

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة

ميدان: الحقوق
تخصص: قانون



كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: العلوم القانونية والإدارية

رقم:

مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر أكاديمي

بعنوان

تسوية منازعات الاستثمار في القانون الجزائري

إشراف الاستاذ :
- د. يحيى مريم

اعداد الطالبين:
- بوعزيز نادية

لجنة المناقشة :

اللقب والاسم	الرتبة	الصفة
د. العيساوي حسين	أستاذ	رئيسا
د. يحيى مريم	أستاذ محاضر أ	مشرفا ومقررا
د. هلتالي أحمد	أستاذ محاضر أ	ممتحنا

السنة الجامعية: 2022-2023



ملحق بالقرار رقم 1082... المؤرخ في 27 شهر 2020
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله.

السيد/الآنسة بوعزيز نادية
الصفة: طالب. أسكذ. باحث
الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 26 15 215 032
والصادرة بتاريخ: 24. 04. 2016
المسجل بـ/كلية /
والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج. مذكرة ماستر. مذكرة ماجستير. أطروحة دكتوراه).
عنوانها:

تسوية منازعات الاستثمار في القانون الجزائري
أصرح بشرفي أنني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ:

توقيع المعني (بها)

شكر وتقدير

بسم الله الرحمن الرحيم

في قوله تعالى: "لئن شكرتم لأزيدنكم"

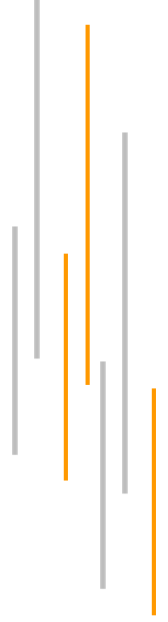
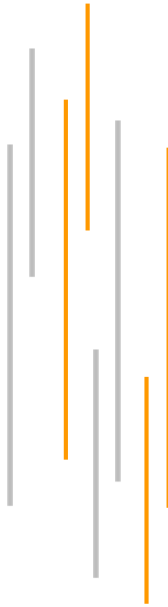
نشكر الله تعالى وتعالى على توفيقه لنا في مشوارنا الدراسي
نتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذة الفاضلة المشرفة يا حي مريم
على دعمها وتوجيهاتها القيمة وعلى نصائحها السديدة التي أفادتنا كثيرا

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي وعملي هذا إلى من كانت الجنة تحت
قدميها، إلى نبع الحنان "أمي العزيزة وأبي" رحمة الله عليهما.
إلى الشمعة التي احترقت لتضيء لي الطريق إلى الجامعة
إلى من أزاح الشوك عن طريقي ليبسط لي بساط الراحة
لأكمل درب العلم قرّة عيني
إلى كل من وسعهم قلبي ولم تسعهم ورقتي



مقدمة



تسعى مختلف الحكومات إلى إحداث تنمية اقتصادية دائمة وبمعدلات مقبولة تحسن من رفاهية أفراد مجتمعاتها، وهذا بوضع سياسة تنمية كفيلة بتحقيق الأهداف المسطرة في الجوانب الاقتصادية والاجتماعية وتتطوي هذه السياسة على مشاريع متنوعة ومتعددة يستدعى انجازها توفير مصادر تمويلية بالحجم الكافي الأمر الذي جعل التمويل القاعدة الأساسية التي تبنى عليها خطط التنمية، وللتموليد مصادر متنوعة، والتي من بينها الاستثمار الأجنبي الذي أدى خلال النصف الثاني من القرن الماضي دوراً هاماً في دعم نمو اقتصادات الدول النامية، لا سيما خلال العقدين الماضيين اللذين شهدا زيادة كبيرة في حجم التدفقات الاستثمارية، وتفسر التغيرات التي طرأت على هيكل الاقتصاد العالمي معظم تلك الزيادة وهي: الاتجاه نحو اقتصاد السوق في معظم الدول النامية وتحرير نظم التجارة والاستثمار، فضلاً عن زيادة مساهمة هذه الدول في التكامل الاقتصادي العالمي، كما أعطى الاستثمار الأجنبي المباشر دفعة هامة لمسيرة التكامل العالمي من خلال المساهمة في ربط أسواق رأس المال وأسواق العمل وزيادة الأجور وإنتاجية رأس المال في الدول المضيفة له.

وفي الواقع يحتاج نجاح الاستثمار إلى توفير بيئة استثمارية صحية مشجعة من خلال توفير ضمانات قانونية واقتصادية كفيلة بتوفير الأمان القانوني والاقتصادي للمستثمر وتحقيق التوازن بين أطراف الاستثمار، حيث تعتبر الضمانات التشريعية التي تنص عليها قوانين الاستثمار من أهم الضمانات التي ينشدها المستثمرون والمتمثلة بالوسائل المتاحة لتسوية ما قد يثار من منازعات الاستثمار التي قد تنشأ نتيجة انتهاك أحد طرفي عقد أو اتفاق الاستثمار للحقوق أو خرق الالتزامات المنصوص عليها أو اتخاذ إجراء شأنه الإضرار بالطرف الآخر ونظراً لما تتسم به الاستثمارات ولا سيما الاستثمارات الضخمة الخاصة بالركائز الاقتصادية الاستراتيجية من تعقيدات بسبب تعدد أطرافها، فإن معالجة المنازعات الخاصة بها يحتاج إلى وسائل كفيلة بمعالجتها تتسجم مع طبيعتها وبما يحقق التوازن بين مصالح أطرافها، وهو ما تسعى إليه أغلب الدول من خلال تحسين وتعديل قوانينها الاستثمارية، وعلى غرار باقي الدول، سعت الجزائر من جهتها إلى وضع قوانين للاستثمار،

غايتهما جلب المستثمرين الأجانب من خلال تقديم مختلف الضمانات والامتيازات التشريعية التي تشجع على ذلك ومن بينها ضمان تسوية المنازعات التي يمكن أن تقوم بين أطراف الاستثمار، ونظرا للطبيعة الخاصة لمنازعات الاستثمار والتي تنجم عن ذاتية وخصوصية عقود الاستثمار فقد قامت الجزائر بإحداث الكثير من التغيرات والتعديلات في قوانينها وتشريعاتها الخاصة بالاستثمار.

أهداف الدراسة:

- ✓ تشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية
- ✓ دعم المستثمرين وذلك بتبسيط الإجراءات الإدارية التي يتطلبها إنجاز المشروع الاستثماري، تتمثل هذه الأجهزة في: الوكالة الجزائرية لترقية الاستثمار والتي تعد من أجهزة الدولة الفاعلة في المجال الاستثماري، فهي مؤسسة عمومية إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، تهدف إلى ضمان ترقية أكبر الاستثمارات، كما عززت الجزائر بإبرام العديد من الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف ودعمها للشراكة الأجنبية التي تعد وسيلة لجلب الأموال والتكنولوجيا.

أهمية الموضوع :

- تكمن في كون عقد الاستثمار الأجنبي والمنازعات الناشئة عنه ذات طابع قانوني واقتصادي، مما أدى بالفقهاء لدراسته في العديد من فروع العلم، فتناوله علم الإدارة المالية وعلم الاقتصاد والمحاسبة كل في مجال اختصاصه، واهتم الفقه القانوني بدراسة الإطار التعاقدية الذي يتم فيه هذا النظام.
- هي أن عملية تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي كحافز لجلب الاستثمارات الأجنبية والتي تؤدي بدورها إلى تحريك عجلة الاقتصاد الوطني، وتدعيم الطابع التنافسي للاقتصاد المحلي ونقل الخبرات التكنولوجية والفنية الحديثة.

من خلال ما سبق ينجر عن هذه الإشكالية التالية

الإشكالية:

ومن أجل تسليط الضوء على موضوع تسوية منازعات الاستثمار في القانون الجزائري الجديد 22-18 ارتأينا طرح الإشكالية الرئيسية التالية:

ما مدى فعالية الآليات الودية والقضائية في تسوية منازعات الاستثمار في القانون الجديد 22-18؟

كما قد تطرح بعض الأسئلة الفرعية نقترح بعضها:

- ما هي الأحكام المنظمة لطرق تسوية منازعات الاستثمار الاجنبي في الجزائر؟
- كيف عالج المشرع الجزائري الآليات الودية والقضائية لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي في القانون الجديد 22-18 الصادر بتاريخ 28 يوليو 2022 ؟
- ما مدى فعالية التحكيم التجاري الدولي كآلية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي؟

أسباب اختيار الموضوع :

- **الأسباب الذاتية :** هي ارتباط الموضوع بمجال تخصصنا العلمي كون عقد الاستثمار الأجنبي والمنازعات الناشئة عنه من عقود الأعمال التي وضعت حديثا للتطور التجارة الخارجية والاقتصاد الدولي في مجال الأعمال، وكذا الرغبة الملحة في التعرّف على غاية المشرع من وضعه لآليات تضمن فض المنازعات المتعلقة بهذا العقد، ولماذا خصّ هذا العقد بجملة الضمانات القانونية والقضائية على غرار اختلاف المراكز القانونية بين المتعاقدين
- **الأسباب الموضوعية:** فمن الثابت حاليا أن مشكلة عدم توفر رؤوس الأموال اللازمة وكذا المشكلات التي تواجه كل الدول النامية والتي من بينها الجزائر وذلك لسبب محدودية تلك القيم المالية أو التقنية بها فهي لا تكاد تفي بالخدمات الأساسية

للمواطنين دون توفر الموارد المالية لتوفير الاستثمارات اللازمة لتحقيق أهداف التنمية الاقتصادية، ولذلك كان لابد أن تلجأ هذه الدول إلى تشجيع عملية انتقال رؤوس الأموال بما يتبعها من تكنولوجيا وخبرة فنية عن طريق الاستثمارات الأجنبية، حيث تسعى الدولة المضيفة إلى خلق مناخ استثماري ملائم من خلال ترسانة من التشريعات تضم جملة من الضمانات القانونية والقضائية والمتجسدة في بنود العقود المبرمة حتى يتسنى للمستثمر الأجنبي الاطمئنان على أمواله المحولة للاستثمار في السوق الجزائرية دون مخاطر.

منهج الدراسة :

اعتمدنا في هذه المذكرة وبشكل أساسي على المنهج الوصفي والتحليلي من أجل الوقوف على العديد من آراء الفقهية والنصوص القانونية بالتحليل والتمحيص لبعض العقود كون المنهجين هما الملائمين للموضوع البحث وما يشمله من تفاصيل سواء في التشريع الجزائري من خلال النصوص التشريعية والتنظيمية أو الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف.

خطة الدراسة:

وبناء على ما سبق بيانه وللإجابة على الإشكالية المطروحة قمنا بتقسيم موضوعنا محل الدراسة إلى فصلين أساسيين وهما: الفصل الأول تناولت في الفصل الأول الآليات الودية والقضائية لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي ، حيث قسمت هذا الفصل إلى مبحثين أساسيين تناولت في المبحث الأول الآليات الودية لفض منازعات الاستثمار الأجنبي ثم المبحث الثاني الآليات القضائية أما بالنسبة إلى الفصل الثاني فقد عالجتنا آلية التحكيم الدولي لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر حيث قمنا به إلى مبحثين أساسيين، المبحث الأول ماهية التحكيم التجاري الدولي أما المبحث الثاني إجراءات التحكيم وحكم

التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، وفي الأخير خاتمة وقائمة المصادر والمراجع.



الفصل الأول



الآليات الودية والقضائية لفض منازعات عقود الاستثمار
الأجنبي

واكب التوجه المعاصر إبرام العديد من المعاهدات والاتفاقيات الدولية الإقليمية والعالمية، والمنظمة لهذه الطرق البديلة باختلاف أنواعها خاصة في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية، وذلك من أجل تحقيق مقاربة وتكامل إقتصادي ثنائي أو جهوي أو عالمي، فعلى المستوى العربي نجد الاتفاقية العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات لسنة 1924، التي وضعت عدة آليات لفض المنازعة المتعلقة بضمان الاستثمارات وائتمان الصادرات بين الدول العربية وذلك قبل اللجوء إلى التحكيم ومنها: المفاوضات والوساطة والتوفيق كما سيأتي بيانه في موضعه من هذه الدراسة.

المبحث الأول: مجال المفاوضات ودورها في تسوية النزاع

المبحث الثاني: اللجوء إلى القضاء الوطني.

المبحث الأول: مجال المفاوضات ودورها في تسوية النزاع

تعتبر هذه الآليات بمثابة الحلول الودية التي يتم اللجوء إليها لفض المنازعة المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر قبل اللجوء إلى القضاء، هذه الآليات التي تجد مصدرها سواء في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر ذاته أو في القانون الوطني أو الدولي، وعليه نستعرض لهذه الآليات البديلة بخلاف التحكيم كما يلي: المفاوضات والتوفيق والوساطة. وهذا ما سنوضحه في هذا المبحث.

المطلب الأول: مفهوم المفاوضات

تجد المفاوضات مجالها لتسوية النزاعات الاستثمارية ضمن الاتفاقيات المتعددة الأطراف المصادق عليها من طرف الدولة، في إطار النزاعات التي يمكن أن تنشأ بين الدولة المضيفة للاستثمار ومستثمر تابع لدولة أخرى .

الفرع الأول: تعريف المفاوضات

هي طريقة يسعى الطرفان المتنازعان (الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي) من خلالها إلى إنهاء النزاع بعيدا عن أي تدخل للهيئات القضائية الأخرى، سواء كانت تحكيمية أو قضاء رسميا لترسيخ التعاون والثقة المتبادلة بينهما، لأن تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار كانت ولا تزال مرتبطة بتطهير مناخ الاستثمار وبتنمية روح التعاون بين الأطراف، وهي وسيلة للتداول تهدف إلى إنشاء علاقة متينة¹، وتعرف على أنها تبادل للرأي بين طرفين متنازعين أو أكثر بقصد الوصول إلى تسوية للنزاع القائم بينهما، كما أنها عبارة عن عملية حوار ونقاش هدفها توزيع المكاسب والمخاطر بشكل مقبول على أطراف النزاع ، من جهة أخرى تعرف على أنها وسيلة يقوم بواسطتها الأطراف بالفصل في نزاع دون إعمال للقانون .

¹ - HORCHANI (F), Investissement intr. Arabe .recherche sur la contribution des conventions multilatérales arabe, a la formation d'un droit régional des investissements ERP, Tunis, 1992, p 361.

وتعد هذه الوسيلة عملية ناجحة لتسوية النزاعات الدولية إذا ما توافرت النوايا الحسنة لدى الأطراف، خاصة وأن المفاوضات تتم بالمرونة وكسر الحاجز النفسي بين الدول المتنازعة وقد تلجأ الدول إلى وسيلة المفاوضات بموجب التزامات متبادلة في معاهدات ثنائية أو متعددة الأطراف عندما ينشأ نزاع حول تطبيق أو تفسير هذه المعاهدات.¹

الفرع الثاني: مجال المفاوضات

طبقاً لما هو منصوص عليه دولياً فإن الاتفاقية المنشأة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار باعتبارها عضو في مجموعة المركز الدولي تقوم بتشجيع تدفق الاستثمار الأجنبي في بلدان الأسواق الناشئة وذلك بإتاحة التأمين ضد مخاطر العملة والقيود على نقل الأرباح ونزع الملكية، فهذه الوكالة الدولية تنوب المستثمر الأجنبي حيث تلجأ مع الدولة المضيفة إلى طريقة المفاوضات قبل اللجوء لآلية أخرى. وقد عمل بهذا الأسلوب في إطار الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، والتسوية الودية طبقاً للملحق الخاص بالاتفاقية يمكن أن تأخذ شكل اتفاق يتم إبرامه بين الوكالة والدولة المضيفة باعتباره كإجراء بديل، ولكن يجب اشتراط افقة مجلس إدارة الوكالة بالأغلبية الخاصة على هذا الاتفاق قبل قيامها بأي عملية .

وما يمكن تأكيده هو أن الوكالة تساعد على تسوية النزاعات بين المستثمر الأجنبي والحكومات المضيفة كي تحافظ على المشروعات التي تساندها ، وسوف نبرز مجال المفاوضات من خلال ما يلي:

أولاً: الطابع الإلزامي للمفاوضات : إن هذا الإجراء يبادر به الطرفين المتنازعين ، حيث أنه عبارة عن حوار ونقاش بين متخاصمين أو أكثر من أجل إيجاد حل مقبول بينهما لكن السؤال الذي يطرح نفسه هل الالتزام بالتفاوض هو التزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة من الطرف في النزاع عند مباشرته لهذه العملية ؟

¹ - علي صادق أبو هيف ، القانون الدولي العام ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ط 11، 1975، ص 730 .

لمعرفة هذه المسألة يجب الرجوع إلى ما هو مذكور في الاتفاقيات المتعلقة بضمان الاستثمار حيث نجد الاتفاقية المنشأة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار، وكذلك الاتفاقية المنشأة للوكالة العربية لضمان الاستثمار تنص : بادر ، يسعى ، يحاول طرفي النزاع، هذه الصيغ تفيد أن الطرفين غير ملزمان بتحقيق نتيجة أثناء إجراء عملية التفاوض بقدر ما هما ملزمان ببذل الجهود للوصول للتسوية النهائية للنزاع.¹

لهذا فإن غرضهم هو بدل عناية وليس تحقيق نتيجة ، أي يقع على عاتق الأطراف التزام ببذل العناية اللازمة والتفاوض بحسن نية بهدف أن يتوصلوا مع بعضهم مجتمعين لوضع حد لنزاعهم الذي نشب عن تنفيذ العقد²، والشيء الذي يؤكد عدم إلزامية الحل الذي يتوصل إليه أطراف النزاع هو أنهم غير ملزمين اتجاه أي هيئة ، ولهذا يمكن أن لا يلتزم أي أحد من الأطراف بالحل المتوصل إليه، وقد يلجأ الطرفين إليها بموجب التزامات متبادلة في معاهدات ثنائية أو متعددة الأطراف³، وكون المفاوضات تشكل فقط التزاما ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق نتيجة فقد أكدت ذلك المحكمة الدائمة للعدل الدولية في رأيها الاستشاري المتعلق بالنزاع الذي قام بين أثينا وبولندا بنصدها " إن الالتزام بالتفاوض لا يعني الالتزام بالتوصل إلى اتفاق"، ولهذا فإن الشيء المؤكد والذي يتفق حوله كل من الفقه والاجتهاد القضائي الدولي اليوم هو : أن الالتزام بالتفاوض التزام ببذل عناية وليس بتحقيق غاية ، وتعد هذه المفاوضات أنجع طريقة ومن بين الوسائل غير القضائية لتسوية النزاعات الاستثمارية، لأن الالتجاء إلى الوسائل القضائية مكلفة فهي مضرّة بمستقبل العلاقات بين

¹ - بسكري رفيقة، آليات تسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم القانونية، فرع قانون الأعمال، جامعة العقيد الحاج لخضر باتنة ، 2003-2004 ، ص51.

² - أبريان علاء، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي، لبنان، 2008، ص111 .

³ - خالد منصور القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، دار الشروق، القاهرة ، 2002، ص126.

الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي سواء حاليا أو بقدر ما هي على الأمد البعيد¹، فالمفاوضات تشمل العديد من النزاعات تتهيأ بطريقة إيجابية.

ثانيا: النزاعات المشمولة بالمفاوضات : إن النزاعات الاستثمارية الممكن تسويتها عن طريق المفاوضات ، تتمثل في كل نزاع يجمع الوكالة الدولية بصفقتها خلفا للمستثمر الأجنبي بالدولة المضيفة للاستثمار بصفقتها الدولة العضو أو بمؤسسة تابعة لها ، وهذا حسب ما هو منصوص عليه في المادة 57 من الاتفاقية المنشأة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار، فالدول العربية نزاعاتها مشمولة عن طريق الوكالة العربية لضمان . كما يجب أن تكون هذه النزاعات قانونية وهذا حسب نص المادة 19 من الاتفاقية المغاربية لضمان الاستثمار، وأن يكون هذا الاستثمار صالحا من جانب الوكالة وخالي من العيوب²، ويمكن أن تكون هذه الاستثمارات مباشرة أو مساهمة في تنمية رؤوس الأموال أو على شكل قروض.

ثالثا: إجراء المفاوضات : تؤكد المادة 5/40 من اتفاقية منظمة التجارة الدولية على أنه يجب على الأعضاء السعي خلال المفاوضات وفق أحكام اتفاق مشمول إلى تسوية مرضية للمسألة قبل اللجوء إلى أي إجراء آخر ينص على هذا التفاهم³، إذن من تحليل هذه المادة نجد أن مرحلة المفاوضات إلزامية يجب اللجوء إليها أثناء تسوية النزاع قبل اتخاذ أية آلية أخرى .

ومن حيث إجراءاتها فأكدت جميع الاتفاقيات المتعددة الأطراف الجهوية أو الدولية على أن المفاوضات لا بد أن تجرى في خلال ستة (6) أشهر وهذا من أجل حث المتفاوضين على الإسراع في إيجاد الحل التفاوضي ، وتبدأ هذه المدة حسب الاتفاقية

¹ - TERKI Nouredine, « l'arbitrage international et l'entreperise publique économique en Algérie » ; n revue Arb 3,1990, p597 .

² - طالبى حسن، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ، 2005-2006، ص 306.

³ - يسكري رفيقة ، مرجع سابق ، ص 54 .

الدولية المنشأة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار أو الاتفاقية العربية لضمان الاستثمار منذ أول طلب يقوم به أحد الطرفين يعلن من خلاله عن نيته في اللجوء إليها ، ويكون ذلك في شكل عريضة يقوم بتوجيهها أحد الطرفين إلى الآخر، لكن لا بد من توفر الإرادة لكلا الطرفين في قبول ذلك

رابعاً: إنهاء المفاوضات: تنتهي المفاوضات بالوصول إلى حل نهائي للنزاع أو عدم جديته، ففيما يخص آليات تسوية النزاعات في منظمة التجارة العالمية فإنه يجب على الدولة المشكو ضدها أن تجيب طلب إجراء المشاورات خلال 10 أيام من تاريخ تلقيها ذلك، وخلال 30 يوماً بعد تلقي الدولة طلب هذا الإجراء يجب على الدولة المشكو ضدها أن تبتدئها مع الدولة التي طلبتها وإذا لم ترسل الدولة المقدم لها ذلك خلال المدة المحددة أو أرسلت الرد ولكنها لم تدخل معها في المفاوضات خلال 20 يوماً من تاريخ طلبها أو أنها أخفقا في ذلك بعد مرور 20 يوماً، فإنه يحق للدولة الشاكية أن تطلب من جهاز تسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية تشكيل فريق التوفيق للنظر في النزاع بدلا من المفاوضات.¹

المطلب الثاني: التوفيق في مجال تسوية منازعات الاستثمار

التوفيق

يعد التوفيق وسيلة ودية لتسوية منازعات الاستثمار، فهو يقدم مقترحات لأطراف النزاع بعد التحقيق في النزاع بين الطرفين، بيد أن تلك المقترحات ليست ملزمة قانوناً لأطراف النزاع، وتهدف إلى الوصول إلى حل لتسوية هذه النزاعات من خلال الفحص المحايد والعاقل وتقريب وجهات النظر .

