفاق الأطراف سابقا على نشوء النزاع أي أن يكون الأطراف قد اتفقوا سلفا على تسوية ما يثور بينهم من منازعات عن طريق التحكيم[1].

02- يرد شرط التحكيم في صورة بند من بنود العقد الأصلي أو في المعاملة الأصلية بين الأطراف، ففي الحالة الأولى يتحقق هذا الشرط في صورة بند يتم كتابته في العقد ويقوم أطرافه بكل حرية بتحديد مضمونه ، ولا يشترط التقيد بصيغة معينة أو بألفاظ محددة بل يشترط ما يفيد اللجوء إلى التحكيم عند حدوث النزاع بخصوص العقد[2].

03- قد يرد شرط التحكيم في اتفاق مستقل عن العقد الأصلي وبتاريخ لاحق للعقد الأصلي،وهذا ما أشارت إليه المادة 07 الفقرة 1 من القانون النموذجي لليونسترال، حيث نصت على أنه "و يجوز أن يكون اتفاق التحكيم في عقد أو صورة اتفاق مستقل ".

ثانيا: أنواع شرط التحكيم:يتنوع شرط التحكيم بحسب مجال ما يتناوله في عقد الاستثمار وكذلك من حيث تنظيمه للتحكيم عند وقوع نزاع مسبق بين أطراف العقد الأصلي.

01 – شرط التحكيم من حيث المجال:

ينقسم إلى شرط تحكيم عام وخاص

1- لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي،دراسة مقارنة بين قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 و قانون الإجراءات الإدارية و المدنية الجزائري رقم 09 لسنة 2008، دار الفكر الجامعي،ط1، ش سوتير الإزاريطة، الإسكندرية ، 2010 ، ص.50

2- عبد الباسط محمد عبد الواسع،شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي دراسة مقارنة،دار الجامعة الجديدة، د ط، ش سوتير الإزاريطة،الإسكندرية،2014،ص 63.

أ–شرط التحكيم العام:هو النص الذي بموجبه تلتزم الأطراف المتعاقدة بإحالة أي نزاع يتعلق بأية نقطة في العقد الأصلي إلى التحكيم دون استثناء وذلك كأن ينص في العقد على ما يلي:

" أي خلاف يقع بين طرفي هذا العقد والذي ينشأ عن هذا العقد أو ما يتعلق به يحال إلى التحكيم للفض فيه"[1].

ب–شرط التحكيم الخاص:هو النص الوارد بالعقد الأصلي والذي تلتزم بموجبه الأطراف بإحالة بعض المنازعات إلى التحكيم دون البعض الأخر قبل نشوء النزاع[2].

مما سبق ذكره أعلاه يمكن القول بأن شرط التحكيم هو اتفاق أطراف التحكيم على إحالة ما قد يثور بينهم من منازعات بشأن هده العلاقة إلى التحكيم،وقديرد شرط التحكيم في صورة بند من بنود العقد الأصلي، أو في صورة اتفاق مستقل عن العقد الأصلي.

02–شرط التحكيم من حيث تنظيمه لعملية التحكيم:

ينقسم إلى شرط تحكيم تحضيري وشرط تحكيم منظم

أ–شرط التحكيم التحضيري: وهو أن ينص شرط التحكيم بإحالة ما قد يثور من منازعات مستقبلا بشأن العقد الأصلي إلى التحكيم دون تنظيم أو ترتيب،وهذا يعني أنه بمجرد وقوع النزاع لابد من اتفاق ثاني بين الأطراف لوضع اتفاق تحكيم خاص، أو بعبارة أخرى مجرد وقوع النزاع لا بدمن تنظيم للتحكيم المتفق عليه في العقد[3].

ب– شرط التحكيم المنظم:وهو أن يتضمن شرط التحكيم نصوصا منظمة للتحكيم بشأن تشكيل المحكمة وعدد المحكمين والعدد الذي يقوم كل طرف بتعيينه وكيفية اختيار رئيس المحكمة وجنسية المحكمين ومكان التحكيم ولغته وما إلى ذلك من تفاصيل وإجراءات[4].

الفرع الثاني: مشارطة التحكيم

تناول المشرع الجزائري مشارطة التحكيم في المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نصت على أن"اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل بموجبه الأطراف عرض

1– حسان نوفل،المرجع السابق، ص 52.

2– مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1،عمان، الأردن ،1431 هـ – 2010، ص 26.

3- حسان نوفل،المرجع نفسه،ص 53.

4– خالد محمد القاضي،موسوعة التحكيم التجاري الدولي،دار الشروق،ط 1،القاهرة،2002، ص 174.

نزاع سبق نشوؤه على التحكيم ".

يتضح من خلال هذا النص أن مشارطة التحكيم هي اتفاق أطراف التحكيم على تسوية ما ثار بينهم من منازعات قائمة بواسطة التحكيم.

حتى نكون أمام صورة مشارطة التحكيم يجب توفر ما يلي:

أولا-الاتفاق على مشارطة التحكيم بعد نشوء النزاع: يتم الاتفاق على مشارطة التحكيم إلا بعد نشوء النزاع، ووقوع الخلاف بين أطراف العلاقة التعاقدية، كون مشارطة التحكيم عبارة عن اتفاق يبرمه الأطراف استقلالا عن العقد الأصلي بعد نشوء نزاع فعلي بهدف اللجوء إلى طريق التحكيم لفض هذا النزاع[1].

ثانيا-اللجوء إلى مشارطة التحكيم في حالة خلو العقد من شرط أو بند التحكيم:

يتم اللجوء إلى مشارطة التحكم إلا إذا خلا العقد الذي تم إبرامه بين الأطراف من شرط التحكيم، فإذا وجد هذا الأخير فإنه يغني عن تحرير تلك المشارطة[2]،فيتم إبرام مشارطة التحكيم من أجل عرض هذا النزاع على التحكيم لحله، ولذلك فهي اتفاق بينهم بمناسبة نزاع قائم فعلا.

ثالثا-وجوب توفر شروط صحة العقد:

تعد المشارطة عقدا في موضوع نزاع نشأ فعلا ولذلك يشترط لصحة عقد المشارطة ما يشترط لصحة العقود الأخرى، وتعد من العقود المسماة قد تبطل المشارطة بسبب من الأسباب الواقعية باعتبارها عقدا مستقلا[3].

رابعا-ضرورة تحديد المسائل المتنازع عليها:

يجب تحديد المسائل المتنازع عليها والتي يرغب الأطراف في عرضها على المحكمين في صلب مشارطة التحكيم وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من خلال نص المادة 1012ق إ م إ[4]،حيث أوجب تحديد موضوع النزاع وأسماء المحكمين وكيفية تعيينهم في مشارطة التحكيم وإلا كانت باطلة، وهذا عكس شرط التحكيم الذي لا يحدد موضوع النزاع كونه لم ينشأ بعد ويواجه نزاعا محتملا قد يثور وقد لا يثور في المستقبل.

---

[2]- حسان نوفل المرجع السابق،ص 54.

[3]- مراد محمود المواجدة، المرجع السابق،ص 29.

[4]- المادة 1012 من القانون رقم 09- 08 المعدل والمتمم،المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

تجدر الإشارة إلى أن معظم التشريعات الوطنية قد أخذت بجواز اللجوء إلى التحكيم عن طريق مشارطة التحكيم كما أن الاتفاقيات الدولية لاسيما القانون النموذجي لليونسترال و كذا اتفاقية نيويورك لسنة 1958 اعتبرت مشارطة التحكيم كأسلوب لفض المنازعات القائمة بين أطراف التحكيم.

الفرع الثالث: شرط التحكيم بالإحالة

أجاز المشرع الجزائري الاتفاق على اللجوء إلى إجراء التحكيم بالإحالة ضمنيا من خلال نص المادة 1008 ف 1 من ق إ م إ،و التي تنص على أنه "يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الاتفاقية التي تستند إليها ".

فمن خلال هذا النص اتضح لنا أن المشرع الجزائري أجاز التحكيم بالإحالة من حيث المبدأ إلا أنه لم يحسم الخلاف حول الشروط اللازمة لصحة هذا الطريق من طرق الاتفاق على التحكيم[1].

يعتبر شرط التحكيم بالإحالة من الصور المعاصرة لاتفاق التحكيم و مفاده أن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرطا صريحا للتحكيم،بل اكتفى الأطراف بالإشارة أو الإحالة إلى عقد سابق بينهم أو إلى عقد نموذجي،وذلك لتكملة النقص أو سد الثغرات التي تعتري عقدهم[2]،وكان العقد السابق أو النموذجي يحتوي على بند أو شرط التحكيم فيسري أثر هذا البند على العقد الجديد ما دام قد تمت الإحالة على بنوده.

أولا:شروط التحكيم بالإحالة

تقتضي صورة التحكيم بالإحالة توافر الشروط التالية :

01–الكتابة : يجب أن يكون شرط التحكيم مكتوبا سواء ورد هذا الشرط في عقد الأساس أو وثائق أخرى أحيل إليها هذا العقد،وهذا ما أشارت إليه المادة السابعة الفقرة الثانية من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي لسنة1985 بنصها " تعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم شريطة أن يكون العقد مكتوبا و أن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءا من العقد"،وتكمن أهمية الكتابة في عملية إثبات

[1]– قبايلي طيب،المرجع السابق،ص 124.

[2]– لزهر بن سعيد،كرم محمد زيدان النجار،المرجع السابق،ص 52.

شرط التحكيم بالإحالة عند إنكاره من طرف أحد الطرفين.

02-خلو العقد الأساسي من بند يشير صراحة إلى اللجوء للتحكيم:يتحقق هذا الشرط عندما لا يتضمن العقد الأساسي بند التحكيم،بحيث تتجه إرادة الأطراف المتعاقدين إلى الأخذ بالشروط العامة أو العقود النموذجية لتنظيم أحكام العقد أو لتكملة ما ورد من أحكام[1]،إذ يحيلون في علاقاتهم الأصلية إلى شروط نموذجية أو غير ذلك من الشروط المعدة بواسطة الأطراف،أو إحدى هيئات الدولية المتخصصة أو التجمعات المهنية[2].

03-الإرادة الصريحة للأطراف: يجب أن تكون إرادة الأطراف صريحة تتجه إلى الالتزام بشرط التحكيم وأن تكون مصحوبة بالإشارة إلى وجود الشرط في المستند المحال إليه.

04-علم الأطراف المتعاقدة بوجود شرط التحكيم بالإحالة:يجب أن يتضح من الإحالة علم الأطراف بوجود الشرط سواء كان ذلك صراحة من خلال إطلاعهم على المستند المتضمن شرط التحكيم أو ضمنيا من خلال وجود معاملات متكررة بين الأطراف،ومتى اتفق المتعاقدون على الأخذ بالإحالة،يصبح شرط التحكيم المحال إليه جزء لا يتجزأ من العقد،ومن ثم لا يستطيع أحد الأطراف أن يدعي بجهله فيمابعدبشرط التحكيم الوارد به[3].

ثانيا: موقف التشريعات المقارنة و القضاء

يعتبر شرط التحكيم بالإحالة ضرورة ملحة في عقود الاستثمار لاسيما من حيث السرعة في إنجاز المعاملات،واللجوء إلى الشروط النموذجية عند إبرام مختلف عقود الاستثمار كعقود الاستثمار البترولية أو الخدمات البترولية،عقود نقل التكنولوجيا والمساعدات الفنية و غيرها من عقود الاستثمار لذلك عملت القوانين الوطنية للدول على الإشارة بصحة شرط التحكيم بالإحالة، كما حكم القضاء بصحة هذا الشرط في العديد من القضايا.

01-التشريعات المقارنة: ورد شرط التحكيم بالإحالة في العديد من التشريعات العربية والغربية.

أ -الإحالة في بعض التشريعات العربية:

[1]- مراد محمود المواجدة،المرجع السابق،ص 30

[2]- عبد الباسط محمد عبد الواسع،المرجع السابق، ص 65.

[3]- المرجع نفسه،ص 66

نصت الفقرة الثالثة من قانون التحكيم اليمني على أنه"يعتبر الاتفاق على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد"،وهو نفس مضمون نص المادة 10 الفقرة الثالثة من قانون التحكيم المصري[1].

أما في قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001،فنصت المادة 10 فقرة (ب) منه على انه " يعد في حكم الاتفاق المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار الشرط جزءا من العقد ".

ب–الإحالة في بعض التشريعات الغربية :

وردت الإحالة في عدد من التشريعات الغربية باعتباره شكل من أشكال اتفاق التحكيم حيث ورد في قانون التحكيم الفلندي رقم967 لسنة 1992 نص المادة 3 على أن التحكيم يمكن إبرامه من خلال الإحالة،كما نصت الفقرة الثالثة من المادة 1031من التشريع الألماني للإجراءات على أن " التحكيم يمكن أن يتم من خلال الإحالة إلى وثيقة تشير إلى وجود اتفاق التحكيم و تحديدا من خلال سند من سندات الشحن متى تضمن إحالة إلى التحكيم "، وفي المادة الخامسة من قانون التحكيم الإنجليزي نصت على إمكانية الإحالة إلى مستند يحوي شرط التحكيم ".

يقصدبالإحالة التي تحدثت عنها القوانين هي تلك الإحالة التي تتم من الأطراف إلى نص أو وثيقة تم الاتفاق على التحكيم من الأطراف عليها[2].

02– موقف القضاء الفرنسي ومحكمة التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية

نتعرض إلى صحة شرط التحكيم بالإحالة في كل من القضاء الفرنسي و غرفة التجارة الدولية على النحو التالي:

أ–موقف القضاء الفرنسي:لقد حكم القضاء الفرنسي بصحة شرط التحكيم بالإحالة

والوارد في عقد المقاولة من الباطن إلى العقد الأصلي بين المقاول الرئيسي و المقاول من الباطن، كما قضى بصحة شرط التحكيم بالإحالة في سند الشحن وعقدالنقل البحري إلى شرط

[1]– المادة 10 من القانون رقم 27 المؤرخ في 7 ذي القعدة سنة 1414 هـ الموافق لـ 18 أفريل سنة 1994،المتضمن قانون التحكيم في المواد المدنية و التجارية المصري،ج ر 16، 1994.

[2]–هاني محمد كامل المنايلي،اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، ريم للنشر والتوزيع، ط1، د ب ن، 2011،ص 161.

التحكيم الوارد في عقد السفينة[1].

و في حكم آخر لمحكمة النقض الفرنسية قضت بأنه "في مسائل التحكيم الدولي يعتبر شرط التحكيم صحيحاإذا كان الطرف الذي يحتج عليه قد علم في لحظة انعقاد العقد،و يكفي سكوته للدلالة على قبوله لهذه الإحالة"[2].

ب- حكم محكمة التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية:

قضت محكمة التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية باريس بتاريخ:25 جانفي 1985،في قضية BAMARL OIL على أنه:"ومن حيث أن نشاط الأطراف ينصب حول قطاع مهني خاص وهو البترول،و يكتسب كل منهما صفة التاجر،و يحترف العمل بهذا النشاط فإنه لا يمكن أن يدعي عدم معرفته بهذا الشرط كوسيلة لتسوية المنازعات التي تثور في هذا القطاع من النشاط"[3].

