

النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر في ضوء القانون رقم 22 18 المؤرخ في 24 يوليو 2022 المتعلق بالاستثمار

(بحث موسع، مع التركيز على التحكيم التجاري الدولي، كبديل لحل المنازعات التجارية من منظور التشريع الجزائري الساري المفعول من الناحية التطبيقية)

من اعداد بلمامي عمر أستاذ التعليم العالي (متقاعد)
ومحامي معتمد لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة.

(المحور الأول منشور في العدد السابق)

المحور الثاني: الطرق البديلة لحل المنازعات التي تنشأ عن تطبيق هذا القانون.

سبق وأن ذكرت بأن الوسيلة التي كانت تحل بها المنازعات التي تحتوي على عنصر اجنبي وهي " قواعد الاسناد " لم تعد فعالة، وقد تجاوزها الزمن، لكونها قد عجزت عن مسايرة التطورات التي مست بالخصوص قطاع التجارة الدولية . فكان لا بد من البحث عن وسائل بديلة لحل مشكلة تنازع القوانين . ومن اهم هذه الوسائل البديلة الوساطة والتحكيم .

التحكيم والوساطة كلاهما تعد وسائل بديلة واختيارية لحل المنازعات، وتهدفان إلى عدم اللجوء إلى القضاء الرسمي أو قضاء الدولة لطرح النزاع. والأصل أن الوساطة وسيلة اختيارية غير ملزمة للأطراف في حل الخلاف بموجبها يلجأ الأطراف إلى شخص ثالث محايد يقوم بدور الوسيط في محاولة لتسوية النزاع بين الأطراف.

أولاً: الوساطة في القانون التجاري الجزائري .

لقد نص القانون رقم : 22 13 المؤرخ في 12 يوليو 2022 يعدل ويتمم القانون 09 08 المؤرخ في سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على الوساطة في المادة 534 " يجب على رئيس القسم التجاري عرض النزاع مسبقاً على الوساطة . لا تخضع الوساطة امام القسم التجاري الى قبول الأطراف ، خلافاً لأحكام المادة 994 من هذا القانون.

تطبق على الوساطة امام القسم التجاري احكام الوساطة المنصوص عليها في هذا القانون."

يستخلص من هذه المادة ان اجراء الوساطة، طبقاً لهذا التعديل أصبح ملزماً لرافع الدعوى في القانون التجاري في القضايا التي تتولاها المحكمة التجارية العادية، ولا يتوقف قبولها على الطرفين، كما كان الوضع في السابق.

ويبدو ان الزامية الوساطة في هذا التعديل مقصورة على القضايا التجارية التي تخضع للمحاكم التجارية، العادية فقط، دون المحاكم التجارية المتخصصة، التي استبدلت الوساطة بإجراء الصلح قبل قيد الدعوى بصفة الزامية، ولا ترتب على عدم تقديم طلب اجراء الصلح بطلان الدعوى شكلاً.

وبالنسبة للمحاكم التجارية المتخصصة فقد اشترط المشرع في القضايا التي تثور امامها اجراء اولي آخر، هو اجراء الصلح بين الطرفين، طبقاً لما نصت عليه المادة 536 مكرر 04 من قانون الإجراءات المدنية بقولها: " يسبق قيد الدعوى اجراء الصلح الذي يتم بطلب من أحد الخصوم ويقدم الى رئيس المحكمة التجارية المتخصصة الذي يعين خلال مدة 05 أيام بموجب أمر على عريضة أحد القضاة لإجراء الصلح في أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر، ويبلغ طالب الصلح باقي أطراف النزاع بتاريخ جلسة الصلح.

يمكن القاضي المعين لهذا الغرض الاستعانة بأي شخص يراه مناسباً لمساعدته لا جراء الصلح الذي ينتهي بتحرير محضر يوقع من القاضي وأطراف النزاع وأمين الضبط، ويخضع للقواعد المنصوص عليها في هذا القانون.

وفي حالة فشل محاولة الصلح ترفع الدعوى امام المحكمة التجارية المتخصصة بعريضة افتتاح الدعوى طبقا للقواعد المنصوص عليها في هذا القانون مرفقة، تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلا، بمحضر عدم الصلح .

يمكن القاضي المعين لهذا الغرض الاستعانة بأي شخص يراه مناسبا لمساعدته لإجراء الصلح الذي ينتهي بتحرير محضر يوقع من القاضي وأطراف النزاع، وأمين الضبط، ويخضع للقواعد المنصوص عليها في هذا القانون.

