جامعة قاصدي مرباح بورقلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي

الميدان : الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة : الحقوق

التخصص : قانون علاقات دولية خاصة

إعداد الطالب : مجول محمد

بعنوان:

التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي

نوقشت وأجيزت بتاريخ 2015/06/03

أمام اللجنة المكونة من السادة:

- د.لعجال ياسمينة أستاذ محاضر أ (جامعة قاصدي مرباح ورقلة) رئيسا
- د.مهداوي عبد القادر أستاذ محاضر ب (جامعة قاصدي مرباح ورقلة) مشرفا ومقررا
- أ. زرقاط عيسى أستاذ مساعد أ (جامعة قاصدي مرباح ورقلة) مناقشا

السنة الجامعية:2015/2014

جامعة قاصدي مرباح بورقلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي

الميدان : الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة : الحقوق

التخصص : قانون علاقات دولية خاصة

إعداد الطالب : مجول محمد

بعنوان:

التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي

نوقشت وأجيزت بتاريخ2015/06/03

أمام اللجنة المكونة من السادة:

- د.لعجال ياسمينة أستاذ محاضر أ (جامعة قاصدي مرباح ورقلة) رئيسا
- د.مهداوي عبد القادر أستاذ محاضر ب (جامعة قاصدي مرباح ورقلة) مشرفا ومقررا
- أ. زرقاط عيسى أستاذ مساعد أ (جامعة قاصدي مرباح ورقلة) مناقشا

السنة الجامعية:2015/2014

الإهـــداء

أهـــــدي هذا العمل المتواضع الذي سعينا من ورائه إلى تجسيد بصفة دراسية بعد خمس سنوات من التحليل والبحث في شتى المفاهيم القانونية بفضل نخبة من الأساتذة الذين

سعوا بكل مجهوداتهم لتحقيق هذه الغاية النبيلة إليهم بصفة عامة لأنهم أصحاب فضل

إلى زوجتي الغالية التي بذلت ما في وسعها حتى أصل إلى ما وصلت إليه

إلى الدكتور عبد القادر مهداوي الذي أرشدنا بنية خالصة و هادفة و فتح لنا أبوابه في جميع الأوقات و بشتى طرق الاتصال لتبليغ نصائحه و توجيهاته

إلى جميع طاقم الإدارة بمن فيهم أفراد المكتبة الذين كانوا بحق الرجل المناسب في المكان المناسب فقد أزاحوا كل العراقيل و وفّروا الجو المثالي للدراسة

إلى جميع الأهل والأقارب.

كما أسأل الله تعالى أن يجازي هؤلاء جميعا أجرا كبيرا و فلاحا في الدنيا و الآخرة.

شكر وعرفان

بادئ ذي بدء أشكر الله تعالى العلي القدير و أحمده حمد الشاكرين حمدا يليق بجلال وجهه الكريم و سلطانه العظيم.

و بعد، لا بد أن نرد الفضل لأهله فأتقدم بخالص الشكر و التقدير

و العرفان لجميع الأساتذة الأفاضل لكل واحد فيهم قدر جهده

و أسأل الله أن يجازيهم خير جزاء.

كما لا يفوتني أن أوجه الشكر للأستاذ المشرف لمساهمته القيمة في إعداد هذه المذكرة .

كما أتوجه بالشكر للإدارة على ما لقيناه من ترحاب و حسن استقبال خدمة للعلم و طلبته.

المقدمة

مقدمة:

تسعى الدول النامية إلى تنمية و تطوير منشآتها و بناها عن طريق الاستثمار الأجنبي، و المستثمر الأجنبي يحتاج إلى ضمانات لتسهيل عمله وحفظ حقوقه في مواجهة دول ذات سيادة بإمكانها أن تأمّم استثماره أو تعدّل تشريعاتها الداخلية مما يضعف مركزه القانوني.

و من الضمانات التي يسعى إلى وجودها أي مستثمر عدم إحالة النزاعات التي قد تنشأ بصدد استثماره في هذه الدولة إلى قضاءها الوطني، كونه بنظر المستثمر قضاء غير حيادي من أجل ذلك كله سعت الدول إلى إيجاد حل يمكّنها من جذب الاستثمارات عن طريق وسيلة بديلة لفض النزاعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية حيث وجد أنّ أفضل الحلول هو التحكيم، فقوبل بالاهتمام البالغ وأبرمت بشأنه العديد من الاتفاقيات و البروتوكولات الدولية، وأنشأت له الكثير من مراكز التحكيم الدائمة حتى أصبح القضاء الوحيد للفصل في المنازعات الناجمة عن عقود الاستثمار.

و يتفرّع التحكيم التجاري الدولي إلى تحكيم حر و تحكيم نظامي حيث يتولى الخصوم في التحكيم الحر تنظيم جميع الإجراءات التحكيمية بأنفسهم، أمّا التحكيم النظامي أو المؤسسي فإنه يتم في ظل منظمة تحكيم دائمة، و من أبرز هذه المؤسسات التحكيمية، المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الذي أنشأ بموجب اتفاقية واشنطن في 18 مارس 1965 و الذي دخل حيّز التنفيذ عام 1966، حيث يوفر هذا المركز أسلوبين مختلفين لتسوية النزاعات الناتجة عن الاستثمارات و يمكّن الأطراف من الاختيار بين التوفيق التجاري و التحكيم التجاري.

كما يهدف المركز إلى تشجيع الاستثمار في الدول النامية من خلال تقديم الضمانات القضائية للمستثمرين، و يضع ثلاثة شروط حدّدتها الاتفاقية طبقا للمادة 1/25 للاستفادة من خدماته:

- الانضمام إلى الاتفاقية و المصادقة عليها لانعقاد اختصاص المركز.
- المركز مختص بالمنازعات ذات الطابع القانوني والناتجة مباشرة عن الاستثمار.
- التعبير عن الرضا يكون كتابيا.

أمّا على الصعيد الدولي فقد انضمت الجزائر إلى الكثير من الاتفاقيات الثنائية و متعددة الأطراف رغبة منها إلى جلب الاستثمارات الأجنبية المباشرة:

- اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالاعتراف و تنفيذ الأحكام التحكيمية.
- الاتفاقية المتضمّنة إنشاء الوكالة الدّولية لضمان الاستثمار (AMGI)
- الاتفاقية المنشئة للمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات.
- اتفاقية تشجيع و ضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي.
- الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية.

و توجد كذلك هيئات ومراكز دولية مختلفة خاصة بالتحكيم لها علاقة بالجزائر:

- التحكيم في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في الدول ورعايا الدول الأخرى.
- التحكيم في إطار المنظمة العالمية للتجارة (OMC).
- التحكيم في إطار نظام التوفيق والتحكيم لغرف التجارة العربية و الأوروبية.
- التحكيم في إطار المركز العربي التجاري تمّ إنشاؤه بمقتضي اتفاقية عمان 1987 التنظيم الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عبر لائحتها الصادرة في 15 ديسمبر 1976.

كما سعت الجزائر عن طريق استحداث منظومة قانونية أرادت من خلالها تكريس مبدأ تطوير الاستثمار وإعطاء أكثر ضمانات للمستثمر الأجنبي و هذا ما كرّسه الأمر 01-03 و المتعلق بتطوير الاستثمارات، وتستفيد من المادتين (1) و(2) من الأمر السابق من الإعفاءات من الحقوق الجمركية والإعفاء على الرسم من القيمة المضافة فيما يخص استلام الخدمات غير المستثناة و المستوردة و التي تدخل مباشرة في انجاز الاستثمار.

-الإعفاء من الضريبة على أرباح الشركات و من الرسم على النشاط المهني لمدة ثلاث سنوات.

و قد ذكر الشرع في المادة 11 من الأمر 01-03 العديد من المزايا تحت عنوان إنجاز الاستثمار.

و تضمّن قانون الاستثمار فكرة المعاملة بالمثل في إطار حقوق الانسان، كما تضمّن القانون ضمانات إجرائية تضمن كفالة حق المستثمر الأجنبي، حيث جاء في المادة 17 من الأمر 01-03 أنّ كل خلاف بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية يخضع للجهات القضائية الخاصة إلّا في حالة وجود اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية، تتعلق بالمصالحة و التحكيم أو في حالة وجود قانون خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص.

أهمية الدراسة:

أدت التطورات الاقتصادية إلى تزايد الاستثمارات الدولية، والتّي نتج عنها منازعات في هذا المجال، فوجدت الأطراف المتنازعة في التحكيم الحل الأنسب لها بدلا من القضاء، فوضعت هذه الدول تشريعات داخلية تنظمها كما أبرمت اتفاقيات دولية في شأنه وأنشأت له الكثير من المراكز التحكيمية التي ساهمت بقدر كبير في إعطاء روح جديدة لتحكيم الدولي.

وفي ظل هذه التغيرات المتسارعة ارتأينا أن نحدد الإيجابيات أو الفوائد التي ميزت هذا النوع الجديد من التحكيم المؤسسي عن التحكيم الحر وأردنا أن نحدد ما مدى ملائمة القانون الجزائري والاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر في ظل هذه التغيرات.

أهداف الدراسة:

يكمن هدف الدراسة في إبراز أهمية التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي من خلال فعالية القوانين الوطنية في مجال الإجراءات المدنية و الإدارية و قوانين الاستثمار وانسجامها مع القوانين الدولية و الاتفاقيات المتعددة و الثنائية في جلب المستثمرين الأجانب و حماية الاقتصاد الوطني.

دوافع اختيار الموضوع:

الدوافع الذاتية:

الرغبة في التطور و التغيير و هذا لا يتأتّى إلّا بوجود تحكيم دولي عادل و تكامل اقتصادي يحقق أهداف الدول النامية من جهة و أهداف الدول المتطورة من جهة أخرى و هذا في إطار الشرعية الدولية.

الدوافع الموضوعية:

يعتبر التحكيم أهم وسيلة لحل منازعات عقود الاستثمار الدولي.

الإشكالية:

انطلاقا من تركيز الدراسة على التحكيم في عقود الاستثمار الدولي;

فإن الإشكالية الرئيسية للدراسة كالآتي:

ما مدى فعالية التحكيم في تسوية منازعات عقود الاستثمار الدولي؟

المنهج المتبع:

اعتمدنا في هذا البحث على المنهج المقارن في دراسة التحكيم في بعض التشريعات الوطنية و كذلك في بعض الاتفاقيات الدولية و ذلك من خلال مقارنة النصوص بالإضافة إلى المنهج التحليلي من أجل تحليل بعض النصوص التشريعية.

الخطّة:

سنحاول توضيح هذا البحث من خلال هذه الخطة، حيث قسّمنا هذا البحث إلى ثلاثة فصول: **الفصل الأول** نتناول فيه ماهية اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار الدولي.

و قد قسم إلى مبحثين :

المبحث الأول: تعريف اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار الدولي.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق في عقود الاستثمار الدولي.

أمّا الفصل الثاني فقد تطرقنا الى مبدأ الارادة في تنظيم الإجراءات و تحديد القانون الواجب التطبيق. و الذي قسّم إلى مبحثين **المبحث الأول**: مبدأ الإرادة في تنظيم إجراءات التحكيم **والمبحث الثاني**: مبدأ الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق.

و تناولنا في **الفصل الثالث**: حكم التحكيم و طرق الطعن فيه، بحيث قسم هذا الفصل إلى مبحثين، تطرقنا في **المبحث الأول** إلى تنفيذ حكم التحكيم و في **المبحث الثاني**: طرق الطعن في حكم التحكيم.

الفصل الأول

ماهية اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار الدولي.

الفصل الأول: ماهية اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار الجنبية

نظرا لأهمية التحكيم في حسم منازعات عقود الاستثمار التي تتميز بخصوصية مستمدة من وجود الدولة كطرف فيها وكذلك تعلقها بمصالح حيوية للدولة المضيفة للاستثمار، والتي تتجسد في اتفاق التحكيم المبرم بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي على شكل عقد بمقتضاه يتعهد الطرفان على اللّجوء إلى التحكيم عند نشوء نزاع ما.

اختلفت الآراء حول تحديد مفهوم دقيق لاتفاق التحكيم في القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية وتعددت صوره وتميّز بخصوصية في مجال عقود الاستثمار (المبحث الأول)، كما تطرّقنا إلى القانون الواجب التطبيق وموقف القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية منه (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تعريف اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار الدولي

لم تتفق التشريعات و القوانين المختلفة علي تعريف دقيق لاتفاق التحكيم، لكن المتفق علية أنه عقد رضائي يضمن استمرار مسار المهمة التحكيمية، و لا يصح اتفاق التحكيم إلّا إذا توافرت أركانه و تحققت شروطه.

بما أنّ التعريف الدّقيق لاتفاق التحكيم يؤدي إلى توضيح الرؤيا للمحكّمين عند التطرق للنزاع، لذا تطرقنا لمفهوم اتفاق التحكيم (المطلب الأول)، و على صور اتفاق التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي (المطلب الثاني)، و خصوصية اتفاق التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي (المطلب الثالث) .

المطلب الأول: تعريف اتفاق التحكيم

لم تتفق التشريعات والقوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية على تعريف دقيق للتحكيم، بحيث تطرقت بعض القوانين إلى صوره دون تعريفه وبعضها ربطت هذا التعريف بشروط صحته و يعتبر اتفاق التحكيم عقدا رضائيا، وتتجلى أهميته في تحديد مضمون الاتفاق للمحكّمين عند معالجتهم لنزاع ما.

فأي تحكيم يستمد مصدره من الاتفاق الذي يعتبر في نظر القانون الدولي معاهدة دولية، تشكّل عملا قانونيا ملزما للأطراف.[1]

الفرع الأول: التعريف الفقهي

يذهب بعض الفقهاء إلى تعريف اتفاق التحكيم على الشكل الآتي:

[1]- د. سيف الدين محمد البلعاوي، التحكيم الدولي، النظرية و التطبيق، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية و السياسية، العدد رقم 2 لشهر مارس 1989، جامعة الجزائر 1989، ص425

" اتفاق التحكيم هو اتفاق بين طرفين على الاتجاه إلى تحكيم لفض نزاعاتهما المحتملة أو الواقعة فعلا ويكون هذا كتابة، وقد يحدّد فيه الأطراف موضوع النزاع ومكان إجراء التحكيم وأسماء المحكّمين و كذا قانون الواجب التطبيق"[1].

الفرع الثاني: التعريف في ظل الاتفاقيات الدولية

أمّا في القانون الاتفاقي، فقد جاء في معظم الاتفاقيات على التعريف الذي ورد في المادة السابعة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985 في الفقرة الأولى "اتفاق التحكيم، هو اتفاق بين طرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محدّدة، سواء كانت هذه العلاقة تعاقدية أم غير تعاقدية ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل"[2].

و جاء في قانون الاتفاق الثنائي في المادة السابعة من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و ليبيا حول تشجيع الاستثمار. "إذا لم تتم تسوية النزاع ودّيا في مدة ستة أشهر اعتبارا من الإشعار الكتابي لهذا النزاع، يتم عرضه بطلب من المستثمر إمّا على السلطة القضائية المختصة التابعة للطرف المتعاقد المعني بهذا النزاع أو التحكيم الدولي الذي يكرّس اختيار أحد الإجراءين نهائيا"[3].

الفرع الثالث: التعريف في القانون الجزائري والمقارن

وعرّف المشرع الجزائري اتفاق التحكيم في المادة 1011 من ق إ م ا (الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض سبق نشوؤه على التحكيم)، يعني هذا قبول الأطراف عرض نزاع نشأ بينهما على التحكيم. و المقصود بذلك الاتفاق المسبق بين الأطراف على اللجوء الى التحكيم.[4]

أمّا المشرّع المصري فقد عرّفه كما يلي: "اتفاق التحكيم هو اتفاق بين طرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية"[5].

---

[1]– عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر،1995 ، ص27.

[2]– انشات الجمعية العامة لأمم المتحدة بموجب اللائحة رقم 2205 المؤرخة في 17 ديسمبر 1966 لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وقد اعتمدت هذه اللجنة القانون النموذجي لتحكيم التجاري الدولي في 21 جوان 1985 و قامت بتعديله في 7 جوان 2006.
http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/ml-arb/07-86996_Ebook.pdf

[3]– اتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجماهرية الليبية، بشأن تشجيع وحماية وضمان الاستثمار، الموقع في سرت بتاريخ 6 اوت 2001، المصادق عليه بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 03-2010، المؤرخ في 5 ماي سنة 2003 ، الجريدة الرسمية، العدد 33، صادرة بتاريخ 11 ماي 2003.

[4]– أ. سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الجزء الثاني ، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2011

[5] – أسامة محمد شتات، قانون المرافعات والتحكيم، في المواد المدنية والتجارية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2003، ص182.

من خلال هذه التعريفات أصبحت جميع الاتفاقيات أو القوانين تستعمل مصطلحات تدل على اختصاص التحكيم في المنازعات السابقة أو اللاحقة لإبرام عقد، ومعظمها تستمد روح نصوصها من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (CNUDCI) سنة 1985 و عدّلته سنة 2006 حيث انتشرت انتشارا واسعا على مستوى التحكيم الدولي[1].

المطلب الثاني: صور اتفاق التحكيم

للاتفاق على التحكيم في منازعات الاستثمار ثلاثة صور هي: شرط التحكيم ومشارطة التحكيم وشرط التحكيم بالإحالة.

و أيّا كانت الصورة التي يأخذها الاتفاق على التحكيم في عقود الاستثمار الدولي، فإنّه من غير المتصور أن يجري التحكيم أو يتم دون وجود هذا الاتفاق، و بالتالي لا بد من معرفة هذه الصور.

الفرع الأول: شرط التحكيم

هو ذلك الشرط الذي يرد في العقد الأصلي والمتّفق عليه من طرف الأطراف قبل نشوء النزاع باللجوء إلى التحكيم.

1- في القانون الجزائري:

يقصد بشرط التحكيم هو ذلك الشرط الذي يرد ضمن عقد الاستثمار المبرم بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي الذي تتعهد بمقتضاه الأطراف قبل نشوء النزاع باللجوء إلى التحكيم لتسوية ما قد يثور بينهم من منازعات مستقبلا بشأن هذا العقد فالعبرة هي إذا بلحظة إبرام اتفاق التحكيم فإذا جاءت هذه اللحظة قبل نشوء النزاع فذلك هو شرط التحكيم و من خلال نص المادة 1007من ق إ م و إ (شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم به بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006اعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم) ،فهذا الاتفاق ليس مستقلا عن عقد الأطراف الأصلي وإنما يندرج ضمنه في شكل بند يذكر فيه صراحة أنه في حالة نشوء نزاع بينهم يعرض على التحكيم للفصل فيه، حسب المادة 1008 من ق ا م ا ج (يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها).

يجب أن يتضمن شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، تعيين المحكّم أو المحكّمين أو تحديد كيفيات تعيينهم.

[1]–مانع جمال عبد الناصر، الاتفاقيات الدولية كمصدر لقواعد التحكيم التجاري الدولي، مجلة العلوم القانونية، العدد 13، جامعة باجي مختار، عنابة،2009، ص18.

و يتعين إثبات شرط التحكيم كتابة تحت طائلة البطلان سواء كان ضمن العقد الأصلي أو ضمن الوثيقة التي يستند إليها, وتحت طائلة البطلان كذلك يتعين أن يتضمن شرط التحكيم تعيين المحكّم إن كان فردا أو المحكّمين إن كانوا مجموعة أو تحديد طريقة و كيفية تعيينهم, و إذا صدر حكم هيئة التحكيم في الخارج فإنّه لا ينفّذ في الداخل إلّا بالطريقة التي تنفّذ بها الأحكام الأجنبية و في العادة ما يحيل شرط التحكيم إلى الإجراءات السارية لدى منظمة دولية للتحكيم على سبيل المثال محكمة الغرفة التجارية الدولية بباريس و يحدد نظام هذه المحكمة كيفية عرض الأمر على التحكيم و كيفية اختيار المحكّمين و كيفية سماع دفاع الطرفين واصدار الحكم في النزاع ،ولقد أكّد استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي في المادة 1040 ق ام ا ج(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.

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

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

2- في القوانين المقارنة:

عرّف المشرّع المصري شرط التحكيم في الفقرة الثالثة من المادة العاشرة (يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء كان مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بين الطرفين).

والمادة27 لسنة1994 كرّست مبدأ استقلالية شرط التحكيم، وكذلك القانون الأردني رقم31 لسنة 2001 المادة 22، و قد كرّست الكثير من الاتفاقيات هذا المبدأ منها الاتفاقية الأوروبية لعام 1961 في المادة الخامسة، الفقرة الثالثة و اتفاقية واشنطن 1965 المادة 1/41، وكذلك نظام الغرفة التجارة العربية الأوروبية قد أخذت بالمبدأ المذكور سالفا[1].

3- شروط صحة اتفاق التحكيم:

سوف نقوم بتلخيص شروط صحة اتفاق التحكيم في النقاط التالية:

ا- **الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم في القانون الجزائري:** حددته المادة 1008 من ق ا م ا (يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة فب الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند اليها).

أمّا المادة 1011 من ق ا م ا فتنصّ على (يحصل اتفاق التحكيم كتابيا).

[1]- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة، 2012، ص 52-53.