¹ - يسكري رفيقة ، مرجع نفسه، ص 65 .

الفرع الأول: تعريف التوفيق.

يعرف البعض التوفيق على أنه تسوية ودية لنزاع معين، والهدف من التوفيق هو منع اللجوء إلى المحاكم العادية، ومضمون نظام التوفيق هو تدخل شخص من الغير يرتضيه الطرفان المتنازعان بحيث يقوم ببذل جهد معين للحد من نطاق الخلاف بين المعنيين ومحاولة الوصول إلى اقتراح يرتضيه الخصوم.

ويقصد بالتوفيق في النزاعات الناتجة عن إبرام وتنفيذ عقود BOT¹ اختيار طرفي العقد بوت BOT موقفاً أو أكثر CONCILATOR يتصف بالحياد ليتولى وضع الحلول الوسط و البدائل المختلفة للمنازعات الخلافات التي تنشأ بين الأطراف، ومن الملاحظ أن العديد من الدول قد لجأت إلى هذا الطريق في حل المنازعات الناجمة عن إبرام عقود البوت BOT ، ومن بين هذه الدول بنغلادش وبريطانيا وبعض دول أمريكا الجنوبية وهونغ كونغ وذلك نظرا لفعالية التوفيق في حل المنازعات الناجمة عن عقود البوت BOT . وبهذا يضحى التوفيق هو اتفاق بين طرفين أو أكثر على تفويض شخص أو أكثر لحسم النزاع بينهما بطريقة ودية.

في حين يذهب جانب من الفقه إلى اعتبار التوفيق طريقة ودية لفض المنازعات عن طريق الخصوم أو طرفي عقد البوت أنفسهم أو عن طريق المساعدة من الغير بغية الوصول إلى حل للخصومة فإذا نجح الخصوم في الوصول إلى هذا الحل يحررون به محضرا رسميا موقعا منهم ومن الشخص المختار للتوفيق بينهم.

¹ -عقود البوت BOT هي مشروعات تقوم الدولة أو أحد هيئاتها بإبرام عقد مع مستثمر أجنبي لتمويل وتشبيد مرفق من المرافق لحساب الجهة الحكومية، على أن يكون للمستثمر حق استغلال المرفق تجاريا وتحصيل أرباح التشغيل لحسابه الخاص لفترة معينة، تنتقل بعدها أصول المرفق وإدارته إلى الجهة الحكومية.

وبهذا يضحى التوفيق هو محاولة الوساطة في إجراء تسوية ودية عن طريق الموفق
CONCILIATEUR الذي يدرس النزاع ويقدم مقترحات وسط للتقريب بين الأطراف وليست
قرارات ملزمة مثل التحكيم.

الفرع الثاني: انواع التوفيق.

تتعدد أنواع التوفيق، فنجد التوفيق الخاص وذلك عندما يدرج طرفا المنازعة في
عقودهم مجموعة من القواعد الخاصة بمنظمة دولية معينة كقواعد توفيق لجنة الأمم المتحدة
للقانون التجاري الدولي اليونسترال لعام 1980 باعتبارها قواعد عامة يجب الرجوع إليها عند
نشوء منازعة، بالإضافة إلى وجود التوفيق المؤسسي الذي يتم تنظيمه عن طريق إحدى
المؤسسات أو المراكز المتخصصة ومثال ذلك قواعد الاتفاق الاختياري لغرفة التجارة الدولية
وكذلك قواعد التوفيق الخاص بمركز الوساطة والمصالحة التابع لمركز القاهرة الإقليمي
للتحكيم التجاري الدولي C.R.C.I.C.¹

- **الإجراءات الخاصة بالتوفيق:** يعتبر التوفيق من المهام الأساسية للمركز الدولي
لتسوية منازعات الاستثمار C.I.R.D.إ إلى جانب مهمة التحكيم، بعد تقديم طلب
حل النزاع بالتوفيق، تشكل لجنة التوفيق وتعمل وفق إجراءات معينة، لتنتهي الدعوى.
- **تشكيل لجنة التوفيق:** تشكل عقب تسجيل طلب التوفيق، وقد تتألف من
موفق وحيد أو من عدد فردي من الموفقين طبقاً لاتفاق الأطراف، وعند غياب
مثل هذا الاتفاق تشكل اللجنة من ثلاثة موفقين ، كل طرف يعين موقفاً
واحداً، ويتم تعيين الموفق الثالث الذي هو رئيس اللجنة بناءً على اتفاق
الطرفين (المادة 29 من اتفاقية واشنطن).

¹ - عصام أحمد البهجي، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، ب.ط، دار الفكر الجامعي، مصر، ص43.

إذا لم تشكل اللجنة في خلال تسعين (90) يوماً من تاريخ الإخطار بتسجيل الطلب يقوم رئيس المجلس الإداري بناء على طلب الطرف المستعجل بتعيين الموفق أو الموفقين الذين لم يعينوا (المادة 30 من اتفاقية واشنطن)¹.

- **إجراءات التوفيق** : تختص اللجنة بنظر المنازعات وفق اختصاصها وإذا دفع أحد الأطراف بعدم اختصاصها عليه أن يثبت ذلك، لتقرر ما إذا يعامل هذا الدفع كمسألة شكلية أو موضوعية.

تعمل اللجنة وفق إجراءات التوفيق أو وفق لائحة التوفيق المعمول بها في تاريخ موافقة الأطراف على التوفيق.²

تقوم اللجنة بدراسة النقاط محل النزاع وعليها أن تبذل جهودها لتوجيه الأطراف نحو الحل الذي يقبلانه ، ولهذا يجوز لها أن تضع شروطاً للتسوية ، وعلى الأطراف أن يتعاملوا بحسن نية مع اللجنة لكي تتمكن من تأدية وظائفها.³

- **نهاية إجراءات التوفيق** : تنتهي إجراءات التوفيق بتوصل الأطراف إلى اتفاق أو لا.

ففي حالة توصلهم إلى اتفاق تقوم اللجنة بإعداد محضر رسمي يتناول عرض رسمي لوقائع النزاع مع إثبات اتفاق الأطراف، وفي الحالة العكسية تقوم بإنهاء الإجراءات وتحرر محضراً رسمياً تقرر فيه عدم توصل الأطراف إلى اتفاق بشأن النزاع المعروض على

¹ - حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، ب.ط، دار هومة، الجزائر ، ص126.

² - أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، ب.ط، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990، ص141.

³ - أميرة جعفر شريف ، تسوية المنازعات الاستثمارية دراسة قانونية تحليلية مقارنة ، ب.ط ، دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2016 ، ص 172.

التوفيق¹، ومتى حصل ذلك فإنه لا يجوز لأي من الطرفين أن يستند إلى عروض التسوية التي قدمت خلال إجراءات التوفيق متى تم عرض النزاع على هيئة تحكيم أو على القضاء.² ومن هنا يتضح أن إجراءات التوفيق تجري من خلال مساعي حميدة بعيدا عن فكرة الخصومة وهو ما يمكن الطرفين من الاحتفاظ بعلاقات طيبة ويكون لكل من الطرفين الحرية في قبول أو رفض اقتراحات الموفق غير أن اقتناع طرفي النزاع بحياد الموفق يدعوها أحيانا إلى النظر بعين الاعتبار إلى الاقتراحات التي يقوم بتقديمها والحلول التي يطرحها. ومما يؤكد على أهمية دور الموفق أن يكون الموفق متخصصا في نفس المجال التي تدور فيها المنازعة هنا يصبح دور الموفق أكثر فاعلية وإثمارا لحل النزاع وإجبار الأطراف على حسم المنازعة بينهم عن طريق التوفيق.

المطلب الثالث: الوساطة

الوساطة هي وسيلة اختيارية يتم اللجوء إليها بإرادة الأطراف خلال أي مرحلة من مراحل النزاع ويختارون خلالها إجراءات وأسلوب الوساطة من أجل فهم موضوع النزاع ووضع الحلول المناسبة له.

وقد عرفها الأستاذ فوشار بأنها : آلية تقوم على أساس تدخل شخص ثالث محايد في المفاوضات بين الطرفين تكون مهمته محدودة في محاولة التوفيق بين الأطراف أو بذل المجهود لتقديم حل يرضي الطرفان.³

في حين عرفها الدكتور هوام علاوة بأنها : وسيلة لتسوية النزاعات بعيدا عن القضاء. تتم من خلال إجراءات سرية تكفل الخصوصية بين أطراف النزاع وتعمل على تسوية خلافاتهم باستخدام وسائل وفنون ومهارات التفاوض بهدف الوصول إلى حل يرضي جميع

1 - المادة 34-02 من اتفاقية واشنطن.

2 - المادة 25 من اتفاقية واشنطن.

3 - مجلة المحكمة العليا عدد خاص الطرق البديلة لحل النزاعات الصلح والوساطة والتحكيم جوان سنة 2008 ص 570.

الأطراف ويحقق لكل طرف مآربه وأهدافه، يقوم بها طرف أجنبي عن العقد ميزته الحياد والاستقلال والكفاءة.¹

إذن فمضمون الوساطة هو لجوء الأطراف المتنازعة إلى شخص ثالث محايد" الوسيط يساعدهم على التفاوض ويقرب بين وجهات نظرهم ليصلا إلى حل يرتضيانه للنزاع، وتقتصر مهمة الوسيط على بناء سبل الحوار بين أطراف النزاع وصولا إليهما إلى إيجاد حل يرضيهما ويحقق هدفهما، وبذلك يكون طرفي عقد الاستثمار قد صنعا بأنفسهما حلا وحكما لنزاعهما.

إن تدخل القاضي في تعيين الوسيط يضيف على هذه الوساطة الصفة القانونية، ويتم إصدار أمر تعيين الوسيط بعد تأكد القاضي من قبول الأطراف للوساطة حسب نص المادة 994 من ق.أ.م.أ. وعندها تنطلق إجراءات الوساطة.²

• **عرض القاضي للوساطة وقبول الخصوم بها:** استقر الرأي على أن للأطراف وللوسيط الحرية الكاملة في تنظيم إجراءات الوساطة بالنحو الذي يمكنهم من الوصول إلى الغاية التي يرمونها فهم سيد الموقف في وضع وتنظيم تلك الإجراءات وعلى ذلك فهم من يحددون متى تبدأ إجراءات الوساطة.³

تبدأ إجراءات الوساطة بعرض القاضي الوساطة على الخصوم، وهو إجراء وجوبي على القاضي استفاؤه قبل أي إجراء وفي أول جلسة وهو ما نصت عليه المادة 994 من ق.إ.م.إ في الفقرة 2 كما يلي: "يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام".

¹ - هوام علاوة ، الوساطة القضائية بديل لحل النزاع وتطبيقاتها، أطروحة دكتوراه، جامعة باتنة 2013 ، ص 15.

² - أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، ط 1 ، دار النهضة العربية، ص 201.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق، ص 201 .

• **تعيين القاضي للوسيط:** بمجرد صدور الأمر القاضي بتعيين وسيط يقوم أمين الضبط بتبليغ نسخة منه للخصوم والوسيط، ويقوم الوسيط بإخطار القاضي بقبول مهمة الوساطة دون تأخير طبقا لنص المادة 1000 من ق.أ.م.أ. والتي تنص على: بمجرد النطق بالأمر القاضي بتعيين الوسيط، يقوم أمين الضبط بتبليغ نسخة منه للمخصوم .

ويكون إخطار الوسيط كتابيا ويتضمن أمر تعيين الوسيط مدة الوساطة وهي مدة محددة بثلاثة أشهر قابلة للتجديد لنفس المدة مرة واحدة بطلب من الوسيط عند الاقتضاء بعد موافقة أطراف الخصومة، وذلك وفقا لما جاء في المادة 994 من ق. إ.م. إ والتي تنص على ما يلي: لا يمكن أن تتجاوز مدة الوساطة ثلاثة أشهر ويمكن تجديدها لنفس المدة مرة واحدة بطلب من الوسيط عند الاقتضاء، بعد موافقة الخصوم .

ولقد لجأ المشرع إلى تحديد مدة الوساطة تحقيقا لهدف من أهداف الوساطة وهو السرعة في الفصل في النزاعات، وهذا التحديد يمنع الخصوم من التعسف، والإطالة، والإضرار ببعضهم البعض حتى لا تكون الوساطة مجالا للتماطل التي قد تقتل روح العدالة، وهذه المدة المحددة مدة معقولة، لذلك أن التجارب الأجنبية بينت أن أغلب القضايا التي عرضت على الوساطة لم تتجاوز مهلة ثلاثة أشهر للوصول إلى الاتفاق أو الفشل.¹

• **إجراءات الوساطة :** بعد موافقة الوسيط لإجراء الوساطة يقوم باستدعاء الأطراف لأول لقاء، تنطلق عندها عملية الوساطة، ويباشر الوسيط المهمة المسندة إليه من تلقي وجهة نظر كل طرف في القضية وسماع كل من يمكن سماعه ومحالة التوفيق بين وجهات النظر.²

¹ - عروى عبد الكريم، الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية الصلح والوساطة القضائية ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر ، فرع عقود ومسؤولية ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، الجزائر ، 2012 ، ص 107.

² - عروى عبد الكريم، مرجع سابق، ص 107.

• **محضر الوساطة:** عند انتهاء الوسيط من مهمته، ما لم تنته بأمر من القاضي تلقائياً أو بطلب من الخصوم بخطر الوسيط القاضي الأمر بالوساطة كتابياً بما توصل إليه الخصوم من اتفاق أو عدمه، وفي حالة ما إذا تم الاتفاق فإن الوسيط يحضر محضراً يضمنه محتوى الاتفاق ويوقعه هو والخصوم طبقاً لنص المادة 1003 من ق.إ.م.إ التي جاء فيها عند إنهاء الوسيط لمهمته، يجبر القاضي كتابياً بما توصل إليه الخصوم من اتفاق أو عدمه، وفي حالة الاتفاق يحضر الوسيط محضراً يضمنه محتوى الاتفاق ويوقعه الخصوم.

• **رجوع القضية للجدول:** ترجع القضية للجدول في التاريخ المحدد في أمر تعيين الوسيط القضائي وفقاً لنص المادة 1003 فقرة 03 من ق.إ.م.إ التي نصت على ما يلي: ترجع القضية أمام القاضي في التاريخ المحدد لها مسبقاً.

وفي حالة الاتفاق يحضر الوسيط محضراً يضمنه محضر الاتفاق ويوقعه الخصوم، ويودع المحضر لدى أمانة الضبط، ويتولى أمين الضبط مهمة استدعاء الوسيط والخصوم للجلسة، إما عن طريق البريد المتضمن أو بتسليمه إليه عند حضوره إلى أمانة الضبط مقابل وصل استلام الاستدعاء، مع العلم أن القضية لا تعتبر قد خرجت من الجدول بل إنها مؤجلة وبالتالي يقوم أمين الضبط بتمرير ملف القضية إلى الجلسة بعد استدعاء الأطراف.¹ ونفس الأمر إذا لم يتم الاتفاق على حل فإن القضية ترجع للجدول، ويتواصل فيها التقاضي بالإجراءات العادية.

- **مهمة الوسيط:** عند قبول الوساطة يبدأ دور الوسيط وعندها يلتزم بالدور الذي عين من أجله في مقابل ذلك له الحق في تلقي الأتعاب.²

¹ - عروى عبد الكريم، مرجع سابق، ص 108.

² - عروى عبد الكريم، مرجع نفسه، ص 109.

المبحث الثاني:

اللجوء إلى القضاء الوطني

يعتبر القضاء الوطني هو الجهة الأصلية المختصة بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار حيث أن تلك النزاعات سوف تنشأ داخل الدولة المضيفة للاستثمار وهو ما يعطي بالتالي قضائها اختصاصا أصليا لفصل في تلك المنازعات وذلك في ظل غياب النص في النظم والتشريعات للآليات الأخرى المتفق عليها، وفي هذا السياق تتضمن الكثير من التشريعات المتعلقة بالاستثمار النص على اختصاص المحاكم الوطنية بالنظر في المنازعات العالقة به أو التي قد تنشأ عن تنفيذ الاستثمارات الأجنبية داخل إقليم الدولة المضيفة .

المطلب الأول: خضوع منازعات الاستثمار الأجنبي إلى القضاء الإداري

هنالك نوعان من المنازعات يمكن إخضاعها للمحاكم الإدارية، حيث يتمثل النوع الأول في النزاع الذي ينشأ بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والمستثمر الأجنبي، عندما ترفض الوكالة أن تمنح المستثمر المزايا طبقا لشروط المحددة في الأمر المتعلق بتطوير الاستثمار أما النوع الثاني من المنازعات فيتعلق بالجباية اللصيقة بعملية الاستثمار

الفرع الأول: النزاع الناشئ عن العلاقة بين الوكالة الجزائرية لترقية الاستثمار (ANDI) والمستثمر الأجنبي

كان في القانون القديم الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمارات وبعد تعديل المادة 18 أصبحت تدعى الوكالة الجزائرية لترقية الاستثمار، حيث تقوم آلية التسوية لنزاع القائم بين المستثمر الأجنبي وهيئة تطوير الاستثمار وذلك بموجب الوظائف المخولة للوكالة وهي عديدة من بينها وظيفة الترقية والمتابعة ومنح المزايا المرتبطة بعقد الاستثمار وما يتخلله من إجراءات إدارية سواء خلال مرحلة انطلاق المشروع أو الإنجاز المشاريع وفي هذا الإطار

فهي تضع كل المعلومات ذات الطابع القانوني والاقتصادي والمالي والتكنولوجي تحت تصرف المستثمرين كما تعمل على حل كل مشاكل التي تعترضهم خلال مباشرة مشاريعهم الاستثمارية وهي بذلك تشتغل كسند للمستثمر أكثر ما تعمل كهيئة حكومية حيث تشكل عملية منح المزايا المرتبطة بالاستثمار من أهم العمليات التي تقوم بها الوكالة الاستثمار سواء أكانت مشاريع صغرى أو كبرى حيث أنه بعد الطلب المقدم من طرف المستثمر الأجنبي، تقوم الوكالة بمنح المزايا لفائدة المشاريع الاستثمارية المقترحة بالاستناد إلى الشروط المحددة من طرف المجلس الوطني للاستثمار وبعد فحص مدى تطابق المشاريع المقترحة تتخذ الوكالة قرارها ، بالقبول أو الرفض المزايا في مدة لا تتجاوز ثلاثين يوما ابتداء من تاريخ طلب الاستفادة من المزايا المقدم من قبل الوكالة للمستثمر الأجنبي، والملاحظ هنا أن بداية سريان المدة القانونية لتبليغ القرار من قبل الوكالة للمستثمر يبدأ من تاريخ تقديم الطلب لاستفادة من المزايا، فهذا يعني أنه لا يمكن أن تسري المدة القانونية لرد الإدارة خارج هذا التاريخ، أما عن شكل الطلب فيجب أن يأخذ شكلا كتابيا وموقعا من طرف المستثمر وليس من طرف وكيله، أما عن التصريح بالاستثمار فسوف لن يخرج عن الإطار العام المنصوص عنه وفقا لمقتضيات المادة 02 من الأمر 03-01¹ وأن كان التصريح بالاستثمار ليس ضروريا لاستفادة من المزايا ، فإنه في ضل الأمر المذكور أعلاه يعد تقديم الطلب شرطا جوهريا لبداية احتساب المدة القانونية لرفض أو القبول وهو ما يبرر وجود رقابة قبلية تمارسها الوكالة للتأكد من مطابقة الطلب للاستحقاق المزايا المطلوبة.²

يعد سكوت الوكالة بعد مضي ثلاثين يوما من إيداع طلب المزايا من قبل المستثمر رفضا ضمنيا لطلبه إضافة إلى أن المدة المقررة هي مدة قانونية لا يمكن تجاوزها بأي حال من الأحوال، حيث يعتبر قرار الوكالة قرار إداريا أحاديا وهو شبيه بالاعتماد أين تجد الإدارة

¹ - المادة 02 من الأمر 03-01، المؤرخ في 20/08/2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر، ع47.

² - يوجد مقر الوكالة في مدينة الجزائر إلى جانب مكاتب جهوية وهي الهياكل المنصوص عليها في المادة 22 من الأمر 03-01 المذكور أعلاه إلى جانب إمكانية انشاء مكاتب تمثيل بالخارج

نفسها حرة في منح أو في عدم منح الاعتماد وكذلك في عدم تسبب قرارها في حال الرفض فيجب على الإدارة تسبب قرارها بالرفض تكريسا لمبدأ الشفافية في علاقتها بالمستثمر، ومن جانب آخر نص الأمر 03-01 على سحب المزايا إذا لم يحترم المستثمر آجال الإنجاز وشروط منح المزايا كجزاء في مواجهة المستثمر وهو شكل من أشكال الرفض الذي يأتي في طور المتابعة، إلا أنه خارج حالة السكوت والرفض الصريح للمزايا المطلوبة فإن الأمر السلف الذكر قد منح المستثمر في حال عدم اقتناعه بالقرار الصادر عن الوكالة حق التظلم لدى السلطة الوصية وفي هذا السياق تنص المادة 7 الفقرة 4 من الأمر المذكور أعلاه على أنه في حالة عدم الرد من قبل الوكالة أو الاعتراض على قرارها يمكن أن يقدم المستثمر طعنا لدى السلطة الوصية على الوكالة التي يتاح لها أجل أقصاه 15 يوما للرد عليه، وتعطى هذه المادة¹ للمستثمر حق التظلم الإداري لدى الجهة الوصية هي رئيس الحكومة وذلك تطبيقا للمادة 6 من نفس الأمر التي تنص على أنه " تتشأ لدى رئيس الحكومة وكالة وطنية لتطوير الاستثمار وتدعى في صلب نص وكالة " ويعرف التظلم الإداري عموما على أنه يوجه من ذي الشأن ضد قرار غير مشروع للإدارة من أجل إعادة النظر فيه كما يمكن اعتبار هذا الإجراء كشرط ضروري بالنسبة للدعوى الإدارية بصفة عامة ودعوى الإلغاء بصفة خاصة.²

وفي هذا الخصوص نص التعديل الجديد للأمر 03-01 بالقانون 09-16 وبالتحديد المادة 11 منه على أحقية المستثمر لتقديم طعن أمام لجنة تحدد تشكيلتها عن طريق التنظيم، وذلك دون المساس بحقه في اللجوء إلى القضاء المختص، وهذا ما نستنتج منه جوازية الطعن والذي يعني التظلم كمرحلة سابقة عن المرحلة القضائية لأن القرار المسبق الناتج عن التظلم الإداري هو قرار لا يربط ولا يمكن أن يحل محل القرار الأصلي

¹ - المادتين 32 و 33 الأمر 03-01.

² - أحمد محيو، المنازعات الادارية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1983، ص ص 69- 89.