في حالة فشل محاولة الصلح، ترفع الدعوى امام المحكمة التجارية المتخصصة بعريضة افتتاح الدعوى طبقا للقواعد المنصوص عليها في هذا القانون مرفقة، تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلا، بمحضر عدم الصلح."

ثانيا: التحكيم التجاري الدولي، كبديل لحل المنازعات التجارية من منظور التشريع الجزائي الساري المفعول من الناحية التطبيقية

التحكيم التجاري أصبح الوسيلة المفضلة لدى رجال الأعمال والمستثمرين كقضاء بديل للقضاء الرسمي لما له من مزايا كثيرة أشرنا الى بعضها.

وقد يتم اللجوء الى التحكيم بمقتضى شرط يدرج في العقد، وهو ما يطلق عليه بـ " شرط التحكيم clause compromissoire"، وقد يأخذ شكل ابرام اتفاق خاص مستقل عن العقد الاصيل، أو ما يسمى " مشاركة او اتفاق التحكيم compromis عند نشوء نزاع.

وهذا يقتضي منا باادي ذي بدء تحديد معنى التحكيم والتميز بينه وبين الانظمة المشابهة له. ونعرض ذلك في الفصل الموالي.

معنى التحكيم الدولي.

التحكيم بشكل عام يعد وسيلة لفض المنازعات المتصلة أو ذات الصلة بالتجارة الدولية بصرف النظر عن مكان إجراء التحكيم، ذلك أن التحكيم قد يعتبر دوليا، حتى ولو وقع في الدولة التي يجري فيها التحكيم، متى توفر فيه معيار الدولية بالنظر إلى تشريعها الداخلي.¹⁵

Selon le Pr. René DAVID, la notion d'arbitrage, en règle générale, désigne « une technique visant à faire donner la solution d'une question

intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes- l'arbitre ou les arbitres- lesquelles tiennent leur pouvoir d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention sans être investies de cette mission par l'Etat « 16

وقد عرف التحكيم الأستاذ "repert"، بأنه " نظام للقضاء الخاص تقضي فيه خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادي، وعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها 17

L'arbitrage est le mode de règlement des différends par lequel les parties conviennent de soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux.

L'arbitrage peut être utilisé de façon autonome ou comme une étape subséquente à la médiation, lorsque cette méthode n'a pas permis d'en venir à un règlement ".18

L'arbitrage est une procédure dans le cadre de laquelle le litige est soumis, par convention entre les parties, à un ou plusieurs arbitres qui rendent une décision contraignante. En décidant de recourir à l'arbitrage, les parties optent pour une procédure de règlement des litiges privée en lieu et place d'une procédure judiciaire 19

وعرف التحكيم كذلك بأنه " نظام للقضاء الخاص يستبعد بمقتضاه أطراف

التزاع قضاء الدولة ويختارون أفرادا للفصل في المنازعات التي تثور بينهم ". 20.

(L'arbitrage est une institution contractuelle par ses origines, juridictionnelle par sa fonction : par une convention, précédant d'où constant un différent, les parties décident d'renoncer au règlement par les juridictions de l'Etat ; cela au profit d'une juridiction privée, à laquelle elles en confient la mission).21

L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes – l'arbitre ou les arbitres- lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuant sur la base de cette convention, sans être investies de cette mission par l'Etat .22

L'arbitrage est un mode amiable de règlement des conflits.

Il permet de faire régler un litige par un arbitre qui tient son pouvoir de la volonté des parties.

Cette procédure est plus rapide, plus confidentielle et moins onéreuse que la justice traditionnelle .23

وعرف الدكتور "سعيد يوسف البستاني" التحكيم بأنه " اتفاق يقصد منه حل نزاع معين بطريقة خاصة يستند في وجوده إلى اتفاق. وتتطلع فيه إرادة الأطراف دورا كبيرا في إجراءاته والقانون الواجب التطبيق، بل قد تطلق الحرية من التقيد بأي قانون وطني". 24

أو هو " اتفاق بعرض نزاع على محكم أو هيئة تحكيم للفصل به بقرار له قوة تنفيذية". 25

كما عرف التحكيم بأنه:

L'arbitrage est une procédure au cours de laquelle un litige est soumis, par convention entre les parties, à un ou plusieurs arbitres qui rendent une décision contraignante .26

التمييز بين التحكيم وبعض الأنظمة المشابهة له.

L'arbitrage et les notions voisines

هناك بعض المفاهيم القانونية قد تتشابه مع التحكيم أوقد تختلط به، وأحيانا يصعب التمييز بينها وبين التحكيم، إلا أن للتحكيم بعض المميزات الخاصة التي تفرقه عن المؤسسات القانونية المشابهة له. ومن أهم هذه المفاهيم او المؤسسات القانونية المشابهة له :

التحكيم والوساطة، التحكيم والخبرة، التحكيم والصلح.
التحكيم والوساطة.