ب- **الشروط الموضوعية لصحة قانون التحكيم في القانون الجزائري** فتتمثل فيما يلي:

- القانون الذي اتفق علية الأطراف.
- القانون الذي ينظم قانون النزاع.
- القانون الذي يراه المحكم مناسبا.
- في جميع الحالات اشترط لصحة اتفاق التحكيم توافر أركان العقد.
- التراضي : و هو تلاقي ارادتي الطرفين على اتخاذ التحكيم وسيلة لفظ النزاعات الناشئة.
- أهلية أطراف اتفاق التحكيم: اشترط المشرع الجزائري أهلية التصرف و ليس أهلية الالتزام أو التقاضي، فمن بلغ سن الرشد و لا يشوب ارادته أي عيب من عيوب الرضا يستطيع أن يطلب التحكيم، أما الأشخاص المعنوية العامة فلا يجوز أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في اطار الصفقات العمومية.
- المحل في اتفاق التحكيم: لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص أو أهليتهم.
- شرعية سبب (سبب قيام المشروع).[1]

4- شروط صحة اتفاق التحكيم في الاتفاقيات الدولية:

اختلفت الاتفاقيات الدولية حول شرط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم، فمنها من اعتبر عدم وجود لكتابة يؤدي الى البطلان المطلق للاتفاقية، و بعضها الاخر اعتبرته شرطا للإثبات.

نصّت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المراد بالاتفاقية الكتابية، هو الشرط المدرج في اتفاق التحكيم الموقع من الأطراف أو متضمن في رسائل أو برقيات متبادلة.

فيتجلى من خلال هذا النص الغموض الذي ذكرناه سابقا.

و تشترط اتفاقية واشنطن لسنة 1965 الكتابة في الاتفاقية عند اللجوء للمركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى (CIRDI).

جاء في المادة 36 في الاتفاقية:[2]

1-الدولة المتعاقدة أو أحد رعايا دولة متعاقدة الذي يرغب في الالتجاء الى طريق التحكيم، يتعين عليه أن يقدم طلبا كتابيا لهذا الغرض الى السكرتير العام.

2-يجب أن يشمل الطلب على بيانات تتعلق بموضوع النزاع و هوية الأطراف و موافقتهم على تقديمه للتحكيم طبقا للائحة الإجراءات المتعلقة بطرح المنازعات على التوفيق و التحكيم.

[1]- المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08/09.
[2]- المادة 36 من اتفاقية واشنطن، بتاريخ 18مارس 1965.

الفرع الثاني: مشارطة التحكيم

هو ذلك الاتفاق الذي تبرمه الأطراف بعد قيام النزاع باللجوء إلى التحكيم و يتضمّن موضوع النزاع و أسماء المحكّمين ومكان اجراءات التحكيم و القانون الذي يطبّقه المحكّمون.

1- في القانون الجزائري:

أشار المشرّع الجزائري إلى مشارطة التحكيم في المادة 1040 من ق ا م ا ج على أنّه: «تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية...." ويعنى بالمستقبلية مشارطة التحكيم، و لابدّ أن يكون مجسّدا في عقد مكتوب وباعتباره عقدا لاحقا و مستقلا عن العقد الأصلي، فلابدّ أن تتوفر فيه الشروط العامة في العقود من رضا خال من العيوب و محل وسبب مشروعين كون شروط العقد الأصلي لا تنصرف إليه باعتباره منفصلا عنه، و على غرار شرط التحكيم فإنّ اتفاق التحكيم لابدّ أن يتضمّن تحت طائلة البطلان موضوع النزاع و أسماء المحكّمين أو كيفية تعيينهم. وهذا ما حدّدته الفقرة الثانية من المادة 1012 من ق ا م ا ج (يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا.

يجب أن يتضمّن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم إذا رفض المحكم المعيّن القيام بالمهمة المسندة إليه، يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصّة) و تجدر الإشارة إلى جواز اتفاق الأطراف على التحكيم و لو أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية بشأن العقد الذي يربطهما طبقا لأحكام المادة 1013من ق إ م إ ج يجوز للأطراف الاتفاق على التحكيم، حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية.[1]

ومن جانب آخر يتعين الإشارة إلى أنّ الاتفاق على التحكيم ينشأ عنه التزام عدم اللّجوء إلى القضاء، غير أنه و تماشيا مع مبدأ سلطان الإرادة فإن الأطراف بإمكانهم التخلص من هذا الالتزام و التخلي عن التحكيم باللّجوء إلى القضاء بدلا عنه لحل النزاع، و يتم ذلك عادة بعدم دفع المدّعى عليه بوجود اتفاق التحكيم سواء ضمنا أو صراحة، أمّا إذا دفع المدّعى عليه بوجود اتفاق سابق على التحكيم فإنّ دفعه لا يكيف على أنه دفع بعدم الاختصاص النوعي للقضاء طالما أنّ هذا الأخير يظل مختصا بنظر النزاع في حالة عدول الأطراف على طرح نزاعهم على التحكيم، بل إنّه ليس للقاضي الحكم تلقائيا بعدم اختصاصه بالفصل في نزاع تمّ الاتفاق بشأنه على التحكيم و إلّا سيكون ناكرا للعدالة، و ليس ذلك لكون مرفق القضاء هو الميدان الأصلي لحل النزاعات وأنّ التحكيم مجرد طريق بديل استثنائي عنه، بل وكذلك لعدم تعلّق هذا النوع من الاختصاص بالنظام العام و إثارته و التمسّك به يكون من قبل صاحب المصلحة فقط كما أنّ دفع المدّعى عليه لا يمكن تكييفه على أنّه دفع بالبطلان طالما أنّ البطلان، لابدّ وأن يقرّر بنصّ صريح، ومن ثمّ لم يبق لدفع المدّعى عليه إلّا أن يكيّف على أنّه

[1]- المواد 1040، 1012، 1013 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق

دفع بعدم القبول لانعدام الحق في التقاضي في ظل وجود قيد على اللّجوء إلى القضاء و الذي يتمثل في اتفاق التحكيم و ذلك تماشيا و أحكام المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص صراحة على أنّ (الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي كانعدام الصفة و انعدام المصلحة و التقادم و انقضاء الأجل المسقط و حجّية الشيء المقضي فيه و ذلك دون النظر في موضوع النزاع) و هو النص المستحدث فقط ضمن القانون الجديد.

2- في القوانين المقارنة

عالج المشرّع المصري مشارطة التحكيم في الفقرة الثانية من المادة 10 من قانون التحكيم حيث نصّ على (كما يجوز أن يتمّ اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع، و لو كانت أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية).

فقد أجازت معظم التشريعات بجواز اللّجوء للتحكيم عن طريق إبرام مشارطة التحكيم; فالمشرّع الأردني في المادة 11 من قانون التحكيم الأردني رقم31 لسنة 2001 نصّ على ما يلي (كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع و لو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى قضائية، و يجب في هذه الحالة أن يحدّد موضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم تحديدا دقيقا وإلّا كان الاتفاق باطلا).

كما أخذت الاتفاقيات الدولية بأسلوب مشارطة التحكيم وخاصة في مجال الاستثمارات الأجنبية سواء كانت بين شخص عام و آخر خاص، غالبا ما يتخذ شرط التحكيم وارد في عقد الاستثمار ذاته، و الذي يضمن للمستثمر سرعة تحريك الدعوى أمام جهة التحكيم[1].

الفرع الثالث: شرط التحكيم بالإحالة

يعتبر شرط التحكيم بالإحالة من الصور المعاصرة لاتفاق التحكيم، و الغرض في هذه الصورة أنّ العقد الأصلي المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرطا صريحا للتحكيم، بل اكتفى الأطراف بالإشارة أو بلا حالة إلى عقد سابق بينهم أو إلى عقد نموذجي و ذلك لتحمّله النقص أو بسد الثغرات التي تعتري عقدهم, و كان ذلك العقد النمطي من بين بنوده، بندا أو شرطا يقضي بتسوية المنازعات التي تنشأ عنه بواسطة التحكيم، وفي هذه الحالة يستجيب أثر هذا السند أو الشرط إلى العقد الأصلي و يلتزم الأطراف به بحيث يتم تسوية المنازعات الناشئة عن العقد التي تضمن الإحالة عن طريق التحكيم .

وقد نصّ قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 على شرط التحكيم بالإحالة في المادة 10 فقرة (ب) و هو حكم منقول عن عجز الفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985 و التي جاء فيها و تعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط

[1]- نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، ط 96، دار النهضة العربية، 1996، ص 221.

تحكيم بمثابة اتفاق تحكيم شريطة أن يكون العقد مكتوبا و أن تكون الإشارة قد وردت فيه بحيث تجعل ذلك الشرط جزء من العقد.

و كذلك القانون المصري رقم (27) 1994 الذي نصّ في الفقرة الثالثة من المادة العاشرة على أنّه:(و يعتبر اتفاقا على التحكيم كل إجابة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن التحكيم إذا كانت الإجابة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزء من العقد).

غير أنه لا يجب "على كل حال" الاعتراف بصحّة الاحالة بصورة مطلقة بل لابدّ من مراعاة عدّة أمور منها أن يكون العقد الوارد بها لإحالة أي العقد الأصلي القائم بين الأطراف مكتوبا[1].

المطلب الثالث: خصوصية اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار

نجد في أغلب اتفاقيات الاستثمار الثنائية ومتعددة الأطراف نصوص وملاحق خاصة بتسوية النزاعات، تحوي شرط اللّجوء للتحكيم بعد فشل المفاوضات بين الطرفين، ومنها من تضع إجراءات أولية إجبارية قبل مباشرة إجراءات التحكيم، ومنها من ربط ذلك بمدة زمنية معينة، وكثيرا ما تحيل بنود التحكيم هذه المنازعات إلى الهيئات والمراكز الدولية، خاصة المركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، حيث تضع هذه الهيئات شروطا ترتبط بالمستثمر وأخرى تتعلق بالاستثمار يجب توافرها حتى يقبل طلب التحكيم.

-شروط اللّجوء إلى التحكيم في الاتفاقيات ذات العلاقة بالاستثمار تحدّد الاتفاقيات الثنائية ومتعددة الأطراف الخاصة بتشجيع وحماية الاستثمار نظامها القانوني من مراحل تأسيس أو إنشاء المشروع الاستثماري إلى غاية إنهائه أو تصنيفه في سياق السياسة العامة المرتكزة على خيار تشجيع الاستثمار الأجنبي الذي تبنّته غالبية الدول.

عادة ما تبدأ الاتفاقيات بوضع تعاريف لبعض المصطلحات الواردة في نصوصها مثل "مستثمر"، "الاستثمار"،"الإقليم"،"المداخيل"، ثم تعمل على تحديد نطاق تطبيقها من حيث الأشخاص ومن حيث الاستثمارات، تراعي قدر الإمكان ضمان معاملة ممتازة وحماية كافية من كل المخاطر غير التجارية للاستثمار في إطار الحماية والضمانات الواردة في مختلف الاتفاقيات، يأخذ التحكيم التجاري الدولي موقعا متميزا، كوسيلة فعالة ومحايدة لفض النزاعات المحتمل نشوبها بين الأطراف المعنية[2].

[1]- لزهر بن سعيد المرجع السابق، ص55-56.

[2]-علي حسن ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الدولية الخاصة في الدول النامية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية حقوق جامعة القاهرة، مصر، ص،74 .

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بأطراف النزاع

تكون الاستثمارات الأجنبية في إطار الاتفاقيات الدولية الثنائية او المتعددة محمية، إلّا إذا كانت تحت سلطة الأشخاص الطبيعية أو المعنوية التابعة لأحد أطراف المتعاقدة. لذلك يجب تحديد القواعد التي تبين أطراف النزاع في أي خصومة تحكيمية.

1- المستثمر الأجنبي:

المقصود بالاتفاقيات ذات العلاقة بالاستثمار، الاتفاقيات الثنائية للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات والاتفاقيات متعددة الأطراف سواء تعلقت بحماية الاستثمار أو ضمان الاستثمار أو حل المنازعات المتعلقة بالاستثمار.

تشكّل اتفاقيات الاستثمار ثنائية الإطار التي تحدّد بطريقة حقيقية ودقيقة، العلاقات الاقتصادية بين الدولتين المتعاقدتين، حيث تعتني هذه الاتفاقيات بتنظيم المركز القانوني لرعايا كل دولة متعاقدة في إقليم الدولة الأخرى من خلال تحديد جنسيتهم، وقد اتبعت الاتفاقيات أسلوب التمييز بين الشخص الطبيعي و الشخص المعنوي.

ا-الشخص الطبيعي:

أخذت معظم الاتفاقيات معيار الجنسية لتعريف المستثمر الفرد المشمول بالحماية و التشجيع مع الإحالة إلى القوانين الداخلية للدول المتعاقدة و هي بذلك لم تخرج عن القواعد العامة المعمول بها دوليا التي تدخل مسائل الجنسية ضمن الاختصاص الوطني المانع، فلا يجوز أن تمنح جنسية الدولة إلّا من طرف الدولة.

من خلال اطّلاعنا على الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع مختلف الدول (العربية، الأوروبية، الأسيوية، الأمريكية)، لاحظنا بعض الاختلافات في المصطلحات المستعملة للتعبير عن رعايا الدول المتعاقدة، فقد جاء في بعض الاتفاقيات عبارة "تشير كلمة مواطن" إلى كل شخص طبيعي يتمتع بجنسية أحد الطرفين المتعاقدين، حيث استعمل مصطلح مواطن ثم عرّف على أساس الجنسية.

ورد هذا التعريف في عدة اتفاقيات منها على سبيل المثال: الاتفاقية المبرمة بين الجزائر واليمن، والاتفاقية المبرمة بين الجزائر و جمهورية التشيك.

كما أشارت اتفاقيات أخرى إلى معيار "جنسية أحد الطرفين المتعاقدين بمقتضي قانون هذا الأخير "لكن بعض الاتفاقيات تميزت بخصوصية في تعريف المستثمر، حيث جاء في المادة الأولى من الاتفاقية الجزائرية الأردنية تعني كلمة مستثمر" أي شخص طبيعي يحمل جنسية طرف متعاقد أو إقامة دائمة فيه وفق قوانينه".[1]

[1]- علي حسين محمد، مرجع سابق، ص74

أمّا الاتفاقية الجزائرية الماليزية فقدت نصّت المادة الأولى منها: "تعني عبارة "مستثمر" بالنسبة لكل طرف متعاقد كل شخص طبيعي يملك طبقا لقوانينه: جنسية الجمهورية الجزائرية الديمقراطية"[1].

ب- الشخص المعنوي:

عرّفت اتفاقيات الاستثمار الثنائية المستثمر بأنّه الشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي الذي يقيم استثمارا على إقليم إحدى الدولتين المتعاقدتين، وفق الشروط القانونية التي حدّدتها الاتفاقية، وعرّفه المشرّع الجزائري في المادتين 49و50 من القانون المدني(المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري-الشركات المدنية و التجارية- الجمعيات والمؤسسات- الوقف، كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال يمنحها القانون شخصية قانونية و تكون له ذمة مالية، وأهلية في الحدود التي يعيّنها عقد انشائها أو التي يقرّرها القانون، والموطن وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته).

توسّعت هذه الاتفاقيات في مفهوم الشخص المعنوي، فلم تقتصر على الشركات فقط بل امتدّت إلى الجمعيات والمؤسسات وكيانات قانونية أخرى، فاعتبرت بعض الاتفاقيات أنّ المقصود "بالمستثمر" شركات طرف متعاقد و تتمثل في أي شخص اعتباري أو هيئة أو شركة أو جمعية مؤسسة أو منشأة وفقا لقانون هذا الطرف المتعاقد، وهو التعريف الذي أوردته الاتفاقية الجزائرية-الجنوب افريقية و غيرها من الاتفاقيات الثنائية[2].

استعملت بعض الاتفاقيات مصطلح "الكيان القانوني "كتعريف للشخص الاعتباري. مثل ما جاء في المادّة الأولى من الاتفاقية الجزائرية الكورية تعني عبارة " شخص اعتباري" بالنسبة لكل طرف متعاقد كل كيان تأسّس طبقا لقوانينه ومعترف به كشخص اعتباري، كالمؤسسات العمومية والشركات وجمعيات الشركات"[3].

كذلك اعتبرت الاتفاقية الجزائرية السويسرية مستثمرا: «الكيانات القانونية بما فيها الشركات و الشركات المسجّلة و شركات الأشخاص أو منظمات أخرى مشكّلة أو منظّمة بأي طريقة أخرى طبقا لتشريع هذا الطرف المتعاقد و التي لها مقرها في نفس الوقت نشاطات اقتصادية حقيقية على إقليم نفس الطرف المتعاقد و لكنها مراقبة فعلا من طرف اشخاص طبيعيين أو كيانات قانونية متمثلة في أشخاص طبيعيين أو معنويين تابعين للدولة المتعاقدة"[4]. حاولت جميع الاتفاقيات الثنائية إدخال أكبر عدد ممكن من الاشخاص المعنوية في نطاق تطبيقها حتّى تحقّق الأهداف الاقتصادية التّي تسعى إلى إدراكها، و كل الكيانات القانونية المشار إليها يحقّ لها أن تكون طرفا في المنازعات التحكيمية ضد الدولة المضيفة للاستثمار، و أن تؤسّس دعواها على اتفاقيات الاستثمار.

---

[1]- علي حسين ملحم، المرجع السابق، ص74.

[2]-الاتفاق بين حكومة الجزائر وحكومة جنوب افريقيا، جريدة الرسمية، عدد 41، صادرة بتاريخ 29جويلية 2001.

[3]- الاتفاق بين حكومة الجزائر وحكومة كوريا الجريدة الرسمية، العدد 40، صادرة بتاريخ 25جويلية 2001.

[4]- الاتفاق بين حكومة الجزائر والمجلس الفدرالي السويسري، الجريدة الرسمية، العدد 45، صادرة بتاريخ 29 جوان 2005.

ورد تعريف المستثمر كطرف في المنازعة التحكيمية، في بعض الاتفاقيات الجماعية المتعلقة بحماية الاستثمارات، كما تطرقت إليه اتفاقية واشنطن لسنة 1965 على اعتباره رعية من رعايا الدول المتعاقدة كما نجده في بعض الاتفاقيات الأخرى.

2- الدول كطرف في المنازعة التحكيمية المتعلقة بالاستثمار:

أوضحت اتفاقيات الثنائية والمتعددة بأن الدولة المتعاقدة طرفا أساسيا في نزعات الاستثمار، بحيث اعتبره الفقه و القضاء هذه الاتفاقيات التي تبرمها الدول تنازلا منها على حصانتها القضائية لكن هذا التنازل يجب ألّا يشمل الأموال العامة، بل يجب ان يقتصر على الأموال الخاصة المتعلقة بالأهداف التجارية فقط.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بموضوع نزاع الاستثمار

لكي تقبل الدعوى التحكيمية المؤسّسة على اتفاق الاستثمار بين الدولة المستثمرة و الدولة المضيفة لاستثماره أمام الهيئة التحكيمية لمفهوم "الاستثمار" المنصوص عليه في الاتفاقية (أ) وأن تكون المنازعة ذات طابع قانوني ولا تكون ذات طابع سياسي (ب).

أولا: مفهوم الاستثمار المشمول بالحماية.

أعطت الجزائر مفهوما واسعا للاستثمار والمستثمرين في قانونها الداخلي، حيث تنصّ المادة الثانية من الأمر 01 -03 المتعلّق بتطوير الاستثمار المعدّل والمتمّم.[1]

1-اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، أو توسيع قدرات الإنتاج أو إعادة التأهيل أو إعادة الهيكلة.

2-المساهمة في رأسمال المؤسسة في شكل مساهمات نقدية أو عينية.

3-إستعادة النشاطات في إطار خوصصة جزئية أو كلية، كذلك عرّف الاستثمار في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية وتشجيع الاستثمارات، بهدف التقليل من المنازعات الدولية.

ثانيا: طبيعة المنازعة التحكيمية الخاصة بالاستثمار.

نصّت اتفاقية واشنطن لسنة 1965 في المادة 25 على امتداد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة واحد و رعايا دولة أخرى، لكن الاتفاقية لم تفسّر عبارة النزاعات القانونية وهذا ما أثار إشكالا في بعض القضايا التحكيمية.

[1]- أمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر عدد 47 الصادرة بتاريخ 22 أوت 2001، موافق عليه بمقتضى القانون رقم 01-16 المؤرخ في 21 أكتوبر 2001، ج ر العدد 62 الصادرة بتاريخ 24 أكتوبر 2001.

ولتسوية الخلاف اشتركت الاتفاقيات في تحديد موضوع النزاع وموافقة الأطراف على إحالته على هيئة تحكيمية[1].

الفرع الثالث: الشروط السابقة للجوء إلى التحكيم في اتفاقيات الاستثمار.

اشترطت الاتفاقيات الدولية قبل الاتجاه الى التحكيم القيام بما يلي:

1- محاولة الحل الودي.

عن طريق المفاوضات[2]، المشاورات[3]، الحل الدبلوماسي[4].

2- اللّجوء إلى قضاء الدولة المضيفة للاستثمار.

في حالة فشل الحل الودي، أتاحت معظم الاتفاقيات الفرصة للمستثمر الأجنبي لعرض نزاعه على الدولة المضيفة إذا رغبت في ذلك دون أن تحدّد له شروط مسبقة، إلّا أنّ هناك اتفاقيات كالاتفاقية الجزائرية –السورية حصرت الحالات التي يمكن من خلالها اللّجوء إلى القضاء الداخلي وجاءت في المادة 6 من الاتفاقية.

–عدم اتفاق الطرفين على اللّجوء إلى التوفيق.

–عدم تمكن الموفّق من اصدار تقريره في المدّة المحدّدة.

