

التحكيم التجاري في منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل التشريع الجزائري

د . الطاهر برايك

جامعة الأغواط

ملخص:

إن التحكيم هو الوسيلة الملائمة لفض النزاعات أو الخلافات التي قد تثور بمناسبة تنفيذ العقود الناجمة عن عملية التنمية الاقتصادية التي تسعى الدول النامية إلى تحقيقها والتي تمثل الشركات متعددة الجنسيات طرفها التقليدي في العصر الحالي لأن التحكيم لا يخضع أحد طرفي هذا الخلاف لقضاء دولة أجنبية عنه نظرا لوجود اتفاقيات دولية تنظم التحكيم في المنازعات التي تثور بين الدول ورعايا دولة أخرى مما ييث الطمأنينة في نفس المستثمرين ويحثهم على الإستثمار دون الخوف من ميول بعض القضاة وتدني مستواهم وانحرافهم. إضافة إلى هذا وذاك فإن للتحكيم ميزة السرية حيث لا يوجد مبدأ العلانية فيمكن نظر النزاع في جلسات لا يحضرها سوى أطراف النزاع وممثليهم، كما يحق للأطراف عدم نشر الأحكام، بل الأصل عدم نشرها إلا بموافقتهم، علاوة على أن عامل السرية لا يتعلق بكل عقود التجارة الدولية ولكن يظل زمام الأمر دائما في يد الأطراف والمحكمين.

Résumé

L'arbitrage est le moyen approprié pour résoudre les litiges ou différends qui peuvent survenir à l'occasion de l'exécution de contrats résultant du processus de développement économique que les pays en développement cherchent à atteindre, ce qui représente des sociétés multinationales pointe traditionnelle dans l'ère actuelle parce que l'arbitrage est pas une des parties au présent différend est soumis à dépenser un pays étranger avec lui à cause de la accords internationaux régissant l'arbitrage des différends qui surgissent entre Etats et ressortissants d'autres pays, ce qui rassure les investisseurs et tendances d'investissement sans crainte de certains juges et le faible niveau et de la perversion.

التحكيم التجاري في منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل التشريع الجزائري

En plus de cela et que l'arbitrage avantage confidentielles car il n'y a pas de principe de la publicité peut voir le conflit dans les sessions non seulement les parties au conflit et leurs représentants ont assisté, comme le droit des parties de ne pas publier des phrases, mais à l'origine de ne pas publier, sans leur consentement, ainsi que l'agent secret ne respecte pas tous les contrats du commerce international les rôles de commande, mais reste toujours dans les mains des parties et des arbitres.

مقدمة :

إن إقتصار الدولة المستقطبة للإستثمار الأجنبي على قضائها الوطني لاقتضاء حقوق المستثمرين الأجانب في حالة النزاع قد يكون عائقا كبيرا يجعل من المستثمر الأجنبي يتراجع عن استثمار أمواله لديها . والسبب في ذلك هو عدم معرفة المستثمر الأجنبي بمعطيات وأسباب ودواعي المثول أمام هذا القضاء الوطني زيادة على جهله بالإجراءات الواجب اتباعها لمتابعة الحق المطلوب منه أو من الطرف الآخر. وأكبر صورة يراها المستثمر الاجنبي سلبية ومعوقة في القضاء الوطني أن إناطة الاختصاص بالقضاء الوطني في الدولة المضيفة للإستثمار الأجنبي للفصل في المنازعات بينها وبين المستثمر، إنما يجعل من تلك الدولة خصماً وحكماً في آن واحد.¹

وانطلاقاً من أن المستثمر لا يستطيع اللجوء بمعرفته الخاصة وبشكل مباشر إلى محاكم القضاء الدولي، فقد اتجه الفقه وقواعد السلوك الدولي إلى اعتماد نظام "التحكيم التجاري" بوصفه نظاماً قانونياً بديلاً لتسوية المنازعات بين الدولة والمستثمر الأجنبي.

ويحظى نظام التحكيم عموماً بثقة المستثمرين لا سيما خارج بلدانهم وتأييدهم له وذلك لما يوفره من المرونة في اجراءاته وما يفيد به من اختصار للوقت والتكاليف، بالإضافة الى ما يخوله لأطراف النزاع من حرية كافية في اختيار قضائهم الذين يتوخون فيهم معايير الثقة والخبرة والمعرفة اللازمة بموضوع النزاع.

كما أن التحكيم يمنح للمستثمرين الأجانب حرية تحديد الإجراءات واجبة الإلتباع أمام هيئة التحكيم، ويمنحهم مع باقي الأطراف كذلك حرية اختيار القانون الذي يحكم النزاع الذي بينهم .

وبالرغم من أن الإختصاص في الأصل ينعقد للقضاء الوطني في الدولة المستقبلة للإستثمار الأجنبي بحسم المنازعات الإستثمارية، إلا أن كثيراً من الدول تدرك مع ذلك أهمية وجود نظام قانوني لتسوية المنازعات يحظى بقبول المستثمر الأجنبي ويبعث الاطمئنان لديه بشأن ما يمكن أن ينشب بينه وبين الدولة من منازعات.

1 - دريد محمود السامرائي - الإستثمار الأجنبي : المعوقات والضمانات القانونية - مركز دراسات الوحدة العربية - بيروت سنة 2006 - ص 338

_____ التحكيم التجاري في منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل التشريع الجزائري
وتجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد في القانون الدولي العرفي ما يلزم أية دولة بقبول اللجوء إلى تحكيم يقع خارج أراضيها برئاسة محكم أجنبي لتسوية منازعاتها مع المستثمرين الأجانب، كما أن لجوء المستثمر الخاص إلى التحكيم والقضاء الدولي لازال أمرا استثنائيا في القانون الدولي المعاصر ولا يتم إلا بموجب قبول صريح من الدولة التي تكون طرفاً في المنازعة .

ومن ناحية أخرى نجد أن منظمة الأمم المتحدة قد اهتمت كذلك بتسوية المنازعات التي تنشأ بين الدول المضيفة والمستثمرين حيث نصت في قرار الجمعية العمومية رقم 1803 في الفقرة الثالثة على الآتي : " ويراعى في حال نشوء أي نزاع حول موضوع التعويض استيفاء الطرق القضائية الوطنية للدولة التي تتخذ تلك الإجراءات ويراعى في ذلك حال توفر الإتفاق بين الدولة ذات السيادة والأطراف المعنيين الآخرين، تسوية النزاع بطريق التحكيم أو القضاء الدولي " .

فاعتماد نظام التحكيم من شأنه أن يساهم في تدفق الاستثمارات الأجنبية الى الدولة والتوسع في حجم المبادلات التجارية معها وجلب الموارد الإستثمارية وفتح السبل للمنافع الإستثمارية على مصراعيها، ولأجل ذلك فإن الكثير من السياسات التشريعية الناجحة بباب الإستثمار تقرر في قوانينها الإستثمارية والإجرائية جواز إحالة المنازعات الإستثمارية على التحكيم.

ويؤكد قانون تطوير الإستثمار الجزائري 03/01 لسنة 2001 على هذا الإتجاه حيث يقضي بإمكانية اللجوء للقضاء الدولي بالطرق المقررة قانونا منها التحكيم، إذ تنص المادة 17 مثلا منه على ما يلي " يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء إتخذته الدولة الجزائرية ضده، للجهات القضائية المختصة، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الاطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة أو التحكيم أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص " .

وبالنظر لباقي التشريعات فقد نصت المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على ما يلي " يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل " .

فهذا النص يعرف التحكيم التجاري الدولي على أنه قائم لحل النزاع المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين أو أكثر، وعليه نكون أمام التحكيم الدولي عند توفر عنصرين أساسيين هما النزاع التجاري وأن يكون أطرافه دولتين فأكثر .

التحكيم التجاري في منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل التشريع الجزائري

وكما يرد النص على التحكيم بالقوانين الإستثمارية فإن النص عليه يرد كذلك بالإتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية والتي تعد من أجمع الوسائل المهمة والفعالة في تسوية المنازعات الإستثمارية.¹

إلا أن هناك من يعارض التحكيم والنص أو الإتفاق عليه على أن بإعماله مساسا بسيادة الدولة²، ويرون أن القضاء مظهر من مظاهر السيادة وغير قابل للتصرف، وأن التحكيم يمس مبادئ القانون العام التي تخول الدولة سلطة تقديرية تسمح لها بأن تأتي بما تراه مناسباً للصالح العام ومن ثم فإن اشتراط التحكيم لا يقيم على الدولة التزاماً قانونياً وإنما هو التزام أولى فحسب³.

واستكمالاً لموضوع حل المنازعات نشير إلى أن الحل لا يقتصر على اللجوء إلى الحالات القضائية أو هيئات التحكيم بل إن الدول قد تتدخل دبلوماسياً لحماية أموال مواطنيها ولقد أوضحت محكمة العدل الدولية أن ممارسة الدولة لحق الحماية الدبلوماسية يجب أن يفهم في ضوء أن الدولة وحدها هي التي تملك حق الإدعاء المباشر أمام المحاكم الدولية لحماية مواطنيها وأموالهم بالخارج دون أن يدل ذلك على ملكية الدولة لتلك الأموال.⁴ على أن الأمر الذي يميل إليه أكثر الفقهاء هو نجاعة العمل بالتحكيم لفك النزاعات الإستثمارية لكونه أسلوباً ملائماً أكثر من اللجوء للقضاء بالنسبة إلى هذا النمط من النشاطات الإقتصادية والتجارية.⁵ وبالرغم من كل الإنتقادات وأوجه الإعتراض على التحكيم إلا أنه يعد في الواقع وسيلة قانونية لفض المنازعات الإستثمارية وفق المؤلف على استعمالها في قوانين وعقود الإستثمار وفي الإتفاقيات الدولية الخاصة بتشجيع وحماية الإستثمارات الأجنبية.