للكوالة، كون الكوالة هيئة وطنية عمومية ذات طابع إداري، حتى وأن كانت تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وكونها تقع تحت إشراف رئيس الحكومة مباشرة ولوجود مقرها في مدينة الجزائر العاصمة، فهي بحكم هذه العناصر لا يمكن أن تكون قراراتها إلا قرارات إدارية مركزية.¹

تحسين إجراءات من خلال المادة 11 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية 28 يوليو سنة 2022: تنشأ لدى رئاسة الجمهورية " لجنة وطنية عليا للطعون المتصلة بالاستثمار" تدعى في صلب النص " اللجنة" تكلف بالفصل في الطعون التي يقدمها المستثمرون.

ترسل الطعون إلى اللجنة في أجل لا يتجاوز شهرين (2)، ابتداء من تبليغ القرار موضوع الاعتراض، ويجب عليها أن تبت في هذه الطعون في أجل لا يتجاوز شهرا واحدا (1)، ابتداء من تاريخ إخطارها.

ويمكن المستثمر، زيادة على ذلك، أن يرفع في هذا الشأن طعنا قضائيا أمام الجهات القضائية المختصة طبقاً للتشريع المعمول به. تحدد تشكيلة اللجنة وسيرها وكذا كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.

بينما في القانون القديم كالطعن في قرار رفضها للمزايا الممنوحة للمستثمر ، لا يمكن أن يرفع ألا أمام مجلس الدولة المختص قانونا للفصل في الطعن المرفوع أمامه طبقا لمقتضيات للمادة 9 فقرة 1 من القانون العضوي المنشئ له، أما عن الإجراءات هذا المجلس من طرف المستثمر فهي المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والدعوى المرفوعة هي دعوى إلغاء يطلب فيها المستثمر الأجنبي إلغاء قرار الكوالة موضوع الطعن، كما أنه يمكن له لغاية الفصل في الدعوى الإلغاء هذه أمام مجلس الدولة ، أن يرفع دعوى إلى رئيس المحكمة الإدارية.

¹ - المادة 22 من الامر 03-01 والمادة 11 من القانون 09-16 المؤرخ في 3 اوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر، ع 46.

من أجل وقف القرار الإداري المطعون فيه، وترتب عن صدور قرار من مجلس الدولة بالإلغاء وجوب امتثال إدارة الوكالة بتنفيذه وهذا بنص الدستور لاسيما المادة 145 من دستور 1989 المعدل على " أن كل الأجهزة الدولة المختصة أن تقوم في كل وقت وفي كل مكان، وفي جميع الظروف بتنفيذ أحكام القضاء "، أما لو فرضنا أنه بالرغم من الحصول المستثمر الأجنبي على قرار قضائي حائز لحجية الشيء المقضي فيه وترفض مع ذلك الوكالة الانصياع لهذا القرار، فإن رفضها هذا يعد مخالفة للقانون ، وفي هذه الحالة للمستثمر طريقين أولهما، مخاصمة القرار الإداري للوكالة المتخذ بصفة مخالفة للقرار القضائي بدعوى الإلغاء، بحيث تصبح هذه الأخيرة أداة قضائية لاحترام حجية الشيء المقضي فيه، وثانيا مسائلة إدارة الوكالة بدعوى التعويض، لأن امتناعها عن تنفيذ القرار القضائي يصبح يشكل خطأ مرفقيا وأن كان هذا مستبعدا وقوعه من طرف الوكالة، وهي التي تسعى جاهدة إلى جذب المستثمرين الأجانب، من خلال ما تقدمه من مساعدات قبل وحتى بعد الشروع في الانجاز لأن عدم تنفيذها القرار القضائي لا يمكن أن يعني ألا شيئا وحيدا ألا وهو عدم اكتراثها بقوانين الدولة ونزع الثقة من المستثمر إزائها بينما علاقة الوكالة والتي من خلالها تسعى الدولة لتعزيز ثقة بالمستثمر والمبنية على أساس الثقة لتطوير الاستثمار في الجزائر وجعله عاملا من عوامل التنمية.¹

ثانيا / النزاع الضريبي اللصيق بعقد الاستثمار الأجنبي

عند إنجاز الاستثمار تنشأ نزاعات عديدة يمكن أن تثور بين الدولة والمستثمر الأجنبي عند تنفيذ العقد إشكالات ونزاعات ذو طابع مالي على غرار الطابع الإداري المذكور آنفا ألا وهو الجانب الضريبي من الاستثمار والذي يرجع النظر فيه بعد الحصول على مقرر منح المزايا للمستثمر الأجنبي لاختصاص القضاء الإداري أي المحاكم الإدارية

¹ - حسن طالبي، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2005، ص 256.

للدولة المضيفة، حيث ينشأ النزاع الضريبي بين الدولة والمستثمر الأجنبي بمناسبة فرض الضريبة وتحديد أسسها في مواجهة المستثمر ، أما فيما يتعلق بالوعاء الضريبي أو بالحساب الضريبي والمعايير القانونية أو الاتفاقية في ربط الضريبة، وفي المقابل الطعون التي يرفعها المستثمرون في خصوص هذين النوعين من المنازعات تحكمها القواعد المطبقة على الإجراءات الإدارية في مرحلتها الإدارية المسبقة ثم القضائية، حيث أن إخضاع النزاعات الضريبية الخاصة بالمستثمرين الأجانب إلى اختصاص المحاكم الوطنية له ما يبرره والمتمثل خاصة في تطبيق مبدأ المساواة أمام القانون في تسديد معالم الضريبة، ومن نتائج هذا المبدأ هو عدم التمييز بين المستثمرين الأجانب والوطنيين الذي أكد عليه الأمر 01-03 والذي سبقه إليها القانون 93-12 في تكريس المبادئ الاستثمارية المحفزة على السواء بين المستثمرين الوطنيين والأجانب، بالإضافة إلى أن إخضاع النزاعات الضريبية للصيقة بعملية الاستثمار يأتي تجسيدا لقاعدة أن الاختصاص التشريعي يحكم الاختصاص القضائي.

بالنسبة للمرحلة الإدارية¹، للمستثمر حق التظلم أمام الجهة الإدارية ونعني به التظلم المسبق المرفوع أمام مدير الضرائب الذي عليه أن يبت في التظلم خلال 4 أشهر من تاريخ استلام التظلم، وفي حالة السكوت فإن المهلة هي 4 أشهر كذلك فالغرض من التظلم الذي يقوم به المستثمر لدى مدير الضرائب على مستوى الولاية هو إما طلب استدراك الأخطاء التي وقعت في وعاء الضريبة أو طلب تصحيح حسابات أسس فرضها، وإما تطلب الاستفادة من امتيازات ضريبية ناتجة عن نص تشريعي أو تنظيمي، تكون إدارة الضرائب قد أغفلتها عند فرضها الضريبة، ولكي يكون التظلم مقبول لا يكفي أن يرد ضمن الميعاد القانوني ولكن يجب أيضا أن يكون التظلم فرديا . فلا يجوز أن يأخذ شكلا جماعيا سواء في الحاليتين عند

¹ - المادة 1/134 ، قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، قانون 90-36 والمؤرخ في 31-12-1990 المتضمن قانون المالية لسنة 1991 لاسيما المادة 38 المحدثة لقانون الضرائب المباشرة ، الجريدة الرسمية، ع 84، 1991.

تقرض الضريبة جماعيا أو عندما يتعلق الأمر باحتجاج أعضاء في شركات الأشخاص على الضريبة المفروضة على الشركة.¹

لا يخضع التظلم للحقوق الطابع الذي تخضع له العريضة، من جهة أخرى يجب أن يتضمن التظلم جملة من البيانات يؤدي تخلفها إلى جزاء عدم قبول التظلم ، وتتعلق هذه البيانات أولا ، بذكر الضريبة والمعترض عليها ، وثانيا بيان رقم المادة في الجدول الذي سجلت فيه الضريبة إذا تعذر الاستظهار بالإندازار أو بأية وثيقة تثبت الاقتطاع ثالثا عرض مختصر لوسائل المتظلم وطلباته وربعا، توقيع التظلم بخط الشاكي، أما إذا قدم التظلم بواسطة وكيل فلا بد أن ترفق به نسخة من الوكالة تكون محررة على ورق مدموغ ويعفى المحامي من شروط الوكالة وأخيرا على المتظلم الذي يكون موطنه بالخارج أن يتخذ موطن في الجزائر المادة 593 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، ويتضح من صياغة هذه الشروط أن البيانات المشار إليها في الفقرة الثالثة من المادة 323 من نفس القانون هي التي لا يكون غير قابلة لتصحيح، أن هذه المادة قد رتب على مخالفتها عدم القبول بينما بقية البيانات يجوز أن تكون قابلة لتصحيح وعموما إذا كان التظلم معيبا بعيب من العيوب الشكلية الغير قابلة لتصحيح، جاز لمدير الضرائب رفضه مباشرة دون دراسة موضوعه.²

أما عن إلزامية تسبب قرار الرفض، فإن الفقرة الأخيرة من المادة 334 من نفس القانون تلزم الإدارة الجبائية في حالة عدم الاستجابة لتظلم تضمين قرار الرفض " الأسباب التي بنيت عليها "، ويترتب عن هذا الرفض حق المتظلم أما في اللجوء إلى لجان الطعن البلدية والولائية والمركزية، وإما إلى الغرفة الإدارية لدى المجلس القضائي المختص سابقا والمحكمة الإدارية حاليا ، والملاحظ أن إتباع إجراءات الدعوى الإدارية توقف حق المستثمر في اللجوء إلى لجان الطعن، وعليه وطبقا لقانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، يحق

¹ - المادة 1/332 قانون 90-36 .

² - حسن طالبي ، مرجع سابق، ص 262.

للمستثمر الأجنبي أن يطعن في قرار مدير الضرائب للولاية أما الغرفة الإدارية للمجلس القضائي سابقا والمحكمة الإدارية حاليا المختصة خلال أجل أربعة أشهر ابتداء من تاريخ استلام القرار المتخذ ، أما في حالة سكوت فبعد مضي ثمانية أشهر باعتبار أن سكوت مدير الضرائب خلال المدة المذكورة يعد بمثابة رفض للتظلم، كما يحق لمدير الضرائب للولاية أن يعرض النزاع على المحكمة الإدارية تابعة لاختصاص ولايته وهذا طبقا للمواد 800 و 801 و 803 الفقرة 01 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا نص المادة 339 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، ولكن حتى يتمكن المستثمر من رفع دعواه أمام المحكمة الإدارية، فيجب عليه أن يودع عريضة لدى كتابة ضبط المحكمة على ورق مدموغ ويجب أن تكون العريضة ممضية من طرف صاحبها أو من له وكالة بصفة قانونية مع توقيع على العريضة هي عمليا تأكيد بأن المستثمر قد أقام الدعوى بإرادته الحرة السليمة وأن الدعوى أصبحت جدية وبالتالي أن عدم وجود الإمضاء على العريضة يؤدي لا محالة إلى عدم قبولها شكلا من طرف المحكمة الإدارية ومن جهة أخرى يمكن للمستثمر أن يضيف طلبات جديدة في عريضته غير تلك التي تقدم بها إلى مدير الضرائب وهذا طبقا للفقرة الثالثة من نص المادة 338 من قانون الضرائب المباشرة على أن يقدمها بصورة واضحة، كما يمكنه أن يقترح المبلغ المناسب.

عندما تخطر المحكمة الإدارية بواسطة المستثمر، تقوم المحكمة بعملية تحقيق في العريضة المقدمة لها وتنظر في القضية بصفقتها قاضي ضريبة ولها أن تأمر بتحقيق إضافي ولكن بشرط إذا قدم المستثمر وسائل جديدة قبل التصريح بالحكم طبقا لنص المادة 2/340 من نفس القانون، وعلى صعيد آخر تمثل الخبرة أحد الإجراءات الرئيسية للتحقيق تأمر بها المحكمة إما تلقائيا وإما بناء على طلب المكلف أو بناء عن طلب مدير الضرائب والحكم الذي يأمر بهذا الإجراء في التحقيق يحدد مهمة الخبراء حيث تحدد المادة 341 الفقرة

1 و 2 إجراءات تعيين الخبير أو الخبراء بحسب قيمة النزاع وشروط ومواعيد قيامهم بالخبرة وطرق ردهم.¹

وبعد الانتهاء من إجراءات الخبرة، يقوم الخبير بتقديم تقريره لدى قلم كتاب المحكمة الإدارية، غير أنه في جميع الحالات إذا ما رأت المحكمة أن الخبرة غير قانونية أو أنها ناقصة في بعض أجزائها تأمر بإجراء خبرة تكميلية وهذا طبقا لنص المادة 10/341 من نفس القانون المذكور آنفاً، وبعد أن تصبح القضية جاهزة يقوم رئيس المحكمة الإدارية بإصدار حكمه طبقاً للقانون للإجراءات المدنية والإدارية ويقوم بتبليغه بواسطة كتابة الضبط ليصبح الحكم حائزاً لحجية الشيء المقضي فيه ما لم يطعن فيه بالاستئناف أمام مجلس الدولة طبقاً للقانون من قبل الأطراف لتكون له سلطة الفصل في النزاع من جديد من حيث الوقائع والمسائل القانونية واتخاذ الإجراءات اللازمة، كالأمر بفتح تحقيق من جديد أو بإجراء خبرة، غير أنه لا يملك الفصل في طلبات جديدة تثار أمامه لأول مرة ، والتي هي طلبات تختلف على الطلبات الأصلية سواء من حيث الأطراف أو من حيث الموضوع أو السبب.

يصدر قرار مجلس الدولة متضمناً جميع البيانات الواجب توفرها فيه ويجري تبليغ هذا القرار بواسطة قلم كتاب ضبط المجلس بكتاب مع علم الوصول إلى الخصوم في الطعن وكذلك إلى كل من محامي المستثمر ومحامي مصلحة الضرائب المعنية ويصدر القرار عن مجلس الدولة يكون النزاع قد حسم وبشكل نهائي بحيازته لحجية الشيء المقضي فيه.²

المطلب الثاني: خضوع منازعات الاستثمار الأجنبي إلى القضاء العادي

تكمن الخلافات الخاضعة لهذه المحاكم في كل نزاع ينشأ بين المستثمر الوطني والأجنبي في إطار الشراكة، وسواء كانت شركات أموال متجسدة في شركة المساهمة أو

¹ - زكريا محمد بيومي، الخبرة في منازعات الضرائب المباشرة في التشريع الضريبي الفرنسي، مجلة القاهرة بالخرطوم، ع 4، 1973، ص 292.

² - حسن طالبي، مرجع سابق، ص 267.

شركة ذات مسؤولية محدودة ، أو شركة أشخاص متجسدة في شركة محاصة كما يمكن أن تكون في إطار شركة تضامن . لذا أصبحت الدولة الجزائرية تريد الاستفادة من الخبرة الأجنبية عن طريق هذه الشركات بنقل التكنولوجيا والاستفادة من رؤوس الأموال الأجنبية وإعادة تشغيل المؤسسات العمومية الاقتصادية عن طريق إعادة هيكلتها وخصوصتها ، بعد ظهور التحولات الاقتصادية الراهنة بإتباع اقتصاد السوق وإعادة تأهيلها بمقاييس عالمية¹.

لكن تبقى نسبة مشاركة الطرف الأجنبي والوطني في الشركة متساوية النسبة من حيث تقديم الحصص والتسيير إذ تكون خاضعة لإرادة الطرفين إذا كانت الشركة مملوكة للطرفين الجزائري والأجنبي على حد سواء.

وحسب نص المادة 4 من الأمر 03-01 " فإن الاستثمارات تنجز في حرية تامة مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية البيئة " ، أي أنه يمكن الاستثمار في جميع المجالات وبدون أي قيد ما عدا ما يخالف النظام العام ، وسوف نتطرق إلى إجراءات التسوية في إطار شركة المحاصة ، ثم في إطار شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة .

1- تسوية النزاع في إطار شركة المحاصة :

شركة المحاصة حسب نص المادة 795 مكرر 1 من القانون التجاري الجزائري: " يجوز تأسيسها بين شخصين طبيعيين أو أكثر تتولى إنجاز عمليات تجارية وهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية ولا تخضع للإشهار" .

لهذا فبإمكان الشريك الوطني والأجنبي أن ينشأ شركة محاصة ، والميزة الأساسية التي تتمتع بها هذه الشركة هي أنه كل عضو له الصلاحية في رفع دعوى أمام القضاء العادي ولا داعي للشركة أن ترفع الدعوى بنفسها سواء من طرفها أو ضدها.

¹ - لعشب محفوظ، سلسلة القانون الاقتصادي ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1997، ص67 .

وبما أن هذه الشركة الجزائرية الأجنبية لا تتمتع بالشخصية المعنوية ولا وجود لمقر اجتماعي خاص بها ، فإنه سيكون هناك انعكاس على المسائل المتعلقة بالاختصاص الإقليمي للمحكمة المؤهلة للفصل في النزاع ، لأن النزاعات الخاصة بسير الشركات ترفع أمام الفرع التجاري بالمحكمة التي يوجد بها المقر الاجتماعي للشركة¹.

ولتوضيح هذا الإبهام نرجع إلى القاعدة العامة أي القانون الجزائري المنظم للشركات التجارية والذي بموجبه يلتزم مقر الفرع التجاري لمكان وجود الشركة.

كما أن ممثل الشركة أي مديرها لا يمكنه تمثيل الشركة أمام القضاء ويبقى هذا الحق منحصرا في الشركاء وحدهم باعتبارهم أطرافا في الاستثمار محل النزاع²، كما لا يمكن أن تكون الشركة محل متابعة قضائية من قبل الشركاء ، واستثنائيا يمكن أن يكون موضوع النزاع الذي يحدث ضمن شركة المحاصة في رفع الشريك الأجنبي دعوى البطلان ضد القرارات الصادرة عن مجلس الإدارة في خصوص الميزانية أو برامج الإنتاج أو المحاسبة، أو عندما تكون هذه القرارات قد اتخذت بصورة مخالفة للنصوص التشريعية والتنظيمية المطبقة على شركة المحاصة ، أو مخالفة القوانين الأساسية للشركة³.

ولا بد على المستثمر الوطني أن يبذل قصارى جهده وعناية الرجل الحريص من أجل نجاح الشركة ، إذ بإمكان المستثمر الأجنبي أن يقاضيه عن الخطأ الجسيم أو عند مخالفته للأنظمة الخاصة بالشركة والذي يمكن أن يلحق ضررا بها⁴.

¹ - راجع المادة 40 فقرة 3 من قانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 ينص على قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² - طالبي حسن ، مرجع سابق، ص 286 .

³ - مثل مخالفة ما جاء في نص المادة 795 مكرر 1-2-3-4-5 من مرسوم تشريعي رقم 93-08 ، مؤرخ في 03 ذي القعدة عام 1403 ، الموافق ل 25 أبريل سنة 1993 ، يعدل ويتمم الأمر رقم 75 - المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 ، المتضمن القانون التجاري ، الجريدة الرسمية العدد 27 ، المؤرخة في 27 أبريل 1993 ، المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 02-05 .

⁴ - المادة 14 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار .

كما يمكن لدولة المستثمر الأجنبي أن تحمي هذا الأخير عن طريق الحماية الدبلوماسية لأن هذا الحق تمليه اعتبارات تتعلق بالعدالة والإنصاف¹، لأن لا أحد ينكر أن دولة المستثمر الأجنبي لا تتماطل في الدفاع عن شركاتها في الخارج عن طريق الحماية الدبلوماسية .

2- تسوية النزاع في إطار شركة المساهمة :

شركة المساهمة حسب نص المادة 592 من القانون التجاري والمعدلة بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أبريل 1993 هي " الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى أسهم وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصتهم ، ولا يمكن أن يقل عدد الشركاء عن 07 " .

وفيما يتعلق بتسوية النزاعات الخاصة بهذا النوع من الشركات نجد النزاع الحاصل بين شركة "سوناطراك" وشركة "جيتي بتروليوم كومباني" الأمريكية حيث أن هذه الشركة موضوعها يتعلق بنشاطات الأبحاث والبحث عن الوقود وإنتاجه في الجزائر من قبل الشركة²، حيث اتفقا الطرفان على اللجوء لثلاث طرق للتسوية وهي المصالحة ، والتحكيم الوطني، إذ يعين رئيس المحكمة العليا المحكم الثالث أو اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة .

إضافة إلى النزاع الحاصل بين الشركة المختلطة الجزائرية الفرنسية والمختصة بصناعة الأدوية والمسماة Rhône poulence Sidal SPA حيث نصت المادة 18 من

¹ - BINDOHEDE (RD), la protection diplomatique des sociétés et des actionnaires, RSJP,1964, p141.

² الأمر رقم 68-591 المؤرخ في 31-10-1968 ، المتضمن الموافقة على الاتفاق الخاص بالبحث عن الوقود واستغلاله في الجزائر وعن البروتوكول المتعلق بأعمال البحث عن الوقود وإنتاجه في الجزائر من طرف شركة جيتي بتروليوم كومباني ، وكذا بروتوكول يتعلق بنشاطات الأبحاث عن الوقود وإنتاجه في الجزائر من قبل شركة جيتي بتروليوم كومباني، ج.ر، ع 88 ، السنة الخامسة بتاريخ 01-11-1968.

القانون الأساسي للشركة على أن " كل نزاع يمكن أن يحدث خلال نشاط الشركة أو إبان تصنيفها سواء بين الشركة والمساهمين أنفسهم في خصوص نشاطها يخضع إلى مجلس الإدارة أو إلى الجمعية العامة لتسويته بصفة ودية ، أما في حالة عدم التسوية بالتراضي فإنه يعرض على محكمة مكان المقر الاجتماعي للشركة.¹

وفي هذه الحالة ومن تحليل المادة السابقة نجد أن المركز الرئيسي للشركة مدينة الجزائر لهذا فالمحكمة المختصة للنظر في النزاع هي المحكمة الابتدائية بالجزائر الفرع التجاري ، ولكن السؤال المطروح : النزاع الذي يحصل بين الشريك الوطني والأجنبي هل طرق تسويته محصورة ضمن اختصاص القضاء الوطني ، أم يمكن اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي لكلا الطرفين وخاصة فيما يتعلق بتطبيق وتفسير القانون الأساسي للشركة ؟ إنه بالرجوع لنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 نجدها تنص على أنه " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.. ، ولا يجوز للأشخاص المعنوية أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية أو في إطار الصفقات العمومية وبالتالي للمستثمر الأجنبي الحق في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي لإيجاد حل للنزاع الذي طرأ مع شريكه الوطني في إطار شركة المساهمة.²

كما يمكن للمستثمر الأجنبي أيضا أن يرفع دعوى قضائية ضد الشريك الوطني لأن لكلا الطرفين نفس القوة من حيث التسيير وامتلاك الأسهم في الشركة ، وحسب نص المادة 715 فقرة 24 التي نصت يجوز للمساهمين بالإضافة إلى دعوى التعويض عن الضرر الذي لحق بهم شخصا أن يقيموا منفردين أو مجتمعين دعوى على الشركة بالمسؤولية ضد القائمين بالإدارة " ، أي أنه يمكن للشريك "المستثمر الأجنبي" في هذه الحالة رفع دعوى

¹ - المادة 40 فقرة 3 من القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

² - المادة 1006 من القانون 08-09.