المطلب الثاني:القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم في عقود الاستثمار

مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم في عقود الاستثمار لها أهمية كبيرة لما لها من ارتباط بصراع المصالح بين الأطراف لكون المراكز القانونية و الاقتصادية متفاوتة،كما أن اتفاق التحكيم يجب إسناده إلى قانون معين شأنه شأن سائر العقود،مما أفرز معه العديد من الآراء الفقهية و النظريات بشأن تحديد النظام القانوني الواجب تطبيقه على هذه العقود.

لذلك سوف نتناول في هذا المطلب موقف الاتفاقيات الدولية في الفرع الأول،ثم موقف الفقه في الفرع الثاني،وموقف التشريعات الوطنية ضمن الفرع الثالث.

الفرع الأول:موقف الاتفاقيات الدولية من القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم

تعد الاتفاقيات الدولية من أهم مصادر القواعد المادية في القانون الدولي الخاص و من بينها القواعد التي تتضمن تنظيما مباشرا لعقود الاستثمار.

من أهم الاتفاقيات الدولية التي تطرقت إلى القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في منازعات عقود الاستثمار،ما يلي:

---

[1]- لزهر بن سعيد،كرم محمد زيدان النجار،المرجع السابق،ص 52.

[2]- مراد محمود المواجدة، المرجع السابق،ص 31.

[3]- المرجع نفسه،ص 30.

أولا–اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لسنة 1958:

تطرقت هذه الاتفاقية لمسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم في المادة 1/5/ بند 1 و التي مفادها أنه لا يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم و تنفيذه إلا إذا تم تقديم الدليل من طرف الخصم بأن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضع أطراف الاتفاق له،أو عن عدم النص على ذلك وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم[1].

من الملاحظ على هذا النص أن اتفاقية نيويورك قد حددت القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم بقاعدة إسناد أصلية وهي تطبيق قانون الإرادة،أي القانون المحدد من الأطراف الذي يحكم عقدهم و الذي تخضع له سائر العقود الدولية،وبذلك تكون قد حسمت الخلاف الذي كان قائما بين أنصار نظرية خضوع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة،و أنصار الاتجاه الذي كان يعطي الأولوية لتطبيق قانون مقر التحكيم،وقاعدة إسناد احتياطية لا يتم اللجوء إليها عند تخلف الإرادة وهي تطبيق قانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم،وبذلك تكون هذه الاتفاقية قد أوجدت حلا للخلاف التقليدي الذي ينشأ في حالة عدم قيام الأطراف بالاختيار الصريح للقانون الذي يحكم اتفاق التحكيم بين أنصار النظرية الشخصية و أنصار النظرية الموضوعية الذي يرون توظيف عناصر العلاقة في ظل نظام قانوني معين دون حاجة للبحث عن إرادة لا وجود لها[2].

ما يعاب على هذه الاتفاقية أنها لم توضح كيف يمكن للقاضي أو المحكم تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في حالة عدم تحديد الأطراف عن إرادتهم، كما أن البلد الذي يصدر فيه حكم التحكيم لم يتحدد بعد.

ثانيا–اتفاقية جنيف الأوروبية لسنة 1961:

لقد جاءت هذه الاتفاقية بنصوص صريحة لاسيما في تنازع القوانين بخصوص وجود وصحة اتفاق التحكيم الذي قد يثار أمام قضاء إحدى الدول الطرف فيها،حيث نصت المادة 06 منها على أنه " تفصل محاكم الدول المتعاقدة في وجود أو صلاحية اتفاقية تحكم طبقا للقانون الذي أخضعت له الأطراف اتفاق التحكيم ".

حسب نص المادة " 1/9/أ "من نفس الاتفاقية فإن بطلان قرار التحكيم في دولة متعاقدة لا

[1]– المادة الخامسة فقرة 1 ،بند 1 من اتفاقية نيويورك المؤرخة في 06/10/ 1958 ، المتضمنة الاعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية.

[2]– خالد كمال عكاشة ، المرجع السابق،ص 225.

يعد سببا لرفض الاعتراف به و تنفيذه في دولة متعاقدة أخرى إلا إذا كان هذا البطلان قدصدر من الدولة التي صدر في حكم التحكيم وفقا لقانونها،و ذلك إذا لم يكن اتفاق التحكيم صحيحا طبقا للقانون الذي أخضع له الأطراف.

يتضح من خلال النصين المذكورين أعلاه أن الاختصاص في تقدير وجود و صحة اتفاق التحكيم يرجع لقانون إرادة الأطراف،وهو ما يتوافق مع أحكام اتفاقية نيويورك لسنة 1958،وإن كان خاصا بكيفية تنازع القوانين في شأن اتفاق التحكيم الذي يثور أمام القضاء الوطني للدول الأطراف في الاتفاقية،إلا أنه واجب الإتباع من باب أولى أمام قضاء التحكيم لاسيما و أن هذا الأخير يرفع دائما من شأن إرادة الأطراف ولن يحيد عن تطبيق قانون اختارته تلك الإرادة[1].

ثالثا–اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و مواطني الدول الأخرى لسنة 1965:

تولى البنك الدولي للإنشاء و التعمير إعداد هذه الاتفاقية سنة 1965 وذلك بهدف تشجيع الاستثمارات الدولية الخاصة في مجال التعاون الدولي،مما يؤدي إلى تحقيق التنمية الاقتصادية خاصة في الدول النامية[2]،و كانت تهدف هذه الاتفاقية إلى بعث الثقة و الطمأنينة في نفوس أصحاب رؤوس الأموال في الدول المتقدمة و الذين يسعون دائما إلى حماية أموالهم واستثماراتهم من إجراءات قد تتخذها الحكومات في بعض الدول كالتأميم[3].

عالجت هذه الاتفاقية مسألة القانون الواجب التطبيق حيث نصت المادة 42 منها على أنه "تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية المتفق عليها بين الأطراف،و إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرففي النزاع (بما في ذلك قواعدها المتعلقة بالتنازع بين القوانين) وقواعد القانون الدولي التي تقبل التطبيق.

لا يجوز للمحكمة الامتناع من الفصل في النزاع، استنادا إلى سكوت القانون أو غموضه.

لا تخل أحكام الفقرتين السابقتين بما للمحكمة من سلطة الفصل في النزاع طبقا لقواعد العدل والإنصاف إذا ما اتفقت الأطراف على ذلك".

باستقراء هذه المادة يتبين أن اتفاقية واشنطن قد أخذت بمبدأ سلطان الإرادة الذي من خلاله

[1] – خالد كمال عكاشة ، ص 227.

[2]– حسان نوفل ، المرجع السابق،ص 62.

[3] – المرجع نفسه ، ص 63.

يمكن للأطراف اختيار النظام القانوني لأي من الطرفين أو حتى لقانون دولة ثالثة،كما يمكن لهم الاتفاق على تطبيق القواعد العامة للقانون أو بعض القواعد السائدة في نظام قانوني معين،و في حالة عدم تحديد القانون الواجب التطبيق فعلى المحكم تطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعدها بتنازع القوانين أو قواعد القانون الدولي المتعلق بمسألة النزاع،وبذلك تكون هذه الاتفاقية قد أزالت غموض مشكلة البحث عن القانون الواجب التطبيق في غياب الاتفاق الصريح بين الأطراف[1].

الفرع الثاني–موقف الفقه من القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم:

يمكن التمييز بين اتجاهين رئيسيين فيما يخص تحديد القانون الواجب التطبيق،الاتجاه الأول اخذ بقانون الإرادة المستقلة،بينما الاتجاه الثاني اعتمد على تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم.

أولا– الاتجاه الأول :يرى أنصار هذا الاتجاه انه لا بد لكل اتفاق في أية علاقة تعاقدية من قانون تحكيمي يحدد شروطه،فلا يتصور وجود أي اتفاق أو عقد له قوة إلزام ذاتية ، إذ لا بد أن يرتبط الاتفاق بنظام قانوني معين يمده بقوته الملزمة وينظم وجوده و صحته وآثاره ومصيره،واتفاق التحكيم أيا كانت صورته شرط أو مشارطة تحكيم هو عبارة عن عقد لا ينبغي أن يعامل في إطار القانون الدولي الخاص معاملة مختلفة عن بقية العقود الأخرى[2].

لقد استقرت قاعدة إخضاع العقد لقانون إرادة المتعاقدين في القرن التاسع عشر،أين أخذ بها كل من الفقيهين:سافيني ومانسيني،فكان يرى الفقيه مانسيني إخضاع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف عملا بمبدأ الحرية كأحد مبادئ نظريته[3].

مما ساعد على استقرار هذه القاعدة ظهور مذهب الحرية الفردية الذي أعلنته الثورة الفرنسية ونظام الاقتصاد الحر الذي أكد مبدأ حرية التعاقد و تقديس سلطان الإرادة بوصفهما من عوامل سيادة ذلك النظام عبر الحدود الدولية و ترسيخه داخل الحدود الوطنية،وقاعدة مبدأ سلطان الإرادة أصبحت قاعدة تقليدية في الوقت الحاضر تبناها الفقه منذ القرن التاسع عشر،ومفادها أن الأطراف المتعاقدة لهم حرية اختيار القانون الذي سيطبق على عقدهم،ولذلك يحرص أطراف العلاقة التعاقدية على تحديد القانون لضمان ما قد يحدث من منازعات بعد التعاقد،فهم بمقتضى

[1]– خالد كمال عكاشة،المرجع السابق،ص 228.

[2] – المرجع نفسه،ص 221.

[3]– بشار محمد الأسعد ،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة منشورات الحلبي الحقوقية ،ط 01،بيروت، لبنان، 2006،ص97.

هذا الاختيار يضمنون هذا القانون الذي يمكن لهم الرجوع إليه و يتوقعون القواعد التي ستطبق على النزاع[1].

حيث أن قاعدة قانون الإرادة تعمل على حل مشكلة عقود الدولة ذات الطابع الدولي ويستقي ذلك من استقلال هذه الاتفاقيات بذاتها عن أي نظام قانوني،ولذلك تنشأ هذه العقود مستقلة عن أي قواعد وضعية موجودة قل وجودها ويتمخض عن هذه القاعدة نتيجتان:

01–النتيجة الأولى:

أنه ليس هناك قانون قد تم تحديده سلفا لحكم العقد،وإنما تنفرد إرادة الأطراف في تحديد القانون الأقرب صلة بالرابطة التعاقدية.

02–النتيجة الثانية:

إن إرادة الأطراف قوة تعادل القوة الملزمة للقانون،لأن آثار اتفاقهم محكوم بإرادتهم بالرغم من التعاون في العلاقة بين الأطراف الدولية والشخص الخاص الأجنبي[2].

ثانيا–الاتجاه الثاني:يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن تطبيق القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو قانون الدولة مقر التحكيم،كون اتفاق التحكيم مجرد حلقة إجرائية من حلقات قضاء التحكيم،بحيث إذا كانت الإجراءات تخضع لقانون محل القاضي فإن اتفاق التحكيم يخضع بدوره لقانون مقر التحكيم،مستندين في ذلك إلى عدة أسس منها أن نظام التحكيم نظام تقاضي طليق لا يرتبط بدولة معينة وهو ما قد يعرقل فعاليته،و لا بد من تلاقي ذلك بربطه بنظام أساسي ينطلق منه،وهذا النظام يجب أن يكون السائد في دولة مقر التحكيم أي المكان الذي تدور فيه عملية التحكيم [3].

إن إخضاع إجراءات التحكيم لقواعد دولة مقر التحكيم يتماشى مع قاعدة التنازع المعروفة في كل النظم القانونية بشأن مسائل الإجراءات،وهي القاعدة التي تنص على أنه"يسري على قواعد الاختصاص،وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه

[1]– بشار محمد الأسعد، المرجع السابق ، ص 98

[2]– مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 182

[3]– عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن،عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، د ط، مكتبة النصر،جامعة القاهرة، سنة 1991، ص 20.

الإجراءات "[1].

لذلك فقانون دولة مقر التحكيم هو القانون الوطني لمحل التحكيم الذي يجب أن يتم الاتفاق عليه بين الأطراف في حالة اتفاقهم على اختيار القانون الذي ينظم الإجراءات.

كما أن دولة مقر التحكيم هي الدولة التي تتركز فيها عملية التحكيم ويرتبط بها نظام التحكيم أكثر من غيرها[2].

مما سبق ذكره فيما تعلق بالقانون الواجب التطبيق على منازعات عقود الاستثمار،فإن الرأي الأرجحوالمعتمد عليه من طرف أغلب التشريعات هو القانون الذي يتعين تحديده في ظل مبدأ قانون الإرادة كون الأطراف لهم كامل الحرية في اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم العقديةباعتبار أن الاتفاق على التحكيم في منازعات عقود الاستثمار يدخل في مسائل العقود.

الفرع الثالث–موقف التشريعات الوطنية من القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم:

لقد اعتمدت معظم التشريعات الوطنية قاعدة خضوع موضوع النزاع لقانون الإرادة،وذلك على أساس حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

أولا–موقف القانون الجزائري من القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم:

اعتمد المشرع الجزائري على مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على التزاماتهم التعاقدية، وذلك في كل من القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

01–في القانون المدني:

أقر المشرع الجزائري مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار فيالمادة 18 ف 1 من القانون المدني و التي مفادها أنه للأطراف حرية اختيار القانون المراد تطبيقه الذي يحكم علاقاتهم العقدية و الذي يترتب عليه إنشاء التزامات تعاقدية في ذمة كل طرف،بشرط أن يكون القانون المختار له صلة حقيقية بهما و بالعقد المبرم بينهما[3].

[1]– لزهر بن سعيد، كريم زيدان النجار، المرجع السابق،ص 214.

[2]– خالد كمال عكاشة، المرجع السابق،ص 223.

[3]– المادة 18 من القانون رقم10/05 المعدل والمتمم للأمر 58/75 المؤرخ في :13 جمادي الأول 1426 الموافق لـ20يونيو 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري،ج ر 44، لسنة 2005.

02-في قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

لقد ميز المشرع الجزائري بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي مانحا للأطراف اختيار القواعد الإجرائية التي يرونها مناسبة لتنظيم خصومتهم.

أ-التحكيم الداخلي:

أعطى المشرع الجزائري لأطراف اتفاق التحكيم الحرية في اختيار القانون المناسب والملائم لتنظيم خصومتهم إلا أنه في حالة غياب اتفاق الأطراف تلزم محكمة التحكيم بتطبيق الآجال والأوضاع المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية،حيث نصت المادة 1019 من ق إ م إ على أنه " تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك ".