ويلقى التحكيم بصفته وسيلة لحل المنازعات الإستثمارية قبولاً واسعاً لدى الأطراف المتعاقدة باعتبارها تقوم على الإتفاق الإختياري فيما بينها، علماً منها بأن التحكيم يعد من أقدم الوسائل لتسوية المنازعات سواء في القانون الوطني أو في القانون الدولي، أدى إلى إنشاء مراكز التحكيم في مختلف دول العالم⁶، وكذا عقد الإتفاقيات الثنائية

¹ - دريد محمود السامرائي - المرجع السابق - ص 339.

² - أحمد أبو الوفا - التحكيم في عقود البترول في البلاد العربية - دار الفكر العربي - سنة 1978 - ص 5 .

³ - احمد المفتي - التحكيم في اتفاقيات استثمار البترول وخلافها - مقال بمدونة أحمد المفتي - 2008 .

⁴ - Nottebohm case (liechtensteint v. guatemala lcj reports p 22 (1955)

⁵ - طلعت الغنيمي " شرط التحكيم في اتفاقيات البترول " بحث مقدم إلي مؤتمر البترول العربي الثالث الذي عقد في الاسكندرية سنة 1961 مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية - السنة 10 العددان 1 و2 1960 - 1961 ص 52 و 53 .

⁶ - أبو زيد رضوان - الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي - دار الفكر العربي 1981 - ص 11 .

_____ التحكيم التجاري في منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل التشريع الجزائري والجماعية لتنظيم إجراءاته وأحكامه وآثاره، وهو يلقي ازديادا في اللجوء اليه مع توسع وزيادة معدلات التجارة الدولية.¹

ويعرف المشرع الجزائري التحكيم من زاوية الإتفاق عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 1007 منه على أنه " شرط التحكيم هو الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوقه متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم ".
ويمكن أن نقف على إشكالية الموضوع كالاتي : ما مدى فاعلية التحكيم التجاري في تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات الأجنبية ؟

ولدراسة فض المنازعات الإستثمارية بطريق التحكيم علينا أن نتناول بالبحث والتحليل اتفاق التحكيم، وإجراءاته والقرار الذي يصدر عنه وذلك في مباحث ثلاثة :

المبحث الأول : إتفاق التحكيم

المبحث الثاني : إجراءات التحكيم

المبحث الثالث : قرارات التحكيم

المبحث الأول: اتفاق التحكيم

يمكننا القول بأن التنظيم القانوني لعقد التحكيم يتنازع اعتباران متعارضان:

أولهما : ضرورة حماية المتعاقد نظراً لخطورة عقد التحكيم وهو ما يقتضي جعل هذا العقد من العقود الشكلية .

وثانيهما : مقتضيات التجارة الدولية، التي تستوجب أن يكون عقد التحكيم من العقود الرضائية .

ومن أجل التوفيق بين هذين الإعتبارين المتناقضين لجأت المعاهدات الدولية إلى حل وسط، فمن ناحية استلزمت الكتابة كشرط لانعقاد اتفاق التحكيم، ولكنها من ناحية أخرى جعلت الكتابة المطلوبة من المرونة بحيث لا تتعارض ومتطلبات التجارة الدولية.

وقد نصت المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على ما يلي "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية.

يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة.

¹ - دريد محمود السامرائي - الإستثمار الأجنبي : المعوقات والضمانات القانونية - مركز دراسات الوحدة العربية - بيروت سنة 2006 - ص

التحكيم التجاري في منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل التشريع الجزائري

تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً.

لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي " .

وعليه فلا بد أن تترجم وثيقة التحكيم في وثيقة مكتوبة أو بأي شكلية أخرى من شأنها أن تقبل الإثبات بالكتابة، وأي خروج عن هذه الكتابة أو عدم احترامها يرتب البطلان .

ولكن هذه الشكلية وإن وردت من قبيل الوجوب إلا أنها لا تعدو على أن تكون لأجل الإثبات وليس للإنعقاد، ليبقى القول برضاية عقد التحكيم لانعقاده على أن يفرغ في الشكل المطلوب .

وإمعان النظر في هذه الكتابة يكشف عن حقيقة أن ما دعت إليه هذه المعاهدات لم يكن حلاً وسطاً، وإنما هو في الحقيقة انحياز كامل لمطالبات التجارة الدولية ؛ فالكتابة المطلوبة لا تصلح لأن تكون شكلاً للتصرف من شأنه حماية المتعاقد، فهي لا تمثل قيداً حقيقياً على حريته في التعبير عن إرادته، ومن ثم يظل التصرف رضائياً على الرغم من استلزام هذه الكتابة، الأمر الذي يؤدي عملاً إلى إبرام اتفاق التحكيم، دون أن يوفر المشرع من وسائل الفن التشريعي ما يحمي به المتعاقد من آثار هذا التصرف الخطير .

وتكون النتيجة في النهاية هي تخلي الطرف الضعيف في المعاملات التجارية الدولية عن حقه في اللجوء إلى القضاء الوطني وما يكفله له من ضمانات، لتصبح مراكز التحكيم الدولية وحدها هي المختصة بالفصل في منازعات التجارة الدولية، وهي مراكز غير محايدة، تعمل لصالح الطرف القوي في المعاملات التجارية الدولية، فهو الذي أنشأها، وهو الذي وضع نظمها وقواعد العمل بها .

ولا شك أنه في ظل الاحتكارات العالمية الحالية للسلع والخدمات التي تتحكم فيها الشركات عابرة القارات، تصبح عقود التجارة الدولية عقود إذعان، ومن ثم فإن هذه الشركات يمكنها بسهولة أن تفرض شروطها على من يتعامل معها، وفي مقدمة هذه الشروط شرط التحكيم .

وهذا التوجه الذي أفرزته المعاهدات الدولية هو ذاته الذي تبنته لجنة القانون التجاري للأمم المتحدة "الانسترا" في القانون النموذجي للتحكيم سنة 1985، وراحت تدعو الدول إلى الأخذ به ليس فقط بشأن التحكيم التجاري الدولي، وإنما بشأن التحكيم بصفة عامة ¹.

وخلاصة القول في ذلك أن نظام التحكيم يقوم عموماً على مبدأ الرضاية، إذ يتعين لإمكان اللجوء إليه اتفاق الطرفين المتنازعين على ذلك.

¹ - الدكتور ياسر أحمد كامل الصيرفي - اتفاق التحكيم بين الرضاية والشكلية في ضوء مقتضيات التجارة الدولية - بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي "أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية" المنعقد بكلية الحقوق - جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 21 - 23 ابريل 2008 بأبو ظبي .

التحكيم التجاري في منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل التشريع الجزائري

وقد أكدت محكمة العدل الدولية هذا الاتجاه حيث تقررت بأن " مبدأ عدم إمكان إلزام الدولة بإحالة منازعاتها على التحكيم دون رضاها هو أحد المبادئ المستقرة تماماً في القانون الدولي " ¹.

غير أن هذا الإتفاق للتحكيم بالمنازعات كلها عموماً وبالإستثمارية خصوصاً، يتخذ أشكالاً متعددة، فقد يكون على هيئة شرط *une clause* واردا ضمن بنود العقد الإستثماري، وقد يكون في صيغة اتفاق *une convention* مستقل يبرمه الطرفان المتنازعان.

وقد أوردت المادة **1040** في فقرتها الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري هذا المعنى بقولها " تسري إتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية " فالمقصود هنا بالنزاعات القائمة والمستقبلية الحديث عن شرط التحكيم ومشاركة التحكيم .

لذا فإنه قبل دراسة القانون الذي يحكم هذا الاتفاق لا بد أن نفصل الصيغ المختلفة لاتفاق التحكيم .

المطلب الأول : صور الإتفاق على التحكيم

نتناول في هذا المطلب مدلول صورتي إتفاق التحكيم ثم الفرق بينهما من الناحيتين النظرية والعملية .

الفرع الأول : مدلول صورتي إتفاق التحكيم :

يمكن أن يكون الاتفاق على اللجوء الى التحكيم بمقتضى شرط يرد في العقد الإستثماري، ويطلق على هذا الشرط عموماً اصطلاح " شرط التحكيم "، وقد يتفق المستثمر الأجنبي مع الدولة المضيفة له على اللجوء الى التحكيم بمناسبة نزاع معين قائم بينهم بالفعل، ويسمى في هذه الحالة " اتفاق التحكيم " أو " عقد التحكيم " أو " مشاركة التحكيم " .

فأما شرط التحكيم فهو الذي يرد في العقد الاستثماري بأن أي خلاف ينشأ في المستقبل عن هذا العقد يحال إلى التحكيم، ويستوي أن يرد هذا الشرط في أي مرحلة من العقد في بدايته أو نهايته، إلا إذا تبين من الشرط أنه يقصد به منازعات معينة ناشئة عن العقد وليس جميعها.

ويلاحظ في شرط التحكيم أنه يتعلق بنزاعات مستقبلية محتملة وليس بنزاعات قائمة، وقد يقع مثل هذا النزاع فعلاً فيحال إلى التحكيم، وقد لا يقع فلا يعمل بشرط التحكيم بدهاءة، ويعتبر من قبيل شرط التحكيم أيضاً الاتفاق

¹ - عشوش أحمد عبد الحميد - النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية - أطروحة دكتوراه- جامعة القاهرة . سنة 1975. ص

التحكيم التجاري في منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل التشريع الجزائري
اللاحق على إبرام العقد بإحالة النزاعات التي ستنتج عن ذلك العقد إلى التحكيم، ولكن قبل وقوع أي من تلك النزاعات.

والأصل أن يكون هذا الشرط عاماً بحيث يؤدي إلى إحالة جميع المنازعات المتعلقة بتفسير العقد أو تنفيذه إلى التحكيم، غير أنه قد يكون شرطاً خاصاً متى اتفق الأطراف على قصر الإحالة للتحكيم على بعض المسائل دون البعض الآخر.¹

أما مشاركة التحكيم فيفتراض مبدئياً، عدم وجود شرط تحكيم في العقد ويقع النزاع بين طرفي العقد لاحقاً لذلك، فبدلاً من اللجوء للقضاء يتفقان على إحالته للتحكيم، ونكون هنا في إطار ما يسمى بمشاركة أو اتفاق التحكيم.