Distinction entre arbitrage et médiation

التحكيم والوساطة كلاهما تعد وسائل بديلة واختيارية لحل المنازعات، وتهدفان إلى عدم اللجوء إلى القضاء الرسمي أو قضاء الدولة لطرح النزاع. فالوساطة يلجأ فيها إلى شخص ثالث محايد يقوم بدور الوسيط في محاولة لتسوية النزاع بين الأطراف. بينما التحكيم يقوم به شخص ثالث هو المحكم أو هيئة التحكيم، وهو يفصل في النزاع وفق عقد الاتفاق أو الأعراف التجارية الدولية.
الفرع الثاني:

Distinction entre arbitrage et expertise

مهمة الخبير يحددها عادة القاضي وتكون فنية بحتة.

L'expert judiciaire, désigné comme technicien par le juge pour L'éclairer ; ne remet qu'un simple avis, qui ne lie ni les parties ni le juge. IL en ira de même, en principe, si L'EXPERT EST désigné par un tribunal arbitral international. Même s'il est astreint au respect du principe du contradictoire, le rapport qu'il établit ne constitue en aucune manière une sentence. 27

والخبرة غير ملزمة للقاضي، فقد يستعين بخبير آخر أو عدة خبراء آخرين. كما أن الخبير لا يفصل في النزاع، عكس التحكيم، فانه كما رأينا يفصل في النزاع ونتائجه ملزمة للأطراف.

وجه الشبه بين التحكيم والخبرة، هو أن المحكم والخبير كلاهما لا ينتميان إلى الجهاز القضائي للدولة، وأن كلا منهما قد يباشر عمله ويبدى رأيه في نقطة قانونية بمناسبة نزاع معروض على القضاء ويتطلب في كل منهما الموضوعية والاستقلال والحياد.

على أن التفرقة بين الخبرة والتحكيم لا تعني كما يقول الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة القطيعة بين النظامين. فالواقع أنهما متجاوران ومساندان في العديد من الحالات.

فالخبير من أعوان هيئة التحكيم حينما يطلب منه الرأي الفني في الموضوع محل النزاع، وهنا يساهم في عملية الإثبات. كما أن الخبير قد يكون من أعضاء تلك الهيئة، حينما يتم اختياره بسبب تخصصه الفني ضمن تشكيل هيئة التحكيم، وهنا يساهم في صنع القرار الحاسم للنزاع.²⁸

التحكيم والصلح.

Distinction entre arbitrage et transaction

ان الفرق الجوهرى بين التحكيم والصلح يكمن في طبيعة كل منهما. فالصلح وسيلة اتفاقية لتسوية النزاع بين الطرفين بصفة ودية. La transaction est une convention par laquelle les parties mettent fin à un litige né ou à naître en effectuant des concessions réciproques. La transaction a l'autorité de la chose jugée entre les parties pour lesquelles elle est donc obligatoire.

بينما التحكيم يعد وسيلة قضائية لإنهاء النزاع. L'arbitrage en est un mode judiciaire

فالتحكيم هو إجراء تنازعي nature contentieuse

في حين أن الصلح يتميز بأنه ذو طبيعة ودية لوضع حد للنزاع القائم بين الطرفين.

la transaction a un caractère amiable. Par ailleurs, ici ce sont les parties elles-mêmes

والتحكيم في الظاهر، كما يصفه الأستاذ: «ABDOULAYE SAKHO»²⁹ ذو طبيعة متناقضة، فهو من جهة يهدف الى تحقيق عدالة خاصة يعتمد على الاتفاق المبرم بين الطرفين في حل النزاع المحتدم بينهما، ومن جهة أخرى، فان التحكيم ينتهي

بصدور حكم تحكيمي في القضية محل النزاع، وهو في هذا لا يختلف عن الحكم الذي يصدره القضاء الرسمي من حيث النتيجة المتوصل إليها.

وينتهي الأستاذ: ABDOULAYE SAKHO إلى القول بأن التحكيم، ليس هو عبارة عن خبرة وليس هو كذلك بالمرة بالصلح أو التوفيق.

1 التحكيم، ليس هو الخبرة. *L'arbitrage n'est pas l'expertise

التحكيم ليس هو الصلح أو التوفيق L'arbitrage n'est pas la transaction
يضيف الأستاذ ABDOULAYE SAKHO بأن التحكيم يختلف كذلك عن الصلح*.