وأهملت بعض الاتفاقيات الحل القضائي وذهبت مباشرة إلى الحل التحيكمي.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق في عقود الاستثمار الدولي

تتمتع مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي بأهمية كبيرة، ذلك أنّ اتفاق التحكيم شأن سائر العقود يجب إسناده إلى قانون معين يحكم شروط انعقاده وصحته ونفاذه.

ويعرّف القانون الواجب تطبيقه بأنّه: مجموعة القواعد القانونية التي تصل المحكمة إلى أنها المناسبة للتطبيق على النزاع.

---

[1]– بلقاسم احمد، التحكيم الدولي، ط2، دار هومة، الجزائر،2006، ص185.

[2]– المادة 6 من الاتفاق الرامي الى تشجيع الاستثمارات بين الجزائر والولايات المتحدة الامريكية، الموقع في واشنطن في 22جوان1990، الجريدة الرسمية، العدد 45، الصادرة بتاريخ 24 أكتوبر 1990.

[3]– المادة 8 من الاتفاق بين حكومة الجزائرية وحكومة الصين الشعبية، المرقع في 20 أكتوبر 1996، الجريدة الرسمية، العدد، 77.

[4]– المادة9 من الاتفاق والبروتكول الإضافي بين الجزائر والحكومة الألمانية، الموقع بالجزائر سنة 1996، الجريدة الرسمية، العدد58، الصادرة في 8اكتوبر 2000.

فإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد هي ضابط الإنشاء الأصيل في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية وقانون الإرادة ليس بالضرورة أن يحكم جميع المسائل المتصلة بالعقد وعلى الأطراف ألّا تغفل على تحديد القانون الذي يحكم اتفاقهم لأن ذلك يثير خلافات كثيرة بينهم مستقبلا، ولمعالجة هذه المسائل قمنا بتوضيح موقف القانون الدولي من القانون الواجب التطبيق(المطلب الأول)،و موقف القانون الوطني و المقارن من القانون الواجب التطبيق (المطلب الثاني)، ونطاق القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم (المطلب الثالث).

المطلب الأول: موقف القانون الدولي من القانون الواجب التطبيق

أخذ معظم الفقهاء بقانون الإرادة المستقلة بحجة أنّه لا يمكن أن نتصور وجود أي اتفاق أو عقد له الزامية ذاتية، إذ لابد أن يرتبط بنظام قانوني يمدّه بقوته الملزمة وينظّم وجوده وصحته، واتفاق التحكيم سواء كان شرطا أو مشارطة لا ينبغي أن يعامل في إطار القانون الخاص معاملة مختلفة عن بقية العقود، أمّا الاتجاه الثاني فيرى تطبيق الدولة مقر التحكيم، مستندين على كون الإجراءات تخضع لقانون محل القاضي وأن مقر التحكيم ترتكز فيها العملية التحكيمية.

الفرع الأول: اتفاقية نيويورك 1958:

تطرّقت الاتفاقية في المادة (1/5) إلى مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم على أنه لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلّا إذا قدّم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على:

(أ) أنّ أطراف الاتفاق المنصوص عليهم في المادة الثانية كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو أنّ الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النصّ على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

(ب)أنّ الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن اعلاناً صحيحا بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه.

(ج) أنّ الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشارطة التحكيم أو في عقد التحكيم أو تجاوز حدودهما فيما قضي به، ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلا للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم غير المتفق على حلها بهذا الطريق.[1]

[1]- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار دراسة مقارنة في بعض الدول العربية و الجنبية و الاتفاقيات الدولية و خصوصية مركز واشنطن، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2014، عمان الأردن، ص 225

(د) أنّ تشكّل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو قانون البلد الذي تمّ فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

(هـ) أنّ الحكم لم يصبح ملزما للخصوم أو ألغته أو أوقفته الهيئة المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم.

يتّضح من نص الاتفاقية أن قانون الواجب التطبيق هو قانون إرادة، أي القانون الذي تخضع له سائر العقود ذات الطابع الدولي، و بالتالي تكون قد حسمت الخلاف بين أنصار نظرية خضوع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة و أنصار قانون مقر التحكيم، و تبقى الثانية كمصدر احتياطي.

الفرع الثاني: اتفاقية جنيف في 21 أفريل 1961

قد أخذت بالاتجاه السائد لدى الفقه وهو اختصار اتفاق التحكيم في قانون الإرادة وفي حالة تخلف الإرادة لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم غالبا ما يكون هو نفسه قانون الدولة التي يجرى على إقليمها التحكيم أي قانون مكان التحكيم.

إنّ هذا الحل قد تبنّاه القانون النموذجي الصادر في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري 1985 المادة (2/34)، فإن القانون النموذجي قد أخذ بقانون الإرادة أوّلا ثم أخذ بقانون الدولة التي صدر فيها الحكم.

الفرع الثالث: اتفاقية واشنطن لسنة 1965

أخذت الاتفاقية في المقام الأول بمبدأ سلطان الإرادة وفي المقام الثاني اختيار النظام القانوني لأي من الطرفين أو كليهما أو حتى قانون دولة ثالثة وعلاوة على ذلك يمكنهم الاتفاق على تطبيق المبادئ العامة للقانون أو بعض القواعد السائدة في نظام قانوني معين.

والنتيجة أنّ أغلبية الاتفاقيات الدولية قد أخذت بالاتجاه السائد وهو الخضوع لسلطان الإرادة، وفي حال عدم الاتفاق على قانون الإرادة، يتم الرجوع إلى قانون الدولة التي يتم فيها التحكيم على إقليمها[1].

المطلب الثاني: موقف القانون الجزائري و المقارن من القانون الواجب التطبيق

يعرّف القانون الواجب التطبيق بأنه مجموعة القواعد القانونية، التي يختارها الأطراف للتطبيق على النزاع عملا بمبدأ قانون الإرادة في العقود الدولية و يرى الاتجاه الثاني تطبيق قانون الدولة مقر التحكيم استنادا لمبدأ خضوع الإجراءات لمحل القاضي، إلّا أن هذا الرأي هجر استنادا إلى أنّ اتفاق التحكيم يبرم في مرحلة سابقة على

[1]- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص224-229.

تشكيل هيئة التحكيم و على تحديد مقر التحكيم، و بالتالي فإنّه يجب أن يعرف مقدّما القانون الذي يحكم الاتفاق.

الفرع الأول: موقف القانون الجزائري من القانون الواجب التطبيق

أمّا المشرع الجزائري فقد نصّ في المادة 1040 من ق إ م إ ج في القانون 08-09 [1]على أنه "تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشرط الذي يضعها إمّا القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظّم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما. كما تؤكد المادّة 1050 من نفس القانون السابق على جعل إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في المقام الأول، وفي غياب هذا الاختيار نفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة والتي نصّت على (تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة).

والملاحظ أنّ المشرع الجزائري كرّس مبدأ سلطان الإرادة أو القانون المنظّم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكّم ملائما أي استبعد قانون البلد أي أنّ المشرّع أعطى أكثر مرونة للتحكيم من أجل تحقيق غايته.

الفرع الثاني: موقف القوانين المقارنة من القانون الواجب التطبيق

لقد أخذت معظم القوانين الوطنية بقاعدة خضوع موضوع النزاع لقانون الإرادة، فنجد أنّ المادّة (1477) من قانون المرافعات الفرنسي تنص بأنّه "يتولى المحكم حل النزاع طبقا لقواعد القانون الذي اختارته الأطراف أو طبقا للقواعد التي يقدر ملاءمتها في حالة عدم اتفاقهم وفي جميع الأحوال بأخذ العادات التجارية في الحسبان" و يطابق هذا النص حكم الفقرة الثالثة من المادة (13) من نظام تحكيم غرفة التجارة. وهو نفس الحكم الذي تقضي به الفقرة الثالثة من المادة (1054) من قانون المرافعات الهولندي مع ذلك فإنّ هناك بعض التشريعات تضع قيودا على حرية الأطراف كقانون التحكيم الإسباني الصادر لسنة 1988.

"على أن يقضي المحكّمون طبقا للقانون الذي عينته الأطراف صراحة، بشرط أن تربطه صلة بالتعامل الأصلي أو بموضوع النزاع و إلّا طبقا للقانون واجب التطبيق على التعامل الذي أثار النزاع وأخيرا تطبيق القانون الأكثر ملاءمة".

وهناك فريق ثالث من هذه القوانين على سبيل المثال قانون التحكيم المصري رقم 27، سنة 1994 المادة 39 يعطى الأطراف الحرية الكاملة في اختيار أي قانون ليطبق على موضوع النزاع دون تقييد لإرادتهما.[2]

[1]- القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. (الجريدة الرسمية رقم 21 بتاريخ 23-04-2008 ص 3)

[2]- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 230- 231

المطلب الثالث: نطاق القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم

يسري القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم على كافة اجراءاته ويحدّد كيفية بدء خصومة التحكيم و تنظيم قواعد سير المرافعات و منها تقديم المستندات و سماع الشهود والخبرة و الإنابة و تنظيم حقوق الدفاع و مراعاة مبدأ المساواة و المواجهة و تشكيل هيئة التحكيم و رد المحكم و هذا ما استنتجناه من خلال ما جاء في لوائح مؤسسات التحكيم الدولية و قواعد الاونيسترال و القانون النموذجي الذي أعدّته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية.

و لقد حدّد المشرع الجزائري القانون الواجب التطبيق من زمن بداية إجراءات التحكيم الى غاية نهايته و باستقراء المادة 1015 و1018 من ق ا م ا ج تبدأ من تاريخ إعلان المحكمين قبول المهمة المسندة إليهم و تنتهي بصدور حكم التحكيم[1].

الفرع الأول: نطاق القانون الواجب التطبيق في القانون الجزائري

لقد أكدت المادة 1006 من ق إ م و إ ج على أنّ لكل شخص الحق في اللّجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق الحق في التصرف فيها وهذا كأصل عام و استثناء عنه أورد المشرّع بعض المسائل التي لا ينبغي أن تكون محلا للتحكيم و يتعلق الأمر بمسائل النظام العام و كمثال عنها النزاع بشأن فوائد القروض بين الأفراد التي نصّ القانون المدني صراحة على بطلانها المطلق بموجب أحكام المادة 454 منه كما استثنى المشروع المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم لاسيما ما تعلق منها بالنزاع حول الزواج و الطلاق و النفقة و الحضانة و الحقوق المتعلقة بالإرث و المسكن و الملبس و الجنسية والحالة المدنية و غيرها , هذا عن الأشخاص الطبيعية و كذا الأشخاص المعنوية الاقتصادية.

أمّا الأشخاص المعنوية العامّة و المقصود بها الدولة و الولاية و البلدية و المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية التي عدّدتها أحكام المادة 800 ق إ م و إ فإنها تطلب التحكيم و تلجأ إليه فقط فيما تعلق بعلاقاتها الاقتصادية الدولية أو في اطار الصفقات العمومية طبقا للفقرة الثانية من المادة 1006 ق إ م و إ وتماشيا و أحكام المادة 975 من ذات القانون علما و أن أحكام التحكيم بشأنها الواردة بالكتاب الخامس من ق إ م و إ تطبق أمام جهات القضاء الإداري و ليس القضاء العادي ,كما أنّ التحكيم المتعلق بالدولة يتم اللجوء إليه بمبادرة على التوالي من طرف الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي وعند تعلق الأمر بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية فإنّ المبادرة إلى التحكيم يتّخذها ممثّلها , أو ممثّل السلطة الوصية التي يتبعها.

[1] د. لزهر بن سعيد ، التحكيم التجاري الدولي المرجع السابق ص 270/271

و ما تجدر الإشارة إليه أنّ القانون 02/90 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل قد نصّ على التحكيم من خلال مادّته 13 التي أكّدت على أنّه في حالة اتفاق الأطراف على عرض خلافهما على التحكيم، تطبّق المواد من 1006 إلى 1042 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد[1].

في جميع الحالات يشترط لصحة التحكيم التراضي و أهلية الأطراف و مشروعية المحل حسب المادة 1006من ق ا م ا، لا يجوز التحكيم في مسائل النظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم حتى الاتفاقيات الدولية لم تجز الاعتراف باتفاقيات التحكيم إذا كان موضوعها يمس بالنظام العام، كما يشترط لصحة التحكيم مشروعية السبب عندما يكون الهدف منه تضييع الوقت أو التهرّب من القانون الواجب التطبيق في حالة اللّجوء إلى التحكيم.

قضت محكمة الاستئناف الفرنسية (الغرفة التجارية) بتاريخ 30 أكتوبر 1989 في قضية بين مؤسسة فرنسية تسمّى (CSEE) ضد القرض البنك الفرنسي(BNP) والقرض الشعبي الجزائري (CPA) حيث أبرمت الشركة عقدا مع ولايتي الجزائر والبويرة من أجل انشاء ثانويتين و سكنات وظيفية، ووقّعت اتفاقا مع البنكين المذكورين بحيث تضع الشركة مبلغا من المال في البنك الفرنسي يدفعه بدوره للبنك الجزائري عند عدم الوفاء بالتزاماتها.

عندما أخلّت الشركة بالتزاماتها رفعت دعوى استعجالية لوقف تحويل الأموال واعترضت على القضاء الفرنسي على أساس أنها أخطرت هيئة تحكيمية.

رفض الطلب الاستعجالي فاستأنفت ثم رفض الاستئناف.

باعتبار أنّ القضاء الفرنسي هو المختص لعدم وجود شرط تحكيمي أدّى الى رفض الهيئة التحكيمية و أنّ الإخطار كان غشّا و تهرّبا من المسؤولية[2].

الفرع الثاني: نطاق القانون الواجب التطبيق في القوانين المقارنة

هنالك العديد من القوانين الوطنية التي أجازت للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة بالأهلية لإبرام اتفاقات التحكيم وبصفة خاصة في مجال المعاملات الدولية الخاصة، وقد أقرت بذلك معظم قوانين الدول الأوروبية مثل إسبانيا، الدنمارك، السويد، النرويج، فنلندا و إيطاليا كما تضمّنت العديد من القوانين الاستثمار في العديد من الدول نصوصا صريحة بشأن التحكيم و بمقتضاها يتم حسم المنازعات التي يمكن أن تثور بين الدولة و الأشخاص العامة من ناحية و المستثمر الأجنبي من ناحية أخرى.

[1]– نورة حليمة، التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماستر تخصص إدارة أعمال، جامعة خميس مليانة،2014، ص7.

[2]– نورة حليمة، المرجع السابق، ص8.

كما قامت العديد من الدول العربية بتعديل قوانينها الوطنية من أجل الاعتراف صراحة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة بالأهلية لإبرام اتفاقات التحكيم.

ففي جمهورية مصر العربية، قام المشرّع بإدخال تعديل على قانون التحكيم رقم 27 لعام 1994 بموجب القانون رقم 9 لسنة 1997 وذلك بإضافة فقرة ثانية للمادّة الأولى حيث جاء نصها على النحو التالي (في جميع الحالات يجوز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وذلك بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، و لا يجوز التفويض في ذلك، و تعتمد الجهة الإدارية الإنفاق وضبطه تحقيقا للصالح العام بهدف تشجيع الاستثمار ودفع عجلة التنمية لكي تحقق أهدافها[1].

الفرع الثالث: نموذج عن التحكيم الدولي

أولا: قضية سد أسردون لولاية البويرة الجزائر

بعدما طرحت المسائل القانونية أمام الهيئة التحكيمية التي تصدّت بدورها للقضية بالاتفاقية الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمارات بين الجزائر وإيطاليا بتاريخ 1992/9/14، أعلنت وزارة التجهيز الجزائرية ممثّلة في الوكالة الوطنية للسدود (ANB)عن مناقصة لإنجاز سدّ كدية أسردون بتاريخ 1994/11/24 أبرمت المؤسستان الإيطاليتان اتفاقا لتأسيس مجمّع لغرض تنفيذ مشترك للمشروع في حالة الفوز بالمناقصة.

بتاريخ 1993/12/30 أعطت السلطات الجزائرية الأمر بالتنفيذ للشركة الإيطالية (LESI)التي فازت بالمناقصة.

بتاريخ 13أفريل 1993 تمّ ابلاغ الوكالة الوطنية للسدود كتابيا لتأسيس المجمّع.

عند شروع المؤسسة الإيطالية بالتنفيذ ظهرت عدّة عراقيل تتعلق بالمسائل الأمنية، كما أنّ الوكالة الجزائرية للسدود (ANB) اقترحت تغيير طريقة بناء السّد، فلم يتفق الطرفان على ذلك ممّا دفع بالطرف الجزائري الى فسخ العقد بسبب قوّة قاهرة، كون البنك الافريقي للتنمية (BAD)المموّل للمشروع قد اشترط الإعلان على مناقصة جديدة من أجل مواصلة التمويل.

- تم تبليغ الطرف الإيطالي بتاريخ 14 أفريل2001.

عندئذ تقدّم الطرف الإيطالي بطلب تعويض مؤسّسا على المادة 566 من القانون المدني الجزائري مدعّما طلبه بملف كامل و مفصّل عن الأضرار التي لحقته جراء فسخ العقد و قدرت قيمتها ب115000,000$

[1]- خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص237-241.

ردّت وزارة الموارد المالية بتاريخ 15 جوان 2002 على طلب المؤسسة الإيطالية وطلبت منها التقرّب من الوكالة الوطنية للسدود (ANB) من أجل إيجاد حل ودّي.

لكن المفاوضات فشلت وأعلنت المؤسسة الإيطالية رفضها للعرض.

بتاريخ 03 فيفري 2003 قدّمت المؤسسة الإيطالية عريضة طلب التحكيم أمام المركز الدولي (CIRDI) ضد الجمهورية الجزائرية، وجّهتها إلى الأمين العام للمركز و تضمّنت كل البيانات المتعلقة بموضوع النزاع و هوية الأطراف و موافقتهم على تقديمه للتحكيم طبقا للوائح المركز، مثلما تنص عليه المادة 36 من اتفاقية تسوية خلافات الاستثمار الموقعة بواشنطن 1965.

أسّست ادعاءها على المادة الثامنة فقرة (ب) من الاتفاق المبرم بين الجزائر و إيطاليا حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بالجزائر بتاريخ 18 ماي 1991، مدّعية أنّ الجزائر وافقت ضمنيا على طرح النزاع على تحكيم المركز من خلال مقاضاتها على بنود هذه الاتفاقية المتضمنة على إمكانية عرض أي نزاع بينها و بين كل مستثمر إيطالي يتعلق استثماره على تحكيم المركز و طالب بتعويض الأضرار الناتجة عن التوقّف بسبب فسخ العقد.

لقد طرحت عدة مسائل من خلال العرائض المقدمة من الطرفين تعلقت باختصاص المركز و طبيعة النزاع و صفة الأطراف.

ترى الجزائر تنفيذ عقد انجاز السد لا يعتبر استثمارا في مفهوم المادة 25 (1) من اتفاقية واشنطن لسنة 1965التي تنص على: " يمتد اختصاص المركز الى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دول متعاقدة و أحد رعايا دولة متعاقدة أخرى والتي تتصل اتصالا مباشرا بأحد أطراف استثمارات ، شرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز و متى أبدى طرفا النزاع موافقتهما المشتركة فإنه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده".

حيث اتفق الفقه على أنّ الاستثمار يجب أن يتضمن تقديما ماليا و يتحمّل بعض المخاطر و هذا ما لم تقم به المؤسسة الإيطالية بحيث لم تقدم أي سهم نقدي، و لم تنقل أي تجهيزات و قدمت خدمات بمقابل مالي وحددت مدة المشروع ب 50 شهرا و التي لا تصل الى المدة المشروطة و المقدرة ب 5 سنوات في المشروع التمهيدي لاتفاقية واشنطن.

رفضت هيئة التحكيم الدفع الجزائري مستندة إلى عدم وجود تعريف جامع مانع لمصطلح الاستثمار في اتفاقية واشنطن و ترى بأن تحديد الاستثمار يجب أن يرتكز على معايير معينة و المتمثلة في:

- أن يكون المتعاقد قد حول رأسمال نحو البلد المعني (أعطت الهيئة التحكيمية مفهوما واسعا لمفهوم القرض و الخدمات و التجهيزات، المهم وجود مصاريف).

- أن يتعلق هذا التحويل بمدّة معينة (المدة كافية في نظر الهيئة التحكيمية بحجة أنّه لا يوجد معيار موضوعي لتحديد المدة).

- أن يتحمّل المحوّل بعض المخاطر غير التجارية (المخاطر تحققت من جراء فسخ العقد).

و سنلخص بقية ردود الهيئة التحكيمية حول الدفوع المقدمة من الطرف الجزائري في النقاط التالية:

- الوكالة الوطنية تتمتع بالشخصية القانونية والذمة المالية المستقلة حسب رأي الهيئة التحكيمية، اعتبار العقد المبرم استثمارا على أساس المادة الأولى من الاتفاقية المبرمة بين الطرف الجزائري و الإيطالي.

- محاولة الحل الودي يدخل في سياق حسن النية، لا يجب اعتباره عنصرا جوهريا في القضية.

- بعد إطلاع هيئة التحكيم على القانون الإيطالي لم تجد ما ينص على أنّ تأسيس المجمّع يؤدي إلى تحمّله حقوق و واجبات المؤسسات المكونة له، مما يدل على أن أي قرار تحكيمي يصدر لصالحه أو ضده لا يلزم المؤسستين.

أصدرت هيئة التحكيم قرارا بتاريخ 10 جانفي 2005، قضت فيه برفض الدعوى لانعدام الصفة لدى المدعي مؤكدة حق كل من الشركتين في رفع دعوى جديدة باسمها[1].