ب- التحكيم التجاري الدولي:

أكد المشرع الجزائري على ضرورة احترام إرادة الأطراف فيما يخص تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في مجال التحكيم التجاري،حيث يمكن للأطراف اختيار أي قانون إجرائي لدولة ما ليطبق على إجراءات التحكيم،كما يمكنهم تطبيق القواعد الإجرائية المنصوص عليها في أحد لوائح مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة،وأخيرايمكنهم من وضع قواعد إجرائية من ابتكارهم وتكون محكمة التحكيم ملزمة باحترام وتطبيق إرادة الأطراف فيما يخص تنظيم الإجراءات الواجب إتباعها أمامها لنظر النزاع[1].

في هذا الخصوص نصت المادة 1043 الفقرة 01 من ق إ م إ على أنه " يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم،الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام التحكيم،كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم"، كمانصت المادة 1050 ق ا م ا على أنه " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف،وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

ثانيا-موقف القوانين المقارنة من القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم

على المستوى الأوروبي كان التشريع الفرنسي الصادر سنة 1981 من أول التشريعات التي

[1]- لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار،المرجع السابق،ص 210.

أخذت بمبدأ سلطان الإرادة بحيث قضت المادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية على أن"يفصل المحكم في النزاع وفق للقواعد التي يقدر ملائمتها في حالة عدم اتفاقهم،و في جميع الأحوال يأخذ العادات التجارية في الاعتبار ".

كما أن المادة 1447 من قانون المرافعات الفرنسي لسنة 1992 نصت على أنه " يتولى المحكم حل النزاع طبقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف أو طبقا للقواعد التي يقدر ملائمتها في حالة عدم اتفاقهم ،وفي جميع الأحوال يأخذ العادات التجارية في الاعتبار"[1].

يطابق هذا النص حكم الفقرة الثالثة من المادة 13 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية،وهو نفس الحكم الذي تقضي به الفقرة الثالثة من المادة 1054 من قانون المرافعات الهولندي،كما نصت المادة 1796 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد على أنه " فصل المحكم في المنازعات وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف.....".

مع ذلك فإن هناك بعض التشريعات التي تضع بعض القيود على حرية الأطراف في الاختيار باستلزام وجود صلة بين العلاقة القانونية من جهة القانون الذي اتفقت عليهاالأطراف سواء أكانت هذه الصلة مستمدة من إرادة الأطراف أم من موضوع النزاع[2].

من أمثلة هذه القوانين قانون التحكيم الإسباني الصادر سنة 1988 الذي نص في مادته 62 على أنه "يقضي المحكمون طبقا للقانون الذي عينته الأطراف صراحة،بشرط أن تربطه صلة التعامل الأصلي أو بموضوع النزاع وإلا طبقا للقانون الواجب التطبيق على التعامل الذي أثار النزاع وأخيرا تطبيق القانون الأكثر ملائمة ".

أما على المستوى العربي فقد تعرض المشرع المصري لمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في قانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994 من خلال نص المادة 39 التي تنص على أنه"تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع،القواعد التي يتفق عليها الطرفان و إذا اتفقا على

[1]- Article 1447 (modifie par décret N° 92-755 du 31 juillet 1992) art-305 V JORF 05 Aout 1992 : " La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel la sentence a été rendu.
A cet effet la minute de la sentence accompagnée d'un exemplaire de la convention d' arbitrage est déposée par l'un des arbitres ou par la partie la plus diligente au secrétariat de la juridiction".

[2]- خالد كمال عكاشة ،المرجع السابق،ص 231.

تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفقا على غير ذلك"،وبذلك يكون المشرع المصري قد منح للأطراف حرية اختيار القانون و دون اشتراط أية صلة بين القانون المختار و موضوعالنزاع،مستبعدا فكرة الالتجاء إلى التحكيم بالإحالة،و إلزام المحكم بتطبيق القواعد الموضوعية دون قواعد تنازع القوانين ما لم يتفق على خلاف ذلك[1].

كما أن المشرع المصري قد استخدم اصطلاح اتفاق طرفا النزاع على قواعد تحكم نزاعهم و ليستخدم اصطلاح قانون يحكم نزاعهم،وهذا يفيد أنه أعطى للأطراف المتعاقدة حرية كبيرة في صياغة هذه القواعد كما يشاءون[2].

استثناءا خرج المشرع المصري عن مبدأ حرية الأطراف في اختيار القواعد أو القانون الواجب التطبيق على عقدهم طبقا لنص المادة 39 المذكورة أعلاه،وذلك في مجال عقودالتكنولوجيا،أين اشترط تطبيق حكم القانون المصري كقانون واجب التطبيق على ما ينشأ من منازعات بمناسبة تفسير أو تنفيذ عقود التكنولوجيا[3]،و ذلك سواء كان النزاع مرفوع أمام المحاكم الوطنية أو هيئات التحكيم حيث نصت المادة 87 من القانون التجاري المصري رقم 17 لسنة 1999 على أنه " تختص المحاكم المصرية بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن عقد نقل التكنولوجيا المشار إليه في المادة 72 من هذا القانون و يجوز الاتفاق على تسوية النزاع وديا أو بطريق تحكيم يجري في مصر وفقا لأحكام القانون المصري.

في جميع الأحوال يكون الفصل في موضوع النزاع بموجب أحكام القانون المصري و كل اتفاق على خلاف ذك يقع باطلا".

أما بالنسبة للمشرع الأردني فقد أقر بمبدأ سلطان إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بموجب المادة 36 ف أ من قانون التحكيم الأردني رقم 31 سنة 2001،التي نصت على أنه "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفانوإذا اتفقا على تطيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين".

[1]- مراد محمود المواجدة، المرجع السابق،ص 189.

[2]- محمود مختار أحمد بريري،التحكيم التجاري الدولي،دار النهضة العربية،ط2،القاهرة ،سنة 1999،ص 132و133.

[3]- مراد محمد المواجدة، المرجع نفسه،ص 192.

المبحث الثاني:القانون المطبق على إجراءات التحكيم في عقود الاستثمار

تعد مسألة القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار من المسائل العملية التي تواجه المحكم من حيث أن هذا القانون هو الذي يمكن الأطراف والمحكمين بمجموعة من القواعد القانونية التي تفصل في المسائل الإجرائية للخصومة التحكيمية،لذلك يتم حسم مسألة القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم بالاستناد على إرادة الأطراف المتعاقدة،غير أنه من الناحية العملية يطرح السؤال حول كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في حالة عدم اتفاق الأطراف و عدم إشارتهم إلى القانون المطبق على هذه الإجراءات،إضافة إلى أن المسائل الإجرائية للتحكيم تختلف فيها الأنظمة الوطنية لكل دولة بخصوصها.

لذلك يمكن تقسيم دراسة هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول نتناول فيه القانون الخاضع لإجراءات التحكيم،بينما نتعرض في المطلب الثاني إلى إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار.

المطلب الأول:القانون الخاضع لإجراءات التحكيم

على الرغم من أن التحكيم يقوم على أساس اتفاق الخصوم والذي تتحدد إجراءاته بموجب إرادة الأطراف،إلا أن هذه الإرادة قد يشوبها القصور و النقصان،و عليه لا بد من وضع قواعد قانونية يرتكز عليها الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق،و غالبا ما يلجأ الأطراف إلى هيئة التحكيم أو الاستعانة بقانون مقر التحكيم.

لهذا سوف نقوم بتقسيم دراسة موضوع القانون الخاضع لإجراءات التحكيم إلى ثلاثة فروع،الفرع الأول نتناول فيه خضوع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة،ثم في الفرع الثاني تطبيق قانون مكان التحكيم في حالة غياب اتفاق الأطراف،في حين يتضمن الفرع الثالث نطاق القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار.

الفرع الأول:خضوع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة

لقد اعترفت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح مراكز التحكيم الدائمة بضرورة خضوع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة،أين نتج عن هذا المبدأ إمكانية اختيار الأطراف المتعاقدة للقواعد الموضوعية الخاصة بإجراءات التحكيم و المتمثلة في:

أولا–للخصوم وضع تنظيم خاص بإجراءات التحكيم أي استخدام ما يسمى بإجراءات التحكيم العائمة[1].

ثانيا–اتفاق الخصوم على ترك المهمة لهيئة التحكيم التي تتولى بنفسها وضع إجراءات التحكيم نيابة عنهم،ويكون القانون الإجرائي في هذا الفرض هو قانون إرادة المحكم.

ثالثا–اتفاق الأطراف على إتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون وطني معين.

رابعا–اتفاق الأطراف على إتباع الإجراءات المنصوص عليها في لائحة مركز دائم للتحكيم حتى يمكن أن تقوم إرادة الخصوم بوظيفتها في تحديد القواعد الإجرائية فإنه يجب أن تكون هذه الإرادة صريحة وواضحة،و إن كان من الممكن في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق،البحث عن الإرادة الضمنية،و إذا لم توجد إرادة صريحة فإنه في مجال التحكيم يتعذر القول بإمكانية اللجوء إلى الإرادة الضمنية للخصوم فلقد أخذت معظم التشريعات الوطنية و المعاهدات الدولية بقاعدة إخضاع إجراءات التحكيم لقانون إرادة الأطراف[2].

بخصوص الاتفاقيات الدولية أخذت اتفاقية جنيف لسنة 1961بقاعدة إخضاع إجراءات التحكيم لقانون إرادة الأطراف،حيث نصت في البند الثالث من الفقرة الثانية من المادة الرابعة علىحريةأطراف اتفاق التحكيم في تحديد قواعد الإجراءات،التي يتعين على المحكمين إتباعها،ومن جهة أخرى فقد أجازت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 في مادتها الخامسة رفض الاعتراف بحكم التحكيم و تنفيذه لعدم مطابقة إجراءات التحكيم لاتفاق التحكيم أو لقانون الدولة التي يتم فيها التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف،كما أنها لا تعني قدرة المحكم على إتباع أي إجراء أثناء جريان التحكيم،بل تعني سلطته في تحديد هذه الإجراءات مقدما حتى قبل بدء إجراءات التحكيم[3].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد كرس مبدأ حرية الأفراد في تحديد قانون الإجراءات الذي يحكم الخصومة التحكيمية بموجب المادة 1043 ق إ م إ فيما تعلق بالتحكيم التجاري الدولي،متأثرا بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 والذي اقر بمبدأ خضوع إجراءات التحكيم لإرادة الأطراف من خلال نص المادة 19 الفقرة 1 منه والتي مفادها أنالأطراف

[1]– خالد كمال عكاشة ، المرجع السابق ،ص245

[2]–المرجع نفسه،ص245

[3] – المرجع نفسه،ص 245 و246.

المتعاقدة لهم الحرية في الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها في تسيير التحكيم[1].

بالنسبة للتشريعات الوطنية على المستوى العربي فقد كرس التشريع المصري حرية الأطراف في اختيار القانون الذي ينظم إجراءات التحكيم،وذلك من خلال نص المادة 20 من قانون التحكيم المصري التي نصت على أنه "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم،بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مر أو خارجها".

الملاحظ على هذا النص أنه أقر بنفس المبدأ الذي جاءت به المادة 19 فقرة 1من القانونالنموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985،مع الإشارة أن قانون التحكيم المصري أجاز للأطراف اختيار القانون الذي ينظم إجراءات التحكيم سواء كان تحكيما داخليا أم خارجيا،عكس المشرع الجزائري الذي ميز بين التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي[2].

الفرع الثاني: تطبيق قانون مكان التحكيم في حالة غياب اتفاق الأطراف

في حالة عدم تحديد أطراف اتفاق التحكيم للقواعد الإجرائية التي تتبعها محكمة التحكيم لنظر النزاع المطروح عليها،و عدم إشارتهم إلى القانون المطبق على هذه الإجراءات،وكذلكعند عدم كفاية قواعد الإجراءات التي تقررها هيئات التحكيم الدائمة،و أمام غياب اتفاق أطراف التحكيم حول تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات،كان لزاما على هيئة التحكيم أن تتصدى لمسألة تحديد القواعد التي تتبع أمامها،مع مراعاة إكمال الإجراءات التي اختارها الأطراف إذا ما شابها النقص أثناء نظر النزاع،ولذلك وجب الرجوع في هذه الحالة إلى مكان التحكيم.

أولا –الاتفاقيات الدولية:من أهم الاتفاقيات الدولية التي تناولت مسألة تطبيق قانون مكان التحكيم ما يلي:

01– اتفاقية نيويورك لعام 1958:

لقد أخذت هذه الاتفاقية بمبدأ قانون مكان التحكيم،و ذلك بالرجوع إلى قانون الدولة التي

[1] – المادة 19 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي(اليونيسترال)،المؤرخ في : 12 يونيو 1985، المعدل من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 07 يوليو 2006.

2– المادة 1019 و 1043 من القانون رقم : 08-09 المعدل و المتمم،المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

تتم فيحالة عدم و جود اتفاق للأطراف،علما بأن قانون مقر التحكيم قد يكون قانون الإرادة الصريحة أو الإرادة الضمنية،إذا أنه ليس أمرا نادرا ما يحدث من اختيار الخصوم قانون الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم ليحكم المسائل الإجرائية،رغم اختيارهم لقانون أخر ليحكم موضوع النزاع سواء بسبب أنه هو أيضا قانون الدولة التي يجري على إقليمها تنفيذ الحكم أو بسبب ما قد ينتجه اختيار هذا القانون من تسهيلات لمهمة المحكمين،و في هذه الحالة يعد قانون مكان إجراء التحكيم هو قانون الإرادة الصريحة للخصوم[1].

02- اتفاقية جنيف لعام 1961

قضت اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة سنة 1961 على أنه في حالة غياب الاتفاق بين الأطراف على القانون الواجب التطبيق،فإنه يطبق قانون مكان صدور الحكم التحكيمي فإذا لم يكن مكان التحكيم معروفا عند عرض النزاع على المحكمة،فيتم اختيار القانون وفقا لقاعدة الإسناد عند تنازع القوانين العائدة للمحكمة التي جرى تقديم النزاع أمامها[2].

ثانيا: تطبيقات قانون مكان التحكيم

لقد طبق قانون مكان التحكيم في العديد من الأحكام التحكيمية الخاصة بعقود الاستثمار و من أمثلة ذلك :

01- الحكم الصادر من طرف المحكم لجرجان بتاريخ : 10 أكتوبر 1973 في النزاع القائم بين الحكومة الليبية و شركة بريتيش بيتروليوم،بخصوص عقد استغلال البترول بتاريخ :18 ديسمبر 1957 لفائدة مواطن أمريكي لمدة 50 سنة،حيث قام هذا الأخير بتحويل 50 بالمائة من نصيبه لفائدة شركة بريتيش بتروليوم،وذلك بإقرار من طرف السلطات الليبية،وبعد قيام الدولة الليبية بعملية التأميم قام نزاع بين الشركة السالفة الذكر والحكومة الليبية، على إثر ذلك تم تعيين المحكم : لجرجان لحل هذا النزاع و الاستعانة بمحكمة العدل الدولية،أين انتهى المحكم فيما تعلق بالقانون الواجب التطبيق على الإجراءات أنه "لا مفر من الرجوع إلى نظام قانون داخلي والأفضل تطبيق القانون الدنماركي على إجراءات التحكيم باعتباره قانون دولة مقر التحكيم " فقد قرر المحكم أنه في تطبيق هذا القانون على الإجراءات يحقق ميزة تيسير تنفيذ حكم التحكيم الصادر في النزاع[3].

