الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة د/مولاي الطاهر – سعيدة–
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر

تخصص : قانون اقتصادي

الإطار القانوني للتحكيم و دوره في جذب الاستثمار الأجنبي

إعداد الطالبة :

كيرد فاطيمة الزهراء

إشراف الأستاذ :

* د/ بن عيسى أحمد

لجنة المناقشة

الأستاذ : د/ بن أحمد الحاج.....رئيســــــــــا

الأستاذ : د/ بن عيسى أحمد.....مشرفا و مقـررا

الأستاذ : د/ عثماني عبد الرحمان.....عضــوا مناقشــا

الأستاذ : د/ طيطوش فتحي.....عضــوا مناقشــا

الموسم الجامعي : 2017/2016

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و تقدير

"كن عالما .. فإن لم تستطع فكن متعلما ، فإن لم تستطع فأحب العلماء ،فإن لم تستطع فلا تبغضهم "

بعد رحلة بحث و جهد و اجتهاد تكللت بإنجاز هذا البحث ، نحمد الله عز وجل على نعمه التي منَ بها علينا فهو العلي القدير ، كما لا يسعنا إلا أن نخص بأسمى عبارات الشكر و التقدير للدكتور **"بن عيسى أحمد"** لما قدمه لنا من جهد و نصح و معرفة طيلة انجاز هذا البحث .

كما نتقدم بالشكر الجزيل لكل من أسهم في تقديم يد العون لإنجاز هذا البحث، و نخص بالذكر أستاذتنا الكرام الذين أشرفوا على تكوين دفعة القانون الاقتصادي و الأستاذة القائمين على عمادة و إدارة كلية الحقوق بجامعة مولاي الطاهر بسعيدة ، كما لا ننسى أن نتقدم بأرقى و أثمن عبارات الشكر و العرفان إلى أعضاء اللجنة الموقرة أساتذة المحترمين على تفضلهم بقبول لمشاركة في لجنة المناقشة و الحكم على هذه المذكرة، فكان ذلك شرف لي لأستقي و أنهل من علمهم و معرفتهم و فقههم، و هو ما سيثري بالتأكيد هذه المذكرة.

فاطيمة الزهراء

إهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

(قل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون)

صدق الله العظيم

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك ولا يطيب النهار إلى بطاعتك .. ولاتطيب اللحظات إلا بذكرك .. ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك .. ولا تطيب الجنة إلا برؤيتك

"الله جل جلاله "

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة .. ونصح الأمة .. إلى نبي الرحمة ونور العالمين

"سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم "

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار .. إلى من علمني العطاء بدون انتظار .. إلى من أحمل أسمه بكل افتخار .. أرجو من الله أن يمد في عمرك لترى ثماراً قد حان قطافها بعد طول انتظار وستبقى كلماتك نجوم أهتدي بها اليوم وفي الغد وإلى الأبد ..

"والدي العزيز"

فاطيمة الزهراء

إلى ملاكي في الحياة .. إلى معنى الحب وإلى معنى الحنان و التفاني .. إلى بسمة الحياة وسر الوجود إلى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي إلى أغلى الحبايب

"أمي الحبيبة"

إلى من رافقوني منذ أن حملنا حقائب صغيرة ومعكم سرت الدرب خطوة بخطوة وما يزالو يرافقونني حتى الآن..

أخوتي و إخواني : ياقوت، جميلة، كريمة، زهيرة، أم الجيلالي، ندير و كمال

إلى زوجي ورفيق دربي في هذه الحياة ، معك أكون أنا وبدونك أكون مثل أي شيء، إلى من أرى التفاؤل بعينه والسعادة في ضحكته ..في نهاية مشواري أريد أن أشكر ك على مواقفك النبيلة إلى من تطلعت لنجاحي بنظرات الأمل

زوجي العزيز "فوزي"

إلى قرة عيني و فرحة قلبي ابنتي

"إلين قمر"

و إلى أفراد أسرتي الثانية الذين تميزوا بالوفاء و العطاء

"أمي الثانية و أبي الثاني"

أهدي هذا العمل المتواضع راجية من المولى عز و جل أن يجد القبول و النجاح و أسأل الله أن يجله نبراسا لكل طالب علم.

فاطيمة الزهراء

قائمة المختصرات

1/ المختصرات العربية

ص: الصفحة.

2/ المختصرات الأجنبية

N°: Numéro;

Op. **Cit**: Ouvrage précédemment cité;

P: Page;

Vol: Volume;

CIRD: Centre International pour le Règlement des différents relatifs aux Investissements;

ICSID: International Center for Settlement of Investment Disputes;

UNCTAD: United Nation Conference on Trade and Development;

BIRD: Banque International pour la Reconstruction et le Développement;

RCADI: Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye.

مقـــدمة

مقدمة

لقد أضحى من المسلمات القول ان معظم دول العالم تحتاج الى الاستثمار الأجنبي نظرا لما يحققه من دور فعال في عملية التنمية، فالاستثمار الأجنبي يساعد الدولة المظيفة له، وعلى الأخص الدولة النامية، على استغلال مواردها الطبيعية، ويساهم في تنمية بنيتها التحتية وفي تدريب وتشغيل الايدي العاملة المحلية وتطوير الصناعات المحلية من خلال ما يقدمه الاستثمار الأجنبي من رأس مال وتكنولوجيا ومهارات وخبرات وابتكارات وغيرها.

لهذا كله تتنافس الدول فيما بينها على استقطاب الاستثمارات الأجنبية، وتعمل في سبيل ذلك على تحديث تشريعاتها الاستثمارية وإبرام الاتفاقيات الثنائية والدولية، كما وتعمل حكومات الدول النامية في سبيل ذلك على ابرام العديد من عقود الاستثمار مع المستثمرين الأجانب، وبذلك أصبحت الدولة في كثير من العقود طرفا يتعاقد مع شركات استثمار اجنبية مباشرة من خلال أجهزتها التابعة لها.[1]

وعلى الرغم من كل الضمانات التي توفرها الدولة الى المستثمرين الأجانب من خلال عقودهم معها او من خلال تشريعاتها الداخلية او اتفاقيات الاستثمار مع الدول الأخرى تبقى حقوق وتوقعات المستثمرين الأجانب محل منازعات مع الدول المضيفة للاستثمار، هذه المنازعات تتمتع بخصوصية مستمدة من خصوصية العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له.[2]

كما أدت التطورات الحديثة في علم تنازع القوانين الى هروب أطراف العلاقات ذات الطابع الدولي من القضاء الوطني في العديد من الدول وتحبيذ التحكيم لحل ما يثور بشأن علاقاتهم من منازعات، نظرا لتزايد ميل هذه الاتجاهات الى جعل الأصل هو ان يطبق القاضي قانونه الوطني، حتى في العلاقات ذات الطابع الدولي وكذلك لتجنب مشاكل التنازع الدولي للقوانين حيث وجد أن أفضل حل لمشكلات المعاملات الدولية هو ذلك الذي يحقق العدالة ويطبق في ذات الوقت القواعد التي يتوقع الأطراف ان تحكم علاقاتهم وهو التحكيم.[3]

حيث سجل التحكيم نقاطا عامة على ارض الحياة العملية، واللجوء المتزايد اليه املى المشرع ضرورة تثبيته والاعتراف به كآلية لفض المنازعات تسير جنبا الى جنب مع القضاء الوطني وتكون بديلا عنه اذا سمح القانون

[1] أنظر: بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2006 ، ص 11 وما بعدها

[2] أنظر: جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 9 وما بعدها

[3] أنظر: خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة مصر، الطبعة الأولى، 2014 -2015

بذلك[1]، ورضي الأطراف اللجوء اليه، ولإفراده بأحكام خاصة تنظمه على غرار الاتفاقيات الدولية ولوائح هيئا التحكيم المختلفة، كما تبنته التشريعات الوطنية المختلفة منها المشرع الجزائري الذي افرد له بابا في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.[2]

فالمشرع الجزائري لجأ الى تقنين هذه البدائل مواكبة لحركة المجتمع وتطوره وتماشيا مع ما تفرضه الاتجاهات الجديدة للتشريع الإجرائي الجزائري، فالتحكيم هو طريق استثنائي لفض الخصومات، مصدره الاتفاق وقوامه الخروج على طرف التقاضي العادية، من أجل الفصل في المنازعات للوصول الى حكم يصدر عن هيئة التحكيم، يتمتع بحجية الأمر المقضي به شأنه شأن الحكم الصادر عن القضاء، ويعتمد التحكيم أساسا على أن أطراف النزاع الذين هم يختارون قضائهم بدلا من الاعتماد على التنظيم القضائي للدولة التي يقيمون بها.[3]

وبسبب زيادة أهمية التحكيم ودوره الفعال في تسوية المنازعات الناجمة عن الاستثمارات الأجنبية فقد حظي باهتمام مختلف دول العالم، فأبرمت في شأنه العديد من الاتفاقيات الدولية، وأنشأت له الكثير من مراكز التحكيم ذات الطابع الدولي ولعل اهم هذه المراكز: مركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فقد اتى تشكيل هذا المركز معبرا عن مدى الأهمية الكبيرة للتحكيم الدولي[4] من شأنه دفع عجلة الاستثمار خاصة في الدول النامية وتوفير مناخ استثماري ملائم.

وجعل اللجوء الى التحكيم المركز يمثل درعا واقيا ضد الحماية الدبلوماسية التي قد تلجأ اليها دولة المستثمر من جهة أخرى.[5]

وتتميز إجراءات التسوية امام المركز بجملة من الخصائص، حيث تمنح الاتفاقية للأطراف الخيار بين طريقتين لتسوية النزاع هما التوفيق والتحكيم[6]، وتتسم إجراءات التحكيم أمام المركز بالمرونة وبالمساوات بين الخصوم (الدولة والمستثمر الأجنبي).

---

[4] أنظر: امينة خبابة، التحكيم الإلكتروني في التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة ماجيستر، طبعة أولى، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2010، ص 6

[2] أنظر: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، رقم08 /09 المؤرخ في 25-02-2008

[2] أنظر: خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2008، ص 12

[4] أنظر: خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص 26[4]

[5] أنظر: بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 446

[6] المادة 1/2 من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى لسنة 1965.

ويعتبر التحكيم من أكثر الخدمات التي يقدمها المركز استخداما وذلك نظرا لاستقلالية إجراءات التحكيم فهي لا تتطلب أي تدخل من أي جهة قضائية خارجية، هذا بالإضافة الى الطبيعة الإلزامية للأحكام الصادرة عن المركز، وضمان تنفيذها في الدول المتعاقدة كما لو كانت أحكاما نهائية صادرة من إحدى محاكم هذه الدول.[1]

إشكالية البحث:

إن موضوع البحث يواجه مشكلة اساسية تتمثل في مدى فاعلية التحكيم في جذب الاستثمار الأجنبي، ولقد جاءت الدراسة لإلقاء الضوء على هذا الإشكال وما يطرحه من أسئلة فرعية أهمها:

- ما هو المقصود بالاستثمار الأجنبي؟ وماهي انواعه وضماناته القانونية؟
- ما التحكيم بصفة عامة؟ و ما هي طبيعته القانونية و أهميته في فض منازعات الاستثمار الأجنبي؟ وما هو التنظيم الاجرائي للتحكيم في التشريع الجزائري؟
- ماهي الأسباب التي جعلت من التحكيم الوسيلة المثلى لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي؟ وما دور المركز الدولي في ذلك؟
- من الواضح ان للبحث في هذا الموضوع أهمية بالغة فتكمن هذه الأهمية في الدرجة الأولى في ان الاستثمار يعد من اهم أوجه النشاط التجاري وذلك نظرا للدور الذي يقوم به على صعيد التنمية الاقتصادية والاجتماعية، حيث ان معظم الدول تتسابق من أجل جذب الاستثمارات الأجنبية فذلك لما لهذه الاستثمارات من آثار إيجابية للدولة المضيفة للاستثمار، وبما ان الجزائر من ضمن هذه الدول أردنا تسليط الضوء على هذا الموضوع.

وتتعلق الأهمية الثانية بالتحكيم الذي يعد طريقة مقبولة لتسوية منازعات الاستثمار حيث انه يعد وسيلة فعالة لحسم منازعات حيث أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال حيث يمتاز بالسرية والسرعة في البث والفصل في النزاع وفضلا عن ذلك يتم اللجوء الى التحكيم لما يتمتع به عقود الاستثمار من خصوصية كون الدولة الجاذبة للاستثمار طرفا في تلك العقود.

[1] أنظر: بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 455

أما الأهمية الثالثة فخاصة بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، غرضه تحقيق التوازن بين مصالح المستثمر من خلال منحه فرصة اللجوء الى التحكيم وتبديد مخاوفه من الخضوع لقضاء الدولة العادي ومن ناحية أخرى يلعب دورا فعالا في دعم الإجراءات التحكيمية.

كما أن موضوع البحث اقتضى من جهة أخرى اللجوء الى أكثر من نظام قانوني من الأنظمة القانونية للدول المختلفة وهذا علاوة على الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية، وهو ما خلق صعوبة أخرى لهذه الدراسة.

أما بخصوص المنهج المعتمد في البحث، انتهاج منهج وصفي تحليلي ومقارن، فمن حيث كونه منهجا وصفيا أنه يعطي للموضوع أكثر وضوحا وتعريفا.

اما من حيث كونه منهجا تحليليا فهذا لأننا سنعتمد عل منهج علمي نحلل النصوص القانونية الموجودة، وتحليل كلا المعطيات والضمانات اللازمة للاستثمار الأجنبي وذلك من خلال عدد من الاتفاقيات الدولية.

اما من حيث كونه منهجا مقارنا، فهذا لأن الدراسة لا تقتصر على قوانين دولة معينة أو نظام قانوني محدد، بل تتناول الموضوع من منظور الدراسة القانونية المقارنة.

خطة الدراسة:

وبناءا على كل ما تقدم، اتبعنا في موضوعنا هذا خطة ثنائية حيث قسمنا بحثنا الى فصلين: نحدد في الأول التحكيم كآلية لضمان الاستثمار الأجنبي حيث قسمناه الى مبحثين:

المبحث الأول : الاستثمار الأجنبي وضماناته القانونية، وفي المبحث الثاني: مفهوم التحكيم و اهميته في فض منازعات الاستثمار الأجنبي.

وتناولنا في الفصل الثاني: ضوابط التحكيم في التشريع الجزائري و إعماله على مستوى الدولي الذي قسمناه الى مبحثين: تناولنا في المبحث الأول: التنظيم الاجرائي للتحكيم وفي المبحث الثاني: التحكيم في إطار مركز

واشنطن لفض منازعات الاستثمار الأجنبي، وأنهينا بحثنا بخاتمة وإجابة عن الموضوع.

الفصل الأول

التحكيم كآلية لضمان الاستثمار الأجنبي

إن العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة قد تظهر حسنة في بدايتها إلا أنه سرعان ما تتلاشى هذه الصورة وذلك نتيجة طبيعة لتعارض مصالح الطرفين لذلك تحرص معظم هذه العقود على توفير وسائل محايدة وفعالة لتسوية المنازعات التي تنشأ بين الطرفين بما يتلاءم والطبيعة الخاصة لهذه العقود.[1]

فرغم تعدد الوسائل التي يمكن أن يلجأ إليها الأطراف في عقود الاستثمار لتسوية منازعاتهم فقد ظلت هناك خاصية ثابتة لهذه العقود تتعلق على وجه الدقة بالتحكيم كطريقة مقبولة لتسوية منازعاتهم، حيث يعتبر التحكيم الأسلوب الأمثل لحل هذه المنازعات التي تثيرها العلاقات التي تدخل الدولة طرفا فيها، فوجود الدولة كطرف في العقد يجعل المستثمر في حاجة إلى ضمانات قانونية لحماية استثماراته.

وبناءا على هذا سنتطرق في هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: الاستثمار الأجنبي وضماناته القانونية.

المبحث الثاني: مفهوم التحكيم وأهميته في فض منازعات الاستثمار الأجنبي.

[1] أنظر، كريستوف إمهوس، التحكيم والوسائل البديلة لحسم المنازعات، كيفية حسم المنازعات التجارة العالمية، ترجمة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة، 2002، ص 18.

المبحث الأول: الاستثمار الأجنبي وضماناته القانونية

إذا كانت التطورات في ظروف الحياة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية وما شهده العصر الحديث من سهولة الإتصالات بين المجتمعات المختلفة، قد أدى إلى ظهور علاقات اقتصادية وقانونية لم تكن معروفة من قبل مثل "الاستثمار الأجنبي".

فإن عملية جذب الاستثمارات الأجنبية مرتبطة بمدى توفر المناخ الاستثماري الملائم، وكذا توفير الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية لمجموعة من الضمانات القانونية[1]، وقبل التطرق لتلك الضمانات ارتأينا أنه لابد من التعرف على الإطار المفاهيمي للاستثمار الأجنبي وأنواعه.

[1] أنظر، هشام صادق، وحفيظة السيد الحداء، دروس في القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، دار الفكر الجامعي، إسكندرية، 1998-1999، ص 301.

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للاستثمار الأجنبي

لقد تعددت المفاهيم حول مصطلح الاستثمار الأجنبي، فمنها ما هو إقتصادي ومنها ما هو قانوني وفيما يلي نقوم بسرد بصفة وجيزة مختلف هذه المفاهيم.

الفرع الأول: تعريف الإستثمار الأجنبي

يعرف الاستثمار لغة هو مصدر الفعل استثمر يستمر، وهو مشتق من أثمر الرجل إذا تحول، وثمر الرجل مالا: أي نماه وكثره، ويقال استثمر ماله، أي أثمر ونماه، والثمر يعني حمل الشجر أو المال أو النماء أو الزيادة.[1]

وقد عرف مجمع اللغة العربية الاستثمار بأنه: "استخدام الأموال في الإنتاج إما مباشرة بشراء الآلات والمواد الأولية وإما بطريقة غير مباشرة كشراء الأسهم و السندات".

ويعرف اصطلاحا : حيث تعددت التعريفات بين فقهاء القانون وفقهاء الاقتصاد وذلك لأن الاستثمار عملية مركبة تجمع بين عناصر قانونية وثانية اقتصادية ولذلك سوف نتفق على مفهوم الاستثمار لدى كل من الاقتصاديين والقانونيين وذلك فيما يلي[2]:

أولا: تعريف الاستثمار الأجنبي من الناحية الاقتصادية

الاستثمار كلمة من المصطلحات الاقتصادية العالمية، ومعناها في علم الإقتصاد لا يخرج عن معناها اللغوي لأن المقصود بها زيادة أو إضافة جديدة في ثروة المجتمع.

[1] أنظر : قطب مصطفى سالف، الاستثمار أحكامه وضوابطه في الفقه الإسلامي، دار النقاش للنشر والتوزيع، الأردن، 2000، ص 15.

[2] أنظر : عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2008، ص 4.

ولذلك قد ذهب بعض فقهاء الاقتصاد في تعريفه للاستثمار الأجنبي بأنه قيام المستثمر الأجنبي بتحويل كمية من الموارد المالية والتكنولوجية والخبرة الفنية في جميع المجالات إلى الدول المضيفة.[1]

-ويعرفه البعض: بأنه تكوين رأس مال أو استخدامه بهدف تحقيق الربح في الأجل القريب أو البعيد بشكل مباشر أو غير مباشر. [2]

- ويعرفه رأي آخر بأنه: إسهام غير الوطني في التنمية الاقتصادية أو الاجتماعية للدولة المضيفة بمال أو عمل أو خبرة في مشروع محدد بقصد الحصول على عوائد مجزية وفقا للقانون.[3]

ويميز الاقتصاديون عادة بين نوعين من الاستثمار هو: الاستثمار المالي و الاستثمار الحقيقي ويتمثل الأول: في شراء الأوراق المالية مثل الأسهم والسندات وأدون الخزينة وما إلى ذلك، وهو بهذا المعنى لا يشكل إضافة إلى الأصول الحقيقية وإنما هو مجرد تحويل للملكية، أما الثاني: فهو الذي يتضمن حيازة الأصول والموجودات الرأسمالية الجديدة مثل: الآلات والمعدات وإقامة المصانع.

وهناك أيضا مفهوم الاستثمار في الإدارة المالية (المعنى المالي) وهو بالعادة ينظر إليه من قبل رجال الإدارة على أنه اكتساب الموجودات المالية و حسب، ويصبح الاستثمار في هذا المعنى هو توظيف المال في الأوراق والأدوات المالية المختلفة من أسهم و ودائع.

[1] أنظر : محمد الجوهري، دور الدولة في الرقابة على مشروعات الإستثمار، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، بدون طبعة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 8.

[2] أنظر : نبيل عبد الجبار الجومرد، المتغيرات المؤثرة على استثمار القطاع المحلي في الأردن، مركز الدارسات الإستراتيجية، الجامعة الاردنية، 1990، ص 7.

[3] أنظر : محمد عبد العزيز سعد النعماني، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2002، ص 21.

ومما تقدم يمكن القول أن الاقتصاديين لم يوفقوا في وضع تعريف جامع ومتفق عليه لعملية الاستثمار، بحيث يستشق منه عناصر العملية و أركانها و اكتفوا بتعريف الهدف من عملية الاستثمار، ألا وهو تحقيق الربح، إلا أنه وحتى يمكن القول بوجود مشروع استثمار من الوجهة الاقتصادية لابد من توافر شروط ثلاثة وهي الحصة، وعنصر الزمن، وعنصر المخاطرة.[1]

ثانيا: تعريف الإستثمار الأجنبي من الناحية القانونية

ورد في هذا الصدد العديد من التعريفات لفقهاء القانون حيث تعددت تعريفاتهم للاستثمار الأجنبي دون أن يتفقوا على تعريف محدد له، فعرفه البعض: "انتقال رؤوس الأموال من الخارج إلى الدولة المضيفة بغية تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي، وبما يكفل زيادة الإنتاج والتنمية في الدول المضيفة.[2]

هذا التعريف يضع اعتبارا لحق الدولة في توجيه الاستثمار، وحتى وإن كان من التعريفات الأصلية للاستثمار إلا أنه يضيف من حق المستثمر في إعادة أرباحه في الاستثمار.

وعرف كذلك بأنه تحركات الأموال النقدية أو العينية والحقوق المعنوية من بلد إلى آخر، سواء رافقها العمل أو دونه، كإقامة مشروع اقتصادي أو المساهمة في رأس مال مشروع قائم بهدف تحقيق ربح يفوق ما يتوقع الحصول عليه من البلد المصدر لها.

وهناك من يعرفه: "بأنه جمع حركات رؤوس الأموال بين الدول ببعضها البعض سواء كانت أموالا قصيرة أم أموالا طويلة، ويغلب عليها طابع الاستمرار أو مصحوبة بنية إعادة تحويل رأس المال مع عائده في صورة (ربح أو فائدة أو حصص)، على موطنه الأصلي.

[1] أنظر : خالد عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الإستثمار، المرجع السابق، ص 86.

[2] أنظر : عليوش قربوع كمال، قانون الإستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة .، 1999، ص 2.

أما على المستوى الفقهي العالمي، وقد عرفته جمعية القانون الدولي بأنه "تحركات رؤوس الأموال من البلد المستثمر نحو البلد المستفيد دون تنظيم مباشر" كما عرفه معهد القانون الدولي بأنه: توريد الأموال أو ربما الخدمات بهدف تحقيق ربح مادي أو سياسي ويمكن أن يتكون الاستثمار من أموال معنوية.[1]

وبالتالي من خلال هذه التعريفات واختلافها إلى تعريف محدد للإستثمار إلا أنها اتفقت على الإرتباط الإستثمار الأجنبي بفكرة انتقال الأموال وعوامل الإنتاج عبر الحدود وبين الدول بعضها مع بعض وحيث أن الاستثمار الأجنبي وانتقال رأس المال لهما معنيان مترادفان.[2]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تناول الاستثمارات الأجنبية من خلال قانون 16-09 المؤرخ في 03 غشت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار من خلال المادة 2 من هذا القانون على ما يأتي:

أ/ إقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة وتوسيع قدرات الإنتاج و/ أو إعادة التأهيل.

ب/ المساهمات في رأس مال شركة.[3]

نستخلص من هذا التعريف ما يلي:

أن الاستثمار يمكن أن يأخذ أشكالا مختلفة هي:

- توسيع نشاط مؤسسة بالمساهمة في استحداث نشاطات جديدة أو المساهمة في تحسين قدرات الإنتاج (أي جعل المؤسسة أكثر فاعلية)، أو إعادة التأهيل (أي استرجاع بعض المؤسسات التي تعاني من صعوبات في التسيير

[1] أنظر : غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2004، ص 15.

[2] أنظر : محمد سارة، الاستثمار الأجنبي في الجزائر، دراسة حالة أوراسكوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2009-2010، ص 16.

[3] قانون رقم 16-09 مؤرخ في 3 أوت 2016، المتعلق بترقية الاستثمار.

والتنظيم أو المعرضة للزوال)، أو إعادة الهيكلة (و تشمل المؤسسات التي تعاني من عدم الفعلية في التسيير و التنظيم و التي تحتاج إلى إعادة الهيكلة أي مراجعة قواعد تسييرها و تنظيمها).[1]

الفرع الثاني: أنواع الاستثمار الأجنبي

يتخذ الاستثمار الأجنبي شكلين أساسيين هما:

أولا: الاستثمار الأجنبي المباشر

بقصد بالاستثمار الأجنبي المباشر أنه: "انتقال مال المستثمر عبر حدوده الوطنية لإنشاء أو تشغيل مشروع اقتصادي بمفرده أو بمساهمة عناصر وطنية معه، والاستثمار الأجنبي المباشر قد يكون عاما أو خاص وهو قد ينشأ مشروعا جديدا يقتصر على إدارة مشروع أو مرفق موجود بالفعل.

يقصد به تلك "المشروعات المملوكة للأجانب سواء أكانت الملكية كاملة أم كانت بالاشتراك بنسبة كبيرة مع رأس المال الوطني بما يكفل السيطرة على إدارة مشروع ويستوي في ذلك أن يكون المستثمر الأجنبي فردا أو شركة أجنبية أو فرعا لإحدى الشركات الأجنبية أو مؤسسة خاصة.[2]

وقد عرفه جانب من الفقه القانوني: تلك المشروعات التي يقيمها ويملكها ويديرها المستثمر الأجنبي، إما بسبب ملكية الكاملة للمشروع أو بالاشتراك في رأس مال المشروع الوطني بنصيب يبرر له حق الإدارة، وتكون تلك المشروعات مستمرة بشكل مباشر عن طريق الأفراد أو الشركات الأجنبية.

[1] أنظر : لعماري وليد، الحوافز والحواجز القانونية للاستثمار الاجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011-2012، ص 6.

[2] أنظر : خالد عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الإستثمار، المرجع السابق، ص 95.

ويتضح من هذه التعاريف السابقة أن الاستثمار الأجنبي المباشر هو انتقال رؤوس الأموال الأجنبية مقترنة بعنصري التنظيم والإدارة إلى الدولة المضيفة بحيث يترتب عليه إقامة مشروعات مملوكة ملكية كاملة لمستثمرين أجانب أو ملكية حصص تمكنهم من السيطرة على إدارة هذه المشروعات أو تعطيهم حق المشاركة في هذه الإدارة.[1]

ويتخذ الاستثمار الأجنبي المباشر هو الآخر عدة أشكال أهمها:

أ-المشروعات ملكيتها مشتركة (الاستثمار مشترك)

وتعتبر هذه المشروعات مشتركة بين المستثمر الأجنبي والمستثمر المحلي وبنسب متفاوتة، تتحدد وفقا لاتفاق الشركاء وحسب القوانين المنظمة لتملك الأجانب.

ويقصد بها أيضا المشاركة بين الدول المضيفة ورأس المال الأجنبي وقد تتفاوت التنمية المشاركة من الدول الأخرى أو نسب متساوية بين رأس المال الوطني الأجنبي وليس بالضرورة أن يقدم المستثمر سواء أكان أجنبي أو محلي حصة في رأس المال أي أن المشاركة يمكن أن تكون من خلال تقديم الخبرة أو العمل التكنولوجي كما يمكن أن تكون على شكل تقديم المعلومات أو المعرفة التسويقية.[2]

[1] أنظر : غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، المرجع السابق، ص 49.

[2] أنظر : أبو قحف عبد السلام، أشكال السياسات المختلفة للاستثمارات الأجنبية، مؤسسة شباب الجامعة، بدون طبعة، مصر، 2003، ص 15، 16.

ب- مشروعات تملكها الشركات الأجنبية بالكامل في الإقتصاد المضيف

وهذا الشكل من الاستثمارات يتيح للعنصر الأجنبي السيطرة الكاملة في اتخاذ القرار، ولهذا لا تحبذه الكثير من الدول المستثمر فيها، خشية أن يؤدي إلى التبعية والهيمنة الاقتصادية من قبل المستثمر الأجنبي.

ج- الشركات المتعددة الجنسية

فهي الشركات التي تملك مشاريع كثيرة في دول مختلفة من العالم حيث تتميز هذه الشركات بضخامة أعمالها وأنشطتها "ويمكن القول بأن الاستثمار الأجنبي المباشر والشركات متعددة الجنسية شيئان متلازمان، اعتاد الاقتصاديون على الجمع بينهما بطريقة مترادفة". وتعد ظاهرة الاستثمار الأجنبي المباشر عن طريق الشركات المتعددة الجنسية، أو ما يسمى بالشركات عابرة القوميات، من أبرز الظواهر التي طرأت على صعيد العلاقات الاقتصادية الدولية، خلال العقود الثلاثة أو الأربعة الأخيرة.[1]

ثانيا: الاستثمار الأجنبي الغير المباشر

يعرف الاستثمار الأجنبي الغير المباشر بأنه: "تلك الاستثمارات التي تتدفق داخل الدولة في شكل قروض مقدمة من أفرادا أو هيئات أجنبية، أو تأتي في شكل اكتتاب في الصكوك الصادرة عن ذلك الدولة، أو في المشروعات التي تقاوم بها، سواء تم الاكتتاب عن طريق المستندات التي تحمل فائدة ثابتة، أم عن طريق الأسهم على أن لا يكون للأجانب الحق في الحصول على نسبة من الأسهم تخولهم حق إدارة المشروع.[2]

[1] أنظر : دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، بيروت، 2006، ص 63.

[2] أنظر : غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، المرجع السابق، ص 49.

وفي هذا النوع من الاستثمار يقتصر دور المستثمر الأجنبي على مجرد تقديم رأس المال إلى الجهة معينة في الدول المضيفة وهي التي تقوم بعقد الاستثمار ولا يكون للمستثمر الأجنبي أي رقابة أو سيطرة على المشروع.[1]

من خلال هذا يتضح أن الاستمارات الأجنبية الغير المباشرة تأخذ شكلين هما : القروض التي تقدمها الهيئات الخاصة أو الأفراد أو الاكتتاب في السندات و الأسهم التي تصدرها الدولة أو المشروعات التي تقام بها.

أولا: القروض التي تقدمها الهيئات الخاصة والعامة أو الأفراد

ويعد هذا النوع من القروض الشكل الغالب في الاستثمارات الأجنبية غير المباشرة وتأخذ هذه القروض ثلاثة أشكال مختلفة كالآتي:

1/ القروض التي تقدمها الهيئات الخاصة أو الأفراد أو الشركات وكبار المصدرين وغيرهم من الموردين الأجانب لتوريد سلع وخدمات الدولة المقترضة، وتشمل كذلك القروض المقدمة من البنوك التجارية الأجنبية الخاصة كتسهيلات مصرفية، بغرض تمويل العجز الموسمي والمؤقت في حصيلة النقد الأجنبي للدولة المقترضة وغالبا ما يكون الهدف من هذه القروض هو الربح التجاري الخالص.

2/ القروض الثنائية الحكومية التي يتم الاتفاق عليها بين الدولة المقرضة والدولة المقترضة بموجب اتفاقية بين الدولتين وغالبا ما تكون هذه القروض محكومة باعتبارات سياسية.[2]

3/ القروض الدولية التي تحصل عليها الدول من الهيئات الدولية ومنظمات التمويل العالمية المتمثلة في صندوق النقد الدولي، البنك الدولي للإستثمار والتعمير، مؤسسة تمويل الدولية وهيئة التنمية الدولية.[1]

---

[1] أنظر : فؤاد محمد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في المنازعات الاستثمار الأجنبي، وفقا لأحكام القانون الدولي العام، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، رسالة ماجستير، 2010، ص 8.

[2] أنظر : هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، الطبعة الأولى، دار الفكر الحامعي، 2002، ص 30.

ثانيا: الاستثمار في الأوراق المالية

يمكن للدول النامية أن تحصل على رأس مال الأجنبي عن طريق إصدار السندات وطردها للاكتتاب في الأسواق المالية الدولية، بحيث تقوم التي ترغب في الاقتراض بطرح سندات ذات قيمة معينة وسعر فائدة معين وأجل معين يتم استهلاك السند عند حلوله أي أن الدولة المصدرة للسند ملتزمة بالوفاء بقيمة السند عند حلول أجل استحقاقه، إضافة على الفائدة الدورية التي يستحقها حامل السند، كما تستطيع الدولة المستوردة لرأس المال أن تطرح نسبة من أسهم الشركات أو المشروعات التي تتولى إنشاءها وذلك للاكتتاب فيها من قبل الأفراد والمؤسسات الخاصة.[2]

[1] أنظر : عبد العزيز سعد النعماني، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2002، ص 26.
[2] أنظر : عبد الواحد الفار، أحكام التعاون الدولي في مجال التنمية الإقتصادية، القاهرة، 1987، ص 109.

الفرع الثالث: عقد الاستثمار الدولي

تعد عقود الاستثمار الدولي مثل باقي العقود الأخرى تقوم على تلاقي إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني معين، بيد أنها تتميز بحقيقة هامة وهي التفاوت في المراكز القانونية لأطرافها والناجم عن حقيقة أن أحد الأطراف العقد هو الدولة والتي تتمتع بمزايا خاصة سواء في إطار القانون الدولي أو الداخلي.

أولا: الدولة كطرف في العقد

تقوم الدولة في سعيها إلى تحقيق تنميتها الاقتصادية إلى إبرام العديد من العقود اللازمة لذلك مع المستثمرين الأجانب، بحسب حاجتها لتنفيذ خطتها الاقتصادية، و هي تقوم بإبرام هذه العقود بطريقة مباشرة عن طريق قيام من يمثلها (رئيس الدولة، أو رئيس الوزراء، أو أحد الوزراء) بإبرامها.[1] أو بطريقة غير مباشرة تتمثل بقيام إحدى المؤسسات والهيئات العامة التابعة لها بابرامها.[2]

فتعد الدولة طرفا في عقد الاستثمار عندما تنزل إلى ميدان التجارة الدولية فتقوم بإبرام عقود الاستثمار، أو قد تدخل في مشروعات مشتركة بينها وبين الشركات الخاصة.

فتنص إتفاقية واشنطن الموقعة في عام 1965 والمنشأة لتسوية منازعات الاستثمار المادة (25) على امتداد الاختصاص القانوني للمركز إلى أية خلافات قانونية تنشأ مباشرة عن الاستثمار بين دولة متعاقدة أو أي إقليم فرعي أو أي وكالة تابعة للعضو المتعاقد سبق أن عينته الدولة المتعاقدة إلى المركز وبين المواطن من دولة أخرى

[1] أنظر : سراج أبوزيد، التحكيم في عقود البترول، دورة المنازعات الاستثمارية والنفطية المنعقدة، مركز حقوق عين شمس للتحكيم، القاهرة، ص 212.
[2] أنظر : بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 15.

متعاقدة، ويشترط أن يوافق طرف النزاع كتابة على تقديمها للمركز، وعند اعطاء الطرفين موافقتها لا يحق لأي من الطرفين أن يسحب هذه الموافقة دون القبول من الطرف الآخر.[1]

وعليه فإن الدولة كطرف في عقود الاستثمار هي الدولة في مفهومها المعروف في إطار القانون الدولي العام (الدولة ذات السيادة) وهي قد تتعاقد مع الطرف الأجنبي المستثمر أما بشكل مباشر بواسطة حكومتها أو تلجأ إلى التعاقد معه بواسطة إحدى المؤسسات، أو الأجهزة التابعة لها مع انصراف الآثار المترتبة على التعاقد إليها، طالما أن هذه الأجهزة تقوم بتنفيذ السياسة العامة للدولة دون أن يؤثر ذلك على تمتع أو عدم تمتع هذه الهيئات بالشخصية القانونية المستقلة.[2]

ثانيا: المستثمر الأجنبي كطرف في العقد

المستثمر الأجنبي هو الشخص الأجنبي "طبيعي أو اعتباري" كما قد يكون أحادي الجنسية، أو متعدد الجنسية، أو منعدم الجنسية، هو الذي يوظف أمواله أو خبراته في مشروع اقتصادي بقصد الحصول على عوائد مجزية وفقا لقانون الدولة المضيفة.[3]

فالمستثمر الأجنبي كطرف في عقود الاستثمار هو الشخص التابع لدولة أخرى حيث اشترطت اتفاقية واشنطن عام 1965 لانعقاد الاختصاص للمركز أن يكون الطرف الثاني متعاقد مع الدولة مستثمرا أجنبيا منتميا

[1] أنظر : خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الإستثمار، المرجع السابق، ص 101.

[2] أنظر : بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 22.

[3] أنظر : غسان علي علي، الإستثمارات الأجنبية ودول التحكيم في تسوية المنازعات، المرجع السابق، ص 221.

لدولة أجنبية أخرى طرف في الاتفاقية، ويستوي في ذلك أن يكون هذا المستثمر شخصا طبيعيا أو شخص اعتباريا، فنصت المادة (2/25) منها على أنه يقصد بعبارة أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى ما يلي:

أ/ كل شخص طبيعي يحمل جنسية إحدى دول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع.

ب/ كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع.[1]

وعليه فإن الطرف الأجنبي في العقود الدولية للاستثمار هو المستثمر الأجنبي سواء كان شخصا طبيعيا أم معنويا (اعتباريا).[2]

[1] أنظر :بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 23.

[2] أنظر : خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الإستثمار، المرجع السابق، ص 104.

المطلب الثاني : الضمانات القانونية للإستثمار الأجنبي

إن الدول التي تسعى لجذب رؤوس الأموال الأجنبية تعمل على جعل المناخ الإستثماري أكثر استقرار وملائمة من خلال توفير الضمان والحماية الكافيين، وذلك من أجل استقطاب المستثمر الأجنبي وزيادة ثقته للإستثمار في هذه الدول، وهذا ما تم العمل عليه في الجزائر على عدة مستويات، أو بعدة وسائل سواء عن طريق التشريع الداخلي أو ما يسمى الضمانات التشريعية، أو عن طريق الإتفاقيات الدولية الثنائية منها والجماعية في مجال الإستثمار وهي ما يسمى الضمانات الإتفاقية[1].

لهذا سنتولى دراسة هذه الضمانات القانونية من خلال التطرق للضمانات المنصوص عليها في قانون الإستثمار، ثم نتطرق إلى الضمانات الإتفاقية التي تخص أطراف الإتفاقية ، والضمانات القضائية للإستثمار نظرا للإهتمام الكبير الذي حظيت به سواء في القوانين الداخلية أو الإتفاقيات الدولية لحماية وتشجيع الإستثمار، أوتلك المتعلقة خصوصا بالتحكيم في مجال الإستثمار الأجنبي.