الشركة ضد القائمين بالتسيير على أساس " الخطأ الإداري " ¹ ، الذي أدى إلى تغيير المراكز القانونية لأحد الشركاء أو بالشركة في حد ذاتها أما بالنسبة لتقادم دعوى المسؤولية ضد القائمين بالإدارة سواء فردية أو مشتركة فإنه حسب نص المادة 715 مكرر فقرة 26 تتقادم بمرور ثلاث سنوات ابتداء من ارتكاب العمل الضار ، أو من وقت العلم به إن كان قد أخفي ، غير أن الفعل المرتكب إذا كان جنائية فإن الدعوى في هذه الحالة تتقادم بمرور عشر سنوات.²

3- تسوية النزاع في إطار شركة ذات مسؤولية محدودة :

إن المستثمرين الأجانب يمكن أن يؤسسوا شركات ذات مسؤولية محدودة داخل الإقليم الجزائري وخاصة منها الشركات المصرية والفرنسية المختصة في النشاطات الاقتصادية الهامة كشركات الإسمت وشركات الاتصالات اللاسلكية مثل شركة أوراسكوم للاتصالات (جازي) .. إلخ ، حيث يمكن أن تحدث نزاعات مع الدولة الجزائرية باعتبارها مضيضة للاستثمار.

فتنص المادة 564 من القانون التجاري الجزائري " تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص واحد أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموا من حصص " ، كما يمكن أن تكون هذه الشركة في شكل مؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة .

وفيما يخص تسوية النزاعات الخاصة بهذا النوع من الشركات فإنها تكون بسبب مخالفة سواء المستثمر أو الدولة المضيضة للأحكام الخاصة بالتقنين المنظم لها³ ، أو بسبب التهرب الضريبي من انب المستثمر الأجنبي، أو مخالفة القواعد والأحكام المتفق عليها في

¹ - المادة 715 مكرر 24 من المرسوم التشريعي 93-08 ، يتضمن القانون التجاري الجزائري.

² - المادة 715 مكرر 26، من المرسوم التشريعي 93-08 ،

³ - مثل مخالفة ما جاء في نص المواد 564 إلى 591 من المرسوم التشريعي 93-08.

العقد والاتفاقيات المبرمة بين الطرفين، وهذا ما حدث مع شركة أوراسكوم للاتصالات المصرية التي أصبحت تنهرب من دفع بعض الضرائب المفروضة عليها مما أدى بالدولة الجزائرية إلى المطالبة بحق الشفعة عليها. وكذلك ما حدث مع الشركة ذات المسؤولية المحدودة المصرية أوراسكوم لإنتاج الإسمنت فبسبب التهرب الضريبي من جانب هذه الشركة قامت ببيع أسهمها يوم 01 جوان 2009 إلى الشركة الفرنسية LAFARCHE ، وهذا ما يؤدي إلى إمكانية حدوث نزاع بين الشركة المصرية والدولة الجزائرية أو بين الشركتين الأجنبيتين المصرية والفرنسية وخاصة فيما يتعلق بدفع الضرائب ، أما من حيث تسوية النزاع فإنه يكون حسب ما اتفق عليه أثناء العقد، وغالبا ما تكون الجهة القضائية المختصة بالفصل في النزاع متمثلة في القضاء العادي للدولة المضيفة باعتبارها موقع العقار.

ومن أبرز الخلافات التي يمكن أن تحدث في هذا النوع من الشركات نجد إمكانية رفع كل من يهمة الأمر طلب فسخ الشركة بعد إنذار ممثلها بتسوية الوضعية المتعلقة بتخفيض رأسمالها إلى أقل من 100.000 دج¹ ، كما يمكن حل الشركة أمام القضاء في حالة خسارة ثلاثة أرباع رأس مالها.²

¹ - المادة 2/566 من المرسوم التشريعي 93-08 .

² - المادة 2/ 589 من المرسوم التشريعي 93-08 .

الفصل الثاني



آلية التحكيم الدولي لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي
المباشر

تمهيد:

تتميز عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بعدة خصائص فهي عادة عقود طويلة الأجل كعقود البترول و عقود نقل التكنولوجيا و عقود المقاوله... الخ، وترتبط بشكل أساسي بكيان الدولة المضيفة للاستثمار التي تسعى إلى تنفيذ خططها التنموية، ومادامت الدولة طرف في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، كقوة سياسية مرتبطة بالسيادة فإن ذلك يعطيها صلاحيات وامتيازات واسعة في مواجهة المستثمر الخاص الأجنبي الطبيعي أو المعنوي وذلك بالرغم من قوته الاقتصادية التي تفوق إمكانية الدولة المضيفة للاستثمار في بعض الأحيان، لذلك فقد تلجأ الدولة إلى اتخاذ اجراءات انفرادية نابعة من سلطتها السيادية تماشياً مع تغير الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتي تؤدي إلى المساس بعقد الاستثمار الأجنبي الخاص المباشر فيختل توازنه خاصة الاقتصادي مما يرتب مسؤوليتها العقدية والدولية.

إذا كانت هذه العقود تثير الكثير من المشاكل عند إبرامها والتفاوض بشأنها فإنها تثير كذلك الكثير من المشاكل بعد إبرامها وعند نشأة المنازعات بشأن تفسيرها وتنفيذها، لذلك يرى المختصين بوجوب تحديد بنودها بدقة من حيث القانون الواجب التطبيق عليها والجهة المختصة بالفصل بالمنازعات الناشئة عن هذه (العقود، للمحافظة على التوازن الاقتصادي للعقد. هذا ما سنوضحه في هذا الفصل.

- المبحث الاول: ماهية التحكيم الدولي ومبررات اللجوء إليه في منازعات عقود

الاستثمار الأجنبي المباشر

- المبحث الثاني: إجراءات التحكيم وحكم التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

الأجنبي المباشر

المبحث الأول:

ماهية التحكيم الدولي ومبررات اللجوء إليه في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

إن فهم ماهية التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي يقتضي منا تسليط الضوء على مفهومه، من خلال إعطاء التعريفات المختلفة للتحكيم وكذا طبيعته القانونية وتمييزه عما يشابهه من نظم قانونية أخرى، ومن ثم التطرق لمفهوم عقود الاستثمار والمنازعات التي تنشأ عنها ووسائل حلها بخلاف التحكيم، وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث من خلال المطالبين التاليين: **المطلب الأول:** مفهوم التحكيم الدولي ومبررات اللجوء إليه في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر اما **المطلب الثاني:** المبادئ اللازمة لضمان فعالية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار المباشر والقانون الواجب التطبيق عليه.

المطلب الأول : مفهوم التحكيم الدولي كآلية لحل منازعات الاستثمار الاجنبي

يعد التحكيم إحدى وسائل حسم المنازعات وهو طريق استثنائي يقوم على إرادة الأطراف، حيث يلجأ إليه الخصوم لحل النزاع دون المحكمة المختصة، ولمعرفة مفهوم التحكيم سنقوم بعرض تعريفاته المختلفة وتبيان الطبيعة القانونية له وتمييزه عما يشابهه من نظم قانونية أخرى.

الفرع الأول : تعريف التحكيم كآلية لحل منازعات الاستثمار الأجنبي.

لقد خلت نصوص التشريعات المقارنة بما فيها المشرع الجزائري - من تعريف للتحكيم، وكلها ليست متناقضة فيما تصرح به، وبالعكس كثرت التعريفات الفقهية للتحكيم وتعددت، وكلها ليست متناقضة فيما تصرح به ، وإنما الواقع أنه نظرا لتعدد زوايا التحكيم

فإن كل فقيه يسلط نظره على زاوية من هذه الزوايا، أو على الأقل لا يأتي تعريفه للتحكيم شاملا لكل جوانبه.¹

فعرفه جانب من الفقه على أنه: " اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين، يفصلون فيه دون المحكمة المختصة المختصة به".²

أو هو نظام للقضاء الخاص يسمح بإخراج بعض المنازعات عن ولاية القضاء العادي لكي تحل بواسطة فرد أو أفراد يختارهم الخصوم ، و يسندون إليهم مهمة القضاء بمناسبة هذه المنازعات.³

وعرفه جانب آخر من الفقه بأنه: "اتفاق أطراف ذوي علاقة معينة على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم، أو ربما تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين".⁴ وعرفه البعض بأنه: " اتفاق الأطراف على اختيار شخص (محكم) أو أكثر يفصل فيما يثور مستقبلا أو يثور فعلا بينهم من منازعات بحكم ملزم دون المحكمة المختصة، فقوام التحكيم اتفاق الأطراف".⁵

وعرف كذلك بأنه: "نظام قانوني بديل لقضاء الدولة في حسم المنازعات، ويتكون هذا النظام من عنصرين هما اتفاق التحكيم و حكم المحكم الذي ينتهي به خصومة التحكيم".⁶

وقد استحسن البعض تعريف التحكيم بكونه نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق الأطراف.¹

1 - عيد محمد القصاص ، حكم التحكيم ، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص8.
2 - أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، ط9، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971، ص 795.
3 - أحمد ماهر زغلول أصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافقات المدنية والتجارية والتشريعات المرتبطة بها، ج1، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1994، ص 255.
4 - محمد مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص5.
5 - أحمد السيد صاوي، التحكيم، دط، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، مصر، 2002، ص 10.
6 - عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ط1، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1990، ص11.

وعرفه الأستاذ « René David » بأنه : "وسيلة فنية لفض النزاع الدائر بين طرفين أو أكثر من قبل محكم أو محكمين تخول لهم سلطة الفصل في اتفاق التحكيم، فيجب عليهم أن يفصلوا في النزاع على أساسه بدون تدخل من جانب الدولة في هذه المهمة".²

وعرفه الأستاذ « Jean Robert » بأنه " إنشاء قضاء خاص بواسطته يتم سحب المنازعات من القضاء العام، بغرض حسمها بواسطة أشخاص يتمتعون بسلطة القضاة و ذلك في حالة قضية معينة".³

وقد عرفه الأستاذ « Philippe Fouchard » على أنه " اتفاق الأطراف على عرض منازعاتهم على هيئة خاصة يقومون باختيارها للفصل فيها".⁴

إذا ما نظرنا إلى التعريفات السابقة لا نجد فيها أي تعارض، بل جميعها تكمل بعضها البعض، و منه يمكن القول أن التحكيم نظام قانوني يتم اللجوء إليه عن طريق اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة على أن يتم الفصل في المنازعات التي ثارت بينهم ، أو يحتمل أن تنثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين ليفصلوا فيها دون المحكمة المختصة بها.

الفرع الثاني: تعريف عقود الاستثمار:

إن من المتعارف عليه هو ان العقد اتفاق إرادتين لإحداث أثر قانوني فقد نصت المادة 45 من القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر 45/54 المؤرخ في 2 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 02 سبتمبر 1975 على أنه (العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو

¹ - فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص13.
² - René David, L'arbitrage dans le commerce international, Economica, Paris, 1982, P9.
³ - محمد شعبان إمام سيد، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية، ط1، دار المناهج، الأردن، 2014، ص21.
⁴ - معتز عفيفي، نظام الطعن على حكم التحكيم، دط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص12.

عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما).¹ أما المشرع الفرنسي فقد أقر بأن العقد هو اتفاق إرادتين أو أكثر لأجل إنشاء علاقة قانونية-أثناء التزام أو أثناء حق عيني أو تعديل علاقة قائمة أو تمديدتها أما الشرائع الأنجلوسكسونية فتعتبر العقد اتفاق نتولد عنه الالتزامات ذات القوة التنفيذية والمعترف بها قانوناً.²

أما فيما يخص المعنى اللغوي للعقد أو أصل كلمة العقد في اللغة فهو الرابط والوصل ويأتي هذا المعنى من عقد الشيء بغيره وهو وصله به كما تعقد وتربط الحبل بالحبل ومنه يقال عقد فلان بينه وبين فلان عقداً.

وقد يأتي العقد بمعنى العهد يقول سبحانه وتعالى بعد بسم الله الرحمن الرحيم " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"، وتعني هنا العقود العهود وقد استعملت لفظة عقد حديثاً لتعويض لفضة التي نقلت إلى القوانين الرومانية من التعاملات الدينية ودليل ذلك أنه لوقت قريب كان الائتمان قائماً على عهد أو ما يطلق عليه كلمة الرجال.³

إن كلمة استثمار في مفهومها اللغوي تعني طلب الحصول على الثمرة، وثمره الشيء هي ما يتولد عنه أو الانتفاع المقصود منه، وثمر الدجل ماله أي أحسن القيام عليه ونماه، ومعنى كلمة استثمار في المصطلحات الاقتصادية العالمية لا يخرج عن معناها اللغوي، إذ يقصد بها عند الاقتصاديين الزيادة والإضافة الجديدة في ثروة المجتمع ومثل ذلك إنشاء المباني والمزارع والمصانع ومختلف المشروعات الأخرى التي تعد رفع للرصيد الاقتصادي للمجتمع.

كما يمكن تعريف الاستثمار على انه العملية الاقتصادية المدروسة من قبل شخص طبيعي أو معنوي تقوم على أسس علمية أو عقلانية توجه من خلالها أصول مادية أو مالية أو بشرية أو معلوماتية نحو تحقيق عوائد اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية أو علمية في

¹ المادة 45 من الأمر 54/45 المؤرخ في 02 سبتمبر 45.

² محمودي مسعود، (أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية)، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، سنة 2006، ص 20.

³ نفس المرجع، ص 18-19.

المستقبل بتدفقات مستمرة عادة تحقق قيما تتجاوز القيم الحقيقية الحالية للأصول الرأسمالية وفي ظروف تتصف بالأمان قدر المستطاع مع استبعاد هامش مقبول للمخاطر. ويعتبر الاستثمار عند أصحاب القانون بأنه تحركات رؤوسي الأموال من البلد المستثمر نحو البلد المستفيد بقصد إنشاء أو تنمية مشروع لإنتاج سلع أو خدمات ، ويرى الدكتور أحمد سمير أبو الفتوح أن الاستثمار يعني " الإضافة إلا رصيد المجتمع من رأس المال كتشييد وحدات سكنية جديدة، فضلا على أنه إضافة إلى المخزون من المواد الأولية والسلع تامة الصنع أو نصف مصنعة، فالاستثمار هو الإضافات إلى المخزون، فضلا على رأس المال الثابت¹.

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للتحكيم.

لقد اختلفت الآراء الفقهية في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، فذهب جانب إلى تغليب الطبيعة العقدية للتحكيم، في حين غلب جانب آخر الطبيعة القضائية، وذهب آخرون إلى القول بأن للتحكيم طبيعة مختلطة - عقدية وقضائية - ، في حين تبنى بعض الفقه نظرية استقلال التحكيم، وسوف نتناول هذه الآراء بالتفصيل فيما يلي :

أولاً: الطبيعة العقدية للتحكيم :

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التحكيم ذو طبيعة عقدية بحتة، ذلك لأن أساس قيام التحكيم هو إرادة الخصوم وحكم المحكم يرتبط بعقد التحكيم،² فأطراف الخصومة هم الذين يحددون الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، كما أنهم يحددون عدد المحكمين ، ويقومون بدفع أتعابهم وهم الذين يختارون القانون الذي يعتمد في حسم النزاع، كل ذلك يتم بإرادة الأطراف،³ فإذا كان نظام التحكيم يقوم على إرادة الأطراف، إذن فهو ذو طابع تعاقدية، ويبرر أنصار هذا الاتجاه موقفهم بالآتي:

¹ أحمد سمير أبو الفتوح، (دور القوانين والتشريعات في جذب الاستثمار)، المنكب العربي للمعارف، ط 1، سنة 2015، ص 9.

² - شريف الطباخ التحكيم الاختياري والإجباري دط، دار الفكر والقانون، مصر، 2010، ص36.

³ - محمد حسن جاسم المعماري، التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني، ط1، المكتب الجامعي الحديث، مصر،

2013، ص 77.

- يختلف التحكيم في هدفه عن القضاء، فالقضاء يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، أما التحكيم فانه يهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة لأطراف عقد التحكيم.¹
- المحكمون ليسوا قضاة ، فهم لا يعينون من قبل الدولة ولا يملكون ما يملكه القاضي من سلطات ، وإنهم مجرد أفراد عاديون أو أشخاص غير قضائية.²
- إن أحكام التحكيم تحتاج دائما وأبدا إلى أمر تنفيذي من قضاء الدولة، لكي يتمكن الطرف الصادر لصالحه الحكم من التنفيذ، فلو كانت أحكام قضائية بالمعنى الصحيح لما كانت في حاجة إلى ذلك.³
- أغلب التشريعات التي تجيز التحكيم لم تجز الطعن في حكم التحكيم، وأجازت فقط في حالات خاصة رفع دعوى بطلانه، ولو كان التحكيم ذو طبيعة قضائية لخضعت أحكامه لما تخضع له الأحكام القضائية من طرق الطعن.⁴
- إن مصدر سلطة المحكمين في الفصل في النزاع هو اتفاق التحكيم، عكس مصدر سلطة القاضي التي تكون السلطة العامة في الدولة.⁵

وقد تعرضت هذه النظرية لانتقادات كثيرة من أهمها :

- أن أنصار هذه النظرية قد بالغوا في إعطاء الدور الأساسي لإرادة الأطراف وأهملوا حقيقة وظيفة المحكم القضائية، ذلك الدور الناشئ من الإرادة الفردية ومن ترخيص القانون، تلك الرخصة التي تسمح لفرد عادي بإصدار عمل يعترف به القانون كحكم

القضاء.⁶

1 - أسامة أحمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 2008، ص 35.

2 - محمد حامد فهمي، تنفيذ الأحكام و السندات الرسمية، ط2، مطبعة فتح القاهرة، 1952، ص66.

3 - معتز عفيفي، مرجع سابق، ص 19.

4 - أسامة أحمد الحواري، مرجع نفسه، ص 35.

5 - معتز عفيفي، مرجع نفسه، ص 19.

6 - شريف الطباخ مرجع سابق، ص 36.

- هذه النظرية تعجز عن تبرير جواز الطعن على حكم التحكيم في القوانين التي تجيز ذلك، فكيف يمكن تبرير جواز الطعن بالاستئناف في عمل تعاقدية في مفهومها رغم أن الاستئناف لا يوجه إلا إلى عمل قضائي.¹

ثانيا/ الطبيعة القضائية للتحكيم : يرى أنصار هذا الرأي أن التعرف على طبيعة التحكيم تلزم تغليب المهمة التي توكل إلى المحكم والغرض من التحكيم ففكرة المنازعة وكيفية حلها هي التي تحدد طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم باعتباره قاضي يختاره الخصوم لإرساء العدل بينهم.²

ومنه يمكن القول أن أنصار هذه النظرية لا ينظرون إلى اتفاق التحكيم وإنما يعتدون بطبيعة المهمة الموكلة إلى المحكم، فهي مهمة قضائية. فالتحكيم نوع من أنواع القضاء، إلى جانب القضاء العام في الدولة، شأنه شأن القضاء الأجنبي، والذي يعترف القانون الوضعي الداخلي بأحكامه.³ فيرى أصحاب هذه النظرية أن اتفاق التحكيم يجعل من الحكم الذي ينتج عنه عملا قضائيا حتى وإن لم يصدر أمر تنفيذه من القضاء، مستنديين على أن وظيفة أمر التنفيذ ما هي إلا إجبار الخصوم على تنفيذ الحكم عند امتناعهم عن تنفيذه.⁴ ويبرر أنصار هذا الاتجاه موقفهم بالآتي⁵ :

- اتفاق المصطلحات القضائية التي يستخدمها المشرع بشأن التحكيم والمعاملة الإجرائية له مع ما هو مستخدم بالنسبة للأحكام القضائية، ومن ذلك استخدام المشرع لمصطلحات حكم التحكيم والنزاع والخصوم إلى غير ذلك من المصطلحات التي

1 - عزمي عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص 21.

2 - أسامة أحمد الحواري ، مرجع سابق ، ص 37.

3 - محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 223.

4 - عزمي عبد الفتاح، "سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم، مجلة الشريعة الإسلامية والنزاعات الإسلامية، جامعة الكويت، الكويت، ع 8 ، 1984 ، ص 103.

5 - معتز عفيفي، مرجع سابق، ص 21.

تستخدم بشأن الأعمال القضائية، ولم يقف الأمر عند حد المصطلحات المستخدمة وإنما يخضع حكم التحكيم من ناحية تحريره لذات الشكل الذي يخضع له الحكم القضائي، ويجوز الطعن فيه في البلدان التي تجيز الطعن في أحكام التحكيم ويسمح للمحكّمين بأن يصدرُوا حكمهم مشمولاً بالإنفاذ المعجل.

- المهمة التي يباشرها المحكم هي ذات الوظيفة التي يباشرها القاضي، وهي حسم المنازعات التي يعرضها الخصوم عليهم بعد فحصها وتقديرها من أجل التوصل إلى تطبيق قواعد القانون أو مبادئ العدالة عليها، والقاعدة أن تحديد طبيعة أي عمل يكون بالنظر لجوهره.

فيما يتعلق بالمعيار العضوي في العمل القضائي، يؤكد أنصار هذا الاتجاه أن هذا المعيار متوافر في المحكم، لأنه يستمد صلاحيته لمباشرة الوظيفة القضائية من القانون ومنذ اللحظة التي يسمح فيها القانون لفرد خاص بمباشرة الوظيفة القضائية، و منه فالمعيار العضوي في العمل القضائي يعد متوافراً.

تعرضت هذه النظرية هي الأخرى لجملة من الانتقادات من أهمها :

- أن الصفة القضائية يجب أن تظهر أثناء قيام المحكم بوظيفته في حين أن المحكم أثناء نظره في النزاع لا يتمتع بأهم سلطات القاضي وهي سلطة الجبر فلا يستطيع أن يلزم شاهداً بالحضور أو يلزم من ليس خصماً بتقديم مستند تحت يده.¹
- إذا كان المؤدى الطبيعي والنتيجة المنطقية لهذه النظرية هو تطبيق القواعد العامة للقضاء على مسائل التحكيم حيث لا توجد قاعدة خاصة في نصوص التحكيم، فإن النتيجة مرفوضة لأن التحكيم ليس نوعاً من القضاء وإنما هو نظام مختلف عن القضاء في وظيفته، طبيعته وغايته.²

1 - فتحي والي، مرجع سابق، ص 53.

2 - فتحي والي، مرجع نفسه، ص 54.