[1]- خالد كمال عكاشة، المرجع السابق،ص 247.

[2] - لما أحمد كوجان ،المرجع السابق،ص145.

[3]- لزهر بن سعيد و كرم محمد زيدان النجار،المرجع السابق،ص 214.

02-عقود الاستثمار البترولية:في عقود المشاركة البترولية خضعت العقود لقانون البلد التي أبرم فيها،ففي العقد المبرم بين الحكومة السعودية وشركة أرامكو الموقع في 21 فبراير 1973 و الصادر بموجب المرسوم الملكي السعودي رقم1للمصادقة على الاتفاقية العامة للمشاركة مع شركة الزيت العربية الأمريكية (أرامكو) فقد خضع العقد للقانون السعودي، وفي عقد المشاركة البترولية المبرم بين الحكومة الكويتية و شركة النفط المحدودة و الموقع في 29 يناير 1974 خضع العقد للقانون الكويتي[1].

الفرع الثالث:نطاق القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

الأمر الرئيس و المهم الذي ينجر عن عملية تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم هو تزويد الأطراف أو هيئة التحكيم بجل القواعد التي تسرع في حسم المسائل التي لها طبيعة إجرائية و التي من المحتمل جدا أن تثور بمناسبة خصوصية التحكيم،فمن الآثار الجانبية التي قد تظهر أن القانون الإجرائي الواجب التطبيق قد يكون له انعكاس على الاختصاص القضائي في دولة مقر التحكيم و كذا مكان تنفيذ حكم التحكيم، و مرجع ذلك أن قضاء التحكيم في الغالب ما يحتاج إلى معاونة قضاء الدولة سواء أثناء سريان إجراءات التحكيم أو أثناء تنفيذ الحكم.

إذا تم تحديد القواعد القانونية التي تحكم إجراءات التحكيم سواء عن طريق الاتفاق بين الأطراف أو بواسطة هيئة التحكيم،أو الرجوع إلى لائحة مركز دائم من مراكز التحكيم أو الرجوع إلى قانون مقر التحكيم،فإن هذا القانون يتحدد مجال سريان أحكامه و من حيث الأصل فإنه يسري على كافة إجراءات التحكيم و منذ بدايتها وحتى نهايتها،وعلى هذا النحو يحكم هذا القانون جميع الإجراءات و يحدد كيفية بدء خصومة التحكيم و تنظيم قواعد سير المرافعات وميعاد تقديم المستندات و سماع الشهود والخبرة والإنابة في الحضور و تنظيم حقوق الدفاع وكيفية مراعاة مبدأ المساواة بين الخصوم ومراعاة مبدأ المواجهة في الإجراءات و تشكيل هيئة التحكيم،والأمور الخاصة بكيفية رد المحكم أو قيمه بالتنحي التي قد تؤدي إل انقطاع سير خصومة التحكيم[2].

[1] – هاني محمد كامل المنايلي، المرجع السابق،ص254

[2]– خالد كمال عكاشة، المرجع السابق،ص 249

بالنسبة للتشريع الجزائري وطبقا لنص المادة 1006 من ق إ م إ أجاز المشرع لكل شخص كأصل عام اللجوء إلى التحكيم في جميع حقوقه بصفة مطلقة إلا أنه استثناء لا يجوز اللجوء إلى التحكيم عندما يتعلق الأمر بمسائل النظام العام كونه يمس بفكرة المصلحة العامة سواء أكانت هذه المصلحة سياسية أم اقتصادية أم اجتماعية كالتعامل في الأسلحة والذخائر أو المخدرات والمؤثرات العقلية أو غيرها من المسائل المخلة بالنظام العام،كما لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص و أهليتهم.

أما فيما يخص الأشخاص المعنوية المتمثلة في الدولة،الولاية،البلدية، المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية،المؤسسات الاقتصادية العمومية فيمكنها اللجوء إلى التحكيم في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية وما ينشأ عنها من منازعات[1].

كما أن بعض التشريعات المقارنة ترى بأن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم يحكم من بدايتها وحتى نهايتها،وهذا بمثابة التطبيقالطبيعي أو العادي للقواعد القانونية في مجال التحكيم باعتبار أن قواعد القانون هي التي يتم الاتفاق عليها بداية بين الأطراف والمتوقع خضوعهم إليها بالتراضي[2].

المطلب الثاني:إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

أهم مرحلة تبدأ بها الخصومة التحكيمية هي مرحلة الاتفاق على اعتبار أن التحكيم عمل اختياري بالنسبة للأطراف المتعاقدة،ومن المسائل الأولى المتفق عليها في حالة قيام نزاع هي الإجراءات التي يتعين إتباعها لتحريك خصومة تحكيمية بداية من تشكيل هيئة التحكيموطرح النزاع عليها وتتابع الإجراءات من عقد الجلسات وتمكين الخصوم من عرض أوجه دفاعهم وصولا إلى صدور حكم تحكيمي فاصل في النزاع.

تبدو أهمية المسائل الإجرائية في مجال التحكيم،فيما تقرره التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وكذلك لوائح مراكز التحكيم الدائمة من ضرورة مراعاة هذه المسائل تحت طائلة بطلان الحكم ورفض الاعتراف به أو تنفيذه.

لذا يستوجب تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع على النحو التالي:

[1] – المادة 1006 من القانون رقم : 08-09 المعدل و المتمم، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

[2] – خالد كمال عكاشة،المرجع السابق،ص 249و 250.

الفرع الأول نتطرق فيه إلى بدء إجراءات التحكيم وتنظيمها،ثم في الفرع الثاني نتناول تشكيل هيئة التحكيم،وفي الفرع الثالث نتعرض إلى إجراءات سير النزاع التي تتبعها هيئة التحكيم.

الفرع الأول:بدء إجراءات التحكيم وتنظيمها

إن بدء إجراءات التحكيم يتطلب أولا تقديم طلب من المدعي،ثم وجوب إعلام الخصم بمواعيد الخصومة التحكيمية، ثم لغة التحكيم،ثم مكان وزمان التحكيم،وأخيرا نظام الجلسات.

أولا–طلب التحكيم:

تبدأ إجراءات خصومة التحكيم بتقديم المدعي طلب التحكيم متضمنا الإفصاح عن الاعتداد على مركز قانوني له ويطلب حمايته[1].

لذلك فطلب التحكيم هو كل طلب يوجهه المدعي أو ممثله القانوني إلى الطرف الأخر يبينفيهرغبته في رفع النزاع إلى محكمة التحكيم،طالبا من هيئة التحكيم تحريك إجراءات التحكيم واستكمالها.

تقضي بعض العقود بأن تبدأ إجراءات التحكيم بطلب يقدمه المدعي إلى الطرف الأخر وإلى سكرتارية محكمة التحكيم الدائمة فيقوم كل طرف بتعيين محكمه خلال الثلاثين يوما من تاريخ بدء الإجراءات[2].

نصت المادة الثالثة الفقرة الأولى من قواعد اليونسترال على أن إجراءات التحكيم تبدأ من تاريخ استلام المدعى عليه طلب التحكيم من المدعي،وكذلك الأمر بالنسبة للقانون النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي،حيث نصت المادة 21 منه على أنه تبدأ إجراءات التحكيم في نزاع ما في اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلبا بإحالة النزاع إلى التحكيم ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك[3].

بالنسبة للمشرع الجزائري لم يتطرق إلى شكل وبيانات الطلب ومضمونه وإنما تركها لإرادة الأطراف بمناسبة اتفاقهم عند لجوئهم إلى التحكيم.

أما المشرع المصري فأوجب على المدعي مقدم طلب التحكيم بموجب المادة 30 من قانون التحكيم المصري بأن يرسل بيانا مكتوبا إلى المدعى عليه يشتمل على اسمه وعنوانه واسم المدعى

[1]– لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار،المرجع السابق،ص227.

[2]– خالد كمال عكاشة، المرجع السابق،ص 251.

[3]– المرجع نفسه،ص 252.

عليه وعنوانه وشرحا لوقائع الدعوى وتحديد المسائل محل النزاع وطلباته.

ثانيا–إعلام الخصم بمواعيد الخصومة التحكيمية:

يلتزم الطرف الذي بادر لتقديم طلب التحكيم بضرورة إخطار المدعى عليه وتكليفه بالحضور قبل التاريخ المتفق عليه أو الذي تعينه هيئة التحكيم بوقت كاف تراعي فيه مواعيد السفر،المسافةويتم إعلام الخصم بأي وسيلة كانت سواء عن طريق محضر قضائي أو بواسطة رسالة مضمنة أو عن طريق الفاكس.

نظرا لخصوصية التحكيم وطابعه الرضائي بموجب اتفاق أطراف التحكيم،فإن المشرع الجزائري ترك حرية اختيار الشكل القانوني للإعلان ومواعيد التبليغ لإرادة المتعاقدين باعتبار أن هذه المسألة اختيارية تدخل في تطبيق القواعد الإجرائية المتفق عليها من طرف أطراف اتفاق التحكيم.

تشير بعض العقود على أن إجراءات التحكيم تبدأ بإعلان يرسله أحد الأطراف إلى الطرف الثاني،يبين فيه رغبته في إحالة النزاع للتحكيم ويسمى فيه محكمه،ثم يقوم الطرف الأخير بتسمية محكمه ويعلن ذلك إلى الطرف الأول خلال خمسة عشر يوما من تلقيه إعلانه[1].

ثالثا–لغة التحكيم:

المقصود بلغة التحكيم؛لغة إجراءات التحكيم والمرافعات وتقديم المستندات والوثائق والحكم وقد تكون لغة واحدة في كافة المراحل، وقد تتعدد لغات الأطراف،ولا تأثير لهذه اللغة في تحديد طبيعة الحكم،أي لا يمكن اعتبار الحكم أجنبيا أو غير أجنبي بناء على اللغة التي كتب بها [2].

01–موقف القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (اليونسترال) :

نصت المادة 22 الفقرة الأولى من قانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (اليونيسترال)على أنه" للطرفين حرية الاتفاق على اللغة أو اللغات التي تستخدم في إجراءات التحكيم،فإن لم يتفقا على ذلك،بادرت هيئة التحكيم إلى تعيين اللغة أو اللغات التي تستخدم في هذه الإجراءاتويسري هذا الاتفاق أو التعيين على أي بيان مكتوب يقدمه أي من الطرفينوأي مرافعة شفوية،وأي قرار تحكيم أو أي بلاغ آخر مصدر من هيئة التحكيم، ما لم ينص الاتفاق على غير ذلك ".

[1] – خالد كما عكاشة،المرجع السابق،ص 251.

[2]– لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق،ص223و224.

يتضح من خلال هذا النص أن للأطراف حرية اختيار اللغة التي تناسبهم في إجراءات التحكيم وفي حالة عدم اتفاقهم أو إغفالهم على اللغة المستخدمة في الخصومة التحكيمية فإن لهيئة التحكيم صلاحية اختيار اللغة المناسبة لإجراءات التحكيم.

02ـ موقف التشريعات المقارنة:

بالنسبة للتشريعات المقارنة لاسيما على المستوى العربي عالج المشرع المصري تحديد لغة الإجراءات من خلال نص المادة 29 ف 1 من ق ت م، والتي مفادها أن التحكيم يجري باللغة العربية ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك،وتحدد هيئة التحكيم لغة أو لغات أخرى،ويسري حكم الاتفاق أوالقرار على لغة البيانات والمذكرات المكتوبة،وعلى المرافعات الشفهية، كذلك كل قرار تتخذه هذه المحكمةأو قرار هيئة التحكيم على غير ذلك،وحسنا فعل المشرع أن جعل الأصل هو اللغة العربية[1].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يتعرض إلى مسألة لغة التحكيم سواء على مستوى التحكيم الداخلي أو الدولي،وإنما ترك للأطراف المتعاقدة حرية اختيار اللغة المستخدمة في إجراءات التحكيم تماشيا مع مبدأ سلطان الإرادة،الذي من خلاله يتمتع أطراف التحكيم من تحديد كافة شروط العقد بما فيها لغة التحكيم.

رابعا– مكان وزمان التحكيم:

للأطراف في نظام التحكيم حرية تحديد المكان والزمان المناسب لخصومتهم التحكيمية

01– مكان التحكيم:الأصل في نظام التحكيم قيام الأطراف المتعاقدة بالاتفاق على تحديد المكان المناسب لنظرالخصومة التحكيمية،وفي حالة عدم اتفاقهم أو خلو عقدهم من تحديدمكان التحكيم فإن هيئة التحكيم تتصدى لذلك.

نصت المادة 20 الفقرة الأولى من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي(اليونيسترال) على أنه "للطرفين حرية الاتفاق على مكان التحكيم،فإن لم يتفقا على ذلك تولت هيئة التحكيم تعيين هذا المكان،على أن تؤخذ في الاعتبار ظروف القضية، بما في ذلك راحة الطرفين ".

بالنسبة للمشرع الجزائري عالج مسألة عدم تحديد الجهة القضائية المختصة إقليميا من خلال المادة 1042 ق إ م إ التي مفادها أنه في حالة عدم تحديد أطراف التحكيم الجهة القضائية

[1]– لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق،ص 224.

المختصة يرجع الاختصاص إلى مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ[1].

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد نصت المادة 28 من قانون التحكيم المصري على أنه "لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها،فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملائمة المكان لأطرافه،وهذا النص مأخوذ من المادة 1/20 من القانون النمطي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والذي جاء بها "للطرفين حرية الاتفاق على مكان التحكيم "، كما اعترف بمضمونه قواعد اليونسترال لعام 1976 (م 1/16)[2].

و إذا كان مكان التحكيم يهم الأطراف المحتكمة،و من ثم يقع على عاتقهم مهمة القيام بهذا التحديد، إلا أنه يهم،من باب أولى،هيئة التحكيم فهو مقرها ومستودعها،فيه تبدأ مهمتها وفيه يصدر حكم التحكيم،فإن تقاعس الأطراف عن تحديده، تولت هيئة التحكيم ذلك[3].

02-زمان التحكيم:

تعقد جلسات التحكيم في الزمان المتفق عليه من قبل أطراف التحكيم،و في حالة عدم الاتفاق أوخلو اتفاق التحكيم من تحديد زمان التحكيم،فإن هيئة التحكيم هي التي تحدد وقت إجراءات التحكيم، فعلى سبيل المثال تبدأ إجراءات التحكيم وفقا لنظام تحكيم غرفة التجارة الدولية من تاريختلقي أمانة المحكمة طلب التحكيم،و كذلك الأمر و بالنسبة لمؤسسة التحكيم الأمريكية إذ تبدأ إجراءاته من تاريخ تلقي المؤسسة طلب التحكيم.

نصت المادة 21 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي(اليونيسترال) على أنه "تبدأ إجراءات التحكيم في نزاع ما في اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلبا بإحالة ذلك النزاع إلى التحكيم ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ".