الفرع الأول :الضمانات التشريعية

نقصد بالضمانات التشريعية مجموعة الضمانات المنصوص عليها في القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار(الجزائر) أي بموجب تشريعاتها الداخلية.

وقد نص القانون 16-09 المؤرخ في 2016/08/03[2]، على هذه الضمانات الممنوحة للمستثمرين.

[1] أنظر : لعماري وليد، الحوافز و الحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، المرجع السابق، ص 25.

[2] أنظر: القانون 16-09 المؤرخ في 2016/08/03، المتعلق بترقية الاستثمار

أولا : ضمان عدم التمييز بين المستثمر الوطني والأجنبي (مبدأ المساواة)

يقصد بهذا الضمان أن تعامل الدولة المضيفة المستثمر الأجنبي نفس المعاملة التي تعامل بها المستثمر الوطني، ويترتب على هذا أن تكون المعاملة منصفة وعادلة، أي يتمتع بنفس الحقوق ويتحمل نفس الواجبات[1] وفي الحقيقة أن هذا الضمان هو مبدأ عام نجده في معظم الاتفاقيات الدولية المشجعة للاستثمار الأجنبي، وقد عمل المشرع الجزائري جاهدا لتكريس هذا المبدأ في القوانين الوطنية، ويمكن القول أن البداية الفعلية لإلغاء التمييز بين المستثمر الوطني والأجنبي كانت بصدور قانون النقد والقرض لسنة 1993 ، الذي أصبح يعتمد معيار المقيم وغير المقيم بعدما كان يعتمد على معيار الجنسية، ثم جاء بعده المرسوم 93-12 ليكرس نهائيا هذا المبدأ، ليأتي في الأخير القانون 16-09 الذي ألغى أحكام الأمر 01-03 المؤرخ في 2001/08/20 باستثناء أحكام المواد 6، 18 و 22، ليؤكد بصفة قاطعة على هذا المبدأ بموجب المادة 21 : " مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الثنائية والجهوية و المتعددة الأطراف الموقعة من قبل الدولة الجزائرية، يتلقى الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب معاملة منصفة وعادلة، فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة باستثماراتهم"[2].

يتضح من المادة أعلاه أن ضمان عدم التمييز في المعاملة يحتوي على شقين:

الشق الأول :جاء في الفقرة الأولى، هو ضمان عدم التمييز في المعاملة بين المستثمرين الأجانب فيما بينهم ، عدا الأحكام التي تنص عليها الاتفاقيات الدولية المبرمة مع دولهم الأصلية، حيث يمكن أن يتم إبرام اتفاقيات تمنح امتيازات أفضل لرعايا الدول المتعاقدة وبالتالي تطبق هذه الاتفاقيات استثناء من المبدأ العام الذي يقضي بعدم التمييز في المعاملة بين المستثمرين الأجانب.

[1] أنظر: عجة الجيلالي، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار"الأنشطة العادية وقطاع المحروقات"، دار الخلدونية، الجزائر 2006 ، ص455 .

[2] أنظر: المادة 21 من القانون 16-09، المرجع السابق، ص 22.

أما الشق الثاني : في الفقرة الثانية، وهو ضمان عدم التمييز في المعاملة (في الحقوق والواجبات) بين المستثمر الأجنبي والوطني.

ثانيا : ضمان استقرار أحكام القانون المعمول به (مبدأ الثبات التشريعي)

إن لاستقرار القانون الذي يحكم الاستثمار أهمية كبيرة في جذب المستثمر الأجنبي، لأن المستثمر يولي أهمية بالغة للنظام القانوني الذي يحكم استثماره، وما إذا كان يتماشى مع مصالحه، وبالتالي فإن اتجاهه للاستثمار في بلد ما متوقف على النظام القانوني الذي يحكم الاستثمار في ذلك الوقت، ومدى استقراره.

لذلك نجد أغلب الدول على غرار الجزائر عملت على إزالة مخاوف المستثمر الأجنبي عن طريق تضمين قانونها الداخلي الذي يحكم الاستثمار مبدأ "استقرار القانون المطبق".

وهذا المبدأ أو الضمان في الأصل كثيرا ما كان يعمل به في العقود الدولية الطويلة الأجل بين الشركات الأجنبية ومؤسسات الدول السائرة في طريق النمو، حيث يلجأ المتعاقدان إلى وضع بند استقرار القانون المطبق لتفادي التغييرات والتعديلات التي يمكن أن تغير وضعية المستثمر الأجنبي، نذكر على سبيل المثال : العقد المبرم بين الكاميرون وإحدى شركات البحث عن النفط واستغلاله، الذي ينص على أنه :

"لا يمكن أن تطبق على الشركة بدون موافقتها المسبقة، التعديلات التي تطرأ على أحكام النصوص المذكورة فيما بعد خلال مدة الاتفاق."

ولقد أثار هذا المبدأ الكثير من التساؤلات لدى جانب من الفقهاء خصوصا عند تطبيقه، إلا أنه بالنسبة للجزائر لم يعد هذا التساؤل مطروحا لأنه تم تقرير هذا الضمان للمستثمر الأجنبي بموجب أحكام المادة 22 من القانون 16-09 التي تنص على ما يلي : " لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا

القانون، التي قد تطرأ مستقبلا، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة" [1]

بحيث يفهم من نص المادة أعلاه، أن المشرع الجزائري لم يقتصر فحسب على ضمان الاستقرار التشريعي للمستثمر من خلال الامتناع عن تطبيق أي تعديل أو إلغاء لقانون على الاستثمارات التي تم الشروع في إنجازها، بل ذهب إلى أكثر من ذلك حيث أضاف ضمان أوسع يتمثل في الاستفادة من التشريع الجديد، بحيث يتمتع بحق مكتسب إذا احتوى التعديل الوطني الجديد على ضمانات أخرى[2]، فبعد تكريس هذا المبدأ، يستمر المستثمر من الاستفادة من أحكام القانون الساري المفعول عند الشروع في انجاز مشروعه بالرغم من إعادة النظر في النظام القانوني للاستثمارات، بحيث لا تطبق عليه هذه التعديلات إلا إذا وافق على ذلك صراحة و لا يطالب بذلك إلا في حالة ما إذا كانت هذه التعديلات تتضمن امتيازات و حوافز إضافية في المجال الضريبي أو النقدي أو الجمركي أو غيرها[3].

ثالثا : ضمانات ضد نزع الملكية

تعد ملكية الاستثمار شيئا مقدسا عند المستثمر الأجنبي ويوليها أهمية كبيرة عند اتخاذه لقرار الاستثمار بحيث أن اتجاهه للاستثمار في بلد معين قد يتوقف على مدى الضمانات والحماية التي يقدمها هذا البلد للملكية وأن أي إخلال بها قد يجعله يعرض عن الاستثمار مهما توافرت فيه فرص تحقيق الربح، لذلك كان من اللازم

[1] أنظر : المادة رقم 22 من القانون 16-09، المرجع السابق، ص22.
[2] أنظر : نصير عاشوري، ضمانات الاستثمار في التشريع الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، غير منشورة، الجزائر، 2010، ص17.
[3] أنظر : عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الاجنبية في القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2013 ،ص 84

إعطاء أهمية لها ضمن السياسة القانونية لتحفيز الاستثمار الأجنبي وإحاطتها بضمانات تحد أو تزيل مخاوف المستثمر الأجنبي من خطر نزع ملكية الاستثمار وتجعله يقبل على الاستثمار دون تردد[1] .

فبالرجوع إلى قانون الاستثمار الجزائري الحالي (16-09) نصت المادة (23) منه على ما يلي :

" زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية، لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلاّ في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به .

يترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف"[2].

يفهم من نص المادة أعلاه، أن المشرع الجزائري قد ضمن للمستثمر الأجنبي عدم حصول أي

نزع للملكية إلا في إطار ما نص عليه القانون المتعلق بنزع الملكية وهو القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27أفريل 1991 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، الذي حدد الحالات التي يمكن فيها نزع الملكية وكيفيات ذلك وبشرط أن يكون مقابل تعويض عادل ومنصف. بحيث أن أي نزع للملكية خارج هذه الحالات ودون احترام الشروط المنصوص عليها يعد باطلا، وهذا ما يشجع المستثمر الأجنبي على الاستثمار دون تخوف مادام أن الملكية محمية بموجب هذا القانون.

رابعا : ضمان تحويل رؤوس الأموال المستثمرة وعائداتها

يعلق المستثمر الأجنبي أهمية بالغة على ما يتيحه له قانون الاستثمار في الدولة المضيفة من حرية في تحويل أصل الاستثمار وعوائده إلى الخارج، فضلا عن تحويل النواتج الناجمة عن التنازل أو التصفية وباقي الإيرادات، لأن المستثمر الأجنبي لا يهمه تحقيق الأرباح بقدر ما يهمه إمكانية تحويلها، فما الفائدة من الأرباح إن لم يكن

[1] أنظر : عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 36.
[2] أنظر: المادة رقم 23 من القانون 16-09، المرجع السابق، ص22.

بالإمكان تحويلها بحرية حسب رؤية المستثمر، وبالتالي فإن إعاقة مثل هذا التحويل يعد عقبة في سبيل جذب رأس المال الأجنبي.[1]

لهذا وسعيا من المشرع الجزائري لجذب وتشجيع الاستثمار الأجنبي في الجزائر، فقد عمل على منح المستثمر الأجنبي ضمان لتحويل رؤوس أمواله وعوائدها، وكان ذلك بداية في قانون النقد والقرض لسنة 1993 ، حيث سمح لغير المقيمين بالجزائر بتحويل أموالهم للخارج، ثم جاء بعد ذلك المرسوم التشريعي 93-12 ليؤكد على هذا في المادة الثانية (02) منه، وقد أبقى القانون الحالي للاستثمار (16-09 المؤرخ في 2016/08/03) على هذا الضمان بل وأكد عليه بالموازاة مع الاتفاقيات الدولية العديدة التي نصت على هذا الضمان والتي صادقت عليها الجزائر مع غيرها من الدول، نظرا

للأهمية البالغة التي يحظى بها داخليا ودوليا، مع اختلاف فقط في شروط تحقيق ذلك وكيفياته (التخفيف أو التشديد).

إذ تنص المادة 25 من القانون 16-09 على أنه :"تستفيد من ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناجمة عنه، الاستثمارات المنجزة انطلاقا من حصص في رأس المال في شكل حصص نقدية مستوردة عن الطريق المصرفي، ومدونة بعملة حرة التحويل يسعّرها بنك الجزائر بانتظام ويتم التنازل عنها لصالحه، والتي تساوي قيمتها أو تفوق الأسقف الدنيا المحددة حسب التكلفة الكلية للمشروع، ووفق الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم .

كما تقبل كحصص خارجية، إعادة الاستثمار في الرأسمال للفوائد وأرباح الأسهم المصرح بقابليتها للتحويل طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما .

[1] أنظر: دريد محمود السامرائي، الإستثمار الأجنبي " المعوقات والضمانات القانونية، ،المرجع السابق، ص191

يطبق ضمان التحويل وكذا الأسقف الدنيا المذكورة في الفقرة الأولى أعلاه، على الحصص العينية المنجزة حسب الأشكال المنصوص عليها في التشريع المعمول به، شريطة أن يكون مصدرها خارجيا، وأن تكون محل تقييم طبقا للقواعد والإجراءات التي تحكم إنشاء الشركات .

ويتضمن ضمان التحويل المذكور في الفقرة الأولى أعلاه، كذلك المداخيل الحقيقية الصافية النّاتجة عن التنازل وتصفية الاستثمارات ذات مصدر أجنبي حتى وإن كان مبلغها يفوق الرأسمال المستثمر في البداية[1] .

فحسب هذه المادة يتمتع المستثمر الأجنبي بحرية كاملة في تحويل رؤوس الأموال المستثمرة بعينها (أي الأموال التي جلبها معه) بالعملة الصعبة القابلة للتحويل، وكذلك حرية تحويل عائدات هذه الأموال من مداخيل وفوائد وأرباح وغيرها من الإيرادات المتصلة بالاستثمار.

بل ويشمل هذا الضمان كذلك المداخيل الحقيقية الصافية الناتجة عن التنازل أو التصفية، حتى وإن كان المبلغ أكبر من رأس المال المستثمر في البداية و يمكن للمستثمر الأجنبي نقل الملكية أو التنازل عن الاستثمار لفائدة مستثمر آخر(حسب أحكام المادة 30)، وبالتالي فإن ناتج عملية التنازل أو تصفية المشروع الاستثماري يتمتع بنفس الضمان حتى ولو كان أكثر من رأس المال المستثمر، وهذا يعد بمثابة تشجيع كبير للاستثمار الأجنبي.

هذا ما نصت عليه كذلك المادة 126 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 2003/08/26 المتعلق بالنقد والقرض صراحة بقولها : "رؤوس الأموال وكل النتائج والمداخيل والفوائد والإيرادات وسواها من الأموال

[1] أنظر : المادة رقم 25 من القانون 16-09، المرجع السابق، ص22.

المتصلة بالتمويل يسمح بإعادة تحويلها، وتتمتع بالضمانات المنصوص عليها في الإتفاقيات الدولية التي وقعتها الجزائر".[1]

الفرع الثاني : الضمانـات الاتفاقيـــة

تسعى الدول المصدرة للاستثمار عموما إلى توفير الحماية القانونية الكافية لأموال مواطنيها في الخارج، ولما كانت الضمانات التشريعية التي يقررها قانون الاستثمار في الدولة المستقطبة للاستثمار لا تحقق وحدها تلك الحماية الكافية بسبب قابليتها للتعديل والإلغاء، فإنها تلجأ في هذا الخصوص إلى وسائل قانونية أخرى أكثر قوة وضمان تتمثل في عقد اتفاقيات دولية (ثنائية أو جماعية) لتشجيع الاستثمار الأجنبي وحمايته مع الدول المستقطبة للإستثمار، والتي تسعى بدورها لاستقطاب المستثمر الأجنبي للإسهام في عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية، بمنحه ضمانات وحماية أكبر بموجب هذه الاتفاقيات[2]

وعموما يمكن القول أن هذه الاتفاقيات تضم أحكاما قانونية مماثلة لتلك المنصوص عليها في قانون الاستثمار الوطني مع توضيح ودقة أكثر، إلا أنها تتميز عنه في أنها تنشئ حقوقا والتزامات تعاقدية (اتفاقية) على الدولة المستقطبة مع الدولة المصدرة، بحيث لا يمكن تعديلها أو إلغاؤها بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين وهذا ما يوفر للمستثمر الأجنبي ضمانا وحماية أكبر خصوصا مع تعديل قوانين الاستثمار، كما أنه يمكن أن تؤثر هذه الاتفاقيات في القانون الداخلي بحيث يلجأ المشرع الوطني إلى تعديله بما يتوافق ومتطلباتها.

[1] أنظر : الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 2003/08/26 المتعلق بالقرض و التقد.

[2] أنظر : دريد محمود السامرائي، الإستثمار الأجنبي " المعوقات والضمانات القانونية ، مرجع سابق، ص208

وقد أولى المشرع الجزائري أهمية كبيرة للضمانات الاتفاقية، ويظهر ذلك من خلال إبرامه وتصديقه على العديد من الاتفاقيات الدولية لتشجيع وحماية الاستثمار الأجنبي سواء الثنائية منها أو الجماعية، وهذا ما يشكل قانون قائم بذاته يطلق عليه الكتاب(فقهاء القانون) "القانون الاتفاقي للاستثمار" والذي يتوزع عبر مجالين:

-اتفاقيات متعددة الأطراف (جماعية).

-اتفاقيات ثنائية.

فما مدى الحماية والضمان المقدم للمستثمر الأجنبي في الجزائر بموجب هذا القانون الاتفاقي ؟ وهل كرس المشرع الجزائري هذه الحماية في القانون الوطني؟

أولا : ضمانات الإستثمار الأجنبي في الإتفاقيات المتعددة الأطراف

تنتمي هذه الاتفاقيات إلى الاتفاقيات الدولية الإطارية، التي سنكتفي بتوضيح الإطار العام لها دون الخوض في تفاصيلها وسنتطرق إلى أهم هذه الاتفاقيات التي هي في غالبيتها تتعلق بالتأمين على الاستثمار.

1-الاتفاقية العربية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية[1] :

تم توقيع هذه الاتفاقية سنة 1980 من طرف الدول الأعضاء في جامعة الدول العربية، وتتجه هذه الاتفاقية إلى منح الحرية للمستثمرين العرب في المادة (02) منها والتي تسمح بالانتقال الحر لرؤوس الأموال العربية فيما بين الدول الأطراف شريطة احترام برامج التنمية الاقتصادية للدول المتعاقدة وبما يعود بالنفع على الطرفين (الدولة المضيفة والمستثمر)، كما يتمتع المستثمر العربي بحرية القيام بأي استثمار غير ممنوع على مواطني الدولة المضيفة في حدود النسب المقررة في تشريعاتها الداخلية.

[1] صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-306 المؤرخ في 1995/10/07.

وما عدا ذلك فإنه يعامل المستثمر العربي على أساس قاعدة المساواة بلا تمييز، كما له الحرية في اختيار تدابير الاستثمار الأكثر فائدة له إذا تعددت داخل الدولة المضيفة مثله مثل المستثمر غير العربي.[1]

وطبقا للمادة (07) من الاتفاقية فإن له كامل الحق في تحويل رأسماله وعوائده إلى إقليم أي دولة دون أن يخضع لأي قيود تمييزية مصرفية أو إدارية أو قانونية ودون أي ضرائب أو رسوم على عملية التحويل، لكن بشرط الوفاء بالتزاماته المستحقة في الدولة المضيفة، كما يجوز للمستثمر العربي التصرف في استثماره بحرية في الحدود المقررة لمواطني الدولة المضيفة[2].

كما قدمت الاتفاقية لرأس المال العربي ضمانا بعدم تعرضه (كليا أو جزئيا) لأي إجراء يؤدي إلى المصادرة أو الاستيلاء الجبري أو نزع الملكية أو التأميم أو التصفية أو الحل ...وغير ذلك من صور المساس بحق الملكية، ماعدا في حالة نزع الملكية من أجل النفع العام بشرط أن يتم ذلك على أساس غير تمييزي، ومقابل تعويض عادل و منصف ووفقا لأحكام قانونية تنظم نزع الملكية من أجل المنفعة العامة .والشيء نفسه بالنسبة للإجراءات التحفظية الناتجة عن أحكام قضائية أو أوامر وذلك بمثل ما يعامل به المواطنون.[3]

2-الاتفاقية الدولية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار:

تعتبر الوكالة الدولية لضمان الاستثمار بمثابة مؤسسة دولية للتأمين على الاستثمارات، وقد أنشأت بموجب اتفاقية" سيول "لسنة 1985[4] التي أعدها البنك الدولي للإنشاء والتعمير بهدف تشجيع تدفق رأس المال

[1] أنظر : المادة 2 من الاتفاقية العربية الموحدة لعام 1980، ص 03.
[2] أنظر : المادة 07 من الاتفاقية العربية، المرجع السابق، ص 04.
[3] أنظر : المادة 09 من الاتفاقية، المرجع نفسه، ص 05.
[4] صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-05 المؤرخ في 1995/01/21.

والتكنولوجيا للأغراض الإنتاجية إلى الدول النامية طبقا لشروط تتواكب مع احتياجات وأهداف تلك الدول، ووفقا لأسس عادلة مستقرة لمعاملة الاستثمارات الأجنبية.

وتلجأ في سبيل ذلك إلى التأمين وإعادة التأمين لصالح المشروعات الاستثمارية التي تزاول نشاطها في إحدى الدول الأعضاء الوافدة من الدول الأعضاء الأخرى (سواء كان المستثمر شخصا طبيعيا أو معنويا، خاصا أو عاما أو مختلطة)، أي يشترط أن يكون المستثمر أجنبيا عن الدولة المستقطبة للاستثمار.[1]

ويقتصر ضمان الوكالة على المخاطر السياسية، ذكرت اتفاقية" سيول "أربعة أنواع منها مع السماح للوكالة بتغطية أخطار أخرى.

1و تتمثل المخاطر التي ذكرتها فيما يلي:

1-مخاطر عدم القدرة على تحويل العملة وعدم القدرة على نقل الأموال إلى الخارج (التقييد الإنفرادي للتحويل).

2-مخاطر نزع الملكية أياً كان الإجراء سواء كان تأميما أو مصادرة أو استملاكا للمنفعة العامة باستثناء الإجراءات العادية العامة التطبيق وغير التمييزية التي تتخذها الدولة بهدف تنظيم سياستها الاقتصادية.

3-مخاطر الإخلال بالعقد من طرف الدولة المضيفة ونقضها لالتزاماتها، ويتم التعويض في ثلاث حالات عددتها المادة 11 وهي:

-عدم وجود هيئة يلجأ إليها المستثمر للمطالبة بحقوقه التعاقدية ضد الدولة المستقبلة.

-أو إذا لم تقم تلك الهيئة بالفصل في النزاع خلال مدة معقولة محددة في عقد الضمان وفق نظام الوكالة.

[1] أنظر : دريد محمود السامرائي، الإستثمار الأجنبي " المعوقات والضمانات القانونية" ، المرجع السابق، ص284

-أو إذا لم يتمكن المستثمر من الحصول على تنفيذ القرار الصادر لصالحه من تلك الهيئة.

4-مخاطر الحروب والإضطرابات المدنية مثل التمرد والإنقلابات والثورات خاصة التي تخرج عن سيطرة الحكومة المضيفة.

ونشير هنا إلى أن الضمان يكون على أساس عقد يبرم مع الوكالة بعد موافقة الدولة المضيفة[1].

ثانيا : ضمانات الإستثمار الأجنبي في الاتفاقيات الثنائية

تعتبر الاتفاقيات الثنائية من أهم الأدوات القانونية التي تلجأ إليها الدول المضيفة لتشجيع وحماية الاستثمار الأجنبي، وإيجاد الظروف الملائمة له للإسهام في عملية التنمية، حيث يتم إبرام اتفاقية ثنائية للحماية المتبادلة وتشجيع الاستثمار بين الدولة المضيفة والدولة المصدرة لرأس المال تتضمن في حقيقتها أحكاما مماثلة لأحكام القانون الوطني إلا أنها تتميز بأنها تنشأ التزامات اتفاقية ثنائية الجانب.

وفي الحقيقة أن الجزائر قد اهتمت كثيرا بهذا الشكل من أشكال التنظيم للاستثمار الأجنبي نظرا لأهميته ودوره الفعال في تشجيع الاستثمار الوارد من الدول التي تحتاج الجزائر لاستثماراتها بالنظر لدورها الفعال في التنمية الاقتصادية.

وقد بلغت الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع نظيراتها من الدول الأخرى بدءا من سنة 1990 إلى سنة 2008 ، حوالي 42 اتفاقية مع عدة دول عربية وأوربية وآسيوية وإفريقية[2].

[1] أنظر : قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية " التحكيم التجاري الدولي –ضمان الاستثمارات" ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2004 ، ص441 ، 442

[2] E. AKROUNE YAKOUT: La promotion de l'investissement étranger par la protection

يتضح من خلال استقراء هذه الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتشجيع الاستثمار الأجنبي و حمايته، أن هناك عدة معايير قانونية يتم من خلالها وضع الإطار العام لمعاملة الاستثمار الأجنبي عموما، وتحديد الضمانات والمزايا التي يتمتع بها بشكل خاص و لعل أقدم المعايير التي استقر عليها العرف الدولي في هذا الشأن هو"**معيار المعاملة العادلة والمنصفة**"، الذي أخذت به غالبية معاهدات الاستثمار الثنائية إذ تقرر اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات بين العراق والجزائر لسنة 1999 مثلا بأن " على كل طرف متعاقد أن يضمن معاملة عادلة ومنصفة ضمن إقليمه لاستثمارات المستثمرين التابعين للطرف المتعاقد الآخر والمحدد وفق قوانين وأنظمة تشجيع الاستثمار لديه."

إلا أن هذا المبدأ يكتنفه الغموض ويصعب تحديد مضمونه بصورة خالية من الشك، حيث يختلف حكمه باختلاف ظروف الدولة التي تعتمده، وبالتالي فهو بحاجة إلى نصوص ومعايير أخرى تضبط مضمونه وتحدد بشكل دقيق الحقوق والمزايا التي يتمتع بها الاستثمار الأجنبي[1] ولهذا هناك معايير أخرى تلجأ إليها الدول في هذا الصدد وهي:

– **معيار المعاملة الوطنية** : يقصد بذلك تمتع الاستثمار الأجنبي بالحقوق والضمانات والمزايا ذاتها التي يتمتع بها الاستثمار الوطني في الدول المستقطبة، وبالشروط عينها فيما يتعلق بهذا الاستثمار.

وفي الأصل أنه يتم إدراج هذا المبدأ في القوانين الداخلية[2] مثل ما فعل المشرع الجزائري في المادة 21 من القانون 16-09[1]، إلا أن الغالب هو النص عليه في الاتفاقيات الدولية الثنائية.

---

conventionnelle, article publiée sur le Journal du droit des affaires, n°02, Agence d'édition d'étude et de communication juridiques ,Alger 2008, p 43, 44.

[1] أنظر : دريد محمود السمرائي، الاستثمار الأحنبي "المعوقات و الضمانات القانونة"، المرجع السابق، ص 211.

[2] أنظر : عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، المرجع السابق، ص89 .

– **معيار الدولة الأولى بالرعاية** : يقصد بذلك أن تتعهد الدولة الملتزمة به بتمكين رعايا الدولة المستفيدة منه (المستثمرين) من الحصول على أفضل معاملة قررتها أو تقررها إلى رعايا دولة ثالثة، وبالتالي الحصول على أفضل الضمانات والمزايا التي تقررها.

وهذا المعيار يقتضي إجراء مقارنة مع المعاملة التي يتلقاها مستثمري دولة ثالثةفي الدولة المضيفة، فإذا كانت هذه الأخيرة أفضل فإنه وفقا للشرط المذكور تمدد إلى مستثمري الدولة المستفيدة منه أي يستفيدون من ضمانات ومزايا أفضل من التي قررت لهم في الاتفاقية التي أبرمتها دولتهم مع الدولة المضيفة[2]

وتعد معاهدات حماية وتشجيع الاستثمار من أكثر المعاهدات التي تأخذ بهذا الشرط، فقد جمعت غالبيتها في نص واحد بين قاعدة المعاملة الوطنية وشرط الدولة الأولى بالرعاية، من ذلك ما نصت عليه المادة 04 من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر ومصر لسنة 1997 ، وكذلك المادة 03 من الإتفاقية المبرمة بين الجزائر وإيطاليا لسنة 1991 .

– **معيار المعاملة بالمثل (التبادل)** : مقتضى هذا المعيار أن تعامل الدولة المستثمر الأجنبي بالمعاملة ذاتها التي يلقاها رعاياها في إقليم الدولة التي ينتمي إليها هذا المستثمر(بجنسيته). ويعد هذا المعيار في الواقع وسيلة مهمة وشائعة لتحديد الضمانات القانونية التي يحظى بها الاستثمار الأجنبي في الدولة المستقطبة للإستثمار، فقد تنص عليه الدولة في قوانينها الوطنية ويعرف عندئذ بالتبادل التشريعي مثل ما فعل المشرع الجزائري في الفقرة (02) من

[1] أنظر : القانون 16-09، مرجع سابق، ص 22.

[2] E. AKROUNE YAKOUT: La promotion de l'investissement étranger par la protection conventionnelle, op.cit , p 39.

المادة 21[1] ، وقد يكتفي بالتبادل الواقعي ، إلا أن الغالب أن يجري الاتفاق على هذا المبدأ بين دولتين أو أكثر بموجب اتفاقية دولية.

بناءا على ما سبق يلاحظ أنها معايير لا تحدد بشكل مباشر الضمانات والمزايا التي تقدمها الدولة المستقطبة للاستثمار لرأس المال الوافد إليها والتابع للدولة المستفيدة، وإنما تربط ذلك بعناصر أخرى سواء القانون الوطني، أو أفضل معاملة، أو بالمثل، فضلا عن قابليتها للتعديل والتغيير المستمر ومن ثم لا تؤدي إلى تحقيق أهدافها في جذب الاستثمار .وبالتالي وتجنبا لأي نزاع محتمل يتم وضع تنظيم مباشر للضمانات والمزايا التي تمنحها كل منها (الدول) للاستثمارات الوافدة إليها من الأخرى

على نحو مستقل وغير قابل للتعديل إلا بالطرق المحددة لتعديل الاتفاقيات الدولية وفقا للقواعد القانونية العامة.

إلا أنه كثيرا ما يتم الجمع بين هذه الوسيلة والمعايير الأخرى المتقدمة، ويعد هذا الاتجاه الأكثر موضوعية، ذلك لأنه يؤدي في الواقع إلى خلق قدر من التوازن بين حقوق الدولة و إلتزاماتها، بحيث تحدد الاتفاقية الدولية الضمانات التي يتعين على الدول المتعاقدة منحها للاستثمارات الوافدة، وقد تحدد الاتفاقية بعض الحقوق والامتيازات وتترك الباقي للمعايير السابقة لتحديدها.

و فيما يلي سنتطرق إلى بعض الإتفاقيات الدولية الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع نظيراتها من الدول لحماية وتشجيع الإستثمار، والتي نصت على ضمانات للإستثمار الأجنبي في الجزائر السابقة[2].

[1] أنظر : المادة 02 من القانون 09/16، المرجع السابق، ص

[2] أنظر : لعماري وليد، الحوافز و الحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، المرجع السابق، ص 38، 39.

1- الإتفاق المبرم بين الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية :

الموقع عليه بواشنطن في 22 جوان 1990 ، الذي يرمي إلى تشجيع الاستثمارات بين البلدين، ويدخل هذا الاتفاق ضمن الاتفاقات المعروفة في الولايات المتحدة الأمريكية باتفاقيات الاستثمار الخاصة لما وراء البحار[1].

2- ضمانات الاستثمار في الاتفاق الجزائري مع الإتحاد الاقتصادي البلجيكي اللوكسمبورغي :

الموقع بالجزائر بتاريخ 24 أفريل 1991 ، والمتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات[2].

3- اتفاق الشراكة الأورومتوسطية ودوره في تشجيع الاستثمار الأجنبي في الجزائر:

نظرا لأهمية العلاقات بين الجزائر والإتحاد الأوروبي، فتعتبر التجارة الدولية مع الإتحاد الأوروبي من أهم المبادلات بالنسبة للجزائر حيث يمثل % 65 من الصادرات باتجاه الإتحاد الأوروبي و % 60 من وارداتها من الإتحاد الأوروبي حسب إحصائيات 2005، فقد دخل مشروع الشراكة ضمن أولويات السلطات الجزائرية، إذ بعد مفاوضات عسيرة، ضمن سبعة عشر جولة تم عقد اتفاق ثنائي أوروبي متوسطي لتأسيس شراكة بين الجزائر من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى بفالونسيا يوم 22 أفريل 2002.[3]

[1] أنظر : عجة الجيلالي، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار، المرجع السابق، ص449

[2] صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم91 -354 المؤرخ في 1991/10/05.

[3] صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05 -159 المؤرخ في 2005/04/27.

الفرع الثالث :ضمانات تسوية منازعات الاستثمار

تحرص قوانين الاستثمار المقارنة والاتفاقيات الدولية الخاصة بتشجيع وحماية الاستثمار الأجنبي على تحديد حقوق المستثمر والتزاماته من حيث النطاق والمضمون، بيد أن تنفيذ هذه الحقوق وتلك الالتزامات وتطبيقها في الواقع العملي قد يثير منازعات كثيرة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، وترجع هذه المنازعات في الواقع إلى الإختلاف في تحديد المضمون الدقيق للحقوق التي يتمتع بها المستثمر، والالتزامات الملقاة على عاتقه، أو بسبب قيام الدولة بنقض التزاماتها وتعهداتها تجاه المستثمر الأجنبي[1]

وإذا كان المستثمر الأجنبي يهتم بالحقوق التي يتمتع بها والالتزامات التي يتحملها، فإنه يهتم كذلك بالوسائل والضمانات التي تمنح له والتي يمكنه اللجوء إليها لحسم ما قد يثور من منازعات بينه وبين الدولة المضيفة، ذلك أن هذه المنازعات تتميز بطابعها الخاص.

وتدرك الدول جيدا مدى أهمية هذه الوسائل والضمانات، ودورها في استقطاب المستثمر الأجنبي، لذلك سعت إلى وضع أحكام في قوانينها الداخلية لحل نزاعات الاستثمار، وكذلك بادرت بالانضمام إلى العديد من الإتفاقيات الدولية المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار، وبتضمين بنود متعلقة بذلك في اتفاقيات حماية وتشجيع الاستثمار، لهذا سنتولى دراسة الضمانات لتسوية منازعات الاستثمار حسب ما أقره المشرع الجزائري.

لقد أقر قانون الاستثمار الجزائري على غرار غيره من التشريعات المقارنة، وسائل مختلفة لتسوية منازعات الاستثمار، بعضها رضائية كالتوفيق والمصالحة وبعضها الآخر قضائية كاللجوء للقضاء الوطني والتحكيم الدولي [2].

هذا ما جاء في نص المادة 24، حيث تنص : " يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية

[1] أنظر : دريد محمود السامرائي :الإستثمار الأجنبي " المعوقات والضمانات القانونية" ، المرجع السابق، ص309

[2] أنظر : لعماري وليد، الحوافز و الحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص 45.

يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة و التحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص".[1]

إذن فحسب نص هذه المادة فإن الجهات القضائية الجزائرية تكون في الأصل هي المختصة بحل منازعات الاستثمار التي قد تثور بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية ممثلة في مؤسساتها المختلفة، وهذا تطبيقا لمبدأ سيادة الدولة على الأشخاص والأموال الموجودة في إقليمها، فما دام النزاع قد نشب داخل حدود الدولة، فإن اختصاص النظر فيه ينعقد للقضاء الوطني فيها .هذا ما لم يوجد اتفاق خاص يقضي بخلاف ذلك، أي يسمح للطرفين بحل النزاع بالطرق الودية كالمصالحة أو التوفيق أو تحكيم خاص أو أي بند تسوية آخر يتفق عليه الطرفين.

حيث يمكن لأطراف النزاع أي الدولة والمستثمر الأجنبي، عند نشوب أي نزاع إبرام اتفاق بينهما لتسوية هذا النزاع أو إبرام اتفاق مسبق لتسوية النزاعات التي قد تنشأ في المستقبل، عن طريق المصالحة أو التوفيق أو اللجوء إلى تحكيم خاص بتعيين محكمين، أو إسناد التحكيم أو التوفيق إلى هيئة تحكيمية داخلية أو دولية لتسوية النزاع مثل :غرفة التجارة الدولية، أو المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

ونشير هنا أن القانون الجزائري لم ينص على إجراءات خاصة للتقاضي بشأن منازعات الاستثمار، وبالتالي فإن تسوية هذه المنازعات يكون بحسب قانون الإجراءات المدنية الساري المفعول في الجزائر، ويفصل في الموضوع على أساس القانون الوطني بما فيه قواعد التنازع.

[1] أنظر : المادة رقم 24 من القانون 16-09، المرجع السابق، ص22.

إذن فتسوية النزاع يتم في الأصل داخليا، إلا أن تخوف المستثمر الأجنبي من الوسائل الداخلية لحل النزاعات، وأساسا القضاء الداخلي نظرا لطبيعة النزاع باعتبار أن أحد أطرافه دولة ذات سيادة، والآخر طرف أجنبي خاص مما قد يؤثر على مصداقية ونزاهة القضاء.

هذا ما جعل المستثمر الأجنبي يبحث عن وسائل وضمانات أخرى أكثر حيادا وقوة وهي الوسائل أو الضمانات الدولية لحل منازعات الاستثمار، وهذا ما ضمنه المشرع الجزائري للمستمثر الأجنبي من خلال السماح باللجوء إلى الوسائل الدولية لتسوية المنازعات، التي تم بشأنها إبرام اتفاقيات دولية اهتمت على الخصوص بالتحكيم التجاري الدولي الذي يحضى بأهمية بالغة في منازعات الاستثمار الدولية، بالإضافة إلى الوسائل الأخرى[1].

[1] أنظر : لعماري وليد، الحوافز و الحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، المرجع السابق، ص 46 و 47.

المبحث الثاني: مفهوم التحكيم وأهميته في فض منازعات الاستثمار الأجنبي

يعد التحكيم إحدى الوسائل حسم المنازعات وهو طريق استثنائي ويقوم على إرادة الأطراف، حيث يلجأ إليه الخصوم لحل النزاع دون المحكمة المختصة، و التحكيم وسيلة قديمة وكان بشكله البدائي هو الوسيلة المعتمدة لحل النزاعات بين الخصوم وتعد بداية الوظيفة القضائية وظيفة تحكيمية، إلا أن أهميته قد ازدادت حديثا بعد إنشاء الأمم المتحدة.

ولقد تأكدت أهمية التحكيم في مجال التجارة الدولية كوسيلة لحل ما ينشأ عن هذه العلاقات من منازعات، حيث أصبح القضاء الأصل لحل هذه المنازعات، و تزداد أهميته عند وجود الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفا من هذه المنازعات.

أما التعريف بالتحكيم يحتاج إلى بيان معناه في اللغة و في الاصطلاح الفقهي والقانوني والقضائي.[1]

[1] أنظر : أبي الحسن، علي بن اسماعيل الأندلسي، المخصص، دار الفكر، بيروت، ج 3، ص 235.

المطلب الأول : الإطار المفاهيمي للتحكيم

سنحاول في هذا المطلب تسليط الضوء على تعريف التحكيم، و ما هي الطبيعة القانونية للتحكيم و ما هي أنواع التحكيم من خلال تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع.

الفرع الأول: تعريف التحكيم

التحكيم هو نظام أو طريق خاص للفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات سواء كانت مدنية أو تجارية عقدية كانت أو غير عقدية، فالتحكيم قوامه الخروج على طرق التقاض العادية فيعتمد أساسا على أن أطراف النزاع هم أنفسهم من يختارون قضاتهم بدلا من الاعتماد على التنظيم القضائي للبلد التي يقيمون بها وتسمى (هيئة التحكيم) وتتكون من محكم واحد أو أكثر حسبما يتفق الاطراف بمشارطة التحكيم أو في الوثيقة المنظمة للعلاقة التي يتناولها التحكيم.

ومن المعروف أن التحكيم يطلق عليه بعض الفقهاء القانونيين "القضاء الخاص" وذلك لأنه لا يدخل في تشكيلة أي في تشكيل محكمة التحكيم سلطان الدولة ونفوذها رغم تطبيق قوانينها فيرأس محكمة التحكيم محكمين وليس قضاة.[1]

[1] أنظر : باسمة لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره ،رسالة دكتوراه، حقوق، القاهرة، 2005، ص 31.