وأصبح التحكيم في رأي الأستاذ ABDOULAYE SAKHO يندرج تحت تسميات مختلفة، مثل التحكيم الخاص l'arbitrage ad'hoc والتحكيم المؤسسي l'arbitrage institutionnel والتحكيم الداخلي l'arbitrage interne، والتحكيم الدولي l'arbitrage international والتحكيم الودي l'arbitrage en amiable معيار الدولية في التحكيم التجاري الدولي.

اختلف الفقه حول تحديد معيار الدولية في التحكيم، وتعددت الآراء في هذا الشأن.

فذهب رأي في تحديد معيار الدولية في التحكيم إلى الأخذ بالقانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بإجراءات التحكيم، فالتحكيم الداخلي يخضع في إجراءاته للقانون الوطني، في حين تخضع إجراءات التحكيم الدولي إلى القانون الأجنبي، أو إلى الاتفاقية المبرمة بين الطرفين

واتجه رأي آخر إلى أن العبرة هي بمكان صدور حكم التحكيم.

غير أن الفقه الحديث والذي اعتمده القضاء الفرنسي، يرى أن العبرة في تحديد ما إذا كان التحكيم دوليا أو محليا، هو النظر إلى طبيعة النزاع، فالتحكيم الدولي يتعلق بنزاع ذو طبيعة دولية، أي ينصب على معاملة تجارية دولية.

وتؤكد هذا المعنى العديد من أحكام القضاء الفرنسي التي سارت في هذا الاتجاه، مستندة على المعيار الاقتصادي لدولية العقد.

وتطبيقا لهذا المسار حكم القضاء الفرنسي " بأن العقد المبرم في فرنسا بين شركة فرنسية وأحد الفرنسيين المتوطنين في فرنسا يعد عقدا دوليا، فيما لو كان موضوعه هو قيام هذا الشخص بتمثيل الشركة وتسويق منتجاتها في دولة اجنبية، باعتبار ان الغاية النهائية للعملية العقدية تقتضي تنفيذها في الخارج، الأمر الذي يثير مصالح التجارة الدولية."30

وفي هذا المعنى أيضا نصت المادة من 1504 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد على أنه يعتبر دوليا التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية*.

ويتبين من هذه المادة بوضوح، أن دولية التحكيم ترتبط بموضوع المنازعة، وعلى وجه الخصوص بالعملية الاقتصادية، إذن فالأمر هنا اقتصر فيما يتعلق بإضفاء الطابع الدولي على التحكيم بالإشارة إلى معيار اقتصادي فقط، ومن ثم لا يعتد بجنسية الخصوم أو المحكمين أو محل إقامتهم أو مكان إبرام العقد أو المكان الذي تبأشر فيه إجراءات التحكيم، لاعتبار التحكيم دوليا من عدمه. فكل هذه العناصر لا تؤثر على الطابع الدولي للتحكيم.

فمن خلال هذا الحكم اعتبر البعض ان دولية العقد قد تحققت على اساس المعيار الاقتصادي لتعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية.

غير أن الدكتور هشام علي صادق يرى " أن توافر المعيار الاقتصادي لدولية العقد يؤدي بالضرورة الى اكتساب الرابطة العقدية لطابعها الدولي وفقا للمعيار القانوني.

ويضيف قائلا " انه إذا كان توافر المعيار الاقتصادي يفضي لزوما الى تحقيق المعيار القانوني لدولية العقد على هذا النحو فان العكس غير صحيح. اذ قد تكتسب الرابطة العقدية طابعها الدولي وفقا للمعيار القانوني دون ان يتحقق مع ذلك المعيار الاقتصادي لدولية هذه الرابطة."31

غير أنه وبالرجوع إلى المادة 1504 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد، نجدها قد وضعت مصلحة التجارة الدولية كمعيار للتفرقة بين التحكيم التجاري الدولي والتحكيم الداخلي، بمعنى كل تحكيم لا يتضمن مصلحة التجارة الدولية لا

يكيف على أنه تحكيم تجاري دولي، بل لا بد لكي يعتبر تحكيم دولي أن يتضمن معيار اقتصادي، أو عمليات من شأنها تحويل الأموال أو خدمات مصرفية عبر الحدود، أي انتقال السلع والبضائع عبر الحدود.

فالعنصر المؤثر أو الفاعل وفقا لهذه المادة هو النظر الى المعيار الاقتصادي الذي يقوم على أساس ارتباط العقد بالتجارة الدولية.

وأن العبرة في تحديد دولية التحكيم، هي الأخذ بعين الاعتبار مصالح التجارة الدولية، وفق ما جاء في المادة 1504 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد التي نصت: 32

Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international

وهناك من يضع عدة معايير معينة يشترط توفرها لاعتبار أن التحكيم يعد دوليا، وهذه المعايير يمكن تلخيصها فيما يلي:

الجنسية أو موطن المحكمين

جنسية الأطراف.