ثانيا: التعليق على القضية

اشترطت اتفاقية واشنطن لسنة 1965 في حالة اللّجوء إلى التحكيم المركزي الشروط التالية:

1- أن يكون النزاع ذو طبيعة قانونية.

2- أن يكون له علاقة بالاستثمار.

3- أن يتعلق النزاع بدولة متعاقدة و مستثمر دولة متعاقدة.

دفع الطرف الجزائري بأن النزاع ذو طبيعة محاسبية لأنّ مسألة التعويض غير متنازع فيها، لكن النزاع نشأ حول مقدار التعويض و ترى المؤسسة الإيطالية بأنه قانوني لأن تقدير الضرر يكون على أسس قانونية.

فقرار الهيئة التحكيمية جاء مؤيد لرأي المؤسسة الإيطالية، و من حيث النزاع ترى الجزائر بأن عقد انجاز سد يمثل استثمارا في مفهوم المادة 25 (1) من اتفاقية واشنطن، بحيث لم تقدم المؤسسة الإيطالية أي إسهام نقدي، و لم تنقل تجهيزات للجزائر، كما أنّ مدّة 50 شهرا لم تصل إلى 5 سنوات المشترطة في الشرط التمهيدي.

[1]- قضية رقم: ARBN°/03/08 منشورة على الموقع الالكتروني ل (CIRDI) في الملف التالي:
(Lesi-dipenta).www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm

ترى الهيئة التحكيمية أنه يجب أن يرتكز الاستثمار حول تحويل رأسمال وأن يتحمّل المحوّل بعض المخاطر و لا يشترط أن يساهم في ترقية الاستثمار نظرا لصعوبة التحقق، و أمّا المدة فلا يوجد معيار موضوعي لتحديدها، والمدّة المحددة للاتفاقية حسب هيئة التحكيم كافية لتنفيذ المشروع.

يرى الطرف الجزائري أنّ الصفقة تمت بين مؤسسة إيطالية و مؤسسة عمومية جزائرية، و أمّا الهيئة التحكيمية فترى بأن الوكالة الوطنية للسدود (ANB) تتمتع بالشخصية القانونية و الدولة تتدخل كثيرا في قراراتها، و منه يمكن اعتبار النزاع المطروح بين دولة متعاقدة، و مستثمر دولة متعاقدة أخرى.

دفع الطرف الجزائري بأن موضوع النزاع لا يدخل ضمن الاستثمار لعدم وجوده في الاتفاقية، كما يشترط التصريح بالاستثمار لدى الوكالة الوطنية لترقية الاستثمار و المؤسسة الإيطالية لم تشر إلى الاستثمار في وثائقها.

من خلال دراستنا لهذه القضية نستنتج ما يلي:

- الاختصاص لا يدخل ضمن اختصاص المركز لكن المركز جلب اليه الاختصاص بالنظام المعتمد في هذه المراكز (قبول التحكيم بدون اتفاق)، و هذا ما نعتبره مناقضا للمبادئ الأساسية للتحكيم.
- كما طرحت على هيئة التحكيم مسألتان هامتان تتعلق الأولى بالحل الودّي الذي اعتبرته هيئة التحكيم يدخل على سبيل حسن النية في الاتفاقية و أمّا الثانية فتعتبر الادعاء الوحيد الذي قبلت به الهيئة التحكيمية لأنها لم تجد على ما ينص في القانون الإيطالي أنّ تأسيس المجمّع يؤدي إلى تحمّل الحقوق و واجبات المؤسسات المكوّنة له، و عليه رفضت الدعوى لانعدام الصفة، و هنا يتجلّى لنا تأثير القوانين الوطنية عل قرارات الهيئات الدولية.

خلاصة الفصل:

يقصد باتفاق التحكيم الدولي ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه تتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو المحتمل نشوؤها من خلال التحكيم، لهذا أولت القوانين الوطنية و الاتفاقيات الدولية اهتماما بالغا لاتفاق التحكيم لأنه يمثل الحجر الأساس في العملية التحكيمية، فاتفاق التحكيم الباطل أو غير الموجود لا يسمح للمحكم بأن يمارس اختصاصه بشأن التحكيم.

و لهذا السبب تعرّضنا في هذا الفصل إلى تعريفات مختلفة لاتفاق التحكيم و قمنا بتحديد صوره و المتمثلة في شرط التحكيم الذي يرد قبل نشوء النزاع و من خلاله تحدّد إجراءات عرض النزاع على هيئة التحكيم و كيفية تشكيلها و مكان و زمان اجتماعها و لكي تضبط العملية التحكيمية يجب أن تحدد البيانات المتعلقة باللّجوء إلى التحكيم بدقة، و بعدها تعرضنا إلى خصوصية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار و شروط اللجوء إلى التحكيم في الاتفاقيات ذات العلاقة بالاستثمار والشروط المتعلقة بالنزاع و الشروط السابقة للجوء إلى التحكيم.

الفصل الثاني:

مبدأ الإرادة في تنظيم الإجراءات و تحديد القانون الواجب التطبيق.

الفصل الثاني: مبدأ الإرادة في تنظيم الاجراءات و تحديد القانون الواجب التطبيق

تحظى إجراءات التحكيم بدرجة كبيرة من الأهمية، جعلت النظم الوطنية ، والاتفاقيات التحكيمية ومراكز التحكيم تقرر ضرورة مراعات المسائل الإجرائية وإلّا ترتّب على مخالفتها بطلان الحكم أو رفض الاعتراف به.

يمتلك الأطراف الحرية المطلقة في اختيار القانون الإجرائي و الموضوعي الذي يطبّق على نزاعهم و على الهيئة التحكيمية المشكّلة بإرادتهم أن تلتزم بما اتفقوا عليه، و غالبا ما يستمد القانون الذي تطبقه من مجموعة الاتفاقيات و العقود النموذجية و العرف التجاري الدولي.

والهدف من هذه الحرية هو الابتعاد عن القانون الإجرائي للدولة المضيفة، و القبول بقانون آخر يراه الأطراف أكثر ملائمة لنزاعهم و يتجلى ذلك في تكريس مبدأ إرادة الأطراف في تنظيم إجراءات التحكيم (المبحث الأول) و تكريس مبدأ إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مبدأ الإرادة في تنظيم إجراءات التحكيم

يمكن للأطراف تحديد القانون إجراءات التحكيم سواء في اتفاقهم الأصلي أو اللاحق، أو يسندون هذه المهمة لمحكمة التحكيم.

ويعتبر مبدأ تكريس إرادة الأطراف من المبادئ الأساسية للتحكيم في مجال الاستثمار و المرجع الأساسي لاختيار الهيئة التي تتولى الفصل في نزاعهم، و ذلك باختيار الهيئة التحكيمية في التحكيم الحر (المطلب الأول) و اختيار الهيئة التحكيمية في التحكيم المؤسسي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مبدأ إرادة الأطراف في اختيار الهيئة التحكيمية في التحكيم الحر

نصّت معظم اتفاقيات الاستثمار الثنائية التي أبرمتهما الجزائر على حل المنازعات بواسطة التحكيم الحر.
كما نصّ قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على طريقة تشكيل هيئة التحكيمية و هو ما أخذت به معظم الاتفاقيات المتعلقة بالاستثمارات و القوانين المقارنة في تشريع الجزائري و المقارن.

الفرع الأول: في القانون الجزائري

جاء في المادة 1041 من ق إ م إ ج "يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم و استبدالهم " في غياب التعيين أو في حالة صعوبة التعيين أو عزلهم أو استبدالهم " يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل اللّجوء إلى القضاء الجزائري.[1]

[1]- الفقرة 2 من المادة 1041 من قانون رقم 09/08، مرجع سابق

حدّد المشرّع المصري المحكّمين بمحكّم واحد أو أكثر باتفاق الطرفين. فإذا لم يتفقا كان العدد ثلاثة، كما أعطى لهم حرية اختيار المحكمين.[1]

فإذا لم يتفق الطرفان تتبع القواعد التالية:

-إذا كانت هيئة التحكيم مشكّلة من محكم واحد تولت المحكمة اختياره على طلب أحد الطرفين.

-إذا كانت هيئة التحكيم مشكّلة من ثلاثة محكّمين اختار كل طرف محكمة ثم يتفق المحكّمان على اختيار المحكم الثالث. وإذا لم يعين أحد الطرفين محكما خلال 30 يوماً التالية، فللمحكمة طلب ذلك من الطرف الآخر، تتولى المحكمة اختياره، وإذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال 30 يوما من تاريخ تعيين آخرهما تولت المحكمة اختياره، ويتولى رئاسة هيئة التحكيم. أمّا المشرع التونسي فنصّ على: "للأطراف حرية تحديد عدد المحكمين لكن يجب أن يكون العدد وترا، فإن لم يفعلوا، يكون عدد المحكمين ثلاثة ويكون شرط الكتابة أو الشروع في المهمة.[2]

الفرع الثاني: في الاتفاقيات الثنائية

لقد أحالت معظم الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر في مجال الحماية للاستثمار على تحكيم المركز الدولي لتسوية الخلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الاخرى.

كما أحالت بعض الاتفاقيات المبرمة مع الدول العربية إلى تحكيم محكمة الاستثمار العربية، بينما أشارت بعض الاتفاقيات إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس.

غير أنّ معظم الاتفاقيات أعطت الأطراف حرية اختيار اللّجوء إلى أنظمة التحكيم المؤسسي وتشكيل محكمة تحكيم خاصة وفي الحالة الأخيرة يتم تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين يعين كل طرف محكما عنه ثم يقوم المحكّمان بتعيين المحكم الثالث و يكون مواطنا من دوله ثالثة ذات علاقة دبلوماسية مع الدولة المضيفة للاستثمار و دولة المستثمر.

تبدأ المدّة التي ينبغي تعيين المحكّم خلالها من تاريخ الإخطار الكتابي الذي يوجهه أحد الطرفين في شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم، وتحدد الاتفاقيات تلك المدّة بشهرين كحد أقصى و بين ثلاثة أشهر و أربعة أشهر من أجل تعيين المحّكم الثالث و عند انقضاء المدّة دون تعيين أحد أطراف المحكمة يحال الاختصاص إلى جهة أخرى قد تكون محكمة وطنية أو هيئة دولية.[3]

[1]- المادة 17 من قانون المرافعات و التحكيم في المواد المدنية و التجارية المصري
[2]- قانون رقم 42 لسنة 1993،مؤرخ في 26 أفريل 1993الفصل 55،يتعلق بإصدار مجلة التحكيم التونسية عدد 33 بتاريخ09 ماي 1993 ص580
[3]- الاتفاقيات المبرمة بين الجزائرو الدول العربية أعطت الاختصاص للأمين العام لجامعة الدول العربية و بعضها لرئيس محكمة العدل الدولية.

يمكن أن تحيل الاتفاقيات الاختصاص إلى جهات غير مؤهلة لتعيين المحكّم في مجال الاستثمار. مثل الأمين العام لجامعة الدول العربية أو الأمين العام للأمم المتحدة أو رئيس محكمة العدل الدولية لكن بعض الاتفاقيات نصت على تكليف أهل الاختصاص مثل رئيس محكمة التحكيم بستوكهولم أو الأمين العام للمركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول و رعايا دول أخرى (CIRDI)[1].

المطلب الثاني: مبدأ الارادة في اختيار الهيئة التحكيمية في التحكيم المؤسسي

تفضّل بعض الأطراف اللّجوء إلى التحكيم المؤسسي تجنبا للصعوبات التي يمكن أن تعترض التحكيم الخاص، خاصة و أنّه يشرف عليها أجهزة مختصة و خبراء مدربين على إدارة اجراءات التحكيم لما يضمن سيرها دون معوقات، والإشارة المعتمدة في تحديد نوع التحكيم يتمثل في ذكر المؤسسة التي سوف تشرف على التحكيم.

الفرع الأول: في إطار المركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار(CIRDI)

يقدم الطرف الذي يرغب في التحكيم عن طريق المركز الدولي طلبا للسكرتير العام الذي يقوم بتسجيله و يرسل نسخة إلى الطرف الآخر.

عقب هذا التسجيل يقوم بتشكيل هيئة التحكيم التي تتألف من عدد فردي طبقا لاتفاق الأطراف. و إذا لم تتفق الأطراف على عدد المحكمين أو طريقة تعيينهم تضم المحكمة وجوبا ثلاثة محكمين ،يعني لكل محكّم محكمة ، و الثالث بالاتفاق بينهم يكون رئيسا للمحكمين و إذا لم يتم تشكيل المحكمة خلال 15 يوما التالية للإخطار بتسجيل الطلب أو خلال المدة التي يتفق عليها الطرفان يقوم الرئيسين بناء على طلب استعجال أحد الخصوم بتعيين المحّكم أو المحكّمين بشرط أن يكونوا من دولة غير الدولتين المعنيتين بالنزاع ومن قائمة تحكيم المركز أن اختيار المحكمين وفق قواعد المركز ، يقوم أساسا على إرادة الأطراف سواء تم التعيين بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة[2].

الفرع الثاني: في إطار نظام غرفة التجارة الدولية (CCI)

عند عدم اتفاق الأطراف على عدد المحكمين تقوم الغرفة بتعيين المحكّم الفرد، و استثناء تعيين ثلاثة محّكمين إذا كان النزاع ذو طبيعة خاصة حسب المادة الثامنة و في حالة ضرورة تعيين ثلاثة محكمين، فإنها تطلب من المدّعي أن يعين المحكّم خلال 15 يوما من تاريخ تسلم الإخطار من قبل المدّعى عليه وتقوم الهيئة بتعين المحكم الثالث مع الأخذ بعين الاعتبار جنسية المحكم و إقامته و صلته بالبلدان التي تنتمي إليها الأطراف ومدى قدرته على التحكيم و تفرغه لهذه المهمة و إذا كان الحكم فردا فعليه أن يكون ذو جنسية مغايرة للأطراف.

[1]– سعد الله عمر، نظرية المعاصرة، دار هومة لنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص08.

[2]– محمود مختار احمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، ط الثالثة، دار النهضة العربية، مصر،2007، ص87.

و يجوز للهيئة أن تعين أعضاء المحكمة و أن تستند الرئاسة لأحدهم في حالة ما إذا كان للهيئة حرية اختيار المحكمين[1].

الفرع الثالث: في إطار الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (AMGI):

يرسل المدعي إخطارا للمدعي عليه يتضمن بيانا حول طبيعة النزاع و الطلبات و اسم المحكّم المعين من قبله و على المدعي عليه أن يعين **محكمة** خلال 30يوما.

و خلال 30يوما من تعيين المحكم الثاني، محكّما يترأس هيئة التحكيم و إذا لم يتم تشكيل هيئة التحكيم خلال 60 يوما من تاريخ تقديم الإخطار بطلب التحكيم يتم المحكم الذي لم يعينه الطرف المعني أو رئيس الهيئة من طرف رئيس المركز الدولي (CIRDI) بناء علي طلب مشترك من الطرفين فإذا لم يتم التعين خلال 30 يوما من تاريخ الطلب يجوز لأي من الطرفين أن يطلب من رئيس محكمة العدل الدولية الدائمة إجراء التعيين بقرار منه[2].

المبحث الثاني: مبدأ الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق

كرّست التشريعات الوطنية والاتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمارات و أنظمة التحكيم، مبدأ إرادة الأطراف في وضع الإجراءات التي تحكم سير الخصومة، وفقا لقواعد إجرائية يضعونها بأنفسهم أو اختيار قانون وطني معين، أو إعطاء المحكمين سلطة تطبيق قانون معين من اختيارهم (المطلب الأول) و يمكن للأطراف اختيار قانون اخر يطبق على العقد الأصلي و يكون مستقلا عن القانون الأول (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تحديد الأطراف لقواعد الإجراءات

يمكن للأطراف وضع وصياغة قواعد إجرائية مستقلة عن كل قانون، كما يمكن لهم أن يؤسسوا قواعد لهم وفقا للقواعد الواردة في بعض القوانين الوطنية ولوائح التحكيم المختلفة.

إنّ مسألة القانون الواجب التطبيق على الإجراءات تتجلى أهميتها في كون القانون المختار سيكون هو المرجع الذي يزود الأطراف المحكمين بمجموعة القواعد القانونية اللازمة لحسم المسائل الإجرائية.

الفرع الأول: في القوانين الوطنية والمقارنة

تختلف القواعد التي تحكم التحكيم في جوانبه الإجرائية، إذا تعلق الأمر بالتحكيم المؤسسي سيتم في إطار هيئاته

[1]– لما احمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان،2008، ص118.

[2]– أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم الدولي الداخلي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص710.

و مراكزه، أمّا إذا تعلق الأمر بالتحكيم الحر فإنّ للأطراف الحرية في اختيار قواعد الإجراءات التي تسري عليه و في غياب اتفاق التحكيم يستعان غالبا في هذا الشأن بهيئة التحكيم أو بقانون مقر هيئة التحكيم.

1-خضوع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة

نصّ المشرع الجزائري في المادة 1043 من ق ا م ا ج من القانون رقم 08-09 : "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام التحكيم كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم.

إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك, تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات, عند الحاجة, مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم .

فموقف المشرع الجزائري واضح من خلال نص هذه المادة, حيث جعل في المقام الأول إخضاع إجراءات التحكيم إلى القانون الذي يختاره الأطراف وفي حال غياب الاتفاق، ترجع المسألة بين يدي المحكمين , حتى أنّه لم يربط ولم يتكلم على قانون المكان الذي يمكن أن تخضع له إجراءات التحكيم كما فعلت بعض التشريعات و النظم القانونية.

إنّ البدء في الإجراءات الخاصة بعملية التحكيم منذ تقديم طلب التحكيم إلى غاية إصدار الحكم وهذا يعني أيضا دعوة الخصوم لتقديم ادّعاءاتهم و دفاعاتهم و تقديم مستنداتهم و أدلّتهم الثبوتية, كما يقضي التأكد من أن المحكمين مختصون بالنظر في النزاع وأن موضوع النزاع يجب أن يكون من المواضيع التي يمكن حسمها بالتحكيم , وهي الأمور التي سوف نتطرق اليها انطلاقا من بيان كيفية انطلاق الخصومة, ثم الإجراءات التحفظية و المؤقتة ونهاية خصومة التحكيم[1].

فالمشرّع المصري في قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 وفي المادة 25 منه نصّ على "أن لطرفي التحكيم الاتفاق على إجراءات للقواعد النافذة في أي منظّمة أو مركز تحكيم في مصر أو خارجها, فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة "[2].

أمّا المشرّع الأردني و من خلال قانون 31 لسنة 2001 قد اعتمد بمبدأ سلطان الإرادة، وكما يحق للأطراف إخضاع الإجراءات لأي مؤسسة أو مركز تحكيم.

[1]- بوكريطة موسى، القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجزائر،2011.

[2]- Goldman la volonté des parties et le rôle de l'arbitrage international, revue de l'arbitrage,1981,p469.

أمّا المشرّع الفرنسي فقد أكد في المادة 194 من قانون الإجراءات المدنية أنّ اتفاقية التحكيم يمكنها تنظيم الإجراءات بشكل مباشر أو استنادا إلى نظام تحكيمي.

إنّ قاعدة اتفاق الأطراف و حريتهم في تحديد قواعد الإجراءات المنظمة لعملية التحكيم و اختيار القانون الواجب التطبيق، أصبحت محل اجماع في التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية.

و في حالة غياب الإرادة الصريحة أكّد الفقه على اللّجوء إلى الإرادة المفترضة للطرفين كأساس لتحديد القانون الواجب التطبيق.

و بينما ذهب اتجاه آخر إلى الأخذ بمبدأ تطبيق قانون المحل باعتباره المكان المرتبط بالعقد سواء كان هذا المحل هو إبرام العقد أو مكان المستفيد.

طرح هذا الإشكال بين شركة كاليفورنيا الأسيوية و شركة تكساسو عبر البحار ضد الحكومة الليبية.

حيث وضّح المحكّم الوحيد في هذه القضية أنّ القانون الواجب التطبيق يقبل حلّين:

الحل الأول: اعتمد المحكّم كافان في قضية سافيرنيوك ; يمكن إخضاع التحكيم لقانون وطني هو مقر التحكيم.

الحل الثاني: اعتمدته محكمة التحكيم في قضية أزامكو و الذي يقضي بتطبيق القانون الدولي العام على إجراءات التحكيم.

أخذ المحكم الرأي الثاني و قضى بتطبيق القانون الدولي استنادا إلى إرادة الأطراف الضمنية، على أساس أنّ اخضاعهم لتعيين المحكم إلى رئيس محكمة العدل الدولية، يعني إرادتهم في وضع مؤسسة التحكيم تحت مظلة الأمم المتحدة.

و في إحصائية قدّمها محمد بجاوي في القضايا التي كان أحد طرفيها عربيا، و طرحت أمام التحكيم المختار في 237 قضية و تبيّن بأن مكان التحكيم المختار هو 181 قضية كان فيها الاختيار للدول الأوربية و 17 مرة لشمال إفريقيا و16للشرق الأوسط، و هذا يدل على ميول الأطراف للدول الأوربية بالرغم من أن أطراف هذه القضايا كانوا عربا ; و هذا يعود لأسباب خاصة بالأطراف[1].

لم يفرض المشرع الجزائري على هيئة التحكيم تطبيق القانون الاجرائي لدولة المقر بل أعطى للأطراف مطلق الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات.

[1]- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، ط1، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الأردن، 2014، ص246-247.