ثالثاً/ الطبيعة المختلطة للتحكيم: يرى أنصار هذه النظرية أن أصحاب النظرية التعاقدية و النظرية القضائية لنظام التحكيم لم يكونوا موفقين في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، لأن الأخذ بأحد النظريتين على وجه الإطلاق دون الأخرى يثير الكثير من المصاعب، وكان من الصواب الجمع بينهما¹، واعتبار التحكيم ذو طبيعة مختلطة أو مركبة أو هجينة، حيث يرى أصحاب هذا الرأي أن عملية التحكيم تبدأ بالاتفاق عليه وتنتهي بصدور الحكم²، فإذا كان واضحاً أن استقلال إرادة الأطراف يتأكد بوجه خاص من الاعتراف بالبند التحكيمي الذي هو أساس العنصر الإتفاقي، فإن العنصر القضائي يظهر بوضوح في التأكيد على الحجية العائدة للقرار التحكيمي، على غرار الحكم القضائي العادي، فاختلاط هذين العنصرين الإتفاقي والقضائي يمنحان الطبيعة المختلطة أو المركبة للتحكيم.³

ومنه فالتحكيم حسب أنصار هذه النظرية يتمتع بطبيعة مزدوجة تبدأ تعاقدية وتنتهي قضائية، فالتحكيم ليس اتفاقاً محضاً، ولا قضاءً محضاً، فهو في أوله اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم.

انتقدت هذه النظرية لعدة أسباب، من أهمها أن أنصارها اختاروا أسهل الحلول ولم يتصدوا لجوهر المشكلة، بل أنهم استبدلوا المشكلة الرئيسية بمشكلة أخرى، وهي كيفية تحديد العناصر التي يمكن وصفها بأنها تعاقدية، تلك التي يمكن وصفها بأنها قضائية، بالإضافة إلى أن الأخذ بها يمكن أن يؤدي إلى حلول متعارضة نظراً لاختلاف الدور الذي تلعبه إرادة الخصوم في التحكيم الداخلي عنه في التحكيم الدولي، حيث يتسع دور إرادة الخصوم على

¹ - محمد حسين جاسم المعماري مرجع سابق، ص 81.

² - رضوان أبو زيد، الضوابط العامة للتحكيم الدولي"، مجلة الحقوق و الشريعة جامعة الكويت، الكويت، العدد 1، 1988، ص 39.

³ - علاء أبارين الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص33.

صعيد التحكيم الدولي بصورة كبيرة، نظرا لعدم وجود قضاء دولي على غرار القضاء الوطني في كل دولة.¹

رابعاً/ نظرية استقلال التحكيم: يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بأن التحكيم ليس نظاماً تعاقدياً ولا نظاماً مختلفاً، ولا يعد كذلك نوعاً من القضاء وإنما هو نظام ذو طبيعة ذاتية ومستقلة يختلف في وظيفته وغايته وبنائه الداخلي عن القضاء ويرجع ذلك إلى اختلاف الوضع القانوني للمحكم عن الوضع القانوني للقاضي.²

فالتحكيم أداة متميزة لحل المنازعات فيه اتفاق وفيه قضاء وفيه ما يميزه عنهما، فلماذا نغير حقيقة التحكيم وندرجه في إطار أنظمة قانونية أخرى يتشابه معها في أمور ويختلف عنها في أمور أخرى، لماذا لا نفر بالطبيعة الخاصة والمستقلة للتحكيم والتي تختلف عن العقود كما تختلف عن أحكام القضاء، فالتحكيم نظام قانوني يلجأ إليه الأطراف لحل منازعاتهم دون القضاء.³

وهناك جانب آخر من الفقه يؤيد هذه الطبيعة الخاصة للتحكيم، وذلك بالاستناد 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 الاقتصاد والتجارة والتطور التكنولوجي.⁴

ونحن نميل إلى الاتجاه الذي يؤيد الطبيعة الخاصة للتحكيم؛ ذلك لأنه يجب النظر إلى التحكيم نظرة مستقلة وعدم ربطه بالعقد أو بالحكم القضائي أو بهما معاً، وذلك بسبب الإشكالات القائمة عند محاولة تكييف التحكيم عن طريق إسناده إما للطابع التعاقدية أو

¹ - علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 37.

² - معتز عفيفي، مرجع سابق، ص 23.

³ - إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، ط 4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 39.

⁴ - سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم وفقاً لقانون المرافعات ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 53.

الطابع القضائي، فلا نستطيع الجزم بأن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية أو قضائية لمجرد أنه يتشابه مع العقد أو القضاء في أمور، فهو يختلف عنها في أمور أخرى.

الفرع الثالث: تمييز التحكيم عما يشابهه من النظم القانونية

يجب تمييز التحكيم عن بعض النظم التي قد تختلط به، فباعتباره وسيلة تسوية منازعات الاستثمار فهو يتشابه مع غيره من النظم أو الوسائل البديلة لحسم منازعات الاستثمار كالصلح مثلا أو الخبرة أو الوكالة، كما قد يتشابه مع القضاء أو التوفيق لذا يجب التفرقة بينه وبين هذه النظم حتى لا يقع الخلط بينهم ويتضح استقلاله عنها.

أولا/ تمييز التحكيم عن الصلح: عرف جانب من الفقه الصلح على أنه: "طريق بديل وودي لحل النزاعات، يتضمن تنازلات متبادلة صادرة عن الأطراف المعنية.¹

وعرف المشرع الجزائري الصلح في المادة 459 من القانون المدني بأنه: عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه.²

وبالتالي فكل من الصلح والتحكيم وسيلتان لتسوية المنازعات بدلا من اللجوء إلى القضاء العام في الدولة، فكلاهما يهدف إلى إنهاء النزاع الناشئ بين المتعاقدين، أما عن أوجه الاختلاف فتمكن في عدة نواح:

- يقوم الصلح على تقديم تنازلات عن جزء من الحق الموضوعي مقابل الجزء الذي يتنازل عنه الآخر، أما في التحكيم فإن الخصوم لا يقدمون مثل هذا التنازل وإنما يفوضون المحكم لفض النزاع بما يراه عادلا.¹

¹ - Geraldine Chanvrier, Réflexion sur la transaction administrative, Dalloz, Paris, 2000, P 712.

² - قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر، رقم 44 الصادرة في 26 جوان 2005.

- التحكيم لا ينتهي به النزاع بمجرد إبرام الاتفاق على التحكيم، وإنما ينتهي بممارسة المحكم المختار لمهامه وإصدار حكما فيه، هذا الحكم يكون قابلا للتنفيذ الجبري وفقا للإجراءات المقررة في القواعد العامة بمجرد الحصول على أمر بتنفيذه، أما في الصلح فينتهي النزاع بمجرد التنازل المتبادل المرضي لكلا المتنازعين، وهذا الاتفاق لا يكون قابلا للتنفيذ بذاته، ما لم يصدر في أو يتم أمام المحكمة التي يكون النزاع قد طرح عليها قبل التوصل إلى صورة عقد رسمي الصلح.²

- محل العقد في التحكيم هو الالتزام بعدم طرح النزاع على القضاء واختيار محكم خاص للفصل فيه، أما في الصلح فيكون محل العقد هو تسوية مباشرة للنزاع فحواها نزول كل من المتنازعين عن بعض ما يدعي بالقدر الذي يكتفي به الآخرون.³

- يتم الصلح بين الخصوم أنفسهم أو من ينوب عنهم، أما التحكيم فإن المحكم يقوم فيه بمهمة القاضي فيصدر قراره سواء رضي به الطرفان أم لم يرضوا.⁴

ثانيا/ تمييز التحكيم عن الخبرة: يقصد بالخبرة ذلك الإجراء الذي يعهد بمقتضاه القاضي أم المحكم أو الخصوم إلى شخص ما مهمته إبداء رأيه في بعض المسائل ذات الطابع الفني التي يكون على دراية بها دون إلزام القاضي أو الخصوم بهذا الرأي.⁵

ولكن يجب أن نعلم بأن الخبير ليس كالمحكم ، فالخبير لا يصدر حكما أو قرارا، إنما يبيدي رأيا فنيا، ويبقى للأطراف حق قبوله من عدمه، على عكس المحكم الذي يصدر حكما

1 - عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، ط 1 ، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2005، ص 31.

2 - محمد شعبان إمام سيد ، مرجع سابق ، ص 69.

3 - محمد شعبان إمام سيد ، مرجع نفسه ، ص 69.

4 - يوسف حسن يوسف، التحكيم الدولي بين القانون الدولي والشريعة الإسلامية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013، ص 20.

5 - محمود مختار بريري التحكيم التجاري الدولي، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 22.

يحسم فيه النزاع، ما على الأطراف إلا العودة لطرح النزاع على محكمين آخرين، أو رفع دعوى قضائية بشأنه وحتى إن اتفق الأطراف على اعتبار رأي الخبير يأخذ الطابع الجبري، فيظل الحق للطرف الذي يرغب بطرح الموضوع أمام القضاء قائماً، أما قرار المحكم فإنه ملزم ويقبل التنفيذ بمجرد وضع الصيغة التنفيذية عليه دون حاجة لحكم قضائي.¹

والخبير شخص يتمتع بمعرفة في حق معين يمكن لأطراف الخصومة الاستفادة من هذه الخبرة إذا كانت متصلة بموضوع خصومتهم، فيقوم بمعاينة الحالة ودراستها و ينظم تقريراً يوصف عادة بأنه تقرير فني و لا يتقيد بأصول قانونية محددة، وهذا عكس ما يقوم به المحكم، فلا يشترط بالمحكم أن يكون من ذوي الخبرات أو التخصصات بل يكفي أن يكون ذا قدرة، ووظيفته ليست بالوظيفة الفنية، و إنما عمله ذو طابع قضائي يتقيد بأصول وقواعد قانونية آمرة في كثير من مهامه و مقيد بالنصوص القانونية الواردة في قانون التحكيم، ويصدر عنه بالنتيجة حكم يحوز الحجية و يلتزم المتخاصمون بالقبول به.²

ومنه يمكن القول أن الفرق الجوهرى بين التحكيم والخبرة يكمن في أن التحكيم هدفه حسم نزاع معين، أما الخبرة فهدفها إعطاء رأي بصدد مشكلة ما، كما أن المحكم يصدر قرارات ملزمة في حين أن الخبير يبدي رأياً غير ملزم.³

ثالثاً/ تمييز التحكيم عن الوكالة: الوكالة هي علاقة قانونية حيث يكون لشخص معين سلطة تمثيل شخص آخر في عملية معينة، ويسمى الشخص الأول بالوكيل ويسمى الشخص الثاني بالأصيل، فبمقتضى عقد الوكالة يجعل الموكل الوكيل مقام نفسه في تصرف جائز معلوم فالوكيل يمثل الموكل الأصيل ويحل محله في التصرف، ويستمد ذلك من سند التوكيل، ولا يجوز له أن يحل إلا لصالح موكله، أما المحكم فهو شخص آخر يقف على

1 - محمود مختار بربري، مرجع سابق، ص ص 21-22.

2 - محمد حسن جاسم المعماري، مرجع سابق، ص 47.

3 - هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي دط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 159.

الحياد ولا يعمل لصالح طرف ضد طرف آخر، أي أنه يكون حياديا بين الخصوم الذين احتكموا عنده، وإذا ما خالف ذلك فإنه قد استهلك جوهر وجوده في مهمة التحكيم.¹

ويختلف التحكيم عن الوكالة لأن الوكيل يستمد سلطانه من الموكل ويملك هذا الأخير الاتصال من عمل الوكيل إذا خرج عن حدود وكالته ، ولا يقوم الوكيل - كقاعدة عامة إلا بما يمكن أن يقوم به الموكل، أما المحكم فهو مستقل تمام الاستقلال عن الخصوم، فبمجرد الاتفاق على التحكيم تصبح له صفة القاضي، ولا يتمكن الخصوم من التدخل في عمله بل أن حكمه يفرض عليهم.²

ومنه يمكن القول أن الوكالة هي عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل لحساب الموكل وباسمه، فالوكيل مرتبط أشد الارتباط بموكله عكس المحكم فهو مستقل تمام الاستقلال عن الخصوم ولا يلتزم بتعليمات من اختاره بل هو قاض وليس وكيلا عن الخصم الذي اختاره يدافع عن مصالحه.

رابعاً/ تمييز التحكيم عن القضاء: إن الرجوع إلى التحكيم يقتضي وجود اتفاق بين أطراف النزاع ، و بذلك فهو يختلف عن القضاء العادي، لأن الالتجاء إلى القضاء العادي حق عام يستعمله الخصم تلقائياً دون حاجة إلى الحصول على موافقة من خصمه أو الاستناد إلى نص خاص، وكذلك كون الالتجاء إلى القضاء هو حق من الحقوق العامة لا يجوز التنازل عنه ولا ينقضي بالتقادم أو بأي سبب من أسباب الانقضاء.³

أما التحكيم فإنه يقوم أساساً على اتفاق الأطراف، بمعنى أنه يجب أن يكون لإرادة الأطراف شأن فيه، بحيث إذا انمحت هذه الإرادة لا يعتبر تحكيماً وإنما قضاء دولة، وقد يكون لإرادة الأطراف دور كامل في عملية التحكيم، فيختارون المحكم أو هيئة التحكيم

¹ - محمد حسن جاسم المعماري، مرجع سابق ، ص 48.

² - هشام خالد، مرجع سابق، ص 161.

³ - فتحي والي، قانون القضاء المدني، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 46.

ويعينون القانون الواجب التطبيق، غير أن اختلاف التحكيم عن القضاء العادي لا يعني قطع الصلة بينهما¹، فقد يفرض المشرع إهمار حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية لتنفيذه، كما قد يجيز المشرع للخصوم الطعن في أحكام التحكيم أمام القضاء العادي.

خامسا/ تمييز التحكيم عن التوفيق: يرمي نظام التوفيق إلى تدخل شخص من الغير يرتضيه الطرفان المتنازعان، بحيث يقوم ببذل جهد معين للحد من نطاق الخلاف بين المعنيين ومحاولة الوصول إلى اقتراح يرتضيه أطراف النزاع، أو بعبارة أخرى التوفيق هو نظام بمقتضاه تقوم هيئة أو فرد يتم اختيارهما من قبل الأطراف بالتعرف على مختلف وجهات النظر والعمل على الحد من اتساع الخلاف بينهما واقتراح أفضل الحلول الودية لتسوية الخلاف بما يكفل استمرار التعامل بينهما والتي تعرض عليهما ليأخذوا بها أو يرفضوها.²

ويوجد فارق جوهري بين التحكيم و التوفيق، فالحل الذي يقترحه الموفق أو الوسيط، لا يكون ملزما إلا بعد أن يوافق عليه الخصوم ، في حين أن حكم المحكم يلزم الخصوم، ولا يحتاج الأمر إلى رضاهم لسريان الحكم المعني في حقهم، هذا من جهة ومن جهة أخرى الموفق ليس له سلطة الحكم على الخصوم كالمحكم، حيث يقتصر دوره على تقريب وجهات نظر المعنيين واقتراح حل معين للنزاع يطرحه عليهم، فمن يقوم بالتوفيق شخص يختاره الأطراف ولكنه مجرد من سلطة القضاء، وغير ملزم بإتباع الإجراءات القضائية المعروفة، فهو يقرب بين وجهات النظر، وتخفيف وطأة الشقاق بين المتنازعين، والوصول إلى حلول وسط يقبلها الأطراف كل ذلك على خلاف المحكم.³

1 - أسامة أحمد الحواري، مرجع سابق، ص 33.

2 - محمد شعبان إمام سيد، مرجع سابق، ص 58.

3 - محمد شعبان إمام سيد، مرجع نفسه، ص 56-59.

المطلب الثاني: مبررات اللجوء للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي

للتحكيم دور فعال في حسم المنازعات التي يمكن أن تثيرها عقود الاستثمار إلى درجة أن البعض يعتبره أمراً حتمياً بشأن مثل هذه العقود، فقد أصبح هو القضاء الطبيعي في هذا المجال، الأمر الذي أدى بالأطراف إلى تفضيل اللجوء إليه في حسم المنازعات التي قد تثار بينهم، ويرجع ذلك إلى عدة أسباب وهذا لما يتمتع به التحكيم من مزايا تتناسب وطبيعة منازعات عقود الاستثمار، إذ يتعلق بعضها بمخاوف المستثمرين الأجانب من اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة للاستثمار، والبعض الآخر يتعلق بكون التحكيم ضماناً إجرائية لكونه إحدى الوسائل إجتذاب للاستثمار الأجنبي ومن ضماناته غير التجارية.¹

الفرع الأول/ أهم مزايا التحكيم المناسبة لطبيعة منازعات عقود الإستثمار الأجنبي

تتميز عقود الاستثمار بطبيعة خاصة ناجمة عن طبيعة أطرافها، إذ تتمثل أساساً في الدولة من جهة والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى، وكذا العملية محل العقد، وهذا يكمن في تعلق العقد بمشروع ضخم يستغرق مدة زمنية طويلة لتنفيذه وبتكلفة جد باهضة، في حين يتطلب تشابك العلاقات الناشئة عنه خبرات فنية عالية، ومع كل هذه الخصوصية فإن نظام التحكيم يمثل القضاء الطبيعي لفض منازعات هذه العقود وهذا يعود لمختلف المزايا التي تتمتع بها²، والتي سنتناولها على النحو التالي:

1/ السرعة في الإجراءات: يتميز نظام التحكيم بالعديد من المزايا ومن بين هذه الأخيرة السرعة في الإجراءات اللازمة بغية الفصل في النزاع في أقل فترة زمنية ممكنة، باعتبار أن مرونة إجراءات التحكيم تؤدي إلى توفير الكثير من الوقت من خلال السرعة التي لا تتوفر عادة في النظم القضائية، التي غالباً ما تكون مقيدة ببعض النصوص القانونية المعيقة، أو

¹ - بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، د.ط، الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 1995، ص 18.

² - خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014، ص 166.

التي تشكل عائق للفصل السريع في النزاع، وهذا ما يحتاجه الحسم في منازعات عقود الاستثمار بحيث تكون هنالك استثمارات ومبالغ نقدية كبيرة مجمدة في انتظار صدور حكم القضاء، ومن ثم تكون هناك خسارة محققة نتيجة تأخر الفصل في النزاعات.¹

فدائماً ما يرغب أطراف النزاع في حسمه في مدة زمنية جد قصيرة حتى لا تتعطل أعمالهم ومصالحهم وهذا بغية استئنافها من جديد بكل ود، وكذا التحرر من الشكليات التي تكبل القضاء العادي، فالتحكيم يغلق باب المماطلة التي يلجأ إليها طرفي النزاع أمام القضاء لكسب الدعوى، فلا يوجد في هذا النظام تعدد درجات التقاضي التي نجدها في القضاء العادي إضافة إلى ذلك فالمحكم يصدر حكمه بشكل نهائي وملزم للخصوم²، أي الوصول إلى قرار تحكيمي نهائي ملزم، فهذه الميزات ضرورية في الحياة التجارية التي تعتمد على صفتين أولهما الإلتزام التجاري، وثانيهما السرعة في إنجاز الأعمال التجارية³، وإلى جانب سرعة إجراءات التحكيم مقارنة بالإجراءات القضائية المعتادة فإن إختيار المحكمين وكذا المختصين في مجال الإستثمار يمنحهم القدرة اللازمة لفهم جل المشاكل المعروضة أمامهم، وإيجاد أفضل الحلول لها، فالتحكيم هو الأقدر على تطبيق الأحكام الموضوعية التي تحكم العلاقات المطروحة، وهذا نظراً لطبيعتها الدولية.⁴

1 - يشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 19.

2 - مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، 2010، ص39.

3 - يوسف حسن يوسف، التحكيم الدولي بين القانون الدولي والشريعة الإسلامية ، ط1 ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، مصر ، 2013، ص 225.

4 - خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 167.

2/ السرية في التحكيم : يتميز التحكيم بقدر كبير من السرية إذ أن كل المعلومات تبقى سراً بين الأطراف والمحكم، ويكون حضور الجلسات من قبل الأطراف فقط أو ممثليهم، ولا يتم نشر الأحكام إلا بعد موافقة أطراف النزاع.¹

كما أنّ المقترحات والوثائق المتعلقة بالعقد تظل في سرية تامة، إذ أنّ الأطراف في العقود المتعلقة بالاستثمار دائماً ما يرغبون في عدم معرفة المنازعات الناشئة بينهم وكذا أسبابها ودوافعها من قبل الغير الخارج عن الخصومة، وهذا لما قد تؤدي إليه العلنية من مساس بمراكزهم المالية أو الاقتصادية فالأصل أنّ أحكام التحكيم لا يجوز نشرها إلا بموافقة المحكّمين والمحكمين²، فإذا كنا بصدد عقد من عقود البترول مثلاً فإن حساسية المعلومات التي لا يحتفظ بسريتها والتي تتعلق بمستوى إنتاج حقل أو تدفق إنتاجية قد تؤدي إلى أزمات أو اضطرابات سياسية أو اقتصادية، كما قد ينجر عنها اضطراب أسعار البترول في الأسواق العالمية، أو في حال ما كنا بصدد عقد من عقود التعاون الصناعي فإن عدم مراعات السرية قد يؤدي إلى تسرب الأسرار التكنولوجية المستخدمة في هذه العقود إلى الغير.³

ومما لاشك فيه أن السرية تحد من تضخم النزاع، وقد تؤدي إلى التسوية الودية بين الأطراف باعتبارها أمر بالغ الأهمية فيما يتعلق بمنازعات التجارة الدولية، إذ تؤدي إلى إمكانية استئناف الأطراف معاملتهم مستقبلاً، وقد ترتب عن إحاطة التحكيم بعنصر السرية التامة أن غالبية أحكامه لم يتم نشرها إلى حد الساعة.⁴

1 - مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 39.

2 - خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 167.

3 - بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 42، 43.

4 - مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 39-40.

وعلى الرغم من اعتبار مبدأ سرية جلسات التحكيم من بين الأمور اللصيقة بهذا النظام، فإنه ليس من الضروري أن ينص الأطراف صراحة على احترام هذا المبدأ في عقودهم، فمن الملاحظ أنّ هنالك العديد من لوائح التحكيم تفرض نصوصاً خاصة تقتضي هذه السرية وتحت عليها، فعلى سبيل المثال ما جاء في فحوى نص المادة 7/20 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس التي تنص على مبدأ سرية جلسات التحكيم وكذلك المادة 35 من لائحة المنظمة العالمية لحماية حقوق الملكية الفكرية (OMPI).¹

3/ التحكيم قضاء متخصص: من أهم المزايا التي يتسم بها التحكيم، أنه يعتبر قضاء متخصص وهذا لما يكفله من المعرفة والخبرة القانونية وكذا الفنية اللازمة لتسوية منازعات الاستثمار، والتي يتطلب فض المنازعات التي تنشأ عنها معارف اقتصادية وفنية حديثة، وكذا الخبرة الملائمة التي تتناسب وتوسع مجالات الاستثمار الأجنبي بحيث يكون المحكمون بالأغلب الأعم في أعلى مستوى من الكفاءة العلمية والقانونية للفصل في المنازعات المسندة إليهم فضلاً عن تمتعهم غالباً بالخبرة العلمية وكذا العملية في المنازعات التي يتم من خلالها اختيارهم للفصل فيها وما يمتازون به من إحاطة وعلم بأعراف وعادات العقود محل النزاع.² فوجود قضاء متخصص في مثل هذه المنازعات المتعلقة بالاستثمار من شأنه أن يحقق العدالة والإنصاف التي تكون نابعة من رغبة الخصوم والتي تلجأ إلى التحكيم والذي يتم في ظلها.³

وكذا تميز المحكمين إضافة إلى السابق ذكره بالإحاطة بجل اللغات التي تحرر بها العقود وتجرى بها المراسلات بين الأطراف، ومما لا شك فيه أنّ وجود قضاء متخصص من شأنه أن يحقق الإنصاف وكذا رغبات الأطراف، ولعل ما يساعد على ذلك أن الأطراف هم

¹ - حفيظة السيد الحداد النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص ص 20-21.

² - خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص168.

³ - حفيظة السيد الحداد مرجع سابق، ص 29.

من يقومون باختيار المحكمين وسيعمدون اختيار الأنسب لذلك مراعاة مع ما تحتاجه خصوصية القضية محل النزاع.¹

وتأسيساً على ما تقدم وباعتبار التحكيم قضاء متخصصاً بدلاً عن التقاضي وهذا لما تقوم به الأطراف من اختيار هيئة التحكيم ممن توافر لديهم الخبرة والكفاءة والدراية الخاصة في المجالات المتعلقة بالنزاع الأمر الذي يؤدي إلى سرعة الفصل والبت في النزاع كما يؤدي إلى زيادة احتمالات التنفيذ الاختياري لحكم المحكمين وفض المنازعة على وجه السرعة.²

4/ حرية الأفراد في ظل التحكيم: إن مرونة التحكيم تسمح للمتنازعين بتشكيله على النحو المناسب لهم باعتبارها من الميزات الأساسية التي يقوم عليها، إذ تمكن الأطراف من اختيار الإجراءات الواجبة التطبيق على التحكيم والتي تبدو لهم أكثر ملائمة لنزاعهم وبذلك يتخلصون من القواعد الوطنية لأصول المحاكمات الملزمة التطبيق في القضاء الوطني، كما أنه بإمكان المتخاصمين أن يعفوا المحكمين من إتباع أية أصول أو إجراءات ملزمة أثناء التحكيم.³ فهذا النظام يتيح للأطراف حرية كاملة ومطلقة في اختيار موضوع النزاع محل التحكيم لكن يشترط أن يكون هذا المحل ممكناً ومشروعاً وغير مخالف للنظام العام والأداب.⁴

الفرع الثاني / تمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم

نظراً لعدم وجود نظام خاص بمقاضاة الحكومات في الكثير من الدول، فضلاً عن هذا فإن قضاء محاكم الدولة قد لا يقابل بالرضا التام من جانب المستثمر الأجنبي وهذا

1 - بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص ص 20-21.

2 - خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص ص 168-169.

3 - يوسف حسن يوسف، مرجع سابق، ص 223.

4 - محمد شعبان إمام سيد، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية، ط1، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014، ص 52.

بسبب جل الصعوبات التي قد تواجهه في اللجوء إليها، وكذا لعدم توقعه أنّ موقفها سيكون حيادياً بشكل كلي نحو هذا النزاع لذلك يقوم المستثمر المتعاقد مع الدولة بالحرص على إدراج شرط التحكيم في عقود الاستثمار خوفاً من استغلال الدولة لسيادتها أثناء نظر المنازعات في المحاكم، نظراً لعدم ثقته بعدالة محاكم الدول المضيفة، وفضلاً عن أنّ موقفها لن يكون حيادياً اتجاه النزاع، فالقضاء الوطني حتى وإن كان مستقلاً عن الدولة في حد ذاتها، إلا أنه قضاء غير محايد بالنسبة لمنازعات الاستثمار أو تلك التي تكون الدولة طرفاً فيها مع متعاقد أجنبي، ويكون ذلك التعاقد ناشئاً عن عقد يتعلق بمصالح اقتصادية أو اجتماعية لها مساس بسيادة الدولة.¹

ووفقاً لما سبق نجد أنّ المستثمرين الأجانب جد حريصين على أن يتم إدراج شرط التحكيم في عقودهم الدولة المضيفة له، حتى وإن كان هذا على حساب عدم إتمام العقد ولعل عقد ديزني وورلد الحاصل بين شركة أمريكية والدولة الفرنسية أفضل مثال على ذلك، إذ اشترط المستثمر الأمريكي حتى يمكنه الموافقة على الاستثمار أن تحال المنازعات المتعلقة بهذا الاستثمار الذي يجرى بضواحي باريس إلى التحكيم.

غير أن المشكلة التي اعترضت الحكومة الفرنسية هي أن الرأي عند مجلس شوري مع الدولة الفرنسي وعلى عكس محكمة التمييز في شأن العقود الدولية المرتبطة بمصالح التجارة الدولية، هو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها، نزولاً في ذلك على ما يفرضه الحفاظ على السيادة الفرنسية إذ كانت قيمة العقد آنذاك مليارات الدولارات مما أدى إلى تردد، فرنسا، فكيف لها أن تتخلى عن مجلس الشوري الفرنسي الذي وضع القوانين الإدارية لفرنسا وكافة العالم؟ وهذا ما أدى إلى تأخر توقيع العقد

¹ - خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، 169.

وأصبح أمر أن يكون العقد أو لا يكون متوقفاً عن الشرط التحكيمي ... إلا أن قبلت أخيراً فرنسا بالشرط التحكيمي.¹

الفرع الثالث / التحكيم ضمانة قضائية إجرائية لتشجيع الاستثمار

سعى محترفو التجارة الدولية إلى إدراج شرط التحكيم في عقودهم، في الوقت الذي لم يعد فيه قضاء الدولة هو الوحيد المعني بالفصل في منازعات العقود الدولية، إذ أصبح منافسا لهذا القضاء، فضلا على رغبة ورأي المتعاملين في مجال التجارة الدولية يطرح منازعاتهم على أشخاص ذوي خبرة خاصة لأن ذلك يشعرهم بالأمان والطمأنينة.²

إذ أنه من المعروف لكي يتحقق الجذب الأكبر للاستثمارات اللازمة لتنمية موارد الدولة المضيفة، لا بد من توفير الحماية الكافية لتأمين استثمارات الطرف الأجنبي الخاص، إذ يعد رأس المال جبان يحتاج إلى الأمان والمستثمر قلق وخائف يحتاج إلى طمأنينة، فتشجيع الاستثمارات في هذه الحالة يستلزم وجود ضمانات تبعث الراحة في المستثمر، فتتزع القلق عن نفسه.

ومن أهم هذه الضمانات توفر القضائية منها لحماية استثماراته، فعادة ما يرتاح المستثمر إلى قضاء التحكيم الذي أصبح هو القضاء الطبيعي في هذا المجال، خصوصا وأن التحكيم من شأنه أن يبديد مخاوف المستثمرين الأجانب بخصوص خضوع منازعاتهم لقضاء الدولة العادي الذي غالباً ما يكون مصدر ترحيب بالنسبة للمستثمرين الأجانب، ومن هنا يبدو التفاعل والفصل بين التحكيم وتدفقات رؤوس الأموال وتتوعها فقد أصبح التحكيم إحدى وسائل اجتذاب الاستثمار الأجنبي ومن ضماناته ضد المخاطر الغير تجارية بحيث

¹ - بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص ص 22-23.

² - خالد كمال عكاشة، . مرجع سابق، ص 170.

تمكن التحكيم عبر وسيلة فض النزاعات وضمان العدالة الدولية التي يؤمنها من كسب ثقة التجارة الدولية والاستثمارات.¹

ومن هنا أصبح التحدي الذي تواجهه الاستثمارات الدولية من نوع " أن تكون أو لا تكون "، ففي حالة استحالة اللجوء إلى التحكيم باعتباره آلية مثلى لحل النزاعات، فإن الشركات الكبرى التابعة للبلدان الصناعية والتي تعتبر الوحيدة القادرة على تقديم المشاريع والمعرفة الفنية الراقية لبلدان العالم النامي، سوف تتخلى في الغالب عن القيام بتلك الاستثمارات التي تكون البلدان النامية بحاجة لها²، لذا وحرصاً من الدول، لاسيما النامية وسعيها منها على جذب الاستثمارات الأجنبية فقد أقرت التحكيم كآلية لفض منازعات الاستثمار.³

هذا وإن استهداف الدولة جذب الاستثمارات الأجنبية إلى إقليمها يقضي أن يقر القانون - خصيصاً تشريع الاستثمار - مبدأ جواز عرض منازعات الاستثمار على جهاز يثق المستثمر في حياده مثال ذلك أجهزة التحكيم في إطار ما يقع الاتفاق عليه مع المستثمر الأجنبي أو في إطار الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة، فمما لاشك فيه أن إقرار مثل هذا المبدأ من شأنه أن يزيد من مصداقية التزام الدولة المضيفة في الوفاء بعهودها التي قطعها على نفسها.⁴

المطلب الثاني: المبادئ اللازمة لضمان فعالية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

المباشر والقانون الواجب التطبيق عليه

الفرع الأول: المبادئ اللازمة لضمان فعالية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

1 - بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص ص 23-24.

2 - منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مذكرة ماجستير، إشراف عبد الحفيظ طاشور، قانون عام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2013-2014، ص 84.

3 - خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 171.

4 - منى بوخالفه، مرجع سابق، ص 84.

تتجسد هذه المبادئ والتي تضمن فعاليتها في تسوية المنازعة المتعلقة بعقد الاستثمار الأجنبي المباشر سواء في إطار التحكيم الحر أو المؤسسي فيما يلي:

أولاً/ مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم

لا تختلف القوة الملزمة لاتفاق التحكيم باعتباره عقداً عن القوة الملزمة للعقد، حيث هذا الأخير يعتبر مبدأ عالمي¹، والذي يعني أنه بمجرد انعقاد العقد بصفة صحيحة وجب على أطرافه تنفيذه ولا يجوز لأحدهما أن ينفرد بنقضه أو تعديله دون رضاء المتعاقد الآخر.²

لذلك فمقتضى القوة الملزمة لاتفاق التحكيم أن هناك إلتزام بنتيجة يقع على عاتق طرفي الاتفاق وهو ضرورة قيام كل منهما بالمساهمة في إتخاذ إجراءات التحكيم والامتناع عن عرض النزاع على قضاء الدولة، وتعتبر مخالفة أحد الأطراف لذلك إخلالاً ليس فقط لمبدأ القوة الملزمة للعقد بل كذلك بمبادئ أخرى كمبدأ حسن النية في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية³، ومبدأ استنثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع دون غيرها، أي هناك إستبعاد أي طريق آخر لتسوية النزاع وذلك ما نصت عليه المادة 26 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 وأكدته مختلف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأحكام التحكيم.⁴

كما أن مخالفة هذه المبادئ يؤدي حتماً إلى المسؤولية العقدية والدولية، إلا في الظروف الاستثنائية مثل القوة القاهرة، أو في حالة اتفاق الأطراف على حسم الخلاف ودياً، ولا يجوز للأطراف الحق في الرجوع عن قبول التحكيم الدولي أو فسخه أو الانسحاب منه

¹ - la force obligatoire est un principe universel ... », voir Mallaurie.ph, Aynes.L- Munck.ph, Droit civil, les obligation, Defrénois, Paris, 2eme éd, 2005, p360.

² - علاق عبد القادر ، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007، 2008، ص 08.

³ - لزه بن سعيد ، التحكيم التجاري الدولي وفقاً لقانون الاجراءات المدنية والادارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2012 ، ص 70.

⁴ - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق ، ص ص 416-417.

بالإرادة المنفردة أو الدفع ببطلانه لعدم أهليتها بموجب قانونها الوطني أو بمركزها السيادي أو حصانتها الدولية القضائية والتنفيذية للتدخل من اتفاق التحكيم، وذلك ما تؤكد معظم التشريعات الوطنية الداخلية والاتفاقيات الدولية وأحكام التحكيم في جميع هذه الحالات¹، حيث نصت المادة 25/ف1: "... متى أبدى طرفا النزاع موافقتهم المشتركة فإنه لا يجوز لاي منهما أن يسحبها بمفرده"، كذلك ما أكد عليه مجمع القانون الدولي في قراره الصادر عام 1989 والذي نص على أنه: لا يمكن للدولة أو الشركة الحكومية أن تدعي عدم الأهلية للتحكيم حتى تمنع أو تقاوم تحكيمياً قد وافقت عليه من قبل.²

وفي هذا الإطار عالجت مختلف التشريعات الوطنية المقارنة جزءاً مخالفاً للاختلاف بالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم الداخلي والدولي، فنجد مثلاً المشرع الجزائري تعرض لمبدأ القوة الملزمة في التحكيم الداخلي المادة 1009 من ق.إ.م.إ.ج والتحكيم التجاري الدولي في المادة 1041/ف2 من القانون نفسه، وعليه فمبدأ القوة الملزمة في اتفاق التحكيم هو ضمانته من الضمانات القانونية التي تزيد في فعالية التحكيم التجاري الدولي لفض منازعات الاستثمار.

ثانياً: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.

يقصد بهذا المبدأ أن ننظر إلى اتفاق التحكيم شرطاً كان أو مشارطناً على أنه عقداً قائماً بذاته رغم أنه ليس إلا جزءاً من هذا العقد أو أحد بنوده كما في صورة شرط التحكيم³، وبتعبير آخر فإن الاتفاق التحكيمي يشكل عقداً معادلاً للعقد الأساسي مع العلم أن عقد الاستثمار الأجنبي المباشر قد تكون الاحالة إلى تسوية نزاعاته عن طريق الاتفاقيات الدولية

1 - خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 190.

2 - بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 404.

3 - بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 393.

الحمائية والتي تنص على التحكيم، وبناء على ذلك فإن عدم مشروعية العقد الأصلي أو صحته أو بطلانه أو فسخه لا تؤثر على اتفاق التحكيم، الذي يظل متميزاً عنه.¹

وقد أثار مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي جدلاً فقهيًا بين أصحاب النظرية التقليدية وأصحاب النظرية الحديثة، وفي هذا الإطار يرى الفقه التقليدي أن شرط التحكيم جزء لا يتجزأ من العقد الذي تضمنه، فهو يشكل بنداً من بنوده الذي يتأثر به وجوده وعدمه صحة وبطلاناً فإذا بطل العقد الأصلي أدى ذلك إلى بطلان كل بنوده وشروطه بالتبعية بما في ذلك شرط التحكيم، غير أن هذه المفاهيم التقليدية التي كانت تتادي بالوحدة بين العقد الأصلي واتفاق التحكيم تعرضت للانتقاد على أساس أنها تقف ضد تطور التحكيم، ولعل ذلك ان القانون الدولي الاتفاقي والذي يضمن التحكيم في مجال منازعات عقود الدولة يحول دون امكانية ذلك فلا نتصور بطلان عقد استثمار أجنبي مباشر يضمن التحكيم فيه اتفاق دولي أي معاهدة دولية يؤدي إلى بطلان هذه الأخيرة، لذلك جاء الفقه الحديث ليؤكد هذا المبدأ وإن اختلفت هذه الاتجاهات في تحديد المفهوم الدقيق لهذا المبدأ الذي يقتضي أن لا يتأثر اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي وهذا الأخير لا يتأثر باتفاق التحكيم من حيث البطلان والفسخ ومن حيث الخضوع للقانون.²

وعليه نجد أنه يترتب على هذا المبدأ عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، وكذا الاستقلال القانوني لاتفاق التحكيم عن العقد الاصلي اي خضوع اتفاق التحكيم لقانون غير ذلك الذي يخضع له العقد الاصلي.³

كما أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يجد أساسه القانوني من خلال نظرية إنتقاص العقد الواردة في القانون المدني والتي نص عليها أغلب التشريعات

¹ - منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي الداخلي، منشأة المعارف الاسكندرية، مصر، 2002، ص 142.

² - زهيرة كيسي، مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامي، تمنغاست، ع 8، جوان، 2015، ص ص 51-52.

³ - يشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص ص 394-395.

الوطنية بما فيها القانون المدني الجزائري في المادة 104 منه والتي نصت على انه: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابل للإبطال، فهذا الشق هو وحده الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابل للإبطال فيبطل العقد كله.¹

أما المشرع الجزائري فهو الآخر عمل على تكريس هذا المبدأ منذ صدور المرسوم التشريعي 93-03 المعدل والمتمم لقانون الاجراءات المدنية الملغى وذلك بموجب المادة 458 مكرر 1 إلى غاية صدور قانون الاجراءات المدنية 08-09 إذ نصت المادة 1040/4 منه على أنه: لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي" وهي نفس الصياغة المستعملة في القانون الدولي الخاص السويسري المادة 18.² وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في مجال التحكيم الداخلي سواء بصفة صريحة أو ضمنية.

ثالثاً/ مبدأ الاختصاص بالاختصاص في نظر النزاع.

هو من الآثار الاجرائية التي ترتبها اتفاقية التحكيم من الناحية الإجرائية، سواء في ظل التحكيم الحر أو المؤسسي بالنسبة لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر حيث ينقل الاختصاص من قضاء الدولة إلى قضاء خاص أنشأه أطراف اتفاق التحكيم، حيث يصبح هذا الأخير هو صاحب الولاية بنظر النزاع، وبهذا يتخلى القضاء المختص في المقابل بنظر نزاع بشأنه اتفاقية التحكيم³، والأكثر من ذلك يتمتع عن قبول أي دفع أو النظر في المنازعة حتى ينتهي المحكمون من النظر في اختصاصهم سواء كان الدفع بعدم

¹ - زهيرة كيسي ، مرجع سابق، ص 54.

² - تعوليت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في العلوم ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر ، 2016-2017، ص 177.

³ - لزه بن سعيد، مرجع سابق، ص ص 38-84.

الاختصاص مبنيًا على عدم وجود العقد الأصلي أو بطلانه أو عدم وجود اتفاق التحكيم في حد ذاته أو بطلانه.¹

كما يقصد بهذا المبدأ أن المحكم ينظر ويبت في اختصاصه بناءً على اتفاق تحكيم صحيح وبصفة تلقائية، مع خضوعه في الوقت نفسه للرقابة القضائية اللاحقة والهدف من ذلك هو حتى لا يلجأ أحد أطراف النزاع إلى عرقلة سير التحكيم بالطعن في اختصاص هيئة التحكيم ومن ثمة الدفع بعدم صحة اتفاق التحكيم.²

وهكذا فإنه يترتب على مبدأ الاختصاص بالاختصاص أثرين هامين أحدهما إيجابي والآخر سلبي: فالأثر الإيجابي فيتمثل في حق كل من طرفي اتفاق التحكيم في الالتجاء إلى التحكيم، ويقوم المحكم في البث في اختصاصه دون أن ينتظر من القضاء أن يمنحه هذا الاختصاص³، وإذا ما طعن أمام القضاء ببطلان اتفاقية التحكيم فإن ذلك لا يرجئ الفصل في المنازعة من طرف هيئة التحكيم، لأنه قد يلجأ أحد الأطراف السيئ النية إلى عرقلة التحكيم وذلك باللجوء إلى الاجراءات الموازية التي ترفع أمام القضاء لذلك وجد هذا المبدأ وذلك كله حتى لا تهدر فعالية التحكيم في تسوية المنازعة المتعلقة بعقود الاستثمارات الأجنبية المباشرة بصفة خاصة والعقود الدولية الاقتصادية بصفة عامة⁴، وأما الأثر السلبي فهو الذي يتخلى بموجبه القاضي عن اختصاصه لهيئة التحكيم، بمعنى عدم ولاية القاضي بنظر نزاع في حالة وجود اتفاق التحكيم بشأنه، وتدخل القاضي هنا لا يكون آلياً بل يجب إثارة اختصاصه من قبل أحد الأطراف وقد نص المشرع الجزائري في المادة 1045 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09 على أنه: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع

1 - تعويلت كريم، مرجع سابق، ص 22.

2 - خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 188.

3 - بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 401.

4- Voir : -Jean Pierre ANCEL, « La cour de cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international », in Le juge entre deux millénaires, Mélanges Pierre Draï, Dalloz, Paris, 2000, p. 166.

المنازعة، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف"¹، كما هذا لا يمنع من تدخل القضاء في العملية التحكيمية ومد يد المساعدة من خلال تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى وذلك بطلب من هيئة التحكيم أو الأطراف بالاتفاق معها وبترخيص منها²، أو من خلال الرقابة القضائية البعدية على حكم التحكيم.³

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

إن المقصود بالقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، سواء في إطار التحكيم الحر أو المؤسسي هو مجموعة القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على عقد التحكيم وذلك باعتباره عقداً كسائر العقود يجب إسناده إلى قانون معين سواء من حيث الموضوع أو من حيث الشكل لتقرير صحته وأثاره، مع الإشارة إلى ان هناك استثناءات مقررة سواء من طرف التشريع الوطني أو الدولي تلزم بخضوع مسائل موضوعية وإجرائية متعلقة باتفاق التحكيم لقانون غير القانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم لا سيما عند تطبيق قانون الإرادة المستقلة وهذا ما يطرح إشكالية معرفة ما هو القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر سواء من الناحية الموضوعية والاجرائية، وما هو نطاق أو مجال تطبيق هذا القانون هل يشمل كل المسائل المتعلقة باتفاقية التحكيم وما هو موقف الفقه والقضاء وهيئات التحكيم وكذا التشريعات الوطنية الداخلية والاتفاقيات الدولية من هذه المسألة خاصة الاتفاقيات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية المباشرة والتي صادقت عليها الجزائر كاتفاقية واشنطن لتسوية

1 - المادة 1045 من ق.إ.م.إ. ج رقم: 09-08.

2 - المادة 1048 من ق.إ.م.إ. ج رقم: 09-08.

3 - محمد قبائلي، الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في التشريع الجزائري مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تمنغاست، الجزائر، عدد 11 جانفي 2017، ص ص 62-65.

منازعات الاستثمار لعام 1965 السالفة الذكر وحتى تطبيقات ذلك في الاتفاقيات الثنائية الحمايية المتبادلة لتشجيع الاستثمارات الأجنبية المباشرة.