فاتفاق التحكيم هو تصرف قانوني مستقل، يتخذ شكل اتفاق مكتوب ويحدد فيه الطرفان موضوع النزاع وأسماء المحكمين ومكان واجراءات التحكيم، وعادة ما يكون هذا الاتفاق لاحقاً على نشوب النزاع.²

الفرع الثاني : أهمية التفرقة بين صورتين إتفاق التحكيم :

من خلال تعريف صورتين إتفاق التحكيم، يظهر الفرق ما بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، ذلك أن الأول يتعلق بنزاع مستقبلي محتمل، في حين تتعلق المشاركة بنزاع أكيد قد وقع فعلاً، ويفترض في الحالة الأخيرة أن يتضمن الإتفاق ماهية النزاع الذي سيعرض على هيئة التحكيم.

ومن الناحية العملية، تبدأ مشاركة التحكيم بحيثيات تتعلق بالنزاع وطبيعته، ومن ثم الإشارة إلى اتفاق الطرفين على إحالته للتحكيم مع بيان أسماء المحكمين.

وتبرز أهمية التفرقة بين شرط ومشاركة التحكيم في أن قوانين بعض الدول العربية تطلبت في المشاركة بيان ماهية المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً، ومن هذه القوانين القانون المصري والعماني.

والنص على ذلك لا يعني - من وجهة نظرنا - ضرورة بيان تفصيلات النزاع، وإنما يكفي ذكره بشكل إجمالي، بل ليس هناك ما يمنع من إعطاء الطرف الثاني في النزاع الحق في الإتفاق بأن يتقدم بدعوى مقابلة أو حتى أصلية ناشئة عن العقد، ومثال ذلك أن تبيع الدولة المضيفة للإستثمار سلعة إلى المستثمر الأجنبي، فلا يدفع الأخير الثمن له، ويتفقان بموجب مشاركة التحكيم على إحالة نزاعهما الخاص بالثمن إلى التحكيم.

¹ - طلعت الغنيمي - " شرط التحكيم في اتفاقيات البترول " بحث مقدم إلى مؤتمر البترول العربي الثالث الذي عقد في الاسكندرية سنة 1961 مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية - السنة 10 - العددان 1 و2 1960 - 1961 - ص 53 .

² - طلعت الغنيمي - المرجع السابق - ص 53 .

التحكيم التجاري في منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل التشريع الجزائري

وفي الوقت ذاته يدعي المستثمر الأجنبي بأن البضاعة غير مطابقة للمواصفات، ويريد أن يطالب بالتعويض عن ذلك، فتعطي مشاركة التحكيم المستثمر الأجنبي الحق بإحالة هذا النزاع أيضا إلى التحكيم أمام ذات الهيئة. ففي هذا المثال تضمنت المشاركة نزاعين: أحدهما من جانب الدولة المضيفة للإستثمار خاص بالثمن، والثاني من جانب المستثمر الأجنبي خاص بعدم المطابقة مع ما يترتب على ذلك من حقوق للمستثمر الأجنبي حسب القانون الوطني الواجب التطبيق على النزاع.

ومن جهة ثانية، فإن قصر التحكيم في المشاركة على مطالبة الدولة بالثمن، لا يمنع المستثمر الأجنبي بداهة من إثارة كافة الدفوع الناشئة عن العقد أو القانون لرد دعوى الدولة كليا أو جزئيا، حتى ولو لم تنص المشاركة على ذلك، مثل الدفع بالوفاء بالثمن أو المقاصة أو القوة القاهرة أو الدفع بعدم التنفيذ أو الاحتباس، كل ذلك شريطة أن لا يتضمن الدفع مطالبة تؤدي إلى الحكم للمستثمر الأجنبي بما يزيد على رد دعوى الدولة التي استقطبت إستثماره في مواجهته.

ومن جهة أخرى، تجدر التفرقة بين مشاركة التحكيم واتفاق التحكيم اللاحق على نشوء النزاع المستند أساسا لشرط التحكيم، فقد يكون هناك شرط تحكيم، وبعد وقوع النزاع يتفق الفريقان على أحكام أخرى تتعلق بتسوية النزاع تحكيما، مثل تحديد طبيعة النزاع وتشكيل هيئة التحكيم ومدة التحكيم، وصلاحيات هيئة التحكيم، ففي هذه الحالة لا نكون أمام مشاركة التحكيم وإنما أمام اتفاق تحكيم آخر لا يجبر الطرفان أصلا على إبرامه، بل كان يكفي شرط التحكيم لهذا الأمر.

ويترتب على ذلك القول بأن الإتفاق الجديد لا يشترط فيه ما يتوجب في المشاركة، من حيث ضرورة تحديد طبيعة النزاع على النحو المذكور سابقا.

كما تجدر التفرقة بين مشاركة التحكيم وبين ما يمكن تسميته بتحديد مهمة هيئة التحكيم أو مرجعية هيئة التحكيم في بعض الأنظمة التحكيمية الدولية، وهو ما يطلق عليه تجاوزا بمشاركة التحكيم.

فغرفة التجارة الدولية مثلا، تطلب من هيئة التحكيم قبل مباشرة مهمتها أن تعد وثيقة يطلق عليها بـ Terms of Reference وهذه الوثيقة يتم إعدادها بعد تقديم المحتكم لطلباته والمحتكم ضده لرده على الطلبات والدعوى المتقابلة إن وجدت ورد المحتكم على هذه الدعوى المتقابلة، وفي هذا الوقت يتكون لدى هيئة التحكيم فكرة أولية عن طبيعة النزاع، فتقوم بإعداد تلك الوثيقة التي تتضمن ملخصا لوقائع النزاع وطلبات الطرفين ومن ثم للمسائل الأولية التي ستفصل بها الهيئة في ضوء ذلك، والتي غالبا ما تكون بصيغة أسئلة أو استفسارات يتوجب على الهيئة ان تفصل بها، وبعد ذلك تعرضها الهيئة على طرفي النزاع للتوقيع، ومن ثم توقعها هيئة التحكيم.

وكما هو واضح، فإن مرجعية هيئة التحكيم تختلف عن مشاركة التحكيم من حيث أن الأولى تعد من قبل هيئة التحكيم، في حين تعد الثانية من طرفي النزاع، وإن كان كل منهما يلي نشوء النزاع، كما أن سند المرجعية لا

التحكيم التجاري في منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل التشريع الجزائري
علاقة له بالإحالة للتحكيم بل هو لاحق لهذه الإحالة، التي تستند إما إلى شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم، في حين أن المشاركة هي أساس الإحالة للتحكيم.

وتأسيساً على ذلك يذهب جانب من الفقه إلى التمييز بين نوعين من التحكيم، تحكيم إختياري وهو الإتفاق على التحكيم اللاحق على نشوب النزاع والذي يتخذ صورة "عقد تحكيم"، وتحكيم إجباري وهو اتفاق سابق على نشوب الخلاف والذي يتخذ صورة شرط التحكيم، بيد أن مثل هذا التصور لا يستقيم في الواقع قانوناً، ذلك أن التحكيم يخضع لإرادة الأطراف ويتأسس على مبدأ الرضائية.

فكل تحكيم هو إذاً إختياري طالما أنه يستمد مصدره من رضاء الأطراف، سواء كان سابقاً على نشوب النزاع أو لاحقاً له، وسواء اتخذ صورة شرط تحكيم أو اتفاق تحكيم، فالتحكيم يظل إذاً إجراءً إختيارياً وإن تعددت صيغته حيث يخضع لاتفاق الطرفين في إنشائه وتنظيمه .

المطلب الثاني : القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم

قد سبق القول بأن اتفاق التحكيم رضائي في مبناه القانوني لسلطان الإرادة لكل من الدولة المستقطبة للإستثمار والمستثمر الأجنبي، ومنه فإن من رضائتهما – زيادة على رضاهما بشكل التحكيم – أن يختارا القانون الواجب تحكيمه بينهما عند النزاع سواء كان القانون الوطني للدولة أو بالقانون الوطني للمستثمر أو قانون دولة أجنبية أخرى أو تطبيق قواعد القانون الدولي .
ولورود حالات إغفال القانون الواجب التطبيق من المتعاقدين فقد ظهرت بهذا الصدد نظريتان باتجاه تقليدي وحديث حول تعيين القانون المطبق عندئذ نفضلهما كالاتي .

الفرع الأول: رأي الفقه التقليدي في القانون المطبق باتفاق التحكيم

يذهب أصحاب الفقه التقليدي إلى أن أحكام القانون الدولي الخاص هي التي تعين القانون الذي يطبق في حالة عدم إشارة أطراف النزاع إلى القانون الواجب التطبيق على اعتبار أن كل عقد لا بد أن يرتبط بقانون دولة معينة .¹
ومجمع القول عند هؤلاء أنه عند عدم توافر النية الصحيحة لدى الطرفين فإنه يتعين الإتجاه إلى نيتهما المفترضة أو التخمينية La Volonté presomptionel des parties أي النية التي يتجه إليها الطرفان لو أفصحوا عن نيتهما .

¹ - Martin Wolff – private international law – 1947 p 146 .

التحكيم التجاري في منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل التشريع الجزائري

غير أن هذا القول لا يمكن التسليم به أمام تحديد قانون النية المفترضة، بحيث يذهب جانب من الفقه إلى إناطة تحديد هذا القانون بهيئة التحكيم التي يتعين عليها إستنباطه من الوقائع الموضوعية المعروضة عليها¹، أي أنه ينبغي على هذه الهيئة بصفة عامة أن تبحث عن القانون الذي يكون ارتباط العقد به أكثر توثقا، إذ أن التحليل الدقيق للعقد يمكن أن يكشف عن روابط واضحة تشده إلى نظام قانوني معين فيكون ذلك النظام أكثر النظم صلاحية للتطبيق على العقد الإستثماري .

فقانون محل العقار مثلا هو أصلح النظم للتطبيق على العقار، وقانون علم السفينة هو أكثر القوانين ارتباطا بالبضائع المشحونة عليها .

بينما يرى فريق آخر في الفقه التقليدي نفسه إلى تطبيق قانون محل إبرام العقد وذلك استنادا على أن قيام الطرفين في مكان معين يفيد رغبتهم في توطين العقد بهذا المحل .