أولا: تعريف التحكيم

أ/ لغة

التحكيم مصدر حكم بتشديد الكاف مع الفتح، يقال مثلا حكمته في مالي فاحتكم أي حان فيه حكمه، و حكمت الرجل تحكيما إذا منعته مما أراد، وحكمه أي فوض الحكم إليه.[1]

والمحكم بتشديد الكاف مع الفتح هو الذي يفوض إليه الحكم في الشيء، كما يطلق المحكم على من يختار للفصل بين المتنازعين.

مما سبق نخلص إلى أن التحكيم في المعنى اللغوي يفيد اطلاق اليد في الشيء أو تفويض الأمر للغير.[2]

ب/ فقها

يعرف التحكيم بأنه (اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين، يفصل فيه دون المحكمة المختصة به).[3]

والتحكيم هو الحكم في منازعة بواسطة أشخاص يتم اختيارهم كأصل عام بواسطة أشخاص آخرين، و ذلك بموجب اتفاق.

[1] أنظر : أبي الحسن، علي بن اسماعيل الأندلسي، المخصص، دار الفكر، بيروت، ج3، ص 235.

[2] أنظر : أسير عصام داود سليمان، الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2014، ص 28.

[3] أنظر : أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري و الاجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 15.

ويركز هذا التعريف على الطبيعة الخاصة لقضاء التحكيم ومصدره الإرادي وفي ذات الإتجاه أيضا عرف كلا من (Glasson, Tisser et Morel) التحكيم بأنه القضاء في منازعة بواسطة أشخاص عاديين والذين تعتبرهم الأطراف المتنازعة قضاة.

ولقد عرف الأستاذ (Jean Robert) التحكيم بأنه: "يقصد بالتحكيم تحقيق العدالة الخاصة، وهي إليه وفقا لها يتم سلب المنازعات من الخضوع بولاية القضاء العام، لكي يتم الفصل فيها بواسطة أفراد عهد إليهم بهذه المهمة في واقعة الحال".[1]

وعليه فقد تعددت آراء الفقه حول تعريف التحكيم فلا مجال لحصرها، ومعناها عن المعنى التالي: "التحكيم هو الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به، فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم لهم و قد يكون هذا الاتفاق تبعا لعقد معين يذكر في صلبه ويسمى شرط التحكيم".

وقد يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم ويسمى في هذه الحالة (مشارطة التحكيم أو اتفاق التحكيم).[2]

ج/ قانونا

لقد عرفت مجلة الأحكام العدلية للتحكيم بأنه "هو عبارة عن اتخاذ خصمين لآخر حاكما برضاهما، لفصل خصومتهما ودعواهما ويقال لذلك حكم بفتحتين، ومحكم يضم الميم و فتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة.[3]

[1] أنظر : حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري دولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، 2010، ص 43.
[2] أنظر : أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، سنة 2000، المرجع السابق، ص 15.
[3] أنظر : خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، الطبعة الأولى، القاهرة، 2002، ص 86.

وعرفه البعض بأنه نظام قانوني بديل لقضاء الدولة في حسم المنازعات، ويتكون هذا النظام من عنصرين هما: اتفاق التحكيم وحكم المحكم الذي تنتهي به خصومة التحكيم.

وقد استحسن البعض تعريف التحكيم بكونه نظام قانوني بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع.[1]

فقد ذهب قانون التحكيم الفرنسي رقم 04 لسنة 1993 إلى أن التحكيم هو إجراء خاص لتسوية بعض أنواع الخلافات بواسطة محكمة بحكيم، يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيها، بمقتضى اتفاق التحكيم.[2]

وقد عرفته المادة الرابع من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 بقولها: ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أم مركز دائما للتحكيم أو لم يكن لذلك".[3]

وعرفته المادة العاشرة من ذات القانون اتفاق التحكيم بقولها : " اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية".[4]

[1] أنظر : حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري دولي، المرجع السابق، ص 49.

[2] أنظر: قانون التحكيم الفرنسي رقم 4 لسنة 1993، نقلا عن: أحمد عبد الله المراعي، دور التحكيم في تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى،مصر، 2014، ص 31.

[3] المادة الرابعة من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، نقلا عن: د. خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض المنازعات عقود الإستثمار، المرجع السابق، ص 43، 44.

[4] أنظر: حكم مجلس الدولة الفرنسي، الصادر بتاريخ 4 نوفمبر 1957، نقلا عن: د. أحمد عبد الله المراعي، دور التحكيم في تشجيع وحماية الإستثمارات الأجنبية،نفس المرجع، ص 31.

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن: "التحكيم يتمثل في سلطة القرار التي يعترف بها طرف ثالث "المحكم" والتسليم بأن قرار المحكم هو قرار قضائي".

أما بالنسبة للمشرع الأردني فقد عرف اتفاق التحكيم في المادة الثامنة من قانون التحكيم الأردني (8) لسنة 1953 التي تنص انه تعني عبارة اتفاق التحكيم الاتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة أو المقبلة على التحكيم سواء أكان اسم المحكم أم المحكمين مذكورا في الاتفاق أو لم يكن.[1]

أما بالنسبة للقانون الجزائري فقد تبنى نظام التحكيم الدولي وجاء هذا في مرحلة متأخرة، حيث أن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم والصادر بموجب الأمر 154/66، كان إلى وقف قريب يرفض هذا النظام، وذلك من خلال ملاحظة نص المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية القديم الذي يحرم على الأشخاص العمومية اللجوء إلى التحكيم: "يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التعرف فيها، ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث و الحقوق المتعلقة بالمسكن و الملبس، ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم ولا يجوز للدولة وللأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم".[2]

غير أن الفقرة الأخيرة من هذه المادة خضعت إلى التعديل بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 09/93 الصادر في 1993/04/25، حيث أصبحت صياغتها الجديدة "و لا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية".

[1] أنظر: قانون التحكيم الأردني رقم 8 سنة 1953، نقلا عن د. خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض المنازعات عقود الإستثمار، المرجع السابق، ص 44.

[2] أنظر : قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم والصادر بموجب الأمر 154/66.

كما أضافت المادة 02 من المرسوم التشريعي 09/93 فصلا كاملا للكتاب الثامن من الأمر 154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية تحت عنوان "في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي" يتضمن 29 مادة، وقد حدد المشرع الجزائري مفهوم التحكيم التجاري الدولي في المادة 458 مكررا التي تنص على: "يعتبر دوليا، مفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج.[1]

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم

تعد دراسة الطبيعة القانونية للتحكيم من الأمور الضرورية لكي يتبوأ التحكيم مكانته الملائمة والتي تتناسب مع أهميته المعاصرة و لاسيما في مجال التجارة الدولية والاستثمار، حيث إن تحديد الطبيعة القانونية يترتب عليها نتائج في غاية الأهمية والضرورة كما يرى البعض.[2]

إلا أن الجدل الفقهي حول الطبيعة القانونية للتحكيم أوجد نظريات متعددة، فمنهم من قال أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية إرادية، ومنهم من قال أنه ذو طبيعة قضائية، والبعض الآخر حاول الأخذ بموقف وسط وهو أن

[1] أنظر : المرسوم التشريعي 09/93 الصادر في 1993/04/25، نقلا عن كريم محجوبة، التحكيم الإلكتروني ودوره في حل منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة شهادة ماستر، سعيدة، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، كلية الحقوق، سنة 2015.

[2] أنظر : إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، 2005، ص 33.

التحكيم سيتم بطبيعة مختلطة أو مزدوجة تتقابل فيها التأثيرات التعاقدية القضائية والآخر ذهب إلى أن التحكيم له طابع خاص وله ذاتية مستقلة.[1]

أولا: الطبيعة التعاقدية للتحكيم

يرى أنصار النظرية التعاقدية للتحكيم أن أساسه هو اتفاق أطراف الخصومة سواء كان ذلك بإدراج شرط في العقد أم اتفاق مستقل، أو باتفاق خاص مستقل عن العقد، وإن قرار التحكيم يستمد قوته التنفيذية من هذا الاتفاق الخاص، وبذلك يكون عدم قابلية قرارات التحكيم للطعن يرجع إلى توافق إرادة الاطراف في اللجوء إلى التحكيم.[2]

وبما أن نظام التحكيم ذو طبيعة تعاقدية، فالأطراف باتفاقهم على التحكيم يتخلون عن بعض الضمانات القانونية والإجرائية التي يحققها النظام القضائي وذلك بهدف تحقيق مبادئ العدالة والعادات التجارية المتعارف عليها وإتباع إجراءات المحاكم العادية والصفة التعاقدية تقتضي اعتبار التحكيم من المعاملات الدولية ليلبي مقتضيات هذه المعاملات ويزيد انتشارها كل يوم، و لاشك في أن تخريب المبادلات الدولية لا يمكن أن يتم إلا عن طريق العقد لما يتصف به من طابع دولي.[3]

حيث استند أنصار هذه النظرية العقدية على حجج متعددة في تدعيم وجهة نظرهم في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم من بين هذه الأسانيد :

أ/ أن المحكمين ليسو قضاة تعينهم الدولة لأنهم أفراد عاديين.

[1] أنظر : أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص 22.

[2] أنظر : ناريمان عبد الكريم، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 1966، ص 22.

[3] أنظر : إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 30.

ب/ أن مصدر سلطتهم في القضاء يرجع إلى طابع تعاقدي وهو رضا الأفراد بحكمهم.

ج/ إن الإرادة هي التي تطبق لمعرفة القانون الواجب التطبيق على أحكام المحكمين الأجنبية.

د/ أن المحكمين يستطيعون رفض التحكيم دون أن يكونوا منكرين للعدالة كما أنهم لا يستطيعون توقيع جزاءات على الخصوم.

هـ/ أن المحكمين لا يتمتعون بسلطة الأمر التي يتمتع بها القضاء، ويتقيدون بالأشكال الإجرائية.[1]

و/ أن أحكام التحكيم تحتاج دائما وأبدا إلى أمر تنفيذي من قضاء الدولة، لكي يتمكن الطرف الصادر لصالحه الحكم من التنفيذ، ولو كانت أحكام قضائية بالمعنى الصحيح لما في حاجة إلى ذلك.

ي/ أغلب التشريعات لم تجز الطعن في حكم التحكيم وإن أجازت فقط رفع دعوى ببطلانه ولو كانت غير ذلك، لخضعت لما تخضع له الأحكام القضائية من طرق طعن.

ولقد لقي هذا الإتجاه سندا مباركا في محكمة النقض الفرنسية والتي أكدت على الطبيعة التعاقدية للتحكيم في حكمها الصادر في 27 يوليو 1937، حيث اعتبرت قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشارطة التحكيم، تكون وحدة واحدة مع هذه المشارطة، وتضفي صفتها التعاقدية.[2]

ولقد تعرضت النظرية الطبيعية التعاقدية لانتقادات كثيرة من أهمها:

1/ المبالغة في إعطاء الدور الأساس لإرادة أطراف النزاع في تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، فالمحكم عندما يفصل في النزاع يطبق إرادة القانون دون الاهتمام بما اتجهت إليه إرادة الخصوم.

[1] أنظر : عزمي عبد الفتاح، سلطة قانون التحكيم الكويتي، منشورة من مجلة حقوق الكويتية، العدد الرابع، ديسمبر 1984، ص 101.

[2] أنظر : أحمد عبد الله المراغي، دور التحكيم في تشجيع وحماية الإستثمارات الأجنبية، المرجع السابق، ص 50.

Cass. Req, 27 Juill , D : 25/01/1928.

2/ الطابع الاتفاقي لنظام التحكيم لا يكفي لاعتباره نظاما عقديا إنما يجب التمييز بين المصدر والوظيفة لهذا النظام، فالتحكيم في مصدره عقد يخول الأطراف بموجبه شخص أو أكثر، مهمة حسم النزاع، فيصبحون قضاة يقومون بوظائف قضائية.[1]

3/ إرادة أطراف الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، لا تكفي وحدها للجوء إلى التحكيم إنما يجب أن يقر القانون هذا الاتفاق ويضمن تنفيذ الحكم الفاصل في النزاع، فالمحكم شأنه شأن كل شخص مخاطب بالقانون لا يمكنه أن يؤدي مهمته كمحكم إلا إذا أجازت الدولة ذلك وفقا للشروط التي تحددها، أما إذا أحظرت التحكيم لا يمكن ممارسته على إقليمها.[2]

4/ هذه النظرية تعجز عن تبرير جواز الطعن على حكم التحكيم في القوانين التي تجيز ذلك، فكيف يمكن تبرير جواز الطعن بالاستئناف في عمل تعاقدي في مفهومها رغم أن الاستئناف لا يوجه إلى عمل قضائي.[3]

ثانيا: الطبيعة القضائية للتحكيم

يرى أنصار هذه النظرية أن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم يكون بتغليب المعايير الموضوعية المتمثلة في المهمة التي يقوم بها المحكم و الغرض من هذا النظام و ليس بتغليب المعايير الشكلية أو العضوية.[4]

فالمحكم يؤدي وظيفة قضائية وما يصدر عنه هو حكم بمعنى الكلمة، هذا الحكم يتمتع بكافة خصائص الأحكام، فهو يحوز بمجرد صدوره حجية الأمر المقضي به، ويستفيد المحكم بمجرد إصداره له ولايته بشأنه فلا يملك أن يعدله أو أن يرجع فيه أو أن يصدر ما يخالفه، ولا يغير من طبيعة التحكيم. أن حكم المحكم لا ينفد إلا

[1] أنظر : عزمي عبد الفتاح، سلطة قانون التحكيم الكويتي، المرجع السابق، ص 482.

[2] أنظر : حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دون طبعة، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2001ن ص 59.

[3] أنظر : أحمد عبد الله المراغي، دور التحكيم في تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية، المرجع السابق، ص 51.

[4] أنظر : أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 27.

بصدور أمر من قاضي الدولة، فليس من شأن ذلك أن يغير من طبيعته القضائية، فليس الهدف من اشتراط صدور الأمر بالتنفيذ.

لتنفيذ حكم التحكيم أن يراقب قضاة الدولة عدالة حكم المحكمين، وإنما الهدف من ذلك هو فقط وجود اتفاق بين الخصوم على التحكيم بصدد نزاع معين أو أن هذا النزاع هو الذي فصل فيه بالفعل، الحكم الصادر من المحكمين.[1]

استند أنصار النظرية القضائية على أسانيد متعددة تعتمد على قواعد مشتركة بين التحكيم والقضاء تزيد اعتبار حكم التحكيم حكما قضائيا.

من هذه الأسانيد

1* العمل الذي يقوم به المحكم هو ذات العمل الذي يقوم به القاضي، والمتمثل في الفصل في النزاع، وهذا يتطلب ترجيح المعيار الموضوعي على المعيارين الشكلي والعضوي في تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم.

2* اختلاف الهدف بين نظام التحكيم ونظام القضاء في الدولة والذي نادى به أنصار النظرية العقدية، لا يعد دليلا على الطبيعة العقدية ونفي طبيعته القضائية لأن القضاء يهدف إلى حماية المصالح الخاصة شأنه شأن التحكيم الذي يحقق مصالح خاصة للخصوم، ومصالح عامة تتمثل في تخفيف العبء الكبير الملقى على عاتق المحاكم بسبب كثرة القضايا المرفوعة أمامها.[2]

[1] أنظر : محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، 2004، ص 7.

[2] أنظر : محمود سيد عمر، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دون طبعة، الإسكندرية، دار مطبوعات الجامعية، 2003، ص 325-350.

3* الإجراءات التحكيمية هي إجراءات ذات طبيعة قضائية سواء من ناحية احترام المبادى الأساسية في التقاضي والمتمثلة في حقوق الدفاع والمساواة والمواجهة بين الخصوم أم ناحية احترام المحكم للمواعيد المحددة للقيام بهذه الإجراءات والتزامه بهذه الأدلة والبيانات المقدمة من الخصوم، والموازنة بينها وغيرها من الإجراءات.

والحكم الصادر بناءا على هذه الإجراءات، يعد حكما قضائيا.[1]

4* وحكم المحكم يشبه الحكم القضائي، وذلك عند اكتسابه الحجية منذ صدوره وكذلك جواز الطعن به بالبطلان منذ صدوره ودون انتظار لإعطائه الصيغة التنفيذية.[2]

5* هذا وقد أقرت محكمة النقض المصرية الطبيعة القضائية لمهمة المحكم في الحكم الذي اصدرته سنة 1986، حيث قررت أن حكم المحكم هو عمل قضائي شأنه في ذلك شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية للدولة.[3]

وقد تعرضت نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم لبعض الانتقادات من أهمها:

أ/ الاستناد إلى أن العمل الذي يقوم به المحكم هو ذات العمل الذي يقوم به القاضي لا يكفي بالقول بالطبيعة القضائية للتحكيم، لأن وظيفة كل منهما تختلف عن الأخرى. فوظيفة القاضي وظيفة قانونية تتمثل في حماية الحقوق والمراكز القانونية بغض النظر عن وجود نزاع أو عدم وجوده، حيث يكفي وجود مصلحة للشخص حتى يقوم القاضي بإصدار حكم يكفل حماية هذه الحقوق والمراكز.

[1] أنظر : نجيب محمد عبد الله ثابت، التحكيم في القوانين العربية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، دون طبعة، دون مكان النشر، مكتب الجامعي الحديث، 2006، ص 52.

[2] أنظر : مصطفى محمد جمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1998، ص 48.

[3] أنظر : أحمد حسان القندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 35.

أما المحكم وظيفته اجتماعية و اقتصادية سلمية، تتمثل في حل النزاع على نحو يضمن استثمار العلاقات بين أطراف النزاع في المستقبل، لكنه لا يقوم بهذه الوظيفة إلا إذا وجد نزاع لأن الهدف المشترك في كل أنواع التحكيم يتمثل في حسم النزاع، وفقا لقواعد القانون أو قواعد العدالة.[1]

ب/ إذا كان المؤدي الطبيعي والنتيجة المنطقية لهذه النظرية هو تطبيق القواعد العامة على مسائل التحكيم، حيث لا توجد قاعدة خاصة في نصوص التحكيم، فإن هذه النتيجة مرفوضة لأن التحكيم ليس نوعا من القضاء وإنما هو نظام مختلف عن القضاء في وظيفته وطبيعته وغايته، والحقيقة إن اختلاف في أحكام القانون الوضعي بين القضاء و التحكيم يرجع في مظاهره المختلفة إلى علة واحدة هي أن المحكم و إن كان يقوم بالقضاء إلا أن لا يمثل الدولة، ولهذا يمكن أن يكون المحكم أجنبيا كما أنه لا يعتبر ملتزما بما تلتزم به الدولة من إقامة القضاء في إقليمها وبالتالي لا يعد منكرا للعدالة إذا لم يصدر حكما في الدعوى.[2]

ج/ القول أن مراكز وهيئات التحكيم التي تتولى حسم النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية تقوم مقام القضاء في ذلك لا يكفي للأخذ بالطبيعة القضائية للتحكيم، لأن هذه الهيئات لا تتمتع بما يتمتع به القاضي من حصانة وسلطة واستقرار إضافة إلا أن الحكم الصادر عنها لا يتم تنفيذه بطريقة التي ينفذ بها الحكم القضائي إلا بعد صدور أمر بذلك من الجهة القضائية المختصة.[3]

[1] أنظر : وجدي راغب، هل التحكيم نوع من أنواع القضاء؟ دراسة انتقادية لنظرية الطبيعة القضائية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 1992، ص 140.

[2] أنظر : ياسر محمد محمد أبو زيد الفقي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق حلوان، 2012، ص 22.

[3] أنظر : عزة محمد علي، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، دون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003، ص 27.

ثالثا: النظرية المختلطة للتحكيم

يرى أنصار هذا الإتجاه أن كلا من الاتجاهين السابقين قد أخطأ عندما حاول أن يضفي على النظام التحكيم في مجمله الطبيعة الخاصة لمرحلة واحدة من مراحل هذا النظام، و تحيز كل منهما لعنصر معين وأهمل العنصر الآخر، فجاء تحليل كل منهما لطبيعة التحكيم قاصر من ناحية ما، في حين أن كل عنصر من عناصر التحكيم وكل مرحلة تترك أثرها في التحليل الأخير لطبيعة هذا النظام، ويخلص أنصار هذا الإتجاه في أن التحكيم في حقيقته خليط بين الطابع التعاقدي والطابع القضائي. فيبدأ اتفاقيا وينتهي قضائيا.[1]

وهؤلاء الذين وقفوا موقفا وسطا، أو توفيقيا، فإنهم ينظرون إلى التحكيم بأنه نظام مختلط أو مزدوج، لأنهم يجدون في ذلك تطبيقا وتوزيعا لقواعد العقد ولقواعد الحكم، أما قرار التحكيم فيرون فيه (حكما ذا شكل تعاقدي) فالتحكيم تتعاقب عليه صفتان: الأولى وهي الصفة التعاقدية، فهي واضحة عند قيام الخصوم باختيار قضاء التحكيم وسيلة للفصل في منازعاتهم وعدم رغبتهم في التوجه نحو قضاء الدولة، ويدخل في ذلك أيضا اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع النزاع، ثم إن التحكيم يتغير من طبيعته التعاقدية هذه إلى الطبيعة القضائية وهي الصفة الثانية وذلك بفضل تدخل قضاء الدولة عندما يلجأ إليه الأطراف لمنح قرار التحكم القوة التنفيذية عن طريق الأحكام والتي تحوز على أمر التنفيذ، والتي صدر فيها أمر التنفيذ إذ يتحول التحكيم بهذا الأمر إلى عمل قضائي، وبداية من إصدار الأمر يتحول قرار التحكيم إلى حكم قضائي ومن ثم فإن قرارات التحكيم التي تصدر طبقا للنظرية القضائية تعتبر أحكاما قضائية بغض النظر عن أمر التنفيذي، أما قرارات التحكيم التي تصدر طبقا للنظرية الوسطية أو التوفيقية المختلطة، فهذه القرارات وإن اعتبرت عقد قبل الأمر

[1] أنظر : ياسر محمد محمد أبو زيد الفقي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 22.

التنفيذي إلا أن تصبح بهذا الأمر بمثابة الحكم القضائي، وبذلك فإنها تخضع بالضرورة عند تنفيذها لما يحكم تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية.[1]

وقد تعرضت نظرية الطبيعة المختلطة لانتقادات كثيرة من أهمها:

- الأخذ بنظرية المختلطة بما تتطلبه من خضوع التحكيم للقواعد التحكيمية الخاصة بالعقود وبالقضاء يؤدي إلى تناقضات كثيرة حيث يصعب الجمع بين نظامين مختلفين، فقد تختلف الآراء حول تحديد العناصر التي تحكمها القواعد الخاصة للعقود و العناصر التي تحكمها القواعد الخاصة بالقضاء.
- التحكيم لا يتسم بالطبيعة العقدية والقضائية، لأن العقد ليس عنصرا جوهريا فيه، بدليل وجود التحكيم الإجباري الذي لا يتم اللجوء إليه بناءا على اتفاق، و لأن المحكم لا ينتمي إلى السلطة القضائية في الدولة التي تتولى الفصل في النزاعات بوساطة قضاة يمثلونها عند إصدار الحكم المنهي لهذه النزاعات.[2]

رابعا: نظرية استقلال التحكيم (نظرية الخاصة)

يرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم له طبيعة خاصة، وأنه يجب النظر إليه، نظرة مستقلة ولا يمكن تفسيره في ضوء المبادئ التقليدية، بمحاولة ربطه بالعقد أو بالحكم القضائي أو بهما معا، وذلك بسبب الاعتراضات والإشكالات القائمة عند محاولة تكييف التحكيم.[3]

[1] أنظر : ناريمان عبد الكريم، إتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 55 وما بعدها.

[2] أنظر : أسامة أحمد شوقي، هيئة التحكيم الإختياري دراسة تحليلية مقارنة لطبيعتها القانونية وطبيعة العمل الذي تقوم به، دون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004، ص 63.

[3] أنظر : خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، الطبعة الأولى، القاهرة، 2002، ص 118.

فالتحكيم أداة متميزة لحل المنازعات فيه اتفاق وفيه قضاء، وفيه ما يميزه عنهما ولماذا تغير حقيقة التحكيم والمزج به في إطار أنظمة قانونية أخرى يتشابه معها في أمور ويختلف عنها في أمور أخرى، لماذا لا نقر للتحكيم طبيعته الخاصة والمستقلة التي تختلف عن العقود كما تختلف عن أحكام القضاء فالتحكيم نظام قانوني حيث يلجأ إليه الأطراف لحل منازعاتهم دون القضاء.[1]

وهنالك جانب آخر من الفقه يؤيد هذه الطبيعة الخاصة للتحكيم وذلك بالإسناد لاتفاق هذه النظرية مع الطبيعة الخاصة للتحكيم، وتوافقها مع الاعتبارات العملية التي تفرض مظاهر عديدة للتحكيم على المستوى الدولي وعلى المستوى الإقليمي وعلى المستوى المحلي وتستجيب هذه النظرية لمتطلبات عولمة الإقتصاد والتجارة والتطور التكنولوجي.[2]

وينادي أنصار الطبيعة الخاصة بضرورة تطبيق المنهج التحليلي على نظام التحكيم ويجب ألا تتوقف عند القول بأنه ذو طبيعة مختلطة بل لابد من حصر العناصر ذات الطابع التعاقدي وغيرها عن تلك العناصر ذات الطابع القضائي، بحيث يمكن في النهاية تحديد مدى تداخل كل من عناصر التعاقدية والقضائية في تكوين نظام التحكيم وإعطائه طبيعته الذاتية المستقلة.[3]

[1] أنظر : إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 39.

[2] أنظر : سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 53.

[3] أنظر : سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 71.

الفرع الثالث: أنواع التحكيم

تتعدد أنواع التحكيم، فإرادة الأطراف هي جوهر التحكيم، لأن هذه الإرادة هي التي تحدد مساره وتهيمن عليه منذ البداية بالاتفاق عليه وحتى نهاية بصدور حكم فيه ملزم للأطراف وهذه الإرادة هي التي تتولى اختيار المحكمين وتحديد عددهم والإجراءات التي يجب أن تتبع لحل النزاع والقانون الواجب تطبيقه.

و بالنتيجة فإن أي تصنيف يمكن أن يعطى للتحكيم، فإنه يعطى وفقا للزاوية التي ينظر من خلالها للتحكيم له[1] وعليه يمكن تقسيم التحكيم على النحو التالي:

أولا: من حيث الإرادة (التحكيم إختياري و تحكيم إجباري).

ثانيا: من حيث هيئة التحكيم (تحكيم مؤسسي و تحكيم خاص).

ثالثا: التحكيم الوطني و التحكيم الدولي.

رابعا: من حيث التقيد بالإجراءات القضائية (تحكيم بالقضاء و تحكيم بالصلح).

أولا: من حيث الإرادة (تحكيم اختياري وتحكيم إجباري)

[1] أنظر : فؤاد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الإستثمار، وفقا لأحكام القانون الدولي العام، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، رسالة ماجستر، 2010، ص 55.

التحكيم الاختياري

يتم بإرادة أطراف النزاع وفقا لمبدأ سلطان الارادة، بحيث يتم الاتفاق بين أطراف النزاع على إحالة ما ينشأ بينهم من خلاف على التحكيم وذلك بمحض إرادتهم دون أن يكونوا ملزمين بالتحكيم كوسيلة لحل الخلافات التي تنشأ بينهم[1]، أي أن لدى الخصوم الحرية بين اختيار التحكيم لحل الخلافات القائمة بينهم وبين القضاء العادي دون أن يكونوا ملزمين باختيار أي منهما.

ورغم أساس التحكيم الاختياري هو الإرادة الحرة للطرفين إلا أن الواقع العملي يشهد أحيانا تحكيما اختياريا يضطر أحد الطرفين إلى قبوله بسبب القوة الاقتصادية للطرف الآخر أو حاجته إلى إبرام العقد الأصلي معه لما يقدمه من تمويل وقد يقبل أحد الطرفين ليس فقط التحكيم، بل أيضا شروط غير ملائمة له كإجراء التحكيم في بلد أجنبي أو وفقا لنظام مركز تحكيم باهظ التكاليف أو الاتفاق على تحكيم لا يرغب فيه ورغم ذلك يعد تحكيما اختياريا[2] الذي يتفق عليه أطراف النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن ذلك.[3]

[1] أنظر : فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2006، ص 32.

[2] أنظر : أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، مكتبة أبعاد وهبة حسان، القاهرة، 1993، ص 27.

[3] أنظر : خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص 56.

التحكيم الإجباري

قد يكون التحكيم إجباري وذلك عندما يفرضه المشرع على الخصوم لتسويه بعض المنازعات بحسب طبيعتها الخاصة، وهنا لا يستطيع الخصوم اللجوء للقضاء للفصل في تلك المنازعات.

وأيضا يكون التحكيم إجباريا عندما يكون اطراف العقود الدولية طرفا في معاهدة دولية جماعية كانت أم ثنائية، حيث تشترط هذه المعاهدات على أطراف اللجوء للتحكيم في الفصل في منازعتهم والمتعلقة بموضوع المعاهدة ولا يعني ذلك انعدام الإرادة للدول بل يظل الدور الإرادي قائما في الانضمام أو عدمه إلى هذه المعاهدة، والدول أبرمت العديد من المعاهدات الثنائية والتي تتعلق بتشجيع وحماية الإستثمارات.[1]

وقد ينظم القانون أحيانا تحكيما إجباريا يفرض على الأطراف الالتجاء إليه لحل المنازعات المتعلقة بروابط قانونية معينة، وعادة ما يرد هذا التنظيم في قانون خاص ينص على هيئة التحكيم لها أولوية النظر في المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون، تلزم الأطراف بالإلجاء إليها بدلا من الالتجاء غلى القضاء العام.

وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر على عدم دستورية النص التشريعي الذي يفرض لتحكيم جبرا على الخصوم فحكمت بأنه لا يجوز بحال من الأحوال أن يكون التحكيم إجباريا يذعن إليه أحد الطرفين إنفاذا لقاعدة قانونية آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها، ذلك لان التحكيم مصدره الاتفاق وإليه ترتد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون.[2]

[1] أنظر : منى محمود مصطفى، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الإستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 46، 47.

[2] أنظر : فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 33.

إلا أن الرأي جرى على دستورية التحكيم الإجباري الذي ينظمه القانون رقم 97 لسنة 1983 بشأن هيئات القطاع العام وشركاته باعتبار أنه لا يقوم على خصومات تتعارض في المصالح بل تنتهي جميعها في نتيجتها إلى جهة واحدة هي الدولة فضلا عن ترأس أحد أعضاء الهيئات القضائية لهيئة .

3/ إذا اتفق الطرفان صراحة على موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة وأضافت تلك المادة في فقرتها الرابعة أنه :

أ/ إذا كان لأحد الطرفين أكثر من مقر فتكون العبرة بمقر العمل الأوثق صلة باتفاق التحكيم.

ب/ إذا لم يكن لأحد الطرفين مقر عمل فتكون العبرة بمحل إقامته المعتاد ويتضح من المعايير التي أوردها القانون النموذجي لتحديد دولية التحكيم أنها ذات المعايير التي تبناها المشرع المصري في قانون التحكيم الجديد بل أن المشرع المصري قد أضاف عليها معيارا عاما وهو ارتباط موضوع النزاع بالتجارة الدولية، وهو الأمر الذي لم يفعله القانون النموذجي و هي الحالة الثانية وهي أن يكون التحكيم دوليا إذا اتفق أطراف التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل أو خارج جمهورية مصر العربية.[1]

[1] أنظر : عاطف شهاب، إتفاق التحكيم التجاري الدولي و الاختصاص التحكيمي طبيعته ونشأته وانعقاده وصحته، دار النهضة العربية، 2002، ص 32.

التحكيم الوطني والتحكيم الدولي

التحكيم الوطني

هو التحكيم الذي يكون كل مقوماته أو عناصره (من موضوع النزاع إلى جنسية ومحل إقامة طرفي النزاع والمحكمين والقانون الواجب التطبيق ومكان انعقاد التحكيم)، منحصرة في دولة معينة وعندما يكون التحكيم أو عناصره لا تنتمي جميعها إلى دولة معينة فالتحكيم هنا غير وطني أو بتغيير آخر هو تحكيم أجنبي أو دولي.[1]

بمعنى سيكون التحكيم وطنيا إذا تعلق بنزاع يمس دولة واحدة وذلك سواء أكان النزاع مدنيا أم تجاريا.

التحكيم الدولي

وقد أخذت معظم دول العالم بالمعيار الذي جاء به القانون النموذجي (Model Law) الذي أصدرته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي، ووافقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1985 و أوصت دول العالم بما تضمنته من مبادئ، حيث حددت المادة الأولى في فقرتيها الثالثة والرابعة من القانون النموذجي الحالات التي يعتبر فيها التحكيم دوليا و ذلك على النحو التالي: يكون التحكيم دوليا:

1/ إذا كان مقر عمل طرفي اتفاق التحكيم وقت عقد ذلك الاتفاق واقعين في دولتين مختلفتين.

2/ إذا كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين:

أ/ مكان التحكيم إذا كان محددا في اتفاق التحكيم أو طبقا له.

[1] أنظر : كمال ابراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص 100، 101.

ب/ أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به التحكيم، وقد قضت المحكمة الدستورية في هذا الشأن (بأن الأصل العام في التحكيم أن يكون وليدا لاتفاق الخصوم على اللجوء إليه، إلا أنه ليس هناك ما يحول الخروج عن هذا الأصل العام إذا قامت أوضاع خاصة بخصوم محددين وفي شأن منازعات معينة لها طبيعتها المغايرة لطبيعة المنازعات العادية ومادام أن الالتزام بالمبادئ الأساسية لضمانات النقابي كان نهج المشرع عندما وضع تنظيما تشريعيا للتحكيم.[1]

ثانيا: من حيث هيئة التحكيم (تحكيم مؤسسي وتحكيم خاص حر)

يقصد بالتحكيم الحر: هو التحكيم الذي يقوم فيه الأطراف أنفسهم، وفقا لما يخوله القانون باختيار المحكمين واختيار قواعد التحكيم وإجراءاته بعيدا عن أي مركز دائم أو مؤسسة دائمة للتحكيم، وللتحكيم الحر ميزاته المعتدمة من الثقة التي يوليها الطرفان في المحكم الذي يختارانه ومن امكانهما الاتفاق على إجراءات تحكيم مناسبة للنزاع.

أما التحكيم المؤسسي وفيه يتفق الأطراف على أنه يتم التحكيم بواسطة مركز دائم للتحكيم او مؤسسة تحكيم دائمة سواء أكانت وطنية أم دولية، فيتم التحكيم وفقا لنظام هذا المركز وإجراءاته، وقد يقوم المركز أيضا بتعيين المحكمين أو أحدهم حسب اتفاق الطرفين، أو يقوم لمراجعة حكم التحكيم حسب ما تنص عليه لائحته.[2]

وقد يطلق عليه التحكيم النظامي، وهو ذلك التحكيم الذي يعهد به إلى هيئة أو منظمة أو مركز من هيئات أو منظمات أو مراكز التحكيم الدائمة والذي يتم وفقا لإجراءات وقواعد موضوعة سلفا[1] تحددها الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لهذه الهيئات.

[1] أنظر : فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق،المرجع السابق، ص 34، أنظر: القرار الصادر عن المحكمة الدستورية بالقضية رقم 95، لسنة ق. دستورية.

[2] أنظر : فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق،المرجع نفسه، ص 38.

وقد اعترف القانون التحكيم المصري بكلا النوعين إذ تنص المادة (1/4) من قانون التحكيم على أن ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم.

رابعا: من حيث التقيد بالإجراءات القضائية (التحكيم بالقضاء و التحكيم بالصلح)

التحكيم بالقضاء

وهو التحكيم العادي ويسميه القانون المصري اختصارا بالتحكيم، وفي التحكيم بالقضاء أو التحكيم العادي، يجب على المحكم أن يطبق قواعد القانون الموضوعي، ولا يوجد هذا الإلتزام بالنسبة للتحكيم مع التفويض بالصلح، إذ يطبق المحكم قواعد العدل والإنصاف.

أما بالنسبة للقانون الإجرائي، فقد كانت مجموعة المرافعات المصرية لسنة 1949 توجب على المحكم في التحكيم العادي تطبيق قواعد وإجراءات الخصومة أمام المحاكم ما لم يحصل إعفاؤه منها صراحة، بعكس الحال بالنسبة للتحكيم مع التفويض بالصلح فإن المحكم غير ملزم أصلا بتطبيقها وقد عدل المشرع المصري في مجموعة المرافعات سنة 1968 عن هذا المسلك إذ نص في المادة 506 منها على أن المحكم لا يتقيد أيا كان بنوع التحكيم وبإجراءات المرافعات عدا ما ينص عليه الباب الخاص بالتحكيم وجاء قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 فأخذ بمسلك مغاير في المادة 25 منه إذ أجاز للأطراف أيا كان نوع التحكيم، الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم دون التقيد بالإجراءات التي ينص عليها قانون التحكيم.[2]

والمشرع الأردني في المادة 49 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 قد حددت الحالات التي يجوز للمحكمة المختصة إبطال حكم المحكم بحالة طلب أطراف الاتفاق وحالات للمحكمة من تلقاء نفسها

[1] أنظر : مصطفى محمد جمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص 127.

[2] أنظر : فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص 37.

وذلك بنص المادة 49[1] حيث نلاحظ من خلال ما تقدم بان هنالك قيودا مفروضة على إجراءات التقاضي بالتحكيم ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

التحكيم بالصلح

يكون فيه التحكيم مفوضا بالصلح فلا يتقيد بإجراءات التقاضي، ويكون حكمه النهائي الفاصل في النزاع غير قابل للطعن.

بمعنى أن المحكم المفوض بالصلح يجب عليه أن يفصل في النزاع وفقا للعدالة دون التقيد بقواعد القانون الموضوعي غير المتعلق بالنظام العام، وهو يعد حكما قد يقضي فيه لأحد الطرفين بكامل طلباته.[2]

[1] راجع : منطوق المادة 49 من قانون التحكيم الأردني، رقم 31 لسنة 2001، والتي تقبل فيها دعوى البطلان.

[2] د. عاطف شهاب، إتفاق التحكيم التجاري الدولي والإختصاص التحكيمي طبيعته ونشأته وانعقاده وصحته، المرجع السابق، ص 40.

المطلب الثاني: أهمية التحكيم في فض منازعات الاستثمار الأجنبي

يلعب التحكيم دورا هاما في حسم المنازعات التي يمكن أن تثيرها عقود الاستثمار إلى درجة أن البعض يعتبره أمرا حتميا بشأن هذه الطائفة من العقود وأنه أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال.[1]

وقد اتخذت مبادرات عديدة على المستويات الوطنية والدولية لدعم كفاءة التحكيم والترغيب فيه كوسيلة لتسوية منازعات التجارة والاستثمارات الطابع الدولي.[2]

و كثيرا ما يتم الالتجاء إلى التحكيم بوصفه وسيلة ودية لفض منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة وبين المستثمرين الأجانب، وبصفة خاصة عندما تفشل المفاوضات بين الطرفين.