أمّا المشرع الفرنسي فنصّفي حالة سكوت الأطراف، على أن تتولى هيئة التحكيم تنظيم الإجراءات دون أن يلزمهم بتطبيق قانون محل التحكيم.

و في حالة عدم وضع الخصوم للقواعد الإجرائية المفصّلة التي تطبق على نزاعهم و عدم تحديد قانون وطني معين أو لائحة تحكيم، أقرت معظم التشريعات الوطنية و أنظمة التحكيم الدولية، مبدأ إعطاء هيئة التحكيم سلطة ضبط الإجراءات، سواء وضع القواعد من تلقاء نفسها أو باللّجوء إلى قانون أو لائحة الإجراءات المعمول بها أمام المحاكم.

ففي قضية الفرع الفرنسي للشركة الألمانية HENKEL ضد الشركة الجزائرية ENAD التي طرحت أمام تحكيم غرفة التجارة الدولية CCI حول شراكة الشركتين حول شراء الأسهم من طرف الشركة الفرنسية بالرغم من أن مقر التحكيم ببلجيكا و مكان إجراء الجلسات بباريس و مكان تنفيذ العقد الأصلي بالجزائر، كما أنّ القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو القانون الجزائري، إلاّ أنّ المحكمة التحكيمية التزمت بتطبيق نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية على الإجراءات استنادا للمادة 15 من هذا النظام، بحيث لم يعط المحكمون فرصة لاختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، كما استعيدت فكرة تطبيق القانون الإجرائي لدولة المقر أو دولة التنفيذ أو مكان ابرام العقد الأصلي[1].

2-غياب اتفاق التحكيم:

إنّ الصعوبة تنشأ عند عدم اتفاق الأطراف على قواعد تحكم إجراءات التحكيم , وعدم إشارتهم إلى قانون يطبق على هذه الإجراءات وكذلك عند عدم الاتفاق بين أطراف تحكيم حالة خاصة على قواعد للإجراءات , أو عدم كتابة القواعد التي اتفقوا عليها وعدم اشارتهم إلى قانون يطبق بخصوص الإجراءات التحكيم, لهذا يجب الرجوع في هذه الحالة لقانون مكان التحكيم مع مراعاة أن يكون ذلك لإكمال ما اتفقت عليه الأطراف من قواعد , ويتفق هذا مع ما أخذت به معاهدة نيويورك لسنة 1958 وذلك بالرجوع لقانون الدولة التي تمّ فيها التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق التحكيم.

ومن أحكام التحكيم التي أخذت بقانون مكان التحكيم لتطبيقه على الإجراءات ذلك الحكم الذي أصدره المحكم (Langengen) في 10 اكتوبر 1973 في النزاع بين الحكومة الليبية وشركة (B.P.BritishPelnoleun).

وتتعلق القضية بعقد استغلال بترول الذي منحته ليبيا في 18 ديسمبر 1957 لمدة 50 سنة لمواطن أمريكي حول 50% من نصيبه في 10 نوفمبر 1960 لشركة (B.P) وذلك بإقرار السلطات الليبية وبعد

[1]-SENTENCE CCI, AFFAIRE N° 12945/EC PRECITEE, p 37

التأميم في 7 ديسمبر 1971 وهو ما أدى إلى قيام نزاع بين الدولة الليبية والشركة فطبق المحكّم القانون الدنماركي على إجراءات التحكيم، باعتباره قانون دولة مقر التحكيم.

كما أخذ نفس الاتجاه حكم التحكيم الصادر في 24 مارس 1982 في النزاع الذي نشأ بين حكومة الكويت والشركة الأمريكية (Aninoil)[1].

وأمّا المشرّع الجزائري فقد خوّل محكمة التحكيم مهمة تحديد الإجراءات مباشرة أم بالاستناد إلى أحد قوانين التحكيم الوطنية أو الاتفاقيات الدولية. وكذلك أحد لوائح مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة حيث نصّت المادة (2/1043) من ق إ م إ على أنه إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم المقصود بها بالاتفاقية هو اتفاق التحكيم.

وخلاصة القول أنّ الفقه يرى بأنّه في حالة اتفاق التحكيم يمكن اللّجوء إلى مكان التمهيد أو تطبيق قانون موضوع النزاع أو اللجوء إلى قوانين إحدى مراكز التحكيم وهذا ما تجده أغلب التشريعات الحديثة[2].

الفرع الثاني: في الاتفاقيات الثنائية

بتحليل الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر من أجل تشجيع و حماية الاستثمار، نجد أنّه استندت بعضها سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات إلى المحكمة التحكيمية دون أن تقيدها بأي قانون و تضمّنت معظمها عبارة تحدّد المحكمة المشكّلة قواعد الإجراءات الخاصة بها، و تتخذ قراراتها بالأغلبية و بينما حدّدت بعض الاتفاقيات القانون الوطني للدولة المتعاقدة، الطرف في النزاع التي تمّ الاستثمار على اقليمها، مثل ما ورد في المادة التاسعة (6) من الاتفاق المبرم بين الجزائر و ايطاليا: " يسوّى الخلاف من طرف المحكمة التحكيمية عن طريق القانون الوطني للدولة المتعاقدة الطرف في النزاع و التي يوجد الاستثمار على إقليمها بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين... "

أحالت العديد من الاتفاقيات الثنائية لتشجيع الاستثمار و رعايا الدول الأخرى إلى القواعد التي أقرّتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي التي نصّت على حرية الأطراف في الاتفاق على الإجراءات. فإذا لم يكن هناك اتفاق، كان للهيئة أن تسير التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة كما إحالة بعضها على نظام تحكيم المركز الدولي(CIRDI) المادة 42 : " تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفي النزاع،

[1]- خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص247-248.

[2]- بوكريطة موسى، المرجع السابق،102-103.

وإذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادئ، فإنّ المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع "[1] .

الفرع الثالث: في الاتفاقيات متعددة الأطراف

نصّت الاتفاقية الموحدة لرؤوس الأموال العربية في الدول العربية سنة 1982 " تفصل هيئة التحكيم في كل المسائل المتعلقة باختصاصها و تحدّد الإجراءات الخاصة بها.

أمّا اتفاقية تشجيع و ضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي فقد أحيلت الأطراف إلى محكمة الاستثمار العربية طبقا للاتفاقية الموحدة لرؤوس الأموال العربية في الدول العربية أو هيئات التحكيم الدولية المتخصصة، تاركة لهذه الهيئات سلطة اختيار القانون الواجب التطبيق.

و نذكر أيضا الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (AMGI) في المادة الرابعة الفقرة (هـ).

تحدد الهيئة الإجراءات الخاصة بها ما لم يتخلّى الأطراف على خلاف ذلك تحدد محكمة التحكيم في كل الاتفاقيات القانون الواجب التطبيق على الإجراءات دون أن يمسّ ذلك بحق الأطراف وألاّ تعرّض حكمها لعدم الاعتراف و التنفيذ.

لقد أخذت معظم التشريعات الوطنية و المعاهدات الدولية بقاعدة إخضاع إجراءات التحكيم، لقانون إرادة الأطراف، و لقد أخذت به اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 حيث نصّت في البند الثالث من الفقرة الثانية من المادة 4 على حرية أطراف اتفاق التحكيم في تحديد قواعد الإجراءات التي يتعين على المحكّمين اتباعها ، و من جهة أخرى فقد أجازت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 في مادتها الخامسة رفض الاعتراف بحكم التحكيم و تنفيذه لعدم مطابقة إجراءات التحكيم لاتفاق التحكيم أو لقانون الدولة التي يتم فيها التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف.

كما وقد أقرّ القانون النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي في 12 يونيو 1985 مبدأ تطبيق إجراءات التحكيم لإرادة الأطراف حيث نص في المادة 19 منه على أن تكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها لدى السير في التحكيم.

[1]– معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي، جامعة الجزائر، 1999، ص286.

المطلب الثاني: حدود فعالية التحكيم في تحديد القانون الإجرائي

أصبح للأطراف وهيئة التحكيم اختيار قانونين مختلفين، أحدهما ينظم الإجراءات والثاني ينظم العقد الأصلي كاختيار القانون الجزائري ليطبق على أصل النزاع واختيار نظام مؤسسة تحكيمية مثل نظام غرفة التجارة الدولية CCI لينظم الإجراءات.

الفرع الأول: استقلال القانون الواجب التطبيق على الإجراءات عن قانون العقد الأصلي

لا يتقيد الأطراف وهيئة التحكيم بالقانون الموضوعي عند اختيارهم للقانون المنظم للإجراءات مثلا اختيار القانون الجزائري ليطبق على أصل النزاع واختيار قانون آخر ينظم الإجراءات مثل نظام مؤسسة تحكيمية CCI والإحصائيات التي قدمها محمد بجاوي كدليل على هذا الاختيار[1].

الفرع الثاني: استقلال القانون الواجب التطبيق على الإجراءات عن قانون دولة المقر

يعتبر التخلي عن فكرة تطبيق القانون الإجرائي لدولة مقر التحكيم عند عدم اتفاق الأطراف صراحة أو ضمنا من النتائج التي تدل على تطور التحكيم، بل أصبح اختيار دولة معينة لاحتضان المحكمة التحكيمية بهدف الملائمة الجغرافية أو حتى المالية.

و من خلال نصوص التحكيم الدولي في معظم التشريعات الوطنية يتبين أنّ معظم الدول أرادت استبعاد فكرة تطبيق قانون دولة المقر فالقانون النموذجي لسنة 1985 أعطى للأطراف الحرية المطلقة لاختيار قواعد الإجراءات إلّا أنّه عاد و قيّد محكمة التحكيم في حالة عدم اتفاق الأطراف في المادة19 (2) " فاذا لم يكن ثمّة مثل هذا الاتفاق، كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تسير في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة، و مصدر هذا النقد هو عبارة مع (مراعاة أحكام هذا القانون) و التي يستخلص من تطبيقها المادة 32 من هذا القانون أنّه من أسباب رفض الاعتراف و التنفيذ مخالفة الإجراءات لاتفاق الطرفين أو في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق لقانون البلد الذي جرى فيه التحكيم، و من هنا يتبين لنا نسبية التحرر من القانون الاجرائي لدولة مقر التحكيم[2].

الفرع الثالث: نموذج عن قضية تحكيمية

1-قضية S.C.P

[1]- بجاوي محمد، العالم العربي في تحكيم تجارة الدولية، مجلة المحامون لنقابة المحامين فيا لجمهورية العربية السورية، العدد 4.5.6، سنة1992، ص 338.

[2]- احمد أبو رقية، أوراق في التحكيم، ط1، منشورات جامعة قار يونس، ليبيا،2003، ص 99-100.

خلال سنتي 1974و 1975 عقدت مؤسسة جزائرية و شركة عامة لإحدى الدول الإفريقية عقدي بيع منتجات بترولية، تضمنت بنودا مرتبطة بالتعويض عن التأخر و القوة القاهرة، و مشارطة تحكيم تلزم كليهما بقبول التحكيم لحل أي نزاع محتمل بينهما.

لم تحصل الشركة الجزائرية على المبالغ المتفق عليها بعد تسليمها للكمية المطلوبة. رفعت عريضة طلب تحكيم أمام غرفة التجارة الدولية بباريس مطالبة بما نص عليه بنود العقدين.

رفضت شركة عامة لإحدى الدول الإفريقية العريضة مدافعة عن نفسها و معلّلة ذلك بسبب التأخير الذي كان جراء رفض البنك المركزي لبلدها الترخيص لها بالدفع رغم الطلبات المتكررة الموجه له، و ذلك يشكّل قوة قاهرة حسب المادة 18 من العقد.و يترتب على ذلك رفض كل التعويضات و دفع أصل الدين فقط.

فنّد الطرف الجزائري حسب المادة المذكور بعدم اعتبارها قوة قاهرة، إلّا في حالة عدم تنفيذ الالتزامات من طرف سلطة عامة جزائرية أو هيئة دولية تعتبر الجزائر طرف فيها و ذلك بموجب البائع و المشتري.

قضى المحكّمون بإعفاء المدعي عليه من التعويضات لوجود قوة قاهرة، و اعتبروا أنّ المادة18 من العقد لا تتضمن إلّا حالات على سبيل المثال، بالرغم من كون القانون الجزائري الواجب التطبيق حسب بنود العقد.

إنّ الأخذ بقانون دولة المدعى عليها اعتمدت عليه هيئة التحكيم كقانون بوليس في إطار النظام العام.[1]

2-التعليق على القضية:

ربط القانون المدني الجزائري بين النظام العام و الآداب العامة و رتّب البطلان المطلق، إذا كان محل الالتزام مخالفا لهما، لكن المشرّع لم يعط تعريفا للنظام العام، ففي نطاق العلاقات الدولية الخاصة، يهدف النظام العام استبعاد القانون الأجنبي و تطبيق القانون الوطني.

أمّا قواعد النظام العام الداخلي بمفهوم قوانين البوليس (قواعد التطبيق الضروري) التي تستدعي تطبيقا مباشرا دون أي حاجة لأعمال قواعد الإسناد.

لكن هذه القوانين معروفة في نطاق القانون الدولي الخاص، و لجوء المحكّمين إليها يكون في مجال ضيق.

عند مراقبة القاضي للقرار التحكيمي استنادا إلى قوانين البوليس فيجب تمييز حالتين، إذا لاحظ القاضي أنّ مخالفة قوانين البوليس في دولة أجنبية يشكّل مخالفة للنظام العام في دولة التنفيذ.

[1] Citée par :TRARI-TANI MOSTEFA, Droit algérien de l'arbitrage commercial international,op,cit,p 153-154

إذا لم تكن هذه المخالفة متعارضة مع قانونه فلا يأخذها بعين الاعتبار و هذا ما تبن لنا في قضية الحال، بالرغم من قلّة استعمال قواعد البوليس من طرف المحكّمين، بل و يرى الفقهاء في عصرنا هذا أنّ مخالفة حكم التحكيم للنظام العام يجب أن تكون واضحة و فعلية.

ملخص الفصل

يمكن للأطراف و بمحض إرادتهم الخروج عن الاختصاص القضائي الدولي عن طريق الشرط المانع للاختصاص، الذي يمكّنهم من سلب الاختصاص من المحاكم المختصة أصلا، و احالتهم النزاع إلى المحاكم التي يختارونها بأنفسهم، أو إلى هيئات يقومون بتشكيلها وفق اتفاقهم، و هذا ما تطرقنا اليه في الفصل الثاني و ذلك من خلال حرية اختيار الهيئة التحكيمية من طرف الأطراف في التحكيم الحر و التحكيم المؤسسي بواسطة القوانين الوطنية و المقارنة، و كذلك من خلال الاتفاقيات الدولية، بحيث شرحنا كيفية اختيار المحكمين ، وفق التحكيم الخاص و نظام مراكز التحكيم التي تعتمد على نظام مقنن و منظم، كما تعرضنا في المبحث الثاني إلى تكريس مبدأ الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في إطار القوانين الوطنية و الاتفاقيات الدولية.

الفصل الثالث

تنفيذ حكم التحكيم و طرق الطعن فيه

الفصل الثالث: تنفيذ حكم التحكيم وطرق الطعن فيه

تعتبر مرحلة تنفيذ الحكم التحكيم أهم مرحلة من شأنها أن تترجم إلى حلول نهائية للنزاع وتحقق أهداف الأطراف المرجوة من التحكيم وتعيد لهم الثقة المتبادلة بينهم، ولا يمكن تنفيذ الحكم مباشرة بعد صدوره وإنّما يجب إضفاء الصيغة التنفيذية عليه لهذا سوف نقوم بدراسة كيفية تنفيذ حكم التحكيم، بتحديد الجهات المختصة المانحة لأمر التنفيذ والآليات المعتمدة في ذلك وتحديد الأسباب المتعلقة برفضه (المبحث الأول) وطرق الطعن فيه عن طريق الاستئناف والطعن بالنقض والطعن بالبطلان (المبحث الثاني) .

المبحث الأول: تنفيذ حكم التحكيم

تحتاج أحكام التحكيم إلى صدور أمن من الجهات المعينة في الدولة لإعطائها القوة التنفيذية، وتكون هذه الجهات غالبا الهيئات القضائية يطلق على هذا الأمر "أمر التنفيذ "يجسد رقابة الدولة علي حكم التنفيذ قبل تنفيذه (المطلب الأول)، تضع القوانين الوطنية و الاتفاقيات الدولية شروطا و اليات للاعتراف بالحكم التحكيمي (المطلب الثاني)

و بعد صدور الحكم توجد أسباب تجعل حكم التحكيم مرفوضا و لا يمكن تنفيذه (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الجهات المختصة بإعطاء أمر التنفيذ

قد يحصل المستثمر الأجنبي في الجزائر أو في أي دولة أخرى علي حكم تحكيمي دولي يسعى إلى تنفيذه في إقليم الدولة التي هي طرف في النزاع أي الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم، أو في أي مكان توجد فيه ممتلكات دولة خاسرة الدعوى أو أحد فروعها، لكن الدّول لا تسمح بالتنفيذ على ترابها إلّا بموافقة الجهات المختصة، و لهذه الأسباب وضعت شروطا للحصول على أمر التنفيذ من الجهات المختصة، حسب المادة 1054 فإن حكم التحكيم الصادر خارج الجزائر، فيجب أن يصدر الأمر بتنفيذه رئيس محكمة محل التنفيذ.[1]

الفرع الأول: في القانون الجزائري والمقارن

جاء في المادة 1054 من ق ام ا ج (تطبق أحكام المواد من 1035 إلى 1038 أعلاه فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي) وهي إحالة إلى أحكام التنفيذ الخاصة بالتحكيم الدولي، حسب المادة 1035 يقبل حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري، التنفيذ بأمر من رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، إلّا أنّ المشرّع الجزائري الذي فرّق في المادة 1051 بين الحكم الصادر خارج الجزائر والحكم الصادر في الجزائر، الأول يجب أن يصدر لأمر بتنفيذه رئيس محكمة محل التنفيذ والثاني يخضع لأحكام المادة 1035.

[1]- المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، 09/08 ، مرجع سابق

حدّد المشرع الجزائري الجهة القضائية وفق قاعدة أمرة لا يمكن للأطراف مخالفتها عكس المشرّع المصري الذي جعل الاختصاص في حالة التحكيم التجاري الدولي سواء جرى في مصر أو خارجها لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر، أمّا في القانون الفرنسي يخضع حكم التحكيم لنفس إجراءات التحكيم الداخلي بحيث تحيل المادة 1500 من قانون الإجراءات المدنية الجديد الاعتراف بالتنفيذ إلى المادّتين 1476 و1479 المتعلّقتين بالتحكيم الداخلي، و حسب المادة 1477 يصدر قرار الأمم بالتنفيذ عن رئيس المحكمة التي يمتد اختصاصها إلى مكان صدور الحكم التحكمي، أمّا إذا كان التحكيم قد جرى خارج فرنسا فإنّ قاضي مكان التنفيذ هو المختص بالرغم من استبعاد هذا المبدأ في بعض القضايا التي عرضت على القضاء الفرنسي.

إنّ القانون الجزائري والفرنسي اعتمدا على الاختصاص الإقليمي للقاضي مركّزين على مكان صدور القرار التحكيمي أو مكان التنفيذ لتبسيط الإجراءات وتيسير الحصول على الأمر بالتنفيذ وبالتالي تنفيذ القرار التحكمي في نفس مكان صدور الأمر حتى لا تزيد في أعباء الطرف المحكوم لصالحة اقتداء بما نصّت عليه المادّة الثالثة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958، أمّا القانون المصري فقد اعتمد توحيد الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ليكون في متناول الطرف الأجنبي المعني تنفيذ الحكم والحصول على الأمر بالتنفيذ بأقل جهد[1].

الفرع الثاني: في الاتفاقيات الدولية

اتفقت معظم الاتفاقيات الثانية المبرمة بشأن التشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات و ذلك بإحالة النزاعات إلى الهيئات و الأنظمة التحكيمية المعروفة.

أمّا الاتفاقيات الدولية متعددة الأطراف وأنظمة التحكيم لأهم المراكز التحكيمية الدولية، تركت تحديد الجهة القضائية المختصة للقوانين الداخلية للدول المعنية لأنّ ذلك يتعلق بمسألة التنظيم الداخلي المتعلّق بسيادة الدولة.

نصّت المادة 2/54 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965:"من أجل الحصول على الاعتراف بالحكم و تنفيذه على أراضي دولة متعاقدة, يتعين على الخصم صاحب الشأن أن يقدم صورة من الحكم، معتمدة من السكرتير العام إلى المحكمة الوطنية المختصة أو إلى أية سلطة أخرى تعينها الدولة المتعاقدة لهذا الغرض، و يجب على كل دولة متعاقدة أن تخطر السكرتير العام بالمحكمة المختصة أو إلى أية سلطة أخرى تعنيها الدولة المتعاقدة لهذا الغرض. و بأية تغيرات لاحقة في هذا الأمر". و يعني هذا توجيه طلب إلى الجهة القضائية.

[1]–عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص62.

نصّت المادة 1/35من القانون النموذجي: "يكون قرار التحكيم ملزما، بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه، وينفذ بناء على طلب كتابي يقدم إلى محكمة مختصة..."[1].

المطلب الثاني: شروط وآليات الاعتراف بالحكم التحكيمي و تنفيذه

تختلف شروط و آليات الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه من دولة إلى دولة باختلاف القانون الوطني لكل دولة، حتى ولو اشتركت في بعض المسائل مثل المساس بالنظام العام إلّا أنّه يوجد اختلاف في مفهومه من دولة إلى دولة و سنتناول هذه الشروط في بعض القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية.