أولاً/ القانون الواجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم الحر والمؤسسي في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

تعتبر مسألة القانون الواجب التطبيق من أول المسائل التي يمكن أن تثور أمام المحكم أو القضاء في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر الذي يتنازع على حكمه القانون الوطني والدولي وكذا دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد هذا القانون الذي سيطبق على جوهر اتفاق التحكيم، وذلك عندما يدفع أحد الطرفين أمامهما بعدم اختصاصه استناداً إلى عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه لفقدانه أحد الأركان المطلوبة لانعقاده، فالمحكم أو القاضي ملزم بالفصل في الدفع المثار أمامه وفق قانون معين.¹

وبما أن التحكيم يتأسس على مبدأ الرضائية كقاعدة عامة، فإنه من الطبيعي عند البحث عن هذا القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم أن نرجع إلى إرادة الأطراف الذين لهم حرية اختيار القانون الذي يحكم اتفاقهم الذي قد يكون قانون الدولة المضيفة أو قانون دولة المستثمر أو القانون الدولي العام أو أي قانون آخر²، فإرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي المباشر هي ضابط الاسناد الأصيل في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية، مع وجود استثناءات على هذه الإرادة التي قد لا تحكم جميع المسائل المتصلة في العقد كمسائل أهلية أطراف عقد التحكيم وشكله، فهذه الأخيرة لا تخضع لذات القانون المطبق والمختار على العقد، غير أنه قد يغفل الأطراف عن الإشارة إلى القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر ففي

¹ - خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 219.

² - منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، الجزائر، 2004، ص ص، 47-48.

هذه الحالة اختلف الفقه القانوني، إذ حسب الفقه التقليدي يتم الرجوع إلى قواعد القانون الدولي الخاص لإسناد العقد إلى قانون معين.¹

أما بخصوص الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في ميدان الحماية المتبادلة للاستثمارات، فقد تباينت هذه الاتفاقيات من حيث القانون الواجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم وإجراءاته، وهناك من لا أصلاً، وإن كانت معظمها تؤكد على إمكانية اللجوء إلى التحكيم الدولي لفض النزاع المتعلق بعقود الاستثمارات الأجنبية المباشرة، والأكثر من ذلك حتى في النزاع المتعلق بتفسير هذه الاتفاقيات، بحيث اعتبرت التحكيم الدولي سواء الحر أو المؤسسي وسيلة سلمية لفض هذا النوع من المنازعات، ويأتي بعد فشل محاولة الحل بالطرق الدبلوماسية الأخرى كالتراضي والمشاورات والمفاوضات والوساطة والتوفيق وذلك في غضون 06 أشهر.

ثانياً: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الحر والمؤسسي في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

يحظى القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم سواء في ظل التحكيم الحر أو المؤسسي بخصوص فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بأهمية بالغة خاصة من الناحية العملية، فالقواعد الإجرائية هي التي تحكم سير الخصومة التحكيمية والتي تخضع لقانون معين يكون بمثابة المرجع الذي يزود الأطراف والمحكمين فيما يخص المسائل الاجرائية الواجب اتباعها أو التي تثار اثناء خصومة التحكيم كتبادل المذكرات والمواعيد وسماع الشهود وتسبيب الحكم وإيداعه... الخ.²

¹ - منى بوختالة، مرجع سابق، ص 48.

² - علي شريف سعيدة، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1 ، الجزائر ، 2013-2014، ص 5.

ولقد نظمت غالبية التشريعات الوطنية الداخلية وكذا الاتفاقيات الدولية وكذا لوائح المراكز التحكيمية مسألة القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم فيما يخص المنازعة بصفة عامة ومنازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بصفة خاصة، كما ان القواعد التي تحكم الجانب الإجرائي تختلف تبعاً لتعلق الأمر بتحكيم مؤسسي يتم في إطار الهيئات والمراكز الدائمة للتحكيم، أو التحكيم الحر، ففي التحكيم المؤسسي فبمجرد اتفاق الأطراف على اسناد التحكيم إلى مؤسسة تحكيمية معينة، فهذا يعني ضمان الاتفاق على اتباع لائحتها بما تشتمل عليه من قواعد فيما يتعلق بالإجراءات، أما فيما يتعلق بالتحكيم الحر وهو الذي يتم خارج مؤسسات ومراكز التحكيم فإن لأطرافه الحرية في اختيار قواعد الاجراءات التي تسري عليه، وعند غياب اتفاق الأطراف على قانون أو قواعد معينة تنطبق على الإجراءات، فإنه يتعين على المحكم أن يتولى هذه المهمة.¹

ولعل أن مراعاة القواعد الإجرائية التي يخضع لها التحكيم على وجه صحيح من شأنه الوصول إلى حكم تحكيم قابل للاعتراف به وتنفيذه، وأن مخالفة ذلك يجعل قرار التحكيم عرضة للطعن فيه بالبطلان ورفض الاعتراف به ومن ثمة إعاقة تنفيذه.²

وبما أن مضمون اتفاق التحكيم لا يثير أي صعوبة عندما يعتمد على إرادة الأطراف في تحديد إجراءاته سواء تلك التي تسبق الخصومة التحكيمية، أو التي تعاصرها أو التي تأتي بعدها، حيث أن خضوع هذه الاجراءات لقانون الارادة سواء كان قانوناً محدد بذاته أو إجراءات مستقلة عن أي قانون وفق نظرية التحكيم الطليق أو التحكيم بدون قانون، فإنه يجد ضابط اسناد أصلي يخضع له وهو قانون الإرادة، لكن الصعوبة تكمن عند تخلف الارادة عن الإشارة إلى القانون الذي تخضع له إجراءات التحكيم أو عدم كفاية قواعد الاجراءات التي تقرها هيئات التحكيم في ظل التحكيم المؤسسي أو الارادة في ظل التحكيم الحر، لذلك

1 - علي شريف سعيدة، مرجع سابق، ص 5.

2 - جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 2، 2003، ص 48.

أوجدت التشريعات الوطنية الداخلية والاتفاقيات الدولية ضوابط احتياطية وفنية يستعان بها في تحديد القانون الواجب التطبيق حيث غالبا ما يكون قانون مقر التحكيم ومن هذه الضوابط:

أ/ خضوع إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر لقانون الإرادة: أخضعت مختلف التشريعات الوطنية الداخلية وأحكام الفقه والقضاء والتحكيم وكذا الاتفاقيات الدولية إجراءات التحكيم لقانون الإرادة سواء أن يختار الأطراف قواعد إجرائية من ابتكارهم أو قد يستخرجونها من قوانين إجرائية داخلية لدول معينة، أو يتفق الخصوم على ترك المهمة لهيئة التحكيم التي تتولى بنفسها وضع إجراءات التحكيم نيابة عنهم، أي قانون إرادة المحكم، أو قد يتفقون على اتباع الاجراءات المنصوص عليها في لائحة مركز دائم للتحكيم بمعنى أن قانون الارادة هنا يكون لائحة المركز التي تشتمل على قواعد تتعلق بإجراءات التحكيم.¹

وفي مجال الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم سواء من حيث الموضوع أو الاجراءات وكما سبق الإشارة إليه فذلك يتم بصفة صريحة أو ضمنية وإن كان ذلك ممكن تطبيقه في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود عند تحلف التعبير الصريح عن القانون الواجب التطبيق فإنه يتم اللجوء إلى الإرادة الضمنية فجانبا من الفقه يرى عكس ذلك، إلا أن الفقه الفرنسي أعتد بالإرادة الضمنية في حالة سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم عند سكوت الارادة.²

كما أن قانون الإرادة يغلب في التحكيم الحر والذي يتم وفق مشيئة الخصوم، من حيث مباشرة إجراءات التحكيم وتحديد القانون الواجب التطبيق وإذا كان هذا النوع من التحكيم قد تراجع إلى حد أمام تحكيم المراكز الدائمة أي التحكيم المؤسسي إلا أنه مازال له

1 - علي شريف سعيدة، مرجع سابق، ص ص 7-8.

2 - معين عمر المومني، هيئة التحكيم ودورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في التحكيم التجاري الدولي " دراسة مقارنة بين قانون التحكيم الأردني والمصري والفرنسي والإنجليزي " ، مجلة جيل للأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، طرابلس، لبنان، ع: 19 نوفمبر 2017، ص ص 18-19.

حتى الآن مكانا في بعض المجالات ذات الأهمية، مثل التحكيم في مجال المنافسة بين الشركات وفي براءة الاختراع، وعقود نقل التكنولوجيا وعقود الامتياز الدولية، ويستطيع الأطراف في مثل هذا التحكيم، تنظيم سير المنازعة وفقا لقواعد إجرائية تكون بمثابة تركيب مزجي من العديد من لوائح مراكز التحكيم بحيث تكون مكونا لا يرتبط بهذه اللوائح.¹

وفي هذا الشأن نصت معظم التشريعات الوطنية الداخلية المقارنة على غرار التشريع الجزائري وكذا معظم الاتفاقيات الاستثمار الثنائية والجماعية التي أبرمتها وصادقت عليها الجزائر على مبدأ الارادة في تنظيم إجراءات التحكيم في ظل التحكيم الحر أو المؤسسي ومن ذلك قانون الاجراءات المدنية والإدارية 08-09 في المادة 1043 حيث نصت على أنه يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات، الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم. إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات، عند الحاجة، مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم.²

ب/ خضوع إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر لضوابط احتياطية في حالة تخلف قانون الارادة : في هذه الحالة قد تتدخل هيئة التحكيم من تلقاء نفسها أو باتفاق أطراف النزاع لاختيار قواعد إجرائية معينة لتطبيقها على التحكيم، حيث خولت معظم التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية لهيئة التحكيم الحرية ذاتها الممنوحة للأطراف لتحديد القانون الاجرائي الواجب التطبيق.

وذلك إما تطبيق قواعد القانون الدولي العام، أو أن تلجأ هيئة التحكيم إلى تطبيق القواعد الإجرائية الواردة في لائحة إحدى مراكز التحكيم الدائمة، أو أن تختار إحدى القوانين الوطنية وهذه الأخيرة قد تكون إما:

¹ - معين عمر المومني ، مرجع سابق، ص 20.

² - المادة 1043 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09 .

- قانون دولة مقر التحكيم، حيث يلعب قانون مكان التحكيم دوراً احتياطياً أو مساعداً في تحديد اجراءات سير النزاع أما هيئة التحكيم وتكملة لما اتفق عليه أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر في حالة إذا كان القانون المختار لا يغطي كافة المسائل الإجرائية التي يثيرها النزاع¹، ويتفق هذا الضابط الاحتياطي مع ما أخذت به اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية لعام 1958 والتي انضمت إليها الجزائر سنة 1988²، حيث أقرت الرجوع لقانون الدولة التي تم فيها التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق للأطراف³، وقانون مقر التحكيم يتأسس في الواقع على تفسير الإرادة الضمنية أو المفترضة لأطراف النزاع في حالة عدم النص الصريح على مكان التحكيم، وبهذا نلاحظ أن مكان إجراء التحكيم له تأثير على القانون الإجرائي الواجب التطبيق من طرف هيئة التحكيم.⁴

كما أن الاعتماد على مقر التحكيم لتحديد القانون الاجرائي المطبق على إجراءات التحكيم يجد أساسه في الفقه والاتفاقيات الدولية والتشريعات والقوانين الداخلية، وقد اختلف الفقه في أساسه، ومن بين الانظمة القانونية التي كانت تطبق قانون مكان التحكيم وتأخذ به كأصل عام القانون السويسري المتعلق بالقانون الدولي الخاص لعام 1987 في المادة 176/1.⁵

1 - أميرة جعفر شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية، دراسة قانونية تحليلية مقارنة، مرجع سابق، ص 206.

2 - تمت المصادقة علي هذه الاتفاقية والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها في مؤتمر الأمم المتحدة بتاريخ 10 يونيو 1958، وانضمت الجزائر إليها بموجب القانون رقم : 1888 المؤرخ في 12 يوليو 1988، ج.ر.ج.د.ش. ع:28 الصادرة بتاريخ 13 يوليو 1988.

3 - خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 247

4 - أميرة جعفر شريف، مرجع سابق، ص 206.

5 - أحمد بوخلخل، نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر، رسالة ماجستير في القانون الدولي العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012-2013، ص 142.

أما المشرع الجزائري فلم يلزم هيئة التحكيم بتطبيق القانون الإجرائي لدولة مقر إجراء التحكيم عند تخلف قانون الإرادة المادة 1043/ف2 السالفة الذكر)، وهو نفس الاتجاه الحديث للمشرع الفرنسي حيث نص في حالة سكوت الأطراف عن تحديد القانون الاجرائي الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم فتتولى هيئة التحكيم تنظيم الإجراءات دون ان يلزمهما بتطبيق قانون محل التحكيم المادة 1509 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي لسنة 2011 السالفة الذكر)، بمعنى أن إرادة المحكم تأتي بعد إرادة الأطراف مباشرة عند تخلفها أو إغفالها في تحديد القانون الإجرائي الواجب التطبيق.

ومن أحكام التحكيم التي أخذت بقانون مكان التحكيم لتطبقه على الإجراءات ذلك الحكم الذي أصدره المحكم (Lagergen) في 10 أكتوبر 1973 في النزاع بين الحكومة الليبية وشركة (B.P. British petroleum) وتتعلق وقائع القضية بعقد استغلال بترول، الذي منحه ليبيا في 18/12/1957 لمدة 50 سنة لمواطن أمريكي يدعى Bunhe Hunti حول 50% من نصيبه في 10 نوفمبر 1960 لشركة B.P وذلك بإقرار السلطات الليبية، وبعد قيام الثورة في ليبيا سنة 1969، واتباع سياسة التأميمات فقد تم تأميم تلك الشركة في 07 ديسمبر سنة 1971، وهو ما أدى إلى نشوب نزاع بين الشركة والحكومة الليبية، وتم تعيين المحكم Lagergen لحل هذا النزاع بالاستعانة برئيس محكمة العدل الدولية ، ثم انتهى المحكم في هذا النزاع بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات، بتطبيق قانون مكان التحكيم وهو القانون الدانماركي باعتبار أن مكان إجراء التحكيم كان في الدنمارك ، ولاعتبارات عملية أخرى متعلقة بخصوصية التحكيم كآلية لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر ، كما أخذ بنفس الاتجاه أحكام تحكيم أخرى كحكم التحكيم الصادر في 24 مارس 1982 في النزاع الذي نشأ في 24 مارس عام 1982 بين حكومة الكويت والشركة الأمريكية Aninoil¹.

¹ - خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص ص 247-248.

- أو القانون المطبق على موضوع النزاع، مع العلم أن قانون موضوع النزاع يثير إشكالات من حيث ما المقصود بموضوع النزاع هل النزاع المتعلق بموضوع العقد الأصلي أي عقد الاستثمار الأجنبي المباشر أو النزاع المتعلق بعقد التحكيم، كذلك إشكالية التمييز بين ما هو موضوعي وما هو إجرائي والقانون الواجب التطبيق على مسألة التكييف للقانون هل هو قانون إجرائي أو قانون موضوعي، وكما سبقت الإشارة إليه فإن الفقه القانوني يرى أنه في حالة تخلف قانون الإرادة في تحديد القانون الإجرائي الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية فإن هيئة التحكيم تلجأ لتطبيق القانون الذي يحكم موضوعها ، تفادياً للحيلولة دون الفصل بين ما هو موضوعي وإجرائي، وذلك بالرغم من تكريس مبدأ استقلال الإجراءات التحكيمية عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

كذلك تطرح مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم سواء من حيث الموضوع أو شكل أو من حيث الإجراءات نطاق تطبيق هذا القانون هل يشمل تطبيقه على جميع المسائل الموضوعية والشكلية والاجرائية أم ان هناك استثناءات على تطبيقه سواء في ظل مبدأ سلطان الإرادة أو في ظل القانون الوطني أو الدولي أو في ظل أحكام الفقه والقضاء والتحكيم؟

المبحث الثاني : إجراءات التحكيم وحكم التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

إن إعمال قواعد التحكيم التجاري الدولي تقتضي نزاع بين الأطراف إذ يربطها اتفاق أو شرط تحكيم وضع مسبقاً أو بعد ظهور النزاع على اللجوء إلى التحكيم، ولا تنشأ منازعات عقود الاستثمار بسبب إخلال أحد الطرفين بالتزاماته العقدية فقط، لكن أيضاً بسبب قيام الدولة بإجراءات انفرادية ، تشريعية ، أو تنظيمية، تؤثر بصورة كبيرة على العقد الاستثماري الذي يربطها بالمستثمر الأجنبي، وبالخصوص على إمكانية تسوية المنازعات عن طريق التحكيم.¹

المطلب الأول : إجراءات التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وتشكيل هيئة التحكيم

إن إجراءات التحكيم جملة من الأعمال الإجرائية المتوالية والتي ترمي إلى الوصول إلى حكم صادر من هيئة التحكيم ويفصل في النزاع القائم بين الدولة المستقبلة للاستثمار و المستثمر الأجنبي تبدأ هذه الأعمال وذلك قبل عرض النزاع على التحكيم بتشكيل الهيئة

¹ - عمر مشهور حديثة الجازي ، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار"، مجلة نقابة المحامين عدد 9، الاردن، 2002، ص115.

التحكيمية ، إذ لم يتم تسمية المحكمين في اتفاق التحكيم، وقبول التحكيم بمهمة الفصل في النزاع وتحديد موضوع النزاع الذي من خلاله تتضح حدود اختصاص المحكمين.

وهذا الأمر لا صعوبة فيه عندما يكون اتفاق التحكيم لاحقا على نشوء النزاع أما في حالة شرط التحكيم الذي يرد في العقد الاصلي و القاضي باللجوء إلى التحكيم عند نشوء نزاعات في المستقبل ، ففي هذه الحالة لا يبدأ التحكيم إلا منذ نشوء النزاع ، الذي يتم تحديده إما بوثيقة خاصة، أو في طلب التحكيم أمام الهيئة التحكيمية¹.

أولا / تشكيل هيئة التحكيم

تتشكل محكمة التحكيم عادة من ثلاثة محكمين، كما نشير لمزيد من التجسيد إلى تشكيل هيئة التحكيم في ظل قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والقانون النموذجي حيث نجد أن المادة الخامسة تنص على ترك تحديد عدد المحكمين لإرادة الاطراف ، فإذا لم يكن هناك اتفاق مسبق ولم يتم الاتفاق خلال خمسة عشر يوما من تلقي المدعى عليه إعلان التحكيم على ان يكون المحكم واحدا ، يتم تشكيل المحكمة من ثلاثة محكمين ، أما على مستوى غرفة التجارة الدولية فيجوز أن يكون المحكم فردا وأن يكون ثلاثيا.

أما موقف محكمة لندن ، فيمكن تشكيل المحكمة من محكم واحد أو عدة محكمين و يقترح أطراف النزاع أسماء المحكمين، غير أن المحكمة التي يتولى رئيسها أو أحد نواب إصدار ذلك القرار².

¹ - خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة ، دار الشروق للنشر والتوزيع، القاهرة ، 2002 ، ص 201 .

² - قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية - تحكيم تجاري دولي ، ضمان الاستثمارات - ، ط2 ، دار هومة للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2004 ، ص 22.

وفي التشريعات الوطنية نجد المشرع الجزائري فيما يخص تشكيل محكمة التحكيم تنص المادة 1017 من ق.إ.م.إ. على أنه : "تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي"¹.

ثانيا/ سير إجراءات التحكيم التجاري الدولي

إن اجراءات المحكمة التحكيمية تبدأ بتقديم المدعي طلب التحكيم متضمنا الإفصاح عن الإعتداء على مركز قانوني له ويطلب حمايته، وما يمكن استخلاصه من المادة 1018 من ق.إ.م.إ. التي حددت مهلة للتحكيم يبدأ سريانه من تاريخ تعيين المحكمين، إذا تضمن إتفاق التحكيم طريقة تعيينهم فقط، أو من تاريخ إخطار المحكمة التحكيمية أي تقديم طلب التحكيم، إذا كان المحكمون معينون بالاسم في اتفاق التحكيم، أو أن المحكمة تابعة لمؤسسة تحكيمية.

ونصت قواعد القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، على ان اجراءات التحكيم في نزاع ما تبدأ في اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلبا بإحالة ذلك النزاع إلى التحكيم ، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

على الدولة أو المستثمر الذي يرغب في اللجوء إلى التحكيم ان يرسل إلى المدعى عليه وكل واحد من المحكمين بيانا مكتوبا يتضمن اسمه و عنوانه واسم المدعى عليه و عنوانه وشرح لوقائع الدعوى يتضمن تحديد موضوع النزاع وطلباته و كل أمر اخر يقتضي ذكره بناء على اتفاق الطرفين.²

وتجدر الإشارة إلى ان المشرع الجزائري لم يعرض لمسألة لغة التحكيم ولا مكانه، سواء فيما يتعلق بالتحكيم الداخلي أو التحكيم التجاري الدولي، فهو يكون بذلك قد تركه لإرادة الأطراف أو لقرار المحكمة التحكيمية.

¹ - قانون رقم 08-09 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² - خالد محمد القاضي ، مرجع سابق ، ص ص 216 - 218.

المطلب الثاني : حكم التحكيم الدولي في عقود الاستثمار الاجنبي المباشر وطرق الطعن فيه

بعد أن تنتهي المحكمة التحكيمية من النظر في النزاع ، تقرر غلق الجلسة لتتخذ قرارها، إذ تفصل في كل مسألة بأغلبية أصوات أعضائها ذلك طبقا لأحكام المادة 48 فقرة 1 من اتفاقية واشنطن ، حيث يشترط من الناحية الموضوعية أن يرد على كافة الطلبات في الدعوى، كما يجب ان يكون مسببا و يجوز لكل محكم في المحكمة ان يلحق رايه الخاص بالحكم و يوضح فيه اسباب الخلاف، قد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن متطلبات حق الدفاع تكون قد استوفت كل الشروط في حالة ما إذا كان المحكم الغائب في وضع يمكنه من إبداء ملاحظاته حول تعديل مشروع الحكم الأساسي.¹

أولا/ صدور حكم التحكيم

يتم التداول بين المحكمين في جلسة أو جلسات سرية لا يجب ان يحضرها سواهم و المداولة تعني مناقشة المحكمين لموضوع النزاع والادعاءات والدفع المقدمة من الاطراف وفحص الادلة والمستندات والخروج في النهاية بقرار يفصل في النزاع و يرد على كافة الطلبات الموجبة في الدعوى كما يجب ان يكون أيضا مسببا.

ومن شروط الحكم التحكيمي أن يكون بإجماع المحكمين هذا إذا كان عددهم أكثر من واحد بل يكفي ان تتوافق عليه اغليتهم و يجب ان يشير على عدم موافقة الاقلية في نص الحكم. و يكتسب حكم التحكيم التجاري الدولي بمجرد صدوره حجية الشيء المقضي

¹ - عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر، 2006 ، ص 219 .

فيه في النزان المفصول فيه ، وهو ملزم للأطراف ويمكن تنفيذه جبرا بإتباع الإجراءات المنصوص عليها في القانون الداخلي للدولة التي يتم التنفيذ على اراضيها.¹

ثانيا/ الاعتراف بحكم التحكيم و تنفيذه

لقد حرصت اتفاقية واشنطن لسنة 1965 ضمان الفعالية الدولية لأحكام التحكيم، إذ وضعت في بعض من موادها نظاما مستقلا بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة عن هيئات التحكيم المشكلة وفقا للاتفاقية.