جنسية أو مقر مركز التحكيم.

المكان الذي يجري فيه التحكيم.

مكان إجراء التحكيم أو الذي ينطق فيه بالحكم التحكيمي.

المكان الذي يجري فيه التنفيذ.

أو قانون البلد الذي تخضع له إجراءات التحكيم.

أو قانون البلد الذي يحكم موضوع التحكيم.

-La nationalité ou le siège du centre d'arbitrage

-Le lieu où se déroule l'arbitrage

-Le lieu où se déroule l'arbitrage et où la sentence est prononcée

-Le lieu où la sentence est ou doit être exécutée

-La loi désignée pour régir la procédure arbitrale

-La loi désignée pour régir le fond du litige.

ويقود هذا الاتجاه الأساتذة 33 : FOUCHARD, GAILLARD et GOLDMAN
وأضافت الاتفاقية الأوروبية المؤرخة في سنة 1961 المتعلقة بالتحكيم التجاري
معياريين آخرين هما:

- 1 أن تكون الإقامة لمتعاقدين في دولتين مختلفتين.
- 2 وأن يبرز هذا التحكيم المصالح التجارية الدولية.

Ainsi, la Convention européenne de 1961 sur l'arbitrage commercial international ajoute deux critères à savoir la résidence dans deux Etats contractuels différents ainsi que la mise en jeu des intérêts du commerce international .

وترى الأستاذة: Nadège KAMARIYAGWE أنه يوجد مبدأين لمعايير التحكيم الدولي، سواء استعمل بصفة منفصلة أو بصفة مندمجة: الأول، ينظر إلى طبيعة المنازعة في حد ذاتها لاعتبار التحكيم دولي، ويأخذ هذا المبدأ بعين الاعتبار المصالح التجارية الدولية. والثاني، يركز على اتجاه نية الأطراف، من خلال جنسيتهم، ومكان الإقامة المعتادة، والإجراءات التي يتم بموجبها التحكيم. وقد اختلفت الأنظمة بشأن الأخذ بتزجيح أحد المبدأين المذكورين.

وهذا راجع حسب Nadège KAMARIYAGWE إلى غياب تعريف واضح لمصطلح "الدولية" من جهة وغموض معنى "مصالح التجارة الدولية" من جهة أخرى.

On peut dire, de manière synthétique, qu'il existe deux principaux critères qui peuvent être utilisés soit séparément, soit cumulativement pour définir le terme « international » en matière d'arbitrage du commerce international.

Le premier consiste à analyser la nature du litige, de sorte qu'un arbitrage est considéré comme international s'il met en jeu des intérêts du commerce international. Et le second consiste à concentrer son attention soit sur les parties, leur nationalité, leur lieu habituel de résidence, soit sur la procédure arbitrale pour chercher un élément d'extranéité.

Certains systèmes juridiques ayant adopté la première approche, d'autres la seconde, l'absence d'une définition internationalement admise du terme « international » dans le domaine de l'arbitrage du commerce international pourrait poser de problèmes. Par exemple, un arbitrage qui est considéré comme international en France parce qu'il met en cause des intérêts du commerce international, pourrait être considéré comme national ou interne en Angleterre parce que les deux parties sont britanniques.

Cependant, même si en théorie, la définition d'internationalité de l'arbitrage du commerce international semble poser des problèmes, dans la pratique, le problème n'est pas d'une grande envergure car la plupart des arbitrag

معياردولية التحكيم في القانون الجزائري.

نظرا للتطور الاقتصادي الذي يشهده العالم المعاصر والحركة التجارية النشطة وبالأخص حركة التحكيم التجاري الدولي، والتوجه نحو اقتصاد السوق والخصخصة، والانفتاح على الاقتصاد العالمي، أو ما بات يعرف بـ "عولمة الاقتصاد" وظهور المنظمة العالمية للتجارة الدولية على الخط ودخول الجزائر رسميا في المفاوضات المباشرة مع هذه المنظمة، وتعاظم دور التحكيم في معاملات التجارة الدولية، ودخول العديد من الشركات والمؤسسات الخاصة في معاملات تجارية ضخمة مع المتعاملين الاقتصاديين والمستثمرين الأجانب، لا سيما بعد حركة الإصلاح الاقتصادي والسياسي التي عرفت الجزائر وانضمامها إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، وعولمة الاقتصاد العالمي، كان لابد أن يتأثر المشرع الجزائري بهذه الأحداث المتسارعة، كغيره من المشرعين الآخرين بهذه الأحداث والمتغيرات العالمية، سواء في مجال التشريعات الوطنية أو في الاتفاقيات الدولية والأنظمة المتعلقة بالتحكيم، كالقانون الفرنسي والقانون النموذجي للجنة

الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن التحكيم الصادر سنة 1985 وقواعد اليونسيترال لذات اللجنة والمعدة سنة 1976

ولقد كان من مظاهر ذلك التأثير أن أصدر المشرع الجزائري في البداية المرسوم التشريعي رقم 93 09 المؤرخ في 25 افريل سنة 1993 المعدل والمتمم للأمر رقم 66 154 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية. وخص منه بعض الأحكام للتحكيم التجاري الدولي.

غير أن هذا المرسوم الذي اقتبست جل أحكامه من القانون الفرنسي لم يساعد في تطوير التحكيم التجاري الدولي، لأن القانون الفرنسي المقتبس منه أحكام التحكيم قد مسه التعديل لاحقا، الشيء الذي جعل المشرع الجزائري يعيد النظر في هذا المرسوم ويقرر في النهاية الغائه وحل محله القانون رقم 08 09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الذي أشار إلى تحديد معيار دولية التحكيم، فجاءت المادة 1039 منه فنصت «يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل».

يبدو من خلال صياغة هذه المادة أن المشرع الجزائري قد اشترط، لكي يكون التحكيم دوليا أن يكون مرتبطا أو متعلقا بالتجارة الدولية، وأن يكون موضوع النزاع الذي يشملته اتفاق التحكيم مرتبطا بأكثر من دولة على الأقل. إلا أن المشرع الجزائري لم يتوقف عند المفهوم الضيق للتجارة بمفهومها في النظرية التقليدية للأعمال التجارية، لأن فكرة الأعمال التجارية لا تكون مقبولة إلا من خلال ربطها بفكرة المشروع. فالأعمال التجارية هي الأعمال التي تقع بمناسبة استغلال مشروع تجاري والذي يشكل وحدة اقتصادية متكاملة.

ومهذا يكون المشرع الجزائري قد تبنى المعيار الحديث في تحديد التحكيم التجاري الدولي، معتمدا على المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني معا، وهو اتصال النزاع المطروح على التحكيم في أحد عناصره بأكثر من نظام قانوني كحد أدنى، كي يكون التحكيم التجاري دوليا.

كما يلاحظ أن المشرع الجزائري في هذا لم ينساق وراء القانون النمطي loi type للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن التحكيم الصادر سنة 1985، مع تعديلاته اللاحقة في سنة 2006

Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international 1985)
(avec les amendements adoptés en 2006

والذي وضع عدة معايير لتحديد دولية التحكيم، مكتفيا كما ذكرت بالمعيار الاقتصادي والقانوني، ومن ثم لم يفصل المشرع الجزائري بين دولية التحكيم عن دولية موضوع النزاع باشتراطه أن تكون المسألة محل الحسم بواسطة التحكيم مشتملة على عنصر أجنبي في أحد عناصرها على الأقل، سواء تعلق هذا العنصر الأجنبي بنشأة العلاقة موضوع النزاع، او بتنفيذها أو بموطن أو مقر نشاط أطرافها. وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أكد على دولية أو عالمية التحكيم التجاري الدولي من خلال هذين المعيارين (المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني) لارتباطهما ببعضهما البعض.

ومع ذلك نرى إعادة صياغة المادة 1039 السالفة الذكر، لأجل توضيح معيار الدولية في التحكيم، لأن هذا المعيار تترتب عليه نتائج في غاية الأهمية. لذا يستحسن إعادة صياغة هذه المادة وتقسيمها الى ثلاث فقرات وتكون على النحو التالي:

الفقرة الأولى: بدون تغيير.

الفقرة الثانية: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم. فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال، فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطا بموضوع اتفاق التحكيم. وإذا لم يكن لأحدهما مركز اعمال، فالعبرة بمحل اقامته المعتاد.

الفقرة الثالثة: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم، وكان أحد الأماكن التالية واقعا خارج هذه الدولة:

أ- مكان اجراء التحكيم.

ب- مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين

ج- المكان الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع.

د- إذا كان النزاع يدور حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي عقدية كانت أو غير عقدية

ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية وعقود التوريد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها ونقل التكنولوجيا والاستثمار وعقود التنمية وعمليات البنوك والتأمين والنقل وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد انابيب الغاز أو النفط وشق الطرق واستصلاح الأراضي وحماية البيئة وإقامة.