بمفهوم هذه المادة يتم تحديد بدء الإجراءات بيوم إعلان المدعى عليه بطلب التحكيم.

أما المشرع الجزائري فلم يورد نصا صريحا فيما يخص بدء إجراءات التحكيم،غير أنه يستخلص من نص المادة 1018 من ق إ م إ أن تحديد وقت بدء إجراءات التحكيم يبدأ من تاريخ تعيين

---

[1]- المادة 1042 من القانون رقم 09-08 المعدل والمتمم،المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

[2] - أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية و الدولية و التجارية و الإدارية و الجمركية و الضريبية دراسة مقارنة ، ط1 ، النهضة العربية ،القاهرة ، ص 447.

[3]-المرجع نفسه،ص 221.

المحكمين، أو إخطار محكمة التحكيم[1] .

لذلك فإن ميعاد بدء إجراءات التحكيم يحتسب من تاريخ قيام الأطراف بتشكيل هيئة التحكيم الحر ، أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم في التحكيم المؤسسي[2].

خامسا– نظام الجلسات:

يجوز في خصومة التحكيم عقد جلسات التحكيم في أي مكان يتفق عليه الخصوم سواء داخل إقليمالدولة المضيفة أو خارجها وفي حالة عدم اتفاق الأطراف يجوز لهيئة التحكيم عقد جلسات في أي مكان تراه مناسبا للاطلاع على المستندات أو سماع شهود أو تعيين خبراء أو معاينة البضائعوكذا في الوقت الذي تحدده ظروف الملف والأطراف كما لها الصلاحية في عدم عقد جلسات شفهية والاكتفاء بمذكرات الخصوم والمستندات المقدمة من طرفهم.

الفرع الثاني:تشكيل هيئة التحكيم

يعتبر تشكيل أو تعيين هيئة التحكيم التي تتولى الفصل في منازعات عقود الاستثمار الخطوة الأولى فيإجراءات التحكيم،ومن أهم المسائل التي تدخل في تشكيل هيئة التحكيم كيفية اختيار المحكمينوالشروط الواجب توافرها فيهم.

أولا: كيفية اختيار المحكمين:يقوم الأطراف بتعيين المحكمين باتفاقهم تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة كما يمكنهم اللجوء إلى أحد مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة كما يمكن للقضاء مساعدة الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم.

01– التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم: يكون التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم إما عن طريق التحكيم الحر أو بطريقة التحكيم المؤسسي.

أ– اختيار المحكم في التحكيم الحر:التحكيم نظام قضائي خاص، يختار فيه المحتكمون قضاتهم،بمقتضى اتفاق خاص مكتوب،يعهدون به إليهم تسوية منازعاتهم بحكم ملزم،ومن هذا التعريف يبدو جليا أن المحكمين، وعلى خلاف قضاة محاكم الدولة، يختارهم الأطراف ولا يفرضون عليهم[3].

للأطراف في التحكيم الحر اختيار أو تعيين محكم واحد أو أكثر وذلك في حالة الاتفاق،وفي

[1]– المادة 1018 من قانون 08-09، المعدل والمتمم، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإداريةالجزائري.

[2]– لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق،ص 228.

[3]– المرجع السابق ،ص 74.

الحالة العكسية تتولى جهة أخرى تشكيل هيئة التحكيم.

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 1041 من ق إ م إ على أنه " يمكن للأطراف مباشرة أو الرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم واستبدالهم ".

من خلال هذا النص منح المشرع الجزائري لأطراف التحكيم الحرية الكاملة في اختيار المحكم أو المحكمين وذلك تجسيدا للطابع الإتفاقي للتحكيم،كما منح لهم الحرية الكاملة في وضع الشروط الواجب توافرها في المحكم حتى يفصل في النزاع المطروح عليه، كمايمكن للأطراف عزل و استبدال المحكم أو المحكمين مع مراعاة أحكام المادة 1018الفقرة الثالثة ق إ م إ التي اشترطت أن يكون عزل المحكمين باتفاق جميع الأطراف[1].

لقد اعتمد المشرع الجزائري على بعض القواعد الواجب إتباعها عند تشكيل هيئةالتحكيم،وتتمثل فيما يلي:

– قاعدة وترية عدد المحكمين:

كأغلب تشريعات التحكيم المختلفة التي اعتمدت على قاعدة وترية عدد المحكمين،أعطىالمشرع الجزائري للأطراف المتخاصمة الاتفاق على اختيار محكم أو أكثر بشرط أن يكون العدد وترا، حيث نصت المادة 1017 من ق إ م إ على انه " تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي ".

أما بالنسبة للقانون الفرنسي كان يجيز تشكيل هيئة التحكيم بالعدد الزوجي،ثم تم تعديل هذاالوضع بموجب المادة 1453 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد.

لذلك فإعمال مبدأ الوترية عند تشكيل هيئة التحكيم يعتبر أساسا لتفعيل ميزة مهمة من ميزات التحكيم،والتي من أهمها السرعة في عملية الفصل في الخصومة التحكمية،حيث أن وترية العدد تسهل و تسرع الفصل في الخصومة التحكمية[2].

– قاعدة اتفاق الأطراف حول اختيار المحكم:

اعتبر المشرع الجزائري اختيار المحكم أو المحكمين بواسطة إرادة المحتكمين هي الطريقة الأساسية

[1]–القانون رقم :08–09 المعدل و المتمم،المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

[2]– لزهر بن سعيد كرم محمد زيدان النجار ، المرجع السابق ،ص 91.

لاختيار محكميهم،وفي هذا السياق نصت المادة 1008 ف 2 من ق إم إ على أنه "يجب أن يتضمن شرط التحكيم،تحت طائلة البطلان،تعيين المحكم أو المحكمين،أوتحديد كيفيات تعيينهم".

كما نصت المادة 1012 ف 2 من ق إ م إ على أنه"يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم،تحت طائلة البطلان،موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم ".

– مراعاة مبدأ المساواة في اختيار المحكمين:

على أطراف اتفاق التحكيم عند اختيار المحكمين مراعاة مبدأ المساواة بينهم في عملية اختيار وتشكيل هيئة التحكيم،ويترتب على ذلك بطلان كل شرط يقضي باستقلال أحدهما دون الأخر بالاختيار،أو أن يكون لأحدهما اختيار الأغلبية،و للأخر اختيار الأقلية،أو يقضي باستقلال المحكم المختار من قبل أحد الأطراف بالفصل في النزاع في حالة تخلف الطرف الأخر عن اختيار محكمه[1].

إذا كان المشرع الجزائري لم ينص صراحة على مبدأ المساواة بين الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم فمرجع ذلك أن مبدأ المساواة يعد من المبادئ الأساسية في التقاضي ، مما يعني أنه يجب إعماله عند تشكيل محكمة التحكيم،و إلا كان حكم التحكيم عرضة للطعن بالبطلان لتعلق مبدأ المساواة كباقي مبادئ التقاضي الأساسية بالنظام العام[2].

على عكس المشرع الجزائري نص المشرع المصري على مبدأ المساواة بين الخصوم،حيث نصت المادة 26 من قانون التحكيم المصري على أنه "يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة،و تهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه".

في حالة عدم مراعاة مبدأ المساواة بين الخصوم في اختيار المحكمين يكون تنفيذ الحكم الصادر عن الخصومة التحكيمية تحت طائلة البطلان،و ذلك لمخالفته لقاعدة جوهرية تمس بحقوق الدفاع الأساسية.

ب– تشكيل هيئة التحكيم في التحكيم المؤسسي:

التحكيم المؤسسي هو التحكيم الذي يتم من خلاله منح المتخاصمين مهمة الفصل في النزاع إلى مراكز من مراكز التحكيم كمركز لاهاي، أو غرفة التجارة الدولية بباريس أو محكمة تحكيم

[1]– لزهر بن سعيد كرم محمد زيدان النجار ،المرجع السابق ص 94.

[2]–المرجع نفسه، ص 94

لندنأو مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، أو غيرها من المراكز الدائمة.

تجدر الإشارة إلى أنه في حالة التجاء المحتكمين إلى إحدى المؤسسات التحكيمية لا يكون من الضروري الاتفاق على كيفية اختيار المحكمين،ذلك أن القواعد المتبعة في تلك المؤسسة التحكيمية هي التي تعالج هذا الأمر وفقا لأهمية و طبيعة النزاع،ففي بعض الحالات قد يلجأ المحتكمون إلى مؤسسة تحكيمية أو رئيس مركز تحكيمي لاختيار محكميهم أو تشكيل هيئة التحكيم.

لقد ازداد عدد مؤسسات التحكيم الدائمة،بعد أن أصبح التحكيم من أكثر الوسائل قبولا في حسم منازعات التجارة الدولية و الاستثمار،و أهمها يشير إلى محكمة التحكيم الدائمة التابعة لغرفة التجارية الدولية بباريس، المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، المركز الدولي لحسم المنازعات التابعة لجمعية التحكيم الأمريكية، و أيضا مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي،كما نشأت بعض مؤسسات التحكيم الدائمة التي أنشئت للاختصاص لنوع معين من المنازعات دون غيرها،مثل المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، وكذلك مركز التحكيم و الوساطة التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية،و أيضا مركز الاسكندرية للتحكيمالبحري الدولي[1].

من أمثلة اتفاقات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار التي تحيل إلى التحكيم المؤسسي ما نص عليه اتفاق التحكيم الوارد في المادة (21) من عقد امتياز البحث عن البترول سنة 1987 بين الشركة الألمانية دوتشسكاكتبو أند تيفبورقا سلشافت وشركة رأس الخيمة الوطنية للبترول راكوالمن أن:جميع المنازعات التي تنشأ بخصوص تفسير هذه الاتفاقية أو تطبيقها ستتم تسويتها بموجب قواعد التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية و ذلك من قبل ثلاثة محكمين يعينون بموجب هذه القواعد "[2] تتشكل هيئة التحكيم وفقا لقواعد بعض الاتفاقيات والمنظمات الدولية التي نذكر البعض منها على النحو التالي:

01- تشكيل هيئة التحكيم وفقا لقواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي:

وفقا لنص المادة الخامسة من هذه الاتفاقية تتشكل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين في حالة

[1]- بشار محمد الأسعد،المرجع السابق ،ص 362 و 363.

[2]- المرجع نفسه،ص 363.

عدم اتفاق الأطراف مسبقا على عدد المحكمين،خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسليم المدعى عليه إخطار التحكيم على أن يكون التحكيم بمحكم واحد،بينما الفقرة الأولى منالمادة السادسة تناولت جواز اقتراح أحد الطرفين على الطرف الأخر محكم واحد أو اختيار محكم واحد من بين عدة أشخاص.

نصت المادة 70 على أنه عندما يراد تعيين ثلاثة محكمين يختار كل طرف محكم واحد،ويختار المحكمان المعينان المحكم الثالث،وهو الذي يتولى رئاسة هيئة التحكيم،و إذا قام أحد الطرفين بإبلاغ الأخر اختيار محكما عنه،فإنه على هذا الأخير يبادر على اختيار محكمه[1].

02- تشكيل هيئة التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس:

فيما يتعلق بنظام غرفة التجارة الدولية نجده يترك الحرية لأطراف عقد التحكيم في اختيار المحكم أو المحكمين، دون أن يشترط تضمين عقدهم بهذا الاختيار ،ولا حتى كيفية هذا الاختيار[2].

نصت المواد من 07 إلى 12 على تشكيل هيئة التحكيم،ومن خلال هذه المواد فإن نظام غرفة التجارة الدولية قد عالج جميع الفروض التي يتحقق فيها عدم اتفاق الأطراف على اختيار المحكم أو إغفالهم عن تعيين محكم خلال مدة 30 يوما ابتداء من تاريخ استلام تبليغ طلب التحكيم للطرف الأخر،أو ضمن أية مهلة إضافية منحتها الأمانة العامة لهيئة التحكيم الدولية،و لذلكفهيئة التحكيم الدولية هي من تتولى التعيين بالاستعانة باللجان الوطنية التابعة لغرفة التجارة الدوليةو يختلف الأمر إذا كان المحكم المراد تعيينه هو محكم منفرد أو رئيس هيئة التحكيم،ففي هذه الحالة، تباشر هيئة التحكيم الدولية مهمة التعيين بناء على اقتراح لجنة وطنية من اللجان الوطنية التابعة لغرفة التجارة الدولية،أما في حالة تخلف أحد الأطراف أو تقاعسه عن تعيين محكمه،تقوم هيئة التحكيم بتعيين محكم بناء على اقتراح اللجنة الوطنية للبلد الذي ينتمي له الطرف،و إذا لم تقبل الهيئة بهذا الاقتراحأو أن هذه اللجنة الوطنية لم تتقدم بالاقتراح المطلوب خلال المهلة الممنوحة من الهيئة،أو إذا كان المعني ينتمي لبلد لم تشكل به لجنة وطنية،فإن للهيئة حينئذ اختيار من تعتبره مؤهلا،و على الأمانة العامة أن تعلم اللجنة الوطنية للبلد الذي ينتمي إلى الشخص المختار إن وجدت هذه اللجنة[3].

---

[1]- لزهر بن سعيد،كرم محمد زيدان النجار،المرجع السابق،ص 100.

[2]- المرجع نفسه ،ص101 .

[3]-المرجع نفسه،ص102.

03- تشكيل هيئة التحكيم وفقا لقواعد اتفاقية عمان العربية:

تم إقرار هذه الاتفاقية من مجلس وزراء العدل العرب في دورته الخامسة المنعقدة في 1994/04/14 بعمان،و قد عالجت تشكيل هيئة التحكيم في المواد من 14 إلى 18،حيث أنه نصت المادة 15 على أنه"تتألف هيئة التحكيم من ثلاثة أعضاء، ويجوز للطرفين الاتفاق على محكم واحد.

لا تنتهي مهمة المحكمين إلا بعد الفصل في النزاع موضوع التحكيم ".

في حالة عدم اتفاق الأطراف على اختيار محكم خلال مدة أسبوع من تاريخ تقديمه لطلب التحكيم فإن مكتب المركز هو من يقوم بتعيينه.

أما إذا لم يختر الطرف المطلوب التحكيم ضده محكمه خلال 30 يوم من تاريخ تبليغه بطلب التحكيم،فإن مكتب المركز يتولى تعيين المحكم،كذلك يقوم مكتب المركز بدعوة الأطراف للاتفاق على اختيار المحكم الثالث الذي يترأس هيئة التحكيم، فإن اتفقوا وقعت،و إن لم يتفقوا، فيتولى المكتب تعيينه خلال 30 يوما من تاريخ دعوة الأطراف للاتفاق على اختيار رئيس هيئة التحكيم وفقا للفقرة الثالثة من المادة 18 من الاتفاقية[1].