ويقرر فريق ثالث في نفس الإتجاه التقليدي وجوب تطبيق قانون محل التنفيذ *L'exécution de contrat* وذلك إستنادا إلى أن التنفيذ هو الهدف النهائي للعقد ومن ثم لا ينبغي اعتبار محل التنفيذ هو المحل الحقيقي للتعاقد².

الفرع الثاني: رأي الفقه الحديث في القانون المطبق باتفاق التحكيم.

يقوم الفقه الحديث على الإنتقادات الموجهة للفقه التقليدي أي باستبعاده الإحتكام لقواعد القانون الدولي الخاص لتحديد القانون الواجب التطبيق، إذ أنه يرى أن هذه القواعد إذا كانت تصلح أساسا لتحديد القانون الذي يحكم التصرفات القانونية المختلفة فإنها لا تصلح لتحديد ذلك القانون بشأن عقد الإستثمار والمنازعات الناجمة عنه، ذلك أن عقد الإستثمار الاجنبي ينظم في الغالب إستغلالا ذا أهمية إقتصادية عالمية تتجاوز الحدود الوطنية للدولة، ومن ثم فإنه ينبغي إخضاع هذا العقد لقواعد قانونية خارجية إذ لا يجوز حصره في نطاق إقليمي محدود وإخضاعه لقانون وطني معين³.

غير أنه يجب أن يلاحظ على هذا الإتجاه عموما أنه يهدف إلى إضفاء طابع دولي على عقد الإستثمار المعقود بين الدولة والمستثمر الأجنبي وذلك بعدم إخضاعه لأي نظام قانوني وطني معين، وهو اتجاه لا يستقيم مع

¹ - C.Carbiber – L Arbitrage commercial international – Recueil des cours (Academie de droit international) vol 2 1959 p 146

² - عشوش أحمد عبد الحميد – النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية – أطروحة دكتوراه – جامعة القاهرة – سنة 1975 – ص 505

³ - فيليب جيسوب – قانون عبر الدول – مكتبة القاهرة الحديثة – 1965 ص 25 و 28 .

التحكيم التجاري في منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل التشريع الجزائري المنطق القانوني، والعلة في ذلك هي أن عملية الإستثمار الأجنبي تخضع من حيث الأصل لأحكام القانون الوطني للدولة المستقطبة للإستثمار .

كما أنها تخضع في الوقت ذلك لأحكام القضاء الداخلي لتلك الدولة ما لم يكن هناك نص يقضي بخلاف ذلك، فاللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي لتسوية منازعات الإستثمار يعد إذن إستثناء من القاعدة العامة في الإختصاص القضائي، وهو إستثناء لا يقاس عليه ولا يجوز التوسع في تفسيره من خلال تطبيق قانون فوق الوطني على النزاع بدون موافقة اطرافه، ولا يمكن التسليم أيضا بما يقرره أنصار المذهب التقليدي من تحويل هيئة التحكيم الحق في استنباط القانون الذي يحكم النزاع .

والسبب هو أن إناطة تسوية النزاع بهيئة دولية للتحكيم إنما يهدف عموما إلى ضمان المستثمر الأجنبي وحمايته من إجراءات التقاضي الداخلية التي قد تستفيد الكثير من الوقت والجهد والنفقات والأموال، وتفادي المثالب الأخرى التي وجهت إلى نظام القضاء الوطني .

ولا يهدف ذلك بحال من الأحوال إلى منح تلك الهيئة سلطة اختيار القانون الذي يحكم النزاع، ولا يمكن القول أيضا بتطبيق قانون محل إبرام العقد فقد يكون هذا القانون بعيدا كل البعد عما يقصده الطرفان المتعاقدان .

ولعل هذا الإتجاه الحديث هو الأكثر موضوعية في هذا الصدد هو تطبيق قانون محل تنفيذ العقد كونه المكان الحقيقي للتعاقد، ولهذا فإن هذا الإتجاه يحظى بتأييد واسع على صعيد الفقه وقضاء التحكيم الدولي كذلك . وبالرجوع لأحكام التحكيم بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري فإننا نجد أن المشرع الجزائري قد أعطى حرية مطلقة للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع لا سيما النزاع الإستثماري الإقتصادي، وعند عدم الإختيار منهما تتدخل محكمة التحكيم لتختار هذا القانون إرضاء للطرفين وفق الاعراف السائدة¹، فقد نصت المادة 1050 منه على ما يلي " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد انتهج نفس المنهج للتحكيم الدولي المعمول به عالميا والقائم على تحرير الأطراف والمحكمين من أي قيود قد يفرضها عليهم القانون الخاضعين له وهو الوجه الذي يحقق الدافع من اللجوء للتحكيم بد القضاء الوطني من المستثمر الأجنبي، وهو ما نصت عليه المادة 13 من نظام تحكيم الغرفة التجارية الدولية في فقرتها الثالثة بقولها " للأطراف حرية تحديد القانون الواجب على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحدده الأطراف طبق المحكم القانون الذي يحدد قاعدة التنازع التي يراها المحكم ملائمة في هذا الخصوص " ².

¹ - سائح سنقوفة - قانون الإجراءات المدنية : نصا وتعليقا وشرحا وتطبيقا - دار الهدى - الجزائر - سنة 2001 - ص 345 .

² - عن الموقع الإلكتروني للغرفة التجارية الدولية www.uncitral.org

التحكيم التجاري في منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل التشريع الجزائري
المبحث الثاني: إجراءات التحكيم

على شاكلة الحديث عن كل دعوى قضائية فإننا نتناول في هذا السياق ما يتعلق بتشكيل هيئة التحكيم ثم نتناول على هذه الإجراءات بالتحكيم .

المطلب الأول : تشكيل هيئة التحكيم (الهيئة التحكيمية) Arbitral tribunal

الفرع الأول : القواعد الدولية في اختيار المحكمين.

إن تشكيل هيئة التحكيم تخضع هي الأخرى لمبدأ الرضائية بين الطرفين وهو الوجه الذي يحول لأطراف النزاع المساهمة الايجابية في تشكيل هيئة التحكيم.

بيد أن كثيرا من عقود الاستثمار والقوانين المقارنة تحيل في كيفية تشكيل هيئة التحكيم وتنظيمها الى القواعد الاجرائية الخاصة ببعض محاكم التحكيم، كإحالة مثلاً إلى قواعد اجراءات محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية، أو إلى الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام 1980.¹ وفي هذه الحالة تخضع محكمة التحكيم في تشكيلها وتنظيمها للقواعد القانونية التي تمت الإحالة إليها بصفة مطلقة لا اختيار فيها للأطراف المتنازعة .

وانطلاقاً من اعتبار الهيئة التحكيمية تحمل معنى الإحالة بالإختيار على المحكم أو المحكمين الذين يجلسون لفض النزاع فإن تشكيل هيئة التحكيم يتنوع تنوعاً كبيراً، فبالإمكان وجود محكم واحد، أو اثنين أو أكثر، وذلك بوجود أو عدم وجود رئيس لمجلس التحكيم .

غير أن ما دأبت عليه أكثر قوانين الاستثمار المقارنة والاتفاقيات الدولية أنها تأخذ بصيغة شائعة مقتضاها أن يجري تشكيل هيئة التحكيم من محكمين اثنين يقوم كل من طرفي النزاع باختيار أحدهما، ويقوم هذان المحكمان بالاتفاق على تعيين حكم ثالث لهما.

وتبدأ المدة التي ينبغي تعيين المحكم خلالها من تاريخ الاخطار الكتابي الذي يوجهه أحد الطرفين الى الطرف الآخر، متضمناً موضوع النزاع ودعوة هذا الطرف الأخير الى عرضه على التحكيم وتعيين محكمه.

وتحدد الاتفاقيات الدولية وعقود الاستثمار عموماً حداً أقصى لتلك المدة بحيث يترتب على انقضائها من دون قيام أحد الطرفين بتعيين محكمه إنابة الاختصاص بتعيينه الى جهة قضائية أخرى، وقد تكون تلك الجهة محكمة وطنية أو أجنبية، كما قد تكون هيئة قضائية دولية.

¹ - دريد محمود السامرائي - الإستثمار الأجنبي : المعوقات والضمانات القانونية - مركز دراسات الوحدة العربية - بيروت سنة 2006 - ص

التحكيم التجاري في منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل التشريع الجزائري
وجدير بالذكر في هذا الصدد أن هذا الأسلوب ظهر بالإتفاقية المبرمة بين الجزائر وفرنسا سنة 1965
حيث تنص المادة 46 بفقرتها الثانية على أنه " ... وإذا تخلف أحد الطرفين في اختيار شخص المحكم يقوم رئيس
محكمة العدل الدولية باختياره"¹.

وبخصوص الحكم الثالث فإنه يحتل مكانة مهمة في هيئة التحكيم. ويرجع سبب ذلك عموماً الى الدور
الرئيسي والفعال الذي يضطلع به في حسم النزاع، إذ أنه في حالة اختلاف وجهات النظر بين المحكمين المعينين من
قبل الأطراف - وهما يختلفان في الغالب لاختلاف المصالح التي يمثلانها - فإن الرأي الذي يؤيده المحكم الثالث يرجحه
لا محالة.

ومن ثم فإنه ينبغي أن تتوافر لدى هذا المحكم من ضمانات الحيطة والعدالة ورجحان الفكر ما يدعم الشعور
بالثقة والاطمئنان نحو شخصيته ونحو الحكم الذي يصدر عنه، ولكي لا يكون هذا الحكم مصدر اضرار بمصلحة
أحد طرفي النزاع دون الآخر فإنه يتعين توخي الدقة الشديدة في اختياره، ولهذا فإن اختياره يتم عادة باتفاق المحكمين
المعينين من قبل طرفي النزاع، فإن لم يتفقا على ذلك يناط أمر تعيينه بجهة قضائية وطنية أو أجنبية أو دولية.²

الفرع الثاني : اختيار المحكمين بالتشريع الجزائري :

وفي هذا السياق بتعيين المحكمين نصت المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على
ما يلي : " يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم
وشروط عزلهم أو استبدالهم.