الفرع الأول: في القانون الجزائري و القانون المقارن

جاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري:" يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا ثبت من تمسك بها وجودها وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي".

وضع المشرّع الجزائري شرطان للاعتراف بالحكم التحكمي و تنفيذه، شرط مادي و هو إثبات وجود الحكم التحكيمي و في هذه الحالة يقع علي الخصم إثبات العكس، و شرط موضوعي يتمثل في عدم مخالفة الحكم للنظام العام الدولي.

يكون اثبات وجود حكم التحكيم بتقديم أصل الحكم مرفقا باتفاقية التحكيم أو نسخ منها، و "إذا لم يتمكن الطرف المعني من الحصول على الوثائق الأصلية، فيمكنه أن يقدّم نسخا مصادق عليها أو النسخ المترجمة إذا كانت الاتفاقية أو القرار محرّرين بلغة غير اللغة العربية.

ورد نفس الشرط في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد، حيث تقضي المادة 1499 بأنّ المستندات غير المحررة باللغة الفرنسية يجب أن ترفق بترجمة لها من قبل مترجم محلّف مسجّل على لائحة المترجمين المحّلفين، أمّا المشرّع المصري فقد اشترط تقديم:

1-أصل الحكم أو صورة موقعة منه.

2-صورة من اتفاق التحكيم.

3-ترجمة مصادق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية للحكم، إذا لم يكن صادرا بها.

4-صورة من المحضر الدال على إيداع الحكم وفقا للمادة 48 من هذا القانون.

[1]- قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمار، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر 2006 ص 297-300

أمّا شرط عدم مخالفة النظام العام، فقد تطرقت إليه معظم القوانين الداخلية، فالمشرّع الجزائري ذكر النظام العام الدولي، والمشرّع الفرنسي نصّ على ألّا يكون الاعتراف أو تنفيذ القرار التحكمي، مخالف للنظام العام الدولي بشكل واضح[1].

أمّا المشرّع المصري فقد نصّ على: "عدم قبول طلب تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى و لا يجوز الأمر بتنفيذ الحكم إلّا بعد التحقيق بأنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع و أنّه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية، و أنه قد تمّ إعلانه للخصوم إعلانا صحيحا"

أمّا فيما يخص الشروط الواجب توافرها لاستصدار الأمر بالتنفيذ فيمكن تلخيصها فيما يلي:

ا-إبداع القرار التحكيمي لدى المحكمة المختصة.

ب-طلب التنفيذ.

نصّ المشرع الجزائري: يسلم رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية، من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف" المادة 1036[2].

الفرع الثاني: وفق أحكام اتفاقية نيويورك لسنة 1958

تطرّقت اتفاقية نيويورك لسنة 1958، بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية إلى محورين أساسين في التحكيم التجاري الدولي:

ا-صحة اتفاقية التحكيم.

ب-الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، وهدفها الأساسي هو تسهيل استقبال أحكام المحكّمين في الدول المنظمة إليها.

في الواقع لا يمكن فصل المحورين عن بعضهما لأن صحة الحكم التحكيمي ترتبط بإرادة الأطراف على إخضاع نزاعهم للتحكيم، و كثيرا ما حاول الطرف المحكوم ضده في حكم تحكيمي تجنّب تنفيذ الحكم بإشارة الدفع بعدم صحة اتفاقية التحكيم.

[1] -Les sentences arbitrales sont reconnues en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international. Sous les mêmes conditions, elles sont déclarées exécutoires en France par le juge de l'exécution.

[2] - عبد الحميد الاحدب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، جزء الأول، الجزائر،2009، ص 21-216.

أ-صحة اتفاقية التحكيم.

ب-الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه.

المطلب الثالث: رفض الاعتراف والتنفيذ

هناك عدة أسباب تؤدي الى رفض إصدار أمر بالاعتراف وتنفيذ حكم تحكيمي، ويجب إثارتها من الطرف الذي يحتج ضده بالحكم التحكمي وتتمثل فيما يلي:

الفرع الأول: أسباب الرفض المتعلقة باتفاق التحكيم

جاء في المادة 5(1) من اتفاقية نيويورك:" لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلّا إذا قدّم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليه الاعتراف و التنفيذ، الدليل على أن أطراف الاتفاق المنصوص عليهم في المادة الثانية كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عدد من الأهلية و أنّ الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعت له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم".

1-أسباب الرفض المتعلقة بأهلية الأطراف وصحة اتفاق التحكيم.

لم تضع اتفاقية نيويورك قانونا يطبق على أهلية الأطراف، إنما تركته على الأطراف.

يوجد نظامان يحدّدان القانون الشخصي، قد يكون جنسية الشخص كما هو معمول به في الجزائر و قد يكون قانون الموطن كما هو معمول به في أمريكا. وقد أحالت القضية إلى القانون المتفق عليه بين الأطراف قبل أي قانون آخر (مبدأ قانون سلطان الإرادة)

2-رفض التنفيذ لتجاوز المحكّم المهمة التي أسندت إليه في اتفاق التحكيم.

يجب على الهيئة أن تفصل دون زيادة أو نقصان، فهي ملزمة في كل طلبات الخصوم التي تنظمها الاتفاقية.[1]

الفرع الثاني: الأسباب المتعلقة بسير الخصومة التحكيمية

1-عدم مطابقة تشكيل هيئة التحكيم أو الإجراءات لاتفاق التحكيم أو قانون مقر التحكيم.يهدف التنظيم القانوني لتشكيل هيئة التحكيم إلى ضمان مبدأ العدالة و المساواة بين الأطراف، لقد رتّبت عنها اتفاقية نيويورك عام 1958 الاعتراف و التنفيذ و رتّبت عنها القوانين الداخلية للدول، البطلان أو رفض الاعتراف و التنفيذ.

[1]- د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة و النشر و التوزيع، عمان (الأردن) ، 2006، ص 374 و 375

و بالرجوع لنص المادة الخامسة الفقرة 1 (د)، يقوم على إرادة الأطراف و في حالة غياب الإرادة يقوم على قانون البلد الذي قام فيه بلد التحكيم، أي تجاوز للقواعد الإجرائية المتفق عليها يؤدي إلى البطلان.

2-عدم احترام مبدأ الوجاهية وحقوق الدفاع.

يعتبر مبدأ حقوق الدفاع من المبادئ الأساسية التي نصّت عليها القوانين المختلفة، يرتّب أي إخلال بهذا المبدأ عدم تنفيذ حكم التحكيم أو إبطاله، و يقوم هذا المبدأ على المساواة بين الخصوم بخصوص تقديم كل ما يرونه مناسبا لقضيتهم.[1]

الفرع الثالث: الأسباب المتعلقة بالحكم التحكيمي

جاء في المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الفقرة 1 (هـ):" اذا كان حكم التحكيم لم يصبح ملزما للأطراف أو قد ألغي أو أوقف تنفيذه بمعرفة السلطة المختصة للدولة الذي صدر فيها أو الدولة التي يطبق قانونها. يجسد هذا النص صورتين لحالة حكم التحكيم و هما:

أوّلا: شرط عدم إلزامية الحكم التحكيمي.

جاءت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 لتنصّ على شرط أن يكون الحكم لم يصبح ملزما للأطراف، ولم تضع الاتفاقية شرط أن الحكم لم يصبح قابلا للتنفيذ، لكنها لم تعط مفهوما لمصطلح "ملزم "، بحيث يعرّف بعض الفقهاء الإلزامية استنادا على طرق الطعن الممكنة ضد الحكم التحكيمي، فالحكم الإجباري هو الحكم غير القابل لأي طريق من طرق الطعن العادية حتى و لو كان قابلا للطرق غير العادية.

لكن لا مجال للقول بأنّ الحكم لم يصبح ملزما لأنّ الحكم التحكيمي الصادر عن اتفاقية التحكيم بإرادة الأطراف فهو ملزم بمجرد صدوره.

ثانيا: شرط أن يكون الحكم قد تمّ إلغاؤه أو وقف تنفيذه.

يجب على الخصم تقديم الدليل على أنّ الحكم قد ألغته السلطة المختصة في البلد الذي صدر فيها أو البلد الذي صدر وفق قانونها و هذا ما يدل على أهمية مقر التحكيم و القانون الذي اختاره الأطراف في اتفاقية نيويورك، فإذا كانت دعوى الإبطال سائرة في دولة المقر أو التي صدر فيها الحكم وفق قانونها و طلب الخصم إصدار أمر التنفيذ، فإنّ هذه السلطة تستطيع أن تأجّل إصدار أمر التنفيذ إلى غاية البت في القضية.[2]

[1]- عبد الله عبد اللطيف علي القماطي، الطعن في حكم التحكيم في المنازعات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة لبعض التشريعات الدولية)، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون ، معهد البحوث و الدراسات العربية، القاهرة2005.، ص 278.
[2]- قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، مرجع سابق، ص 314.

لم تحدّد اتفاقية نيويورك الأسباب التي تؤدي إلى الغاء الحكم التنفيذي أو إيقاف تنفيذه و تركت التقدير للسلطة المختصة، بينما حاولت اتفاقية جنيف 1961 توضيح هذه الأسباب و المتمثلة في الإخلال في حق الدفاع و تجاوز المحكّم نطاق مهمته، وعدم مراعة الإجراءات.

-رفض الاعتراف والتنفيذ لأسباب يمكن إثارتها من طرف السلطة المختصة في بلد التنفيذ من تلقاء نفسها.

القانون بلد التنفيذ لا يجبر تسوية النزاع عن طريق التحكيم.

- القانون الواجب التطبيق على القابلية للتحكيم من طرف هيئة التحكيم.

-عدم مخالفة حكم التحكيم للنظام العام.[1]

المبحث الثاني: الطعن في أحكام التحكيم

تخضع طرق الطعن أمام قضاء الدولة لنظام خاص، أكثر تضييقا عندما يتعلق الأمر بالتحكيم من أجل ضمان فعاليته أو فعالية الأحكام و يختلف في عدة جوانب عن النظام في الأحكام القضائية العادية، فالقانون الجزائري الذي تمّ تطويره ليتناسب مع الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر يضع ثلاثة طرق للطعن.

يجب التمييز بين هذه الطرق التي تمس أوامر التنفيذ (المطلب الأول) و طريق الطعن بالبطلان (المطلب الثاني) و أسباب الإبطال (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الطعن في أوامر تنفيذ الأحكام

ذهبت معظم التشريعات إلى التمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي ففي الأوّل يجوز الطعن عن طريق اعتراض الغير عن الخصومة، كما يمكن استئناف الحكم في أجل محدّد من تاريخ النطق به، طبقا للقواعد العامة والقانون الجزائري ،كما يمكن استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل خمسة عشر يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي، أمّا في التحكيم الدولي فلا يجوز استئناف أحكام التحكيم ولا يقبل أي طريق من طرق الطعن إلّا أنّ بعض التشريعات نصّت على إمكانية الاستئناف في الأوامر القضائية الرافضة لتنفيذ الحكم التحكيمي ،كما نصّ المشرع الجزائري على الطعن.

الفرع الأول: الاستئناف

حاول المشرّع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد تقليص حالات الطعن إلى أقصى عدد ممكن، وما على القاضي إلّا احترام القرارات الصادرة عن المحكّمين، ولا يقتصر دوره إلّا على التفحّص المحصور في

[1]- محمود احمد بربري، المرجع السابق، ص280.

مجال محدّد، والمتمثل في مراقبة ما مدى وجود فرق واضح للنظام العام الدولي. يمكن اللّجوء إلى المراقبة المنصوص عليها في المواد: 1051 و1052و1054 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفرنسي الجديد اقتبست منه العديد من قوانين الدول، مكّن القاضي من إجراء فحص القرار التحكمي أكثر عمقا واتساعا.

إذا كان استئناف القرار التحكمي مستبعدا فإنّ استئناف الأمر القضائي الرافض لإعطاء الصيغة التنفيذية للقرارات التحكيمية أو الاعتراف بها[1]. يقبل الاستئناف في الداخل او الخارج حسب معظم القوانين.

ا–استئناف الأمر القضائي الرافض منح الصيغة التنفيذية:

لا ينفّذ القرار التحكمي في أي بلد إلّا بعد موافقة قضائها على إدخاله ضمن نظامها القانوني من خلال الاعتراف و إعطاء الصيغة التنفيذية، من أجل ذلك يقوم القاضي بمراقبة مدى ملائمة القرار التحكمي للنظام العام فالمشرّع الجزائري نصّ في المادة 1055 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على هذا الاستئناف بشكل عام دون تحديد أي شروط و أعطى الاختصاص للمجلس القضائي الذي يتبعه القاضي الذي أصدر قرار الرفض في أجل شهر ابتداء من تاريخ التبليغ محل الطعن.

أمّا من حيث الإجراءات، فلم ينص المشرّع الجزائري ولا القانون الفرنسي على الإجراءات دعوى الاستئناف قرار رفض الاعتراف أو التنفيذ، فهل ينسب هذا السكوت إلى الرجوع إلى القواعد العامة أو يكون على شكل تظلم.

و الاتفاقيات الموجهة لآليات استئناف أو أمر رفض الاعتراف و التنفيذ المنصوص عليها في التشريع الفرنسي و كذلك الجزائري، مسألة الآجال بحيث نصّ المشرّع على أجل الشهر من تاريخ التبليغ، لكن الطرف الطاعن في الأمر هو نفس الطرف الذي يقوم بتبليغ خصمه بقرار الرفض يبقى الأجل مفتوحا أمامه للاستئناف، و بالتالي يزول مفعول الأجل، كما نصّ القانون الجزائري و الفرنسي على أنّ الاستئناف يرفق التنفيذ، لكن أي تنفيذ يمكن أن يوقفه إذا كان الحكم التحكمي لم يحصل على الاعتراف و لا الصيغة التنفيذية جراء القاضي الأمر لهما[2].

ب) استئناف أمر الاعتراف والتنفيذ للأحكام التنفيذية الصادرة بالخارج:

إذا كان أمر التنفيذ الصادر في الداخل محصّن من أي جهة قضائية، فإنّ الحكم التحكيمي الصادر في الخارج لا يقبل الطعن بالإبطال أمام القاضي الوطني، حرصا على عدم المساس بالسيادة الأجنبية.

[1]– د. حفيظة السيد الحداد ص 477–480

[2]– بوكريطة موسى، مرجع سابق ص 127/126

وتحقيقا لمبدأ العدالة أتاح المشرّع للطرف الخاسر للدعوى في الحكم الذي صدر في الداخل، طريق الطعن بالبطلان وفتح المجال لخصمه باستئناف الأمر القضائي الرافض للاعتراف ومنح كذلك في حالة الحكم التحكمي الصادر في الخارج، أحد الطرفين حق استئناف رفض الاعتراف التنفيذ وأعطى الطرف الآخر حق استئناف الأمر القضائي الذي يمنح الصيغة التنفيذية أو الاعتراف.

فحدّدت بعض التشريعات العيوب التي يجب الاستناد عليها لقبول الاستئناف فوضع المشرّع الجزائري ستة حالات ذكرت في المادة 1056[1] التي تنص على " لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلّا في الحالات الآتية:

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

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

3 -إذا فصلت محكمة التحكيم في حكم يخالف المهمة المسندة إليها.

4 -إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

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

6 -إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

وضع المشرّع الفرنسي 5 حالات في المادة 1502:[2]

" لا يجوز استئناف القرار الذي يعترف بالحكم التحكيمي أو يمنعه الصيغة التنفيذية إلّا في الحالات التالية:

1-إذا فصل المحكّم النزاع دون عقد تحكيمي أو بناء على عقد تحكيمي باطل أو انتهت مدته.

2-إذا لم يتم تشكيل المحكمة التحكيمية بصورة قانونية أو لم يتم تعيين المحكم الوحيد وفقًا للأصول.

3-إذا فصل المحكم النزاع دون التقيد بالمهمة التحكيمية التي عهد بها إليه.

4-إذا لم يتم احترام مبدأ الوجاهية.

5-إذا كان الاعتراف بالحكم التحكيمي أو تنفيذه مخالفًا للنظام العام الدولي."

[1]-المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، مرجع سابق.
[2]- المادة 1502 من قانون الإجراءات المدنية الجديدة، الفرنسي(NCPC)

كما أنّ الغاية من استئناف حكم قضائي هي اللّجوء إلى الدرجة العليا طلبا لمراجعة أو إلغاء الحكم عن الدرجة الدنيا من درجات التقاضي حيث تفصل جهة الاستئناف من جديد من حيث الوقائع و القانون ، بينما في استئناف أمر الاعتراف أو التنفيذ لا يجوز لقاضي استئناف التطرق إلى موضوع النزاع التحكمي، و لا تعتبر جهة استئناف درجة ثانية لأن الجهة التي فصلت في النزاع هي جهة تحكيمية مستقلة عن كل الجهات القضائية و القرار الذي يصدر عنها لا يؤدي إلى إلغاء أو تعديل حكم التحكيم بل يعطل تنفيذ في بلد القاضي فقط دون أن ينزع عنه حجته أو يمنع تنفيذه في بلد آخر.

يتم الطعن وفق الإجراءات العادية النصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية، و يؤدي رفض استئناف أمر الاعتراف إلى منح الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم تلقائيا.

فيما يتعلق بالمساهمة المالية أعطت الهيئة التحكيمية مفهوما واسعا لمسألة العروض.

بالنسبة للمدة المحددة لا يوجد معيار موضوعي حسب هيئة التحكيم وترى بأنّ مدّة 50 شهرا كافية لتحقيق المطلوب.

فيما يخص المخاطر فإنها تحققت من جراء فسخ العقد.

استخلصت الهيئة أن الخلاف المطروح على هيئة التحكيمية له علاقة مباشرة بالاستثمار.

واعتبرت الهيئة التحكيمية أن النزاع بين دولة متعاقدة ومستثمر دولة متعاقدة أخرى ورأى بأنها مختصة للنظر في الدعوى.

دفع الطرف الجزائري بأنّ موضوع النزاع لا يدخل في نطاق الاتفاقية الثنائية بحيث لا يشمل تعريف الاستثمار[1].

ثم إنّ التشريع المعمول به في الجزائر في المرسوم التشريعي رقم 12/93 المتعلق بترقية الاستثمار بشرط التصريح بالاستثمار لدى الوكالة الوطنية لترقية الاستثمار(APSI) لكن المؤسسة الإيطالية (LESI) أبرمت العقد مع الوكالة الوطنية للسدود (ANB) و لم تنشر أي وثيقة لمصطلح الاستثمار كما أنّ الصفقة خضعت لتأشيرة اللّجنة الوطنية للصفقات العمومية و (LAPSI) و بالتالي فهي صفقة عمومية في مفهوم المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 9نوفمبر 1991 المتعلق بالصفقات العمومية.

[1]– جمعة صالح حسين عمر تنفيذ أحكام القضاء و التحكيم الدوليين و أثر دلك على مبدأ السيادة، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، جامعة أسيوط ، مصر 2004

يتبين ممّا سبق أنّ موضوع النزاع لا يدخل ضمن اختصاص المركز (CIRDI) بل يقتصر على الهيئة على مدى خرق الاتفاقية المذكور و اعتبرت الحل الودّي ليس شرطا جوهريا يمكن تجاوزه، و تركّز هذه الهيئة على أن العقد المبرم بين الطرفين يمكن اعتباره استثمارا على أساس المادة الأولى من الاتفاقية.

كما دفعت الجزائر بأنها لم تبلغ بإنشاء المجتمع الذي تم بتاريخ 20ديسمبر 1993 بالرغم من إبرام الصفقة بعد هذا التاريخ.

بعد إطلاع هيئة التحكيم على القانون الإيطالي لم تجد ما ينص على أن تأسيس المجتمع يؤدي إلى حقوق و واجبات المؤسسات المكونة له ممّا يدل على أن أي قرار تحكيمي يصدر لصالحه أو ضده لا يلزم المؤسسة. أصدرت هيئة التحكيم قرارها بتاريخ 10 جانفي 2005 قضى فيه برفض الدعوى لانعدام الصفقة لدى المدّعي مؤكدا حق كل من الشركتين من رفع دعوى جديدة باسمها أمام المركز(CIRDI) .

من خلال هذه القضية تبين لنا أن:

1- أصبحت هيئات التحكيم تتوسع في تعريف الاستثمار.
2- التوسع في مفهوم النزاع القانوني و ارتباطه بالاستثمار.
3- اعتماد الهيئة مبدأ بدون الاتفاق يكفي الإشارة اليه.
4- الحل الودّي و الأجل الممنوح لا يعتبران إجراءين قبل اللّجوء للتحكيم الدولي[1].

الفرع الثاني: الطعن بالنقض

استحدث المشرّع الجزائري طرق الطعن بالنقض في قرارات القاضي الرافضة للاعتراف و اعطاء الصيغة التنفيذية بحكم التحكيم و أوامر الاعتراف و التنفيذ للأحكام التحكيمية الصادرة في الخارج فلا القانون الفرنسي أو المصري أو السويسري أشاروا إلى الطعن بالنقض.

لقد جاء في المادة 1061 من ق إ م إ و التي نصّت على "تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و 1056و 1058 أعلاه قابلة للطعن بالنقض. لم يحدّد الحالات التي يجب الاستناد عليها لتقديم الطلب و الإجراءات الواجب اتباعها أمام المحكمة العليا بمناسبة الطعن، و يعتبر الطعن بالنقض من طرق الطعن غير العادية حيث جاء في المادة 349 من ق إ م إ ج "تكون قابلة للطعن بالنقض الأحكام و القرارات الفاصلة في موضوع النزاع و الصادرة في آخر درجة من المحاكم و المجالس القضائية".