ج – تشكيل هيئة التحكيم عن طريق القضاء:

الأصل أن تشكيل هيئة التحكيم يكون عن طريق اتفاق الأطراف الذين يختارون محكميهم

و القضاء ليس له سلطة تعيين المحكمين إلا استثناءا، بحيث يتم اللجوء إلى الجهات القضائية إلا في حالات اختلاف الأطراف و عدم اتفاقهم في تعيين المحكمين أو تعذرهم على الاتفاق وصعوبة تعيين محكمو عدم لجوئهم إلى مراكز التحكيم الدائمة، لذلك يأتي دور الجهات القضائية في مساعدة الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم.

لقد أقر المشرع الجزائري تدخل القضاء في تشكيل محكمة التحكيم سواء في التحكيم الداخلي أو في التحكيم التجاري الدولي،ففي مجال التحكيم الداخلي منح المشرع الجزائري لرئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه سلطة تعيين المحكم أو المحكمين إذا لم يستطع الأطراف تشكيل هيئة التحكيم بفعل أحد الطرفين أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين

[1]- لزهر بن سعيد ،كرم محمد زيدان النجار،المرجع السابق،ص 108.

المحكم[1].

أما في مجال التحكيم التجاري الدولي ميز المشرع الجزائري بين التحكيم الذي يجري في الجزائر و التحكيم الذي يجري في الخارج، فإذا ما اعترضت أطراف التحكيم صعوبة تشكيل محكمة التحكيم بسب أحد الأطراف أو لاختلافهم،فإن للطرف المتضرر من تأخير تشكيل هيئة التحكيم أن يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يجري في اختصاصها التحكيم،بينما حالة التحكيم التجاري الدولي الذي يجري في الخارج و اختار أطرافه تطبيقأحكام القانون الجزائري فيرفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر[2]،غير أن المشرع الجزائري لم يبين كيفية تعيين المحكمين الثلاثة على غرار أحكام قواعد اليونسترال،كما لم يبين المدة الزمنية التي يجب أن يفصل فيها القضاء على تعيين المحكم أو المحكمين و التي تم تحديدها من طرف مراكز التحكيم الدائمة بـ 30 يوم.

ثانيا-الشروط الواجب توافرها في المحكمين:

لأطراف التحكيم الحرية في اختيار محكمهم، وذلك على أساس الثقة الموضوعة في شخصه المحكم ،غير أن هذه السلطة ليست مطلقة و إنما تخضع إلى شروط نصت عليها قوانين التحكيم المختلفة و تتمثل في:

01- الشروط القانونية الوجوبية:تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أ – التمتع بالأهلية:

اشترطت مختلف القوانين وجوب توفر الأهلية القانونية في المحكم،و ألا يصيبه عارض من عوارض الأهلية كالحجر عليه، أو الحرمان من حقوقه المدنية إثر الحكم عليه في جناية أو جنحة أو في حالة شهر إفلاسه.

نص المشرع الجزائري في المادة 1014 من ق إ م إ على أنه " لا تسند مهمة التحكيم لشخصطبيعي ، إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية ".

ب- الحيدة و الاستقلال:

بما أن اختيار المحكم يقوم على الثقة الموضوعة في شخص المحكم، يجب على هذا الأخير أن يكون حياديا ومستقلا أي أن يكون غير منحازا لطرف على حساب طرف أخر في

[1]- المادة 1009 من القانون رقم 08-09 المعدل و المتمم، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

[2]- المادة 1041 من القانون رقم : 08-09 المعدل و المتمم ،المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

الخصومة،وغير تابع أو خاضع لأي طرف أو أي مؤثر خارجي يؤثر على إدارته للخصومة التحكيمية.

تعد حيدة المحكم،واستقلاله من الضمانات الأساسية في التقاضي،وذلك حتى يطمئن الأطراف إلى قاضيهم،وإلى أن قضاءه لا يصدر إلا عن الحق وحيدة دون تحيز، أو هوى، فهما شرطان لمباشرة الوظيفة القضائية أيا كان القائم بها قاضيا أو محكما[1].

لقد نص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 1015 ق إ م على أنه " إذا علم المحكم أنه قابل للرد، يخبر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم ".

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري ألزم المحكم إخطار الأطراف بقابلية رده حسب الظروف المؤثرة في حياديته واستقلاله،إذ لا يمكنه مباشرة مهامه إلا بعد إبلاغهم بهذه الظروفو بعد قبولهم بقيامه بمهمة التحكيم.

كما اعتبر المشرع الجزائري شرط الاستقلالية من أحد أسباب رد المحكم المنصوص عليه في المادة 1016 الفقرة الثالثة ق إ م إ على أنه "عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليتهلاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط".

ت –وجوب قبول المحكم للمهمة الموكولة إليه:

نص المشرع الجزائري على هذا الشرط بموجب نص المادة 1015 الفقرة الأولى من ق إ م إ على أنه "لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا،إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم ".

فإذا لم يقبل المحكم تلك المهمة يعتبر عقد التحكيم ساقطا،ويمكن أن يكون القبول صريحا، كتوقيع المحكّم على المحضر، وقد يكون القبول ضمنيا؛ كحضور المحكم جلسات التحكيم وإصدار القرار التحكيمي والتوقيع عليه[2].

02– الشروط الاتفاقية الواجب توفرها في المحكم

لأطراف التحكيم حرية تحديد الشروط المتوفرة في محكميهم،وتتمثل هذا الشروط فيما يلي:

[1]– لزهر بن سعيد ،كرم محمد زيدان النجار،المرجع السابق،ص 133.

[2]– مناني فراح، المرجع السابق ،ص 132.

أ- شرط الجنسية: لم تشترط أغلبية التشريعات بما فيها التشريع الجزائري على وجوب تحديد جنسية معينة للمحكم، كون هذا الأمر متروك لحرية الأطراف.

نصت المادة 38 من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار لسنه 1968 على أنه يجب علىالمحكمين المعينين من قبل الرئيس وفقا لأحكام هذه المادة ألا يكونوا من رعايا الدولة المتعاقدة التي هي طرفا في النزاع، كما أوجبت المادة 39 من نفس الاتفاقية ألا يكون غالبية المحكمين من رعايا الدول المتعاقدة التي هي طرف في النزاع،أو الدول التي رعاياها طرف في النزاع إلا إذا اتفقت الأطراف على ذلك[1].

بالنسبة لشرط الجنسية المغايرة، تشترط غالبية العقود الدولية فيما يتعلق بأعضاء التحكيم (المحكم الثالث أو المحكم البديل) ألا يكونوا من رعايا أحد الأطراف في النزاع،و ذلك لضمان حيادية أعضاء التحكيم و عدالتهم و عدم تحيزهم للطرف الذي يحملون جنسيته،و تأكيدا لهذه الغاية توجب بعض العقود وجود علاقات دبلوماسية بين دولة المحكم و كل من الدولة المتعاقدة و دولة الشركة،وقد تجسد هذا الاشتراط في العقد المبرم بين مصر وشركة بان أمريكان سنة 1963[2].

ب- شرط عدم وجود مصلحة في النزاع:

يعد هذا الشرط ضمانا لعدالة المحكمين و حيادهم،بحيث تنتفي مصالحهم في النزاع،فقد عبرت عن ذلك الكثير من العقود الدولية بعبارات متباينة منها ما أوجب انتفاء المصالح الاقتصادية في شؤون البترول،و منها ما قضى بضرورة عدم وجود صلة بأطراف النزاع[3].

ج- شرط كفاءة وخبرة المحكم :

لم تشترط أغلب التشريعات خبرة معينة في المحكم أو تمتعه بدرجة معينة من الخبرة كون هذا الشرط متروك لأطراف التحكيم،لكن البعض منها اشترط أن يكون المحكم من ذوي الخبرة و حسن السيرة و السلوك و مثالها نظام التحكيم السعودي الذي تنص مادته الرابعة على أنه "يشترط في المحكم أن يكون من ذوي الخبرة حسن السيرة و السلوك "[4].

---

[1]- المادة 38 و 39 من اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقةبالاستثمار ات بين الدول و مواطني الدول الأخرى، المؤرخة في 18مارس 1965.

[2]- خالد كمال عكاشة، المرجع السابق،ص 256.

[3]- المرجع نفسه،ص 257

[4]- قانون التحكيم السعودي، المرسوم الملكي رقم : م/46 المؤرخ في : 12 /07/ 1403 هـ.

غير أن أغلب الأنظمة و التشريعات قد سكتت عن ذلك الشرط و تركت الأمر لتقدير طرفي التحكيم،ومنها التشريع المصري و الجزائري اللذان لم يشترطا في المحكم خبرة معينة.

الفرع الثالث:إجراءات سير النزاع التي تتبعها هيئة التحكيم

يقصد بإجراءات سير النزاع تلك القواعد الإجرائية التي يتعين إتباعها بعد تشكيل هيئة التحكيم إلى غاية صدور حكم فاصل في النزاع،وتختلف تلك الإجراءات باختلاف نوع التحكيم،ففي التحكيم الحر تخضع هيئة التحكيم في تنظيم سير عملية التحكيم إلى القواعد التي اتفق عليها الأطراف،وفي حالة ما إذا لم يوجد اتفاق الأطراف تختار هيئة التحكيم القواعد والإجراءات الملائمة لطبيعة النزاع.

من أهم الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم ما يلي:

أولا–الجلسة التمهيدية:

من الناحية العملية جرت العادة أن تعقد هيئة التحكيم جلسة تمهيدية للتوصل إلى اتفاق ينظم المراحل الإجرائية للخصومة التحكيمية،وعلى المحكم أن يرسل إلى الطرفين قبل يوم الاجتماع جدول أعمال الجلسة لكي يعلم الطرفان بالمسائل التي سوف تكون محل مناقشة و القرارات المقترحة بشأنها[1] على العموم يتناول جدول أعمال الجلسة التمهيدية لغةالتحكيم،مواعيد و أماكن الجلسات،مواعيد تقديم بيان الدعوى و مواعيد تقديم المستندات و تقارير الخبرة،تحديد أدلة الإثبات،تحديد ممثل كل طرف وعنوانه،تحديد المسائل التي تحتاج إلى خبرة فنية،سلطة المحكم في إصدار أمر وقتي أو تحفظي،ثم تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات،تحديد ميعاد التحكيم،وتختتم هذه الجلسة بتحرير محضر عن ذلك و توقيعه من أطراف التحكيم أو ممثليهم،ومن المحكمين.

ثانيا- بيان الدعوى:

يقصد بها المذكرة المكتوبة التي يجب على الطرف الذي بادر لتقديم طلب التحكيم أن يرسلها إلى المدعى عليه و إلى جميع أعضاء هيئة التحكيم خلال الميعاد المتفق عليه أو الميعاد الذي تحدده هذه الهيئة،وهي تتضمن كافة البيانات المتفق عليها من الأطراف على أن تختم هذه المذكرة بتحديد طلبات المدعي،و للمدعى عليه الرد خلال الميعاد المتفق عليه بموجب مذكرة جوابية تتضمن أوجه

[1]– لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 232

دفاعهو طلباته،و هنا أوضح المشرع الجزائري على وجوب تقديم الأطراف لدفاعهم ومستنداتهم قبل انقضاء أجل التحكيم بخمسة عشرة (15) يوما على الأقل،و إلا فصل المحكم على ما تم تقديمه خلال هذا الأجل[1].

ثالثا:وجوب نظر النزاع من طرف جميع المحكمين

في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم،فإنها تعقد جلساتها بتشكيلة كاملة،أو تنجز أعمال التحقيق وتوقع المحاضر من طرف جميع المحكمين إلا إذا تم ندب أحدهم للقيام بهذه الأعمال،وهذا ما نصت عليه المادة 1020 من ق إ م إ على أنه" تنجز أعمال التحقيق والمحاضر من قبل جميع المحكمين، إلا إذ أجاز اتفاق التحكيم سلطة ندب أحدهم للقيام بها ".

رابعا: إجراءات الإثبات في التحكيم

الأصل أن الإثبات أمام هيئة التحكيم يتم كما هو أمام القضاء، على أن هذه القاعدة لا تتعلقبالنظام العام،فيمكن للأطراف الاتفاق على نقل عبء الإثبات لأحدهما،فإذا لم يثبت الواقعة،فلا يمكن للمحكم أن يستند إليها في حكمه،ولو كان متأكدا من ثبوتها[2].

المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى أعطى لهيئة التحكيم سلطات البحث في أدلة الإثبات ومن أهم هذه السلطات في مجال الإثبات ما يلي:

أ-إلزام المحتكمين لتقديم المستندات:لهيئة التحكيم صلاحية إلزام أطراف التحكيم بتقديم المستندات و الإطلاع عليها،أو تقديمها بناء على طلب أحد الأطراف،حيث نصت المادة 1047 على أن " تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة ".

كما منح لهذه الهيئة إمكانية طلب مساعدة القضاء في تقديم الأدلة من قبل هيئة التحكيم أو من الطرف الذي يهمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف هذه الأخيرة، وذلك بموجب عريضة تقدم إلى القاضي المختص، ويطبق هذا الأخير قانون بلده، وهذا ما جاءت به المادة 1048من ق إ م إ[3].

ب- تحقيق الخطوط و التزوير:للمحكم الاختصاص في تحقيق الخطوط،عندما ينكر أحد الخصوم نسبة أحد المستندات إليه،أو التوقيع على أحد المستندات،أو يدعي أن المحرر مزور من

[1]-المادة 1022 من القانون رقم08 -09 المعدل والمتمم، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإداريةالجزائري.

[2]- لزهر بن سعيد كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 242.

[3]- المادة 1048 من القانون 08-09 المعدل و المتمم،المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

الأصل،و المشرع الجزائري مثله مثل المشرع المصري لم يمنح للمحكم سلطة البت في الطعن بالتزوير و إنما يكتفي بالمعاينة والإطلاع فقط،أما الفصل فيه فهي مسالةتخرج عن ولاية المحكم و تختص بها المحكمة المختصة ،حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 1021 من ق إ م إ على أنه " إذا طعن بالتزوير مدنيا في ورقة،أو إذا حل عارض جنائي،يحيل المحكمون الأطراف على الجهة القضائية المختصة،ويستأنف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة ".

ج- المعاينة وسماع الشهود :لهيئة التحكيم الانتقال لمعاينة محل النزاع،كأن تقوم بنفسها بمعاينة البضائع، أو الأموال أو غيرها من الأشياء المتعلقة بالنزاع،كما لو تعلق الأمر بمستندات ترى الإطلاع عليها في مكان وجودها،كما أن المحكم له سلطة سماع شاهد،وسلطة تقديرية في عدم الأخذ بشهادتهم كلها أو بعضها في حالة عدم اتفاق المحتكمين،أو في حالة طلب أحدهم،إذا رأى أن ما توفر لديه من أدلة الإثبات كافية لإصدار الحكم،على أن يبدي بمبررات مقبولة لهذا الرفض[1].

بالنسبة للمشرع الفرنسي تم منح لهيئة التحكيم صلاحية سماع أي شخص يمكن أن يفيدها أثناء إجراءات التحقيق وذلك بدون تأدية اليمين القانونية[2].

د- الاستعانة بالخبراء:لهيئة التحكيم تعيين خبير أو أكثر وإسناد لهم مهام محددة في مسائل فنية أو هندسية أو حسابية أو تقنية على أن يعد الخبير تقريرا بذلك،وذلك ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

خامسا-اتخاذ التدابير الوقتية أو التحفظية:قد تقضي طبيعة موضوع النزاع أو ظروف وملابسات الدعوى المعروضة على هيئة التحكيم سرعة إنجاز بعض التدابير المؤقتة أو التحفظية،تجنبا لأي ضرر قد يلحق بأحد الخصوم نتيجة الانتظار حتى صدور حكم التحكيم المنهي للخصومة.

لذلك فإن لهيئة التحكيم إصدار تدابير وقتية أو تحفظية في حالة اتفاق الأطراف على تخويلها لإصدار مثل هذه التدابير،كما لها صلاحية اتخاذ هذه التدابير بناء على طلب أحد الأطراف و لو

[1]- لزهر بن سعيد،كرم محمد زيدان النجار، المرجع نفسه،ص 245.

[2]-Art 1467 alinéa 2 du décret n 2011-48 du 13 janvier 2011 portant le code de procédure civile français, "Le tribunal arbitral peut entendre toute personne ,cette audition a lieu sans prestation de serment ".

لم يوجد اتفاق،وهذا ما جاءت به نص المادة 1046 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري [1].

سادسا–المداولة:

هي التشاور بين المحكمين في جلسة سرية بعد انتهاء المرافعة و قبل إصدار حكم فاصل في النزاع ،ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 1025 ق إ م إ على أنه " تكون مداولات المحكمين سرية ".

كما أخذ المشرع الفرنسي بسرية المداولات،وذلك من خلال المادة 1479 من قانون التحكيم الفرنسي التي نصت على " أن مداولات محكمة التحكيم تكون سرية"[2].

لقد ميز المشرع الفرنسي بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، ففي التحكيم الداخلي هيئة التحكيم ملزمة بالتداول وتحديد تاريخ النطق بالحكم من خلال نص المادة 1476 ف 1 من ق إ م ف، حيث نصت على أن " محكمة التحكيم تحدد تاريخ النطق بالمداولة ".

أما في التحكيم الدولي على الرغم من مقتضيات نص المادة 1506 من نفس القانون فأطراف التحكيم ليس لهم سلطة التفويض كون إلزامية المداولات من النظام العام الفرنسي[3].

سابعا–ميعاد صدور الحكم:

هي المدة الزمنية المحددة للمحكمين من طرف القوانين أو اتفاق أطراف التحكيم للفصل في النزاع المطروح أمامهم بموجب حكم تحكيمي.

فالغاية من تحديد ميعاد صدور الحكم أي المهلة الزمنية هي سرعة الفصل في النزاع، كما يمكن أن تفرض هذه المدة على محكمة التحكيم من قبل مؤسسات التحكيم أو من خلال قواعد اتفاق الأطراف[4].

لقد اعتبر المشرع الجزائري اتفاق التحكيم صحيحا و لو لم يحدد أجلا لإنهائه، وفي هذه الحالة حدد مدة أربعة أشهر لإصدار الحكم تبدأ من تاريخ تعيين المحكمين أو من تاريخ إخطار محكمة

[1]– المادة 1046 من القانون رقم :08–09 المعدل و المتمم، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري .

[2]- Dominique vidal ,Droit français de l'arbitrage interne et international ,Gualino éditeur l'extenso édition 2012 ,p 133.

[3]- Christophe seraglini , Jerome ortsheidt ,droit de l'arbitrage interne et international ,Montchrestien l'extenso éditions 2013 ,p 785.

[4]– خالد كمال عكاشة المرجع السابق , ص 260

التحكيم وهو ما يتماشى مع طبيعة عقود الاستثمار و نظام التحكيم الذي يتطلب السرعة في الفصل ، كما منح المشرع الجزائري هيئة التحكيم إمكانية تمديد الأجل المحدد بأربعة أشهر بموافقة الأطراف،وفي حالة عدم الاتفاق يمدد الأجل وفقا لنظام التحكيم[1].

ثامنا–الكتابة و التوقيع: تعتبر الكتابة شرط لوجود الحكم و ليس شرط لإثباته،إذ يجب إيداعه و إضفاء الصيغة التنفيذية عليه، كما لا يمكن للأطراف الاتفاق على خلاف ذلك،حيث نصت المادة 31 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (اليونيسترال)على أنه "يصدر قرار التحكيم كتابة و يوقعه المحكم أو المحكمون،و يكفي في إجراءات التحكيم التي يشترك فيها أكثر من محكم واحد،وأن توقعه أغلبية جميع أعضاء هيئة التحكيم شريطة بيان سبب غيبة أي توقيع".

تجدر الإشارة إلى أنه يتم كتابة الحكم باللغة التي جرى بها التحكيم.

بالنسبة المشرع الجزائري لم ينص صراحة على كتابة التحكيم، إلا أنه فيما يخص التوقيع نص في المادة 1029 من ق إ م إ على أن الحكم التحكيمي يوقع من طرف جميع المحكمين،وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يتم الإشارة عليه من طرف بقية المحكمين، معتبرا أن الحكم الموقع من طرف الأغلبية يرتب أثاره القانونية و كأنه وقّع من طرف الجميع.

تاسعا– تسبيب الحكم:

يقصد بالتسبيب بيان الحجج و الأدلة و الأسانيد القانونية التي اعتمدتها هيئة التحكيم في إصدار حكمها،حيث نص المشرع الجزائري على ضرورة تسبيبالأحكام من خلال نص المادة 1027 الفقرة الثانية التي نصت على أنه " يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة".

يعتبر تسبيب أحكام التحكيم من أهم ضمانات التقاضي ومن الالتزامات الجوهرية التي تقع على المحكم بحيث تبين حسن أدائهم لمهمتهم ومدى استيعابهم لوقائع النزاع و دفوع الخصوم.

كما يعتبر التسبيب من أهم العناصر الموضحة لموضوع الحكم، وعدم التسبيب (غياب التسبيب أو تسبيب ناقص) يعتبر سبب لبطلان الحكم التحكيمي امام المحكمة التحكيمية التي فصلت في النزاع المطروح عليها بدون الرجوع إلى المهام المخولة لها من طرف المحتكمين(المادة 1492 ف 3)،دافع ملزم عن طريق المادة1492 ف 6 التي ترتكز بصفة خاصة على حالة الحكم غير المسبب[2].

[1]–المادة 1018 من القانون رقم:08–09،المعدل و المتمم،المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

[2] -Dominique vidal ,Droit français de l'arbitrage interne et international ,Gualino éditeur l'extenso édition 2012 , P 135.

خلاصة الفصل الثاني

على ضوء ما تم دراسته في هذا الفصل نستخلص أن التحكيم يعتبر وسيلة فعالة لتسوية منازعات عقود الاستثمار كونه يتماشى مع طبيعة و مقتضيات هذه العقود،و كون نظام التحكيم يرتكز أساسا على اتفاق أطرافه،فإنه يرد في صورة بند أو شرط التحكيم و الذي يكون سابقا على نشوء نزاع بين الطرفين،وقد يكون لاحقا لنشوء النزاع وهو ما يسمى بمشارطة التحكيم،كما انه بإمكان الأطراف الإشارة أو الإحالة إلى عقد سابق بينهم كان يحتوي على شرط التحكيم وهو ما يسمى بشرط الإحالة على التحكيم،ولأطراف التحكيم حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات سير الخصومة التحكيمية،غير أنه في حالة غياب ذلك فإنه يطبق قانون مكان إجراء التحكيم كونه يعتبر قانون الإرادة الصريحة،و إذا تحدد القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم سواء عن طريق الأطراف أو هيئة التحكيم أو عن طريق مركز من مراكز التحكيم الدائمة،فإن هذا القانون يسري على كافة إجراءات التحكيم منذ بدايتها حتى نهايتها،مع العلم أن هذه الإجراءات تبدأ بالاتفاق على تشكيل هيئة التحكيم وعرض النزاع عليها إلى غاية صدور حكم فاصل في النزاع.

خـــــاتمـــة

من خلال دراستنا لموضوع التحكيم في عقود الاستثمار تبين لنا أن التحكيم يعتبر وسيلة بديلة عن القضاء و ضمانة إجرائية فعالة في تسوية منازعات عقود الاستثمار،وهو ما كرسه المشرع الجزائري في كل من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقانون رقم 22-18 المتعلق بالاستثمار.

على إثر ذلك ،تم الوصول إلى النتائج والاقتراحات التالية:

أولا: فيما تعلق بالنتائج المتوصل إليها:

توصلنا إلى عدة نتائج و التي يمكن إجمالها ضمن النقاط التالية:

01- وجود علاقة متينة بين التحكيم ومنازعات عقود الاستثمار،إذ يعتبر التحكيم وسيلة بديلة عن القضاء تتماشى مع طبيعة عقود الاستثمار التي تتميز بطول المدة والتنفيذ الذي يكون على مراحل، فضلا على اشتراط المستثمرين إدراج شرط التحكيم في عقود الاستثمار لما يتسم به من بساطة الإجراءات مقارنة مع إجراءات التقاضي.

02- سبب لجوء الأطراف إلى التحكيم في عقود الاستثمار يرجع لتمتع نظام التحكيم بجملة من الخصائص التي تميزه عن القضاء كسرعة الفصل في النزاع ومرونة الإجراءات،السرية وفقا لرغبة الأطراف في عدم معرفة الغير للمنازعات الناشئة بينهم ومعرفة مراكزهم المالية والاقتصادية،إضافة إلى خبرة المحكمين وإحاطتهم بأعراف وعادات عقود الاستثمار محل النزاع.

03-حرية الأطراف في اختيار محكميهم ونوع التحكيم المناسب لخصومتهم التحكيمية،إلا أن التحكيم المؤسسي هو النوع الأفضل لتسوية منازعات عقود الاستثمار كون مؤسسات التحكيم الدولي تتوافر على التخصص والخبرة بالإضافة إلى وضعها لقواعد ونظم داخلية مستقرة تنظم مختلف جوانب ومراحل الخصومة التحكيمية.

04- تمتع أطراف التحكيم في عقود الاستثمار بسلطة اختيار أي قانون يحكم علاقاتهم العقدية استنادا لمبدأ سلطان الإرادة الذي كرسه المشرع الجزائري في المادة 106 من القانون المدني بوصفه للعقد بأنه شريعة المتعاقدين،و بموجب المادة 18 فقرة أولى من نفس القانون،كما لهم الحرية في اختيار القانون الملائم لتنظيم خصومتهم على مستوى التحكيم الداخلي بموجب المادة 1019،أما

بخصوص التحكيم التجاري الدولي فأكد المشرع الجزائري على ضرورة احترام إرادة الأطراف فيما يخص تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وفقا للمادة 1043 الفقرة 01 من نفس القانون.

05- تحقيق الموازنة بين الأطراف بمجرد إدراج شرط التحكيم في العقد،وذلك على الرغم من أن خصوصية عقود الاستثمار تكمن في أطرافها لوجود الدولة أو أحد أشخاصها الاعتبارية العامة طرفا فيها.

06- القانون الواجب التطبيق على التحكيم أو الإجراءات هو قانون الإرادة،وفي حالة غياب قانون الإرادة يطبق قانون مقر التحكيم،وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد اتخذ موقفا واضحا حول مسالة تطبيق القانون في حالة غياب الاختيار طبقا لنص المادة 18 من القانون المدني،وذلك بتبني قانون الدولة المستضيفة بالإضافة إلى تطبيق مبادئ القانون الدولي بالاستناد على اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المنشأة للمركز الدولي للاستثمار لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة ورعايا الدول الأخرى.

07- عدم تأثر اتفاق التحكيم ببطلان العقد الأصلي،كون استقلال اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي من المبادئ المستقرة في مجال التحكيم التجاري الدولي،وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في مجال التحكيم التجاري الدولي من خلال الفقرة الرابعة من نص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي نصت على أنه" لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي".

08- التحكيم ضمانة فعالة للمستثمر لكونه لا يتأثر بالتعديلات التشريعية التي تجريها الدولة صاحبة السيادة باعتبارها طرفا في العقد،والتي لا تمس بحقوقه الجوهرية على مشروعه الاستثماري، كما أن هذه الضمانة تتماشى مع الضمانات الممنوحة من طرف المشرع الجزائري للمستثمر بموجب القانون رقم 22-18 المتعلق بقانون الاستثمار، لاسيما ضمانة تحويل رؤوس الأموال المستثمرة نحو الخارج.

09- استبعاد القضاء بالنظر في النزاع بموجب مبدأ الاختصاص بالاختصاص الذي يترتب عنه تصدي هيئة التحكيم للفصل في مسألة الاختصاص وتحديد نطاق سلطتها وتقرير صحة النزاع من عدمه،و ذلك بغرض عدم إعاقة سير الخصومة التحكيمية وتوقيف سير إجراءاتها،وهوما تبناه المشرع الجزائري في المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

10- عدم جواز الدفع المقدم من طرف الدولة الرامي لعدم القابلية للتحكيم بحجة عدم أهليتها لإبرام اتفاق التحكيم أو لعدم تمسكها بحصانتها بمجرد قبولها لإدراج شرط التحكيم في عقد الاستثمار.

على الرغم من المزايا التي يتمتع بها نظام التحكيم في تسوية منازعات عقود الاستثمار،إلا انه تعتريه بعض العيوب التي يمكن إجمالها فيما يلي:

01- تلقي المحتكمين في التحكيم الحر صعوبة اختيار وإيجاد محكمين مختصين خاصة إذا ما تعلق الأمر بمسائل فنية معقدة ومنازعات ذات قيمة مالية كبيرة،فضلا عن نشوء مسائل لم ينص عليها القانون المحلي.

02-في حالة سكوت أطراف العقد عن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار يترتب عنه إشكالات ومخاوف بالنسبة للمستثمر الأجنبي عند تطبيق القانون الوطني للدولة المستضيفة.

03- التكاليف الباهضة لنظام التحكيم المؤسسي فيما يخص دفع أتعاب المحكمين،رسوم مراكز التحكيم ومصاريف انتقال وإقامة الأطراف.

ثانيا: الاقتراحات

بناءا على النتائج المتوصل إليها ، ارتأينا إلى تقديم الاقتراحات التالية:

01- ضرورة إصدار قانون التحكيم في الجزائر مستقلا عن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

02- الالتجاء إلى التحكيم المؤسسي بدلا من التحكيم الحر في مجال تسوية منازعات عقود الاستثمار كون مؤسسات التحكيم الدولي تتوافر على التخصص والخبرة بالإضافة إلى وضعها لقواعد ونظم داخلية مستقرة تنظم مختلف جوانب ومراحل الخصومة التحكيمية.

03- إنشاء معهد في مجال التحكيم بالجزائر يختص في تكوين القضاة، رجال القانون و الخبراء المختصين في المجال الاقتصادي.

04- إنشاء مركز دائم للتحكيم في الجزائر يكون كجهة مختصة في حل المنازعات الناجمة عن عقود الاستثمار المحلية وذات الطابع الدولي، وبالنظر في كل النزاعات المتعلقة بالتحكيم.

05- تبادل التعاون والخبرات مع الدول الرائدة في مجال التحكيم لتحسين تكوين الخبراء في الجزائر.

06- تنظيم ملتقيات و أيام دراسية حول نظام التحكيم في مجال عقود الاستثمار مع إعطاءه صبغة دولية للاستفادة أكثر من تجارب الدول السباقة في تبني هذا النظام.

قائمة المصادر والمراجع

– قائمةالمراجع والمصادرباللغة العربية:

أولا –الكتب:

01- أحمد سيد أحمد محمود،التحكيم في عقود الشراكة،دار النهضة العربية،مصر، ط1، 2013.

02- أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية والتجارية و الإدارية و الجمركية و الضريبية – دراسة مقارنة –، ط 1، النهضة العربية،القاهرة.

03- بشار محمد الأسعد،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة منشورات الحلبي الحقوقية، ط 01،بيروت،لبنان،2006.

04- بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، ط1، 2009.

05- حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار،دار الهومة، الجزائر د ط، د س ن

06- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الإستثمار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، بيروت، 2014.

07- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، ط 1،القاهرة،2002.

08- عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، د ط، ش سوتير الإزاريطة،الإسكندرية، 2014

09- عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، د ط، مكتبة النصر، جامعة القاهرة، سنة 1991.

10- لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة بين قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 وقانون الإجراءات الإدارية والمدنية الجزائري رقم 09 لسنة 2008، دار الفكر الجامعي،ط 1، ش سوتير الإزاريطة،الإسكندرية، 2010

11- لزهر بن سعيد،التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة،دار هومة،الجزائر،د ط ،2012.

12- لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الإستثمار، مكتبة زين الحقوقية،بيروت، د ط،

.2008

13- محسن جميل جريح، التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، ط1، 2016.

14- محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ط 2،القاهرة، سنة 1999.

مراد محمود المواجدة ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط1 ، عمان ، الأردن ،1431 هـ - 2010 .

15- مناني فراح ،التحكيم طريق بديل لحل النزاعات ، دار الهدى ، الجزائر ،د ط ، 2010

16- هاني محمد كامل المنايلي ، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية ، ريم للنشر و التوزيع ، ط 1 ، د ب ن، 2011 .

ثانيا ـالأطروحات :

- قبايلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ،21 جوان 2012.

ثالثا – المجلات:

01- مجلة المحامي،الإتحاد الوطني لمنظماتالمحامين، منظمة المحامين ناحية سطيف،العدد 38، جوان 2023.

02- مجلة المحامي،الإتحاد الوطني لمنظماتالمحامين، منظمة المحامين ناحية سطيف،العدد 39، ديسمبر 2023.

رابعا: قائمة المصادر

01 – النصوص القانونية

أ- الاتفاقيات الدولية:

01 -اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري، الأردن ،1987.

02 - القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (اليونسترال) المؤرخ في : 12 يونيو 1985 , المعدل من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 07 يوليو 2006.

03 – اتفاقية نيويورك المؤرخة في: 1958/06/10، المتضمنة الاعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية.

ب– القوانين:

01- الأمر رقم: 66 ـ 154،المؤرخ في: 18 صفر عام 1386هـ الموافق لـ 8 يوينو سنة 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية،ج ر47 ،1996

02- القانون رقم: 82 ـ 13، المؤرخ في: 09 ذو القعدة 1402 هـ الموافق لـ 28 غشت 1982،المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد و تسييرها، ج ر ، ع 35 ، 1982

03- قانون التحكيم السعودي، المرسوم الملكي رقم: م/46 المؤرخ في: 1403/07/12هـ الموافق 1982/10/18.

04- المرسوم التشريعي رقم:93ـ 12،المؤرخ في 19 ربيع الثاني 1414هـ الموافق لـ 05 أكتوبر 1993،المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر،ع 64، 1993

05- القانون رقم:27، المؤرخ في 7 ذي القعدة سنة 1414 هـ الموافق لـ 18 أفريل سنة 1994، المتضمن قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري، ج ر 16 1994

06- الأمر رقم: 01 ـ 03، المؤرخ في أول جمادي الثانية الموافق لـ 20 غشت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر 47، 2001.

07- القانون رقم: 10/05 المعدل و المتمم للأمر 58/75 المؤرخ في : 20 جوان 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري , ج ر ، ع 44 ، لسنة 2005

08- القانون رقم: 16 ـ 09، المؤرخ في: 29 شوال عام 1437 الموافق لـ 03 غشت 2006 ، المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر ، ع 46 ،2016

09- القانون رقم: 08-09،المؤرخ في :18 صفر 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008،المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإداريةالجزائري، ج ر، ع21، المؤرخة في 23 أفريل 2008.

10- القانون رقم : 22 ـ 18، المؤرخ في :25 ذي الحجة عام 1443 الموافق لـ 24 يوليو سنة 2022 ، المتعلق بالاستثمار، ج ر ، ع 50، 2022.

ج – المراسيم:

01- المرسوم الرئاسي رقم: 88 ـ 233 المؤرخ في: 05 نوفمبر 1988، المتضمنانضمام الجزائر بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويوركبتاريخ:10 يونيو 1958 و الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها،ج ر ، عدد 48، 1988.

02- المرسوم الرئاسي رقم:95 ـ 306، المؤرخ في: 12 جمادى الأول 1410هـ الموافق لـ 07 أكتوبر 1995، المتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، جر ، ع 59 ، 1995.

03- المرسم الرئاسي رقم: 01 ـ47، المؤرخ 17 ذي القعدة 1421 الموافق 11 فبراير 2001، المتضمن المصادقة على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي،بتاريخ 23 جمادى الثانية 1403 الموفق لـ 06 أفريل 1983، جر، ع11، 2001.

-04

– قائمة المراجع والمصادر باللغة الأجنبية

أولا– الكتب:

1-Christophe seraglini- Jerome ortsheidt, droit de l'arbitrage interne et international ,Montchrestien l'extenso éditions 2023 .
2-Dominique vidal ,droit français de l'arbitrage interne et international ,Gualino éditeur l'extenso édition ,2012

ثانيا : المصادر :

1-Décret N° 92-755 du 31 juillet 1992 ,Instituant des nouvelles règles relative aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n 91-650 du 09 juillet 1991 portant reformes des procédures civiles d'exécution

2-Décret N° 2011-48 du 13 janvier 2011 , portant le code de procédure civile français

الفهـــــرس

العنوان	الصفحة
شكر	
اهداء	
قائمة المختصرات	
مقدمة	أ
الفصل الأول:مفهوم التحكيم في عقود الاستثمار	
المبحث الأول: نظام التحكيم في عقود الاستثمار	2
المطلب الأول: مكانة التحكيم في التشريعات	3
الفرع الأول: التحكيم في إطار الاتفاقيات الدولية	4
أولا ـ الاتفاقيات الدولية المكرسة للتحكيم	4
ثانيا- التحكيم في الاتفاقيات العربية:	6
الفرع الثاني: التحكيم في التشريع الجزائري	9
أولا: التحكيم في قوانين الاستثمار	10
ثانيا: التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري	12
المطلب الثاني: المبادئ اللازمة لضمان فاعلية التحكيم في عقود الاستثمار	13
الفرع الأول:مبدأ استقلال شرط التحكيم عن عقد الاستثمار	14
الفرع الثاني: مبدأ الاختصاص بالاختصاص	15
الفرع الثالث: مبدأ عدم الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة	15
المبحث الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار	16
المطلب الأول: أسباب اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار بالنسبة للمستثمر	17
الفرع الأول: خوف المستثمر من القضاء الوطني	17
الفرع الثاني: التحكيم ضمانة إجرائية للمستثمر	18
الفرع الثالث: كفاءة المحكمين حماية لحقوق المستثمر	19

المطلب الثاني: خصوصية التحكيم في عقود الاستثمار	19
الفرع الأول: خصوصية التحكيم للمحافظة على علاقة الأطراف كمبرر للجوء إليه	20
أولا: بساطة التحكيم كمبرر للجوء إليه	20
ثانيا: المحافظة على العلاقة بين الطرفين كمبرر للجوء إلى التحكيم	22
الفرع الثاني: عدالة التحكيم كمبرر للجوء إليه	22
أولا: السرية في التحكيم	23
ثانيا: تمسك المستثمر بشرط التحكيم	24
ثالثا: حرية الاختيار بين التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي	24
خـــلاصـــة الفصل الأول	26
الفصل الثاني: النظام القانوني للتحكيم في عقود الاستثمار	
المبحث الأول: الاتفاق على التحكيم في عقود الاستثمار	28
المطلب الأول: صور اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار	29
الفرع الأول: شرط التحكيم	29
أولا- شروط التحكيم	29
ثانيا: أنواع شرط التحكيم	29
الفرع الثاني: مشارطة التحكيم	30
أولا: الاتفاق على مشارطة التحكيم بعد نشوء النزاع	31
ثانيا: اللجوء إلى مشارطة التحكيم في حالة خلو العقد من شرط أو بند التحكيم	31
ثالثا: وجوب توفر شروط صحة العقد	31
رابعا: ضرورة تحديد المسائل المتنازع عليها	31
الفرع الثالث: شرط التحكيم بالإحالة	32
أولا : شروط التحكيم بالإحالة	32
ثانيا: موقف التشريعات المقارنة و القضاء	33
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم في عقود الاستثمار	35

الفرع الأول: موقف الاتفاقيات الدولية من القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم	35
أولا اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لسنة 1958	36
ثانيا: اتفاقية جنيف الأوروبية لسنة 1961	36
ثالثا: اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة 1965	37
الفرع الثاني: موقف الفقه من القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم	38
أولا– الاتجاه الأول	38
ثانيا – الاتجاه الثاني	39
الفرع الثالث: موقف التشريعات الوطنية من القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم	40
أولا: موقف القانون الجزائري من القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم	40
ثانيا: موقف القوانين المقارنة من القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم	41
المبحث الثاني: القانون المطبق على إجراءات التحكيم في عقود الاستثمار	44
المطلب الأول : القانون الخاضع لإجراءات التحكيم	44
الفرع الأول: خضوع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة	44
الفرع الثاني: تطبيق قانون مكان التحكيم في حالة غياب اتفاق الأطراف	46
أولا: الاتفاقيات الدولية	46
ثانيا: تطبيقات قانون مكان التحكيم	47
الفرع الثالث: نطاق القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار	48
المطلب الثاني: إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار	49
الفرع الأول: بدء إجراءات التحكيم وتنظيمها	50
أولا: طلب التحكيم	50

ثانيا: إعلام الخصم بمواعيد الخصومة التحكيمية	51
ثالثا: لغة التحكيم	51
رابعا: مكان وزمان التحكيم	52
خامسا: نظام الجلسات	54
الفرع الثاني: تشكيل هيئة التحكيم	54
أولا: كيفية اختيار المحكمين	54
ثانيا: الشروط الواجب توافرها في المحكمين	60
الفرع الثالث: إجراءات سير النزاع التي تتبعها هيئة التحكيم	63
أولا: الجلسة التمهيدية	63
ثانيا- بيان الدعوى	63
ثالثا: وجوب نظر النزاع من طرف جميع المحكمين	64
رابعا: إجراءات الإثبات في التحكيم	64
خامسا: اتخاذ التدابير الوقتية أو التحفظية	65
سادسا – المداولة	66
سابعا– ميعاد صدور الحكم	66
ثامنا – الكتابة والتوقيع	67
تاسعا: تسبيب الحكم	67
خلاصة الفصل الثاني	68
خاتمة	70
قائمة المراجع والمصادر	75
الفهرس	80
ملخص	

ملخص

كرس المشرع الجزائري على غرار أغلب التشريعات، نظام التحكيم في عقود الاستثمار باعتباره وسيلة بديلة عن القضاء وضمانة إجرائية فعالة في تسوية منازعات عقود الاستثمار،وذلك من خلال التقيد بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن عقد الاستثمار كونه لا يتأثر ببطلان العقد الأصلي،و مبدأ الاختصاص بالاختصاص الذي يتم من خلاله استبعاد القضاء من النظر في النزاع بهدف عدم وقف إجراءات سير التحكيم ،فضلا عن عدم قابلية رجوع الأطراف عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة خاصة فيما تعلق بدفع الدولة بعدم أهليتها و حصانتها القضائية،ويتم اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار نظرا لمبرراته المستمدة من الضمانات الممنوحة للمستثمر و لخصوصية التحكيم في هذه العقود لما يتمتع من مزايا تميزه عن غيره.

يلجأ الأطراف في عقود الاستثمار إلى إدراج التحكيم في صورة بند،والذي يكون سابقا على نشوء المنازعات بين الطرفين،وقد يكون لاحقا لنشوء المنازعات،كما يمكن لهم الإشارة أو الإحالة إلى عقد سابق بينهم كان يحتوي على شرط التحكيم.

لأطراف التحكيم في عقود الاستثمار حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات سير الخصومة التحكيمية،غير أنه في حالة غياب ذلك فإنه يطبق قانون مكان إجراء التحكيم كونه يعتبر قانون الإرادة الصريحة،و إذا تحدد القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم سواء عن طريق الأطراف أو هيئة التحكيم أو من طرف مركز من مراكز التحكيم الدائمة،فإن هذا القانون يسري على كافة إجراءات التحكيم من بدايتها حتى نهايتها بصدور حكم فاصل في النزاع.

الكلمات المفتاحية :

التحكيم ، عقود الاستثمار ، إجراءات التحكيم ،منازعات عقود الاستثمار

Abstact

As most of legislation, the Algerian legislator has established the arbitration system in investment contracts as an alternative means to the judiciary and an effective procedural guarantee for settling investment contract conflicts emerged from it, through adherence to the principal of the independence of the arbitration clause, as it is not affected by the invalidity of the original contract, and the principal of jurisdiction by jurisdiction aim to not stop the arbitration proceedings, as well as the irreversibility of the parties from accepting arbitration unilaterally , especially with regard to the state's claim that it lacks legal capacity and immunity ,Arbitration is resorted to in investment contracts due to its justifications derived from the guarantees granted to the investor and the privacy of arbitration in these contracts due to the advantages it enjoys that distinguish it from others.

In investment contracts ,the parties resort to including arbitration in the form of a clause , which precedes the emergence of conflicts between the two parties, and may be subsequent to the emergence of conflicts, they can also refer to a previous contract which held an arbitration clause.

the parties to arbitration in investment contracts have the freedom to choose the law that must be applied to the procedures for conducting the arbitration dispute, however ,in the absence of that ,the law of the place where the arbitration is conducted is applied , as it is considered the law of express will, If the law governing the arbitration procedures is determined ,whether by the parties ,the arbitration panel , or by one of the permanent arbitration centers , this law applies to all arbitration procedures from their beginning until their end with the issuance of a decisive ruling in the dispute.

Key words :

Arbitration , Investment contracts , Arbitration procedures , investment contract conflicts