لهذا سوف نقوم بدراسة هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول: أسباب اللجوء للتحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي

الفرع الثاني: دور التحكيم في فض منازعات الاستثمار الاجنبي

[1] أنظر : عكاشة محمد عبد العال، الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات العربية، مركز الدراسات العربي- الأوروبي، الطبعة الأولى، يوليو 2001، ص 59.

[2] أنظر : إبراهيم محمد شحاتة، معاملة الإستثمارات الأجنبية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص 165.

الفرع الأول: أسباب اللجوء للتحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي

أولا: السرعة في الإجراءات

إن من أهم ما يميز التحكيم كوسيلة لفض المنازعات وخاصة في مجال الاستثمار هو بساطة وسرعة إجراءاته.

إذ أن مرونة إجراءات التحكيم تؤدي إلى توفير الكثير من الوقت مقارنة مع النظم القضائية المحاطة بإجراءات طويلة ومتعددة الدرجات تعوق الفصل السريع في النزاع، وبالتالي يصبح التحكيم هو الوسيلة الأفضل للفصل في منازعات الاستثمار لما يقدمه من عدالة سريعة، وهذه العدالة ترجع إلى عاملين، الأول : هو إلزام المحكم بالفصل في المنازعة المعروضة عليه في زمن معين يحدده الأطراف، أما العامل الثاني : فإنه يتعلق في التحكيم باعتباره نظام للتقاضي من درجة واحدة، فالحكم الصادر عن هيئة التحكيم يتمتع بحجية الأمر المقضي، ولا يجوز الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن العادية.[1]

وبجانب سرعة إجراءات التحكيم مقارنة بالإجراءات القضائية المعتادة فإن اختيار المحكين والمختصين في مجال الاستثمار يمنحهم تلك القدرة الكبيرة على فهمهم المشاكل المعروضة عليهم، و إيجاد أفضل الحلول لها، فالتحكيم هو الأقدر على تطبيق الأحكام الموضوعية، التي تحكم العلاقات المطروحة نظرا لطبيعتها الدولية.[2]

[1] أنظر : حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري دولي، المرجع السابق، ص 88.

[2] أنظر : هشام محمد أحمد خالد، عقد ضمان الاستثمار والقانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة الإسكندرية، دون ناشر، 1986، ص 329.

ثانيا: السرية في التحكيم

إن اختيار الأطراف للتحكيم كوسيلة لفض المنازعات مبعثه ما يتميز به من سرية، فجلسات التحكيم الغير العلنية و عدم نشر الأحكام تعتبر من المميزات الكبرى للتحكيم، حيث تظل الأسرار المرتبطة بالعقد والمقترحات سرية، فالأطراف في عقود الاستثمار ترغب في عدم معرفة المنازعات الناشئة بينهم وأسبابها ودوافعها نظرا لما قد تؤدي إليه هذه المعرفة من المساس بمراكزهم المالية و الاقتصادية[1] ولهذا تحرص الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي بإحاطة التحكيم بأكبر قدر ممكن من السرية للمحافظة على مصالحهم الاقتصادية المشتركة.[2]

ثالثا: اختيار هيئة التحكيم

الفصل في المنازعات الناشئة عن الاستثمارات الأجنبية يحتاج إلى مؤهلات علمية وفنية خاصة نظرا لتعلقها بمسائل فنية بحتة، لهذا فإن أطراف النزاع يفضلون أسلوب التحكيم لأنه بخلاف القضاء يمكن من خلاله الإستعانة بخبراء أكفاء لتسوية هذه المنازعات، وبالتالي يعد التحكم أقرب إلى تحقيق العدالة لأن الخبير المتخصص أقدر على استيعاب تفاصيل النزاع وتعقيداته من القاضي الذي ينظر كل أنواع المنازعات دون أن يكون متخصص في مجال النزاع.[3]

[1] أنظر : بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 351.

[2] أنظر : معتز العقيقي، نظام الطعن على حكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 17.

[3] أنظر : أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2004، ص 224.

وهذا يعني أن المحكم الذي يتمتع بالكفاءة الفنية في موضوع النزاع المطروح تكون لديه القدرة على الوصول إلى القرار السليم، وغني عن البيان أن المنازعات الاستثمار المختلفة والمتنوعة تحتاج إلى اختيار دقيق للمحكم الذي تكون لديه دراية كاملة وخبرة واسعة في موضوع النزاع وذلك تبعا لنوعية النزاع.

رابعا: قلة التكاليف

يرى الكثير أن أحد أهم مثالب نظام التحكيم كثرة المصاريف بالمقارنة مع القضاء وخاصة عندما يكون التحكيم دوليا، ففي هذه الحالة قد يكون كلا من أعضاء هيئة التحكيم وأطراف النزاع والمحامين من جنسيات مختلفة، أو مقيمين في دول مختلفة مما يعني زيادة مصاريف التحكيم بالنسبة لتنقلاتهم واجتماعاتهم في مكان معين، هذا بالإضافة لأتعاب المحكمين والمصاريف الإدارية الخاصة بالمركز الذي ينظم التحكيم حيث يكون التحكيم مؤسسيا، وعلى الأغلب فإن هذه الأتعاب والمصاريف تتناسب طرديا مع قيمة النزاع، بحيث يزداد مقدارها كلما زادت هذه القيمة.

ومن جانب آخر يرى أن أهم مميزات التحكيم قلة التكاليف والنفقات وذلك لأن طبيعة منازعات الاستثمار الأجنبي تكون برأسمال كبير يقدر بالملايين وربما بالمليارات وبالتالي يكون حسم النزاع في مدة معقولة على فرض سنة مثلا واسترداد المال المتنازع عليه، وذلك من خلال اللجوء للتحكيم مع دفع نفقات كبيرة مقارنة بنفقات اللجوء إلى القضاء العادي، أفضل لدى المستثمرين من الناحية الاستثمارية من بقاء عشرات السنين في المحاكم النظامية وبقاء المال المتنازع عليه غير مستغل لحين الفصل في النزاع، بهذا يكون أسلوب التحكيم

من مميزاته تقليل النفقات مقارنة للقضاء و لو زادات مصروفات التحكيم وأتعاب هيئة التحكيم عن نفقات اللجوء إلى المحاكم النظامية.[1]

خامسا: المحافظة على استمرار العلاقات بين الأطراف

يتلاشى العقد بين الأطراف لأنهم اتفقوا على اللجوء إلى التحكيم بإرادتهم الحرة وقبلوا مسبقا ما يصدره المحكم من قرارات ويقومون بتنفيذها طواعية واختيارا منهم، هو ما يجعل حكم المحكم وكأنه صادر من مجلس العقد، ومن ثمة يترتب عليه إحلال الوئام محل الخصام، ويكون له أثر فعال في تحقيق السلم الإجتماعي واستمرار المعاملات واستقرارها مستقبلا.[2]

[1] أنظر : حمزه حداد، التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات التجارية الدولية، عمان، 1998، ص 6.

[2] أنظر : محمد السيد عرفة، التحكيم والصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2006، ص 470.

الفرع الثاني: دور التحكيم في فض منازعات الاستثمار الأجنبي

نظرا لأهمية التحكيم في مجال الاستثمار الأجنبي، وهو الأمر الذي يوجب إلقاء الضوء على الكثير من الأفكار والموضوعات التي تتعلق بنظام التحكيم في منازعات الاستثمار. قد أدت الظروف المحيطة بالوسائل الداخلية لحسم المنازعات في الدول المضيفة للاستثمارات وضعف ثقة المستثمرين الأجانب واستحالة ظهور الفرد بصفته الشخصية أمام المحاكم القضائية الدولية التي لا يقف أمامها إلا الدول، فضلا عن استحالة مثول الدولة في نزاع مع أحد المستثمرين الأجانب على أرضها أمام قضاء دولة أجنبية لما يمثله ذلك من مساس لحصانتها القضائية، إلى اقتناع المستثمر الأجنبي بأن التحكيم الدولي هو الوسيلة الوحيدة لتسوية وفض منازعاته مع الدولة المضيفة لاستثماراته، وذلك لما يتصف به التحكيم من تحقيق المساواة بين الأطراف منازعاته واستقلال إجراءات وشرط التحكيم عن عقد الاستثمار نفسه.[1]

[1] أنظر : غسان علي علي، الإستثمارات الأجنبية ودور التحكيم، المرجع السابق، ص 237.

أولا : تمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم

نظرا لأنه لا يوجد في كثير من الدول نظام خاص بمقاضاة الحكومات[1] فضلا على أن قضاء محاكم الدولة قد لا يقابل بالرضا التام من جانب المستثمر الأجنبي بسبب الصعوبات التي قد يواجهها في اللجوء إليه و لعدم توقعه أن موقفها سيكون حياديا بشكل كامل نحو هذا النزاع، لذلك يحرص المستثمر المتعاقد مع الدولة على إدراج شرط التحكيم في عقود الإستثمار خوفا من استعمال الدولة لسيادتها عند نظر المنازعات في المحاكم، فضلا عن عدم ثقته بعدالة محاكم الدولة المضيفة، وفضلا عن ان موقفها لن يكون حياديا اتجاه النزاع، فالقضاء الوطني وإن كان مستقلا عن الدولة ذاتها إلا أنه قضاء غير محايد بالنسبة لمنازعات الاستثمار، أو تلك الدولة طرفا فيها متعاقد أجنبي، ويكون ذلك التعاقد ناشئا عن عقد يتعلق بمصالح اقتصادية أو اجتماعية لها مساس بسيادة الدولة.[2]

ومن أجل ذلك فإن المستثمر الأجنبي يرغب بعدم الخضوع لقضاء الدولة المضيفة وقوانينها، وذلك نتيجة لتدخل الدولة بنفوذها أو التأثير في عدالة التحكيم الوطني أو القضاء الوطني بالإضافة إلى خوف المستثمر الأجنبي من قيام الدولة بإحداث تعديلات أو تغيرات فجائية، تؤثر على مصالحه لذلك تتجه إرادة المستثمر الأجنبي وحرصه على النص باللجوء للحكيم في عقود الاستثمار.[3]

[1] أنظر : فؤاد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص 237.

[2] أنظر : بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 355.

[3] أنظر : فؤاد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص 143.

ثانيا: التحكيم ضمانة قضائية إجرائية لتشجيع الإستثمار

تقبل الدولة على التحكيم كضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار على إقليمها وهو الأمر الذي دفع بالكثير من الدول إلى أن تضمن قوانينها الصادرة لتشجيع الاستثمار نصوصا صريحة تفيد قبول التحكيم.[1]

ولقد سعى محترفو التجارة الدولية إلى إدراج شرط بالتحكيم في عقودهم، في وقت لم يعد قضاء الدولة هو الوحيد المعني بالفصل في منازعات العقود الدولية، حيث أصبح التحكيم منافسا لهذا القضاء، فضلا عن أن المتعاملين في مجال التجارة الدولية يرون أنه من الأفضل طرح منازعاتهم على أشخاص ذوي خبرة فنية خاصة وهم من المتخصصين في التجارة أو المهنة وملمين بطبيعتها ذات الطابع الفني والمثار بسببها النزاع، لأن ذلك يشعرهم بالأمان والطمأنينة ويضمن لهم تجنب مفاجآت القوانين الداخلية التي يجهلون مواضيعها وأحكامها".[2]

وعليه فقد أصبح التحكيم هو القضاء الطبيعي في هذا المجال خصوصا وإن التحكيم من شأنه أن يبدد مخاوف المستثمرين الأجانب بشأن خضوع منازعاتهم لقضاء الدولة العادي الذي قلما يكون مصدر ترحيب بالنسبة للمستثمرين الأجانب ومن هنا يبدو التفاعل والوصل بين التحكيم وتدفقات رؤوس الأموال وتنوعها.[3]

كما وقد تمكن التحكيم عبر آلية فض النزعات وضمانة العدالة الدولية التي يؤمنها من كسب ثقة التجارة الدولية والاستثمارات.

---

[1] أنظر : حفيظة السيد الحداد، الإتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 9.

[2] أنظر : محمود محمد ياقوت، مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دون ناشر، 1998، ص 336 وما بعدها.

[3] أنظر : عكاشة محمد عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم في القانون المصري، المجلة اللبنانية للتحكيم، العدد 3، 2002، ص40.

ولهذا فإن عدم خضوع التحكيم لأي جهة رسمية، أو دولة لها مصلحة معينة فإن ذلك يؤكد في نظر المستثمرين الأجانب الحياد اللازم والضمانات الضرورية لحماية استثماراتهم، أما في عقود الاستثمار الدولية التي ترتبط فيها الدولة مع المستثمر الأجنبي، لا يثق الأخير عادة في قضاء الدولة المتعاقد معها أو في قوانينها، لأن القاضي يتأثر بالدوافع الوطنية التي تتعارض ويخالف مصالح المستثمر، ولأن القوانين في الدول النامية سهلة التعديل وليست مستقرة.[1]

وبذلك يظل أمر تقدير المنازعة بأيدي قضاء الدولة المضيفة ومن هنا تبدوا أهمية التحكيم الدولي كوسيلة وضمانة فعالة لحسم منازعات الاستثمار بحياد تام. والواقع أن إحالة منازعات الاستثمار إلى التحكيم ليس إلا صدى لموازين القوى بين المستثمرين الأجانب والدول النامية، التي قد تدفعها حاجاتها لرؤوس الأموال الأجنبية غلى قبول تقديم ضمانات للمستثمرين الأجانب، ومن ضمن هذه الضمانات التنازل عن اختصاص القضاء الوطني في الفصل في تلك المنازعات.[2]

وبالتالي فقد حرصت كثير من الدول ولاسيما الدول النامية منها على جذب الاستثمارات الأجنبية، فقد أقرت التحكيم كوسيلة لفض منازعات الإستثمار.

[1] أنظر : منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص 7.

[2] أنظر : غسان علي علي، الإستثمارات الأجنبية ودول التحكيم في تسوية المنازعات، المرجع السابق ص 281.

وفي هذا الإتجاه فقد جاء قانون ضمانات وحوافز الإستثمار المصري رقم (8) لسنة 1997 ليكون مبدأ التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار وذلك في المادة السابعة منه على الوجه الذي يتفق عليه المستثمر، كما يجوز الاتفاق على تسوية هذه المنازعات في إطار الاتفاقيات الثنائية السارية بين جمهورية مصر العربية والمستثمر، أو في إطار اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى، أو وفقا لأحكام قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994، كما يجوز الغتفاق على تسوية المنازعات المشار إليها بطريقة التحكيم أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.[1]

[1] أنظر: بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 355.

الفصل الثاني

ضوابط التحكيم في التشريع الجزائري و إعماله على المستوى الدولي

لقد مضت الإشارة الى ان التحكيم هو الطريقة التي يختارها الأطراف لفض المنازعات التي نشأت او يمكن ان تنشأ عن العقد المبرم بينها وذلك بعرض النزاع على اشخاص يسمون محكمين، ويتولى المحكم او المحكمون البث في النزاع المعروض عليه من خلال اصدار حكم تحكيمي ملزم.

والتحكيم قضاء مرن في اجراءاته يخول الأطراف إمكانية الاتفاق على القانون الذي يحكم الإجراءات وكذلك القانون الذي يحكم موضوع النزاع.[1]

التحكيم بهذا المعنى يقوم على اعتبار أنه بديل لنظام الثقافي امام المحاكم التي تنظمها الدولة، فهو يتميز ببساطة إجراءاته وسرعته في الفصل في المنازعات وذلك راجع الى ان التحكيم يخفف كثير من الإجراءات الصارمة التي يخضع لها نظام الثقافي. [2]

فالتحكيم هو وسيلة مفيدة في هذه الحالة، لكن يعترض فعالياتها الكثير من الصعوبات الإجرائية والتنفيذية بسبب وجود الدولة كطرف في التحكيم.

هذه الثغرات وغيرها دفعت البنك الدولي، وهو اهم المؤسسات الدولية يتم من خلاله تسوية المنازعات الناشئة بين المستثمرين الأجانب والدول المضيفة لهم وقد تم التوقيع على الاتفاقية في واشنطن وتم بموجبها انشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات (ICSID) والغرض من هذه الاتفاقية هو تحقيق التوازن بين مصالح المستثمر من خلال منحه فرصة اللجوء الى التحكيم وتبديد مخاوفه من الخضوع الى القضاء الدولة العادي

[1] أنظر: بلقاسم خلوط، دور القضاء الجزائري في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة شهادة الماستر، جامعة الشهيد جمة لخضر، الوادي، كلية الحقوق، 2015، ص 5

[2] أنظر: خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص 31

ولهذا فرض المشرع الجزائري على التنظيم الاجرائي للتحكيم من خلال قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي ترجم مضمون الاتفاقيات التي صادقت الجزائر عليها والمتعلقة بالتحكيم بشكل عام، لذلك سيتم تقسيم هذا الفصل الى مبحثين هما:

- المبحث الأول: التنظيم الإجرائي للتحكيم
- المبحث الثاني: التحكيم في اطار مركز واشنطن لفض منازعات الاستثمار الأجنبي.

المبحث الأول: التنظيم الاجرائي للتحكيم

إجراءات التحكيم هي جملة الاعمال الإجرائية المتوالية والتي ترمي الى الوصول الى حكم صادر عن هيئة التحكيم، يفصل في نزاع قائم بين طرفي التحكيم وقبل ان تتعرض لهذه الإجراءات، يتوجب التحقق من صحة اتفاق التحكيم وآثاره، وللوصول الى حكم لابد من قانون تتبعه هذه الهيئة[1]، وبعد صدور حكم التحكيم يجب أن يكون قابلا للتنفيذ وفي حالة رفض أحد الأطراف حكم التحكيم، فهل يجوز رفع دعوى التحكيم.

ومن هذا تتسم دراسة شروط اتفاق التحكيم ويكون هذا في موضوع المطلب الأول من المبحث، اما المطلب الثاني فسيبرز كيفية صدور حكم التحكيم والمطلب الثالث سيوضح بطلان وتنفيذ حكم التحكيم.

المطلب الأول: شروط اتفاق التحكيم وآثـاره

كما أشرنا في فصلنا الأول، للجوء للتحكيم يجب أن يكون اتفاقا بين أطراف المعاملة أو العقد في حالة نشوب نزاع بينهما لكن هذا الاتفاق يخضع لشروط و هاته الأخيرة يترتب عنها آثار وهو ما سنتطرق إليه في الفرعين القادمين.

[1] انظر: مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل المنازعات، دار الهدى-الجزائر، 2010، ص124

الفرع الأول : شروط صحة اتفاق التحكيم

إن شروط إتفاق التحكيم بدورها تنقسم إلى قسمين شكلية وموضوعية.

أولا : الشروط الموضوعية :

تتمثل هذه الشروط في ضرورة توافر التراضي الصحيح وأن يرد هذا التراضي على محل ممكن ومشروع، وأن يستند إلى سبب مشروع. ونعرض لأركان الاتفاق تباعا:

أ) التراضي

يعني تطابق إرادتين واتجاههما إلى ترتيب آثار قانونية تبعا لمضمون ما اتفقا عليه، فلا بد من إيجاب وقبول الأطراف على اختيار التحكيم اختيارا حرا كوسيلة لحسم المنازعات التي تثور بشأن العلاقة الأصلية وإذا تعلق الأمر بشرط التحكيم، سيكون مدار الأمر على التحقق من تطابق إرادة الأطراف بشأن شرط التحكيم كأحد شروط العقد، أما إذا تعلق الأمر بمشارطة، فسيكون التحكيم هو محل هذا الاتفاق، وليس مجرد بند أو شرط في العقد أو العلاقة القانونية الأصلية.[1]

ويلزم أن تتوفر الأهلية لدى الأطراف وهي أهلية التصرف في الحق، حيث كما يصح للأشخاص الطبيعيين الاتفاق على التحكيم، كذلك يصح للأشخاص الاعتبارية كالشركات مدنية أو تجارية عامة أو خاصة أو الهيئات أو المؤسسات العامة.[2]

---

[1] أنظر، عليوش قربوع، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، المرجع السابق، ص 23.

[2] أنظر، سامية راشد، التحكيم في العرقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 61.

ويجدر التنبيه إلى أن اتفاق التحكيم (شرطا أو مشارطة) قد يخضع لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم الاتفاق الأصلي، و لذا يكون المرجع في توفر التراضي وصحته وخلوه من العيوب كالغلط والتدليس أو الإكراه للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم[1].

-الجدل حول صحة شرط التحكيم الاختباري في العقود الإدارية[2]

ذهب المشرع الجزائري في المادة (1006) الفقرة الأخيرة إلى القول أنه "لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية."[3]

ب) قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم (محل التحكيم)

نصت المادة (1006) من القانون الجزائري في فقرتها الأولى أنه " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها " وبالتالي يجوز اللجوء إلى التحكيم في حق له كامل التصرف فيه ماعدا الالتزام بالنفقة، الحق في السكن، الحق في الملبس، الحق في الميراث، النظام العام ومجموعة المبادئ المنطوية تحته من(الصحة العامة، السكنية العامة الآداب العامة، والأمن العام)، الحالة ، و الأهلية.

[1] أنظر: محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 52.

[2] أنظر، جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الادارية، دار النهضة العربية، 2007، ص 65.

[3] أنظر، المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

ج) السبب

إن اتفاق الأطراف على التحكيم، يجد سببه في إرادة الأطراف استبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر للمحكمين، وهذا سبب مشروع دائما، ولا تتصور عدم مشروعيته إلا إذا ثبت أن المقصود بالتحكيم التهرب من أحكام القانون الذي سيتعين تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء نظرا لما يتضمنه هذا القانون من قيود أو التزامات يراد التحلل منها [1]، و بالتالي نكون أمام حالة من الغش نحو القانون فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد بها الاستفادة من حرية الأطراف وحرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق.[2]

ثانيا : الشروط الشكلية:

ذهب المشرع الجزائري في المادة (1008) في فقرتها الأولى أنه " يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها". [3] ، كما بينت المادة (1040) ذلك أكثر حيث نصت على أنه " يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة[4]"، حيث يجب في جميع الأحوال التوقيع على اتفاق التحكيم شرطا كان أو مشارطة ولكن لا يلزم أن يوقع الأطراف توقيعا خاصا بجوار حكم التحكيم إذا ورد بندا من بنود العقد الأصلي، ويكفي التوقيع على العقد، اذ ينصرف هذا التوقيع إلى كافة بنود العقد.

---

[1] أنظر، هاني سري الدين، التحكيم التجاري الدولي – دراسة مقارنة–، دار النهضة العربية، 2005، ص 78.

[2] أنظر، http://www.tribunaldz.com/forum/t1707

[3] أنظر، المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري

[4] أنظر، المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري

كما تتحقق الكتابة وفقا لنص القانون، إذا ورد شرط التحكيم في رسائل أو برقيات متبادلة بين الطرفين، ويمتد ذلك إلى كل وسائل الاتصال المكتوبة، و لكن يجب تحقق تبادل الإيجاب والقبول بشأن التحكيم.[1]

تشكيل هيئة التحكيم:

أ- حرية الأطراف والعون القضائي في عملية اختيار المحكمين :

-تنص المادة (1008) من القانون الجزائري على وجوب تضمن شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديد كيفيات تعيينهم حتى يكون هناك اتفاق أولي على هذه الهيئة المكلفة بالتحكيم، وكذا اتفاق الأطراف فيما بعد وبمحض إرادتهم على تشكيل هذه الهيئة وفقا لحريتهم حيث يمكن أن تتكون من شخص أو عدة أشخاص، وهنا يتدخل المشرع بنص أمر في نص المادة (1017) "تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي"[2]، بالنسبة للمشرع الجزائري، و في حالة صعوبة تعيين المحكمين تنص المادة (1009) على أنه: "إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه[3]".

-ويلزم أن يكون المحكم متمتعا بالأهلية، وألا يعرض له عارض يؤدي إلى الحجر عليه وألا يكون محروما من حقوقه المدينة للحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو شهر إفلاسه طالما لم يسترد اعتباره [4]. وهو ما

1 أنظر، سميحة القليوبي، التحكيم التجاري، دار النهضة العربية، 2009، ص 56.

[2] أنظر: المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

[3] أنظر: المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

[4] أنظر : محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ص13.

ذهبت إليه المادة (1014) حيث تقول "لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية".[1] كما أنه يتحتم على المحكم إعلان قبوله القيام بالمهمة المسندة إليها حيث ظهر هذا في المادة (1015) إذ "لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا، إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم".[2]

-كما نظم القانون، الأحكام الخاصة برد المحكمين إذا قامت ظروف تثير شكوك حولهم وهو ما ذهبت في تفصيله المادة (1016): "يجوز رد المحكم في الحالات الآتية:

1- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف.

2- عندما يوجد سب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف.

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

لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه، أو شارك في تعينه، إلا لسبب علم بعد التعيين". فمن خلال هاته النقطة الأخيرة يتبين أنه منعا للتلاعب حظر على أي طرف، طلب رد المحكم الذي اختاره بنفسه إلا إذا أثبت وجود أسباب طرأت بعد تعيينه.

كما تبلغ محكمة التحكيم والطرف الآخر دون تأخير بسب الرد، وفي حالة النزاع، إذا لم يتضمن نظام التحكيم كيفيات تسويته ولم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناءا على طلب من يهمه التعجيل. وهذا الأمر غير قابل لأي طعن وهو ما تضمنته المادة السالفة الذكر.

[1] أنظر: المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

[2] أنظر: المادة 1015 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

أما في حالة عزل أو استبدال المحكمين إلى جانب صعوبة التعيين فإنه يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل حسب المادة (1041) القيام بما يأتي :

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

2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج و اختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.[1]

الفرع الثاني : آثار اتفـاق التحكيم

بمجرد انعقاد اتفاق التحكيم ينعقد اختصاص فض النزاع حصريا لهيئة التحكيم، و تمنع جهة القضاء عن النظر في الدعوى، و تحكم بعدم قبولها كما يرتب انعقاد اتفاق التحكيم مجموعة من الآثار القانونية بين أطرافه،كما يرتب آثارا بالنسبة للغير و هذا ما سيتم توضيحة فيما يلي :

أولا : الأثر المانع لاتفاق التحكيم

ليس من اختصاص القاضي الفصل في النزاعات التي اتفق فيها على التحكيم كما أشارت المادة 1045 "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع ،اذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن يثار من أحد الأطراف ".[2] على أن يكون موضوع النزاع من اختصاصها أي محكمة التحكيم فإذا لم يكن كذلك فيجب الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع و هو ما بينته المادة

[1] أنظر : سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 2001 ، ص 339.

[2] أنظر: المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية ة الإدارية لجزائري.

1044 "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها و يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع.

تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا اذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع". [1]

ثانيا : العلاقة بين اتفاق التحكيم والعلاقة بين الأطراف (مبدأ استقلالية شرط التحكيم)

يثور التساؤل عن مصير شرط التحكيم الذي تضمنه العقد الأصلي، اذا تعرض هذا العقد لسبب أدى إلى بطلانه أو فسخه أو إنهائه. فالمتصور منطقيا أن العقد اذا تعرض لأحد هذه العوارض، فانه يزول بكل ما تضمنه و بالتالي ينتهي أثر شرط التحكيم بالتبعية و لكن تطور قضاء و فقه التحكيم خاصة التحكيم التجاري الدولي انتهى إلى عكس ذلك، اذ كرس مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فلا يؤدي بطلان أو فسخ أو إنهاء هذا العقد إلى التأثير على شرط التحكيم . فالشرط يظل صحيحا، طالما استكمل شروط صحته الخاصة به. و قد يخضع هذا الشرط لقانون مختلف عن القانون الذي يخضع له موضوع العقد الأصلي، لذلك من المتصور أن يستوفي الشرط شروط صحته رغم ما أصاب العقد الأصلي من عوارض . وترتيبا على ذلك ينتج الشرط أثره، ويكون للمحكمين سلطة النظر في أي منازعات تنشأ عن فسخ أو إنهاء العقد الأصلي.[2]

ثالثا : نطاق الأثر الملزم لاتفاق التحكيم من حيث الأشخاص

إن مبدأ نسبية الاتفاقات، يؤدي إلى القول بأن اتفاق التحكيم لا تمتد آثاره إلى أشخاص لم يوقعوا على الاتفاق سواء بأنفسهم أو عن طريق ممثل لهم، أي أطراف الاتفاق.[3]

[1] أنظر: المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية ة الإدارية لجزائري.

[2] أنظر، أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص26.

[3] أنظر: سميحة القليوبي، التحكيم التجاري، المرجع السابق، ص63.

ولكن هناك حالات عملية قد تدق أحيانا، فضلا عن أن فكرة "الطرف" لا تعني فقط "الشخص الموقع" على الاتفاق، و إنما تشمل أيضا خلفه العام أو الخاص. "كالوارث الذي أبرم مورثه عقدا تضمن شرط تحكيم أو في حوالة العقود، إذ ترد الحوالة على الشرط المنصوص عليه في العقد."

ولكن هل يمتد التحكيم للغير عن طريق نصوص المرافعات كإدخال الغير في الدعوى ؟ لا شك أن الطابع "العقدي" للتحكيم يحول دون ذلك . ولكن لا يعتبر غيرا الشريك أو المدين المتضامن . فلو تعدد الشركاء أو المدينون المتضامنون، و أبرم أحدهم عقدا أو تضمن عقد القرض في حالة المدينين المتضامنين شرط التحكيم، فان الشرط يمتد أثره للجميع، إيجابا وسلبا، أي يستطيع كل منهم التمسك باتفاق التحكيم ،كما يستطيع الطرف الآخر الاحتجاج بهذا الاتفاق في مواجهة أي منهم . ويسري هدا في حالة شركات الأشخاص حيث لا تحجب الشخصية المعنوية حجبا كاملا أشخاص الشركاء ،ويسري من باب أولى في المحاصة، حيث لا توجد أصلا شخصية معنوية، فإذا أبرم أحد المحا صين عقدا تضمن شرط تحكيم، فان لشركائه التمسك بالشرط، و للطرف الأخر في العقد للاحتجاج بالشرط على الجميع، وذلك اذا كانت إدارة المحاصة جماعية تستلزم حضور الجميع.[1] و أخذًا بالمنطق نفسه يمتد اتفاق التحكيم ليشمل جميع مشروعات المؤسسات لمشروع أو فرع مشترك إذا أبرم هذا الفرع عقداً تضمن شرط تحكيم.

ولكن إذا وقع طرفان اتفاق تحكيم، وكان أحدهما مؤسسة عامة، فقام الوزير باعتماد العقد الأصلي المتضمن لشرط التحكيم، فهذا التوقيع لا يجعل الدولة طرفاً في اتفاق التحكيم، لأن توقيع " الوزير "كان مباشرة

[1] أنظر: عبد الباقي الصغير، صعوبات التحكيم في عقود الانشاءات الدولية، مقالة بجامعة القاهرة، 2009، العدد 4، ص 69.

لسلطاته الولائية و ليس توقيعاً بصفته طرفاً وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في قضية هضبة الأهرام، و إن انتهى التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار .[1]

المطلب الثاني : كيفية صدور حكم التحكيم

إن المجرى العادي لسير عملية التحكيم ينتهي بصدور حكم يفصل في موضوع النزاع، فوفقا لأي قانون يصدر المحكمون حكمهم ؟ وكيف يصدر هذا الحكم، وما هي الشروط والبيانات التي يلزم استقاؤها ؟

و بالتالي سيتم توضيح كل ما سبق ذكره في كل من الفرع الأول و الثاني من هذا المطلب، إضافة إلى الفرع الثالث الذي تضمن في النزاع وفقا لقواعد العدالة و الإنصاف.

الفرع الأول : تحديد القانون الذي تطبقه هيئة التحكيم على موضوع النزاع

للوصول بعد إتفاق التحكيم إلى حكم لابد من قانون تتبعه هذه الهيئة المكلفة بحل النزاع للوصول إلى الحل المبتغى لكن إلى أي شيء يخضع هذا القانون من حيث الإختيار ؟

أولا : تطبيق قانون إرادة الأطراف

تنص المادة (1050) من القانون الجزائري على أن : "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف ، و في غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها

[1] أنظر: محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 17.

ملائمة ".[1] و بالتالي فان للأطراف حرية اختيار ما يرونه مناسبا من قواعد منتقاة تواجه على نحو واقعي ما قد ينشأ من منازعات، هم الأقدر على تصورها وعلى وضع ما يلائمها من حلول مبتكرة لا تجد مصدرها في قانون معين، و إنما في إرادة الأطراف مباشرة . كما يلجأ الأطراف إلى المزج بين عدة مصادر، فينشئون قانون عقدهم من مجموعة من القواعد المستخلصة من تشريعات وطنية أو أجنبية أو يكرسون العادات و الأعراف المتعلقة بموضوع العقد ،أو الإحالة إلى القواعد و الشروط التي تتضمنها وثيقة أو عقد نموذجي، ففي كل هذه الصور لا توجد أي إشارة لتطبيق "قانون دولة معينة" وهي الصورة الأخرى التي قد تتخذها إرادة الأطراف عند تحديد ما تلتزم الهيئة باعمالة عند التصدي للفصل في موضوع النزاع.

وقد أخذ المشرع الفرنسي هذا الاتجاه المتسم باحترام مبدأ سلطان الإرادة في نصوصه المنظمة للتحكيم التجاري الدولي (المادة 1/1492 مرافعات فرنسي)، أما في التحكيم الداخلي، فنصت المادة 1474 على أن المحكم يفصل في النزاع وفقا "لقواعد القانون" إلا اذا فوضه الأطراف بالحكم وفقا لقواعد العدالة، وتتعدد النصوص الواردة في خصوص التحكيم الداخلي و التي تحيل إلى قانون المرافعات الفرنسي، مما يؤكد افتراض تطبيق القانون الوطني في حالات التحكيم الداخلي الذي لا يوجد أي مبرر لمعاملته، معاملة التحكيم التجاري الدولي وما تقتضيه مصالح التجارة الدولية، و إمكانية تنازع القوانين، من تدخل لإعلاء مبدأ سلطان الإرادة لحسم أي خلاف يثور حول تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وهو ما يؤدن بأقوال عصر " تنازع القوانين وقواعدها" و الاتجاه المباشر لإسناد اختيار القانون لإرادة الأطراف.[2]

[1] أنظر: المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لجزائري.

[2] أنظر، محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 19.

ثانيا : تصدي هيئة التحكيم لتحديد القانون المطبق على موضوع النزاع

حسب نص المادة (1050) و ما تضمنته في فقرتها الأخيرة فانه إن لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع فصلت محكمة التحكيم فيه بحسب قواعد القانون و الأعراف التي تجدها مناسبة و ملائمة و بالتالي عدم الإخلال بالنظام العام للدولة وهذا سواء في حالة تطبيق قانون الإرادة، أو القانون الأكثر اتصالا بالنزاع . بينما اتخذ واضعوا القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي موقفا مختلفا فبعد أن تركت الفقرة الأولى تحديد إرادة الأطراف نصت الفقرة الثانية على من المادة 28 على أنه "عند عدم مثل هذا التحديد بواسطة الأطراف، تطبق محكمة التحكيم القانون المحدد بواسطة قاعدة تنازع القوانين التي تقدر قابليتها للتطبيق على الموضوع النزاع ". حيث نجد أن المحكم هنا ملزم بتطبيق القانون الذي تفضي إليه قواعد التنازع في القانون الذي يرى إمكان تطبيقه على النزاع وفقا لنص القانون النموذجي.

و يكشف الواقع العملي عن ميل قضاء التحكيم على الصعيد الدولي إلى إعمال قانون محل إبرام العقد أحيانا، أو قانون محل التنفيذ، و ذلك استنادا إلى ما يسمى بالإرادة الضمنية للأطراف و التي قد تكشف عنها ملابسات وظروف التعاقد أو استنادا إلى مؤشرات ذات طابع خاص كالاستدلال على ترجيح قانون الدولة التي استخدمت لغتها في العقد، وهو ما تنص عليه الاتفاقية الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار. كما يمكن الاستناد إلى اختيار مكان التحكيم كمؤشر على اختيار قانون هذا البلد الذي يجري فيه التحكيم [1].

ثالثا : الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة و الإنصاف

تنص المادة (1474) من نصوص المرافعات الفرنسي بخصوص التحكيم الداخلي على أن "تحسم محكمة التحكيم النزاع وفقا لقواعد القانون طالما أن الأطراف لم يخولاها وفقا لاتفاق التحكيم إجراء تسوية بصفتها منشئة

[1] أنظر، حرير عبد الغاني، بحث حول التحكيم في القانون الجزائري، 2013، ص 08.

لمواءمة ودية" و تنص المادة (1497) في النصوص المنظمة للتحكيم الدولي على أن "المحكم يجري تسوية كمنشئة لمواءمة ودية إدا خوله اتفاق الأطراف هده المهمة."

كما أن الفقرة الثالثة من المادة (28) من القانون النموذجي تنص على أن "تجري محكمة التحكيم تسوية وفقا للعدالة و الإنصاف أو بصفتها منشئة لمواءمة ودية، فقط إذا أدن لها الأطراف في ذلك صراحة".

و القاسم المشترك بين هذه النصوص هو تحرير المحكم من التقيد بأي نصوص تشريعية أو أي قواعد قانونية أيان مصدرها ليجري المحكم نوعا من التسوية للنزاع المعروض عليه مستلهما ما يراه محققا للعدالة وما يرضي ضميره، فهو يقوم بعمل "إنشائي " خلاق لا يخضع فيه إلا لما يرضي وجدانه، تماما كموقف القاضي الجنائي الذي يتمتع بحرية مطلقة في تكوين عقيدته، طالما أنه حقق مبدأ المساواة، و أتاح للأطراف مكنة أوجه دفاعهم .و نظرا لما يتمتع به المحكم من سلطات تتوقف على حسن أو سوء تقديره المطلق الدي يخضع بطبيعة الحال لمعايير شخصية ترجع إلى تكوين المحكم وشخصيته و خلفيته الثقافية العامة، استلزم المشرع إعلان الأطراف إعلانا صريحا لا لبس فيه عن قصدهم تخويله هده السلطة [1] .

فالهدف من إطلاق سلطات المحكم هو تحقيق العدالة التي قد تعوقها النصوص القانونية، و لا يتصور ذلك بإهدار الأبجديات التي تعد من المقدمات البديهية للوصول إلى هذه العدالة . و فضلا عن ذلك يلزم إجراء نوع من التفرقة بين التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي، ففي الحالة الأولى لا جدال في أن سلطة المحكم المفوض بالحكم وفقا للعدالة، تخوله الخروج على نصوص القانون المقررة، كما تخوله سلطة واسعة في تفسير و تخفيف حدة الشروط العقدية التي اتفق عليها الأطراف شريطة ألا يصل الأمر حد إنشاء علاقة أو عقد جديد لم تتجه إليه إرادتهم ، فهو يفسر شروط عقد البيع مثلا و يخفف من التزامات البائع أو ضماناته أو التزامات المشتري و ما قد

[1] أنظر، محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 90.

يتضمنه العقد من شروط يراها تعسفية أو مخلة بالتوازن، ولكنه لا يملك تكييف العقد و التعامل معه بوصفه عقد إيجار أو عقد ترخيص مثلا [1].

الفرع الثاني : كيفية صدور حكم التحكيم و شروط صحته

من المعروف و بعد ما تطرقنا له سابقا على التحكيم و لجوء الأشخاص إليه لسبب سرعته و عدم الإطالة في أمده، حيث لهذا الميعاد من يحكمه كما أن له أثر إذا لم يصدر في موعده و للحكم نفسه أحكام تسبقه لتسهيل العملية من اختصاص الهيئة و شروط لصحته و كل هذا سنتناوله بالتفصيل كالتالي:

أولا : اختصاص هيئة التحكيم باتخاذ التدابير المؤقتة و التحفظية وسلطتها في إصدار أحكام وقتية أو في جزء من الطلبات

يرى المشرع الجزائري في المادة (1046) أنه "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك "، و بالتالي فلهيئة التحكيم الحق في اتخاذ ما قد يقتضيه نظر الموضوع من اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفيظية . و لكن لأن الهيئة لا تملك "سلطة " الإجبار التي يملكها القضاء، فمن المتصور تجاهل من صدر ضده الأمر و امتناعه عن التنفيذ ولمواجهة ذلك، نصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه على أنه "اذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".[2]

1 أنظر، سميحة القليوبي، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 69.

2 أنظر، سميحة القليوبي، التحكيم التجاري، المرجع السابق، ص 100.

ووفقا لنص المادة (26) من قواعد اليونسترال المعمول بها في المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة، يكون لمحكمة التحكيم، بناء على طلب أحد الأطراف إتخاد التدابير المؤقتة أو التحفظية التي تراها ضرورية تبعا لطبيعة النزاع وعلى وجه الخصوص الإجراءات التحفظية المتعلقة بالبضائع موضوع النزاع مع إمكانية الأمر بإيداعها لدى الغير أو بيع المعرض للتلف منها . و يمكن أن تأخذ هذه التدابير شكل حكم مؤقت مع إمكانية طلب كفالة لتغطية التكاليف.

و حرصت الفقرة الثالثة على بيان أن تقدم أي طرف للقضاء باتخاذ مثل هده الإجراءات لا يعد تنازلا عن التمسك باتفاق التحكيم أو متعارضا معه [1] .

وتنص المادة (26) من اتفاقية واشنطن على أن اتفاق الأطراف على التحكيم في إطار هذه الاتفاقية يقتضي نزولهم عن أي طريق آخر إلا إذا اتفقوا على خلاف ذلك و نجد أن المادة (47) تنص على أن لمحكمة التحكيم إذا اقتضت الظروف أن تتخذ كل الإجراءات التحفظية الكفيلة بالمحافظة على حقوق الأطراف إلا إذا حظر عليها الأطراف ذلك [2] .

كما أن لهيئة التحكيم أن تصدر أحكام جزئية وذلك قبل صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، حيث إذا كان النزاع متعلقا عن طلب تعويض عن أضرار لحقت البضاعة أثناء نقلها، ولم يكن مثار نزاع أو جدل إلى مقدار التعويض، فللمحكمة أن تحكم بناء على طلب المضرور بدفع مبلغ مؤقت لحين الفصل النهائي المتوقف على تقدير الخبراء المنتدبين كما أن للهيئة أن تحكم بوقف استمرار العمل في الموقع أو باستمراره لحين الفصل في موضوع النزاع ودلك حسبما تقدره من الظروف و الملابسات المحيطة بموضوع الخلاف. و يجمع بين هذه الأحكام

[1] أنظر، المادة 26 من قانون اليونسترال للتحكيم التجاري الدولي لعام 2010 على الموقع : www.unistral.org.

[2] أنظر، المادة 26 و 47 من اتفاقية واشنطن المبرمة عام 1965 .

أنها جميعا تصدر في مرحلة سابقة على "إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها "، فهي قد تنهي بعض المسائل الفرعية أو جزءا من الخلافات المثارة، و لكنها لا تمثل "حكما منهيا للخصومة" [1] و هو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة (1049) القائلة بأنه "يجوز لمحكمة التحكيم إصدار أحكام إتفاق أطراف أو أحكام جزئية، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".[2]

ثانيا : ميعاد إصدار الحكم و سلطة الهيئة في مده

تستلزم المادة (1018) من القانون الجزائري المحكمين إتمام مهمتهم خلال أربعة أشهر مع إمكانية مده باتفاق الأطراف أي بإرادتهم حيث تنص المادة في فقرتها الأولى"يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجلا لإنهائه، و في هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة (4) أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم. ،ير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف ".[3]

من خلال هذه المادة يتضح أيضا أنه سريان الميعاد يبدأ من تاريخ تعيين المحكمين أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم، لكن يمكن أن تعترض أسباب تؤدي إلى وقف سريانه، كعزل المحكمين خلال هذه الفترة حيث أشارت المادة أعلاه في آخر الفقرة الثانية أنه لا يجوز عزل المحكمين إلا باتفاق جميع الأطراف و بالتالي نعود لموافقة الأطراف وما يرتئونه في عملية التمديد على حسب المعطيات المتوفرة لديهم . أما اذا لم يتم الموافقة على التمديد فإنه يتم وفقا لنظام التحكيم، وإن غاب ذلك يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة.

[1] أنظر، حرير عبد الغاني، بحث حول التحكيم في القانون الجزائري، غير منشور، 2013، ص 11.

[2] أنظر، المادة 1049 من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

[3] أنظر، المادة 1018 من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

ثالثا : إصدار الحكم المنهي للخصومة والشروط الواجب توافرها

أ) اصدار الحكم المنهي للخصومة

يكون إصدار الحكم بعد المداولات التي تقوم بها هيئة التحكيم، حيث ينص المشرع الجزائري على سريتها في المادة (1025) حيث يقدم الأطراف قبلها دفاعهم ومستنداتهم التي حدد المشرع تاريخ تقديمها كما جاء في نص المادة (1025) التي نصت انه "يجب على كل طرف تقديم دفاعه و مستنداته قبل انقضاء أجل التحكيم بخمسة عشر (15) يوما على الأقل، و إلا فصل المحكم بناء على ما قدم إليه خلال هذا الأجل".[1] لكن صدور هذه الأحكام يكون إنطلاقا من حكم الأغلبية كما جاء في المادة (1026) أي أغلبية الأصوات أو الآراء بعد المداولة.[2]

ب) الشروط الواجب توافرها في حكم التحكيم

إن مهمة المحكمين او المحكم الفرد هو اصدار حكم فاصلا في موضوع النزاع، وقد يكون هذا الحكم وفقا لقانون إرادة الاطراف او لأحدى هيئات التحكيم او للقانون محل التطبيق وعلى ذلك سوف نتطرق الى شروطه هذا الحكم وفقا لما يلي :

[1] أنظر، المادة 1025 من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

[2] أنظر، المادة 1026 من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

1- من الناحية الموضوعية

يهدف أطراف اتفاق التحكيم إلى حسم ما نشب بينهم أو ما قد ينشب من منازعات و ذلك عن طريق المحكمين الذين لجأوا إليهم بدلا من الالتجاء للقضاء، ولدا لزم أن يصدر حكم المحكمين فاصلا في موضوع النزاع على نحو حاسم . فيستمد المحكمون سلطتهم من اتفاق الأطراف حيث هم الذين يحددون مهمة المحكم و نطاق سلطاته فهو قاضي النزاع وفق لما حدده الأطراف وهو ما أشارت إليه المادة (1040) في فقرتها الثانية "تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما ."[1] وبالتالي المحكم لا يتجاوز ما حدد له، فيفصل في المواضيع التي حددها الأطراف موضوع الخلاف ولا يتعدى إلى خلافات أخرى لم تأتي في الإتفاق اذ توجب على المحكمون إصدار حكمهم وفقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، سواء بالنسبة للإجراءات أو للموضوع ويعد سببا لبطلان الحكم، تجاهل المحكمين لإرادة الأطراف و الحكم وفقا لقانون آخر.[2]

2- من الناحية الشكلية

يجب وفقا لنص المادة (1029) أن "توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك، ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين، كما أنه يجب أن يتضمن حكم التحكيم البيانات و الإيضاحات التالية:

[1] أنظر، المادة 1040 من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

[2] أنظر، محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 181.

1. يلزم أن يضمن المحكمون حكمهم عرضا موجزا لإدعاءات الأطراف و أوجه دفاعهم (المادة 1027).

2. يلزم أن يكون الحكم مسببا وفقا للفقرة الثانية من المادة (1027)، و لا يعني استلزام التسبيب إلزام المحكمين بتعقب كل ما أبداه الأطراف أو قدموه من أسانيد أو حجج بل يكفي بيان الأسباب التي تقتضيها طبيعة النزاع و التي يتوفر فيها الحد اللازم لتبرير النتيجة التي انتهى إليها الحكم.

3. يجب أن يتضمن الحكم اسم ولقب المحكم أو المحكمين وذلك لمراقبة تطابق هذه الأسماء مع الأسماء التي تضمنها اتفاق التحكيم.

4. يلزم أن يتضمن الحكم بيان تاريخ و مكان إصداره وتبدو أهمية بيان التاريخ في إثبات صدوره خلال سريان إتفاق التحكيم.

5. تضمن أسماء وألقاب الأطراف و موطن كل منهم و تسمية الأشخاص المعنوية و مقرها الاجتماعي، إضافة إلى أسماء و ألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف، عند الإقتضاء و كل هذا جاء في نص المادة (1028) [1] .

-وتجدر الإشارة إلى أنه وفقا للفقرة الثانية للبند الثالث من نص المادة (48) لقواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار يجب أن يكون الحكم مكتوبا، متضمنا ما يلي :

- بعد صدور الحكم المنهي للخصومة و استيفائه لشروط صحته فإنه يتم إيداع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذيس يهمه التعجيل كما يتحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض و الوثائق و أصل حكم التحكيم وهو ما نصت عليه المادة (1035) من القانون الجزائري و أضافت المادة (1036) على أنه

[1] أنظر، المادة 1027 و 1028 من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية

" يسلم رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف".[1]

كما أن بصدور هذا الحكم آثار على مهمة هيئة التحكيم حيث بانتهاء النزاع و الفصل فيه تنتهي مهمة المحكم حسب ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (1030)، و لكن رغم ارتباط بقاء صفة الهيئة بصدور الحكم المنهي للخصومة كلها ،فإن المشرع أبقى لها صفة محدودة لمواجهة حالات محددة تضمنتها نفس المادة المذكورة في الفقرة الثانية حيث نصت : "غير أنه يمكن للمحكم تفسير الحكم، أو تصحيح الأخطاء المادية و الإغفالات التي تشوبه، طبقا للأحكام الواردة في هذا القانون".[2]

المطلب الثالث : بطلان و تنفيذ حكم التحكيم

بعد أن يصدر حكم التحكيم، يجب أن يكون قابلا للتنفيذ من أجل تحقيق الغرض منه، حيث أنه لا جدوى من اللجوء إلى التحكيم من غير تنفيذ حكم التحكيم و إذا رفض أحد الأطراف المتنازعة حكم التحكيم ، فهل يجوز للطرف الذي لم يكن الحكم في صالحه رفع دعوى بطلان التحكيم ؟، وإذا كان ممكن ذلك فبطبيعة الحال محكمة التحكيم لا تقبل هذه الدعوى، إلا إذا كانت مبنية على أسباب ودوافع قوية يمكن الاستناد إليها لإعادة النظر في القضية من جديد. ولكن السؤال المطروح هل سمح المشرع الجزائري في نصوص مواده القانونية برفع دعوى بطلان حكم التحكيم؟ و هذا ما سنتطرق إليه في الفرع الأول إضافة إلى إجراءات تنفيذ حكم التحكيم في الفرع الثاني.

[1] أنظر، المادة 1036 من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

[2] أنظر، المادة 1030 من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

الفرع الأول : بطلان حكم التحكيم

في هذا الفرع سوف نتطرق الى معرفة امكانية، جواز الطعن في حكم التحكيم أم هل المشرع أعطاه حصانة اي بمعنى عدم جواز الطعن فيه وهل يستوي في ذلك التحكيم الداخلي مع الدولي، هذا ما سوف نبينه في هذ الفرع.

أولا : عدم جواز الطعن في حكم التحكيم

لم يتطرق المشرع الجزائري في أي نص من نصوص مواده الخاصة بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلى منع أطراف اتفاق التحكيم من تقديم طلب طعن في حكم التحكيم. ولكن يجب الإشارة إلى نقطة هامة وهي عدم السماح بأي اعتراض على تنفيذ أحكام التحكيم الدولية، وهذا ما أكده نص المادة 1032 " أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة ".[1] إلا أن اعتراض القاضي برفض التنفيذ يجوز فيه الاستئناف حسب نص المادة 1055 "يكون أمر القاضي برفض التنفيذ قابلا للاستئناف"، ولكن في بعض الحالات المنصوص عليها في المادة 1056.[2]

ثانيا : الطعن في حكم التحكيم وفقا للقانون الجزائري

من خلال نصوص المواد نلاحظ أن المشرع الجزائري فرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي فأجاز إمكانية الطعن بالاستئناف في التحكيم الداخلي كما نصت على ذلك المادة 1033، "يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم ..... ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم ". أو الطعن بالنقض طبقا للأحكام المنصوص عليها في المادة 1034 " تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن

[1] أنظر، المادة 1032 من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

[2] أنظر المادة 1055 و 1056 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

بالنقض"[1].

فالاستئناف يؤدي إلى إعادة طرح النزاع من جديد، كما يسمح بتصحيح الحكم سواء من ناحية الشكل أو الموضوع فهو نظر للموضوع من جديد أي دراسته دراسة دقيقة والوقوف عند الأسباب والمستندات التي أدت إلى بطلان الحكم. و عليه فأحكام التحكيم الداخلية قابلة للطعن بالاستئناف أو الطعن بالنقض.

- أما بالنسبة لأحكام التحكيم الدولي فلا تسرى على أحكامها طرق الطعن التي رأيناها في التحكيم الداخلي، ولذلك فأحكام التحكيم الدولية الصادرة في الجزائر يكون متاحا فيها طلب طعن بالبطلان حسب نص المادة 1058 " يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان " في حالات. أما الأحكام الصادرة في الخارج فلا تخضع للاستئناف أو طلب البطلان، ونجد ذلك في المادة 1058 " لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي أي طعن وإنما يمكن استئناف القرار الصادر بالاعتراف وتنفيذ الحكم طبقا لنص المادة 1055[2] "يكون أمر القاضي برفض الاعتراف ..... قابلا للاستئناف "[3] وذلك في حالات منصوص عليها في المادة 1056 وتشمل ما يلي:

1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.

2- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.

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

4- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

[1] أنظر، المادة 1033 و 1034، قانون الإجراءات المدنية ة الإدارية الجزائري.

[2] أنظر، المادة 1058 من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

[3] أنظر، المادة 1055 من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

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

6- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

و يمكن أن تكون هذه الحالات موضوع طلب بطلان الحكم الدولي الصادر في الجزائر [1].

يلاحظ أن المشرع اختلف في طريقة التعامل مع أحكام التحكيم الدولي الصادر في الجزائر والصادر في الخارج، فكيف نعلل هذا الاختلاف، ربما يرجع إلى أن حكم التحكيم الصادر في الجزائر يمكن أن يندمج ويصبح جزءا من النظام القانوني الجزائري، مما يحتم السماح بطلب بطلانه، أما الصادر في الخارج فيكفي منع الاعتراف به وتنفيذه.

من خلال ما سبق، إن المشرع الجزائري كان موفقا في تحديد طرق الطعن الخاص بالتحكيم الدولي، لأن طبيعة اتفاق التحكيم تقتضي السرعة وعدم الإطالة في حل النزاع للخروج بحكم يرضي جميع الأطراف[2].

ثالثا : إمكانية رفع دعوى بطلان حكم التحكيم

رأينا مسبقا أن قانون الإجراءات المدنية الجزائري سمح في مواده 1033 و 1034 بإمكانية الطعن بالاستئناف والطعن بالنقض، ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم، وسواء كان متاحا لأطراف الطعن بالاستئناف أو الطعن بالنقض، ففي الحالتين يجب توفر أسباب يمكن الاستناد إليها لرفع دعوى البطلان.

[1] أنظر، المادة 1056 من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

[2] أنظر، حرير عبد الغاني، بحث حول التحكيم في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 13.

ولكن لم يوجد نص صريح في أحكام التحكيم الداخلي يشمل الحالات التي على أساسها ترفع دعوى البطلان، لهذا فإننا استخرجنا الأسباب من أحكام التحكيم العامة الواردة في نصوص المواد القانونية [1] :

أ- الأسباب التي يجب توافرها لرفع دعوى البطلان

سوف نبين الاسباب التي تقتضي رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وهي كالآتي:

1- عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه أو انقضاء مدته :

كما نعلم أنه لكي يكون اتفاق التحكيم صحيحا يجب توفر شرط التراضي بمعنى قبول الطرفين اللجوء عند النزاع إلى التحكيم، كما يستلزم المشرع الجزائري الكتابة لوجود و صحة شرط التحكيم، وكذلك " يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين وبيان طريقة تعيينهم " وفقا لنص المادة 1012.[2]

أما بالنسبة للانقضاء فشرط التحكيم ينقضي بانقضاء المدة المحددة للعقد، وتتمثل سلطة المحكمة في التحقق من وجود أو بطلان أو انقضاء اتفاق التحكيم، أما إذا لم يحدد أجل لإنهائه فيعد اتفاق التحكيم صحيحا ومن تم يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة أشهر حسب نص المادة 1018.

2- وجود مخالفة للقانون في تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد :

ويتعلق الأمر بالخروج على النصوص المنظمة لتشكيل المحكمة أو تعيين المحكمين، فأمر تعيين المحكمين متروك لاتفاق الأطراف، أما إذا اعترضت صعوبة في تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ

[1] أنظر، حرير عبد الغاني، بحث حول التحكيم في القانون الجزائري، المرجع نفسه، ص 14.

[2] أنظر، المادة 1012 من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

إجراءات تعيين المحكمين فيتم تعيينهم من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد وفقا لنص المادة 1009، بالإضافة إلى استلزام وترية العدد المادة 1017، اكتمال أهلية المحكمة " لا تسند المهمة لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية" نص المادة 1014 و إعلان المحكمين عن قبولهم بالمهمة المسندة إليهم. بالإضافة إلى التزام هيئة التحكيم بعدم قبول طلب رد المحكم إلا في حالات نصت عليها المادة 1016 مثلا وجود سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف.

فإذا علم جميع الأطراف بوجود مخالفة في شروط تشكيل محكمة التحكيم ولم يقدم أي طرف اعتراضه في الوقت المحدد والتزموا الصمت، فصل المحكم بناء على ما قدم إليه حسب نص المادة 1022 ولم يعد سبب الرفع دعوى البطلان.

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

يعني هذا أنه يجب على محكمة التحكيم الفصل في النزاع في حدود المهمة المسندة إليها، أي الفصل في المسائل التي يشملها اتفاق التحكيم، وعلى هذا الأساس المشرع الجزائري توسع بقدر كبير في هذا السبب، حيث عالج كل المسائل الخاصة بمخالفة المبادئ الموجهة للدعوى واحترام حقوق الدفاع فألزم المحكمة الفصل في إطار الاختصاص الخاص بها مع وجوب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع، وأن يكون الفصل بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع أحكام المادة 1044، بالإضافة إلى نص المادة 1050 الذي يلزم محكمة التحكيم بأن تفصل وفقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف أو حسب قواعد القانون والأعراف.

وبالتالي فهي لا تملك من نظرها خارج حدود موضوع النزاع، وضمانا لتحديد اختصاص محكمة التحكيم نصت المادة 1027 على ضرورة تحديد موضوع الخلاف وظروفه مع أدق تفاصيله، فإن ثبت أن محكمة التحكيم

فصلت فيما لم يكن مطروحا عليها أو تجاوزت حدود اتفاق التحكيم، يحق للطرف صاحب المصلحة رفع دعوى البطلان تأسيسا على تجاوز محكمة التحكيم لحدودها.

4- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية:

وهذا المبدأ يتصل باحترام حقوق الدفاع ويلزم المحكم بألا يعتد في حكمه بأي دفاع أو مستندات قدمت في الدعوى من قبل الأطراف إلا إذا أتيحت الفرصة لهؤلاء الأطراف للتفاوض بشأنها وجها لوجه، فالإخلال بالمساواة وتهيئة الفرص المتكافئة للأطراف لإبداء دفاعهم وعرض وجهة نظرهم يعد سببا يبرر طلب بطلان حكم التحكيم.

5- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها:

بما أن نص المادة 1027 "يستلزم أن تكون أحكام التحكيم مسببة"، فيلاحظ من نص المادة أن عدم تسبيب محكمة التحكيم حكمها، يمكن أن يكون سببا لدعوى البطلان في القانون الجزائري.

6- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الجزائري :

تكون مسألة مخالفة حكم التحكيم للنظام العام سندا لرفع دعوى البطلان إذا خرج المحكم عن قاعدة تتعلق بالنظام العام الجزائري، أي صدور الحكم متضمنا ما يخالف النظام العام الجزائري، فهو يمثل الأسس الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي يرتكز عليها كيان الدولة بالإضافة إلى الآداب العامة، ولكن المقصود من هذا أن يتضمن الحكم فعلا ما يخالف النظام العام الجزائري، مثلا إبرام الورثة اتفاقا بشأن تركة مستقبلية إبان حياة مورثهم وتضمن الاتفاق شرط تحكيم، وثار نزاع بين الورثة وعرض الأمر على محكمة التحكيم فأقرت الاتفاق

وأصدرت حكمها بتسوية النزاع، فإن الحكم يكون باطلا لمخالفته للنظام العام الجزائري، أما إذا أصدرت المحكمة حكمها ببطلان الاتفاق فإن الحكم يكون صحيحا.

7- عدم تضمين الحكم أسماء المحكمين وتوقيعاتهم :

لقد اهتم المشرع الجزائري بضرورة تضمين حكم التحكيم البيانات التالية:

أسماء المحكمين، تاريخ ومكان صدور الحكم، أسماء وألقاب الأطراف، بالإضافة إلى توقيع الحكم من قبل جميع المحكمين، وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشار إلى ذلك، وفقا لنصوص المواد 1028، 1029، فإن لم يتضمن حكم التحكيم البيانات التي سبق ذكرها اعتبر هذا سببا ودافعا قويا لرفع دعوى بطلان حكم التحكيم. هذه الأسباب تتعلق بالتحكيم الداخلي، أما أحكام التحكيم الدولية فيجوز فيها كما رأينا مسبقا طلب طعن بالبطلان واستئناف القرار، وفي الحالتين يجب توفر أسباب والتي على أساسها يمكن رفع الدعوى، وهذا ما حدده نص المادة 1056 ويشمل الحالات التالية :[1]

ب- أسباب بطلان أحكام التحكيم الدولية الصادرة في الجزائر:

1- فصل محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية :

يسري في هذا الخصوص - بصفة عامة - ما ذكر في التحكيم الداخلي كما سبق الإشارة إليه، مع مراعاة أن التحكيم الدولي الصادر في الجزائر هو الآخر يستلزم الكتابة أو أي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة، هذا من حيث الشكل، أما من ناحية الموضوع ولكي يكون اتفاق التحكيم صحيحا يجب أن يتضمن

[1] أنظر، إلياس عجابي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مجلة المنتدى القانوني، طبعة سبعة، ص 193.

الشروط التي يضعها إما القانون الذي اختاره الأطراف أو القانون الذي يراه المحكم ملائما، أو المنظم لموضوع النزاع نص المادة 1040، كما لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاق التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي.

2- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون :

بطبيعة الحال مسؤولية تعيين المحكمين ترجع إلى اتفاق الأطراف، فنص المادة 1041 يمكن الأطراف من تعيين المحكم أو المحكمين سواء مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، وتحديد شروط تعيينهم وعزلهم، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم فيجوز للطرف الذي يهمه التعجيل رفع الأمر إلى رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان هذا التحكيم يجري في الجزائر.

3- فصل محكمة التحكيم فيما يخالف المهمة المسندة إليها:

تستدعي هذه الحالة كما نعلم ضرورة الفصل في إطار المهمة المسندة لمحكمة التحكيم، دون تجاوز في حدود المهمة، وهذا ما نصت عليه المواد 1044، 1046، 1047 و 1050، فمحكمة التحكيم ملزمة بأن تفصل في إطار اختصاصها، وتتولى كذلك البحث عن الأدلة وإذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع المحكمة بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلبوا عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الخصوص قانون بلد القاضي، ويكون الفصل عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف.

4- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية:

هذا المبدأ يتصل كما سبق ذكره باحترام حقوق الدفاع، لهذا كان من الضروري أيضا أن يستند إليه المشرع في إمكانية رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر، وهذا ما نجده في نص المادة بحيث إذا لم يتمكن أحد الأطراف من الحضور للمناقشة أمكنه ذلك تقديم طعن ببطلان الحكم.

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

المشرع الجزائري أكد على ضرورة تسبيب أحكام التحكيم الدولي الصادر في الجزائر من خلال حصره لهذه الحالة في نص المادة 1056، فإذا لم تكن الأحكام مسببة تعرض الحكم الصادر إلى إمكانية طلب بطلانه، وكذلك عدم وجود تناقض في الأسباب التي أدت إلى قيام النزاع.

6- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي:

المشرع اعتبر هذه الحالة سببا لطلب بطلان حكم التحكيم، لأن المادة 1051 تعرضت في نصها على أن الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي الصادر في الجزائر، يتم إذا أثبت التمسك بوجودها، بشرط أن يكون هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي و تعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر و بنفس الشروط. كما هو واضح من كل ما سبق أن حالات التحكيم الداخلي و حالات التحكيم الدولي الصادر في الجزائر متطابقة[1].

[1] أنظر، إلياس عجابي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع السابق، ص 194، 195.

الفرع الثاني : تنفيذ حكم التحكيم

إذا صدر حكم التحكيم لصالح طرف فيحق لهذا الأخير التمسك بحجية هذا الحكم حسب نص القانون، فإذا رفض الطرف الآخر الحكم و رفع دعوى أمام هيئة تحكيم جديدة للنظر في الموضوع الذي فصل فيه حكم التحكيم، و كانت الدعوى مؤسسة على السبب الذي استندت إليه دعوى التحكيم، فهل تملك هيئة التحكيم حق الرفض استنادا لحجية حكم التحكيم، أي عدم جواز النظر في الدعوى السابق الفصل فيها و عليه فالأطراف ملزمون بتنفيذ حكم التحكيم؟

أولا : حجية حكم التحكيم

بعد صدور حكم التحكيم سوء نلجأ مباشرة الى تنفيذه، وهذه هي غاية الاحكام هي تنفيذها، وسوف نتطرق في هذا المبحث الى حجية تلك الاحكام ونطاقها.

أ- حجية حكم التحكيم و نطاقها

يقصد بالحجية أن الحكم الصادر يجب أن يحمل عنوان الحقيقة، بخصوص ما فصل فيه بالنسبة لأطراف الدعوى في حدود الأساس الذي قدمت عليه هذه الدعوى، بمعنى أنه لا يجوز إثارة نفس النزاع تأسيسا على السبب ذاته بين الأطراف أنفسهم الذين صدر الحكم في مواجهتهم فاصلا فيما نشب بينهم من نزاع. و يجب الإشارة هنا إلى أن المشرع الجزائري رغم أنه فرق بين التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي في النصوص المنظمة لأحكام التحكمين، إلا أنه بصدد حجية التحكيم أحال النصوص المنظمة للتحكيم الدولي إلى نص المادة

1031[1] و المخصصة للتحكيم الداخلي، و هذه المادة تضفي الحجية على حكم التحكيم منذ لحظة صدوره إذ تنص على أن: "أحكام التحكيم يجب أن تحوز حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه". فحجية حكم التحكيم تحدد بالموضوع الذي فصل فيه، أي محل النزاع والأساس الذي قام عليه، كما تتحدد هذه الحجية من ناحية الأشخاص، و عليه فحكم التحكيم لا يتمتع بحجية مطلقة.

ب- إجراءات تنفيذ حكم التحكيم

بعد الوقوف على حجية حكم التحكيم ومدى نطاقه، سوف نتطرق في هذا المبحث الى تنفيذه وذلك كما سوف يأتي:

ثانيا : تنفيذ حكم التحكيم

طبقا لنص المادة 1035 الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الداخلي فإن إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري من اختصاص رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها الحكم. و يجب على الطرف الذي يهمه التعجيل أن يودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة، و يتحمل الأطراف نفقات إيداعه العرائض و الوثائق و أصل حكم التحكيم. توضع الصيغة التنفيذية على الحكم و تسلم نسخة رسمية من حكم التحكيم إلى الأطراف عند الطلب من طرف رئيس أمانة الضبط وفقا لنص المادة 1036. كما تطبق القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل للأحكام على حكم التحكيم .[2]

[1] أنظر، المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري

[2] أنظر، المادة 1036 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري

يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل لا يتعدى خمسة عشر يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي [1].

أما فيما يخص تنفيذ أحكام التحكيم الدولي فيجب إثبات صدور حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما تستوفي شروط صحتها [2].و تودع هذه الوثائق بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل حسب نص المادة 1053 و تطبق عليه نفس أحكام المواد التي تتعلق بتنفيذ التحكيم الداخلي وفقا لنص المادة 1054، حيث يختص بإصدار أمر تنفيذ حكم التحكيم الدولي رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها الحكم ممهور بالصيغة التنفيذية ويسلمها رئيس أمانة الضبط إلى الأطراف عند طلبها، و تطبق قواعد النفاذ المعجل على أحكام التحكيم الدولي. كما يمكن استئناف الأمر الصادر برفض طلب التنفيذ في أجل خمسة عشر يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي [3] .

[1] أنظر، المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري

[2] أنظر، المادة 1052 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري

[3] أنظر، إلياس عجابي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع السابق، ص 197.

المبحث الثاني: التحكيم في إطار مركز واشنطن لفض منازعات الاستثمار الأجنبي

ان الغرض من انشاء اتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة بين المستثمر والدولة المضيفة له في النهوض بالتنمية الاقتصادية من خلال توفير مناخ استثماري مناسب، فإنشاء هذا النظام الفعال من شأنه رفع عجلة الاستثمار خاصة في الدول النامية، ولتحقيق هذا الغرض تعمل الاتفاقية على تحقيق التوازن بين مصالح المستثمر من خلال منحه فرصة اللجوء الى التحكيم وتبديد مخاوفه من الخضوع لقضاء الدولة العادي أو من افتئات الدولة على حقوقه وبين مصالح الدولة المضيفة من خلال جلب العديد من الاستثمارات من جهة وجعل اللجوء الى تحكيم المركز يمثل درعا واقيا ضد الحماية الدبلوماسية التي قد تلجأ اليها دولة المستثمر من جهة أخرى.[1]

لهذا نود التطرق الى ماهية تنظيم المركز من بدء تحويل الدعوى التحكيمية والشروط اللازمة لاختصاص المركز والقانون الواجب تطبيقه على الدعوى التحكيمية وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية المركز وتنظيمه والإجراءات المتبعة امامه

المطلب الثاني: شروط انعقاد اختصاص المركز والقانون الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية.

[1] أنظر : بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 444

المطلب الأول: ماهية المركز وتنظيمه والإجراءات المتبعة امامه

بعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار احدى هيئات التي اعدها البنك الدولي للإنشاء والتعمير بموجب اتفاقية واشنطن في 180مارس 1965، وهو الهيئة الدولية المتخصصة في الفصل في المنازعات التي تثور بين الدول المضيفة للاستثمار ومواطني الدول الأخرى الذين يقيمون مشروعاتهم الاستثمارية في الدول المضيفة لهم.[1]

من الجدير بالذكر ان الجزائر وافقت على اتفاقية واشنطن بموجب الامر رقم 04/95 المؤرخ في 1995/01/21[2]، وصادقت عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346/95 المؤرخ في 1995/10/30.[3]

ولذلك سوف نتطرق في الفرع الأول الى تنظيم المركز والفرع الثاني الى مهام المركز والفرع الثاني الى مهام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وفي الفرع الثالث الى كيفية تحويل الدعوى التحكيمية واجراءاتها.

الفرع الأول: تنظيم المركز

يتكون الهيكل التنظيمي للمركز من المجلس الإداري والسكرتارية، ويحتفظ بقوائم للموقفين والمحكمين ويضم المجلس الإداري ممثلا واحدا لكل دولة متعاقدة وبديلا يمكن ان يحضر عند غياب ممثلها عن اللقاء او عدم قدرته على الحضور ويترأس المجلس الإداري رئيس البنك الدولي للإنشاء والتعمير.

[1] أنظر : طه احمد علي قاسم، تسوية منازعات الدولية الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص 324

[2] أنظر: الامر رقم 04/95 المؤرخ في 1995/01/21.

[3] أنظر: المرسوم الرئاسي رقم 346/95 المؤرخ في 1995/10/30

ويتضمن المجلس الإداري بمجموعة من الوظائف الهامة، فهو الذي يوافق على اللوائح المالية والإدارية للمركز والقواعد الخاصة باللجوء الى التوفيق والتحكيم واستخدام التسهيلات المركز وتحديد شروط السكرتير العام ووكلائه وغيرها من السلطات والوظائف الأخرى التي تعد ضرورية لتنفيذ نصوص اتفاقية واشنطن.[1]

وتتكون السكرتارية العامة من السكرتير العام ووكيل له او أكثر ومجموعة من الموظفين، ويتم انتخاب السكرتير العام واي من وكلائه بواسطة المجالس الإدارية وبأغلب أعضائه بناء على ترشيح من الرئيس ولمدة خدمة لا تزيد عن ستة سنوات، ويمكن إعادة انتخابهم[2]

ويقوم السكرتير العام بدور مهم في انجاز في انجاز اعمال المركز باعتباره الممثل القانوني والمسجل والموظف الرئيس للمركز.[3]

فهو يقوم بإدارة المركز اليومية، وهو الذي يقرر ما إذا كانت المنازعة تدخل في اختصاص المركز من عدمه، وذلك بناء على المعلومات التي يقدمها المدعي، كما يقوم بتعيين المحكمين في حالة غياب الاتفاق بين أطراف النزاع على ذلك، كما يتولى التصديق على الاحكام الصادرة من هيئة التحكيم بالمركز.[4]

[1] أنظر : حسين الجندي، النظام القانوني لتسوية الاستثمارات الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965، دار النهضة العربية، القاهرة،2005 ص11 وراجع في ذلك نص المادتين (5-6) من اتفاقية واشنطن.

[2] المادة 9 1/10، من اتفاقية واشنطن

[3] المادة 11 من اتفاقية واشنطن

[4] المادة 12 من اتفاقية واشنطن

الفرع الثاني: مهام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)

نصت المادة 1 / 2 من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على ان مهام المركز هي توفير الإمكانيات للتوفيق والتحكيم في منازعات الاستثمار بين الدولة العضو ومواطن دولة عضو أخرى طبقا لنصوص هذه المعاهدة، ويتضح من هذا النص ان مهام المركز تنحصر في مهمتين رئيسيتين هما التوفيق والتحكيم.

أولا: التوفيق

وهو محاولة تسوية النزاعات التي تنشأ بين الدول المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي الذي يجب ان يكون مواطنا لدولة عضو في الاتفاقية بطرق ودية وتبدأ إجراءات التوفيق بطلب كتابي يوجه من قبل الطرف الراغب في التوفيق (المستثمر الأجنبي او الدولة المضيفة للاستثمار) او كليهما الى السكرتير العام للمركز الدولي والذي يقوم بدوره بإرسال نسخة منه الى الطرف الآخر في النزاع[1]، ويجب أن يتضمن الطلب بيانات كافية عن الموضوع المتنازع فيه وهوية الأطراف وموافقتهم على تقديمه الى التوفيق طبعا للائحة الإجراءات المتعلقة بطرح المنازعات على التوفيق.[2]

وتشكل لجنة التوفيق طبقا لاتفاق الأطراف من واحد او عدد فردي من الموفقين وفي حالة عدم اتفاق الأطراف تتشكل اللجنة من ثلاثة موفقين يعين كل طرف واحد، ويعين الموفق الثالث الذي يتولى رئاسة اللجنة بموافقة الطرفين، وتنحصر مهمة لجنة التوفيق بتحديد المسائل المتنازع فيها والعمل على تقريب وجهات النظر بين أطراف

[1] المادة 1/28 من اتفاقية واشنطن

[2] المادة 2/28 من اتفاقية واشنطن

النزاع، فإذا حققت اللجنة ما عليها تحرر محضر بذلك توضح فيه نقاط الخلاف او أي وقائعه وأوجه الاختلاف حول الحقوق والمصالح ثم بنود الاتفاق الذي توصلت اليه الأطراف، اما اذا تعذر عليها ذلك فإنها تنهي الإجراءات وتحرر محضرا بذلك تبين فيه ان النزاع قد طرح على التوفيق ولم يتمكن الأطراف الى الاتفاق بشأنه.

وبالنتيجة وعلى الرغم مما يتسم به التوفيق كجزء ودي لتسوية منازعات عقود الاستثمار، فإنه يمكن القول ان هذه الوسيلة لم تكن ذات جدوى وذلك للاعتماد السائد في الأوساط الاستثمارية من ان الطرف الضعيف هو فقط الذي يسعى الى تسوية النزاع بطريقة التوفيق.[1]

ثانيا: التحكيم

يعتبر التحكيم بموجب اتفاقية انشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أكثر الخدمات استخداما من بين الخدمات التي يقدمها المركز، تبدأ إجراءات التحكيم امام المركز بطلب خطي يوجه من الطرف الراغب في التحكيم الى السكرتير العام في المركز، وبعد فحص الطلب يقوم السكرتير العام بتسجيل الطلب إذا توفرت فيه الشروط المطلوبة، وبعد التسجيل يتعين على السكرتير العام ارسال نسخة منه الى الطرف الآخر، ومن ثمة مساعدة الأطراف في اتخاذ الخطوات اللازمة للبدء بالإجراءات والمتمثلة في تشكيل محكمة التحكيم واجراءاته.[2]

الفرع الثالث: كيفية تحريك الدعوى التحكيمية وإجراءاتها

يجب ان يتم التحكيم امام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي وفقا لإجراءات محددة في الاتفاقية، وهذه الإجراءات تكون محكومة بما يعرف بقواعد (institution rules)، والتي تم إقرارها بمعرفة

[1] أنظر : غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم، المرجع السابق، ص 437-438

[2] أنظر : غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم، المرجع نفسه، ص439

المجلس الإداري وهذه القواعد لا يمكن للأطراف الاتفاق على خلافها، فهي قواعد يجب اتباعها من جانب كل من المركز نفسه والأطراف على حد سواء الا في الحدود التي اجازت فيها الاتفاقية طرحه للأطراف مخالفتها.[1]

وحتى نستطيع تلمس جوانب إجراءات التحكيم امام المركز لا بد ابتداء من التطرق الى كيفية تشكيل محكمة التحكيم، وكيفية تحويل الدعوى التحكيمية بالطلب، ومن التطرق الى إجراءات التحكيم المتبعة امام المركز.

أولا: الطلب

على الطرف المتقدم للتحكيم أمام المركز سواء أكان دولة متعاقدة ام فردا ام شركة تنتمي بجنسيتها الى دولة متعاقدة أخرى ان يقدم طلبا بهذا المعنى الى السكرتير العام، ويجب أن يكون هذا الطلب كتابيا عندما يقدم إلى لسكرتير العام للمركز على ان يقوم هذا الأخير بإرسال نسخة منه الى الطرف المدعى عليه ويجب ان يشمل الطلب على معلومات محددة وهي:

- التعيين بدقة لكل طرف في النزاع وعنوان كل منهم.
- ذكر ما إذا كان أحد الأطراف مؤسسة او هيئة تابعة للدولة المتعاقدة.
- الإشارة الى ان الطرف الثاني يحمل جنسية دولة متعاقدة أخرى مع تحديد الجنسية في تاريخ الرضا بالتحكيم سواء أكان هذا الطرف شخص طبيعيا ام اعتباريا.
- الإشارة الى تاريخ الرضا بالتحكيم والوثيقة التي سجل فيها هذا الرضا
- بيان ان النزاع بين الأطراف إنما هو نزاع قانوني نشأ عن الاستثمار، ويجب على الطرف ان يقيم إجراءات طلب التحكيم امام المركز ان يتبع قواعد الخاصة بذلك وان يقدم منه خمس نسخ الى المركز مع المرسوم المقرر كما يمكن للسكرتير العام للمركز رفض تسجيل طلب التحكيم إذا رأى هذا الطلب يقع بطريقة

[1] أنظر : جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار امام المركز الدولي، المرجع السابق، ص 51

واضحة خارج نطاق اختصاص المركز لفقدان واحد او أكثر من شروط الاختصاص، وهذا من شأنه منع إقامة التحكيم.[1]

ونود الإشارة هنا الى ان السكرتير العام للمركز مارس سلطته في الرفض ثلاث مرات حتى عام 1993 بعد فحصه للطلب.[2]

ثانيا: تشكيل هيئة التحكيم

بموجب المادة (37) من الاتفاقية تتشكل هيئة التحكيم بعد تسجيل الطلب من محكم واحد ام عدد فردي من المحكمين، والاصل ان تقوم بتعيين هيئة الحكم فإذا لم يتوقفوا على عدد المحكمين وطريقة التعيين، فتتشكل محكمة التحكيم من ثلاثة محكمين يعين كل طرف محكمه اما المحكم الثالث والذي يتولى رئاسة المحكمة فيتم تعيينه باتفاق الاطراف[3]

ويجب ان يتم تشكيل المحكمة خلال المدة التي تتفق عليها الأطراف، وفي حالة عدم وجود اتفاق بينهما على هذه المدة فإنه يجب ان تشكل المحكمة قبل مرور تسعين يوما على الاخطار الذي ارسله السكرتير العام الى الأطراف بتسجيل طلب التحكيم وإذا انقضت هذه المدة التي اتفقت عليها الأطراف ولم تشكل محكمة التحكيم يقوم السكرتير العام بناءا على طلب صاحب المصلحة في التعجيل وبعد التشاور مع الأطراف يتعين المحكم او المحكمين

[1] أنظر : جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار المرجع السابق، ص52، وانظر كذلك منطوق المواد 28 /1، 1/36، 3/28، من نصوص اتفاقية واشنطن 1965

[2] Moshehirch, The arabitration mechanism of the international center for the settlement of investment disputes, july, 1993, p44

[3] أنظر : المادة 37 من اتفاقية واشنطن

الذين لم يعينوا[1] بعد شريطة ألا يكونوا من رعايا الدولة المتعاقدة طرف في النزاع أو الدولة المتعاقدة طرف في النزاع أو الدولة التي يكون أحدا رعاياها طرفا في النزاع.

اما في حال غياب اتفاق الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم فهناك حلول يمكن اجمالها فيما يلي:

1-اول الحلول المقترحة تقتصر على حالة عدم تعيين محكم او محكمين وذلك يفترض ان الأطراف قاموا بتعيين محكم او محكمين واختلفوا في تعيين الثالث مثلا وهنا يفترض تدخل الرئيس سواء اكان اختلاف حول بعض او مجموع فريق التحكيم وذلك بعد مشاورتهما قدر الإمكان.

2-والحل الآخر عند غياب اتفاق الأطراف والسماح للمدير العام بالتدخل لتعيين المحكم او محكمين، فيجب ان يتم اختيار المحكمين وفقا لمجموعة من الضوابط الموضوعية والذاتية الواجب توافرها فيهم، بدءا من الحيادية مرورا بالاستقلالية ووصولا الى الكفاءة العلمية، وهي ضوابط تضاف الى مجموعة الشروط الواجب توافرها في القواعد الإجرائية والتي تهدف في كل الأحوال الى إقرار احكام وقرارات تتمتع بالمصداقية.[32]

ثالثا: إجراءات التحكيم امام المركز

لقد نصت المادة(1/41) من الاتفاقية على اختصاص محكمة التحكيم بتحديد اختصاصها وبناء على ذلك يجور للمحكمة ان تفصل في الدفع بعدم الاختصاص والذي يثار من قبل أحد الأطراف والمتضمن خروج المنازعة من اختصاص المركز، او انها لا تتدخل لأسباب أخرى في اختصاص المحكمة، اما باعتبارها مسألة أولية

[1] أنظر : إبراهيم شحاتة، دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي، مجلة مصر المعاصرة، العددان 417-418، القاهرة 1988 ، ص 10

[2] أنظر : شادي حلو أبو حلو، تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وفقا لاتفاقيات واشنطن ومنظمة التجارة العالمية، رسالة ماجستير، جامعة ال البين، 2004، ص 166

يجب الفصل فيها قبل الفصل في الموضوع، او ضم مثل هذا الدفع الى الموضوع والفصل فيهما معا في وقت واحد حسب المادة (2/41).[1]

كما تختص محكمة التحكيم أيضا بالفصل في كافة الطلبات العارضة والاضافية والمقابلة والتي ترتبط بشكل مباشر بموضوع النزاع إذا ما توافر شرطان نصت عليهما المادة 6 من اتفاقية واشنطن وهما :

- اتفاق الأطراف على ذلك.
- ان تكون هذه الطلبات داخلة في اختصاص المركز[2]

وكذلك نصت الاتفاقية في المادة 44 منها على ان يراعي ابتداء عند السير في إجراءات التحكيم القواعد التي اتفقت الأطراف على تطبيقها ما لم يتفقوا على خلافها.

وفي حالة عدم وجود اتفاق تطبق هيئة التحكيم على إجراءات القواعد الواردة في اللائحة التحكيمية المعمول بها في تاريخ موافقة الأطراف على التحكيم[3]

كما وعالجت الاتفاقية في المادة 45 مسألة غياب أحد الأطراف او امتناعه عن حضور إجراءات التحكيم حيث نصت على ما يلي: "إذا لم يحضر أحد الطرفين ولم يبد دفاعه في أي مرحلة من مراحل الإجراءات، يجوز للطرف الآخر ان يطلب من المحكمة ان تفصل في المسائل المطروحة عليها وان تصدر حكما، ان تخطر الطرف الذي لم يحضر او لم يبد دفاعه وان تعطيه مهلة، إلا إذا كانت مقتنعة ان ذلك الطرف ليس نيته ان يقوم بهذا". [4]

[1] انظر المادة 1/41 و 2 من اتفاقية واشنطن

[2] أنظر : أحمد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض منازعات في مجال الاستثمار، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، 1990، ص 31.

[3] أنظر : المادة 44 من اتفاقية واشنطن

[4] أنظر : المادة 45 من اتفاقية واشنطن

حيث نستنتج من ذلك ان غياب أحد الأطراف او امتناعه عن تقديم أوجه دفاعه لن يؤدي الى وقف الإجراءات، وانما للمحكمة بناءا على طلب الطرف الآخر بعد تبليغ الطرف المتغيب او الممتنع او عن تقديم أوجه دفاعه مهلة للمثول امامها او تقديم أوجه دفاعه اذا ثبت للمحكمة ان الطرف المتغيب ليس لديه النية في الحضور ففي هذه الحالة تتابع المحكمة في السير في الإجراءات وتصدر حكما غيابيا.[1]

ويمكن للمحكمة في حالة عدم اتفاق الأطراف على خلاف ذلك ان تحكم بأية إجراءات وقتية تراها ضرورية للحفاظ على الحقوق الخاصة لكل طرف ان رأى ان الظروف تستلزم ذلك، وأخيرا إذا وافقت الأطراف على تسوية النزاع قبل صدور الحكم فإن المحكمة او السكرتير العام اذا لم يكن تم تشكيل المحكمة بعد وبناء على طلب كتابي من الأطراف تصدر اعلانا بعدم استمرار الإجراءات، واذا ما قدمت الأطراف للسكرتير العام النص كاملا للتسوية بينهم موقعا منهم في طلبهم الكتابي، فإن المحكمة تضمن هذه التسوية في حكم تصدره.

وإذا ما تقدم طرف بطلب من اجل عدم استمرار الإجراءات، فإن المحكمة أو السكرتير العام إذا لم تكن المحكمة قد تم تشكيلها، تحدد فترة زمنية يمكن من خلالها للطرف الآخر ان يعبر عن اعتراضه على عدم الاستمرار، وحينئذ تستمر الإجراءات، وأما إذا لم يتم تقديم اعتراض كتابي خلال هذه الفترة الزمنية المحددة فإن ذلك يعد موافقة من الطرف الآخر على عدم استمرار الإجراءات، وكذلك توقف الإجراءات إذا فشلت الأطراف في اتخاذ أي خطوات إجرائية خلال ستة اشهر متتالية او خلال الفترة التي اتفقوا عليها، وحينئذ يصدر اعلان بذلك من المحكمة او السكرتير العام وفقا للظروف.[2]

وأخيرا يصدر حكم التحكيم ويوقع خلال ستون (60) يوما من تاريخ انتهاء الإجراءات، وقد تستمر المحكمة هذه الفترة لمدة ثلاثين(30) يوما أخرى إذا لم تكن مهيأة لإصدار الحكم وتختم الإجراءات بحكم التحكيم الذي

[1] أنظر : غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم، المرجع السابق، ص 441

[2] أنظر : حسن الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص 19 و 20

يجب ان يصدر بأغلبية أعضاء المحكمة وأن يفصل في كل مسألة لم يتم عرضها على المحكمة وأن تذكر الأسباب التي بني عليها الحكم.[1]

بالتالي يمكن لأي عضو في المحكمة ان يرفق رأيه الخاص بالحكم سواء كان مخالفا للأغلبية او لا.

لا ينشر المركز حكم التحكيم الا بعد موافقة الأطراف على ذلك ويجب ان تكون تحتوي على:

- ✓ تحديد دقيق لأفراد النزاع
- ✓ بيان بأن المحكمة قد تكونت وفقا للاتفاقية وبيان أسلوب تعيينها
- ✓ أسماء أعضاء المحكمة والسلطة المعنية لكل منهم
- ✓ أسماء محامين الوكلاء والمستشارين المعينين من جانب الأطراف
- ✓ تاريخ ومكان انعقاد المحكمة
- ✓ موجز الإجراءات
- ✓ بيان الحقائق التي توصلت اليها المحكمة
- ✓ بيان نفقات الإجراءات

وبعد استكمال توقيعات أعضاء محكمة التحكيم على الحكم يصادق السكرتير العام على النص الرسمي للحكم ويودعه في سجلات المركز ويرسل نسخا للأطراف، ويمكن لكل طرف خلال خمسة واربعون (45) يوما ان يطلب قرارا إضافيا أو تعديلا للحكم ويرفق بالطلب أمر ايداعه ويلتزم السكرتير بتسجيل الطلب ويرسل نسخ منه

[1] The international center for the settlement of investment disputes, opcit, p13.

للأطراف وأعضاء المحكمة وتحدد المحكمة فترة لتقديم الملاحظات ثم تفصل في الطلب ومن ثم يعلن الأطراف بذات الطريقة المعلن بها في الحكم.[1]

المطلب الثاني: نطاق اختصاص المركز والقانون الواجب تطبيقه على الدعوى التحكيمية

ان اتفاقية انشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، قد نصت على ان يمتد اختصاص المركز الى أي نزاع قانوني ناشئ مباشرة عن الاستثمار بين الدول المتعاقدة (او هيئة او جهة إدارية تابعة لها) ومعينة للمركز بمعرفتها، ومواطن دولة متعاقدة أخرى، ووافقت أطراف النزاع كتابة على عرضه على المركز ويتبين انه يشترط لانعقاد اختصاص بالفصل في النزاع توفر عدة شروط.

كما اولت الاتفاقية تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات الاستثمار، حيث أوردت بشأنه عدة أحكام تتعلق ببيان مدى حرية الأطراف المتعاقدة في اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق.[2]

ولهذا سنقوم بدراسة نطاق اختصاص المركز والقانون الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية على النحو التالي:

الفرع الأول: نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

أولا: الاختصاص الشخصي للمركز

نقصد بالاختصاص الشخصي للمركز تلك الشروط المتعلقة بطبيعة الأشخاص اللذين يجوز لهم اللجوء الى تحكيم المركز، أي الطول الطرف في الاتفاقية من جهة والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى :

[1] أنظر : حسن احمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص 21، وأنظر كذلك المادة (1/49و2) من اتفاقية واشنطن .

[2] أنظر :خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص 380 -398

أ) الدولة المتعاقدة:

بالرجوع الى المادة(25) من اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي نجدها تنص على انه" يمتد اختصاص المركز الى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن استثمار بين الدول المتعاقدة او أحد الأقسام المكونة لها الذي تعينه تلك الدولة للمركز أو إحدى وكالاتها التي تعينها، وبين مواطني دولة متعاقدة أخرى".[1]

فاستقراء هذه المادة يتضح انه يلزم لصحة اللجوء الى التحكيم هذا المركز ابتداء ان تكون الدولة المضيفة للاستثمار ودولة المستثمر الأجنبي من الدول المتعاقدة في الاتفاقية، أي طرفا فيها والنتيجة إذا كانت الدولة غير متعاقدة، أي غير طرف في اتفاقية واشنطن فلا يجوز لها ان تصبح طرفا في إجراءات التحكيم تحت اشراف المركز[2]

والتساؤل الذي يثار بهذا الصدد متى تعتبر الدولة طرفا متقاعدا في هذه الاتفاقية؟ ومن أي تاريخ تعتبر كذلك؟

وفي هذا الخصوص تنص المادة 68 من الاتفاقية على دخولها دور النفاذ لكل دولة تقوم بإيداع وثائق تصديقها وقبولها للاتفاقية بعد 30 يوما من هذا الإيداع[3]

ولكن البعض يرى ان التاريخ المقرر لاعتبار الدولة طرفا في الاتفاقية هو وقت ملأ طلب التحكيم لدى السكرتير العام، بمعنى ان تكون الدولة قد جسدت انضمامها للاتفاقية فعلا بتقديمها طلب التحكيم الى المركز وقد أثيرت هذه المسألة اول مرة امام المركز في قضية Holiday Inns المتعلقة بالنزاع بين الحكومة المغربية وشركة

[1] أنظر : المادة 25 من اتفاقية واشنطن.

[2] أنظر : جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، مرجع سابق، ص 19

[3] أنظر : المادة 2/68 من الاتفاقفية "وتعتبر هذه الاتفاقية نافذة بعد 30 يوما من تاريخ ايداع وثائق التصدير أو قبول أو الموافقة المكملة للعشرين، وبالنسبة لكل دولة تودع واثائق تصديقها أو قبولها أو موافقتها بعد ذلك، تعتبر الاتفاقية نافذة بعد 30 يوم من هذا الاداع".

Holiday Inns [1] والتي تتلخص وقائعها في انه تم ابرام اتفاق بين الحكومة المغربية وشركة أمريكية على ان تقوم هذه الأخيرة بإنشاء وبناء وتشغيل أربعة فنادق في المغرب وفي المقابل تعهدت الحكومة المغربية بتمويل المشروع ومنح الشركة إعفاءات ضريبية معينة، وأنشأت نفس الشركة شركة أخرى تابعة لها في سويسرا والتي وقعت هي الأخرى على اتفاق الاستثمار المبرم بين الحكومة المغربية والشركة الامريكية، وعندما شب النزاع بين الأطراف اقامت الشركة التابعة طلب التحكيم امام المركز فدفعت الحكومة المغربية بعدم اختصاص المركز بنظر النزاع، لان كل من المغرب وسويسرا لما تكونا طرفا في الاتفاقية عند توقيع العقد، فقضت هيئة التحكيم برفض دفوع الحكومة المغربية، وعللت ذلك بأن الاتفاقية سمحت للأطراف بإنفاذ شرط التحكيم حتى ولو كان معلقا على استيفاء اجراء معين في المستقبل كالانضمام الى اتفاقية المركز وان التاريخ الذي ينظر اليه لاعتبار الدولة متعاقدة هو تاريخ تحقق رضاء الأطراف باختصاص المركز وقيام تلك الدولة بملأ طلب التحكيم الى المركز.[2]

يستنتج من هذا الحكم ان التاريخ الذي يعتبر فيه الدولة متعاقدة بمفهوم الاتفاقية هو التاريخ الذي يقدم فيه طلب التحكيم الى المركز وهذا ما يتفق مع نص المادتين 26 و28 من الاتفاقية

إذا الامر يبدو واضحا إذا كانت الدولة متعاقدة هي دولة واحدة، ولكن قد تكمن الصعوبة في حالة قيام نزاع بين مستثمر اجنبي وبين هيئة او منظمة إقليمية او دولية تتألف من عدة دول ذات سيادة اطراف في الاتفاقية، لقد ذهب قضاء التحكيم الى وضع مبدأ في هذه المسألة وذلك في قضية West Land Holicopters و التي تتعلق باتفاق استثمار بين شركة بريطانية لصناعة الطائرات المروحية وهيئة العربية للتصنيع المكونة من اربع دول:

" قطر، السعودية، الامارات العربية المتحدة، مصر" فثار نزاع بسبب عدم تنفيذ الهيئة العربية للتصنيع لبنود اتفاق الاستثمار فتم اللجوء الى محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس فقضت هذه الأخيرة بالتزام جميع

[1] Pierre Lalive the first world bank arbitration (Holiday Inns V.Marrocco) some legal problems British year book of international law, 1980, 123 p.

[2] أنظر : لما احمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت،2008، ص 22، 24

الدول الأعضاء في الهيئة العربية للتصنيع بتنفيذ التعهدات بموجب الاتفاق المبرم مع الشركة البريطانية وليس الدولة المضيفة للاستثمار وهي مصر.[1]

فالمبدأ الذي تم ارساؤه هو ان المستثمر الأجنبي لا يجوز له ان يطلب تنفيذ اتفاق التحكيم على الدولة المضيفة للاستثمار إذا كان اتفاق الاستثمار مبرما مع هيئة دولية مكونة من عدة دول حتى ولو كانت الدولة المضيفة ضمن هذه الدول.

فإذا كان من السهولة لمكان تحديد الدولة كطرف في عقود الاستثمار في حالة ابرامها لهذه العقود بشكل مباشر وذلك عن طريق من يمثل كرئيس الدولة او رئيس الوزراء، لان الدولة كشخص من اشخاص القانون الدولي العام.

لا يكتنف مفهومه الغموض، فان الصعوبة تثور إذا كان المتعاقد مع المستثمر الأجنبي ليس الدولة ذاتها، وإنما مؤسسة او وكالة تابعة للدولة، فلقد وسعت الاتفاقية من نطاق اختصاص المركز في نص المادة 25 ليشمل كذلك النزاعات القانونية الناشئة عن المؤسسات والوكالات التابعة للدولة، لم تحدد اتفاقية المركز المقصود من المؤسسات والوكالات التابعة للدولة وانما تركت أمر ذلك للفقه ولاجتهاد قضاء التحكيم، فالتساؤل الذي يثار هنا: ما المقصود بالمؤسسات والوكالات التابعة للدولة؟ وما هي المعايير المتبعة في تحديد ذلك.

لقد تنازع في تحديد المقصود من المؤسسات والوكالات التابعة للدولة معياران، معيار قانوني يقوم على فكرة تمتع المشروع العام بالشخصية القانونية المستقلة ومعيار اقتصادي يقوم على أساس تبعية المشروع للدولة.

أولا: المعيار القانوني

[1] أنظر : جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، المرجع السابق، ص 22-23

يعتمد هذا المعيار على العملية المادية للتوقيع، والاستقلالية القانونية التي تتمتع بها المؤسسة او الوكالة[1]، بمعنى انه كانت هذه الأخيرة تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن شخصية الدولة فانها تتحمل المسؤولية الكاملة لتعاقدها دون ان تكون طرفا في هذه المسؤولية.[2]

لكن هذا المعيار القانوني يترتب عليه تضييق نطاق الضمان والأمان للمتعاقد الآخر، لا سيما في العقود الكبرى[3] والاخذ به يؤدي الى اعتبار احد العقود المبرة بواسطة جهاز تابع للدولة لا يتمتع بالشخصية القانونية المستقلة، هذا الاتفاق دفع بالفقه والقضاء الى البحث عن معيار اقتصادي بديل يكون كاف بحد ذاته لتحديد الأجهزة التابعة للدولة.

ثانيا: المعيار الاقتصادي

ان تمتع المؤسسات والوكالات التابعة للدولة بالشخصية القانونية المستقلة لا يحول دون القول انها تمثل الدولة على المستوى القانوني ما دام انها تسهر على تنفيذ السياسة العامة المرسومة من قبل الدولة، فتبقى هناك رابطة تبعية للدولة تتجسد من خلال تكوين وطبيعة نشاط هذه المؤسسات.

ب) المستثمر الأجنبي

فلا يجوز ان يكون الطرف الآخر في التحكيم تحت مطلة المركز دولة أخرى متعاقدة او غير متعاقدة او بإحدى هيئاتها او مؤسساتها كما لا يجوز ان تكون طرفا آخر في تحكيم المركز أي مستثمر أجنبي ينتمي الى دولة اجنبية غير متعاقدة في الاتفاقية وأخيرا لا يجوز ان يكون المستثمر منتميا الى نفس الدولة المتعاقدة المضيفة

[1] أنظر : لما احمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثماربين الدولة والمستثمر الأجنبي، المرجع السابق، ص25

[2] أنظر : بشار الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 17

[3] أنظر : حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعة الاسكندرية، دون سنة نشر، ص 45.

للاستثمار، أي تكون لة جنسية هذه الدولة ولقد اثبتت الاتفاقية منذ البداية مفهوما واسعا لعبارة مواطن من دولة أخرى فهذا المواطن يمكن ان يكون شخصا طبيعيا يمكن ان يحمل جنسية احدى الدول المتعاقدة او شخصا اعتباريا.

بحيث يمكن للشخص الطبيعي الذي يتمتع بجنسية احدى الدول المتعاقدة ان يطلب التحكيم من الدولة المضيفة للاستثمار امام المركز، ويجب ان تتوافر في الشخص الطبيعي جنسية احدى الدول المتعاقدة في التاريخ الذي ترتقي فيه الأطراف التقدم الى تحكيم المركز، او التاريخ الذي سجل فيه الطلب بمعرفة السكرتير العام للمركز، وعليه فان توافر الجنسية في أحد التاريخين دون الآخر ينتزع الاختصاص عن محكمة المركز بنظر منازعة الاستثمار.[1]

وعدم الاختصاص في هذه الحالة وجوبي بحيث لا تبرره موافقة الدولة الطرف في النزاع، كذلك ادعاء المستثمر بان ارتباطه بالدولة الطرف في النزاع والتي يحمل جنسيتها هو ارتباط غير حقيقي على عكس ارتباطه في الوقت نفسه بدولة أخرى متعاقدة يحمل جنسيتها.[2]

من الجدير بالذكر ان المستثمر عديم الجنسية Stateless لا يملك اللجوء الى المركز نظرا لعدم تمتعه باية جنسية لدولة متعاقدة علما بان الاتفاقية لم تتعرض لمثل هذه الحالة.[3]

اما بالنسبة للشخص الاعتباري نصت الاتفاقية على انه لكي يخضع الشخص الاعتباري لاختصاص هيئة التحكيم المركز، يجب ان يتمتع بجنسية أي دولة متعاقدة أخرى غير تلك الدولة الطرف الأول في النزاع في التاريخ الذي وافق فيه الطرفان على عرض النزاع على التحكيم.[4]

---

[1] أنظر : لما احمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، المرجع السابق، ص 35- 36

[2] أنظر : علي ملحم، دور المعاهدات في محاربة الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتورة، القاهرة، 1998، ص 329

[3] أنظر : غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم، المرجع السابق، ص 458

[4] أنظر :المادة 2/25 من اتفاقية واشنطن

لم تحدد الاتفاقية المعيار الواجب اتباعه لتحديد جنسية الشخص الاعتباري، وعلى الأخص الشركات، فيمكن لهيئة التحكيم ان تطبق معيار مكان التأسيس او المقر الرئيسي لتحديد جنسية الشركات، وعليه فان أي شركة يتم تأسيسها في الدولة المضيفة للاستثمار ستتمتع بجنسية تلك الدولة، وقد اخذت هيئة التحكيم بهذا المعيار في قضية AMCO ضد الحكومة الاندونيسية اذ اعتبرت AMCO شركة اندونيسية نشأت في ظل قوانينها وفي اقليمها.[1]

كما وقد أوردت الاتفاقية استثناء، ويتمثل بانعقاد الاختصاص للمركز بنظر المنارعة القانونية المتعلقة بالاستثمار ولو كانت هذه المنازعة قد نشأت بين دولة متعاقدة.

وشخص اعتباري يتمتع بجنسيتها وفقا لمعايير محددة في تشريعاتها الداخلية ما دام هذا خاضعا للرقابة الأجنبية وبشرط اتفاق الأطراف على هذا الوضع واتفق على معاملته معاملة المستثمر الأجنبي وذلك لوجود مصلحة أجنبية مسيطرة عليه.[2]

وهنالك من احكام تحكيم المركز قد اخذت بهذا الاستثناء منها قضية ASIA AMCO حيث قررت هيئة التحكم ان إحالة اتفاقية التحكيم الى المركز بين الطرفين يعتبر دليلا كافيا على موافقة الأطراف على المعاملة الشخص الاعتباري كمواطن اجنبي بسبب السيطرة الأجنبية والتي تعرفها الدولة المضيفة، وأضافت الهيئة انه لا يوجد أي نص في هذه الاتفاقية يفرض أي شكل شكلي من شرط التحكيم ذات الجنسية الأشخاص الأجنبية المعنوية او الطبيعة التي تحكم الشخص المعنوي الذي يحوز جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في المنازعة.[3]

[1] أنظر : غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم، المرجع السابق، ص 459

[2] أنظر : بشار الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 453

[3] أنظر : غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم، المرجع السابق، ص 460

ثانيا: الرضا باللجوء الى التحكيم

ان رضا الأطراف باللجوء الى التحكيم بشكل حجر الزاوية لانعقاد الاختصاص المركز، وإذا اتفق طرفا النزاع على عرض النزاع على التحكيم امام المركز، لا يمكن لأحدهما ان يرجع عن موافقته بإرادته المنفردة، هذا ما نصت عليه المادة 1/25 من الاتفاقية " وعندما يعطي الطرفان موافقتهما لا يجوز لأحدهما ان يسحب موافقته بإرادته المنفردة. وأكدت عليه مقدمة الاتفاقية من خلال النص على ضرورة وجود تراقي متبادل بين الطرفين لغرض النزاع على المركز، فبمجرد صدور هذه الموافقة ينعقد الاختصاص للمركز ولا يؤثر انسحاب الدولة المضيفة التي ينتمي اليها المستثمر الأجنبي في صحة الرضا[1]كما انه وفقا للمادتين 26 و27 من الاتفاقية تتنازل الدولة عن سيادتها[2] بمجرد القبول بتحكيم المركز وذلك من خلال:

- استبعاد جميع السبل الأخرى لحل النزاع، إلا اذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك ويجوز للدولة المتعاقدة ان تطلب استنفاذ سبل حل النزاع المحلية، الإدارية او القضائية كشرط لموافقتهما على التحكيم طبقا لهذه الاتفاقية.
- حرمان الدولة المتعاقدة من منح الحماية الدبلوماسية او تقديم متطلبات دولية للدفاع عن المستثمر الأجنبي المنتمي اليها.

[1] أنظر : جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، المرجع السابق، ص 22-23

[2] A. Sale Akyuz, the jurisdiction of ICSID: the application of the Article 25 of convention on the settlement of investment disputes between states and national of other states, p339.

والاتفاقية اشترطت ان تتم الموافقة كتابة دون تحديد شكل معين للكتابة فالعبرة بدلالتها الواضحة على الرضا باللجوء الى تحكيم المركز، اذ يجوز للأطراف اختيار أحد شروط التحكيم النموذجية التي يتم اعدادها من قبل المركز[1]

أو التعبير عن رضاهم في اتفاق الاستثمار سواء في سورة شرط او مشروط، كما قد يأخذ رضا الدولة باختصاص للمركز شكل معاهدة ثنائية او إقليمية وقد تسعى بعض الدول الى جلب المزيد من الاستثمارات من خلال النص في تشريعها الداخلية على قبول اللجوء الى تحكيم المركز، ويعطى على سبيل المثال كصورة من صور الرضا: اتفاق الاستثمار، الاتفاقات الثنائية والإقليمية والتشريعات الوطنية المتعلقة بالاستثمار.

ثالثا: الاختصاص الموضوعي للمركز

ينعقد الاختصاص للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي حسب المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن بمناسبة حل نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن استثمار، لذلك فإننا سنستعرض للشطر الأول لانعقاد الاختصاص من الناحية الموضوعية وهو ضرورة وجود نزاع قانوني، ثم نعالج مسألة نشوء نزاع الاستثمار

أ) وجود نزاع قانوني

نجد ان المادة 25/أ من الاتفاقية لم تقدم تعريفا محددا للتعبير (نزاع قانوني) لذلك يرى الفقه ان المقصود بتعبير نزاع قانوني هو النزاع بين الأطراف حول حقوق والتزامات كل منهما في اتفاق الاستثمار، مثل المنازعات

[1] أنظر : جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 39.

تتعلق بعدم الوفاء بالالتزامات وتفسير الاتفاق ونزع الملكية والتعويض وفسخ العقد ويجب ان تكون هناك علاقة مباشرة بين الاستثمار والنزاع القانوني الناشئ عنه[1]

وعليه فلا ينظر المركز إلا في المنازعات القانونية، مما يعني استبعاد المنازعات ذات الطبيعة السياسية التجارية البحتة .

ومن امثلة المنازعات القانونية التي تدخل في اختصاص المركز، تلك المنازعات المتعلقة بعدم تنفيذ العقد او انتهاك شروط التثبيت الواردة فيه او الخلاف حول تغييره، وعلى العكس من ذلك فان المنازعات المتعلقة بتنازع المصالح بين الأطراف كالرغبة في إعادة التفاوض على العقد بمجمله او بنود معينة منه تخرج عن نطاق الاتفاقية، كما لا تطبق الاتفاقية على المنازعات الواقعية مثل تلك المتعلقة بالأمور المحاسبية.[2]

ب) ان يكون النزاع ناشئا عن الاستثمار

نجد ان الاتفاقية لم تقدم أيضا تعريفا محددا لمفهوم الاستثمار ولم تتبقى معايير يمكن الاستناد اليها، في سبيل تحديد ذلك، وانما تركت امر ذلك للسلطة التقديرية الواسعة للأطراف لتحديد المعاملات التي تعتبر الاستثمار والتي تخرج عن نطاق ذلك تبعا للاتفاق المشترك في اتفاقية الاستثمار وهذا من شأنه توسيع اختصاص المركز في نظر جميع المنازعات المتعلقة بالاستثمار التي يتفق على عرضها على تحكيم المركز.

[1] أنظر: حسن احمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص 60

[2] أنظر : غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم، المرجع السابق، ص463

والملاحظ ان تعتمد الاتفاقية اغفال ايراد تعريف محدد لاستثمار ينتج للأطراف حرية كبيرة في تحديد فئات المنازعات التي ترغب في عرضها على المركز، بعكس الحال لو نفس الاتفاقية على تعريف محدد للاستثمار والذي كان من شأنه الحد من هذه الحرية علاوة على تضديق نطاق تطبيق الاتفاقية[1]

وبصفة عامة فإن لكل دولة حرية تقديم بعض منازعات الاستثمار او طوائف منها الى المركز واستبعاد طوائف أخرى، وتطبيقا لذلك فإن هناك بعض الدول قد مارست هذه الرخصة، فلقد أعلنت المملكة العربية السعودية اخراج واستبعاد منازعات الدول من نطاق اختصاص المركز، كما قامت كل من جمايكا وغانا باستبعاد المنازعات المتعلقة بالموارد المعدنية من اختصاص المركز.

ولقد حاولت هيئات التحكيم التابعة للمركز تحديد مفهوم الاستثمار من خلال المنازعات التي تعرض عليها، ففي قضية AMCO ضد إندونيسيا[2] تعلق النزاع باتفاق استثمار مبرم بين الحكومة الإندونيسية والشركة الامريكية، والذي وافقت بموجبه هذه الشركة على تشييد وإدارة فندق في جكارتا، ونتيجة لإخلال هذه الأخيرة بالتزاماتها قامت الحكومة الإندونيسية باحتلال الفندق وطرد موظفيه التابعين للشركة وإلغاء الترخيص السابق منحه للشركة لإقامة الفندق مما دفع بالشركة الامريكية الى تقديم طلب تحكيم امام المركز، فقررت هيئة التحكيم ان الحكومة الاندونيسية خرقت اتفاق الاستثمار والزمتها بتعويض الشركة الامريكية إلا ان الحكومة الاندونيسية تقدمت بطلب ابطال حكم التحكيم، حيث تمسكت أن المحكمة قد تجاوزت سلطاتها عندما نظرت في أفعال كل من الجيش و البوليس الاندونيسي، والمتمثلة في التدخل بالاستيلاء على الفندق، اذ ان هذا التدخل كان بالإمكان ان يثير مسؤولية الحكومة الا انه لا يرد في اطار منازعات الاستثمار، ولكن هيئة التحكيم رفضت هذا الطلب

[1] أنظر : حسن احمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص 61

[2] AMCO ASIAV, in donesiacase, ICSID AR B/81/1 published at 23 ILM, 1984, 351p.

وقررت ان تدخل الجيش الاندونيسي ضد الشركة الامريكية بشكل جزء لا يتجزأ من النزاع المرتبط باتفاق الاستثمار[1]

وفي قضية ATA ضد المملكة الأردنية الهاشمية المشار اليها سابقا، توسعت هيئة التحكيم في تحديدها لمفهوم الاستثمار، حيث قضت بأن اسقاط حق المدعية في التحكيم بتطبيق آخر جملة في المادة 51 من القانون الاردني 2001 والذي ينص على انه: " يترتب على القرار القطعي ببطلان حكم التحكيم سقوط اتفاق التحكيم " يعتبر مخالفا لمعاهدة BIT بين تركيا و الأردن، ويشكل في حد ذاته نزاعا ناشئا مباشرة عن استثمار، مما المركز مختصا بنظره.

إذ يلاحظ حاليا اتجاه هيئات التحكيم التابعة للمركز لتوسيع اختصاصها، فلم يعد اختصاصها قاصرا على المنازعات المرتبطة مباشرة بالاستثمار وانما يمتد ليشمل أية منازعات من شأنها التأثير في عملية الاستثمار[2]

الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية

قد أولت اتفاقية واشنطن العناية اللازمة حيث أوردت بشأنه عدة أحكام تتعلق ببيان مدى حرية الأطراف المتعاقدة في اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بينهم و قد ثار التساؤل عن ماهية هذه الأحكام التي جاءت بها اتفاقية واشنطن بشأن القانون الواجب التطبيق على النزاع و ما مدى حرية الأطراف في اختيار الواجب التطبيق ما مدى محكمة الحكيم باتفاق الأطراف بشأن هذه المسألة.

[1] أنظر : جلال محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، المرجع السابق، ص48

[2] Julian Davis motenson, "the meaning of investment : ICSID travaux and the domain of international Law journal, Vol 51, N°3? WINTER 2010, pp 257-318.

I- حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق :

لما كان لمبدأ سلطان إرادة الأطراف المتعاقدة دوره البالغ الأهمية في تحديد شروط التعاقد، كان بديهيا أن يكون له دوره البارز في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية[1] ، وهو ما انعكس على نصوص اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

والحقيقة أنه، وإن كان لمبدأ سلطان الإرادة دوره البارز في الاتفاق على شروط التعاقد في العقود التي تبرمها الدولة مع المشروعات الخاصة الأجنبية، في ظل عدم توازن القوى بين الطرفين، بما في ذلك شرط تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا أن هذا الدور ليس له صفة الإطلاق، إذ أن هناك من المسائل ما لا يقبل الخضوع لقانون سوى قانون الدولة الطرف في العقد، بما مفاده أن هناك اختيار مسبق يسبق التعاقد، ويصدر عن المشرع في هذه الدولة، اختيار لا يقبل التعديل، لصدوره في صورة القواعد الآمرة التي لا يجوز مخالفتها، وإلا طبقت فكرة النظام العام[2]، وقد يضع المتعاقدون القواعد المذكورة في مشارطتهم العقدية بغرض تحويلها إلى نصوص تعاقدية.

1- دور مبدأ سلطان إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع :

إذا لم يكن هناك مثل هذه القواعد الآمرة، فقد يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على عقدهم، سواء كان هو قانون الدولة المتعاقدة أو قانون آخر، مستخدمين في ذلك ما أقره لهم النظام القانوني الأساسي من حرية الاختيار[3]، تلك الحرية التي أصبحت مبدأ مستقرا في الفقه وقضاء القانون الدولي، ويطلق عليه مبدأ سلطان الإرادة.

---

[1] Jean M , Jaquet , في مفهوم مبدأ سلطان الإرادة Principe d'autonomie et contract internationaux, Economica, 1983. P 07.

[2] J . P, Nipoyet, La theorie d'autonomie la volonte, RCADI, Vol.16, T,I , 1927, p 05.

[3] أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، 1994، ص 133 وما يليها.

ويعزي التسليم بهذا المبدأ إلى أسباب عملية أكثر منها نظرية، إذ تستجيب فكرة حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يسري على عقدهم، للتعدد الكبير و للاختلافات في التعاملات العقدية الدولية، ذلك أنها تسمح للمتعاقدين باختيار القانون الملائم لتحقيق النتيجة التي يرغبا في تحقيقها، كأن يختارا قانون دولة أخرى أجنبية عنهم، نظرا لما يتضمن من أحكام تنظم عقدهم بصورة معينة أو بصورة تفصيلية، وأفضل من تلك التي كانت ستحققه الأحكام التي وردت في قوانينهم الشخصية، كأن يختارا القانون السويسري مثلا ليسري على عقدهم لما يحققه ذلك من قيود أقل.

إذن، فدور المبدأ لا يستهدف إلا تأكيد وضمان احترام التوقعات المشروعة للمتعاقدين Légitimes Prévisions de Parties باستخدامه لتحديد القانون الواجب التطبيق من ناحية، معطيا للأطراف فرصة التحكم في هذا القانون من ناحية أخرى، تفصيل ذلك أن مبدأ سلطان الإرادة يسمح للأطراف باستبعاد قانون معين، أو التغيير في طبيعة القانون الذي يختارونه، بإدراجه في المشارطة العقدية ليصير في حكم الشروط العقدية، أو بتجزئة وتقييد أحكامه، ليتحول بذلك من مبدأ لحل مشكلة تنازع القوانين، إلى مبدأ يسمح بالحرية التعاقدية في مجال التجاري والاقتصادي الدولي.

ولذلك، فقد حرص واضعوا اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، على إعطاء أطراف النزاع قدرا واسعا من الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم، لا سيما إذا ما أثير نزاع بشأنها وعرض الأمر على محكمة تحكيم المركز، ولم يقتصر ذلك على حريتهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع

النزاع فحسب، بل على إجراءات تسوية النزاع أيضا، وذلك لتحقيق أكبر قدر ممكن من الحرية لأطراف العلاقة، وتحديد الإطار المناسب الذي سيتم في نطاقه تسوية نزاعهم [1].

فقد نصت المادة (42) في فقرتها الأولى على أن: " تفصل المحكمة في النزاع المعروض عليها وفقا للقواعد القانونية التي اتفق عليها الأطراف، وإن لم يوجد اتفاق، فللمحكمة أن تطبق قانون الدولة الطرف في النزاع شاملا قواعد تنازع القوانين، وقواعد القانون الدولي".

ومؤدى ذلك أن للأطراف اختيار نظام قانوني متكامل لكي يطبق في التحكيم بينهم، أو أن يشترطوا تطبيق طائفة معينة من القواعد القانونية، فعلى سبيل المثال يمكن للأطراف اختيار النظام القانوني لأي من الطرفين، أو كليهما، أو حتى قانون دولة ثالثة، وعلاوة على ذلك يمكنهم الاتفاق على فض منازعاتهم طبقا للمبادئ العامة للقانون، أو بعض القواعد السائدة في نظام قانوني معين[2].

ويستخلص من ذلك، أن الفقرة الأولى من المادة (42)[3]، قد قدمت مبدأ سلطان الإرادة، باعتباره المبدأ الأساسي الذي يحكم القانون الذي تطبقه محكمة التحكيم، ومعنى ذلك، أنه قد تنشأ صعوبة عندما يقوم الأطراف باختيار قانون دولة بعينها، حيث يثور التساؤل عما إذا كان هذا الاختيار يشير إلى هذا القانون وقت انعقاد عقد الاستثمار، أو في الوقت الذي يكون عليه وقت انعقاد هيئة التحكيم؟

[1] أنظر : صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحيكم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، "دراسة في أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004، من ص 54 إلى ص 57.

[2] أنظر : جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لفظ منازعات الاستثمار ICSID، بحث مقدم إلى ندوة أهمية الالتجاء إلى التحيكم التجاري بالمنطقة بدلا من التحكيم في دول الغرب، المركز الدولي للتحكيم التجاري بالاسكندرية، جامعة الاسكندرية في 19 أكتوبر 1991، ص 86.

[3] أنظر، المادة 42 من اتفاقية واشنطن

وتتوقف الإجابة على هذا التساؤل، على ما إذا كان الأطراف قد ضمنوا اتفاقهم شرطا يقضي بتجميد القانون الواجب التطبيق على علاقتهم، فيما يسمى بشرط التثبيت التشريعي Stabilisation Clause، أم خلا اتفاقهم مثل هذا الشرط، فلو أن الأطراف لم يضمنوا اتفاقهم مثل هذا الشرط، فإن على هيئة التحكيم تطبيق القانون الوطني المختار بالحالة التي هو عليها وقت أن دعيت المحكمة لإصدار هذا التحكيم، أما إذا تضمن الاتفاق هذا الشرط فإن القانون الواجب التطبيق، يكون هو ذلك الموجود وقت انعقاد اتفاق الاستثمار.

و في حالة عدم اختيار الأطراف أحد النظم القانونية الوطنية لتكون هي القانون الواجب التطبيق على علاقتهم، فقد يختاروا قواعد القانون الدولي لحكم العلاقة[1]، فهل هناك مجال لتطبيق القانون الدولي في ظل تطبيق الفقرة الأولى من المادة (42)؟

بداية، يرى البعض أنه يقصد بالقانون الدولي: مجموعة القواعد العرفية والمعاهدات، لا سيما تلك التي تتصل بالتجارة الدولية والملاحة واتفاقيات حماية وتشجيع تبادل الاستثمارات الأجنبية.

وقد ذهب إلى أن لمحكمة تحكيم المركز أن تطبق القانون الدولي، وإن لم تشر إليه المادة (42) في فقرتها الأولى، باعتبار أن ذلك من مستلزمات وجودها كهيئة إنشاءات للفصل في نزاع متعلق بعقود الاستثمار الدولي، وإن في ذلك وسيلة للحماية الدولية للاستثمار.

ويلقى هذا الاتجاه تأييدا من جانب الفقه، وإن اختلفوا في تبرير ذلك، فقد ذهب آخر إلى أنه يمكن أن تؤخذ قواعد القانون الدولي في الاعتبار لدى المحكمة لتوضيح أو تكملة القانون الوطني الواجب التطبيق، وإن كان هذا الأخير مختارا من أطراف النزاع.

[1] أنظر : صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 63.

ويرى ثالث، أن تطبيق القانون الدولي رغم عدم النص عليه في الفقرة الأولى من المادة (42)، يظل ممكن في حالة كون القانون الذي اختاره الأطراف هو قانون الدولة المضيفة، أما إذا غيرت هذه الأخيرة قانونها لإنكار أو للإنقاص من حقوق المستثمر، وبعبارة أخرى، فإن قواعد القانون الدولي قد تطبق باعتبارها جزء من قانون الدولة المضيقة، وتلك هي وجهة النظر التي نجدها واضحة في تحكيم شركة امينيويل سنة 1982، وتحكيم ليكتو، الصادر عن إحدى هيئات المركز الدولي[1].

ولا يعني تطبيق قانون ما في النزاع، أن تستبعد الأحكام التي تضمنتها بنود المشارطة العقدية، بل على العكس، فإن تطبيق هذه الأخيرة يعد أمرا جوهريا، تنص عليه كل النظم القانونية ويمثل مبدأ عاما، فيما يعبر عنه بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله.

ووفقا لهذه الظروف، فإن سلطة المحكمة في التصرف ستتلخص في مرحلتين:

– ففي المرحلة المبدئية، يجب أن تتحقق المحكمة صراحة مما إذا كان الأطراف قد عبروا عن إرادتهم صراحة، واتفقوا على قواعد القانون الواجب التطبيق في النزاع، فإن ثبت لها وجود تلك الإرادة الصريحة، وجب عليها أن تلتزم بما اختاره الأطراف، ذلك أن مخالفة هذه الإرادة سيعد تجاوزا وتعسفا من المحكمة في استخدام سلطتها، بالمعنى الذي قررته المادة (52) الفقرة (01) من الاتفاقية، الأمر الذي يعرض حكمها للإلغاء.

– و لا تقوم المحكمة – في المرحلة الثانية – بتحديد القانون الواجب التطبيق، إلا إذا توصلت بعد بحثها إلى أن الأطراف لم يستخدموا إرادتهم للتوصل إلى اتفاق صريح حول هذا القانون، وقد بينت معظم الأحكام المنشورة عن المركز الدولي، أن هناك أغلبية في حالات تحديد القانون الواجب التطبيق، وتشير هذه النصوص عادة إلى

[1] Goldman, Le droit applicable selon la convention de la B.I.R.D, du 18 mars 1965, pour le règlement des différends relatif aux investissements entre états et ressortissants d'autres états, dans investissements étrangers et arbitrage entre états et personnes privée, la convention B.I.R.D du 18 mars 1965, 1969, p 151.

تطبيق القانون الوطني للدولة الطرف في النزاع، الذي يغلب أن يصطحب بالنص على تجميده أو تثبيته Frozen or stablized لأسباب مختلفة، وإن اختلفت ذلك في الأحكام التي نشرت في السنوات الأخيرة.

وإذا رجعنا إلى قضاء التحكيم أمام هيئة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، لوجدنا نموذجا واضحا للاتفاق الصريح لأطراف النزاع على القانون الواجب التطبيق، وهو ذلك الخاص بالتحكيم بين شركة أجيب Agip ضد الكونغو، حيث اتفق الطرفين في عقدهما على أن: " تسوى الخلافات التي قد تنشأ بين الأطراف بشأن تطبيق أو تفسير هذا الاتفاق تسوية نهائية وفقا لاتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، من خلال هيئة تحكيم من ثلاثة محكمين يعينوا وفقا لأحكام الاتفاقية، على أن تطبق الهيئة القانون الكونغولي المستكمل في حالة الضرورة بأي من مبادئ القانون الدولي العام"[1].

2- الاتفاق على تفويض المحكمة في تطبيق قواعد العدل والإنصاف :

قد لا يتفق أطراف التعاقد على تحديد قانون معين للتطبيق على العلاقة، إلا أنهم يفوضوا الأمر إلى المحكمة التي يعرض عليها النزاع، في أن تصدر حكمها وفقا لقواعد العدل والإنصاف[2].

يغلب أن تطبق هيئة التحكيم نظام قانوني معين، ويغلب أن يكون هو قانون الدولة المتعاقدة ذاتها، فإن وجد المحكمون أن بهذا النظام نقص أو ثغرات، فإنهم يبذلون جهدهم للتوصل إلى الحل الأكثر عدالة للنزاع المعروض، مستخدمين العدالة الطبيعية لتكملة العدالة القانونية، دافعهم في ذلك أن مثل هذا الحكم لا بد وأن يتم تنفيذه، الأمر الذي يقتضي أن يكون مسببا ومستندا إلى قانون ما، وإن لم يكن نظاما قانونيا لدولة محددة.

[1] أنظر، بقنيش عثمان، القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة منازعات الأعمال، العدد الخامس، 2015، ص 6

[2] أنظر، المادة 42 الفقرة الثالثة من اتفاقية واشنطن.

ومع أن تنفيذ أحكام التحكيم التي تصدرها هيئة تحكيم المركز، تحاط بهيبة خاصة، إلا أن التسبيب والاستناد إلى فكر قانوني ما، يظل أمرا ضروريا للحفاظ على توازن المصالح بين الأطراف، وتشجيع الاستثمار في الدول النامية.

إذن فالفائدة التي تعود على المحكمة من هذا النص، أنه يوسع من سلطات المحكمة ويعطيها حرية أكبر في تسوية النزاع، فيستطيع المحكم عند اتفاق الأطراف على تفويضه في ذلك، أن يختار أي نظام قانوني يراه ملائما للتطبيق، ويستطيع أن يستخدم أساسا للتسوية يستمده من المبادئ العامة للقانون، كما أن بإمكانه أن يوسع من نطاق تطبيق مبدأ قانوني معين أو تعديله ليناسب النزاع المعروض، الأمر الذي يساهم بدوره في تطوير القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود الدولة للتنمية الاقتصادية.

ولا شك أن كل ما عرضناه بشأن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، سيسري هنا، فإن لم يوجد اتفاق، أو وجد ولكنه لم يكن كافيا لتغطية إحدى المسائل الإجرائية التي طرأت، فإن للمحكمة أن تفصل فيها[1].

II- تحديد القانون الواجب التطبيق في غياب الاتفاق الصريح للأطراف.

قد يعبر أطراف عقد التنمية الاقتصادية عن إرادتهم المتجهة صراحة نحو تحديد قواعد قانون معين بذاته لينظم علاقاتهم التعاقدية وما ينأ عنها من أثار، ويحدث في بعض الأحيان أن يغفل المتعاقدون التعبير عن هذه الإرادة في صورة واضحة، فيبرم عقدهم دون تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة، أو النزاع الذي قد ينشأ بينهم[2]، وقد يرجع ذلك إلى إغفال أو سهو المتفاوضين

[1] أنظر، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، من ص 64 إلى ص 77.

[2] J. D.M. Lew, « Applicable law in international commercial arbitration, A study in commercial arbitration Awards, Occeana pub, New York , 1978, p 181.

وسواء كان هذا الإغفال مقصودا أو سهوا من أطراف الاتفاق، فإن على محكمة تحكيم المركز أن تفصل في النزاع، فإن لم تكن بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق تحديدا صريحا بموجب شرط بالمشارطة العقدية، ولا نص في القانون الدولة المتعاقدة، فلا مناص من أن يحدد المحكم أو المحكمون هذا القانون، باستخدام القواعد الملائمة لذلك، و أول ما يبدأ به هو البحث في نصوص اتفاقية إنشاء المركز، وهنا يثور التساؤل هل راعى واضعوا الاتفاقية مثل هذا الاحتمال؟

إن أبرز الحلول التي تقترح في هذه الحالات، هي ترك الحرية التامة للمحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق، حيث يفوضه الأطراف في تسوية النزاع بما في ذلك تحديد القواعد القانونية التي تسري عليه، وذلك هو الأسلوب الأكثر إتباعا في حالات إنشاء هيئات تحكيم المرة الواحدة Ad hoc، فضلا عن الأخذ به في لوائح بعض هيئات التحكيم المؤسسي، لا سيما في لائحة محكمة التحكيم الأوروبية.

ولا شك في إتباع ذلك الأسلوب مرونة تسمح للمحكمين بأن يأخذوا في اعتبارهم الظروف المحيطة بالنزاع وفقا لكل حالة على حدى، كأن يؤخذ في الاعتبار جنسية الأطراف، وصفتهم "من أشخاص القانون العام أو من أشخاص القانون الخاص"، وذلك هو الأسلوب الذي اتبع في تحكيم "أرامكو".

وبديهي أن محكمة التحكيم، لا بد وأن تعتمد على معايير موضوعية في بحثها عن ذلك القانون، إلا أن تلك الحرية في الاختيار قد تؤدي إلى حالة من عدم اليقين ومخالفة التوقعات المشروعة للأطراف وقد يسيئ المحكم استخدامها[1].

[1] أنظر، بقنيش عثمان، القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص 7

لذلك فقد اهتم واضعوا اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بأن يقيدوا من هذا الإطلاق بوضع قاعدة موضوعية واضحة تضمنتها عبارات الفقرة الثانية من المادة (42)، التي قدمت قاعدة احتياطية لتواجه بها المحكمة الحالة التي يفشل فيها الأطراف في وصف وتحديد القانون الواجب التطبيق، بحيث يلتزم المحكم في حالة غياب الاتفاق الصريح من الأطراف بتطبيق:

– قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، بما في ذلك قواعد لتنازع القوانين مع مراعاة مطابقة القانون مع مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالمسألة محل النزاع[1].

معنى ذلك أن الاتفاقية، قد افترضت أن سكوت الأطراف المتعاقدين عن تحديد القانون الواجب التطبيق، يجب أن يفسر باعتبار أن إرادتهم الضمنية قد اتجهت إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، ثم إلى تطبيق القانون الدولي، إذن فقد أزالت هذه الاتفاقية، غموض مشكلة البحث عن القانون الواجب التطبيق في غياب الاتفاق الصريح بين الأطراف[2].

* التزام هيئة تحكيم المركز بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة :

عند غياب الاتفاق بين الأطراف على اختيار القانون الذي يجب إعماله من قبل المحكمين على النزاع المعروض على المحكمة، فإن أحكام الاتفاقية تلزم هيئة التحكيم بتطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار شاملا القواعد الخاصة بتنازع القوانين[3].

[1] أنظر : صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، من ص 78 إلى ص 82

[2]]- Nigel S. Rodly, Some Aspects of the world bank convention the settlement of investment disputes, Canadian year book of international law, No.4, 1966, p 57.

[3] أنظر : هشام صادق، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 05.

ويرجع السبب في تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار، إلى رؤية البعض أن القيام باستثمار في دولة معينة يشتمل ضمنيا على الرضا بتطبيق قانون هذه الدولة، حيث أنه القانون الأوثق علاقة بالعقد، وذلك إعمالا بنظرية التركيز، والتي مؤداها أن القانون واجب التطبيق على العقد، هو القانون الذي يتركز فيه العقد، حيث أن نظرية التركيز تقوم على مكان تنفيذ العقد، وهو إقليم الدولة المتعاقدة، وعلى ارتباط هذا العقد بالمصالح الأساسية للدولة المتعاقدة[1].

يرى البعض، أنه في حالة غياب اتفاق صريح بين الأطراف على اختيار قانون معين، وإن كان على هيئة التحكيم أن تطبق قانون الدولة المضيفة أو الطرف في النزاع، وقواعد القانون الدولي بحسب الأحوال، فإن لها أن ترفض تطبيق قواعد القانون الوطني للدولة الطرف في النزاع، إذا كان هذا الأخير يخالف قواعد القانون الدولي[2].

ففي قضية بونفينيوتي وبون فانت Benvenuite et Bon Fant ضد الكونغو سنة 1977 استظهرت هيئة التحكيم عدم تعبير الأطراف المتعاقدون عن رغبتهم الصريحة في تطبيق قانون معين.

ومن ثم لجأت المحكمة إلى تطبيق الفقرة الثانية من المادة (42) من اتفاقية إنشاء المركز، وانتهت إلى أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة الكونغو، فضلا عن قواعد العدل والإنصاف التي يحق للمحكمة تطبيقها وفقا لاتفاق أطراف النزاع، وهو نفس ما اتبعته محكمة التحكيم التي شكلها المركز للفصل في نزاع شركة أمكو آسيا ضد اندونيسيا سنة 1981، حيث وجدت المحكمة أن الأطراف لم يتفقوا صراحة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقتهم، كما لم يفوضوا المحكمة سلطة الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدل والإنصاف.

[1] أنظر : طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية "دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار"، المرجع السابق، ص 484.

[2] جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 87.

ومن ثم طبقت نص الفقرة الثانية من المادة (42) من الاتفاقية، وانتهت إلى تطبيق القانون الاندونيسي باعتباره قانون الدولة المتعاقدة، فضلا عن إشارة الأطراف إليه في مناقشاتهم أثناء التحكيم باعتباره القانون الواجب التطبيق، إضافة إلى تعلق النزاع باستثماراتهم في اندونيسيا، وهو ذاته ما أيدته محكمة التحكيم الخاصة التي تشكلت للنظر في طلب اندونيسيا بإبطال الحكم.

كذلك اتجاه المحكمة في تحكيم كلوكونر Klockener ضد الكاميرون سنة 1981، إذ بينما تضمن العقد محل النزاع شرطا للتحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، خلا من وجود شرط صريح لتحديد القانون الواجب التطبيق، الأمر الذي فسرته المحكمة بأن نية الأطراف قد اتجهت إلى تطبيق قانون دولة الكاميرون، باعتباره قانون الدولة المتعاقدة، مدعما بقواعد القانون الدولي الملائمة للتطبيق[1].

المطلب الثالث :صدور الحكم التحكيمي للمركز الدولي

تنتهي إجراءات التحكيم بصدور الحكم التحكيمي في موضوع النزاع والتبليغ هذا الحكم للأطراف وتنفيذه، والحكم التحكيمي هو ذلك الحكم الذي يفصل في النزاع أو في نقطة أو مطلب من نقاط أو مطالب النزاع فصلا نهائيا وملزما لطرفي النزاع، ويجب أن يراعي عند إصدار الحكم التحكيمي في نهاية الإجراءات مسألة قابليته للتنفيذ، حيث لا يفقد أثره لإبطاله لخلل فيه،[2] لهذا يستوجب الأمر التعرف على مدى نهائية حكم التحكيم الصادر عن المركز وطرق الطعن فيه وكيفية تنفيذه. وذلك على النحو التالي:

[1] أنظر: بقنيش عثمان، القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص 15

[2] أنظر : لما كوجان، التحكيم في عقود الإستثمار، المرجع السابق، ص149.

الفرع الأول: نهائية حكم التحكيم الصادر عن المركز.

الفرع الثاني: طرق الطعن في حكم التحكيم الصادر عن هيئات المركز الدولي (ICSID).

الفرع الثالث: تنفيذ حكم وفقا لإتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الإستثمار.

الفرع الأول: نهائية حكم التحكيم الصادر عن المركز

يعتبر حكم التحكيم الصادر عن هيئات تحكيم المركز بأنه نهائي، وبالتالي (لا يمكن الطعن فيه بالإستئناف) وأي طريق آخر للطعن، إلا في الحدود التي قررتها الإتفاقية، شأنه في ذلك شأن أي حكم صادر من قضائية داخل إحدى الدول المتعاقدة التي اعترف فيها بالحكم أو تم التنفيذ فيها.

كما يتميز بأنه حكم ملزم للأطراف ويتم تنفيذه بقوة القانون ولا يتوقف تنفيذه على اتخاذ أي إجراء آخر كصدور أمر بالتنفيذ فكل دولة موقعة على الإتفاقية تعترف بأن الحكم الصادر عن هيئات تحكيم المركز يكون ملزما لها بمجرد إبراز نسخة من الحكم مصدقا عليها من السكرتير العام للمركز، كما تلتزم كل دولة متعاقدة بتنفيذ جميع الإلتزامات المالية التي يرتبها الحكم على إقليمها، وذلك كما لو كان حكما قضائيا صادرا من إحدى محاكمها الداخلية.[1]

[1] أنظر : أحمد أبو الوفاء، الوسيط في القانون الدولي العام، المرجع السابق، ص682.

ويصدر الحكم كتابة بأغلبية الأعضاء الذين تتشكل منهم هيئة التحكيم متضمنا توقيع الأعضاء الموافقين عليه، ويجب أن يكون الحكم مشتملا لجميع المسائل التي أثارها أطراف النزاع، ومتضمنا الأسباب التي بني عليها، ولا يجوز نشر الحكم إلا بموافقة الطرفين،[1] وذلك حفاظا على السرية التي هي من أهم أسباب إزدهار التحكيم، وعلى الرغم من أن القاعدة هي عدم الإعتراض على حكم التحكيم فإن الإتفاقية نصت على بعض الإجراءات التي يمكن لكل طرف اتخاذها بعد صدور الحكم بهدف تجنب الغموض أو الأخطاء في الأحكام، وتتمثل هذه الإجراءات بتصحيح الأخطاء التي تقع في الحكم وتفسيره.[2]

وعليه سوف نقوم بتقسيم هذه الدراسة إلى ما يلي:

أولا: تصحيح أخطاء الحكم

ثانيا: تفسير الحكم

[1] أنظر : غسان علي علي، الإستثمارات الأجنبية ودور التحكيم، المرجع السابق، ص478.

[2] أنظر : جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للإستثمار، المرجع السابق،ص69.

أولا: تصحيح أخطاء الحكم

أجازت الإتفاقية في مادتها (2/49) تصحيح ماوقع في الحكم من الأخطاء وذلك إذا توفرت الشروط التالية:

1- أن يطلب من الخصوم ذلك، وبالتالي لا يجوز للمحكمة أن تقوم بالتصحيح من تلقاء نفسها وإنما لابد أن يكون هناك طلب خطي من أحد الخصوم بذلك.

2- أن يكون الخطأ ماديا ويقصد بالخطأ المادي الخطأ في التعبير عن الإرادة سواء إتخذت صورة خطأ كتابي أم حسابي،وعلى ذلك لا يعد من قبيل الأخطاء المادية التي يجوز تصحيحهما الخطأ فيما يتعلق بتقدير الوقائع أو تحديد القاعدة القانونية التي تحكم النزاع أو تغيير تلك القاعدة.[1]

فإذا توافرت هذه الشروط تقوم هيئة التحكيم التي أصدرت الحكم الأصلي بإبلاغ الطرف الآخر بطلب التصحيح، ثم تنظر في هذا الطلب ويعتبر قرارها في هذا الشأن جزءا لا يتجزأ من الحكم الأصلي.

ويبلغ الخصوم بهذا الحكم عن طريق إرسال السكرتير العام للمركز صورة معتمدة من الحكم المطابق ويعتبر الحكم قد صدر في يوم إرسال صورة القرار المطابق إلى الخصوم، وللحيلولة دون إستغلال عملية التصحيح للمساس بالحكم فقد حددت الإتفاقية ميعادا للطعن بإعادة النظر، أو بالإلغاء من تاريخ إرسال صورة القرار المطابق إلى الخصوم.[2]

---

[1] UNCTAD, EDM, MISC, 232 add, 7 course on Dispute Settlement, International center for investment Disputes 2.8 post-Award Remedies and Procedures, U.N., New Yourk and Geneva, 2003, p 7.

[2] أنظر : غسان علي علي، الإستثمارات الأجنبية ودور التحكيم، المرجع السابق، ص 479.

ثانيا: تفسير الحكم

لقد أجازت الإتفاقية من خلال المادة (50) منهما للأطراف التقدم بطلب تفسير معنى الحكم أو مضمونه ونطاقه ومراعاة لشرط الشكلية يجب أن يكون هذا الطلب مكتوبا، وأن يتم إيداعه لدى السكرتير العام للمركز ليقدمه بدوره إلى المحكمة التي أصدرت الحكم.[1]

ويقصد بتفسير الحكم تحديد ما يتضمنه من تقدير على اعتبار أنه عمل تقديري وليس تصرفا قانونيا، ويتم ذلك بالبحث في العناصر المكونة للحكم وفقا لما يمليه المنطق القويم ودون الإعتداد بإرادة المحكم، ولهذا فإنه ليس من الضروري أن يقوم بالتفسير ذات هيئة التحكيم التي أصدرت الحكم المراد تفسيره.[2]

يجب أن يكون هذا الطلب مؤرخا ومشيرا إلى الحكم الذي يتعلق به، وأن يذكر بالتفصيل النقطة أو النقاط المطلوب تفسيرها في الحكم، وأخيرا يجب أن يرفق به أمر الإيداع.

وعند استسلام السكرتير العام لطلب تفسير الحكم وأمر ايداعه فإنه يسجله ويعلم الأطراف بذلك ويرسل نسخة من الطلب وأية مستندات مرفقة به للطرف الآخر، ويملك الطرف صاحب طلب تفسير حكم التحكيم المطالبة في أي وقت بإيقاف تنفيذ الحكم أو أحد أجزائه والمرتبطة بتفسير الطلب، وللمحكمة إذا قدرت أن الظروف تتطلب ذلك أن تأمر بتعليق تنفيذ الحكم لحين صدور قرارها، ويعلم سكرتير عام المركز الأطراف

[1] انظر : المادة 50 من اتفاقية واشنطن.

[2] أنظر : مصطفى خالد النظامي، الحماية الإجرائية للإستثمارات الأجنبية الخاصة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص169.

بإيقاف التنفيذ الذي يعد نافذا من تاريخ إرسال هذا الإعلان، وينتهي إيقاف تنفيذ حكم التحكيم بصورة تلقائية من تاريخ صدور القرار النهائي في طلب التفسير.[1]

[1] أنظر : حسين الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الإستثمار، المرجع السابق، ص 274-275، راجع 2/50 من الإتفاقية والقاعدة 54 من قواعد التحكيم.

الفرع الثاني:طرق الطعن في حكم التحكيم الصادر عن هيئات المركز الدولي (ICSID)

كما عرفنا بأن الحكم الصادر عن هيئة تحكيم المركز يعتبر حكما نهائيا وملزما للأطراف ولا يمكن الطعن فيه بأية طريق من طرق الطعن إلا في حدود ما ورد في الإتفاقية.

ولا يعني ذلك حرمان الأطراف المتنازعة من الطعن ضد هذه الأحكام، حيث أعطت الإتفاقية لكل من الطرفين الحق بالطعن بالأحكام الصادرة عن هيئات تحكيم المركز بأحد طريقين هما إعادة النظر بالحكم وطلب إبطاله أو إلغاءه.

لهذا سوف نقوم بدراسة ذلك على النحو التالي:

أولا: إعادة النظر في الحكم الصادر عن المركز.

ثانيا: إبطال الحكم الصادر عن هيئات تحكيم المركز.

أولا: إعادة النظر في الحكم الصادر عن المركز

تنص المادة(51) من اتفاقية واشنطن على أن:

1- يمكن لأي من الطرفين تقديم طلب كتابي إلى السكرتير العام لإعادة النظر في الحكم على أساس إكتشاف بعض الوقائع التي يمكن أن تؤثر بصفة قاطعة في الحكم بشرط أن تكون هذه الوقائع غير معلومة للمحكمة عند إصدارها للحكم أو أن جهل الطالب لم يكن نتيجة إهماله.

2- يجب أن يقدم الطلب في خلال تسعين يوما من اكتشاف هذه الوقائع، وعلى أي حال خلال الثلاث السنوات التي تلي صدور الحكم.

3- ويقدم الطلب إذا أمكن ذلك إلى المحكمة التي أصدرت الحكم، وإذا تعذر ذلك يجب أن تشكل محكمة جديدة طبقا للفصل الثاني من هذا الباب.

4- يمكن للمحكمة أن تؤجل تنفيذ الحكم إذا قدرت أن ذلك ضروري لحين صدور قرارها وإذا تضمن الطلب تأجيل تنفيذ الحكم فإن التأجيل يكون مؤقتا لحين صدور قرار المحكمة.[1]

وفقا لهذا النص فأن لكل طرف من الأطراف الحق في المطالبة بإعادة النظر في حكم التحكيم ويكون ذلك عن طريق التقدم بطلب كتابي بهذا المعنى إلى سكرتير عام المركز، ويكون هذا الطلب مبنيا على أساس اكتشاف واقعة جديدة من شأنها التأثير في الحكم، شرطان تكون هذه الواقعة مجهولة بالنسبة للمحكمة وللطرف الذي طلب إعادة النظر بالحكم على أساسها وذلك في وقت صدور الحكم على ألا يكون سبب جهل طالب إعادة النظر عائدا على تقصيره.[2]

ويجب أن يشمل الطلب على التاريخ ويشار فيه إلى الحكم الذي يتعلق به ومرفقا به أمر الإيداع وتفصيلا عن الوقائع التي يتم اكتشافها والتي من شأنها التأثير بصورة حاسمة في الحكم.

[1] أنظر : المادة 51 من اتفاقية واشنطن

[2] أنظر : لما أحمد كوجان ، التحكيم في عقود الإستثمار، المرجع السابق، ص 169.

ثم يسلم إلى السكرتير العام ويتم تسجيله ويعلم الأطراف بذلك ويرسل نسخة من الطلب وأية مستندات مرفقة به إلى الطرف الآخر، ولسكرتير عام المركز حق رفض تسجيل طلب إعادة النظر ويعلم الأطراف بذلك إذا لم يتم تقديمه خلال تسعين يوما من إكتشاف الوقائع الجديدة وفي كافة الأحوال خلال ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم (أو أي قرار تالي أو تصحيح).

ويقدم طلب إعادة النظر إلى المحكمة التي سبق أن أصدرت الحكم وإذا تعذر ذلك تشكل محكمة جديدة وفقا للفصل الثاني من الباب الرابع من الإتفاقية بناء على طلب الأطراف[1]

ويمكن لمن يقدم طلب إعادة النظر في الحكم أن يطلب أيضا وقف تنفيذ الحكم مؤقتا حتى تصدر المحكمة قرارها وتفصل في هذا الطلب، وكذلك يمكن للمحكمة أن توقف تنفيذ الحكم دون الطلب إذا رأت أن الظروف تتطلب مثل هذا الأمر.[2]

والجدير بالذكر أن طلب وقف التنفيذ يجب أن يتم من خلال طلب إعادة النظر، وعليه لا يجوز للخصم طلب وقف التنفيذ استقلالا وإنما يجب أن يرد ضمن طلب إعادة النظر ويتم وقف التنفيذ بقرار من هيئة التحكيم إذا ما توافرت الشروط السابقة والجدير بالذكر هنا أن قرار هيئة التحكيم لا يجوز الطعن فيه.[3]

ثانيا: إبطال الحكم الصادر عن هيئات تحكيم المركز

[1] أنظر : حسين الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الإستثمار، المرجع السابق، ص275-276.

[2] أنظر : لما أحمد كوجان ، التحكيم في عقود الإستثمار، المرجع السابق، ص169

[3] أنظر : غسان علي علي، الإستثمارات الأجنبية ودور التحكيم، المرجع السابق، ص483.

جرى العمل الدولي على منح الطرف المحكوم عليه حق الطعن بالقرار التحكيمي من خلال منحه حق طلب إبطال القرار التحكيمي متى توافرت الشروط الموجبة لإبطاله.

وإذا كان ذلك هو المنهج السائد لدى غالبية اتفاقيات التحكيم المؤسسي بإستثناء البعض منها، فقد سارت إتفاقية واشنطن على ذلك بموجب المادة (1/52) والتي نصت على ما يلي: (يجوز لأي طرف من الطرفين أن يقدم طلبا كتابيا إلى السكرتير العام لإلغاء الحكم لأي سبب من الأسباب الآتية:

أ- خطأ في تشكيل المحكمة.

ب- استعمال المحكمة سلطة زائدة عن إختصاصها

ت- عدم صلاحية عضو من أعضاء المحكمة

ث- إهمال خطير لإجراء أساسي من إجراءات المحكمة

ج- فشل المحكمة في ذكر الأسباب التي بني عليها

ويجب أن يقدم الطلب في 120 يوما من تاريخ النطق بالحكم إلا إذا كان طلب إلغاء الحكم قائما على عدم الصلاحية، أو خلال الثلاث سنوات التي تلي صدور الحكم).[1]

وعلى ضوء ما تقدم، فقد أجازت الإتفاقية لكل من طرفي النزاع الطعن بالإلغاء في حكم المركز بطلب مكتوب مقدم إلى السكرتير العام للمركز خلال 120 يوما من تاريخ صدور الحكم، وذلك إذا توافرت أحد الأسباب التي أوردتها المادة (1/52) على سبيل الحصر.

1/ أسباب الإلغاء

[1] أنظر : وائل أنور بندق، موسوعة التحكيم "الاتفاقيات الدولية و قانون الدول العربية"، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الثانية، مصر، 2009، ص63،

حددت المادة (1/52) من الإتفاقية أسباب الإلغاء بشكل واضح وصريح وعلى سبيل الحصر في الآتي:

أ- التشكيل المعيب لهيئة التحكيم:

أي عدم تكوين المحكمة تكوينا صحيحا Improper Constitution of Tribunal ويكون هذا عند عدم التقيد بالشروط والإجراءات التي نصت عليها الإتفاقية في تشكيل هيئة التحكيم، كالشروط المتعلقة بجنسية المحكمين أو توافر مؤهلات وصفات معينة فيهم.

والواقع أن هذا السبب من أسباب الإلغاء نادر الوقوع، نظرا لأن تشكيل هيئة التحكيم يخضع لرقابة دقيقة من قبل سكرتارية المركز منذ المرحلة الأولية للإجراءات، ومع ذلك فهو محتمل الوقوع.

ب- تجاوز هيئة التحكيم لسلطاتها بشكل واضح

لا يكفي لطلب الإلغاء أن تتجاوز الهيئة حدود سلطاتها، وأنما يجب أن يكون هذا التجاوز بشكل واضح أو ظاهر، ويتحقق ذلك إذا تخطت هيئة التحكيم الصلاحيات والإختصاصات الممنوحة لها في اتفاق الأطراف، وخصوصا القانون الواجب التطبيق، أو أحكام المادة (42)من الإتفاقية في حالة عدم الإتفاق على قانون معين.

ففي دعوى Klockner V.Camroon قررت هيئة التحكيم اختصاصها بنظر النزاع بناء على الإتفاق المبرم بين الطرفين، كما قررت أنه لغياب إتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على النزاع، فإن قانون الكاميرون هو الواجب التطبيق. وبما أن المشروع يقع في شرق الكاميرون، فإن القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق وفقا للقانون الكاميروني.

وبعد صدور الحكم قامت شركة Klockner بتقديم طلب إلغائه واستندت في ذلك على أنه بمقتضى المادة (1/42) كان يجب على هيئة التحكيم أن تفصل في النزاع وفقا لقانون الكاميروني، وبما أنها لم تفعل ذلك

فإنها تكون قد تجاوزت اختصاصها بشكل واضح مما يسمح لها طلب إلغاء الحكم. وقد استجابت اللجنة المؤقتة لمطالب الشركةفقررت الغاء حكم المحكم كليا لتجاوز المحكمة اختصاصها بشكل واضح، لأنها لم تطبق قانون الدولة المتعاقدة وإنما قامت بتطبيق مبادئ العدل والإنصاف بدلا منه.[1]

ح- رشوة المحكم

ويقصد بذلك تلقي المحكم مبلغا من المال أو منفعة من قبل أحد الأطراف لإصدار حكم لصالحه.

وهذا السبب وأن كان يعتبر سببا للإلغاء حسب الإتفاقية، إلا أنه من النادر حدوثه،نظرا للشروط الدقيقة المفروضة على تعيين المحكمين –سواء من الأطراف أو من رئيس المجلس الإداري للمركز– من حيث السمعة الحسنة والكفاءة والخبرة والنزاهة، ويضاف إلى ذلك الأجور الباهضة التي يحصلون عليها في مثل هذه القضايا.[2]

خ- التجاوز الخطير لقاعدة إجرائية أساسية:

ويتضمن هذا السبب شرطين أساسيين هما: أن يقع تجاوز لقاعدة أساسية من قواعد الإجراءات، وأن يكون هذا التجاوز على درجة من الخطورة.

وفي الواقع لم تتضمن المعاهدة قائمة أو ملحق بقواعد الإجراءات الأساسية التي يشكل تجاوزهما بشكل خطير سببا من أسباب البطلان، ولهذا يمكن إعتبار المقصود بقواعد الإجراءات هذه القواعد التي تطبق في التحكيم الدولي بشكل عام لجهة المساواة في التعامل بين الطرفين ومراعاة مبدأ الوجاهية وحق الدفاع لكل منهما،

[1] أنظر : غسان علي علي، الإستثمارات الأجنبية ودور التحكيم، المرجع السابق، ص 484 وما بعدها.

[2] أنظر : خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص 420.

إلا أن الإتفاقية لم توضح المقصود بدرجة الخطورة التي يجب أن يتميز بها التجوز الحاصل لإجراء من إجراءات المحاكمة الأساسية.[1]

هـ- القصور في التسبيب

يستطيع أطراف النزاع إلغاء الحكم الصادر عن هيئة تحكيم المركز إذا شاب ذلك الحكم قصورا في التسبيب، وهذا الجزاء هو نتيجة مخالفة المادة (3/48) من الإتفاقية والتي تنص على أنه " يجب أن يتناول الحكم كل مسألة طرحت على المحكمة وأن يبين الأسباب التي يبين عليها.

ويكون الحكم قاصرا في التسبيب إذا تضمن أسبابا متناقضة أو غير مقنعة أو ضعيفة، وهذا ما أيدته لجنة إلغاء ماين بقولها " يتعين إلغاء الحكم لإخفاق هيئة التحكيم في ذكر الأسباب التي بني عليها الحكم صراحة وبالذات تلك التي تؤثر على محصلته ونتيجته، كما يتعين الإلغاء إذا بني الحكم على أسباب تبدو متناقضة أو متعارضة".[2]

كما يعتبر أيضا الحكم قاصرا في التسبيب في حالة عدم الرد على ما قدمته الأطراف من طلبات أو دفاع، ولكن السؤال الذي يطرح هو متى يعتبر الحكم صحيحا لا يشوبه قصور في التسبيب؟

وفي الإجابة على هذا التساؤل اشترطت لجنة إلغاء كلوكنر حتى لا يعتبر الحكم عرضة للإلغاء للقصور في التسبيب أن يكون مؤسسا على أسباب تمكن القارئ من تتبع الواقع والقانون الذي اتند إليه الحكم. وهذا ما أيدته لجنة إلغاء ماين حيث قررت أن "الأسباب التي بني عليها الحكم، يجب أن تعتبر جوهرية تخول القارئ معرفة

[1] أنظر : لما كوجان، التحكيم في عقود الإستثمار، المرجع السابق، ص171.

[2] أنظر : المادة 3/48 من اتفاقية واشنطن.

أسباب حكم هيئة التحكيم... حتى لو أخطأ من حيث الواقع أو القانون".كما اشترطت اللجنة أيضا أن تكون الأسباب متصلة اتصالا كافيا وقادرة على أن تكون قاعدة للحكم.[1]

وبالنتيجة يمكن القول أن هناك خمسة أسباب لإلغاء الحكم إذا توافر أحدها فإنه يجوز للجنة الإلغاء إلغاء الحكم كليا أو جزئيا وحسب ظروف النزاع المعروض عليها.

2 ميعاد الإلغاء (الإطار الزمني)

حددت المادة (2/52) من الإتفاقية زمنا معينا لتقديم طلب الإلغاء وهو 120 يوما من تاريخ صدور الحكم، واستثنت من هذا القيد الزمني حالة رشوة أحد الأعضاء.

(اكتشاف تأثير عير مشروع)[2]، إذ أوجبت في هذه الحالة تقديم طلب الإلغاء خلال 120 يوما من تاريخ اكتشافها باعتبارها عملا خفيا أو مستترا، وفي جميع الأحوال لا يجوز تقديم طلب الإلغاء بعد مرور ثلاث سنوات على صدور الحكم.

3/ إجراءات الإلغاء

تمارس إجراءات الإلغاء أمام لجنة مؤقتة (Ad hoc Committee) تشكل خصيصا لهذا الغرض، وهذه اللجنة بخلاف هيئة التحكيم، لا يمكن أن تشكل من قبل الأطراف وإنما تشكل بواسطة رئيس المجلس الإداري من ثلاثة أعضاء يشترط فيهم ما يلي:

1- أن يكونوا من المدرجين على قائمة المحكمين (Panel of Abitrations).

[1] أنظر : غسان علي علي، الإستثمارات الأجنبية ودور التحكيم، المرجع السابق، ص487 وما بعدها.

[2] أنظر شادي أبو حلو، رسالة ماجستير، المرجع السابق، ص 233.

2- ألا يكون أي عضو من أعضاء الهيئة التي أصدرت الحكم.

3- ألا يكون منتميا لجنسية الدولة الطرف في النزاع أو الدولة التي أحد مواطنيها طرف النزاع.

4- ألا يكون قد عين في قائمة المحكمين بواسطة الدولة الطرف في النزاع أو دولة المستثمر الطرف في النزاع.

5- ألا يكون قد عمل للتوفيق بين الطرفين في نفس النزاع.[1]

ويكون لهذه اللجنة سلطة إبطال الحكم أو أي جزء من أجزائه مستندة إلى أحد الأسباب التي وردت سابقا في الفقرة من المادة 52 وعندها يعرض النزاع مجددا بناءا على طلب أي من الطرفين على محكمة جديدة تكون وفقا لما نصت عليه الإتفاقية.[2]

4/ أثر الإلغاء

يترتب على طلب الإلغاء وقف تنفيذ الحكم (The Award Stay of Enforcement) إلى أن تصدر اللجنة قراراها، ويتم وقف التنفيذ إما بقرار من اللجنة نفسها وإما بناء على طلب من الطرف الطاعن في الحكم بالإلغاء.

إن ما تضمنته الاتفاقية من السماح بإلغاء حكم هيئة التحكيم بناء على أسباب محددة ومعينة من قبل خاصة رئيس البنك الدولي يعتبر نقطة الضعف الحقيقية في اتفاقية المركز، إذ أنه يؤدي إلى إطالة أمد النزاع من ناحية، وإلى التأثير على نهائية الحكم وفعاليته من ناحية أخرى، وهذا ما عبر عنه بعض الفقه بالقول: "إذا لم تقتنع الأطراف بحكم هيئة التحكيم فسوف يلجأون بشكل قانوني إلى طلب إلغاء الحكم، ومثل هذه الممارسة ربما

[1] أنظر : لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الإستثمار، المرجع السابق، ص 173.

[2] أنظر : حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 276.

تلقى ظلالا من الشك حول الميزات التي تجعل تحكيم المركز من الوسائل الفاعلة لتسوية منازعات الاستثمار، أعني السرعة والفاعلية والتكلفة المنخفضة نسبيا".

وبهذا نجد أن واحدة من أهم مميزات تحكيم المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار هي عدم إمكانية الاعتراض على الحكم التحكيمي أمام المحاكم الوطنية في الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع أو غيرها، ولكن هذه الأحكام تبقى قابلة للإبطال أمام لجنة خاصة تعين لهذا الهدف ويعين محكمها من قائمة المحكمين في المركز.

الفرع الثالث : تنفيذ الحكم وفقا لاتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

إن حكم التحكيم الصادر عن مركز واشنطن يعتبر حكما ملزما بالنسبة للطرفين، وذلك منذ تاريخ إصداره أي منذ تاريخ إرسال صورة رسمية عنه من قبل السكرتير العام للمركز لكل من طرفي النزاع، فبموجب المادة (49) من الاتفاقية يعتبر الحكم قد صدر في التاريخ الذي تم فيه إرسال الصور الرسمية للطرفين.

وعليه فإن الأثر الأساسي والأول لإصدار حكم التحكيم وفقا لقواعد اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، هو إلزامية هذا الحكم للمستثمر وكذلك بالنسبة للدولة المضيفة والإلزامية التي فرضت على الأطراف نعني بها الالتزام بتنفيذ هذا الحكم، وقد تقرر هذا الالتزام في المادة (53) والمادة (54) من الاتفاقية.

فالمادة (53) من الاتفاقية نصت على أن "حكم التحكيم يكون ملزما ولا يكون قابلا للاستئناف أو لأي طعن آخر عدا ما نص عليه في هذه الاتفاقية ويجب على كل طرف أن يحترم الحكم وينفذه إلا إذا أوقف تنفيذه طبقا لأحكام هذه الاتفاقية، إلا أن الإلزام المفروض في هذه المادة ليس إلا تطبيقا لقواعد حسن النية وقوة القضية المقضية التي يجب أن تتمتع بها الأحكام.[1]

[1] أنظر : المادة 53 من اتفاقية واشنطن.

والمادة (54) من الاتفاقية توجب على كل دولة متعاقدة أن تعتبر "حكم المحكمين الصادر طبقا لهذه الاتفاقية ملزما وتنفذ الالتزامات المالية التي يقضي بها الحكم في أراضيها كما لو كان حكما نهائيا صادرا من إحدى محاكم تلك الدولة" وهذا يعني أن على محاكم الدولة المتعاقدة في الاتفاقية أن تعتبر الحكم التحكيمي الصادر عن المركز نهائيا وقابلا للتنفيذ فورا دون الحصول على الصيغة التنفيذية، ولا يقتصر الأمر على الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع أو تلك التي تعتبر المستثمر الأجنبي مواطنا تابعا لها، وإنما يشمل كل دولة متعاقدة في الاتفاقية فتكون ملزمة بالاعتراف بهذا الحكم وتنفيذه إذا اقتضى الأمر ذلك أو إذا تضمن الحكم إلزامات مالية يقتضي تنفيذها فيه.

وبالإضافة إلى هذا الإلزام المفروض على الدول المتعاقدة فإن الاتفاقية لم تغفل أمر الدول ذات المحاكم الاتحادية، فنصت في نفس المادة على أنه "يجوز للدول المتعاقدة ذات النظام الإتحادي أن تنفذ حكم المحكمين في محاكمها الاتحادية أو بواسطتها وأن تقرر أن مثل هذه المحاكم تعتبر الحكم كما لو كان حكما نهائيا صادرا من محاكم إحدى الولايات".[1]

ويجب على الطرف الذي يريد الحصول على اعتراف الحكم سواء أكان هذا الطرف هو المستثمر الأجنبي أم الدولة المضيفة أن يقدم للمحكمة المختصة أو اللجنة التي قد تكون الدولة عينتها لهذا الغرض صورة عن الحكم مصدقة من السكرتير العام للمركز.

ومن الأحكام التي فرضتها هذه الإتفاقية لناحية تنفيذ حكم التحكيم إن مثل هذا التنفيذ يجب أن يخضع ويتم وفقا للقوانين المتعلقة بتنفيذ الأحكام القابلة للتنفيذ في الدولة المطلوب التنفيذ في إقليمها.[2]

[1] أنظر : المادة 54 من اتفاقية واشنطن

[2] أنظر: لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الإستثمار، المرجع السابق، ص152، 153.

إلا أن الأمر لا يقتصر على تنفيذ الحكم من قبل طرفي النزاع فهذا الحكم ينسحب بآثاره على المحكم أو المحكمة التحكيمية التي أصدرت الحكم[1]، فبمجرد إصدار الحكم ترتفع يد المحك أو المحكمين الذين أصدروا القرار عن موضوع النزاع فلا يعود لهم الحق بنظره ثانية، غلا أن المادة (49) من الإتفاقية في فقرتها الثانية اعتبرت أنه: "يجوز للمحكمة بناء على طلب يقدمه أحد الطرفين في خلال 45 يوما من تاريخ صدور الحكم أن تقوم – بعد إخطار الطرف الآخر– بالفصل في أي مسألة أغفل الفضل فيها وبتصحيح أي خطأ كتابي أو حسابي أو ما شابه في الحكم ويعتبر قرارها جزءا من الحكم ويخطر به الطرفان بنفس الطريقة كالحكم".

وإذا كان القرار التحكيمي يتضمن أمرا إلزاميا فإنه يتوجب تنفيذه على أرض أية دولة متعاقدة كما لو تعلق الأمر بحكم نهائي صادر عن محكمة تمارس صلاحياتها على أرض هذه الدولة، إلا انه لا يمكن لهذا التنفيذ أن يتعارض مع الأحكام التي ترعى حصانته إذ يمكن أن يتعرض تنفيذ القرار التحكيمي لمخاطر التصادم مع أحكام القانون الوطني في هذا النطاق.

وفي ذلك نصت المادة (55) على أنه: "لا يجوز تفسير المادة (54) على أنها تتضمن أي استثناء من أحكام القانون المعمول به في أي دولة من الدول المتعاقدة والمتعلق بحصانة تلك الدولة أو أي دولة أجنبية أخرى".[2]

وهكذا فإن هذه المادة تبين كيف أن الحصانة السيادية تتدخل في تنفيذ الحكم الصادر عن المركز وتقف حائلا أمامه على الرغم من الإلتزام الذي جاءت به هذه الإتفاقية، والذي فرضته على الدول المتعاقدة فيها بمعاملة حكم المركز كما لو كان حكما نهائيا صادرا من أحد محاكمها الوطنية.[3]

[1] أنظر: فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، المجلد الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2006، ص 377.

[2] أنظر: المادة 55 من اتفاقية واشنطن.

[3] أنظر: لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الإستثمار، المرجع السابق، ص153، 154.

وكذلك كيف أن حكم المركز قد يلقى معاملة تختلف بين دولة متعاقدة ودولة متعاقدة أخرى وفقا لمرونة أو عدم مرونة القوانين المتعلقة بالتنفيذ والحصانة السيادية المعمول بها في دولة التنفيذ، كما لو كانت هذه الدولة تمنع التنفيذ ضد أملاك أو أموال الدولة الأجنبية، كما حصل في القضية بين حكومة الكونغو وشركة بينفوتي بونفان الإيطالية (B.B).[1]

ففي هذه القضية تم الإتفاق بين حكومة دولة الكونغو وشركة (B.B) الإيطالية على إنشاء شركة يكون الهدف منها تصنيع الزجاجات البلاستيكية واتفق الطرفان على إحالة النزاعات الناشئة عن تنفيذ هذا الإتفاق إلى مركز واشنطن لحلها، وهذا ما حصل عندما شب النزاع حول بنود اتفاق الإستثمار فتقدمت عندها الشركة الإيطالية بطلب تحكيم أمام المركز وكانت النتيجة أن حكمت محكمة المركز لصالح الشركة الإيطالية، وعندما تقدمت هذه الشركة إلى محكمة البداية في باريس طالبة الإعتراف في فرنسا إلا أن هذه المحكمة ربطت تنفيذ هذا الحكم بالحصول على موافقة مسبقة معتبرة كل إجراء تنفيذي أو احترازي يمكن اتخاذه تجاه أموال المدين (الكونغو) الموجودة في فرنسا يخضع لموافقة مسبقة من السلطات القضائية الفرنسية.

بعد ذلك تقدمت الشركة الإيطالية بطلب استئناف أمام محكمة باريس الإستئنافية معتبرة أن هذا الإجراء غير لازم لتنفيذ حكم المركز، وقد فرقت محكمة الإستئناف بين الإعتراف والنفاذ وبين إجراءات التنفيذ.

فبنظر هذه المحكمة ان المادة (54) من الإتفاقية في فقرتها الثانية تهدف إلى تسهيل الإعتراف بحكم التحكيم الصادر عن المركز وبأن موقف الدول المتعاقدة التي تتولى الإعتراف بهذا الحكم يجب ألا يتعدى فحص الحكم والتأكد من كونه مصدقا عليه من السكرتير العام للمركز، وبالتالي فإن مناقشة مسألة التنفيذ على أموال

[1] Cour d'appel de Paris, 26 juin 1981, journal De International, 1981, P 843 ets, Note Bruno Oppetit .

الدولة الطرف في التحكيم تخرج عن مرحلة الإعتراف بالحكم لتدخل في مسألة إجراءات التنفيذ التي تخضع للقوانين الداخلية للدولة المتعاقدة.

في الواقع أن اتفاقية واشنطن التي ترتكز في الأساس على رضا الدولة لا تحتاج إلى مثل هذا الشرط، لأن الرضا باللجوء إلى تحكيم المركز وفقا لهذه الإتفاقية يعني تنازل الدولة عن حصانتها بمجرد أن يصبح حكم المركز نهائيا كما أن هذا الأمر، أي تنازل الدولة عن حصانتها يتوافق مع أهداف الإتفاقية لجهة خلق صرح دولي لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول والمستثمرين الأجانب بعيدا عن الاجواء السياسية، وبعيدا عن تعرض العلاقات بين الدول للخطر، إلا إذا تم استعمال المادة (55) من الإتفاقية للتمييز بين مصالح الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع والدولة المتعاقدة التي يطلب منها الإعتراف وتنفيذ الحكم.

فالنسبة للدولة المتعاقدة الطرف في النزاع يمكنها أن تدفع بالحصانة إذا ما تعلق الأمر بحماية أموال مخصصة لخدمة عامة أي حماية للملكية العامة للدولة، أما إذا ما تعلق بحماية أموال مخصصة لخدمة عامة أي حماية للملكية العامة للدولة، أما إذا ما تعلق الأمر بحماية أملاك مخصصة للتجارة فلا يمكن الدفع بالحصانة السيادية لهذه الدولة خصوصا أن هذه الدولة يجب أن تحترم تعهدها باحترام وتنفيذ أحكام المركز الدولي.

أما بالنسبة للدولة المتعاقدة التي يطلب منها التنفيذ، فقد تمتنع عن تنفيذ الحكم إذا كان هذا التنفيذ يؤدي إلى الإخلال بصفو العلاقات السياسية والدبلوماسية بينها وبين الدولة المدعى عليها الطرف في التحكيم أي أن التنفيذ أو عدم التنفيذ يعتمد هنا على فكرة المصلحة الوطنية التي تستند إلى أفكار ونظم سياسية شرط ألا تعادل فكرة النظام العام، والتي نصت عليها المادة (54) من الإتفاقية والتي حتى لو عدلتها يكون إهدارها لمصلحة النظام العام فالمادة (54) تحرم أي دفع ضد الإعتراف وتنفيذ الحكم بما فيها الدفع بالنظام العام.

وبالرغم من أن إجراءات التنفيذ تنفصل عن العملية التحكيمية ولا تعتبر جزءا منها، إلا أن التحكيم لا يكون ناجحا فعلا دون نظام يدعم تنفيذ الأحكام، ولهذا تضمن اتفاقية المركز فاعلية أحكامها للتنفيذ بطريقتين رئيسيتين وهما الحماية الدبلوماسية واللجوء لمحكمة العدل الدولية.[1]

فنصت المادة (21) من إتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الإستثمار على التالي:

- لا يجوز لدولة متعاقدة أن تعطي أي حماية دبلوماسية أو تقدم مطالبة دولية بالنزاع القائم بين أحد رعاياها وبين دولة أخرى متعاقدة تم الإتفاق بينهما على عرض أو القيام بعرض النزاع بينهما على التحكيم في ظل هذه الإتفاقية إلا في حالة فشل الدولة الأخرى في تسوية النزاع أو تنفيذ الحكم الصادر في هذا النزاع.
- الحماية الدبلوماسية لأغراض الفقرة (1) لا تشمل بطريقة غير رسمية التبادل الدبلوماسي وذلك لغرض واحد هو تسهيل فض النزاع.[2]

وبالتالي فإن هذه الإتفاقية التي تعطي المستثمر الأجنبي الحق بالوقوف متساويا أمام الدولة المضيفة لإستثماره عند حصول النزاع بينهما، عن طريق حرمان هذه الدولة من التذرع بحصانتها السيادية، فإنها في المقابل تحرم هذا المستثمر وتمنعه من طلب الرعاية والحماية الدبلوماسية من دولته عبر تبني دعواه ضد الدولة المضيفة للإستثمار، كما أنه على دولته ألا تقوم بهذا الأمر من جهتها فهي تعطي المستثمر الأجنبي سواء أكان شخصا طبيعيا أم معنويا، الأهلية مباشرة ودون الحاجة إلى تمثيله من قبل دولته عند التحكيم أمام المركز.[3]

---

[1] أنظر : خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص 427 و 428 .

[2] أنظر : وائل أنور بندق، موسوعة التحكيم "الاتفاقيات الدولية و قانون الدول العربية"، المرجع السابق، ص 54، و أنظر : المادة 21 من اتفاقية واشنطن.

[3] أنظر : جلال محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للإستثمار، المرجع السابق، ص 89.

خاتمة

خاتمة

إن الإستثمارات الخاصة الأجنبية تشكل المحور الأساسي والرئيسي لتنمية اقتصاديات الدول النامية بشكل خاص والدول الصناعية بشكل عام، وفي ظل الإنفتاح الدولي الذي شهده العالم في الآونة الأخيرة قد دفع الدول وخصوصا النامية منها ومن بينها الجزائر إلى السعي حثيثا لجلب العديد من الاستثمارات الأجنبية والتي عملت على تهيئة استثماراته ملائمة وهذا بمنح الضمانات المتنوعة لحماية وتشجيع الإستثمار.

حيث لاحظنا خلال بحثنا هذا أن الإطار القانوني أصبح من المسلم به في الدول المضيفة للاستثمار هو الذي يلعب دورا هاما في التنمية الإقتصادية بحيث أصبحت هذه الدول وغايات تنفيذ برامجها الاقتصادية والإجتماعية تقوم بتوفير البيئة القانونية المناسبة، وأهم عناصر هذه البيئة القانونية ما يتعلق بوسائل تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمارات الأجنبية، ومن أهم هذه الوسائل كان التحكيم يلعب دورا بارزا في هذه الدول المضيفة للاستثمارات، فوجود التحكيم التجاري يعد وسيلة اطمئنان للمستثمر الأجنبي كونه يعد وسيلة محايدة لفض النزاع من جهة أنه يجنب هذا المستثمر الخضوع لقضاء الدولة المضيفة للاستثمار.

ولتحقيق فعالية التحكيم في المنازعات القانونية المتعلقة بعقود الإستثمار هذا الأمر جعل الحاجة ملحة إلى وجود مركز متخصص للنظر في هذه المنازعات عن طريق التحكيم فظهر إلى الوجود المركز الدولي لمنازعات الإستثمار باعتباره الجهاز الوحيد المتخصص في هذا المجال والذي يفصل في المنازعات استنادا إلى قواعد تحكيمية، وهذا من شأنه تشجيع الإستثمار الأجنبي من خلال خلق بيئة ملائمة له.

ونظرا لأهمية التحكيم، إزداد حجم العقود في مجال الإستثمارات، حيث تدل الدراسات الإحصائية أن تبني التحكيم في عقود الإستثمارات أدى إلى زيادة عدد هذه العقود وانتشارها في مختلف دول العالم.

على العموم فقد توصلنا في ختام هذا البحث إلى عدد من النتائج والفرضيات يمكن عرضها فيما يلي:

أولا: النتائج

/ إن الدولة المضيفة للاستثمار تستطيع وبإرادتها المنفردة أن تعدل من تشريعاتها الداخلية وفقا لما تقتضيه مصالحها في ضوء المتغيرات الإقتصادية دون أية مسؤولية دولية عليها، طالما أنها لم تخالف أحكام القانون الدولي.

/ تكريس المشرع الجزائري لمجموعة من المبادئ الأساسية المنظمة للاستثمار وهي حرية الاستثمار، المساواة في المعاملة، حرية تحويل رؤوس الأموال، التباث التشريعي، وهذا بهدف طمأنة المستثمر الأجنبي لاتخاذ قراره الاستثماري.

/ اقد تعددت تعاريف الفقه للتحكيم إلا أنه بكونه ضمانة إجرائية لتسوية منازعات الإستثمار.

/ التحكيم هو اتفاق طرفين أو أكثر للفصل في نزاع خاص بهم عن طريق محكمين بدلا من الطريق العادي.

/ تتجلى أهمية التحكيم في سرعته في فض النزاعات الإستثمار الأجنبي والسرية وبساطة الإجراءات.

/ المنازعات التي لا يجوز أن تكون محلا للتحكيم وفقا للمادة (1006) من التعديل الجديد لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري هي المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص ولأهليتهم وأيضا لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الإقتصادية الدولية في إطار الصفقات العمومية.

/ هناك علاقة طردية ما بين التحكيم التجاري وتشجيع الإستثمارات الوطنية والأجنبية، فكلما ازدهرت وتطورت سبل التحكيم ازدهرت وتطورت الاستثمارات الأجنبية.

تم التوصل إلى أن المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار يعد أول الضمانات الدولية القانونية والإجرائية لحماية الاستثمارات الأجنبية والمستثمر الأجنبي من المخاطر.

ثانيا: التوصيات

من خلال النتائج التي تمت الإشارة إليها أنفا يمكن تقديم الاقتراحات التالية:

- العمل على تطبيق مختلف الاتفاقيات المشجعة للاستثمار على أحسن وجه بما يضمن للمستثمر الأجنبي جوا مستقرا وملائما لأداء أعماله، وحمايته من جميع المخاطر التي تهدد مشروعيته.
- توفير بنية إدارية ملائمة من خلال القضاء على العوائق البيروقراطية وشتى صور الفساد المعرقلة لسير الإجراءات المتعلقة بالاستثمار التعاون المشترك في المجال القانوني والإقتصادي مع باقي الدول وتشجيع المنافسة والتمويل المشترك للمشاريع الاستثمارية.
- إنشاء مراكز التحكيم في الجزائر.
- الاهتمام بالجانب العملي والأكاديمي في التحكيم بعقد ندوات ولقاءات وأيام دراسات مكثفة لدراسة هذا الموضوع.
- توحيد إجراءات التحكيم في حل جميع المنازعات وعلى وجه الخصوص إجراءات التحكيم في منازعات عقود الإستثمار الأجنبية، مما قد يساهم في تطور العملية التحكيمية الاستثمارية.

قائمة المراجع و المصادر

أولا: قائمة المراجع باللغة العربية

أ/ الكتب

1- أ. عجة الجيلالي، الكامل في القانون الجزائري للإستثمار، الأنشطة العادية وقطاع المحروقات، دار الخلدونية، الجزائر، 2006.

2- إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، 2005.

3- إبراهيم محمد شحاتة، معاملة الإستثمارات الأجنبية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.

4- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.

5- أبو قحف عبد السلام، أشكال و السياسات المختلفة للإستثمارات الأجنبية، مؤسسة شباب الجامعة، بدون طبعة، مصر، 2003.

6- أبي الحسن، علي بن اسماعيل الأندلسي، المخصص، دار الفكر، بيروت، الجزء الثالث، دون سنة نشر.

7- أحمد أبو الوفا، التحكيم اختياري وإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

8- أحمد حسان القندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

9- أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، مكتبة أبعاد وهبة حسان، القاهرة، 1993.

10- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2004.

11- أحمد عبد الله المراغي، دور التحكيم في تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية، مكتب جامعي الحديث، الطبعة الأولى، مصر، 2014.

12- أحمد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الإستثمار، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990.

13- أسامة أحمد شوقي، هيئة التحكيم الإختياري دراسة تحليلية مقارنة لطبيعتها القانونية وطبيعة العمل الذي تقوم به، دون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004.

14- أيسر عصام دواد سليمان، الأثر المانع لإتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية دار الفكر الجامعي، الطبعة الاولى، الإسكندرية، 2014.

15- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.

16- جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 2007.

17- جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للإستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، القواعد والإجراءات الإتجاهات الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.

18- حسين الجندي، النظام القانوني لتسوية الاستثمارات الاجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

19- حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.

20- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الإسكندرية، دون سنة نشر.

21- حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري دولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، 2010.

22- حمزه حداد، التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات التجارية الدولية، عمان، 1998.

23- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، 2014.

24- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، الطبعة الأولى، القاهرة، 2002.

25- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

26- دريد محمود السامرائي، الإستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، بيروت، 2006.

27- سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.

28- سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 2001.

29- سراج أبوزيد، التحكيم في عقود البترول، دورة المنازعات الاستثمارية والنفطية المنعقدة، مركز حقوق عين شمس للتحكيم، القاهرة.

30- سميحة القليوبي، التحكيم التجاري، دار النهضة العربية، 2009.

31- سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

32- صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين "دراسة في احكام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بواشنطن"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.

33- طه أحمد علي قاسم، تسوية منازعات الدولية الإقتصادية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.

34- عاطف شهاب، إتفاق التحكيم التجاري الدولي والإختصاص التحكيمي طبيعته ونشأته وانعقاده وصحته، دار النهضة العربية، 2002.

35- عبد الواحد الفار، أحكام التعاون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية، القاهرة، 1987.

36- عزة محمد علي، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، دون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003.

37- عكاشة محمد العال، الضمانات القانونية لحماية الإستثمارات العربية، مركز الدراسات العربي- الأوروبي، الطبعة الأولى، يوليو 2001.

38- عليوش قربوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

39- عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2008.

40- عيبوط محند وعلي، الإستثمارات الاجنبية في القانون الجزائري، دار الهومة، الجزائر، 2013.

41- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2006.

42- فؤاد عبد المنعم رياض، تنازع القوانين والإختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبيةن دار النهضة العربية، 1994.

43- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، المجلد الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.

44- قادري عبد العزيز، الإستثمارات الدولية، "التحكيم التجاري الدولي، ضمان الإستثمارات"، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

45- قطب مصطفى سالف، الاستثمار أحكامه وضوابطه في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2000.

46- كريستوف إمهوس، التحكيم والوسائل البديلة لحسم المنازعات "كيفية حسم منازعات التجارة العالمية"، ترجمة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة، 2002.

47- كمال ابراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1999.

48- لما أحمد كوحان، التحكيم في عقود الإستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2008.

49- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، دون سنة النشر.

50- محمد الجوهري، دور الدولة في الرقابة على مشروعات الاستثمار، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، بدون طبعة، الإسكندرية، مصر، 2008.

51- محمد السيد عرفة، التحكيم والصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2006.

52- محمد عبد العزيز سعد النعماني، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2002.

53- محمود سيد عمر، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دون طبعة، الإسكندرية، دار مطبوعات الجامعية، 2003.

54- محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، 2004.

55- مصطفى محمد جمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1998.

56- معتز العقيقي، نظام الطعن على حكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.

57- مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل المنازعات، دار الهدى، الجزائر، 2010.

58- منى محمود مصطفى، الحماية الدولية للإستثمار الاجنبي المباشر ودود التحكيم في تسوية منازعات الإستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

59- منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995.

60- ناريمان عبد الكريم، إتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 1966.

61- نبيل عبد الجبار الجومرد، المتغيرات المؤثرة على استثمار القطاع المحلي في الأردن، مركز الدارسات الإستراتيجية، الجامعة الأردنية، 1990.

62- نجيب محمد عبد الله ثابت، التحكيم في القوانين العربية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، دون طبعة، دون مكان النشر، مكتب الجامعي الحديث، 2006.

63- هاني سري الدين، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقاربة، دار النهضة العربية، 2005.

64- هشام صادق، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون سنة نشر.

65- هشام صادق، وحفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1998- 1999.

66- هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، الطبعة الأولى، دار الفكر الحامعي، 2002.

67- وائل أنور بندق، موسوعة التحكيم "الإتفاقيات الدولية وقانون الدول العربية"، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الثانية، مصر، 2009.

ب/ الرسائل والمذكرات

1- أمينة خبابة، التحكيم الإلكتروني في التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2010.

2- باسمة لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، رسالة دكتوراه، حقوق، القاهرة، 2005.

3- بلقاسم خلوط، دور القضاء الجزائري في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة شهادة الماستر، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، كلية الحقوق، 2015.

4- شادي حلو أبو حلو، تسوية منازعات الإستثمار الأجنبي وفقا لإتفاقيتي واشنطن ومنظمة التجارة العالمية، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، 2004.

5- علي ملحم، دور المعاهدات في محاربة الإستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1998.

6- غسان علي علي، الإستثمارات الأجنبية ودول التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تتولد بعدها، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2004.

7- فؤاد محمد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الإستثمار الأجنبي، وفقا لأحكام القانون الدولي العام، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، رسالة ماجستير، 2010.

8- كريم محجوبة، التحكيم الإلكتروني ودوره في حل منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة شهادة ماستر، سعيدة، جامعة مولاي الطاهر، كلية الحقوق، 2015.

9- لعماري وليد، الحوافز والحواجز القانونية للإستثمار الاجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011- 2012.

10- محمود محمد ياقوت، مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دون ناشر، 1998.

11- مصطفى خالد النظامي، الحماية الإجرائية للإستثمارات الأجنبية الخاصة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002.

12- نصير عاشوري، ضمانات الإستثمار في التشريع الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، غير منشورة، الجزائر، 2010.

13- هشام محمد أحمد خالد، عقد ضمان الإستثمار والقانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة الإسكندرية، دون ناشر، 1986.

14- ياسر محمد محمد أبو زيد الفقي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية بين القانون الوصفي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه: حقوق حلوان، 2012.

ج/ المجالات والمقالات والبحوث

1- إبراهيم شحاتة، دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات الأجنبية، مجلة مصر المعاصرة، العددان 417- 418، القاهرة، 1989.

2- إلياس عجابي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المنتدى القانوني، الطبعة 7، 2014.

3- بقنيش عثمان، القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، مجلة منازعات الأعمال، العدد الخامس، 2015.

4- جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لفض منازعات الإستثمار "ICSID"، بحث مقدم إلى ندوة أهمية الإلتجاء إلى التحكيم التجاري بالمنطقة بدلا من التحكيم في دول الغرب، المركز الدولي للتحكيم التجاري بالإسكندرية، 1991.

5- حرير عبد الغاني، بحث حول التحكيم في القانون الجزائري، غير منشور، 2013.

6- عبد الباقي الصغير، صعوبات التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية، مقالة بجامعة القاهرة، العدد 4، 2009.

7- عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، منشورة من مجلة حقوق الكويتية، العدد الرابع، ديسمبر 1984.

8- عكاشة محمد عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكم في القانون المصري، المجلة اللبنانية للتحكيم، العدد 3، 2002.

9- وجدي راغب، هل التحكيم نوع من أنواع القضاء؟ دراسة انتقادية لنظرية الطبيعة القضائية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 1992.

د/ القوانين والنصوص التشريعية والإتفاقيات الدولية

1/ القوانين والنصوص التشريعية

1- الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 2003/08/26 المتعلق بالقرض والنقد.

2- الأمر رقم 04/95 المؤرخ في 1995/01/21 المتضمن موافقة الجزائر على إتفاقية واشنطن.

3- حكم مجلس الدولة الفرنسي، الصادر بتاريخ 4 نوفمبر 1957.

4- قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008.

5- قانون التحكيم الاردني رقم 31 لسنة 2001.

6- قانون التحكيم الأردني رقم 8 سنة 1953.

7- قانون التحكيم الفرنسي رقم 4 لسنة 1993.

8- القانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

9- قانون اليونسترال للتحكيم التجاري الدولي لعام 2010 على الموقع WWW.UNISTRAL.ORG

10- قانون رقم 16-09 مؤرخ في 3 أوت سنة 2016، المتعلق بترقية الاستثمار.

11- المرسوم التشريعي 09/93 الصادر في 1993/04/25.

12- المرسوم الرئاسي رقم 346/95 المؤرخ في 1995/10/30 المتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية واشنطن.

13- المرسوم الرئاسي رقم 95-05 المؤرخ في 1995/01/21.

14- المرسوم الرئاسي رقم 95-306 المؤرخ في 1995/10/07.

2/ الإتفاقيات الدولية

1- الاتفاقية العربية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية.

2- اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة 1965.

ر/ قائمة المراجع باللغة الفرنسية والإنجليزية

1- A. Sule Akyuz, The jurisdiction of ICSID: The Application of the article 25 of convention on the settlement of investment disputes between states nationals of ther states.

2- Amcoasia V. Indonesia case, ICSID ARB/81/1 published at 23 ILM. 1984.

3- Cour d'Appel de Paris, 26 Juin 1981 Journal De International, 1981.

4- E. Akroune Yakout, La promotion de l'investissement étranger par la protection du droit des affaires, n° 02, Agence d'édition d' étude et de communication juridiques, Alger, 2008.

5- Goldman, le droit applicable selon la convention de la BIRD du 18 Mars 1965, pour le règlement des différents relatifs aux investissements entre états et ressortissants d'autres personnes privées, la convention BIRD du 18 Mars 1969.

6- J.D.M. Lew, « Applicable law in international commercial arbitration, A study in commercial arbitration Awards, Oceana pub, New York, 1978.

7- J.P. Nipoyet, La Théorie d'autonomie, RCADI, vol 16 TL, 1927.

8- Jean Jaquet, Principe d'autonomie et contrats internationaux économiques, 1983.

9- Julian Davis Motenson, "the meaning of investment ICSID travaux and the domain of international, Vol 51, n 03, winter, 2010.

10- Moshehirch, the arbitration mechanism of the international center the settlement of investment disputes, July 1993.

11- Nigel S. Rodly, Some Aspects of the World Bank convention the settlement of investment disputes, Canadian year book of international law, N° 4, 1966.

12- Pierre Lalive, The first word bank arbitration (holiday Inns V. Marrocco) some legal problems, British year book of International law, 1980.

13- UNCTAD, EDM, MISC, 232, Add, 7 course on dispute settlement, International centre for Investment Disputes 2.8 post Award Remedies and Procedures, UN, New York and Geneva, 2003.

ز/ المواقع الإلكترونية

http://www.tribunaldz.com/Forum/t 1707.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

مقدمـــة.....01

الفصل الأول: التحكيم كآلية لضمان الاستثمار الأجنبي.....05

المبحث الأول: الاستثمار الأجنبي و ضماناته القانونية.....06

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للاستثمار الأجنبي.....07

الفرع الأول: تعريف الاستثمار الأجنبي.....07

الفرع الثاني: أنواع الاستثمار الأجنبي.....11

الفرع الثالث: عقد الاستثمار الدولي.....16

المطلب الثاني: الضمانات القانونية للاستثمار الأجنبي.....18

الفرع الأول: الضمانات التشريعية.....19

الفرع الثاني: الضمانات الاتفاقية.....26

الفرع الثالث: ضمانات تسوية منازعات الاستثمار 35

المبحث الثاني: مفهوم التحكيم و أهميته في فض منازعات الاستثمار الأجنبي.....39

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للتحكيم.....39

الفرع الأول: تعريف التحكيم 40

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم.....45

الفرع الثالث: أنواع التحكيم.....55

المطلب الثاني: أهمية التحكيم في فض منازعات الاستثمار الأجنبي.....63

الفرع الأول: أسباب اللجوء للتحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي.....64

الفرع الثاني: دور التحكيم في فض منازعات الاستثمار الأجنبي.....67

الفصل الثاني: ضوابط التحكيم في التشريع الجزائري و إعماله على المستوى الدولي.....72

المبحث الأول: التنظيم الاجرائي للتحكيم 74

المطلب الأول: شروط اتفاق التحكيم وآثاره 74

الفرع الأول: شروط صحة اتفاق التحكيم.....74

الفرع الثاني: آثار اتفاق التحكيم 80

المطلب الثاني: كيفية صدور حكم التحكيم.....83

الفرع الأول: تحديد القانون الذي تطبقه هيئة التحكيم على موضوع النزاع.....83

الفرع الثاني: كيفية صدور حكم التحكيم وشروط صحته.....87

المطلب الثالث: بطلان وتنفيذ حكم التحكيم.....93

الفرع الأول: بطلان حكم التحكيم.....94

الفرع الثاني: تنفيذ حكم التحكيم 103

المبحث الثاني: التحكيم في اطار مركز واشنطن لفض منازعات الاستثمار الأجنبي 106

المطلب الأول: ماهية المركز وتنظيمه والإجراءات المتبعة أمامه.....106

الفرع الأول: تنظيم المركز الدولي 107

الفرع الثاني: مهام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.....108

الفرع الثالث: كيفية تحريك الدعوى التحكيمية وإجرائها.....110

المطلب الثاني: نطاق اختصاص المركز والقانون الواجب تطبيق على الدعوى التحكيمية.....117

الفرع الأول: نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.....117

الفرع الثاني: القانون الواجب تطبيق على الدعوى التحكيمية.....128

المطلب الثالث: صدور الحكم التحكيمي للمركز الدولي.....139

الفرع الأول: نهائية حكم التحكيم الصادرة عن المركز.....140

الفرع الثاني: طرق الطعن في حكم التحكيم الصادرة عن هيئات المركز.....144

الفرع الثالث: تنفيذ الحكم وفقا لاتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.....153

خـــاتمة.....160

المراجع و المصادر.....163

فهرس المحتويات.....175