[1]-د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 477-480

بتطبيق هذا النص على القرارات التحكيمية يمكن ملاحظة ما يلي: القرارات الصادرة عن المجالس القضائية في المسائل المتعلقة بالتحكيم لا تفصل في موضوع النزاع ، فأمر القاضي الرافض للاعتراف بالقرارات الصادرة بالخارج فيطعن فيهما بالاستئناف أمام المجلس القضائي المختص إقليميا على أساس توافر حالة على الأقل من الحالات المنصوص عليها حصرا في القانون .و إذا تحقّق ذلك يرفض المجلس الطعن في النقض المنصوص عليه في مواد التحكيم و الذي يختلف من حيث الموضوع عن الطعن بالنقض في الأحكام القضائية كما أنّ النص المذكور في المادة السابقة على الأحكام الصادرة في آخر درجة يدل على وجود درجات مختلفة للتقاضي ،بينما الاستئناف المنصوص عليه في قانون التحكيم لا يمكن اعتباره أعلى درجة و لا يترتب على القاضي وقف التنفيذ الحكم ، ما عدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم و في دعوى التزوير[1].

المطلب الثاني: الطعن بالبطلان

نصّ القانون الجزائري و غيره من قوانين التحكيم على تحصين القرار التحكيمي، فأغلق باب المراجعة للقرارات الصادرة خارج الجزائر، بينما سمح بالطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الجزائر وفقا لإجراءات محدّدة و بناء على أسباب تنحصر في مسائل شكلية إجرائية حدّدها على سبيل الحصر.

يهدف الطعن بالبطلان إلى منع تنفيذ القرار التحكيمي بسبب عيب جوهري، بعدما اكتسب القوة الإلزامية و القابلية للتنفيذ، لكنّه ليس طريقا للاستئناف بحيث يختلف عنه من حيث الشكل و الموضوع، إذا لم تسمح بفحص الوقائع المادية و الوثائق التي أسّست عليها محكمة التحكيم حكمها، فالخطأ في تقدير الوقائع أو الخطأ في القانون لا يؤدي إلى بطلان الحكم مهما كانت جسامته.

استمدّت معظم القوانين الوطنية أحكام بطلان القرارات التحكيمية من المادة 34 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي التي أجازت طلب الإلغاء في حالات أوردتها على سبيل الحصر فأصبح حكم التحكيم غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن المقررة للأحكام القضائية، بل يجوز رفع دعوى مبتدئة بطلب بطلانه، و تعتبر طريقا استثنائيا مقتصرا على أسباب محدّدة على سبيل الحصر[2].

يرفع الطعن بالبطلان أمام المجلس القضائي الذي أصدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه بالنسبة للقانون الجزائري و أمام محكمة الاستئناف الذي صدر فيه حكم التحكيم 1060 من ق ا م ا ج (يوقف تقديم الطعون و أجل ممارستها المنصوص عليها في المواد 1055 و 1056 و 1058 تنفيذ أحكام التحكيم).

[1]– عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2006 ،ص349

[2]– إبراهيم رضوان الجغبري ، بطلان حكم المحكم، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان الأردن 2009 ص 114

يوقف الطعن بالبطلان بالإيجاب أو بالسلب في فعالية الأحكام التحكيمية و تتمثل الجوانب الإيجابية في مراقبة الجوانب الشكلية في حكم التحكيم، و يتحقق من عدم وجود أي سبب من الأسباب التي حدّدتها القوانين على سبيل الحصر، إلّا أنّ اعطاء دولة مقر التحكيم الاختصاص الحصري في دعوى الإبطال يثير إشكالا إذا كانت الدولة مقر التحكيم بعيدة كل البعد عن النزاع إذا اختار الأطراف قانون غير قانونها لتطبيقه على الإجراءات أو موضوع النزاع.

الفرع الأول: أسباب الطعن في الحكم التحكيمي في القانون الجزائري

لقد حصر المشرع الجزائري حالات الإبطال في المادة 1056 من ق ا م ا ج و أحال اليها من المادة 1058 المتعلقة بالبطلان[1]، أمّا المشرّع الفرنسي فقد حصرها في المادة 1502 من قانون إجراءات المدنية الجديد NCPN

و معظم هذه الأسباب في القوانين الجزائرية تتعلق أوّلا بالأسباب المتعلقة باتفاق التحكيم.

- انعدام اتفاقية التحكيم (مع تقديم الدليل للسلطة القضائية).
- بطلان الاتفاقية بسبب الشروط العامة للرضا والمحل و السبب والشروط الخاصة بالالتزامات التحكيمية.
- مخالفة هيئة التحكيم للهيئة التي أسندت إليها (الاختصاص بالاختصاص وعدم تجاوز سلطتها).
- إنّ إبطال الحكم التحكيمي بسبب انعدام اتفاق التحكيم تثير إشكالا في منازعات عقود الاستثمار الدولي لأنّ مؤسسات التحكيم الدولية استبعدت شرط الموافقة للّجوء إلى التحكيم إذ يكفي أن تدرج الدولة المضيفة في تشريعاتها الداخلية لاسيما المتعلقة بحماية و تشجيع الاستثمار بها، بنودا تمثل إمكانية إخضاع المنازعات بين المستثمرين الأجانب إلى التحكيم المؤسّسي خاصة المركز الدولي (CIRDI) كما حدث في قضية سد كدية أسردون بولاية البويرة ، انعقد فيها الاختصاص استنادا للفقرة الثانية (ب) من الاتفاق الثنائي المبرم بين الجزائر و إيطاليا حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمار رغم رفع الجزائر بعدم وجود اتفاق تحكيمي مكتوب بين الأطراف[2].

الفرع الثاني: الأسباب المتعلقة بصحة إجراءات التحكيم

يوفر إبطال حكم التحكيم، لأسباب متعلقة بإجراءات التحكيم ضمانات أساسية و جوهرية لنظام التقاضي أمام الهيئات التحكيمية، فقد قضت القوانين التحكيم على الهيئة تشكيل محكمة التحكيم في حالة عدم اتفاق أطراف النزاع على طريقة تشكيلها و كل تشكيل يخالف ذلك يعرّض الحكم للإبطال.

[1]– عبد الحميد الأحدب، قانون التحكيم الجزائري الجديد ص 214–215

[2]–بشار محمد الاسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات الاستثمار الدولية، دراسة في ضوء أحكام التحكيم و الاتفاقيات الدولية و التشريعات الوطنية، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان 2009

الفرع الثالث: الأسباب المتعلقة بمحتوى الحكم التحكيمي

وضع المشرّع الجزائري سببين يتعلقان بمحتوى القرار التحكيمي.

فلا المشرّع الفرنسي ذكر السبيب في المادة 1502 من ق ا م سنة 1981، و لا المشرّع السويسري تطرق اليه في المادة 190، كما أنّنا لا نجده في المادة 53 من قانون المرافعات المصري سنة 1994.

1-مخالفة حكم التحكيم للنظام العام

استأنف القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ للحكم التحكيمي الصادر خارج الجزائر و يمكن أن يبطل الحكم الصادر في الجزائر في مجال التحكيم الدولي إذا كان مخالفا للنظام العام و لا يختلف عن القانون الفرنسي، القانون السويسري في هذا النص.[1]

لا يؤدي إبطال الحكم في أي دولة بسبب مخالفته للنظام العام الدولي بمفهومه الضيق إلى إبطاله حتما في دولة أخرى نظرا لاختلاف مفهوم النظام العام من دولة إلى أخرى، لم يكتف المشرع الجزائري بنصّه على النظام العام الدولي، بل خالف الأنظمة القانونية الأخرى و اشترط تسبيب أحكام التحكيم و إلاّ كانت باطلة.

2-عدم تسبيب الحكم أو تناقض في الأسباب

يجب على المحكم أن يبين الوقائع و الأدلة التي يستند إليها قراره و أن يحدد المبدأ القانوني الذي صدر تطبيقا له بهدف اطمئنان خاسر الدعوى لعدالة الحكم.

تزداد أهمية التسبيب في مجال التحكيم الخاص لمنازعات الاستثمار حيث تطرح المسألة العامة في الميزان و يجعل الدولة ملزمة بالشفافية في مواجهة مواطنيها، حتى أنّ بعض التشريعات ذهبت لاعتبار التسبيب من النظام العام و جعلت كل قرار تحكيمي غير مسبّب معرّض للبطلان.[2]

الفرع الرابع: نموذج عن قضية تحكيمية:

1- قضية HILMARTON

دامت هذه القضية أكثر من عشر سنوات كادت تعصف بتوازن النظام القضائي الفرنسي لو لا تدخل محكمة النقض الفرنسية، سنتطرق إلى تفاصيل كل مرحلة مرّت بها القضية، فلأسباب منهجية و تنظيمية نقسّم هذه المراحل إلى جزأين، الإجراءات التي تمت بسويسرا و الإجراءات التي تمت بفرنسا.

---

[1]- المادة 1056 (الفقرة 6) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،

[2]- د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و الأنظمة الوضعية)، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر 2006،ص 411.

الإجراءات التي تمت بسويسرا:

أبرمت الشركة الفرنسية OTV OMNIUM de traitement et de valorisation عقدا مع الشركة الإنجليزية HILMARTON 12 ديسمبر 1980،حيث أنّ الشركة الفرنسية تلجأ للشركة الإنجليزية لأخذ استشارات قانونية و إدارية و ضريبية، و تسعى لدى السلطات الجزائرية لتسهيل حصول الشركة علي صفقة أشغال عمومية لإقامة شبكة مجاري Un réseau d'assainissement بمدينة الجزائر العاصمة، مقابل دفع شركة OTVنسبة 4 % من قيمة عقد HILMARTON .و قد تضمّن العقد المبرم بينهما في حالة أي خلاف تحول إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية CCI على أن يجرى التحكيم في جنيف السويسرية و يطبق قانون مقاطعة جنيف.

في سنة 1980 حصلت الشركة OTV على صفقة مع الحكومة الجزائرية فدفعت 2%من المبلغ المتفق عليه مع HILMARTON ، و امتنعت عن تسديد النصف الآخر بحجة أنّ الشركة الإنجليزية لم توف بالتزاماتها بشكل تام.

رفضت شركة OTV كل المطالبات التي قامت بها شركة HILMARTON فالتجأت هذه الأخيرة إلى طلب تحكيم لدى غرفة التجارة الدولية CCI، و تم تعيين محكّم وحيد بمدينة جنيف، فدفعت OTV ببطلان العقد المبرم بينهما على أساس خرقه للقانون الجزائري الذي كان يمنع الوساطة في مجال إبرام الصفقات العمومية. صدر القرار التحكيمي بتاريخ 19 أوت 1988 و جرى التحكيم و فق القواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية CCI حيث رفضت بموجبه طلبات الشركةHILMARTON من طرف المحكّم الوحيد مؤسسا حكمه علي دفع شركةOTV ،حيث اعتبر أن العقد المبرم بينهما فيه خرق واضح للقانون الجزائري الواجب التطبيق و الذي يمنع بشكل قطعي دفع عملات للحصول على التعاقد مع الحكومة الجزائرية " و أكد أنّ هذا القانون يتضمن مبدأ أساسيا يجب احترامه من طرف كل الأنظمة القانونية التي ترغب في محاربة الرشوة، و أن المساس بهذا المبدأ يعتبر مساسا بالنظام العام في سويسرا، علما بأن القانون السويسري هو القانون الذي اختاره الأطراف ليطبق على الخصومة التحكيمية، " و على ذلك أنّ العقد المبرم بين الشركتين باطل.

تقدمت شركة HILMARTON لمحكمة مقاطعة جنيف بطلب إبطال الحكم التحكيمي، فأصدرت المحكمة قرارها بتاريخ 17 نوفمبر 1989، أبطلت بموجبه الحكم التحكيمي المتنازع عليه. على أساس أنّه لم يثبت للمحكمة دفع رشاوي من طرف الشركة الإنجليزية لموظفين في الإدارة الجزائرية، و أعمال الوساطة الدولية لا تخالف النظام العام السويسري، بالإضافة إلى أنّ الشركة HILMARTON قامت بالالتزام بكل التزاماتها و بالتالي تستحق الحصول على عمولتها.

طعنت شركة OTV أمام المحكمة الفيدرالية السويسرية ضد حكم محكمة استئناف جنيف، فأصدرت المحكمة الفيدرالية السويسرية قرارها يوم 17 افريل 1990 ، رفضت بموجبه الطعن و أيّدت حكم محكمة مقاطعة جنيف، مؤكدا بأنّ شركة HILMARTON قامت بعمل مشروع لا يخرج عن مهمة المساعد على التعاقد، فالعقد المبرم بين الطرفين صحيح حسب القانون السويسري، خلصت المحكمة الفيدرالية "أنّ العقد الذي يخرق قانونا أجنبيا لا يمكن اعتباره متعارضا مع النظام العام السويسري إلّا بشروط، و اعتبرت القانون الجزائري الذي يمنع الوساطة يشكل في منظور القانون السويسري انتهاكا كبيرا للحرية التعاقدية و لا يمكن أن يسمو على المبادئ العامة و الأساسية في القانون السويسري المرتبطة بحرية التعاقد ."أبطل الحكم التحكيمي بتاريخ 19 أوت 1988 حيث رفضت المحكمة الفيدرالية السويسرية طعن شركة OTV و أيّدت حكم المحكمة مقاطعة جنيف ،أصدر قراره في 10 افريل 1992 بإدانة OTV و ألزمها بدفع كل المستحقات المنصوص عليها في العقد لصالح شركة HILMARTON ،بعد تدخّل القضاء الفرنسي الذي طلب منه الاعتراف و التنفيذ لمختلف الأحكام بدأت القضية تتعقد.

الإجراءات التي تمّت بفرنسا:

فقد أصدر رئيس المحكمة الابتدائية بباريس TGI أمر بتنفيذ الحكم التحكيمي الأول الصادر في جنيف 19 أوت 1988 ، بقرار صادر في 27 فيفري 1990،أيدته محكمة استئناف باريس بتاريخ 19 ديسمبر 1991.

أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارها في الطعن بالنقض الذي قدمته شركة HILMARTON بتاريخ 23 مارس 1994، و مما جاء في حيثيات قرار محكمة النقض الفرنسية عبارة " أنّ القرار التحكيمي الصادر في سويسرا هو قرار دولي لم يدمج في النظام القانوني لهذه الدولة، و أنّ اعتراف القضاء الفرنسي بالقرار التحكيمي الذي صدر حكم قضائي بإبطاله في دولة المقر لا يتعارض مع المفهوم الفرنسي للنظام العام الدولي".

تسارعت الأحداث في هذه القضية حيث توجهت شركة HILMARTON إلى المحكمة الابتدائيةTGI لمدينة NANTERRE بالحصول على أمر بتنفيذ قرار المحكمة الفيدرالية السويسرية ،فأعلنت المحكمة الابتدائيةTGI يوم 22 سبتمبر 1993 أنّ قرار المحكمة الفدرالية السويسرية قابل للتنفيذ بفرنسا. توجهت أيضا شركة HILMARTON إلى المحكمة الابتدائيةTGI بتنفيذ الحكم التحكيمي الثاني الصادر في سويسرا لصالحها بتاريخ 25 فيفري 1993. طرح القراران أمام محكمة استئناف VERSAILLES التي فصلت فيهما بقرار صادر بتاريخ 29 جوان 1995 ، أعلنت تأييدها للقرارين .

بعد كل هذه الأحداث وصلت القضية إلى أقصي درجات التعقيد و التشويق لا يستطيع أحد أن يتنبأ بمصيرها.

و بتدخل من محكمة النقض الفرنسية بعد طعن تقدمت به شركة OTV ضد قراري محكمة الاستئناف VERSAILLES و أصدرت حكمها بتاريخ 10جوان 1997، المتمثل في إلغاء الحكمين السابقين دون إحالة استناد للمادة 1351 من القانون المدني الفرنسي و الخاصة بحجية الأمر المقضي به،كما قدّمت أسباب قرارها بعد تحليلها للقضية. فبعد هذا الحكم لم يبق قائما سوى الحكم الصادر بشأن تنفيذ القرار التحكيمي الأول 1988. أعدّ الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية التماسك للقضاء الفرنسي في مجال الاعتراف بأحكام التحكيم التي تمّ إبطالها في دولة المنشأ.[1]

2- التعليق على القضية:

لقد جسّد القضاء الفرنسي لموقفه الرامي إلى اخضاع أحكام التحكيم الصادرة خارج أراضيه للقانون الفرنسي، وبشكل خاص المادة 1502 من قانون الإجراءات الجديد لإقرار تنفيذها دون النظر إلى أحكام البطلان الصادرة عن قضاء دولة المنشأ مستندا على المادة السابعة من اتفاقية نيويورك 1958.

و توصل كذلك إلى الحل بفضل محكمة النقض الفرنسية لتجنّب الأمر لتنفيذ حكمين تحكيميين متناقضين استنادا إلى المادة 134 من القانون المدني الفرنسي. إنّ صدور حكم نهائي عن القضاء الفرنسي يعترف و يأمر بتنفيذ حكم تحكيمي، يمنع الاعتراف بأي حكم تحكيمي يتعارض معه و يخص نفس الأطراف و نفس الموضوع استنادا إلى حجية الشيء المقضي به و الملاحظ أنّ قرار محكمة النقض القاضي بالاعتراف بالحكم التحكيمي الأول يتناقض مع قرار القضاء السويسري القاضي بإبطاله، لكن القضاء الفرنسي اعتبر القرار الباطل بالخارج لا يمس النظام العام الفرنسي.

فمهما كانت المبرّرات فالقضية لم تحل بصفة نهائية، بدليل اعتراف القضاء الفرنسي بحكم باطل في سويسرا و اعتراف القضاء السويسري بقرار تحكيمي ثان يناقض الأول و في نفس القضية، فيمكن أن تؤثر مثل هذه القرارات فيميزان التحكيم الدولي، بحيث يتجه كل طرف إلى الدولة التي يناسب قانونها و قضائها الحكم الذي صدر لصالحه عند تنفيذه.

[1] Citée par :TRARI-TANI MOSTEFA, Droit algérien de l'arbitrage commercial international,op,cit,p 150-151

ملخص الفصل

تمرّ إجراءات طلب الأمر بالتنفيذ مرورا إجباريا بقضاء الدولة المضيفة للاستثمار لتنفيذ حكم التحكيم و يتم إعطاء الأمر في الجزائر مثلا من قبل القاضي الجزائري وفق القواعد المنصوص عليها في ق ا م ا و بناء على المعاهدات الدولية التي صادقت عليها لا سيما اتفاقية نيويورك 1958 و اتفاقية واشنطن 1965، حيث تطرقنا إلى الجهة المختصة في منح أمر التنفيذ في القانون الجزائري و القانون المقارن و حدّدنا شروط و آليات الاعتراف بالحكم التحكيمي في القانون الجزائري و المقارن و كذلك وفق اتفاقية نيويورك.

كما تطرقنا بالتفصيل الى الأسباب المتعلقة برفض الاعتراف و التنفيذ.

و في الأخير تطرقنا إلى الطعن في أحكام التحكيم في القانون الجزائري و بعض القوانين المقارنة.

الخلاصة العامة:

نظرا لأهمية اتفاق التحكيم الدولي لتحديد مضمون النزاع وتسهيل مهمة المحكمين منذ بداية الإجراءات إلى غاية نهايتها، و من أجل نجاعة اتفاق التحكيم يجب تحديد اتفاق التحكيم بدقة، لأنه يحدّد مسار العملية التحكيمية ويتحدد وفقه مدى تحقيق أهداف المتخاصمين وهذا ما أشار إليه القانون الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 المادة 1011، المتضمنة تعريف اتفاق التحكيم وبقية المواد المنظمة له.

ورأينا في الفصل الثاني كيف كرّست القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية مبدأ إرادة الأطراف من خلال اختيار الهيئة التحكيمية وكذلك اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي، وهذا ما منح الأطراف حرية واسعة في اختيار القوانين التي تناسبهم سواء أكانت وطنية أو أجنبية.

وتطرقنا في الفصل الأخير إلى كيفية تنفيذ حكم التحكيم وذلك بتعرف على الجهات المختصة المانحة لأمر التنفيذ وفق شروط وضعتها القوانين الوطنية، والاتفاقيات الدولية مع الإحاطة بالتفصيل إلى أسباب متعلقة بالرفض والبطلان.

وأخيرا تطرقنا إلى طرق الطعن في أحكام التحكيم في القانون الجزائري وبعض القوانين المقارنة وحددنا ما تميز به القانون الوطني الجزائري عن بقية القوانين وخاصة في مجال الطعن بالنقض الذي أشارة إليه ولم تشر إليه بعض القوانين المعروفة مثل القانون الفرنسي والسويسري والمصري.

الخاتمة

الخاتمة

يعتبر التحكيم وسيلة ناجعة لفضّ النّزاعات الدولية و خاصّة في مجال الاستثمارات، فلا يخفى على أحد أنّ التحكيم أصبح ضرورة واقعية في عصر العولمة، إذ تتعدد الاستثمارات و تختلف أنواعها، و بما أنّ الدّول تلجأ إلى جلب الاستثمارات الأجنبية إليها سعيا منها لتحسين موقعها الاقتصادي و تنمية مواردها، فإنّه من الممكن أن تنشأ الخلافات أو المنازعات التي تتعلق بتلك الاستثمارات نظرا لكون عقود الاستثمار تبرم بين طرفين ينتمي كلّ منهما لنظام قانوني مختلف عن الآخر، فالدولة من جهتها تنتمي للقانون العام و المستثمر الأجنبي ينتمي بدوره للقانون الخاص، إضافة إلى اختلاف قانون الدولة المضيفة عن قانون دولة المستثمر كما قد يختل التوازن العقدي نتيجة لتدخل الدولة كسلطة عامة باتخاذ صورة اصدار تشريعات جديدة أو إصدار قرارات إدارية تجعل من المستثمر ضعيفا و معرّضا لضياع حقوقه.

هذا ما جعل الدول النامية تبحث عن أرضية مناسبة لجلب الاستثمارات الأجنبية إليها، وهذا من خلال سن قوانين جديدة في مجال الاستثمار وفي مجال مختلف القوانين التي تنظم التحكيم و هذا ما تجسّد في القانون 01-03 المتعلّق بتطوير الاستثمارات و قانون الإجراءات المدنية رقم 08-09 ، كما سعت للانضمام للاتفاقيات الدولية الثنائية و الجماعية لتشجيع الاستثمار منها اتفاقية نيويورك 1958 و معاهدة واشنطن 1965 التي صادقت عليهما ، و للإجابة على الإشكالية التي طرحناها في المقدمة و المتمثلة في ما مدى فعالية التحكيم في فض منازعات الاستثمار الدولي، تعرضنا لمراحل التحكيم في القانون الجزائري و بعض القوانين المقارنة و الاتفاقيات الدولية في التحكيم الحر و التحكيم المؤسّسي إلا أنّنا وجدنا أنّ معظم المنازعات تتجه نحو التحكيم المؤسسي و هذا راجع إلى تخصص محكّميه و خبرتهم في مجال عقود الاستثمار، بحيث تشترط هذه المراكز لقبول الدعوى أن يكون النزاع قانونيا و متعلقا بالاستثمار في دولة متعاقدة و رعية دولة متعاقدة أخرى لكن الإشكال الذي يمكن أن تثيره هذه المراكز في كونها أصبحت تقبل التحكيم بدون اتفاق بموجب تشريع وطني أو اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف، و هذا ما تجسّد في فضية سد كدية أسردون بالبويرة، بحيث أنّ المركز أعلن اختصاصه في القضية (إقرار مبدأ الاختصاص بالاختصاص) استنادا لأسباب واهية بحيث حوّلت الهيئة التحكيمية العقد من عقد مقاولة إلى عقد استثمار.

كما تبين لنا من خلال النصوص أنّ بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم لا سيما اتفاقية نيويورك 1958و اتفاقية واشنطن 1965 لم تفصل بشكل قطعي في مسألة فعالية أحكام البطلان فلا هي أجبرت الدول على رفض الاعتراف و تنفيذ الأحكام الباطلة طبقا لقانون دولة المقر، و لا هي منعت صراحة اتخاذ مثل هذا الموقف، و هذا ما يؤثر على القانون الجزائري لأنّ الجزائر صادقت على هاتين الاتفاقيتين.

كما تثير مسألة النظام العام عند تنفيذ الأحكام التحكيمية بسبب اختلافه من دولة الى دولة.

بالرغم من وجود بعض السلبيات الّا أن الإيجابيات كانت أكثر وفعّالة في فض النزاعات بطريقة سريعة و مرضية، كما ساهمت في ترقية التحكيم الدولي.

- كون القواعد المطبقة في مجال التحكيم في عقود الاستثمار قواعد دولية و تعطي للمحكم الحرية الكاملة في تحديد قانون النزاع و قانون اجراءاته بعد إرادة الأطراف.
- تكريس مبدأ الإرادة المشتركة كمبدأ أساسي اعتمدته معظم القوانين و الاتفاقيات الدولية.
- إفراز قواعد خاصة بالتحكيم إلى جانب القوانين المتعلقة بالقانون الدولي المسمّاة بمبادئ الأمم المتحدة.
- كل حكم تحكيمي دولي صادر في أي دولة يعترف به في الدول الأخرى حسب اتفاقية نيويورك إلّا في الحالات الستة التي أقرها القانون الجزائري و الحالات الخمسة التي أقرها القانون الفرنسي.
- أضافت المراكز الدولية المتخصصة في فض نزاعات الاستثمار أكثر اطمئنان للدول المضيفة و المستثمرين الأجانب بفضل قوانينها المدروسة و المتخصصة و بفضل محكميها الذين يملكون خبرة في هذا المجال.

بالرغم من وجود حوافز للجوء للتحكيم في ظل الأنظمة الجديدة و المتمثلة في هذه المراكز المتخصصة، إلّا أنه ينبغي أن نقترح توصيات للاستفادة من الإيجابيات و الابتعاد عن السلبيات التي أفرزتها هذه المنظومة القانونية.

- يجب صياغة عقود الاستثمار من طرف مختصين في هذا المجال و توضيح كل البيانات المتعلقة بالمحكمين و اتفاق التحكيم و سير الإجراءات، و قانون الواجب التطبيق و ما يترتب على إنهاء أو فسخ العقد من تبعات قانونية، و هذا لا يتأتّى إلّا بتكوين إطارات مختصة في جميع الجوانب و بطريقة مستمرة و بمختلف اللّغات.
- الاطلاع الكافي على قوانين و الإجراءات المتبعة في جميع مراكز التحكيم قبل اللّجوء إليها.
- ليس بالضرورة التمسك بالقانون الوطني، يمكن اختيار قانون دولة أخرى العبرة في تحقيق الأهداف المسطرة والبحث عن القانون الملائم الذي يناسب النزاع المطروح.
- يجب أن يكون شرط أو مشارطة التحكيم واضحا في العقد الأصلي لكي نتفادى قاعدة الاختصاص بالاختصاص.
- الاستعانة برجال القانون المتخصصين عند تحرير العقود يمكن الاستفادة من أجانب من دول متقدمة يملكون خبرة في هذا المجال.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

ا- الكتب:

1. إبراهيم رضوان الجغبري، **بطلان حكم المحكم**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن 2009
2. أحمد أبو رقية، **أوراق في التحكيم**، ط1، منشورات جامعة قار يونس، ليبيا،2003
3. أحمد عبد الكريم سلامة، **التحكيم الدولي الداخلي**، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004
4. أسامة محمد شتات، **قانون المرافعات والتحكيم، في المواد المدنية والتجارية**، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2003
5. بشار محمد الاسعد، **الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات الاستثمار الدولية، دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية و التشريعات الوطنية**، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان 2009
6. بلقاسم احمد، **التحكيم الدولي**، ط2، دار هومة، الجزائر،2006
7. خالد كمال عكاشة، **دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار**، ط1، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الأردن، 2014.
8. سائح سنقوقة، **شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، الجزء الثاني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2011.
9. سعد الله عمر، **نظرية المعاصرة**، دار هومة لنشر والتوزيع، الجزائر، 2007
10. عبد الحميد المنشاوي، **التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر،1995.
11. عليوش قربوع كمال، **التحكيم التجاري الدولي في الجزائر**، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004
12. د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة و النشر و التوزيع، عمان (الأردن) ، 2006،
13. قادري عبد العزيز، **الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمار**، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر 2006.
14. لما احمد كوجان، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي**، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان،2008

15. لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة**، دار هومة، 2012

16. محمود مختار احمد بريري، **التحكيم التجاري الدولي**، ط الثالثة، دار النهضة العربية، مصر،2007

17. د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، **التحكيم في القوانين العربية** (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و الأنظمة الوضعية)، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر 2006

18. نريمان عبد القادر، **اتفاق التحكيم**، ط 96، دار النهضة العربية، 1996

ب- الرسائل و المذكرات:

1. بوكريطة موسى، **القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجزائر،2011

2. جمعة صالح حسين عمر، **تنفيذ أحكام القضاء و التحكيم الدوليين و أثر ذلك على مبدأ السيادة**، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، جامعة أسيوط، مصر.

3. عبد الله عبد اللطيف علي القماطي، **الطعن في حكم التحكيم في المنازعات الدولية الخاصة** (دراسة مقارنة لبعض التشريعات الدولية)، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون ، معهد البحوث و الدراسات العربية، القاهرة2005.

4. عيبوط محند وعلي، **الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر**، رسالة لنيل دكتوراه دولة في القانون ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2006

5. معاشو عمار، **الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي، جامعة الجزائر، 1999

6. نورة حليمة، **التحكيم التجاري الدولي**، مذكرة ماستر تخصص إدارة أعمال، جامعة خميس مليانة،2014

ج – المجلات القانونية:

1. بجاوي محمد، **العالم العربي في تحكيم تجارة الدولية**، مجلة المحامون لنقابة المحامين في الجمهورية العربية السورية، العدد.5.6، سنة1992

2. عبد الحميد الاحدب، **قانون التحكيم الجزائري الجديد**، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، جزء الأول، الجزائر،2009

3. د. سيف الدين محمد البلعاوي، **التحكيم الدولي، النظرية و التطبيق**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية و السياسية، العدد رقم 2 لشهر مارس 1989، جامعة الجزائر 1989.

رابعا – النصوص القانونية:

1– الاتفاقيات الدولية:

– اتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجماهرية الليبية، بشأن تشجيع وحماية وضمان الاستثمار، الموقع في سرت بتاريخ 6 اوت 2001، المصادق عليه بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 03-2010، المؤرخ في 5 ماي سنة 2003، الجريدة الرسمية، العدد 33، صادرة بتاريخ 11 ماي 2003

– الاتفاق بين حكومة الجزائر وحكومة جنوب افريقيا، جريدة الرسمية، عدد 41، صادرة بتاريخ 29جويلية 2001

– الاتفاق بين حكومة الجزائر وحكومة كوريا الجريدة الرسمية، العدد 40، صادرة بتاريخ 25جويلية 2001

– الاتفاق بين حكومة الجزائر والمجلس الفدرالي السويسري، الجريدة الرسمية، العدد 45، صادرة بتاريخ 29 جوان 2005

– المادة 6 من الاتفاق الرامي الى تشجيع الاستثمارات بين الجزائر والولايات المتحدة الامريكية، الموقع في واشنطن في 22جوان1990، الجريدة الرسمية، العدد 45، الصادرة بتاريخ 24 أكتوبر 1990.

– المادة 8 من الاتفاق بين حكومة الجزائرية وحكومة الصين الشعبية، المرقع في 20 أكتوبر 1996، الجريدة الرسمية، العدد 77.

– المادة 9 من الاتفاق والبروتكول الإضافي بين الجزائر والحكومة الألمانية، الموقع بالجزائر سنة 1996، الجريدة الرسمية، العدد 58، الصادرة في 8اكتوبر2000.

– المادة 36 من اتفاقية واشنطن، بتاريخ 18مارس 1965.

2– القوانين و الأوامر:

– القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. (الجريدة الرسمية رقم 21 بتاريخ 23-04-2008 ص 3)

– أمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر عدد 47 الصادرة بتاريخ 22 أوت 2001، موافق عليه بمقتضى القانون رقم 01-16 المؤرخ في 21 أكتوبر 2001، ج ر العدد 62 الصادرة بتاريخ 24 أكتوبر 2001

-المادة 17 من قانون المرافعات و التحكيم في المواد المدنية و التجارية المصري.
-قانون رقم 42 لسنة 1993، مؤرخ في 26 أفريل 1993الفصل 55،يتعلق بإصدار مجلة التحكيم التونسية عدد 33 بتاريخ09 ماي 1993.

- المادة 1502 من قانون الإجراءات المدنية الجديدة، الفرنسي(NCPC)

خامسا: المراجع باللغة الفرنسية

- -Goldman la volonté des parties et le rôle de l'arbitrage international, revue de l'arbitrage,1981,
- SENTENCE CCI, AFFAIRE N° 12945/EC PRECITEE
- TRARI-TANI MOSTEFA, Droit algérien de l'arbitrage commercial international,op,cit
- Les sentences arbitrales sont reconnues en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international.
Sous les mêmes conditions, elles sont déclarées exécutoires en France par le juge de l'exécution.

سادسا: المواقع الالكترونية:

- أنشأت الجمعية العامة لأمم المتحدة بموجب اللائحة رقم 2205 المؤرخة في 17 ديسمبر 1966 لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وقد اعتمدت هذه اللجنة القانون النموذجي لتحكيم التجاري الدولي في 21 جوان 1985 وقامت بتعديله في 7 جوان 2006.

http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/ml-arb/07-86996_Ebook.pdf

1- قضية رقم: ARBN°/03/08 منشورة على الموقع الالكتروني ل (CIRDI)

www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm

فهرس المحتويات

الإهداء.....	I
الشكر.....	II
المقدمة.....	أ – ه
الفصل الأول: ماهية اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار الدولي	
الفصل الأول: ماهية اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار الدولي.....	2
المبحث الأول: تعريف اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار الدولي.....	2
المطلب الأول: تعريف اتفاق التحكيم.....	2
الفرع الأول: التعريف الفقهي.....	2
الفرع الثاني: التعريف في ظل الاتفاقيات الدولية.....	3
الفرع الثالث: التعريف في القانون الجزائري والمقارن.....	3
المطلب الثاني: صور اتفاق التحكيم	4
الفرع الأول: شرط التحكيم.....	4
الفرع الثاني: مشارطة التحكيم.....	7
الفرع الثالث: شرط التحكيم بالإحالة.....	8
المطلب الثالث: خصوصية اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار.....	9
الفرع الأول: الشروط المتعلقة بأطراف النزاع.....	10
الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بموضوع نزاع الاستثمار.....	12
الفرع الثالث: الشروط السابقة للجوء إلى التحكيم في اتفاقيات الاستثمار.....	13
المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق في عقود الاستثمار الدولي.....	13
المطلب الأول: موقف القانون الدولي من القانون الواجب التطبيق.....	14
الفرع الأول: اتفاقية نيويورك 1958.....	14
الفرع الثاني: اتفاقية جنيف في 21 أفريل 1961.....	15
الفرع الثالث: اتفاقية واشنطن لسنة 1965.....	15
المطلب الثاني: موقف القانون الوطني و المقارن من القانون الواجب التطبيق.....	15
الفرع الأول: موقف القانون الجزائري من القانون الواجب التطبيق.....	16

الفرع الثاني: موقف القوانين المقارنة من القانون الواجب التطبيق.....	17
المطلب الثالث: نطاق القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.....	17
الفرع الأول: نطاق القانون الواجب التطبيق في القانون الجزائري.....	17
الفرع الثاني: نطاق القانون الواجب التطبيق في القوانين المقارنة.....	18
الفرع الثالث: نموذج عن التحكيم الدولي.....	19
ملخص الفصل.....	23
الفصل الثاني: مبدأ الإرادة في تنظيم و تحديد القانون الواجب التطبيق	
الفصل الثاني: مبدأ الإرادة في تنظيم و تحديد القانون الواجب التطبيق.....	25
المبحث الأول: مبدأ الإرادة في تنظيم إجراءات التحكيم.....	25
المطلب الأول: مبدأ إرادة الأطراف في اختيار الهيئة التحكيمية في التحكيم الحر...	25
الفرع الأول: في القانون الجزائري.....	25
الفرع الثاني: في الاتفاقيات الثنائية.....	26
المطلب الثاني: مبدأ الارادة في اختيار الهيئة التحكيمية في التحكيم المؤسسي.....	26
الفرع الأول: في إطار المركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار (CIRDI)	27
الفرع الثاني: في إطار نظام غرفة التجارة الدولية (CCI).....	27
الفرع الثالث: في إطار الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (AMGI).....	28
المبحث الثاني: مبدأ الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق.....	28
المطلب الأول: تحديد الأطراف لقواعد الإجراءات.....	28
الفرع الأول: في القوانين الوطنية والمقارنة.....	28
الفرع الثاني: في الاتفاقيات الثنائية.....	32
الفرع الثالث: في الاتفاقيات متعددة الأطراف.....	32
المطلب الثاني: حدود فعالية التحكيم في تحديد القانون الإجرائي	34
الفرع الأول: استقلال القانون الواجب التطبيق على الإجراءات عن قانون العقد الأصلي....	34
الفرع الثاني: استقلال القانون الواجب التطبيق على الإجراءات عن قانون دولة المقر.	34
الفرع الثالث: نموذج من قضية تحكيمية.....	34
خلاصة الفصل.....	37
الفصل الثالث: تنفيذ حكم التحكيم و طرق الطعن فيه	

الفصل الثالث: تنفيذ حكم التحكيم وطرق الطعن فيه	39
المبحث الأول: تنفيذ حكم التحكيم	39
المطلب الأول: الجهات المختصة بإعطاء أمر التنفيذ.....	39
الفرع الأول: في القانون الجزائري والمقارن.....	39
الفرع الثاني: في الاتفاقيات الدولية.....	40
المطلب الثاني: شروط و آليات الاعتراف بالحكم التحكيمي و تنفيذه.....	41
الفرع الأول: في القانون الجزائري و القانون المقارن	41
الفرع الثاني: وفق أحكام اتفاقية نيويورك لسنة 1958.....	42
المطلب الثالث: رفض الاعتراف والتنفيذ	43
الفرع الأول: أسباب الرفض المتعلقة باتفاق التحكيم.....	43
الفرع الثاني: الأسباب المتعلقة بسير الخصومة التحكيمية.....	43
الفرع الثالث: الأسباب المتعلقة بالحكم التحكيمي	44
المبحث الثاني: الطعن في أحكام التحكيم.....	45
المطلب الأول: الطعن في أوامر تنفيذ الأحكام.....	45
الفرع الأول: الاستئناف.....	45
الفرع الثاني: الطعن بالنقض.....	49
المطلب الثاني: الطعن بالبطلان.....	50
الفرع الأول: أسباب الطعن في الحكم التحكيمي في القانون الجزائري.....	51
الفرع الثاني: الأسباب المتعلقة بصحة إجراءات التحكيم.....	51
الفرع الثالث: الأسباب المتعلقة بمحتوى الحكم التحكيمي.....	51
الفرع الرابع: نموذج عن قضية تحكيمية.....	52
خلاصة الفصل.....	56
الخلاصة العامة.....	57
الخاتمة.....	59
قائمة المصادر و المراجع	62
الفهرس.....	69-67

الملخص:

إنّ الاستثمارات الأجنبية تشكل الحجر الأساس لتنمية اقتصاديات الدول النامية بشكل خاص قوية في اطار العولمة التي جمعت العالم في سوق موحدة حرة تحكمها المنافسة المطلقة، فوجدت العديد من دول العالم الثالث نفسها تستجيب لسياسات العولمة و تنضم الى العديد من الاتفاقيات الدولية من أجل تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة و مواطني الدول الأخرى المتعاقدة و عليه قمنا بدراسة دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار دراسة تحليلية ومقارنة بين القانون الوطني والقوانين المقارنة في ظل الاتفاقيات الثنائية والمتعددة للتعرف على ماهية اتفاق التحكيم و خصوصيته في منازعات عقود الاستثمار و مبدأ الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وعلى اجراءات التحكيم في التحكيم الحر و التحكيم المؤسسي، ثم تطرقنا الى تنفيذ حكم التحكيم بتحديد الجهة المختصة المانحة لأمر التنفيذ واليات الاعتراف به وأسباب رفضه وطرق الطعن فيه في ظل القوانين المقارنة والمعاهدات الدولية.

الكلمات المفتاحية: التحكيم الحر– التحكيم المؤسسي– الاستثمار الدولي – حكم التحكيم الأجنبي– المستثمر – منازعات التحكيم–مبدأ الإرادة

Le résumé :

Les investissements étrangers forment le fondement du développement des économies des pays en voie de développement, en particulier dans le contexte de la mondialisation qui a réuni le monde dans le marché unique régi par une concurrence absolue. La plupart des pays du Tiers Monde se sont conformés aux politiques de la mondialisation ; ils se sont adhérés à de nombreuses conventions internationales pour le règlement des litiges relatifs aux investissements entre états contractants du règlement et les ressortissants des autres états contractants.

Nous avons étudié le rôle de l'arbitrage dans la résolution des conflits relatifs aux investissements, une étude analytique et comparative entre le droit national et les contrats de droit comparé dans le cadre d'accords bilatéraux et multilatéraux afin d'identifier la nature de la convention d'arbitrage et ses caractéristiques dans les conflits relatifs aux investissements.

Et le principe de la volonté dans le choix de la loi applicable à l'objet de la procédure de règlement des différends et d'arbitrage sur le droit à l'arbitrage libre et arbitrage institutionnel.

Puis nous avons parlé de l'application de la sentence arbitrale de déterminer l'autorité compétente dans la mise en œuvre et les mécanismes de reconnaissance et les motifs du rejet et les méthodes de recours à la lumière du droit comparé et les traités internationaux.

Les mots clés :

L’arbitrage libre – l’arbitrage institutionnel – l’investissement international - sentence arbitrale étrangère – investisseur - Les différends d’arbitrage - principe volonté

The summary:

The foreign investments from the basic foundation of the economies of developing countries in particular, to be strong in world of globalization which gathered all the countries in a free market, controlled by absolute competition. Many of the third world countries found themselves responding to globalization policies and joining the many international conventions, for the commercial litigation. Accordingly, we studied the role of arbitration in the resolution investment conflicts.

Analytical and comparative study between the national laws and the laws that are compared to under bilateral, and multilateral agreements, to identify the nature of the arbitration agreements and characteristics in investment disputes commercial litigations, and investments contracts and the principle of the will in choosing the law to be applied of the conflict subject/matter, and arbitration proceedings and institutional arbitration.

Keywords:

Arbitration proceedings – institutional arbitration - international investment - The rule of foreign arbitration – investor -The arbitration dispute - principle will