في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل
القيام بما يأتي :

- 1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر .
- 2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات
المعمول بها في الجزائر.³

أما المادة 1042 التي تليها فقد نصت على أنه " إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم،
يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ" .

¹ - دريد محمود السامرائي - المرجع السابق - ص 349 .

² - نفس المرجع السابق - ص 349.

³ - تجدر الإشارة إلى أن هذه المادة ما هي إلا نسخة عن المادة 458 مكرر 2 من القانون القديم ولم تأت بشيء جديد .

التحكيم التجاري في منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل التشريع الجزائري
ومن هذين النصين نستنتج أن في ذلك تجويزا للأطراف تعيين محكم أو أكثر وتحديد شروط تعيينهم وعزلهم أو استبدالهم سواء كان الأمر من تلقاء أنفسهم أو بالرجوع إلى قواعد التحكيم المتفق عليها¹، وهو ما يؤكد الحرية العقدية تأكيداً لمبدأ الرضاية .

وفي هذين النصين إحالة على تدخل هيئة دائمة للتحكيم من أجل تعيين المحكمين باعتبار أن النظام التحكيمي ما هو إلا ناتج إتفاق إرادي الطرفين المتنازعين الذين يمكنهما أن يختارا أي هيئة دائمة، والتي تكون في أغلب الأحيان نظام تحكيم الغرفة التجارية الدولية، وهو الأمر المعتمد من الجزائر، وفي غياب ذلك فلا بد من الرجوع إلى القاضي².

تجدر الإشارة إلى أن المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري قد نصت على حالات رد المحكمين على سبيل الحصر بما يلي: " يجوز رد المحكم في الحالات الآتية :

- 1 - عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف،
 - 2 - عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف،
 - 3 - عندما تبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليتها، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.
- لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه، أو شارك في تعيينه، إلا لسبب علم به بعد التعيين. تبلغ محكمة التحكيم والطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد. في حالة النزاع، إذا لم يتضمن نظام التحكيم كليات تسويته أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمله التعجيل. هذا الأمر غير قابل لأي طعن " .

وتخضع هذه الحالات إلى نفس إجراءات التعيين المنصوص عليها في المادة 1041 من نفس القانون. وتتضمن واجبات الهيئة التحكيمية مزيجاً من بنود اتفاق التحكيم وبنود القوانين الإجرائية التي تطبق في مقر التحكيم. وتعتمد "الاستقلالية" المعطاة لطرفي التحكيم على مدى سماحة قوانين مقعد التحكيم، التي تحكم تفاعل النفوذ بين البنود الاتفاق التحكيمي وبنود القوانين الإجرائية.

ولكن للهيئة التحكيمية واجبات لا يمكن تقييدها في الكثير من البلدان وعادةً ما تكون هذه الواجبات الحكم بنزاهة وحيدة بين الطرفين، وأن تتيح لكل طرف فرصة معقولة لطرح قضيته وللتعامل مع مرافعة خصمه،

¹ - سائح سنقوقة - قانون الإجراءات المدنية - الطبعة الاولى - دار الهدى - الجزائر 2001 - ص 339 .

² - عليوش قروبوع كمال - التحكيم التجاري الدولي في الجزائر - الطبعة الثالثة - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر 2005 - ص 40

التحكيم التجاري في منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل التشريع الجزائري
ويُختصر هذا البند عادةً إلى الإمتثال لقواعد "العدالة الطبيعية"، واعتماد الإجراءات التي تناسب ظروف كل قضية بذاتها، وذلك لتوفير وسيلة لتسوية عادلة للنزاع.

المطلب الثاني : إجراءات سير النزاع أمام هيئة التحكيم

نتناول بيان هذه الإجراءات التحكيمية ثم مزايا هذه الإجراءات في فض المنازعات الإستثمارية .

الفرع الأول : إجراءات التحكيم .

يقصد بإجراءات سير النزاع تلك القواعد الاجرائية التي يتعين اتباعها بعد تشكيل هيئة التحكيم ولحين صدور القرار الفاصل في النزاع. وتختلف تلك الاجراءات باختلاف نوع التحكيم والجهة التي تضطلع به، فإذا ما أنيطت مهمة التحكيم باحدى هيئات ومراكز التحكيم الدائمة فلا يكون لارادة الخصوم عندئذ دور حاسم في صياغة القواعد الاجرائية التي تنظم وتحكم اجراءات سير المنازعة. اذ يتضمن اللجوء الى هذه المراكز الدائمة ضرورة الاذعان للاجراءات المقررة في لوائحها¹.

أما في "التحكيم الحر" حيث يضطلع أطراف النزاع بتعيين أعضاء التحكيم، فانه يكون لأولئك الأطراف دور رئيسي في صياغة القواعد الاجرائية أو في اختيار القانون الذي يحكم سير المنازعة، سواء كان هذا الاختيار صريحاً أو ضمناً، كما يلعب قانون محل التحكيم دوراً احتياطياً في هذا الصدد. وقد جرى من الفقهاء² الإقتصار على بحث اجراءات سير النزاع في هذا النوع الأخير من التحكيم كونه الأكثر شيوعاً وانتشاراً في مجال تسوية المنازعات الاستثمارية.

أولاً - التحديد الاتفاقي لإجراءات سير النزاع

يستطيع الخصوم في التحكيم الحر تنظيم سير النزاع أمام هيئة التحكيم وفقاً لقواعد اجرائية ترتبها إراداتهم، كما أنه يمكنهم أيضاً الاستهداء في ذلك بقواعد اجرائية يتم اختيارها من العديد من لوائح التحكيم، بحيث تصبح نظاماً جديداً لا يرتبط بهذه اللوائح، كأن ينظم الخصوم قواعد سير المرافعات أمام هيئة التحكيم ومكانها وميعاد تقديم المستندات وكيفية سماع الشهود واجراء التحقيقات والاستعانة بالخبراء وغير ذلك.

¹ - أبو زيد رضوان - الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي - دار الفكر العربي - سنة 1981 - ص 88 .

² - دريد محمود السامرائي - الإستثمار الأجنبي : المعوقات والضمانات القانونية - مركز دراسات الوحدة العربية - بيروت سنة 2006 - ص 350.

التحكيم التجاري في منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل التشريع الجزائري
وإذا كان هذا هو الأصل فإن قيام الخصوم بصياغة قواعد اجرائية مفصلة تحكم سير النزاع يعد أمراً غير مألوف في الواقع العملي، ويرجع ذلك حسب تقديرنا، إلى عدم إمكانهم توقع كافة المسائل التفصيلية التي يثيرها سير النزاع أمام هيئة التحكيم، لذلك فإن الصياغة الإتفاقية لإجراءات سير المنازعة إنما تنصب عموماً على بعض الأسس العامة، ثم يحدد الخصوم قانوناً وطنياً معيناً تسير على هذه اجراءات النظر في النزاع، سواء تم ذلك صراحة أو ضمناً.

ثانيا - إختيار قانون وطني معين ليحكم إجراءات المنازعة

يلجأ أطراف النزاع في الغالب إلى إختيار قانون وطني معين ليحكم وينظم اجراءات التحكيم، وفي حالة غياب مثل هذا الإختيار الصريح فإنه يتم اللجوء إلى قانون دولة مكان التحكيم.¹ ويتأسس ذلك في الواقع على تفسير الإرادة الضمنية أو المفترضة لأطراف النزاع تبعاً لاختيارهم لمكان التحكيم، بالإضافة إلى ذلك فإن هذا القانون قد يكون أكثر ملاءمة لاجراءات سير النزاع بوصفه قانوناً محايداً أو لأنه قانون دولة المحكم الذي يكون أكثر الماماً به.

ثالثا - حرية هيئة التحكيم في إختيار القواعد الاجرائية التي تحكم سير النزاع

قد لا يتفق الخصوم على القواعد التفصيلية التي تحكم اجراءات سير النزاع، وقد لا يختارون قانوناً معيناً ليحكم تلك الاجراءات، وفي مثل هذا الإفتراض فانهم يتركون هذا الأمر لهيئة التحكيم التي تحدد هذه الاجراءات في ضوء ما تراه مناسباً بخصوص النزاع المعروض عليها، ويكون للمحكمين في هذا الفرض سلطة تحديد الاجراءات القانونية التي تنظم سير النزاع، بشرط ألا تتضمن هذه الاجراءات اخلالاً بحقوق وضمانات الدفاع وألا تخل بالمساواة والعدالة بين الخصوم.²

ويلاحظ هذا الإتجاه في الواقع في الإتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية بالدول العربية في 1980 التي تقرر بأن تفصل هيئة التحكيم بكل المسائل المتعلقة باختصاصها وتحدد الاجراءات الخاصة بها. وبخصوص أحكام القانونية لإجراءات التحكيم بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري فقد نصت المادة 1043 منه على إسناد الأمر في ذلك إلى الحرية العقدية للطرفين بقولها " 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.

¹ - عز الدين عبد الله - القانون الدولي الخاص - الجزء 2 الطبعة التاسعة - الهيئة المصرية العامة للكتاب - القاهرة 1986 ص 794 .

² - عشوش أحمد عبد الحميد - النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية - أطروحة دكتوراه- جامعة القاهرة - سنة 1975. ص

التحكيم التجاري في منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل التشريع الجزائري

إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم " مع عدم النص على القانون الجزائري لتطبيقه بحالة ما إذا تم التحكيم بالجزائر¹.
أما المادة 1044 منه فقد أوردت قيدا على اختصاص محكمة التحكيم فيما يتعلق بها فقط من اختصاص بما لا يمكن تجاوزه، فقد نصت على " تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع.
تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع".

أما المادة 1045 منه فقد جاءت لتقيد إختصاص القاضي بقولها " يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف ".

أما المادة 1046 منه فقد تناولت اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية بقولها " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك.
وإذا لم يرقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي.
يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير".

أما المادة 1047 فقد تناولت فاعلية محكمة التحكيم في حل النزاع من حيث الأدلة بما يلي " تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة". وتتبعها المادة 1048 بخصوص حصر عمل المحكمين حول هذه الأدلة بما يلي " إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى، جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة، أو للطرف الذي يهيمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".

الفرع الثاني : المزايا الإجرائية للتحكيم في منازعات الإستثمار الأجنبي

تتميز إجراءات التحكيم بجملة من المزايا قد لا يجدها المستثمر الأجنبي في القضاء العادي لعل أهمها ما يلي :

¹ - سائح سنقوفة - قانون الإجراءات المدنية: نصا وتعليقا و شرحا وتطبيقا - دار الهدى - الجزائر - سنة 2001 - ص 341 .

التحكيم التجاري في منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل التشريع الجزائري

أولا – السرية:

إذا كانت جلسات المحاكمة لدى محاكم الدولة تتم علانية، بحيث لا يمكن للمتقاضين المطالبة بإجرائها سرية، لأن العلانية مبدأ شكلي وضمانة من ضمانات التقاضي الأساسية، فإن المبدأ في جلسات التحكيم أن تتم في سرية تامة تضمن لأطراف الخصومة حجب أسرار معاملاتهم عن الغير، بل وعن بعضهم البعض.¹

وإجراءات التحكيم تتم في أضيق نطاق من حيث الأشخاص المشتركين فيها ويحرص المحكم على حل المنازعات بأقل قدر ممكن من العلانية، فإفشاء أسرار المعاملات التجارية قد يترتب أبلغ الأضرار بأصحابها الذين يتنافسون على الأسواق الدولية بمنتجاتهم التي يفضلون إبقاء أسرار إنتاجها داخل أسوار وحدات إنتاجهم.

كما إن بياناتها والمفاوضات التي تتم بشأنها هي جزء من أسماهم، مثال ذلك، عقود نقل التكنولوجيا والمعرفة الفنية في مجالات تصنيع الأدوية وتصنيع الأقماع الاصطناعية، فالتحكيم هو فقط الذي يحفظ هذه الأسرار في جميع مراحل الخصومة.²

وتؤكد على مبدأ السرية العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، وأنظمة الهيئات الدولية للتحكيم وكذلك التشريعات الوطنية ذات الصلة فأتثناء سير إجراءات المرافعة مثلا "تكون جلسات المرافعة وسماع الشهود سرية، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"³، ولا تكون الجلسات مفتوحة لأشخاص أجنب عن الإجراءات، ما لم يتفق الأطراف ومحكمة التحكيم على غير ذلك"⁴، ولأعمال هيئة التحكيم طابع السرية، الذي يتحتم على كل شخص يشترك فيها، بأي صفة كانت، مراعاته"، "ولا تبلغ الوثائق المقدمة للمحكمة الدولية للتحكيم أو الصادرة عنها بمناسبة الإجراءات التي تجريها إلا لأعضاء المحكمة"⁵.

وفي أثناء الإجراءات "تعتبر كل المعلومات المقدمة من الأطراف طالبي التوفيق أو التحكيم سرية، ويجب على كل من اطلع عليها بحكم وظيفته عدم إفشاء ما فيها إلا بموافقة الطرفين أو بطلب من جهة قضائية مختصة"⁶، وبعد صدور الحكم "لا يجوز نشر قرار التحكيم إلا بموافقة الطرفين"¹.

¹ - محسن شفيق - التحكيم التجاري الدولي (دراسة في قانون التجارة الدولية) - دار النهضة العربية - بدون تاريخ نشر. ص 28 وما بعدها، وكذلك : ناريمان عبد القادر - اتفاق التحكيم - دراسة مقارنة - القاهرة - دار النهضة العربية - سنة 1996 ص 65 وما بعدها.

² - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري والداخلي (تنظيم وتطبيق مقارن) الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، عام 2004، ص 131

³ - المادة 21 / 4 من لائحة إجراءات لدى مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي لعام 1994 والمادة 25 / 4 من قواعد الأسترتال تنص أن لا تكون جلسات المرافعة الشفوية وسماع الشهود مغلقة، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك".

⁴ - المادة 21 / 4 من لائحة إجراءات غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998.

⁵ - الفقرة الثالثة من المادة الأولى من النظام الداخلي للمحكمة الدولية للتحكيم بغرفة التجارة الدولية.

⁶ - المادة 7 من نظام التوفيق والتحكيم لغرفة تجارة وصناعة دبي لعام 1994 وتنص المادة 13 / ج من نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس القانون الخليجي لعام 1993 على أن "فيما عدا قائمة أسماء المحكمين تكون أوراق ومستندات المركز سرية لا يجوز لغير أطراف دعوى التحكيم والمحكمين الاطلاع عليها أو أخذ صورة منها إلا بموافقة صريحة من أطراف النزاع أو إذ رأت هيئة التحكيم ضرورة لذلك للفصل في النزاع".

التحكيم التجاري في منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل التشريع الجزائري

ثانيا - السرعة:

إن سرعة الفصل في النزاع ميزة، يحققها التحكيم، وهي بهذه الصفة، بالنظر إلى واقع قضاء الدولة الذي يتسم بطول مساطره و قدسية بعض قواعده الشكلية، مما يطول معه أمد التقاضي²، الأمر الذي يكون عادة مرهقا كلما تعلقت القضية بالتجارة عموما والتجارة الدولية بصفة خاصة، نظرا لحجم المعاملات وقيمتها النقدية التي قد تتأثر سلبيا بهذا التأخير، وتحقق سرعة الفصل في النزاعات أمام التحكيم لعدة أسباب منها قلة شكلية الإجراءات المتبعة من طرف هيئة التحكيم، و تفرغها لنظر النزاع .

وتحرص التشريعات المختلفة، الاتفاقية أو الوطنية، وكذلك أنظمة وقواعد مؤسسات ومراكز التحكيم على تحقق هذه السرعة عن طريق تحديد آجال قصيرة لسير التحكيم.

ومثال ذلك بالنسبة لتشكيل هيئة التحكيم (المادة 17) من قانون التحكيم المصري، والفصل 5-327/2 من قانون المسطرة المدنية المغربي المعدل بالقانون 05-08، والمادتان 7 و 6 من قواعد الأسترتال لعام 1976، والمادة 38 من اتفاقية واشنطن (1956) والمادة 18 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام 1987، وبالنسبة لرد المحكمين (المادة 19 من قانون التحكيم المصري، المادة 11 من قواعد الأسترتال والمادة 170 من لائحة إجراءات التحكيم التجاري لدى مركز التحكيم لدول مجلس التعاون الخليجي لعام 1994) وكذلك الأمر بالنسبة لميعاد إصدار القرار (المادة 45 من قانون التحكيم المصري، والفصل 17-327 من قانون المسطرة المدنية المغربية، لمعدل بالقانون رقم 05-08، والمادة 3/31 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري...) وبالنسبة لتصحيح القرار (المادة 36 من قواعد الانسترتال 1976، والمادة 2/49 من نظام مركز واشنطن 1965، والمادة 33 من القانون النموذجي، والمادة 21/ب من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية، بين مواطني الدول العربية الأخرى، والمادة 17 من نظام محكمة تحكيم لندن...) ونفس الأمر بالنسبة لمواعيد رد المحكم أو طلب تفسير القرار أو الطعن فيه.

وكل هذه النصوص الغاية من إقرارها هو تحقيق سرعة الفصل في النزاعات، هذه السرعة التي تنسجم مع خصوصيات التجارة الدولية التي لا تتحمل بطء وتعقيدات إجراءات التقاضي أمام محاكم الدولة³.

¹ - المادة 32 / 5 من قواعد الأسترتال لعام 1976، والمادة 48 / 5 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 ونفس الموقف تبناه المصري في القانون 27 / 94 (المادة 44 / 2) وكذلك المشرع المغربي في ق 05 / 08 المعدل لقانون المسطرة المدنية (1974) في الفصل 27 / 327.

² - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري والداخلي (تنظير وتطبيق مقارن) الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، عام 2004، ص 136.

³ - أحمد شرف الدين- دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية - القاهرة - 1993 - ص 23

التحكيم التجاري في منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل التشريع الجزائري
وبالإضافة إلى الأمثلة السابقة على تدخل التشريعات في تحديد مهل سير خصومة التحكيم وإصدار القرار التحكيمي، تخول بعض التشريعات لأطراف النزاع إمكانية تحديدهم لهيئة التحكيم مهلا يتقيدون بها أثناء نظرهم في النزاعات¹.

ثالثا – كفاءة المحكم وحياده :

لا يشك أحد في الكفاءة القانونية لقضاة الدولة، لكن في المقابل هم قليلو الخبرة الفنية كلما تعلق الأمر بشؤون التجارة الدولية²، الأمر الذي يستدعي الاستعانة بخبراء فنيين، ومن أمثلة ذلك، المنازعات المتعلقة بمسؤولية المقاول أو المهندس أو الناقل البحري أو التي لها ارتباط بالتكنولوجيا... فالقاضي مهما كان تخصصه للجوء بعض الدول إلى نهج سياسة قضائية متخصصة كالمحاكم التجارية مثلا في المغرب، فإنه يبقى عاجزا في الكثير من الأحيان عن إيجاد الحلول للقضايا المعروضة عليه خاصة وإن بعضها تحكمها الأعراف والعادات المهنية التي لا يمكن للقاضي الإحاطة بها جميعا، مما يستدعي كما سلف تعيين خبير فني ليكشف عن مضامينها³، وهذا فيه مضيعة للوقت من جهة وزيادة في مصاريف التحكيم وتوسيع نطاق الأشخاص الذين يطلعون على أسرار وتفاصيل المنازعة الأمر الذي يضر مبدأ السرية. وأمام هذا أليس من المفيد طرح النزاع مباشرة على فني أو خبير؟⁴.

وتبقى حيادية المحكم ميزة إضافية لهذا الطريق الخاص لفض النزاعات التحكيمية فالمحكم غير خاضع لأية جهة ولا لأي قانون وطني، فهو لا يصدر قراراته باسم سيادة دولة معينة⁵، وغير ملزم بتطبيق القوانين الوطنية لأنه لا ينتمي لأي واحد منها، وهذا يجعله أيضا بعيدا عن التأثير بها تحت دافع الوطنية.

إن مميزات التحكيم عديدة بالمقارنة مع واقع القضاء النظامي الذي يعرف أمراضا مزمنة، تطرقت إلى بعضها، وهي تختلف من بلد لآخر وتؤثر فيها بالزيادة أو بالنقصان عدة عوامل كعدد السكان ومستوى النمو الاقتصادي ونوع النظام السياسي ومدى سيادة مبادئ الديمقراطية وحقوق الإنسان، وهذه المميزات ينظر إليها حسب مصلحة كل طرف وحسب نوع المعاملات موضوع المنازعة.

¹ - ناريمان عبد القادر- اتفاق التحكيم - دراسة مقارنة - القاهرة - دار النهضة العربية - سنة 1996 . ص 68 وما بعدها

² - محسن شفيق - التحكيم التجاري الدولي (دراسة في قانون التجارة الدولية) - دار النهضة العربية - بدون تاريخ نشر- ص 30

³ -مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال-التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية- منشورات الحلبي الحقوقية- 1998 ص 26 وما بعدها.

⁴ - محسن شفيق - التحكيم التجاري الدولي (دراسة في قانون التجارة الدولية) - دار النهضة العربية - بدون تاريخ نشر- ص 130

⁵ - جورج حزبون - النظام القانوني للتحكيم الأجنبي في القانون الداخلي - مجلة الحقوق - الكويت - العدد 04 - السنة 11 -

ديسمبر 1987 ص 189-190

التحكيم التجاري في منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل التشريع الجزائري
وأختم هذا الجانب بالقول بأن التحكيم هو قضاء التجارة الدولية، ويساهم في نموها وازدهارها،
و هذا القضاء الذي ساعد على نجاحه أطراف النزاع ودليل ذلك هو استمرار علاقتهم بعد صدور القرار التحكيمي
وهذا قلما يتحقق عند اللجوء إلى القضاء الرسمي.

المبحث الثالث: قرار التحكيم

تنتهي إجراءات التحكيم عموماً بإصدار القرار وتبليغه إلى الأطراف، وعندئذٍ تتخذ الإجراءات الخاصة
بتنفيذه، لذا فإن دراسة قرار التحكيم تقتضي منا أن نتناول بالبحث أولاً إصدار القرار ثم نتولى في فقرة ثانية دراسة
تنفيذ القرار.

المطلب الأول : إصدار قرار التحكيم وتنفيذه

نتناول إصدار قرار التحكيم ثم تنفيذه في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول : إصدار قرار التحكيم :

لا يصدر قرار التحكيم في الواقع إلا بعد استنفاد ما لدى الأطراف من أقوال وبحيث تكون الدعوى مهياًة
للحسم. ثم تقوم هيئة التحكيم بعد ذلك بدراسة القضية وتدقيقها بغية اصدار القرار في الوقت الذي حددته عند
اعلانها ختام المرافعة.¹

ويكتب القرار عادة باللغة التي يتفق عليها أطراف النزاع فإن لم يتفقوا على لغة معينة فإنه يتم الرجوع إلى
القواعد الإجرائية للتحكيم لمعرفة اللغة التي تستخدم في هذا الصدد.

ويلاحظ أن كثيراً من الإتفاقيات الدولية والقوانين المقارنة تحدد مدة معينة ينبغي أن يصدر خلالها قرار
التحكيم، وهو اتجاه جدير بالتأييد وذلك حتى لا يتراخى المحكمون في نظر النزاع فتضيع ميزة السرعة التي ينشدها
أطراف النزاع من وراء اللجوء الى التحكيم، والأصل أن يتفق الطرفان المتنازعان على تحديد هذه المدة فإن لم يتفقا
على ذلك فإنه يصار إلى تحديدها وفقاً للقواعد القانونية التي تحكم إجراءات التحكيم.

وتذهب معظم الإتفاقيات الدولية وعقود الإستثمار إلى ضرورة صدور قرار هيئة التحكيم بأغلبية الأصوات،
ويكون هذا القرار نهائياً وملزماً بحيث لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن، ومع ذلك فإن بعض الإتفاقيات

¹ - طالب حسن موسى - الموجز في قانون التجارة الدولية - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، سلسلة المكتبة القانونية - 2001 - ص

التحكيم التجاري في منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل التشريع الجزائري الدولية تجيز على سبيل الإستثناء الطعن في قرار التحكيم إذا تأسس هذا القرار على أسباب مخالفة للنظام العام، مثل اتفاقية تسوية منازعات الإستثمار لسنة 1965.

الفرع الثاني : تنفيذ قرار التحكيم

يتضمن قرار التحكيم بصفة عامة الحكم على أحد أطراف النزاع واعطاء الحق للطرف الآخر، ويسعى هذا الطرف الأخير الى تنفيذ قرار التحكيم مما يستلزم اتخاذ الوسائل والضمانات الكفيلة بتنفيذه لكيلا يتجرّد هذا القرار من فاعليته.

غير أن هذا التنفيذ قد يصطدم ببعض العقبات عندما يتعلق الأمر بتنفيذ قرار تحكيمي صدر في اقليم دولة أخرى غير الدولة التي يراد تنفيذ القرار فيها. وترجع تلك العقبات في الواقع الى اختلاف النظم القانونية والاجراءات الواجبة الاتباع للاعتراف بهذه القرارات وتنفيذها، إذ أن قرارات التحكيم لا تتمتع بقوة تنفيذية في أغلب الدول ومن ثم فإنه ينبغي إضفاء الصفة التنفيذية على القرار التحكيمي أولاً من خلال تقديم طلب إلى المحكمة المختصة في الدولة المطلوب التنفيذ فيها.¹

وعليه فإن من المسائل التي لا بد من الوقوف عندها بهذا الصدد هو مدى الإعتراف بقرار التحكيم في الجزائر بخصوص النزاعات الإستثمارية، فلكي يسري الحكم التحكيمي داخل النظام القانوني الجزائري لا بد من الإعتراف به أولاً وحتى يصبح قابلاً للتنفيذ لا بد أن تضى عليه الصبغة التنفيذية من الجهة القضائية المختصة . وتجدر الإشارة إلى أنه في مجال الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولي يتعين الإستناد إلى ما تضمنته إتفاقية نيويورك المصادق عليها من قبل مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك في 10/06/1958 والمتعلقة باعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها والتي انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 05/11/1988 والتي تحدد إجراءات الإعتراف والتنفيذ لقرارات التحكيم الدولي .

غير أن الملاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يتول مسألة تعريف الإعتراف بحكم التحكيم الأجنبية لا في القانون القديم ولا الجديد للإجراءات المدنية والإدارية، واكتفى فقط ببيان أهم الشروط الواجب توفرها حتى يعترف بحكم التحكيم، وهما شرطان نص عليهما ب المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري كما يلي " يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.

¹ - فوزي محمد سامي - التحكيم التجاري الدولي - دار الحكمة للطباعة والنشر - سنة 1992 - ص 367 .

التحكيم التجاري في منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل التشريع الجزائري

وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني".

كما ورد بالمادة **1052** منه إجراءات ثبوت حكم التحكيم بقولها " يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شروط صحتها"، وإيداع الوثائق بالمادة **1053** منه بقولها " تودع الوثائق المذكورة في المادة **1052** أعلاه، بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل".

وعلى كل فإن إضفاء الصيغة التنفيذية يمثل في حد ذاته اعترافا من القضاء المختص بصلاحيه الحكم وإمكانية تنفيذه جبرا بكافة الطرق المتاحة قانونا، ومن هنا ينحصر دور القضاء في التأكد من توفر الشروط اللازمة في الحكم لتنفيذه من دون التدخل في الموضوع، فالقاضي لا يملك سلطة التحقق من عدالة الحكم المراد تنفيذه لأنه لا يعد هيئة إستئناف لحكم التحكيم، ولكنه يملك سلطة التأكد من صحة إجراءاته وإمكانية تنفيذه من دون أن يتعارض مع القانون الوطني أو أن يخالف النظام العام حسب ما نصت عليه المادة **1006** من القانون **09/08**، وهو الأمر الذي أيدته المادة **1035** عندما نصت على أن يكون الحكم التحكيمي سواء النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بموجب أمر يصدره القاضي رئيس المحكمة الذي صدر في دائرة إختصاصها أصل الحكم على أن يودع هذا الأخير في أمانة ضبط المحكمة من قبل الطرف الذي يهيمه التعجيل.

وفي حالة ما إذا صدر الحكم برفض التنفيذ من قبل القاضي المختص فيجوز للأطراف الإستئناف أمر رفض خلال مهلة **15** يوما إبتداء من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي الذي تقع المحكمة في دائرة اختصاصه على أن يتحمل الأطراف جميع نفقات إيداع العرائض والوثائق وأصل الحكم.

أما إذا قبل أمر التنفيذ فيجوز للأطراف أن يطلبوا من رئيس أمانة ضبط المحكمة المختصة نسخة رسمية من الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية حسب المادة **1036** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الثاني : طرق الطعن في قرار التحكيم :

لقد أخذ المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الجزائر ككل التشريعات الأخرى بطرق الطعن في أحكام التحكيم الدولي، وهي الإستئناف والبطالان والطعن بالنقض، نفصلها كما يأتي .

الفرع الأول : الطعن بالإستئناف

بالرجوع إلى النصوص المتعلقة بطرق الطعن في الأحكام التحكيمية يمكننا أن نستنتج بأن الإستئناف من شأنه أن يمس الأمر القضائي الذي يرفض الإعتراف أو التنفيذ، كما قد يمس الأمر الذي يسمح بذلك .

التحكيم التجاري في منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل التشريع الجزائري
أولا : إستئناف الأمر الرفض للإعتراف أو التنفيذ :

وفي هذا السياق نصت المادة 1055 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه " يكون الأمر القاضي برفض الإعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للإستئناف " .
وعليه فقد أقرت هذه المادة قابلية استئناف الأمر القضائي متى كان رافضا للإعتراف أو التنفيذ، ففي هذه الحالة يكون الإستئناف موجها ضد الأمر القضائي وليس ضد الحكم التحكيمي .