والغاية من اللجوء على التحكيم لتسوية المنازعات بين الاطراف في حماية الحق المعتدى عليه عن طريق صدور حكم تحكيمي فاصل في الموضوع.

تضمنت اتفاقية واشنطن بخصوص الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه قواعد خاصة حيث اكدت بالتاكيد على الطابع الإلزامي لحكم التحكيم.

لقد ورد في اتفاقية واشنطن نص يبين الجهة المختصة التي يجب أن تعرض عليها مسألة الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه، حيث اعطت للدولة المتعاقدة حرية كاملة من أجل تعيين الجهة القضائية أو سلطة أخرى مختصة.²

ثالثا/ طرق الطعن في حكم التحكيم

تختلف الطعون المتاحة أمام الهيئات التحكيمية ، حسب نظام كل هيئة و إن اتفقت جميعها على انه يمكن مراجعة المحكمة التحكيمية لتصحيح الخطأ المادي او عندما يكون

¹ - اتفاقية واشنطن، 18 مارس 1965 ، الخاصة بتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى ،المصادق عليها في الجزائر بموجب مرسوم رقم 34695 بتاريخ 30 أكتوبر 1995، ج.ر.ج. عدد 66 ، صادر بتاريخ 05 نوفمبر 1995.

² - يشار محمد الاسعد، مرجع سابق، ص 130.

اغفال الذي يمكن من خلاله أن يؤثر بالحكم و يتم ذلك بطلب احد من الاطراف أو تقوم به من تلقاء نفسها.¹ فصلت اتفاقية واشنطن فيما يخص طرق الطعن وتتمثل هذه الطرق في :

- **تفسير القرار التحكيمي:** إذ تجيز اتفاقية واشنطن لأي طرف من أطراف النزاع ان يطلب تفسير الحكم أو مضمونه او حتى نطاقه، وذلك تطبيقا لأحكام المادة 50 من الاتفاقية التي تنص على انه: "إذا نشأ نزاع بين الاطراف فيما يتعلق بمفهوم أو مضمون الحكم، فإنه يمكن للخصم صاحب الشأن أن يتقدم كتابة إلى السكرتير العام بطلب تفسير الحكم".

- **إعادة النظر في الحكم:** تنص اتفاقية واشنطن على في مادتها 51 على: "يجوز لكل من الاطراف أن يطلب إلى السكرتير العام إعادة النظر في الحكم بسبب اكتشاف واقعة من شأنها أن تؤثر بشكل قاطع في الحكم بشرط أن تكون هذه الواقعة مجهولة قبل النطق بالحكم من قبل كل من المحكمة والطرف طالب إعادة النظر في الحكم ، بحيث ان تجاهلها لم يكن راجعا على خطأ الطالب"

- **الطعن بالبطلان :** إذ منحت نفس الاتفاقية السابقة لكل من طرفي النزاع إمكانية الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي الصادر عن محكمة تحكيم المركز ، ذلك تطبيقا للمادة 52 التي تنص على: "يجوز لكل من الطرفين أن يطلب كتابة غلى السكرتير العام إلغاء الحكم لأحد الاسباب التالية:

أ- عيب في تكوين المحكمة

ب- تجاوز المحكمة حدود سلطاتها بشكل واضح

ج- رشوة أحد أعضاء المحكمة

د- التجاهل الجسيم لقاعدة إجرائية اساسية

هـ- خلو الحكم من الأسباب¹

¹ - عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري ، ط2 ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2014، ص369.

ويؤدي الطعن ببطلان حكم التحكيمي أمام القضاء في الجزائر الى الطعن بقوة القانون الى مجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه الحكم التحكيمي في أمر التنفيذ ويحول دون اعطائه صيغة التنفيذ إلى غاية البث بطلب الابطال وهذا حسب نص المادة 1058 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، فمسالة الاعتراف بالأحكام الدولية والأمر بالتنفيذ تتعلق بفكرة السيادة الوطنية، ذلك أن تنفيذ حكم أجنبي على الأراضي الوطنية مسالة حساسة تتطلب الفحص قبل تنفيذ الحكم والاعتراف بها بما يتوافق والنظام العام الدولي والداخلي.²

¹ - المادة 52 من اتفاقية واشنطن ، مرجع سابق.

² - عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص371.



الخاتمة



خاتمة:

من خلال ما سبق وكحوصلة لما جاء في مضمون هاته الدراسة، يتضح لنا أن الدولة الجزائرية قامت بالعديد من الجهود لتشجيع الاستثمار من خلال تهيئة بيئة أكثر ملائمة، ووضع ترسانة كبيرة من القوانين المشجعة والمحفزة على الاستثمار في الجزائر.

ولقد تطرقنا إلى أهم الطرق لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في الجزائر وهي القضاء الوطني والتحكيم التجاري الدولي، وكيف أن المشرع الجزائري كرس هذه التسوية عن طريق القوانين الوطنية بالإضافة إلى إبرام إتفاقيات دولية، سواء الثنائية أو متعددة الأطراف حتى لا يحدث لبس ولا صعوبات تواجه المستثمر الأجنبي في الجزائر، فقد حددت هذه القوانين متى وكيف يتم اللجوء إلى القضاء الوطني أو التحكيم التجاري الدولي بنصوص قانونية واضحة، تطمئن بها المستثمر الأجنبي، حيث أن تسوية النزاع تتم في الأصل داخليا أمام المحاكم الوطنية، إلا أن تخوف المستثمر الأجنبي من القضاء الوطني نظرا لطبيعة النزاع باعتبار أن أحد أطرافه دولة ذات سيادة، والآخر طرف أجنبي خاص قد يؤثر على مصداقية ونزاهة القضاء.

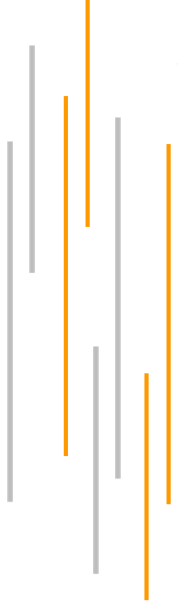
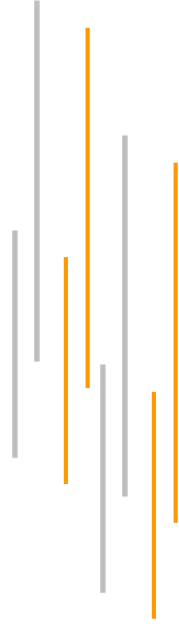
ومن أجل هذا نجد أن المشرع الجزائري قد كرس التحكيم التجاري الدولي كطريق بديل لحل النزاعات، ومنه نجد أن المستثمرين عند إبرام عقود مع الدولة المضيفة يضعون فيها بندا خاصا بالتحكيم التجاري الدولي باعتباره عدالة خاصة ولقد أقر قانون الاستثمار بنص صريح حق المستثمر الأجنبي في المادة 12 في زيادة على أحكام المادة 11 أعلاه، يخضع كل خلاف ناجم عن تطبيق أحكام هذا القانون بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة، ما لم توجد إتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف صادقت عليها الدولة الجزائرية تتعلق أحكامها بالمصالحة والوساطة والتحكيم، ولكن مع كل هذه الاجراءات التي اعتمدها المشرع الجزائري، لا تزال الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري سواء الداخلي أو الدولي يعتريها بعض النقص، خاصة الأحكام المشتركة في التحكيم، بالإضافة إذا ما جاء اتفاق التحكيم شاملا للتحكيم والقضاء معا لتسوية النزاعات المتعلقة بالعقد محل اتفاق التحكيم، المشرع لم يعط حلا لهذه المسألة حيث يظهر التباس في

الاختصاص، كما أنه لم يحدد مواعيد خاصة لبداية أو أثناء سير اجراءات التحكيم مما يجعل الأطراف لهم الحرية المطلقة في تحديد المواعيد عند القيام بالإجراءات الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، وهذا ما يؤدي بالطرف السيئ النية بالتماطل والتقاعس لإتمام إجراءات التحكيم، لذلك على المشرع الجزائري تعديل الاحكام المشتركة في التحكيم بالإضافة إلى تحديد المواعيد الخاصة عند القيام بإجراءات التحكيم التجاري.

توصيات:

- السعي إلى توفير المناخ المناسب للمستثمر الأجنبي بدلا من التماذي في منحه التسهيلات والإعفاءات وذلك بالتركيز على:
- الإنفاق على البنية التحتية الأساسية بهدف تشجيع الإستثمار، حيث أن ضعفها يعد من العوامل المسؤولة عن ضعف الإقبال على الاستثمار.
- توفير البيئة الإدارية الملائمة من خلال القضاء على عوائق البيروقراطية.
- توفير الحماية التامة من مخاطر التأميم ونزع الملكية والأخطار الأمنية.
- توجيه الإستثمار الأجنبي نحو القطاعات الإنتاجية وهذا بمنح حوافز ضريبية لهذه القطاعات.

قائمة المراجع



قائمة المراجع:

الكتب:

- (1) ابراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، ط4 ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005
- (2) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ط9، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971.
- (3) أحمد السيد صاوي، التحكيم، دط، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، مصر، 2002.
- (4) أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، ب.ط، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990.
- (5) أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، ط 1 ، دار النهضة العربية.
- (6) أحمد ماهر زغلول أصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافقات المدنية والتجارية والتشريعات المرتبطة بها، ج1، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1994.
- (7) أحمد محيو، المنازعات الادارية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1983.
- (8) أسامة أحمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 2008.
- (9) أميرة جعفر شريف ، تسوية المنازعات الاستثمارية دراسة قانونية تحليلية مقارنة ، ب.ط ، دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2016
- (10) بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية ، د.ط ، الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، مصر ، 1995.
- (11) جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 2، 2003.
- (12) حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، ب.ط، دار هومة، الجزائر .
- (13) حفيظة السيد الحداد النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.
- (14) خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 2014 .
- (15) خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة ، دار الشروق للنشر والتوزيع، القاهرة ، 2002 .

- (16) زهيرة كيسي، مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامي، تمنغاست، ع 8 ، جوان ،2015.
- (17) سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- (18) شريف الطباخ التحكيم الاختياري والإجباري دط، دار الفكر والقانون، مصر، 2010.
- (19) عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ط1، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1990.
- (20) عصام أحمد البهجي، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، ب.ط، دار الفكر الجامعي، مصر.
- (21) علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- (22) عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر، 2006 .
- (23) عيوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري ، ط2 ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2014.
- (24) عيد محمد القصاص ، حكم التحكيم ، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- (25) فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.
- (26) فتحي والي، قانون القضاء المدني، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991
- (27) قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية - تحكيم تجاري دولي ، ضمان الاستثمارات - ، ط2 ، دار هومة للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2004 .
- (28) لزه بن سعيد ، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الاجراءات المدنية والادارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2012 .
- (29) محمد حامد فهمي، تنفيذ الأحكام و السندات الرسمية، ط2، مطبعة فتح القاهرة، 1952.
- (30) محمد حسن جاسم المعماري، التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني، ط1، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2013،
- (31) محمد شعبان إمام سيد، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية، ط1، دار المناهج، الأردن، 2014.
- (32) محمد شعبان إمام سيد، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية، ط1، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014.

- (33) محمد مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- (34) محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- (35) محمود مختار بريري التحكيم التجاري الدولي، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- (36) مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، 2010.
- (37) معتز عفيفي، نظام الطعن على حكم التحكيم، دط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
- (38) منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي الداخلي، منشأة المعارف الاسكندرية، مصر، 2002 .
- (39) هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي دط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- (40) هوام علاوة ، الوساطة القضائية بديل لحل النزاع وتطبيقاتها، أطروحة دكتوراه، جامعة باتنة 2013 .
- (41) يوسف حسن يوسف، التحكيم الدولي بين القانون الدولي والشريعة الإسلامية ، ط1 ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، مصر ، 2013.
- (42) لعشب محفوظ، سلسلة القانون الاقتصادي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 1997.
- (43)

المذكرات:

- (1) تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في العلوم ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر ، 2016-2017.
- (2) رسالة ماجستير في القانون الدولي العام ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2012-2013 .
- (3) عروى عبد الكريم، الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية الصلح والوساطة القضائية ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر ، فرع عقود ومسؤولية ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، الجزائر ، 2012 .

- 4) علاق عبد القادر ، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007، 2008.
- 5) علي شريف سعيدة، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1 ، الجزائر ، 2013-2014.
- 6) منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة 1 ، الجزائر ، 2004 .
- 7) حسن طالبي، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005، ص 256.

المجلات:

- 1) رضوان أبو زيد، الضوابط العامة للتحكيم الدولي"، مجلة الحقوق والشريعة جامعة الكويت، الكويت، العدد 1، 1988.
- 2) عزمي عبد الفتاح، "سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم، مجلة الشريعة الإسلامية والنزاعات الإسلامية، جامعة الكويت، الكويت، ع 8 ، 1984.
- 3) مجلة المحكمة العليا عدد خاص الطرق البديلة لحل النزاعات الصلح والوساطة والتحكيم جوان سنة 2008 .
- 4) محمد قبايلي، الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في التشريع الجزائري مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تمنغاست، الجزائر، عدد 11 جانفي 2017.
- 5) معين عمر المومني، هيئة التحكيم ودورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في التحكيم التجاري الدولي" دراسة مقارنة بين قانون التحكيم الأردني والمصري والفرنسي والإنجليزي " ، مجلة جيل للأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، طرابلس، لبنان، ع: 19 نوفمبر 2017.
- 6) زكريا محمد بيومي، الخبرة في منازعات الضرائب المباشرة في التشريع الضريبي الفرنسي، مجلة القاهرة بالخرطوم، ع 4، 1973.
- 7) محمودي مسعود، (أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية)، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، سنة 2006 .
- 8) أحمد سمير ابو الفتوح، (دور القوانين والتشريعات في جذب الاستثمار)، المنكب العربي للمعارف، ط 1، سنة 2015.

المواد والأوامر والقانونين:

- (1) اتفاقية واشنطن، ل 18 مارس 1965 ، الخاصة بتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى ،المصادق عليها في الجزائر بموجب مرسوم رقم 34695 بتاريخ 30 أكتوبر 1995، ج.ر.ج.ج عدد 66 ، صادر بتاريخ 05 نوفمبر 1995.
- (2) أحمد بوخلخل، نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر، عمر مشهور حديثة الجازي ، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار"، مجلة نقابة المحامين عدد 9، الاردن، 2002 .
- (3) الأمر رقم 68-591 المؤرخ في 31-10-1968 ، المتضمن الموافقة على الاتفاق الخاص بالبحث عن الوقود واستغلاله في الجزائر وعن البروتوكول المتعلق بأعمال البحث عن الوقود وإنتاجه في الجزائر من طرف شركة جيتي بتروليوم كومباني ، وكذا بروتوكول يتعلق بنشاطات الأبحاث عن الوقود وإنتاجه في الجزائر من قبل شركة جيتي بتروليوم كومباني، ج.ر، ع 88 ، السنة الخامسة بتاريخ 01-11-1968.
- (4) تمت المصادقة علي هذه الاتفاقية والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها في مؤتمر الأمم المتحدة بتاريخ 10 يونيو 1958، وانضمت الجزائر إليها بموجب القانون رقم : 1888 المؤرخ في 12 يوليو 1988، ج.ر.ج.ج.د.ش. ع:28 الصادرة بتاريخ 13 يوليو 1988.
- (5) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، ط 1 ، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2005.
- (6) علاء أبارين الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.
- (7) قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر، رقم 44 الصادرة في 26 جوان 2005.
- (8) قانون رقم 08-09 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- (9) المادة 02 من الأمر 01-03 ، المؤرخ في 20/08/2001 ، المتعلق بتطوير الاستثمار ، ج.ر، ع47.
- (10) المادة 10.06 من القانون 08-09 ، المؤرخ في 25/02/2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج.ر، ع21 ، الصادرة بتاريخ 23/04/2008.
- (11) المادة 1006 من القانون 08-09.
- (12) المادة 1043 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09 .
- (13) المادة 1045 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09.

- 14) المادة 1048 من ق.إ.م.إ. ج رقم: 08-09.
- 15) المادة 1/134 ، قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، قانون 90-36 والمؤرخ في 31-12-1990 المتضمن قانون المالية لسنة 1991 لاسيما المادة 38 المحدثه لقانون الضرائب المباشرة ، الجريدة الرسمية، ع 84، 1991.
- 16) المادة 14 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار .
- 17) المادة 22 من الامر 01-03 والمادة 11 من القانون 16-09 المؤرخ في 3 اوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر، ع 46.
- 18) المادة 25 من اتفاقية واشنطن.
- 19) المادة 1/332 قانون 90-36 .
- 20) المادة 02-34 من اتفاقية واشنطن.
- 21) المادة 40 فقرة 3 من القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية
- 22) المادة 40 فقرة 3 من قانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- 23) المادة 2/566 من المرسوم التشريعي 93-08 .
- 24) المادة 2/ 589 من المرسوم التشريعي 93-08 .
- 25) المادة 715 مكرر 24 من المرسوم التشريعي 93-08، يتضمن القانون التجاري الجزائري.
- 26) المادة 715 مكرر 26، من المرسوم التشريعي 93-08.
- 27) المادة 994 من القانون 08-09.
- 28) المادتين 32 و 33 الأمر 01-03.
- 29) المادة 45 من الأمر 75 / 58 المؤرخ في 02 سبتمبر 45.
- 30) مثل مخالفة ما جاء في نص المادة 795 مكرر 1-2-3-4-5 من مرسوم تشريعي رقم 93-08 ، مؤرخ في 03 ذي القعدة عام 1403 ، الموافق ل 25 أبريل سنة 1993 ، يعدل ويتم الأمر رقم 75 - المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 ، المتضمن القانون التجاري ، الجريدة الرسمية العدد 27 ، المؤرخة في 27 أبريل 1993 ، المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 05-02
- 31) مثل مخالفة ما جاء في نص المواد 564 إلى 591 من المرسوم التشريعي 93-08.
- 32) منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مذكرة ماجستير ، إشراف عبد الحفيظ طاشور، قانون عام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، 2013-2014.
- 33) والإدارية .

34) يوجد مقر الوكالة في مدينة الجزائر إلى جانب مكاتب جهوية وهي الهياكل المنصوص عليها في المادة 22 من الأمر 01-03 المذكور أعلاه إلى جانب إمكانية انشاء مكاتب تمثيل بالخارج

35) يوسف حسن يوسف، التحكيم الدولي بين القانون الدولي والشريعة الإسلامية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013.

المراجع باللغة الأجنبية:

- 1) BINDOHEDE (RD), la protection diplomatique des sociétés et des actionnaires, RSJP,1964, p141.
- 2) Geraldine Chanvrier, Réflexion sur la transaction administrative, Dalloz, Paris, 2000, P 712.
- 3) la force obligatoire est un principe universel ... », voir Mallaurie.ph, Aynes.L- Munck.ph, Droit civil, les obligation, Defrénois, Paris, 2eme éd, 2005, p360.
- 4) René David, L'arbitrage dans le commerce international, Economique, Paris, 1982, P9.
- 5) Voir : -Jean Pierre ANCEL, « La cour de cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international », in Le juge entre deux millénaires, Mélange Pierre Drai, Dalloz, Paris, 2000, p. 166.

فهرس المحتويات

	الشكر والتقدير
	الاهداء
1	مقدمة:
06	الفصل الأول: الآليات الودية والقضائية لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي
07	المبحث الأول: مجال المفاوضات ودورها في تسوية النزاع
07	المطلب الأول: المفاوضات
10	المطلب الثاني: التوفيق في مجال تسوية منازعات الاستثمار
14	المطلب الثالث: الوساطة
14	المبحث الثاني : اللجوء إلى القضاء الوطني
14	المطلب الأول : خضوع منازعات الاستثمار الأجنبي إلى القضاء الإداري
22	المطلب الثاني : خضوع منازعات الاستثمار الأجنبي إلى القضاء العادي
30	الفصل الثاني: آلية التحكيم الدولي لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر
30	المبحث الأول : ماهية التحكيم الدولي
30	المطلب الأول : مفهوم التحكيم الدولي ومبررات اللجوء إليه في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر
51	المطلب الثاني: المبادئ اللازمة لضمان فعالية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار المباشر والقانون الواجب التطبيق عليه
66	المبحث الثاني: إجراءات التحكيم وحكم التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر
66	المطلب الأول: إجراءات التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وتشكيل هيئة التحكيم
68	المطلب الثاني: حكم التحكيم الدولي في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وطرق الطعن فيه
73	خاتمة:
75	قائمة المراجع

الملخص:

إن عقود الاستثمار الأجنبي في التشريع الجزائري تنشأ بين طرفين المستثمر الأجنبي من جهة والدولة المضيفة من جهة أخرى، بغية تحقيق مشتركة بينهما، وقد تنشأ عن هذه العقود بعض المنازعات، ومن أجل تسوية ما يعرف بمنازعات عقود الاستثمار الأجنبي وجب الخضوع إلى العديد من الآليات منه ما هو ودي يكون بسعي من الأطراف ذاتهم من خلال آليتين (التشاور والتفاوض)، كما قد يلجأ المستثمر الأجنبي إلى آليات قضائية عديدة منها ما هو داخلي وطني وذلك من خلال المحاكم الوطنية بنوعيهما (الإدارية والعادية) ، وكذلك ضمن المشرع الجزائري للمستثمر الأجنبي الحق في اللجوء إلى التسوية البديلة وذلك شريطة وجود اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف مبرمة بين الجزائر ودولة المستثمر تتضمن اللجوء إلى التسوية البديلة أو وجود بند في العقد المبرم بين المستثمر والإدارة يجيز اللجوء إلى التحكيم.

الكلمات المفتاحية: عقود الاستثمار - الاستثمار الأجنبي - منازعات عقود الاستثمار - التشريع الجزائري - الآليات الودية - الآليات البديلة .

Abstract:

Foreign investment contracts in Algerian legislation are established between two parties to the foreign investor on the one hand and the host country on the other hand, in order to achieve a commonality between them, and some disputes may arise from these contracts, and in order to settle what is known as foreign investment contract disputes, it is necessary to submit to many mechanisms, including what It is amicable by the efforts of the parties themselves through two mechanisms (consultation and negotiation), and the foreign investor may resort to many judicial mechanisms, including what is internal and national, through national courts of both types (administrative and ordinary), as well as within the Algerian legislator the foreign investor has the right to resort to Alternative settlement, provided that there is a bilateral or multilateral agreement concluded between Algeria and the investor's country that includes resort to alternative settlement, or that there is a clause in the contract concluded between the investor and the administration that allows resort to arbitration.

Keywords: investment contracts - foreign investment - investment contract disputes - Algerian legislation - friendly mechanisms - alternative mechanisms.