و- إذا اتفق الأطراف على اللجوء إلى مؤسسة تحكيمية دائمة يوجد مقرها داخل الدولة أو خارجها.

بهذا التفصيل الذي نراه مفيدا، فانه لا يطرح مستقبلا أي اشكال قانوني حول موضوع مدى توفر عنصر الدولية في التحكيم من عدمه. وتجدر الإشارة الى تراجع المعيار القانوني، نظرا للمتغيرات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، فاذا كان الفقه لفترة طويلة قد اعتنق المعيار القانوني والذي يعتد بعناصر الرابطة العقدية ومدى تطرق الصفة الاجنبية اليها، فان المتغيرات السابقة قد ادت الى تلاشي هذه الافكار واستبعاد تلك المعايير، فلا يصلح المعيار القانوني للقول بدولية العقد لمجرد ارتباط عناصره بأكثر من دولة. ومن ثم لم يعد الفقه الحديث يعول على المعيار القانوني عند تجاوز العلاقة العقدية للحدود واتصالها بأكثر من نظام قانوني كما كان في السابق.

ويبدو أن تأثير العولمة على الاقتصاد العالمي في الآونة الأخيرة كان له تأثير واضح في ترجيح المعيار الاقتصادي على المعيار القانوني للحكم على مدى دولية العقد من عدمه وقد تأثرت التشريعات الحديثة عند تحديدها لدولية العقود التجارية بهذا التغيير والأخذ بعين الاعتبار اتصال تلك العقود بمصالح التجارة الدولية، وكذلك

الاتفاقيات الدولية التي آثرت هي الأخرى الاعتماد على المعيار الاقتصادي في تحديد دولية العقود التجارية.

ووفقا لهذا المعيار يعد العقد دوليا عندما يتصل بمصالح التجارة الدولية، بصرف النظر عن مدى توافر العناصر القانونية الأخرى، أيا كانت طبيعتها من عدمها.

ويرى الدكتور محمد ابراهيم موسى " ان فحوى المعيار الاقتصادي أو جوهره يتركز في هذا التبادل للقيم أو الاموال عبر الحدود، أو في مدى تجاوزها الحدود الإقليمية للاقتصاد الداخلي لدولة ما".³⁴

وفي هذ المعنى نجد كذلك القانون المغربي المتعلق بالتحكيم قد ساير هذا الاتجاه ونص في الفصل (327-40):

"يعتبر دوليا، حسب مدلول هذا الفرع، التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية والذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر بالخارج. يعتبر التحكيم دولياً إذا:

1- كان لأطراف اتفاق التحكيم وقت إبرام هذا الاتفاق مؤسسات بدول مختلفة؛

2- أو كان أحد الأمكنة التالي بيانها واقعاً خارج الدولة الموجودة بها مؤسسات الأطراف:

أ) مكان التحكيم عندما يكون منصوباً عليه في اتفاق التحكيم أو معيناً بمقتضي هذا الاتفاق؛

ب) كل مكان يجب أن ينفذ فيه جزء مهم من الالتزامات المترتبة على العلاقة التجارية أو المكان الذي تربطه أكثر بموضوع النزاع صلة وثيقة.

3- أو كان الأطراف متفقين صراحة علي أن موضوع اتفاق التحكيم يهم أكثر من بلد واحد لأجل تطبيق مقتضيات الفقرة 2 من هذا الفصل، يطبق ما يلي:

أ) إذا كان لأحد الأطراف أكثر من مؤسسة، فإن المؤسسة الواجب اعتمادها هي المؤسسة التي تربطها صلة وثيقة باتفاق التحكيم أكثر من غيرها؛

ب) إذا لم تكن لأحد الأطراف أية مؤسسة قام مقامها محل سكناه الاعتيادية."

الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم.

لا يشذ اتفاق التحكيم في شروط انعقاده عن باقي العقود الأخرى من حيث وجوب توفر الرضاء والمحل والسبب، والشكل الذي يتم فيه، وخلو إرادة المتعاقدين من عيوب الرضاء، كالغلط والتدليس والإكراه*.

وبالرجوع إلى صحة التحكيم من حيث الموضوع في القانون الجزائري، فقد ورد في المادة 2/1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد التي نصت "تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها، إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما".

يستخلص من هذه الفقرة أن المشرع الجزائري ترك الأمر فيما يتعلق بالشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم إلى القانون الذي اختاره الأطراف بإرادتهم الحرة، أو للقانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما. فالمشرع الجزائري لم يتدخل في تحديد الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم مسبقا، وإنما أحال هذه الشروط إلى القانون الذي سوف ينطبق على التحكيم.