ثانيا - إستئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو التنفيذ :

وفي هذه الحالة يجوز للطرف الذي يكون له الغعتراف او التنفيذ في غير مصلحته أن يستأنفه، لكن في حالات محددة حصرتها المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها " لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية:

- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية التحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الإتفاقية .
 - إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون .
 - إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها .
 - إذا لم يراعى مبدأ الوجاهية .
 - إذا لم تسبب محكمة التحكيم رأيا .
 - إذا كان حكم محكمة التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي ."
- وبناء على ذلك يقوم الطرف المعني برفع الإستئناف أمام المجلس القضائي الذي تتبعه المحكمة التي فصلت في النزاع خلال أجل شهر واحد يبدأ احتسابه من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة .
ومنه فإن الإستئناف الوارد بالمواد 1055 و 1056 و 1057 فيما يخص الأحكام التحكيمية الصادرة في الخارج، أما الطعن بالبطلان - مثلما سيأتي بيانه - فيخص الأحكام التحكيمية الصادرة في الجزائر .

الفرع الثاني : الطعن بالبطلان :

بالرجوع للمادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري فهي تنص على ما يلي:
" يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه .

لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تحلي المحكمة عن الفصل في التنفيذ إذا لم يتم الفصل فيه " .

التحكيم التجاري في منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل التشريع الجزائري
ومن هذا النص نستنتج أن الطعن بالبطلان هنا يتعلق فقط بالأحكام التحكيمية الصادرة في الجزائر في مجال التحكيم التجاري الدولي وفق الحالات الستة التي وردت بالمادة 1056 السابقة الذكر والمتعلقة بالإستئناف. مع الإشارة إلى الفقرة الثانية من المادة 1058 أن الأمر القضائي القاضي بتنفيذ الحكم التحكيمي غير قابل للطعن بالبطلان لأنه يترتب عليه بقوة القانون، وبالتالي فإن الطعن ببطلان الحكم التحكيمي يترتب الطعن في الأمر القضائي القاضي بتنفيذه وفي حالة ما إذا لم يصدر قاضي التنفيذ أمره تسحب منه الدعوى .

ومن هنا يرفع الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي أمام المجلس القضائي الذي صدر الحكم في دائرة اختصاصه على ان يقبل الطعن إبتداء من تاريخ النطق بالحكم لمدة لا تتجاوز الشهر الواحد الذي تم فيه تبليغ الأمر القاضي بالتنفيذ حسب المادة 1059 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .
يضاف إلى هذا بحسب نص المادة 1060 منه أن الطعن بالبطلان من شأنه أن يوقف الحكم المطعون فيه.

الفرع الثالث : الطعن بالنقض

إن القرارات الصادرة بالإستئناف والطعن بالبطلان تكون قابلة للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، وهو ما نصت عليه المادة 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بما يلي " تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و 1056 و 1058 اعلاه قابلة للطعن بالنقض " .
وعليه يأتي السؤال حول أي وجه يمكن أن نؤسس الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا : أيكون ذلك وفق الاوجه المنصوص عليها في المادة 1061 أم على أساس الأوجه الواردة في المادة 358 من نفس القانون ؟
وبالرغم من سكوت المشرع عن الإجابة على هذا التساؤل إلا أنه يمكن أن نستنتج أن الأوجه التي جاءت بها المادة 358 هي التي يرجع إليها مادام أن الطعن بالنقض موجه لقرارات قضائية صادرة عن مجلس مختصة داخل الجزائر .

خاتمة :

إن المقابلة بين تحييد أو نبذ نظام التحكيم لا تخلو من المبالغة فليس صحيحا إطلاق القول بأن التحكيم يحمي المستثمر الأجنبي من فساد وتدني نظم التقاضي في الدول النامية، فالفساد والانحراف ظاهرة لا وطن لها، وشبهة انحياز القاضي إذا قامت لدى القاضي في الدول النامية، فهي تقوم أيضا بالنسبة للقاضي في الدول المتقدمة.
ولكن النظرة الموضوعية التي تكشف عن بطء إجراءات التقاضي وتعدد درجاته وارتفاع تكاليفه في الدول المتقدمة بوجه خاص، تجعل التحكيم هو الوسيلة الأكثر ملائمة في المنازعات الوطنية فضلا على منازعات التجارة

_____ التحكيم التجاري في منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل التشريع الجزائري الدولية والإستثمارية منها خصوصا، كما أن التحكيم يسهم في حل مشكل تعدد القضايا التي تطرح على القضاء على الصعيدين الوطني والدولي.

وإذا انتقلنا إلى صعيد علاقات التجارة الدولية، فلا بد من مواجهة واقع العالم المعاصر، فهو عالم شئنا أم أبينا تتولى زمام أموره الدول الصناعية المتقدمة، يقابله حاجتنا للتنمية الاقتصادية الشاملة، وإعداد المفاوضين وتكوين الكفاءات القادرة على صياغة شرط أو اتفاق التحكيم على نحو متوازن، كالنص على تطبيق القانون الوطني، وهو نص دارج في عقود الاستثمار التي تبرمها الدول النامية مع المستثمر الأجنبي، بل ونجد اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى تنص على تطبيق قانون الدولة الطرف في النزاع، إذا لم يتفق الأطراف على تحديد القانون واجب التطبيق، والأمر نفسه نجده في مدونة السلوك الخاصة بعقود نقل التقنية .

كما تظهر نجاعة التحكيم التجاري في فض المنازعات الإستثمارية ما يتميز به من إمكانية الفصل الجزئي والمؤقت لهذه المنازعات لحين الفصل النهائي، فيمكن لهيئة التحكيم أن تحكم بوقف استمرار الأعمال الإستثمارية لا سيما إذا كانت بمرحلة الإنجاز الابتدائي والواقعة بموقع المشروع الإستثماري، أو على العكس باستمراره لا سيما في مرحلة الإنتاج الأساسي لحين الفصل في موضوع النزاع، وذلك بحسب ما تقدره من الظروف و الملاحظات المحيطة بموضوع الخلاف وبناء على ما يقدمه الأطراف .

وبالتالي يمكن للدولة التدخل في سن تشريعات التحكيم لضمان كفاءة هذا الأخير الذي يتم داخل البلاد وهو ما يعرف بالتحكم الداخلي، أما إذا تعلق الأمر بالمستثمر الأجنبي والدولة فمن الممكن أن يتفقا للجوء إلى القانون الوطني، وإذا تعلق الأمر بمشروعات خاصة وطنية ومشروعات أجنبية يكون الاتفاق خاضعا للمعاهدات والاتفاقيات الدولية.

قائمة المراجع :

- 1 / دريد محمود السامرائي - الإستثمار الأجنبي : المعوقات والضمانات القانونية - مركز دراسات الوحدة العربية - بيروت سنة 2006 .
- 2 / أحمد أبو الوفا - التحكيم في عقود البترول في البلاد العربية - دار الفكر العربي - سنة 1978 .
- 3 / أحمد المفتي - التحكيم في اتفاقيات استثمار البترول وخلافها - مقال بمدونة أحمد المفتي - 2008 .
- 4 / أبو زيد رضوان - الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي - دار الفكر العربي 1981 .
- 5 / ياسر أحمد كامل الصيرفي - اتفاق التحكيم بين الرضائية والشكلية في ضوء مقتضيات التجارة الدولية - بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي "أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية" المنعقد بكلية الحقوق - جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 21 - 23 ابريل 2008 بأبو ظبي .

- _____ التحكيم التجاري في منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل التشريع الجزائري
- 6 / عشوش أحمد عبد الحميد – النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية – أطروحة دكتوراه- جامعة القاهرة . سنة 1975.
- 7 / طلعت الغنيمي- " شرط التحكيم في اتفاقيات البترول" بحث مقدم إلي مؤتمر البترول العربي الثالث الذي عقد في الاسكندرية سنة 1961مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية- السنة 10 – العددان 1 و2 1960 – 1961.
- 8 / فيليب جيسوب – قانون عبر الدول – مكتبة القاهرة الحديثة – 1965 .
- 9 / سائح سنقوقة – قانون الإجراءات المدنية – الطبعة الاولى – دار الهدى – الجزائر 2001 .
- 10 / عليوش قريوع كمال – التحكيم التجاري الدولي في الجزائر – الطبعة الثالثة – ديوان المطبوعات الجامعية – الجزائر 2005 .
- 11 / عز الدين عبد الله – القانون الدولي الخاص – الجزء 2 الطبعة التاسعة – الهيئة المصرية العامة للكتاب – القاهرة 1986.
- 12 / محسن شفيق – التحكيم التجاري الدولي (دراسة في قانون التجارة الدولية) – دار النهضة العربية – بدون تاريخ نشر .
- 13 / ناريمان عبد القادر – اتفاق التحكيم – دراسة مقارنة – القاهرة – دار النهضة العربية – سنة 1996 .
- 14 / أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري والداخلي (تنظير وتطبيق مقارن) الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، عام 2004 .
- 15 / أحمد شرف الدين- دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية – القاهرة – 1993 .
- 16 / مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال – التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية- منشورات الحلبي الحقوقية – 1998 .
- 17 / جورج حزبون – النظام القانوني للتحكيم الأجنبي في القانون الداخلي – مجلة الحقوق – الكويت – العدد 04 – السنة 11 – ديسمبر 1987
- 18 / طالب حسن موسى – الموجز في قانون التجارة الدولية – مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، سلسلة المكتبة القانونية – 2001 .
- 19 / فوزي محمد سامي – التحكيم التجاري الدولي – دار الحكمة للطباعة والنشر – سنة 1992 .
- 20 – Nottebohm case (liechtensteint v. guatemala lcj reprorts 1955
- 21 / Martin Wolff – private international law – 1947 .
- 22 / C.Carbiber – L Arbitrage commercial international – Recueil des cours (Academie de droit international) vol 2 1959