الشروط الشكلية.

نصت الفقرة الثانية من المادة 1040 السالفة الذكر «يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة»

جاءت هذه الفقرة مطابقة لنص المادة 2/07 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة "الأنسيترال" التي نصت يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وقد منح التعديل الذي ادخل على القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي سنة 2006 للدول التي تتبنى أحكام هذا القانون خيارين: الأول اشتراط اتفاق التحكيم، والثاني النص على أن هذا الاتفاق يتضمن قبول الطرفين إحالة النزاع إلى التحكيم، دون اشتراط الكتابة لاتفاق التحكيم.

إلا أن الصيغة التي حررت بها هذه الفقرة لم تعط مجالا لهذا الاختيار، فالنص على الكتابة جاء بصيغة الأمر، ومن ثم فإن عدم تحرير اتفاقية التحكيم كتابة يؤدي

إلى بطلان التحكيم وجاءت هذه المادة متفقة مع اتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي نصت المادة الثانية منها "بأن تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية التي تتعلق بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم".

ونصت المادة 1443 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد المعدلة بالمرسوم رقم: 48 2011 بان شرط التحكيم يقع تحت طائلة البطلان، إذا لم يكون مكتوباً، سواء في العقد الأصلي أو في وثيقة أخرى يشير إليها هذا العقد.

A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut - "".

résulter d'un échange d'écrits ou d'un document

... يتبع في العدد القادم المحور الثالث و الأخير بعنوان : القانون الواجب

التطبيق على موضوع نزاع التحكيم

الهوامش:

- (15) د. محمود سمير الشرقاوي ط . 2011 ص. 21 دار النهضة العربية.
- L'arbitrage est un mode alternatif de résolution des conflits, dans lequel un arbitre intervient pour prendre des décisions qui engagent les deux parties qui font appel à ses services. C'est un mode non étatique de règlement des litiges
- (16) <http://www.memoireonline.com>
- (17) د. محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، بدون تاريخ طبع. دار النهضة العربية. ص (13)
- (18) موسوعة wkipidia
- (19) www.wipo.int
- (20) د. محمود سمير الشرقاوي . المرجع السابق. ص.5.
- (21) "MEGERLIN ordre public transnational et arbitrage international de droit privé
- (22) Auteur : GROUPE THESIS.Francis MEGERLIN. Ordre public transnational et arbitrage international de droit privé. Thèse de doctorat en droit université panthéon-ASSAS PARIS 2.P.41. 1999
- (23) <http://www.easydroit.fr>
- (24) د. سعيد يوسف البستاني. القانون الدولي الخاص. الطبعة الأولى. ص. 267
- (25) د. سعيد يوسف البستاني نفس المرجع.
- (26) <http://commissionoceanindien.org> . 07/11/12. /Barlen PILLAY –
- (27) حكم أصدرته محكمة بروكسل في 18 حزيران سنة 1931 . انظر مؤلف الدكتور سعيد يوسف البستاني. نفس المرجع. ص 274

- (28) حكم أصدرته محكمة بروكسل في 18 حزيران سنة 1931 . انظر مؤلف الدكتور سعيد يوسف البستاني. نفس المرجع. ص 274
- (29) انظر الإشارة الى هذه القضية في مؤلف الدكتور هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. ط. 2014، /دار الفكر الجامعي. الاسكندرية. ص. 89
- (30) د. هشام علي صادق . المرجع السابق. ص. 90
- (31) philipeFouchard Emmanuel Gaillard Berthold Gldman = Traité de L'rbtrage (commercial international =Edition Litic, 1996 .p. 22
- (32) د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي. . ط1. 2004 ص. 66
- (33) Abdoulaye SAKHO. L'ACTE UNIFORME relative au droit de L'ARBITRAGE.p.3 www.biblio.ahada.org
- L'arbitrage n'est pas la transaction. Il est vrai que la transaction que le COCC * sénégalais définit comme « le contrat par lequel les parties mettent fin à une contestation par des concessions mutuelles » (art. 756 COCC), permet de régler un litige grâce à la décision transactionnelle qui a, comme la sentence arbitrale, l'autorité de la chose jugée entre les parties. Mais les deux matières sont à distinguer car, la transaction peut intervenir sans l'intervention d'un tiers et surtout, il est généralement admis dans les systèmes de droit francophone que le pouvoir de (transiger ne comporte pas celui de compromettre (art. 1989 C. Civ français
- (34) انظر الإشارة الى هذه القضية في مؤلف الدكتور هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. ط. 2014، /دار الفكر الجامعي. الاسكندرية. ص. 89
- Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce * international