وزارة التـعليم العالي والبحـث العلمي

جامعة يحي فارس بالمدية

كلـــية الحقوق والعلوم السياسية

دور التحكيم في تطوير وتشجيع الاستثمار الأجنبي

مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون دولي عام

من تقديم الطالبة :

- زروق ريم

تحت إشراف الأستاذة:

وامحنوس فاطمة

السنة الجامعية : 2022/2021



قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿وَعَلَّمَكَ مَا لَمْ تَكُن تَعْلَمُ ۚ وَكَانَ فَضْلُ ٱللَّهِ عَلَيْكَ عَظِيمًا ﴿١١٣﴾﴾

صدق الله العظيم

سورة النساء:الآية ١١٣

" إنّي رأيتُ أنّه ما كَتَبَ أحَدُهُم في يَومِهِ كِتاباً إلا قالَ في غَدِهِ: لوغُيِّرَ هذا لَكانَ أَحسن ولَو زُيِّدَ ذاكَ لَكانَ يُستَحسن، ولَو قُدِّمَ هذا لكانَ أفضل، ولو تُرِكَ ذاكَ لَكانَ أجمل،وهذا مِن أعظَمِ العِبر، وهو دَليلٌ على استيلاءِ النّقْصِ على جُملَةِ البَشر..."

العماد الأصفاهني (1125هـ – 1201هـ)

شكر

أشكر الله تعالى أولا على ما أنعم به علي و تفضل، وأسأله سبحانه المزيد من فضله،

أخص بالشكر و التقدير الأستاذ :اوماحانوس فاطمة الذي تابعت بحثي و أشرفت عليه

.

كما أخص بالشكر جميع أساتذة كلية الحقوق بالمدية الذين لمست منهم كل الدعم و التشجيع فلهم

مني جزيل الشكر، ومن الله الثواب الكبير

كما أشكر أيضا كامل الطاقم الإداري للكلية، و كل عمالها و مستخدميها، وكل من ساعدني من قريب

ومن بعيد

–

.

اهداء

أهدي ثمرة جهدي وخلاصة مشواري الدراسي إلى:

من وهبا حياتهما لمستقبلي واجل ان يشهدا عزة نجاحي

إلى منبع الحب والحنان أمي الغالية– و والدي العزيز أطال الله في عمرهما

إلى مصدر عزي وافتخاري– إخوتي: حفظهم لله

–إلى من مدى لي يد المساعدة وساهم في تذليل كل ما واجهني من صعوبات استاذتي الفاضلة

اوماحنوس فاطمة–

إلى كل رفقائي الأعزاء في الدراسة و العمل الذين صبروا ونالو مبتغاهم وكانوا أحسن عون لي

مقدمة

مقدمة عامة:

يتطلب الاستثمار فهم معانيه والإحاطة بجميع مكوناته وعناصره، فنشاطات الاستثمار الدولية المتعلقة بحركة رؤوس الأموال والبضائع والخدمات والأشخاص عبر الحدود، فبينما يكون المستثمر الوطني على معرفة بالقوانين، على عكس من ذلك يكون المستثمر الأجنبي غير مطلع بشكل كامل على القوانين والتشريعات الداخلية للدولة المضيفة للاستثمار سواء بالنسبة للاستثمار المباشر أو الاستثمار غير المباشر، فغالبا ما تثور نزاعات الاستثمار بين الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب لذلك يتم اللجوء إلى التحكيم بوصفه وسيلة ودية لفض النزاعات.

فتلجأ الدول إلى إدراج شرط التحكيم في مجال عقود الاستثمار، وفي غياب تشريعات وطنية خاصة بالاستثمار وباستغلال الموارد الطبيعية، يلجأ أصحاب العقود الاستثمارية إلى قبول شرط التحكيم نظرا لأهميته وفعاليته في تحريك عجلة التنمية الاقتصادية.

وبما أن عقود الاستثمار تبرم بين طرفين غير متكافئين هما الدولة والمستثمر الأجنبي، فإن قضاء الدولة لا يقبله المستثمر الأجنبي بسبب نظرته إليه كونه لا يكون حيادي بصدد النظر في النزاع، فيحرص المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة على إدراج شرط التحكيم لحل مختلف المنازعات التي تثيرها عقود الاستثمار خوفا من تحجج الدولة بسيادتها عند نظر المنازعات في محاكمها الوطنية.

يحرص المستثمر الأجنبي على إدراج شرط التحكيم في عقده الاستثماري مع الدولة المضيفة ولو على حساب عدم إتمام العقد، وتشجيع الاستثمار الأجنبي يحتاج إلى ضمانات لحماية استثماراته، ومن هذه الضمانات قضاء التحكيم الذي من شأنه أن يبدد مخاوف المستثمرين الأجانب ومن هنا يبدو التفاعل والوصل بين التحكيم وتدفقات رؤوس الأموال، فقد صار التحكيم شرط أساسي لتطوير وتشجيع الاستثمار بالإضافة إلى كونه وسيلة حماية الاستثمار كضمانة يؤمن ويحمي الاستثمارات، وحرصا من الدول وخاصة منها الدول النامية على جلب الاستثمارات الأجنبية، فقد أقرت التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار.

أهمية الموضوع:

تعددت الوسائل التي يمكن من خلالها أن يلجأ إليها الأطراف في عقود الاستثمار لتسوية منازعاتهم الناشئة عنها فقد ظلت هذه خاصية ثابتة لهذه العقود وهي تتعلق على وجه الدقة بالتحكيم كطريقة مهمة ومقبولة لحل المنازعات حيث أن وجود الدولة في العقد، ويعتبر التحكيم الوسيلة الأفضل والأنسب لتطوير الاستثمار الأجنبي من جهة ومن جهة ثانية لحل المنازعات التي تثيرها مختلف العلاقات التي تدخل الدولة طرفا فيها بجعل المستثمر في حاجة إلى ضمانات قضائية لحماية استثماراته،

وعادة ما يلجأ المستثمر إلى قضاء التحكيم الذي أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال، وهذا ما يثير الأهمية القصوى لدراسة هذا الموضوع، إذ أن التحكيم في منازعات الاستثمار يتسم بخصوصية كبيرة تميزه عن التحكيم في المنازعات الأخرى.

أهداف الموضوع:

يهدف موضوع التحكيم في تطوير وتشجيع منازعات الاستثمار إلى توضيح منازعات عقود الاستثمار وعلاقته بالتحكيم كأسلوب لحل المنازعات، بحيث أن منازعات الاستثمار الأجنبي تنشأ لأسباب مختلفة فإن كان مشروع المستثمر الأجنبي يحقق منافع اقتصادية للدولة المضيفة فإنها تحاول الحفاظ على جميع مكاسب المشروع، وإذا كان سلبيا تنشأ تغيرات في النتائج والتقديرات المرجوة من الاستثمار الأجنبي، وهنا تثور منازعات الثغرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي قد ينتج عنها تضارب في المصالح تؤدي إلى تدخلات إدارية في الاستثمارات مما يؤدي بدوره إلى نشوء المنازعات

أسباب اختيار الموضوع:

يرجع سبب اختيارنا لهذا الموضوع إلى دوافع موضوعية تتمثل في الرغبة في البحث والغوص في هذا النوع من الدراسات بحيث أصبح الاهتمام المتزايد بموضوع التحكيم كآلية لتطوير وتشجيع الاستثمار الأجنبي من جهة ومن جهة ثانية كوسيلة لفض المنازعات بسبب اتساع المشاكل المرتبطة بالاستثمارات بعد الانهيار التدريجي للحدود الاقتصادية بين الدول تحت تأثير العولمة وما نتج عنها من حركة رؤوس الأموال والأسواق الحرة ومختلف التكتلات الاقتصادية، فقد منح التحكيم كوسيلة لتطوير الاستثمار بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي بعدا آخر.

أما الدوافع الشخصية التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع هي البحث من أجل المعرفة لإثراء الرصيد المعرفي، وكذا المساهمة في تزويد المكتبة العلمية ببعض المعلومات والقضايا المتعلقة بهذا البحث كون أغلب الدراسات لم تتطرق إلى دور التحكيم في تطوير وتشجيع الاستثمار الأجنبي بل اقتصر دوره في أغلب الأحيان على فض المنازعات الواقعة بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي.

إشكالية الموضوع المطروحة:

تقوم العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة والخصوصية التي تتمتع بها عقود الاستثمار لكونها تبرم بين طرف عام يتمثل في الدولة أو إحدى المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها وبين طرف أجنبي خاص تحكمه قواعد خاصة، وما يثور بينهما من نزاعات تتعلق بالاستثمار كل من أجل

حماية مصالحه، يجعل الاستثمار الأجنبي يحتاج إلى ضمانات لحماية استثماراته، ومن بينها قضاء التحكيم الذي من شأنه إزالة المخاوف لدى المستثمرين الأجانب والتشجع في تطوير الاستثمارات الأجنبية مما يساهم في زيادة التفاعل والتواصل بين التحكيم وتدفقات رؤوس الأموال الأساسية التي تلازم هذه العقود، ومن ثم وجب طرح الإشكالية التالية:

ما مدى كفاية وفعالية شرط التحكيم في تطوير وتشجيع الاستثمار الأجنبي؟

تثور تساؤلات كثيرة ومتنوعة حول هذا الموضوع منها:

- مالمقصود التحكيم وآثاره في عقود الاستثمار الأجنبي؟

-ما هو الاستثمار الأجنبي وما هي أنواعه؟

-فيما تتمثل أهمية المبادئ اللازمة لضمان فعالية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي؟

-ما هو دور واختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي؟

- ما هو موقف الدول من القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار وأثر التحكيم في حماية المستثمر الأجنبي؟

المنهج المتبع في الموضوع:

للإجابة عن الإشكالية المطروحة ومختلف التساؤلات التي يثيرها الموضوع ارتأينا إتباع المنهج الوصفي التحليلي من جهة لمعالجة التحكيم كضمان لعقود الاستثمار الأجنبي، وكذا دراسة مختلف المشاكل التي يثيرها التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، ومن جهة ثانية تم الاستعانة بالمنهج المقارن في دراسة بعض جوانب الموضوع من خلال التطرق لمواقف التشريعات الوطنية والمقارنة والاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالاستثمار فيما يتعلق بكيفية التعامل ومعالجة المشاكل التي تثار بين الأطراف المتعاقدة في الاستثمار.

الخطة المتبعة لدراسة الموضوع

لمعالجة ودراسة هذا الموضوع اعتمدنا على الخطة التالية:

الفصل الأول: مفهوم التحكيم الدولي و عقود الاستثمار الأجنبي

المبحث الأول: ماهية التحكيم وآثاره في عقود الاستثمار **الا**جنبي

المبحث الثاني: التعريف بعقود الاستثمار الأجنبي

الفصل الثاني: دور التحكيم الدولي ونظامه القانوني في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي

المبحث الأول: الفاعلية الدولية للتحكيم ودور المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار في ذلك.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود الاستثمار وحكم التحكيم الصادر بخصوص ذلك.

الفصل الأول:

مفهوم التحكيم الدولي و عقود الاستثمار الأجنبي

الفصل الأول : مفهوم التحكيم الدولي و عقود الاستثمار الأجنبي

تعددت الوسائل التي يمكن أن يلجأ إليها الأطراف في عقود الاستثمار في تسوية منازعاتهم الناشئة عنها، فقد ظلت هناك خاصية ثابتة لهذه العقود، وهي تتعلق على وجه الدقة بالتحكيم كطريقة مقبولة لحل المنازعات.

يعد التحكيم الأسلوب الأمثل لحل منازعات الاستثمار التي تثيرها العلاقات عندما تكون الدولة طرفا فيها، وهو من الوسائل المهمة لحسم المنازعات وهو طريق استثنائي يقوم على إرادة الأطراف، حيث يلجأ إليه الخصوم لحل النزاع دون المحكمة المختصة.

وارتبط ازدهار التحكيم بتطور العلاقات الاقتصادية الدولية، حيث وجد فيه الأطراف مقصدهم بوصفه قضاء متخصصا يقوم بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن العقود الدولية وذلك لما يتميز به من بساطة وسرعة ومرونة في الإجراءات.

وعلى هذا لأساس، ومن خلال هذا الفصل سنتناول بالبحث مختلف العناصر المتعلقة به كالآتي:

المبحث الأول: ماهية التحكيم وآثاره في عقود الاستثمار الأجنبي

المبحث الثاني: التعريف بعقود الاستثمار الأجنبي

المبحث الأول: ماهية التحكيم وآثاره في عقود الاستثمار الأجنبي

لقد تعددت التعريفات حول ماهية التحكيم من حيث كونه إحدى الوسائل البديلة عن القضاء في الفصل في المنازعات بطريقة سليمة وذلك عن طريق اللجوء إلى شخص أو عدة أشخاص من ذوي الاختصاص يسمى محكما أو هيئة التحكيم للفصل في النزاع الذي ينشأ بين الطرفين بعيدا عن القضاء العادي وفقا لاتفاق يبرم بين الأطراف.

من خلال هذا المبحث سنتطرق إلي مختلف العناصر المتعلقة بالتحكيم كما يلي:

المطلب الأول: المقصود بالتحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي.

المطلب الثاني: آثار التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي.

المطلب الأول: المقصود بالتحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي

لم تتفق التشريعات والقوانين المقارنة على تعريف دقيق لاتفاق التحكيم، غير أنه يعد اتفاق رضائي بحيث أن اتفاق التحكيم يؤدي إلى توضيح الرؤية للمحكمين، وهو ما سنتناوله في هذا المطلب من خلال العناصر الآتية ذكرها:

الفرع الأول: تعريف التحكيم في عقد الاستثمار الأجنبي

يعتبر التحكيم من العقود الرضائية تتبين أهميته في تحديد مضمون الاتفاق للمحكمين عند معالجتهم لموضوع نزاع الاستثمار، والتعريفات ربطت تعريف التحكيم بشروط صحته، وأن التحكيم يستمد مصدره من الاتفاق الذي يشكل عملا قانونيا ملزما.

أولا: تعريف التحكيم لغة واصطلاحا

إن البحث في التحكيم والمقصود منه يقتضي تعريفه لغة واصطلاحا، وهذا كما يلي:

التحكيم لغة من حكم والحكيم بمعنى الحاكم وهو القاضي أو هو الذي يحكم بين الناس، والحكم هو العلم والفقه والقضاء والعدل[1].

فالتحكيم لغة هو مصدر (حكم) بتشديد الكاف مع الفتح، يقال حكمت فلانا في مالي.

فالتحكيم في المعنى اللغوي يفيد إطلاق اليد في الشيء، أو تفويض الأمر للغير[2]، واحتكم الخصمان إلى الحاكم، أي رفعا خصومتهما إليه، والحكم: من يختار للفصل بين المتنازعين، قال الله تعالى:(وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها)[3].

وحكمه في الأمر تحكيما، أمره أن يحكمه، وحكمت الرجل: فوضت الحكم إليه، فالتحكيم في اللغة اختيار شخص للفصل في النزاع، وقد يطلق التحكيم لغة إجازة الحكم. فيقال: حكمنا فلانا: أي أجزنا حكمه.

ومن معاني التحكيم أيضا التفويض في الحكم، فهو مأخوذ من حكم، وأحكم، فاستحكم، أي صار محكما في ماله تحكيما، إذا جعل إليه الحكم فيه، فاحتكم على ذلك.

[1]-خالد الدبوبي، قانون التحكيم، المعهد القضائي الأردني، الأردن، 2020، ص 11.
[2]-ابن منظور، لسان العرب، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر، القاهرة، د. س، ص ص 31-32.
[3]-القرآن الكريم، سورة النساء، الآية 35.

في الحقيقة يقوم التحكيم على إخراج المنازعات من اختصاص محاكم الدولة بناء على اتفاق الأطراف، أي أنه يلزم وجود اتفاق تحكيم، فالقاعدة العامة في هذا الشأن هي أنه: لا تحكيم بدون اتفاق تحكيم[1].

أما في الاصطلاح، فلا يضع كثير من الفقهاء تعريفا للتحكيم؛ اكتفاء لما وقر في الأذهان من معناه اللغوي، وبما تواضع عليه العرف والعمل، وإنما يمكن تبيانه حكمه بعبارات يستخلص منها تعريف التحكيم.

اتخاذ الخصمين آخر حاكما برضاهما ليفصل في خصومتها ودعواهما[2].

وعلى هذا النحو، يجب أن يتضمن تعريف التحكيم مجمل العمليات التي يتألف منها، يستوي بعد ذلك أن نبدأ التعريف من العملية التي تمثل نتيجته النهائية، وهي عمل المحكم مسندين إياه إلى العمل الذي تبدأ به، وهو اتفاق الطرفين على طرح نزاعهما على المحكم الذي يختارانه، أو نبدأ من هذا الاتفاق ذاته متبعين إياه بالعمل الصادر من المحكم. ولذلك فقد يكون تعريفه كما ذهب إليه البعض بأنه: مجمل الأعمال أو العمليات التي تستهدف الفصل في نزاع من منازعات القانون الدولي الخاص، بمقتضى اتفاق بين المعنيين به عن طريق قضاة خاصين مختارين من قبلهم، لا معينين من قبل القانون.

ثانيا: التعريف الفقهي للتحكيم

لم يتفق الفقه على تعريف محدد للتحكيم وتنوعت التعاريف باختلاف الباحثين والفقهاء، فيعرف التحكيم بأنه اتفاق بين طرفين أو أكثر على إخراج نزاع أو عدد من النزاعات من اختصاص القضاء العادي وأن يعهد به إلى هيئة تتكون من محكم أو أكثر للفصل فيه بقضاء ملزم بالنسبة للمنازعات المالية مبين الأطراف[3].

الملاحظ على هذا التعريف بأنه يشوبه نقص باعتبار التحكيم لا يكون في المنازعات المالية وإنما يتعداه إلى غيرها من الخصومات كالتحكيم في الأحوال الشخصية.

[1]-رشا موسى محمد، دور اتفاق التحكيم في حل منازعات عقود الاستثمار، مجلة أهل البيت، العراق، العدد 05، ص 186.
[2]-إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م، ص 21.
[3]-مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005م، ص 34.

كما ويعرف التحكيم بأنه الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به، فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزاماتهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصل فيه بحكم ملزم للخصوم[1].

وينظر إليه البعض بأنه نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بوساطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع.

وأيضا هو اتفاق الأطراف على اختيار شخص أو أكثر يفصل فيما يثور مستقبلا أو يثور فعلا بينهم من نزاعات، بحكم ملزم دون المحكمة المختصة[2].

والتحكيم هو الاتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون اللجوء إلى المحكمة المختصة به بقرار ملزم لهم[3].

وقد عرف الفقيه الفرنسي Robert التحكيم على أنه نظام للقضاء الخاص تقضى فيه خصومة عن اختصاص القضاء العادي ويعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها.

كما ويعرفه الدكتور محسن شفيق بأنه طريق لفض المنازعات وملزم لأطرافها.

في حين يعرفه الدكتور رضوان أبو زيد بأنه: نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم إما مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها[4].

ثالثا: التحكيم في القانون والقضاء

-تعريف التحكيم في بعض النصوص القانونية

أما في النصوص القانونية فالمادة العاشرة من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م المنشور في الجريدة الرسمية العدد 16 في 1994/4/21[5]م نصت على أن التحكيم:" 1-...اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.

---

[1]-أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، ص 15.

[2]-التحكيم-تعريفه وطبيعته، نطاقه وآثاره وأنواعه والدفع به، مركز البحوث والدراسات متعدد التخصصات، 2022/02/01، اطلع عليه 2022/02/25، متوفر على الموقع www.mdrscenter.com

[3]-خالد الدبوبي، مرجع سابق، ص 12.

[4]-علي النعيمي، تعريف التحكيم فقها وتشريعا وقضاء، الموسوعة المعرفية الشاملة، اطلع عليه 2022/02/25، متوفر على الموقع www.almerja.com

[5]-أنظر: المادة 10 من قانون التحكيم المصري، رقم 27 لسنة 1994م، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 16، بتاريخ 1994/4/21م.

2-ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بين الطرفين..... كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية ".

والمشرع الأردني كغيره من التشريعات الأخرى عرف التحكيم ضمن أحكام قانون التحكيم بحيث وضح بأن اتفاق التحكيم هو ذلك الاتفاق الذي يجري في المملكة الأردنية الهاشمية ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية كانت أو غير عقدية[1].

أما القانون الفرنسي فقد عرف التحكيم في قانون المرافعات في المادة1442[2] بأنه: اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد معين من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم، وجاء في المادة(1447) على أنه: اتفاق الأطراف على إخضاع منازعة نشأت بينهم بالفعل لتحكيم شخص أو أكثر.

في حين عرفه القانون الهولندي في نص المادة 1020 من قانون التحكيم على أنه: اتفاق الأطراف على إحالة المنازعات التي تنشأ أو قد تنشأ مستقبلا نتيجة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية إلى التحكيم[3].

من خلال التعريفات السابقة، 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 1985م وعدلته 2006م حيث انتشرت انتشارا واسعا على مستوى التحكيم الدولي.

يعرف المشرع الجزائري اتفاق التحكيم في المادة 1011 من ق. إ. م.إ: الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم[4]، وهذا ما يعني قبول الأطراف عرض نزاع نشأ بينهما على التحكيم والمقصود بذلك الاتفاق المسبق بين الأطراف على اللجوء إلى التحكيم.

[1]-أنظر: المادة 03 من قانون التحكيم الأردني.
[2]-أنظر: المادة 1442 من القانون الفرنسي للتحكيم.
[3]-أنظر: المادة 1020 من قانون التحكيم الهولندي.
[4]-سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج02، د. ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011م، ص30.

كما ويعد التحكيم دوليا بمفهوم القانون الجزائري ذلك التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل[1]. من خلال هذا التعريف يتضح أن المشرع الجزائري يشترط في التحكيم التجاري شرطين هما:

-أن يكون دوليا.

-أن يكون متعلقا بنزاع حول مصالح ذات طابع اقتصادي.

وقد نص قانون التحكيم الجزائري على أن:

- اتفاق التحكيم هو لجوء طرفين لتسوية المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة سواء كانت عقدية أو غير عقدية.

- يمكن أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل المنازعات التي تنشأ بين الطرفين.

- تعريف التحكيم من بعض أحكام القضاء

ذهب القضاء إلى أن التحكيم هو طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات ومن ثم فهو مقصور حتما على ما تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم.

فقد عرفت محكمة النقض المصرية التحكيم بأنه: طريق استثنائي لفض المنازعات والخروج عن طرق التقاضي العادية ولا يتعلق شرط التحكيم بالنظام العام ويجب التمسك به أمام المحكمة فهي لا تعنى بإعماله من تلقاء نفسها ويجوز التنازل عنه صراحة أو ضمنا ويسقط الحق فيه بعد التكلم في الموضوع[2].

كما وعرفته محكمة التمييز الأردنية: بأنه احتكام الخصوم إلى شخص واحد أو أكثر لفصل النزاع بينهم[3].

[1]-أنظر: المادة 1039 من القانون الجزائري 08-09.
[2]-أنظر: قرار محكمة النقض 70/86 ق جلسة، 2001/11/26
[3]-أنظر: قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 72/37 لسنة 1972م، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد 065-06، ص 380.

رابعا: تعريف التحكيم في الاتفاقيات الدولية

نصت معظم الاتفاقيات على التعريف الذي ورد في المادة السابعة[1] من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي(UNCITRAL) 1985م: بأن اتفاق التحكيم هو اتفاق بين طرفين على أن يحيلا جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة سواء كانت هذه العلاقة تعاقدية إلى التحكيم، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل[2].

كما وعرفت اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام 1987م عرفت التحكيم بالمادة الأولى بأنه: اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف كتابة على اللجوء إلى التحكيم سواء قبل نشوء النزاع أو بعده.

وقد جاءت في قانون الاتفاق الثنائي في المادة السابعة من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وليبيا حول تشجيع الاستثمار فإذا لم تتم تسوية النزاع وديا في مدة ستة أشهر اعتبارا من الإشعار الكتابي لهذا النزاع، يتم عرضه بطلب من المستثمر إما على السلطة القضائية المختصة التابعة للطرف المتعاقد المعنى بهذا النزاع أو التحكيم الدولي[3].

في حين لم تعرف معاهدة نيويورك لعام 1958 المتعلقة بالاعتراف بالقرارات التحكيمية وبتنفيذها.

الفرع الثاني: خصائص التحكيم التجاري

يرجع الاهتمام المتزايد بالتحكيم بصفة عامة وبالتحكيم التجاري الدولي بصفة خاصة إلى المزايا التي يوفرها والتي من أهمها[4]:

-التحكيم يعد عملية سرية حيث أن السرية في حل النزاعات في القضايا الحساسة بين الشركات أولوية قصوى، ولا يتم إطلاقا الكشف العلني عن المعلومات والبيانات المالية الحساسة لتجنب الدعاية السلبية والتشهير بالأطراف، ولضمان استمرارية العلاقة حتى بعد تسوية النزاعات.

[1]-أنظر: الفقرة 01 من المادة 07 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985م.
[2]-أنشأت الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب اللائحة رقم 2205 المؤرخة في 17 ديسمبر 1966 لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي، وقد اعتمدت هذه اللجنة القانون النموذجي للتحكيم التجاري والدولي في 21 جوان 1985م وقامت بتعديله في جوان 2006.
[3]-تم توقيع على هذه الاتفاقية في سرت الليبية بتاريخ 06 أوت 2001.
[4]-ناصر عبد الرحيم نمر العلي، دور التحكيم في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي، معهد موسكو للإدارة العامة والقانون، روسيا، د. س، ص 07.

-تسهيل وتبسيط إجراءات الفصل في النزاع والتحرر من الشكليات التي يفرضها اللجوء إلى سلك القضاء الوطني من خلال إمكانية التحكم بمواعيد جلسات التحكيم بما يناسب احتياجات الأطراف المعنية وأوقات فراغها.

-التحكيم يوفر الوقت من حيث سرعة الفصل في النزاعات التي تعرض أمام المحكمة التحكيمية.

-عدم خضوع المستثمر الأجنبي في عقود الاستثمار لقضاء الدولة التي يستثمر بها.

-الرقابة القضائية لضمان حسن سير التحكيم في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي، وخاصة الرقابة القضائية على تنفيذ قرار التحكيم.

-سهولة الإجراءات المتبعة في التحكيم في منازعات العقود.

الفرع الثالث: صور التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي

يعد التحكيم طريق استثنائي لفض المنازعات ووسيلة تختلف عن طرق التقاضي العادية ولا يتعلق شرط التحكيم بالنظام العام، والمحكمة لا تعنى بإعماله من تلقاء نفسها ويجوز التنازل عنه صراحة أو ضمنا ويسقط الحق فيه بإثارته متأخرا.

أولا: شرط التحكيم

هو ذلك الشرط الذي يرد في العقد الأصلي والمتفق عليه بين الأطراف قبل نشوء النزاع اللجوء إلى التحكيم، فهذا الاتفاق يندرج ضمن العقد الأساسي في شكل بند يذكر فيه صراحة أنه في حالة نشوء نزاع بينهم يعرض على التحكيم للفصل فيه لكنه قانونيا مستقل عن العقد الأساسي.

وهو أيضا شرط يتم إدراجه في الاتفاق المكتوب سابقا قبل نشوء النزاع ويكون النزاع غير معلوم وغير معروف[1].

-إذا فشرط التحكيم هو ما يرد في العقد المبرم بين طرفيه بإحالة النزاع الذي ينشأ مستقبلا بين الطرفين إلى التحكيم، أي إن وقوع النزاع مسألة محتملة مستقبلا.

-شرط التحكيم هو بند أساسي من بنود العقد الأصلي.

-في شرط التحكيم يكون الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم مسبقا أي قبل نشوء النزاع أصلا.

[1]-خالد الدبوبي، المرجع السابق، ص 10.

1: شرط التحكيم في القانون الجزائري

يعد شرط التحكيم 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 ومن خلال نص المادة 1007[1] ق. إ. م. إ : شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم به بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 ق. إ. م. إ أعلاه 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[2]حسب المادة 1008[3]ق. إ. م. إ.

وسواء كان ضمن العقد الأصلي أو ضمن الوثيقة التي يستند إليها وتحت طائلة البطلان كذلك يتعين أن يتضمن شرط التحكيم تعيين المحكم إن كان فردا أو إذا صدر حكم هيئة التحكيم في الخارج، أو تحديد طريقة وكيفية تعيينهم في الداخل بالطريقة التي تنفذ بها الأحكام الأجنبية.

في العادة ما يحيل شرط التحكيم إلى الإجراءات السارية لدى منظمة دولية للتحكيم على سبيل المثال محكمة الغرفة التجارية الدولية بباريس، ويحدد نظام هذه المحكمة كيفية عرض الأمر على التحكيم وكيفية اختيار المحكمين وكيفية سماع دفاع الطرفين، وإصدار الحكم في النزاع، ولقد أكد استقلالية شرط التحكيم في العقد الأصلي في المادة 1040[4] ق. إ. م. إ.

بحيث تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية، فيجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة.

تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق عليه الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما، ولا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي.

---

[1]-أنظر: المادة 1007 ق. إ. م.، إ.
[2]-لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، د. ط، دار هومة، الجزائر، 2012، ص ص 52-53.
[3]-أنظر: المادة 1008 ق. إ. م. إ.
[4]-أنظر المادة: 1040 ق. إ. م. إ. ج.

2-شرط التحكيم في القوانين الأخرى

عرف المشرع المصري شرط التحكيم على أنه: يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابق على قيام النزاع سواء كان مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بين الطرفين[1].

وشرط التحكيم يرد في العقد المبرم بين الطرفين بإحالة النزاع قد ينشأ في المستقبل إلى التحكيم، أي أن حدوث النزاع مسألة محتملة مستقبلا

3-شروط اتفاق التحكيم في الاتفاقيات الدولية

اختلفت الاتفاقيات الدولية حول شرط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم، فمنها من اعتبر عدم وجود الكتابة يؤدي إلى البطلان المطلق للاتفاقية وبعضها الآخر اعتبرته شرطا للإثبات.

نصت اتفاقية نيويورك لسنة 1958م 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.

أما اتفاقية واشنطن لعام 1965م فتشترط الكتابة في الاتفاقية عند اللجوء للمركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى CIRDI حيث جاء في المادة 36 من الاتفاقية:

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

- يجب أن يشمل الطلب على بيانات تتعلق بموضوع النزاع وهوية الأطراف وموافقتهم على تقديمه للتحكيم طبقا للائحة الإجراءات المتعلقة بطرح المنازعات على التوفيق والتحكيم.

ثانيا: مشارطة التحكيم

وهو الاتفاق الذي يبرمه الأطراف منفصلا ومستقلا عن العقد الأصلي بينهما والذي يقضي باللجوء إلى التحكيم في صدد نزاع قائم بينهما.

ويعرف أيضا بأنه اتفاقية مكتوبة ما بين الأطراف تنظم بعد نشوء النزاع ويكون واضح ومحدد تحديدا دقيقا[2].

[1]-أنظر: الفقرة 03 من المادة 10 من قانون التحكيم المصري.
[2]-خالد الدبوبي، المرجع السابق، ص09.

من خلال ما تم ذكره، نستنتج العناصر الآتية:

-مشارطة التحكيم في حقيقتها هي اتفاق مستقل بين المتنازعين بعد وقوع النزاع، ودون أن يكون منصوصا على التحكيم في العقد الأصلي، وذلك بإحالة النزاع إلى التحكيم.

-مشارطة التحكيم تعني عدم ورود الإتفاق على التحكيم في العقد، فيتفق الطرفان المتنازعان لاحقا على اختيار التحكيم بدلا عن اللجوء إلى القضاء العادي.

-في حالة مشارطة التحكيم يكون الإتفاق على التحكيم بعد وقوع النزاع فعلا، والميزة الايجابية هنا أن طبيعة النزاع أصبحت معروفه للأطراف وجلية، ويمكن لهم أن يحصوا جميع النقاط الخلافية ويضعوها في اتفاق تحكيمي يسمى مشارطة التحكيم.

1- مشارطة التحكيم في القانون الجزائري

أشار المشرع الجزائري إلى مشارطة التحكيم في المادة من ق. إ. م. إ. ج 1040 على أن: التحكيم يكون في النزاعات القائمة أو المستقبلية، ويعني بالمستقبلية مشارطة التحكيم. ولابد أن يكون مجسدا في عقد مكتوب وباعتباره عقدا لاحقا ومستقلا عن العقد الأصلي فلابد أن تتوفر فيه الشروط العامة في العقود من رضا خال من العيوب ومحل وسبب مشروعين كون شروط التحكيم لابد أن ينص من تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم وهذا ما حددته الفقرة الثانية من المادة 1012[1] من ق. إ. م. إ. ج (يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا).

يجب أن يتضمن التحكيم تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم إذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه، ويستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة، وتجدر الإشارة إلى جواز اتفاق الأطراف على التحكيم ولو أثناء سيريان الخصومة أمام الجهة القضائية بشأن العقد الذي يربطهما طبقا لأحكام المادة 1013 من ق. إ. م. إ. ج فإنه لا يجوز للأطراف الاتفاق على التحكيم حتى أمام الجهة القضائية[2].

[1]- أنظر: الفقرة 02 من المادة 1012 ق. إ. م. إ. ج.
[2]-أنظر: المواد 1040، 1012، 1013 ق. إ. م. إ. ج.

2-مشارطة التحكيم في القوانين الأخرى

عالج المشرع المصري مشارطة التحكيم في الفقرة الثانية من المادة 10 من قانون التحكيم، حيث جاء فيها فحواها ما يلي: كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع، ولو كانت أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية[1]، وهكذا فقد أجازت معظم التشريعات بجواز اللجوء إلى التحكيم عن طريق إبرام مشارطة التحكيم فالمشرع الأردني نص في المادة 11 من قانون التحكيم الأردني رقم 13 لسنة 2001م على ما يلي: كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى قضائية ويجب في هذه الحالة أن يحدد موضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم تحديدا دقيقا وإلاّ كان الاتفاق باطلا.

كما أخذت الاتفاقيات الدولية بأسلوب مشارطة التحكيم وخاصة في مجال الاستثمارات الأجنبية سواء كانت بين شخص عام وآخر خاص، وغالبا ما يرد شرط التحكيم في عقد الاستثمار ذاته، والذي يضمن للمستثمر الأجنبي سرعة تحريك الدعوى أمام جهة التحكيم.

ثالثا: شرط التحكيم بالإحالة

شرط التحكيم بالإحالة هو من الصور المعاصرة لاتفاق التحكيم والهدف من هذه الصورة هو عدم النص صراحة على شرط التحكيم في العقد الأصلي المبرم بين الأطراف، بل اكتفى الأطراف بالإشارة أو بالإحالة إلى عقد سابق بينهم أو إلى وجود عقد نموذجي وذلك لتحمله أو سد الثغرات التي تعتري عقدهم، وكان 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 ويلتزم الأطراف به بحيث يتم تسوية المنازعات الناشئة عن العقد التي تضمن الإحالة عن طريق التحكيم.

وقد نص قانون التحكيم الأردني رقم 31 سنة 2001م على شرط التحكيم بالإحالة في المادة 10 فقرة [2](ب) وهو حكم منقول عن الفقرة الثانية من المادة 07[3] من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985م والتي جاء فيها: وتعتبر الإشارة في عق ما إلى مستند يشتمل على شرط تحكيم بمثابة اتفاق تحكم شريطة أن العقد مكتوبا وأن تكون الإشارة قد وردت فيه بحيث تجعل ذلك الشرط جزء من ذلك العقد.

[1]-غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة عين الشمس، مصر، 2004م، ص 56.
[2]-أنظر: المادة 10 فقرة ب من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لعام 2001م.
[3]-أنظر: المادة 07 فقرة 02 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985م.

وكذلك القانون المصري رقم 27 لسنة 1994م الذي نص في الفقرة الثالثة من المادة 10 منه على: ويعتبر 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 بصحة الإحالة بصورة مطلقة بل لابد من مراعاة عدة أمور منها أن يكون العقد الوارد بها لإحالة أي العقد الأصلي القائم بين الأطراف مكتوبا[1].

المطلب الثاني:آثار التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي

لهيئة التحكيم ممارسة التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة شريطة أن تعامل الطرفين على قدم المساواة، وأن تهيئ لكل منهما في جميع مراحل الإجراءات فرصة كاملة لعرض قضيته، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: مبدأ الاختصاص بالاختصاص

يقصد بمبدأ الاختصاص بالاختصاص أن المحكم يختص بتحديد اختصاصه ونظر المنازعات المتعلقة به، فهو الذي يقرر ما إذا كان هناك اتفاق تحكيم أم لا[2]، ويقصد به أن المحكمين يملكون تحديد نطاق سلطتهم بالنسبة لموضوع النزاع وكما هم الذين يقررون ما إذا كان اتفاق التحكيم الذي يستمدونه منه سلطتهم صحيحا أم لا فيما إذا أثار أحد الاتفاق مسألة عدم صحة أو انعدام هذا الاتفاق أو كان موضوع الاتفاق مخالف للنظام العام[3].

لقد رصد المشرع المصري في قانون التحكيم على الأخذ بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، إذ نص في المادة 22 منه على اختصاص هيئة التحكيم في أن تفصل في شأن الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو بناء على اتفاق باطل[4].

كما كرس المشرع الفرنسي مبدأ الاختصاص بالاختصاص في المادة 1466 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد والذي ينص على أنه: إذ أنكر أخذ الأطراف على المحكم سلطة الفصل في المنازعة أو نازع في نطاق هذه السلطة فإن المحكم يختص بالفصل في صحة وحدود ولايته، كما أن القضاء كان حريصا على التأكيد على هذا المبدأ وذلك من خلال أحد قرارات محكمة النقض الفرنسية وذلك في حكمها الصادر في 1999/01/05م والذي جاء فيه: يترتب على مبدأ صحة شرط التحكيم

[1]-لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 56.
[2]-عبد الباسط عبد الواسع، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، ط01، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005، ص 91.
[3]-خالد الدبوبي، مرجع سابق، ص 26.
[4]-أنظر: المادة 22 من قانون التحكيم المصري.

الدولي.... وإن المحكم يقضي في شأن مدى اختصاصه وأن قضاء الدولة غير مختص بالفصل بصفة أساسية في شأن صحة شرط التحكيم...[1]

الفرع الثاني: مبدأ استئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع

يترتب على اتفاق التحكيم آثار تتمثل في سلب النزاع من ولاية القضاء الوطني ونقله إلى ولاية المحكمين، بمعنى إذا اتفق الأطراف على إحالة نزاعهم إلى التحكيم فإنهم يمنحون بذلك هيئة التحكيم اختصاص الفصل في النزاع، وهذا يعني بأن محاكم الدول غير مختصة بالفصل فيها، حيث تمتنع على الأطراف الالتجاء إلى القضاء الوطني لطلب الفصل في المنازعة محل التحكيم.

إن مبدأ استئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع يعتبر تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للاتفاق أو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين باعتباره من المبادئ المستقرة في القانون الدولي للعقود[2].

لقد تم التأكيد على مبدأ استئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع في العديد من التشريعات الوطنية المعنية بالتحكيم، حيث نص القانون المصري على هذا المبدأ مثلا في قانون التحكيم المصري على أنه: يجب على المحكمة التي يرفع إليها النزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا رفع المدعى عليه قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى[3].

كما ورد النص على مبدأ استئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع في قانون المرافقات الفرنسي، إذ نص على أنه: إذا رفع النزاع المعروض على هيئة التحكيم بموجب اتفاق تحكيم على قضاء الدولة، يجب على هذا القضاء أن يقرر عدم اختصاصه وإذا لم تكن هيئة التحكيم قد اتصلت بعد النزاع يجب على هذا القضاء أن يقرر عدم اختصاصه[4].

من خلال ما تقدم يتضح أن مبدأ استئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع من شأنه أن يحقق الفاعلية لعملية التحكيم، إذ أنه يكفل استقلال لهيئة التحكيم بنظر النزاع دون أن تتدخل معها في ذلك أي جهات قضائية.

[1]-بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 401.
[2]-بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 402.
[3]-أنظر:المادة 13 فقرة 1 من قانون التحكيم المصري.
[4]-أنظر: المادة 1458 من قانون المرافعات الفرنسي.

الفرع الثالث: أثر اتفاق التحكيم على الحصانة القضائية والتنفيذية للدولة المضيفة للاستثمار

إن الدولة الطرف في عقود الاستثمار، في سعيها للتخلص من قبولها عملية التحكيم في المستثمر الأجنبي، قد تدفع بما تتمتع به حصانة كدولة ذات سيادة من الخضوع لقضاء دولة أجنبية للقول بعدم جواز خضوعها للتحكيم.

فمن المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام، أنه تأسيسا على فكرة السيادة والمساواة بين الدول، فإن كل دولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدول الأجنبية، بمعنى أنه لا يجوز إخضاع المنازعات التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة المنبثقة عنها طرفا فيها لغير قضاء هذه الدولة، الأمر الذي يعني عدم اختصاص قضاء دولة أجنبية بنظر تلك المنازعات، سواء أكان ذلك القضاء رسميا في دولة أجنبية أم كان قضاء تحكيميا بنظر تلك المنازعات[1].

ومن هنا يبدو جليا مدى خطورة الحصانة القضائية في التحكيم أحد الضمانات التي عول عليها المستثمر الأجنبي في تعاقده مع الدولة المضيفة أو من يمثلها في الوقت الذي تستطيع فيه الأخيرة التمسك بحصانتها القضائية، وعليه يعد ذلك إخلالا بالشروط الجوهرية التي قامت عليها العلاقة التعاقدية مما يستوجب معه مساءلة الدولة[2].

ولأن التحكيم له طابع خاص يتمثل في أنه يجد أساسه في إرادة الأطراف، حيث تلجأ إلى إدراج شرط التحكيم بالعقد بإرادتها الحرة، فمن البداهة إذن التساؤل حول مدى جدوى التمسك من جانب الدولة بالحصانة القضائية أمام هيئات التحكيم، على الرغم من الناشئة أو التي يمكن أن تنشأ بينها وبين أحد أشخاص القانون الخاص بطريق التحكيم[3].ويجيب أغلب الفقه بأن الدولة تعتبر متنازلة عن حصانتها القضائية إذا قبلت شرط التحكيم.

وعليه لا يجوز للدولة المضيفة للاستثمار التي تتفق على اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقد المبرم بينها وبين المستثمر الأجنبي، أن تتمسك بحصانتها القضائية أمام المحكم أو هيئة التحكيم، وبعبارة أخرى فإن الدولة بقبولها التحكيم تكون قد قبلت بإرادتها المثول أمام هيئة التحكيم فليس لها أن تتمسك بحصانتها أمامها، ولكنها لا تكون قد تنازلت عن هذه الحصانة أمام جهة أخرى غير جهة التحكيم وهي جهة القضاء[4].

[1]-رشا موسى محمد، مرجع سابق، ص 191.
[2]-صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص 373.
[3]-بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 385.
[4]-رشا موسى محمد، المرجع السابق، ص 192.

أما فيما يتعلق بالحصانة التنفيذية فإنها تعني عدم تأثر الحكم التحكيمي في مجال الاستثمار بما تصدره الدولة من تشريعات تؤثر على عدالة هذا الحكم.

وأثر التحكيم هذا الذي أبرمته الدولة بإرادتها على هذه الحصانة. هل لها الحق أن تتمسك بحصانتها في مواجهة إجراءات تنفيذه أم أنه مجرد موافقتها على التحكيم يعتبر مجرد تنازل ضمنيا عن حصانتها، بحيث يتعلق عليها تنفيذ حكم التحكيم عند اضطرار الطرف الآخر إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري دون أن يكون لها التمسك بحصانتها.

يرى جانب من الفقه بأن اتفاق التحكيم الذي قبلته الدولة يجب أن يمتد في آثاره ليشمل تنفيذ حكم التحكيم وذلك تحقيقا لاستقرار المعاملات وتحقيقا لفاعلية اتفاق التحكيم، إذ أن قبول الدولة اللجوء إلى التحكيم بالرغم من حصانتها سيكون فارغا من أي معنى إذا هي استطاعت أن تدفع بحصانتها لتعليق تنفيذ حكم التحكيم.

في حين يذهب الجانب الثاني من الفقه بأن اتفاق التحكيم بذاته لا يفيد في الدلالة التخلي عن حقها في التمسك بالحصانة في مواجهة إجراءات التنفيذ، على اعتبار أن هذه الأخيرة تتمتع باستقلالية وذاتية تحول دون اختلاطها واندماجها في الحصانة القضائية.

المبحث الثاني: التعريف بعقود الاستثمار الأجنبي

يعتبر الاستثمار جوهر عملية التنمية الاقتصادية وعنصر حساس وأداة فعالة للنهوض بالاقتصاد وباقي المجالات الأخرى، فأصبح موضوعا من المواضيع التي تحتل مكانة هامة وأساسية في أولويات الدراسات الاقتصادية والمالية والقانونية وغيرها من التخصصات، ونظرا لهذا فإن أساليب تحقيق هذا الهدف أي الاستثمار يختلف من دولة إلى أخرى فضلا على أن السعي لتطبيق هذا النظام توسع حيزه اليوم.

وعليه، سنتطرق من خلال العناصر الآتية إلى:

-المطلب الأول: تعريف عقود الاستثمار

-المطلب الثاني: أنواع عقود الاستثمار

المطلب الأول: تعريف عقود الاستثمار

لا يمكن تحديد مفهوم واحد للاستثمار وذلك بسبب صعوبة النظر إليه من زاوية واحدة نظرا لتداخل الجانبين الاقتصادي والقانوني من ناحية، ولوجود طابعين وطني ودولي للاستثمار من ناحية ثانية، وعليه سنتطرق إلى العناصر التالية كما يلي:

الفرع الأول: تعريف الاستثمار

يعرف الاستثمار من حيث المفهوم اللغوي بأنه يأتي من الفعل حال المصدر استثمر ويستثمر وهو يشتق من تحول ثمر الرجل فيقال أثمر الرجل في المال أي نماه وزوده، ويقال أيضا ثمر المال أي كثر، فهو في اللغة يطلق على طلب الثمر والاستثمار في المال والعمل على نتاجه ونماؤه.

كما يقال استثمر ماله استثمارا: طلب أن ينمو، أي طلب الثمر من المال بتنميته، وهو بمنظور اقتصادي فإن هذا تشغيلا للمال بهدف زيادته وتنميته أكثر.

وقد ورد في تعريف كلمةInvestment بأنها الاستثمار أو مال مستثمر وInvestor بمعنى مستثمر أو مشغل للمال[1].

أولا: التعريف الاقتصادي للاستثمار

يعتبر لفظ الاستثمار من المصطلحات الوليدة حديثا في علم الاقتصاد المعاصر، ويعتبر الاستثمار معيارا للأداء الاقتصادي وجزء مهما من الناتج القومي. ويمكن في هذا السياق أن نقول بأن الاستثمار هو إضافات صافية خلال فترة زمنية معنية إلى[2]:

-سلع الاستثمار الدائمة كالمكائن والآلات والمعدات إلى سلع الإنتاج الرأسمالية.

-الإنشاءات السكنية وأبنية المشاريع.

-المخزون السلعي.

بحيث تشترك التعاريف في اعتبار الاستثمار بأنه مجموعة أموال وحقوق ومصالح تعتبرها الدولة المستضيفة لرؤوس الأموال كذلك[3].

[1]-سعيد بن حسين بن علي المقرفي، الاستثمار قصير الأجل في البنوك الإسلامية، مجلة المحاسب العربي، د. س، ص 01.

[2]-سعيد بن حسين بن علي المقرفي، المرجع نفسه، ص 02.

[3]-Ften Ghariani la notion d'investissement mémoire de magistère, faculté de droit Tunis, 2004, p 10.

يعرف الاستثمار بأنه قيام شخص طبيعي أو معنوي في بلد غير بلده باستخدام خبراته أو جهوده أو أمواله في القيام بمشروعات اقتصادية سواء كان بمفرده أو بالمشاركة مع شخص طبيعي أو معنوي محلي أو أجنبي أو مع الدولة أو مع مواطنيها في إنشاء مشروع أو مشروعات مشتركة[1].

وفي تعريف آخر يعتبر الاستثمار بأنه الزيادة الصافية في رأس المال الحقيقي للمجتمع أو تكوين رأس المال العيني الجديد الذي يتمثل في زيادة الطاقة الإنتاجية[2].

كما ويعرف الاستثمار بأنه إسهام غير الوطني في التنمية الاقتصادية أو الاجتماعية للدولة لمضيفة بمال أو عمل أو خبرة في مشروع محدد بقصد الحصول على عوائد وفقا للقانون[3]، بمعنى هو الإضافة الجديدة من المواد الإنتاجية وهو تدخل إيجابي صادر عن أحد الأطراف يستهدف إيجاد حل دائم.

وهناك من رجال الاقتصاد من عرفه على أنه: عملية شراء أو إنتاج مواد وتجهيزات وسلع بسيطة...، يلاحظ أن هذا التعريف يعتبر الاستثمار عملية الحصول على التجهيزات ومستلزمات الإنتاج، دون الإشارة على الغرض الأساسي والأهداف المرجوة.

إن عملية الاستثمار من شأنها أن تؤدي إلى نمو المؤسسة والزيادة في حجم الإنتاج وكذلك إحداث مناصب شغل جديدة والمساهمة في امتصاص البطالة.

فالقواعد القانونية المنظمة للاستثمار في الجزائر تضمنها الأمر رقم 01-03 لسنة 2001م والمتعلق بتطوير الاستثمار ولقد نص القانون على الأحكام التالية:

ولقد عرفت المادة الثانية من قانون الاستثمار[4]، بأنه:

-اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث النشاطات الجديدة.

-المساهمة في رأس مال مؤسسة في شكل مساهمات نقدية أو عينية.

-استعادة النشاطات في إطار خوصصة جزئية أو كلية.

---

[1]-حاتم فارس الطحان، الاستثمار أهدافه ودوافعه، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العدد 14، ديسمبر 2007، ص 18.

[2]-الأمر 01-03 لسنة 2001م المتعلق بتطوير الاستثمار في الجزائر يتضمن القواعد القانونية المنظمة للاستثمار في الجزائر، وقد عدل هذا القانون واستكمل بالأمر 08-06 والمؤرخ في 15 يونيو 2006م.

[3]-محمد عبد العزيز النعماني، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، ط01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م، ص 22.

[4]-أنظر: المادة 02 من القانون 01-03 لسنة 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار في الجزائر.

أما القانون 16-01 المتعلق بتطوير الاستثمار والذي حدد توجه الجزائر نحو اقتصاد حر وتفتحها على الاستثمار الأجنبي بكل أشكاله، حيث أن المادة 02[1] منه في نصها بأنه يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا الأمر ما يأتي:

-اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، وتوسيع قدرات الإنتاج و/أو إعادة التأهيل.

-المساهمة في رأس مال الشركة.

يتضح من هذا التعريف أن القانون الجزائري قد فتح المجال للشراكة الأجنبية عن طريق المساهمة في رأس المال المؤسسات العامة الخاضعة لنظام الخوصصة.

فمن خلال التعريفات الاقتصادية السابقة الذكر؛ نلاحظ أنها لم تعرف الاستثمار الأجنبي وفق نطاق محدد ومعين، إذ أنها تجمع على تعريفه بنطاقه الواسع بمعنى أن الاستثمار كما يرى البعض هو: توظيف للنقود لأي أجل في أي أصل أو ملكية أو ممتلكات أو مشاركات محتفظ بها للمحافظة على المال أو تنميته سواء أرباح دورية أو بزيادات في قيمة الأموال في نهاية المدة أو بمنافع غير مادية[2].

ثانيا: التعريف القانوني للاستثمار

أما المفهوم القانوني للاستثمار، فإن التعريفات تكاد تنعدم حوله والسبب يعود إلى أن موضوع الاستثمار يدخل عادة في إطار الدراسات الاقتصادية والقانونية معا، وبما أن هذا الفرع من القانون هو فرع جديد، فإن جل التعريفات نسبت إلى الفرع الاقتصادي، وفي غياب اجتهاد فقهي لتعريف موضوع الاستثمار، فقد انصب اهتمام رجال القانون على جانبه الشكلي فحسب.

عرفت جمعية القانون الدولي الاستثمار بأنه: حركات رؤوس الأموال من البلد المستثمر نحو البلد المستفيد دون تنظيم مباشر.

كما ويعرفه معهد القانون الدولي بأنه توريد الأموال أو ربما الخدمات بهدف تحقيق ربح مادي أو سياسي ويمكن أن يكون الاستثمار من أموال معنوية[3].

[1]-أنظر: المادة 02 من القانون 16-01 المتعلق بترقية الاستثمار الأجنبي، المؤرخ في 06 مارس 2016م.
[2]-صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 20.
[3]-خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في نص منازعات عقود الاستثمار، د. ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014م، ص 64.

ويعرف الاستثمار على أنه انتقال رؤوس الأموال من الخارج إلى الدولة المضيفة بغية تحقيق ربح للمستثمر الأجنبي وبما يكفل زيادة الإنتاج والتنمية في الدولة المضيفة[1].

أما في القانون الجزائري، ووفقا لما جاء في المرسوم الرئاسي رقم 420/90، المتضمن المصادقة على اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول المغرب العربي الموقعة في الجزائر بتاريخ 1990/07/23، عرف الاستثمار على أنه: المواطن الذي يملك رأسمال ويقوم باستثمار في أحد بلدان إتحاد المغرب العربي.

وبصدور القانون 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار الصادر في 20 أوت 2001، تناولت المادة الأولى والثانية منه تعريف الاستثمار وأزالت اللبس والغموض بشأنه، حيث نصت المادة الأولى منه على أن: يشمل كل الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات، وكذلك الاستثمارات التي تنجز في إطار منح الامتيازات والرخصة[2].

-تعريف الاستثمار على الصعيد الدولي:

حاولت مختلف الاتفاقيات الدولية إعطاء تعريف للاستثمار ولكنها اهتمت بتعريف الاستثمار الأجنبي بشكل خاص، وهذا ما سنحاول التطرق إليه كما يلي:

1-تعريف الاستثمار في الاتفاقيات الدولية الشاملة:

من أهم الاتفاقيات الدولية التي تناولت موضوع الاستثمار نجد معاهدة واشنطن لسنة 1965م[3] التي أنشأ بموجبها المركز الدولي لحل النزاعات الدولية بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمار.

هذه المعاهدة تناولت الاستثمار ولكنها لم تعرفه وذلك بهدف ضمان المرونة لهذا المصطلح إذ يتوسع النص ليشمل أنواع عدة من الاستثمارات، وعليه فإن هذه الاتفاقية تعمدت ترك عملية التعريف لمحاكم التحكيم لتعرفه حسب الحالات المعروضة عليها.

[1]-عبد العزيز سعد يحي النجاني، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر-دراسة قانونية مقارنة، 2002م، ص 02.

[2]-أنظر المادة 01 و02 من القانون 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار.

[3]-أنظر: المادة 12 من اتفاقية واشنطن لعام 1965م الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، التي صادقت عليها الجزائر بالمرسوم رقم 346/95 بتاريخ 1995/10/30م، الجريدة الرسمية، رقم 66، الصادرة بتاريخ 1995/11/05م.

كما نجد معاهدة سيول الدولية التي أنشأت الوكالة الدولية للاستثمارات وعرفت هذه المعاهدة الاستثمار من خلال المادة 12[1] واعتبرت أن عملية الاستثمار تشمل الاستثمارات الصالحة لضمان حقوق الملكية والقروض المتوسطة أو الطويلة الأجل التي يقدمها المشاركون في ملكية المشروع المعين وما يحدده مجلس الإدارة من صور الاستثمار المباشر.

الملاحظ على هذه الاتفاقية بأنها لم تعرف الاستثمار وإنما صنفته إلى:

-استثمارات مباشرة وغير مباشرة.

-استثمارات مباشرة بطرق أخرى غير المساهمات.

-الاستثمارات التي لا تدخل في الأصناف السابقة.

2-تعريف الاستثمار في الاتفاقيات الدولية الجهوية

هذه الاتفاقيات تهدف إلى إزالة العوائق أمام حرية تنقل وسائل الإنتاج ومنها رؤوس الأموال، ومثال ذلك تقنين منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية حول تحرير حركة رؤوس الأموال.

لقد تبنت هذه الاتفاقيات فكرة أن التنمية الاقتصادية تتطلب حرية تنقل السلع ووسائل إنتاج رؤوس أموال ولا يمكن تحقيق ذلك إذا لم يكن هناك تنقل للاستثمارات، وبالتالي يتبين من هذه الفكرة أن الاستثمار يقوم على مجموعة من العناصر تتمثل في:

-العطاء والمساهمة.

-أن تكون هناك علاقة بين المستثمر وشركة تمارس نشاط اقتصادي.

-أن يكون المستثمر قادرا على التأثير على تسيير الشركة ونجد أن هذه الاتفاقيات اهتمت بتعريف الاستثمار المباشر[2].

-تعريف الاستثمار في الاتفاقيات الثنائية:

تعرف الاستثمار وتعطيه معنى واسع حيث تنص على أنه يشمل الأموال من أي طبيعة كانت وتتمثل عموما في: المنقولات والعقارات والحقوق العينية والأسهم والسندات والديون وحقوق التأليف وحقوق الملكية الصناعية.

[1]-أنظر: المادة 12 من معاهدة سيول الدولية.
[2]-عزرين عبد الرزاق، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في الجزائر-واقع وأفاق، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، الجزائر، 2014/2013م، ص08.

والملاحظ على هذا التعريف وإن كان يأخذ بعين الاعتبار المساهمة إلاّ أنه لا يشترط أن تكون المساهمة متوسطة أو طويلة المدى ولا تكون العوائد مترتبة عن استغلال المشروع أولا، وعليه فإن مفهوم الاستثمار نجده موسع جدا.

من خلال التعريف السابق الذكر يتبين لنا بأن هذه الاتفاقيات لم تهتم بإيجاد تعريف خاص للاستثمار.

الفرع الثاني: الطبيعة الخاصة لعقود الدولة في مجال الاستثمار وخصائصها

من خلال مختلف التعاريف السابقة الذكر يمكن استخلاص مجموعة من الخصائص التي تتميز بها عقود الدولة في مجال الاستثمار والتي يمكن تقسيمها إلى خصائص عامة وخصائص خاصة:

أولا: الخصائص العامة لعقود الاستثمار

تتميز عقود الدولة في مجال الاستثمار بمجموعة من الخصائص العامة والتي نجدها في معظم العقود ولذلك حاولنا ذكرها بإيجاز، بحيث تتمثل هذه الخصائص في:

1-عقود الدولة في مجال الاستثمار من العقود الملزمة الجانبين: فالعقد الملزم للجانبين هو ذلك العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، ولقد تم النص عليه في المادة 55 من القانون المدني الجزائري[1] وعقود الدولة في مجال الاستثمار تنشئ التزامات متقابلة على عاتق كلا الطرفين إذ تقع على عاتق المستثمر جملة من الالتزامات بدأ من تقديم المستثمر طلب الترخيص لإنجاز المشروع الاستثماري وأثناء تنفيذ المشروع إلى حين انتهائه، وفي مقابل ذلك تلتزم الدولة بتهيئة المناخ للاستثمار[2].

2-عقود الدولة في مجال الاستثمار عقود معاوضة: عقد المعاوضة هو ذلك العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابل لما أعطى كعقد البيع والمقايضة والإيجار وغيرها من العقود[3].

وقد نص المشرع الجزائري على هذا النوع من العقود في المادة 58 من القانون المدني التي جاء فيها:" العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء أو فعل شيء ما.

---

[1]-أنظر المادة 55 من الأمر 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج. ر، العدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975م.

[2]-رواء يونس محمود النجار، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي-دراسة مقارنة، د. ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2012م، ص 85.

[3]-بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري-التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، ج01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001م ص 49.

تعتبر عقود الدولة في مجال الاستثمار من عقود المعاوضة إذ يحصل المستثمر على الأرباح وفي المقابل حصول الدولة المستضيفة للاستثمار على المنافع التي سيجنيها من ذلك الاستثمار[1] والمتمثل أساسا في تحقيق التنمية الاقتصادية.

3-عقود الدولة في مجال الاستثمار عقد زمني (مستمر): فالعقد الممتد هو الذي يكون الزمن عنصرا أساسيا فيه وتنفذ فيه الالتزام بأداءات دورية وليس دفعة واحدة مثل ما هو الحال في عقد الإيجار[2].

وعقد الدولة في مجال الاستثمار عقد زمني، إذ أن عنصر الزمن من العناصر الواجب توفرها في الاستثمار حتى تتحقق عملية الاستثمار[3]، وقد يكون هذا الزمن متوسط أو طويل الأجل، فالمستثمر عليه انتظار مدة حتى تظهر النتائج.

4-عقود الدولة في مجال الاستثمار عقود شكلية: العقد الشكلي هو العقد الذي يستوجب إلى جانب التراضي إتباع شكل معين يوجبه القانون[4].

وعقد الدولة في مجال الاستثمار لا يتم بمجرد التراضي بل يجب لإتمامه إتباع شكلية معينة[5]، وهذا ما نصت عليه المادة 17 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار:

" والمعدة على أساس اتفاقية متفاوض عليها بين المستثمر والوكالة التي تتصرف باسم الدولة.

وتبرم الوكالة هذه الاتفاقية بعد موافقة المجلس الوطني".

5-عقود الدولة في مجال الاستثمار عقود محددة: العقد محدد المدة هو الذي تنشأ عنه في ذمة طرفي العقد التزاماته محققة الوجود ومحددة القدر، بحيث يمكن لكل منهما أن يعرف القدر الذي أخذه والقدر الذي أعطاه.

ولقد تم النص عليه في المادة 57 فقرة 01[6]، وفي البداية قد يبدو أن هذا العقد عقد احتمالي وذلك لأن المستثمر قد يتعرض لاحتمال الربح أو الخسارة، إلا أن الأمر عكس ذلك إذ أن عقد الاستثمار يحدد فيه

[1]- رواء يونس محمود النجار، المرجع السابق، ص 87.
[2]-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 51.
[3]-والي نادية، النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2015م، ص 19.
[4]-بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 47.
[5]- رواء يونس محمود النجار، مرجع سابق، ص 87.
[6]-أنظر المادة 57 فقرة 01 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري.

مقدار رأس مال في البداية، وهذه أهم سمات العقد المحدد أما احتمال الخسارة فلا يجعل منه عقد احتماليا، فكل العقود تحتمل فكرة الخسارة[1].

ثانيا- الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار

يتميز عقد الاستثمار ببعض الخصائص الخاصة التي تميزه عن العلاقات التعاقدية الأخرى التي تمنحه طبيعة خاصة تتمثل في:

1-أطراف العقد: عقود الدولة في مجال الاستثمار تبرم بين طرفين ينتمي كل منهما لنظام قانوني مختلف عن الآخر.

فهذه العقود تبرم بين الدولة من جهة والشخص الأجنبي التابع لدولة أخرى من جهة ثانية، فالدولة بوصفها شخص من أشخاص القانون العام الداخلي تتميز بمزايا سيادية استثنائية لا يتمتع بها الشخص الأجنبي المتعاقد معها والذي يعد كأصل عام شخص من أشخاص القانون الخاص[2].

2- مساهمة المستثمر الأجنبي: وهي تقديم حصة من المال، قد تكون نقدا أو عينيا من شخص طبيعي أو معنوي خاص[3].

ونظرا للطبيعة المعقدة والمركبة لهذه العقود فلا يمكن حصر مساهمة المستثمر في نوع واحد من العطاء، كون أن المستثمر قد يتعهد بمساهمات مالية وعينية وصناعية بمناسبة مشروع استثمار واحد[4].

3- المدى الطويل للمشروع الاستثماري: تكون عقود الدولة في مجال الاستثمار عقود معقدة ومركبة أي أن عقد واحد قد يتضمن إنجاز عدة عمليات تتعلق بالاستثمار المتفق عليه.

ولتنفيذ كل هذه العمليات سواء لانجاز المشروع أو استغلاله أو نقل الخبرات أن يكون هذه العقود لمدة طويلة، أو على الأقل تمتد لفترة متوسطة المدى.

---

[1]- رواء يونس محمود النجار، مرجع سابق، ص 88.

[2]-حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب لتحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007م، ص 08.

[3]-والي نادية، المرجع السابق، ص 19.

[4]-هاشمي أعمر، سيادة الدول النامية في عقود الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2016م ،ص 11.

وهذا ما تم التأكيد عليه في اتفاقية سيول المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار من خلال اشتراطها أن تتم العملية في مدة زمنية متوسطة أو بعيدة المدى حتى يمكن اعتبارها عملية استثمار وذلك في المادة 12 منها[1].

ومن العقود التي يتم إبرامها لمدة زمنية طويلة نجد العقود المتعلقة بقطاع المحروقات، فبالرجوع إلى نص المادة 56 من قانون 19-13 المنظم لنشاطات المحروقات[2]التي تنص على: يبرم عقد المحروقات لمدة 30 سنة ابتداء من تاريخ دخوله حيز التنفيذ..."، فعقود المحروقات تبرم لفترة طويلة قدرها 30 سنة مع إمكانية تمديدها لفترة لا تتعدى 10 سنوات.

4- مساهمة المشروع الاستثماري في التنمية الاقتصادية للدولة المتعاقدة: من أهم الخصائص التي يتميز بها عقد الاستثمار الأجنبي والتي تميزه عن غيره من العقود المبرمة في إطار العلاقات التجارية الدولية خاصية الأسباب الدافعة إلى إبرامها.

فالهدف الأساسي من وراء إبرام عقود الاستثمار على اختلاف أشكالها وتنوع نماذجها هو تحقيق التنمية الاقتصادية، وذلك من خلال ما تقدمه هذه العقود من قدرات تكنولوجية مالية وأخرى إدارية التي يتمتع بها الطرف الأجنبي، مما يدفع بالاقتصاد الوطني إلى نموه وحداثته هذا بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار.

أما بالنسبة للمستثمر الأجنبي فتباين السبب الدافع إلى إبرام هذه العقود نظرا لتغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية للدول المتعاقدة، فبعد أن كان تحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح الناتجة عن استغلال حقوق البترول في وقت قصير، تطور هذا الهدف إلى المساهمة الناجمة عن تلك المساهمة والمشاركة[3].

5-تقاسم المخاطر: عقود الدولة في مجال الاستثمار قد تحتمل الربح كما قد تحتمل الخسارة، وعنصر تقاسم المخاطر هو أن يتقاسم المستثمر الأجانب الخسائر الناتجة عن عقد الاستثمار مثلما يتقاسم الأرباح الناتجة عنه في حالة نجاح المشروع الاستثماري، لكن يجب التمييز بين المخاطر الاقتصادية المتعلقة بالمردودية المرجوة من المشروع الاستثماري والمخاطر السياسية والقانونية التي تكون مرتبطة

[1]-قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية-التحكيم التجاري-ضمانات الاستثمارات، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2004م، ص 435.

[2]- قانون 19-13، المؤرخ في 11 سبتمبر سنة 2019م المنظم لنشاطات المحروقات، ج. ر، العدد 79، الصادر في 22 ديسمبر سنة 2019م.

[3]-حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 73.

بالاستقرار السياسي للدولة، وكذلك بالمركز القانوني الممتاز (السيادة) الذي تتمتع به الدولة باعتبارها طرف في العقد[1].

المطلب الثاني: أنواع عقود الاستثمار الأجنبي

تسعى معظم الدول النامية إلى تحقيق تنمية اقتصادية طموحة من شأنها إنقاذها من حالة التأخر والتخلف الذي تعاني منها، ولتحقيق هذه التنمية لابد من موارد مالية ضخمة وتكنولوجيا متقدمة تفتقر لها هذه البلدان، مما يجعلها تلجأ إلى البلدان المتقدمة التي تسمح ظروفها المالية وإمكانيتها العلمية الحديثة من خلال ما يعرف بالاستثمارات الأجنبية، وعليه ومن خلال هذا المطلب سنحاول التطرق إلى:

الفرع الأول: عقد الاستثمار الأجنبي المباشر

يقصد بالاستثمار الأجنبي المباشر ذلك النوع من الاستثمار الذي يحدث حينما يقوم مستثمر مستقر في البلد الأم بامتلاك أصل أو موجود في البلد المستقبل، مع وجود النية لديه في إدارة ذلك الأصل، وهذا يعني تدفق رأس المال الصادر والذي يختلف عن تدفق رأس المال للتمويل والإقراض، أو ما يسمى بالاستثمار في حوافظ الأوراق المالية (غير مباشر)، حيث يشير إلى قيام مستثمر مستقر في البلد الأم بشراء أسهم وسندات صادرة في البلد المستقبل، دون أن يرافق ذلك قيام المستثمر بإدارة الأصول التي امتلك أسهما فيها[2].

كما يشار إليه بأنه انتقال رؤوس الأموال من الخارج إلى الدولة المضيفة بغية تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي بما يكفل زيادة الإنتاج والتنمية في الدولة المضيفة[3].

وقد عرفه جانب من الفقه القانوني بأنه: تلك المشروعات التي يقيمها ويملكها ويديرها المستثمر الأجنبي إما بسبب ملكيته الكاملة للمشروع أو بالاشتراك في رأس مال المشروع الوطني بنصيب يبرر له حق الإدارة، وتكون تلك المشروعات مستثمرة بشكل مباشر عن طريق الأفراد أو الشركات الأجنبية وتشمل الاستثمارات المباشرة انتقال رؤوس الأموال الأجنبية إلى الدولة المضيفة، وأيضا إعادة استثمار الأرباح، فضلا عن نقل وسائل التقنية والتكنولوجيا الحديثة إلى مشروعات قائمة بالفعل أو إلى مشروعات جديدة[4].

---

[1]-هاشمي أعمر، مرجع سابق، ص 12.
[2]-كمال عبد حامد آل زيارة، الاستثمار الأجنبي المباشر-المنافع والمساوئ، مجلة جامعة أهل البيت، د.س، ص 73.
[3]-أنور بدر منيف العنزي، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر-دراسة في قانون الاستثمار الكويتي رقم (08) لسنة 2001، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2012، ص 14.
[4]-أنور بدر منيف العنزي، المرجع نفسه، ص 15.

وقد عرف صندوق النقد الدولي ومنظمة التعاون والاقتصادي والتنمية الاستثمار الأجنبي المباشر بأنه: الاستثمار في مشروعات داخل بلد ما يسيطر عليه القائمون في بلد آخر، ويأخذ هذا الاستثمار في الغالب شكل مشروع شركات أجنبية ومشروعات مشتركة.

في حين يعرف برنامج الأمم المتحدة للتجارة والتنمية الاستثمار الأجنبي المباشر على أنه توظيفات أجنبية في موجودات رأسمالية ثابتة في دول معينة، وإن الاستثمار الأجنبي المباشر ينطوي على علاقات طويلة الأمد تعكس منفعة المستثمر في دولة أخرى أيا كان المستثمر يكون له الحق في إدارة موجوداته، والرقابة العليا من الدولة الأجنبية، أو من دولة الإقامة فردا أم شركة أم مؤسسة[1].

أنواع الاستثمار الأجنبي المباشر:

لا يوجد في الواقع تعريف متفق عليه ينطبق على كافة أنواع الاستثمار الأجنبي المباشر، فلقد تم وضع تصنيفات مختلفة لأنواع الاستثمار الأجنبي المباشر استنادا إلى الدوافع والمحفزات التي تؤدي إلى حدوث الاستثمار، وقد أمكن تصنيف أنواع الاستثمار وفق المحددات التالية[2]:

-البحث عن المصادر: يهدف هذا النوع من الاستثمار إلى استغلال الميزة النسبية للدول ولا سيما تلك الغنية بالمواد الأولية كالنفط والغاز والمنتجات الزراعية، فضلا عن الاستفادة من انخفاض تكلفة العمالة أو وجود عمالة ماهرة ومدربة.

-البحث عن الأسواق: يهدف هذا النوع من الاستثمارات عادة إلى تلبية المتطلبات الاستهلاكية في أسواق الدول المتلقية للاستثمارات (المحلية والمجاورة والإقليمية) ولاسيما تلك التي كان يتم التصدير إليها في فترات سابقة.

-البحث عن الكفاءة: يحدث هذا النوع من الاستثمار فيما بين الدول المتقدمة والأسواق الإقليمية المتكاملة كالسوق الأوروبية أو شمال القارة الأمريكية.

-البحث عن أصول إستراتيجية: يتعلق هذا النوع بقيام الشركات بعمليات تملك أو شراكة لخدمة أهدافها الإستراتيجية.

وهناك العديد من التصنيفات لأنواع الاستثمار الأجنبي المباشر سواء من جهة المستثمرين (الدولة المصدرة) أو من وجهة نظر الدولة المتلقية للاستثمارات.

[1]-سفيان قعلول، جاذبية البلدان العربية للاستثمار الأجنبي المباشر: دراسة تشخيصية حسب مؤشر قياس محددات الاستثمار، دراسات اقتصادية، صندوق النقد العربي، العدد 36، أبريل 2017، ص 09.
[2]-حسان خضير، الاستثمار الأجنبي المباشر، سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأقطار العربية، السنة 03، 2004، ص 06.

-محددات الاستثمار المباشر:

هناك ثلاثة عوامل رئيسية تعتمدها الشركات المتعددة الجنسيات والعابرة للحدود للمفاضلة بين الدول المضيفة للاستثمار وهي: سياسات الدولة المضيفة، الإجراءات المسبقة التي قامت هذه الدول بتطبيقها لتشجيع وتسهيل الاستثمارات، والمواصفات الاقتصادية للدول المضيفة.

وبطبيعة الحال، فإن محددات الاستثمار الأجنبي المباشر تختلف من دولة لأخرى وذلك وفقا لسياسات تلك الدول ورغبتها في فتح أسواقها للاستثمار الأجنبي المباشر ومدى ملائمة البيئة الاقتصادية كقيام تلك الاستثمارات[1].

الفرع الثاني: عقد الاستثمار الأجنبي غير المباشر

يتميز هذا الشكل من الاستثمار بأن دور المستثمر الأجنبي يقتصر فيه على مجرد تقديم رأس المال إلى جهة معينة في الدولة المضيفة لتقوم هي بهذا الاستثمار دون أن تكون له أية سيطرة أو رقابة على المشروع، وهو يأخذ في الغالب صورة شراء الأسهم والسندات الدولية طويلة الأجل.

وعليه، فإن المعيار الذي نستطيع بموجبه أن نميز بين عقود الاستثمار المباشر وغير المباشر هو السيطرة والتحكم في الاستثمار، فالأول يتميز بإمكانية قيام المستثمر الأجنبي بالرقابة والسيطرة وامتلاك أصول حقيقية، في حين أن الثاني لا يترتب عليه أي نوع من أنواع السيطرة أو الرقابة، فهو ليس إلاّ ظاهرة مالية، وتحويل لملكية الموارد من يد إلى أخرى.

فالفرق بين الاستثمار الأجنبي المباشر والاستثمار الأجنبي غير المباشر يقوم على أساس أن الأول منتج بطبيعته، ويضمن الاستخدام الأمثل للموارد، حيث لا يقدم المستثمر الأجنبي على استثمار أمواله، وخبرته في الدول النامية إلاّ بناء على دراسات علمية متعمقة عن الجدوى الاقتصادية للمشروع وكافة بدائله الفنية المتاحة، كما أن الاستثمار هو في حقيقته آلات ومعدات على أرقى الأساليب الفنية وأحدث التطورات التكنولوجية وبعض المواد الخام، وخبرات تنظيمية ومالية وفنية وإدارية وتسويقية، والتي تحتاج إليها الدول النامية أشد الحاجة من أجل التنمية فضلا عما ينتج عنه من منافع اجتماعية، تفوق بكثير تلك المنافع الخاصة التي تعود على المستثمر الأجنبي نفسه، الأمر الذي جعله محل تفضيل من جانب الدول النامية لما يؤدي إليه من إقامة أصول رأسمالية ذات دخل ثابت، بخلاف الاستثمار غير المباشر الذي يفتقر إلى كل هذه المزايا[2].

[1]-حسان خضير، المرجع السابق، ص 07.
[2]-رشا موسى محمد، مرجع سابق، ص 185.

الفصل الثاني:

نظام التحكيم الدولي ودوره القانوني في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي

الفصل الثاني : دور التحكيم الدولي ونظامه القانوني في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي

تحتاج معظم الدول إلى الاستثمار الأجنبي لكونه يستطيع أن يلعب دورا أساسيا في عملية تنمية الدول المضيفة له، فهو يمكنها من استغلال مواردها الطبيعية كما يساهم في تنمية بنيتها التحتية كالاتصالات والمطارات والطرق، وكذلك تدريب وتأهيل الأيادي العاملة المحلية، وتنمية وتطوير مختلف الصناعات من خلال ما يقدمه الاستثمار من أصول متنوعة منها رأس المال والتكنولوجيا والقدرات والمهارات الإدارية والوصول إلى الأسواق العالمية.

ففي ظل هذه الحركية الكبيرة فقد أثبتت النظم الوطنية وكذا القضائية قصورها وعدم قدرتها في مواكبة عقود الاستثمار والتجارة الدولية والتصدي لتسوية ما ينشأ عنها من منازعات تحملها في الغالب أعراف وعادات ذات طابع متخصص نشأت في ظل ولادة الاتفاقيات الدولية الجديدة، كما أسهم قضاء التحكيم في إرساء قواعده بعيدا عن سلطات الدولة وقضاء التحكيم.

وعليه، سنتناول بالدراسة العناصر التالية:

المبحث الأول: الفاعلية الدولية للتحكيم ودور المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار في ذلك.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود الاستثمار وحكم التحكيم الصادر بخصوص ذلك

المبحث الأول: الفاعلية الدولية للتحكيم ودور المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار في ذلك

يعتبر المركز الدولي (CIRDI) هيئة من هيئات البنك الدولي للإنشاء والتعمير[1]، ويختص بالفصل في المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول المتعاقدة والمستثمرين الأجانب، سواء كانوا من الأشخاص الطبيعية أو من الأشخاص الاعتبارية الخاصة[2].

فقد أصبح التحكيم الدولي المرجع الأساسي في حسم منازعات عقود الاستثمار لما يمثله من ضمانة للاستثمار الدولي، وبمقدار ما يكون التحكيم عسيرا تكون حركة الاستثمار بطيئة وبمقدار ما يكون التحكيم سهلا وميسرا تنتعش حركة هذا الاستثمار.

وعليه سوف نبين في هذا المبحث العناصر التالية:

المطلب الأول: المبادئ اللازمة لضمان فعالية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي

المطلب الثاني: المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

[1]-طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية-دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008م، ص 324.

[2]-وليد حسن جاسم الحوسني، الاختصاص التحكيمي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، ط01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 06.

المطلب الأول: المبادئ اللازمة لضمان فعالية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي

يعتبر التحكيم الدولي الآلية المثلى والأساسية في حسم منازعات عقود الاستثمار، نظرا لما تتسم به هذه العقود من خصوصية مستمدة من وجود الدولة طرفا فيها وتشبثها بمصالح حيوية للدولة المضيفة للاستثمار، إذ يجب أن تتوفر عملية تحكيم فعالة على درجة عالية من الكفاءة للتعامل مع هذا النوع من المنازعات، وبغية تحقيق فعالية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار يستلزم منا تبني جل المبادئ القانونية التي تعتبر ضرورية للوصول إلى عملية تحكيم منظمة وفعالة.

الفرع الأول: المبادئ الأساسية لضمان فعالية التحكيم

تكمن المبادئ الأساسية لضمان فعالية التحكيم في مبدأين أساسيين هما: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ومبدأ الاختصاص بالاختصاص.

أولا: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

يعتبر مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من بين المبادئ الأكثر استقرارا في المعاملات التجارية، ويتجلى هذا سواء في إطار القوانين الوضعية أو المعاهدات الدولية، وكذا لوائح التحكيم بحيث تستمد هذه الاستقلالية من اختلاف موضوع كلا العقدين (العقد الأصلي والاتفاق على التحكيم)، إذ يعتبر هذا الأخير مجرد عقد يرد على الإجراءات ولا يهدف إلى تحديد حقوق والتزامات الأطراف الموضوعية، بل ينصب محله على الفصل في المنازعات التي تنشأ عن الشروط الموضوعية التي يتضمنها فحوى العقد الأصلي، إذ يتبين لنا أن الاتفاق على التحكيم ليس مجرد شرط وارد في العقد الأصلي، بل هو عبارة عن عقد آخر من طبيعة مختلفة، فهو عقد ثان حتى وإن كان مندمجا من الناحية المادية في العقد الأصلي، إذ أن استقلالية الاتفاق التحكيمي تستند إلى أن هذا الاتفاق يشكل عقدا ضمن العقد الأخر، بحيث أن عدم مشروعية العقد الأصلي صحته أو بطلانه أو فسخه لا تؤثر في شرط التحكيم، سواء كان هذا الشرط مدرجا في العقد الأصلي أو كان مستقلا في صورة اتفاق[1]، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا في نص المادة 1040 ق. إ. م. إ. ج في القرة الأخيرة منها والتي تنص على أنه: لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي[2].

[1]-خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 184.
[2]-أنظر: المادة 1040 الفقرة الأخيرة من ق. إ. م. إ. ج.

فاتفاق التحكيم يعد تصرفا قائما بذاته، يستقل تماما بكيانه على العقد الأصلي، بمعنى أن إبطال عقد الاستثمار لا يترتب غليه إبطال شرط التحكيم المدرج ضمن بنود العقد، حيث نصت عليه بعض التشريعات كالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985م من خلال نص المادة 16 فقرة 1[1].

ثانيا: مبدأ الاختصاص بالاختصاص

يهدف هذا المبدأ إلى تجنب أن يكون التمسك بعيب يتعلق بطريق مباشر باتفاق التحكيم من قبل أحد الأطراف سببا في إعاقة إجراءات التحكيم وذلك من خلال منح المحكم الصلاحية لأن يقوم بنفسه بالفصل في مسألة اختصاصه مع خضوعه في نفس الوقت للرقابة اللاحقة من جانب القضاء الوطني المختص مما يكون من شأنه أن يتفادى إعاقة إجراءات التحكيم دون المساس بمصالح الطرف الآخر الذي يمكنه أن يثبت البطلان أو عدم وجود اتفاق التحكيم أمام السلطات المختصة في الوقت المناسب[2].

وبناء على ذلك فإنه يترتب على مبدأ الاختصاص بالاختصاص أثرين أحدهما إيجابي والآخر سلبي:

-الأثر الإيجابي: وهو فسح المجال في مرحلة أولة للمحكمين لتجاوز الحجة القائلة بأنه ليس للمحكم الحق بالنظر في أساس النزاع إلا إذا سبق ومنحته سلطة أخرى هذا الاختصاص بمعنى أن هذا المبدأ سمح للمحكم بالفصل في مسألة اختصاصه تلقائيا دون انتظار منحه تلك السلطة أي الفصل في الاختصاص من طرف قضاء الدولة[3].

الأثر السلبي: ويتمثل في سماحه للمحكم إضافة إلى البت في مسألة اختصاصه الفصل فيها أولا وقبل أية جهة، بتعبير آخر يمتنع على قضاة الدولة التي يعرض عليها الفصل في اتفاق التحكيم البت أو النظر في مسألة تدخل في اختصاص المحكم قبل أن تتاح له الفرصة للبت فيها[4].

الفرع الثاني: المبادئ المكملة لضمان الفعالية للتحكيم

هناك عدة مبادئ مكملة إضافة إلى المبادئ السابقة حتى نضمن فعالية كبيرة للتحكيم، وتتمثل هذه المبادئ في:

[1]-أنظر: المادة 16 فقرة 01 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985م.
[2]-منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 01، الجزائر، 2014/2013م، ص 119.
[3]-بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 86.
[4]-منى بوختالة، المرجع السابق، ص 120.

أولا: تعذر الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة

قد يحاول طرف من الأطراف الانسحاب من عملية التحكيم بعد موافقته عليها وذلك لإحباط العملية التحكيمية وإعاقة هيئة التحكيم عن إصدار حكمها، ولعل أن هذا الانسحاب يكون واضحا أكثر عندما نكون بصدد منازعات عقود الاستثمار لأن الدولة قانونها بغرض الانسحاب من عملية التحكيم بعدم أهليتها لإبرام اتفاق التحكيم بموجب قانونها الوطني أو بما تتمتع به من حصانة سيادية تستوجب عدم مثولها أمام قضاء آخر غير قضائها الوطني[1].

وعلى هذا الأساس فقد اقتضت ضرورة ضمان فعالية نظام التحكيم وضع قيود على إرادة أطراف اتفاق التحكيم فيما يخص الانسحاب من هذا الاتفاق بعد أن تمت الموافقة عليه وذلك لضمان جدية الأطراف المتنازعة في اتخاذ إنهاء المشكلة المعروضة على هيئة التحكيم، حيث أصبح من المسلم به لضمان فعالية التحكيم لإقرار بعدم أحقية الطرف العام في الدفع بعدم أهليته بعد موافقته على اللجوء إلى التحكيم وكذلك عدم جواز دفع الدولة بمركزها السيادي للتحلل من الاتفاق على التحكيم.

1-عدم أحقية الطرف العام في الدفع بعدم أهليته بعد موافقته على اللجوء إلى التحكيم

يقصد به أنه لا يمكن للدولة أو الأشخاص المعنوية التابعة لها الدفع بعدم أهليتها لإبرام اتفاق التحكيم من اتفاق التحكيم مع المستثمر الأجنبي الذي كانت قد وافقت عليه من قبل.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا المبدأ من المبادئ المستقرة في التحكيم إلى الحد الذي دفع بالبعض إلى القول بوجود قاعدة موضوعية غير دولية مفادها عدم جواز دفع الأشخاص التابعة للدولة بعدم تنفيذ التزاماتها استنادا إلى عدم أهليتها على إبرام اتفاق التحكيم أو لعدم استيفاء إجراءات شكلية تخضع لها[2].

وقد كرست هذا المبدأ العديد من الاتفاقيات الدولية منها اتفاقية جنيف الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام 1961م[3]، وأيضا اتفاقية واشنطن في مادتها 25 فقرة 01 بنصها صراحة على عدم جواز إنهاء إجراءات التسوية بالإرادة المنفردة لأي طرف من أطراف النزاع أيا كانت طبيعة الأشخاص الأطراف في العلاقة.

2-عدم جواز دفع الدولة بمركزها السيادي للتحلل من الاتفاق على التحكيم

[1]-بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 404.
[2]-بشار محمد الأسعد، المرجع نفسه، ص 92.
[3]-أنظر: المادة 02 فقرة 01 من اتفاقية جنيف بشأن التحكيم التجاري لعام 1961م.

إن تحلل الدولة وسائر أشخاص القانون العام من التحكيم استنادا إلى فكرة سيادة الدولة يقوم على خلفية تتصادم مع خضوع الدولة لمبدأ المشروعية ذاته بما يعنيه هذا المبدأ من خضوع الدولة للقانون خضوعا يتطلب إخضاع أعمالها لرقابة القضاء ومسؤولية الدولة عن هذه الأعمال، وعليه فمثول الدولة أمام هيئة التحكيم لا يمس سيادتها لا من قريب ولا من بعيد خاصة وأن مثولها أمام هذه الهيئات قد تم برضاها وموافقتها.

ثانيا: مبدأ عدم تأثر التحكيم بالإجراءات التعطيلية من جانب أحد الأطراف

قد لا يبدي أحد أطراف التحكيم رغبته في التراجع عن اتفاق التحكيم وإنما يعمد إلى اتخاذ موقف سلبي من الإجراءات بغرض عرقلة عملية التحكيم والحد من فاعليتها، كأن يمتنع عن تعيين المحكم الذي يناط به اختياره أو عن حضور إجراءات وهو ما من شأنه التأثير في فاعلية التحكيم لذلك كان من الضروري الاعتراف لهيئة التحكيم بالسلطة لمواجهة مثل هذه الإجراءات من خلال الاعتراف لهيئة التحكيم بسلطة مواصلة التحكيم وإصدار حكم ملزم وفعال الخطط المعوقة لعملية التحكيم التي قد يضعها طرف من الأطراف عند تعيين محكمه أو عند المساهمة في تعيين رئيس هيئة التحكيم أولا وكذلك استمرار إجراءات التحكيم بالرغم من غياب أحد الأطراف عن الإجراءات ثانيا[1].

1-الالتزام بتعيين المحكمين

ويقصد به مماطلة أحد الأطراف في اختيار محكمه أو عدم قيامه بذلك مما يكون من شأنه تعويق إجراءات التحكيم، فقد ذهبت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم الدائمة إلى وضع الحلول لتفادي محاولة أحد الأطراف تعطيل الإجراءات بامتناعه عن تعيين محكمه وذلك من خلال تحديد هيئة قضائية وإدارية تتولى مهمة تعيين هذا الحكم بدلا من الطرف الذي امتنع أو تقاعس عن تنفيذ التزامه.

2-عدم تأثر التحكيم بغياب أحد الأطراف

قد يعمد أحد الأطراف على الرغم من قبوله اختصاص هيئة التحكيم إلى عدم حضور الإجراءات بغية الحد من فاعلية التحكيم من خلال تعطيل وإطالة البت في النزاع لأطول مدة ممكنة والتأثير على أهم سمة يتميز بها التحكيم وهي سرعة الفصل في المنازعات لذلك اتجهت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم من أجل ضمان فعالية اتفاق التحكيم واحترامه إلى عدم

[1]- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص ص 406-407.

السماح لأحد أطراف النزاع بالغياب للتأثير على إجراءات التحكيم وأقرت بضرورة استمرارية هذه الإجراءات دون أن يؤثر غياب الطرف الممتنع عن الحضور في ذلك[1].

الفرع الثالث: ضمان الفعالية للحكم التحكيمي

لم يعد هناك أي جدل بخصوص التحكيم الدولي الذي أصبح مرجع أساسي في حسم منازعات عقود الاستثمار وهذا لما يمثله من ضمانة للاستثمار الدولي، وبمقدار ما يكون التحكيم عسيرا تكون حركة الاستثمار بطيئة وبمقدار ما كان التحكيم سهلا وميسرا ستتحسن حركة هذا الاستثمار.

فمما لا شك فيه أن ما بعد التحكيم هو بالنتيجة أهم من عقد تحكيمي، وأهم من اختيار محكمين والإجراءات التحكيمية، وكذا أهم من الحكم التحكيمي، إذ أن الأمر الأهم في نظام التحكيم هو أن ينفذ الحكم التحكيمي، ومن هنا فتنفيذ هذا الأخير يمثل الهدف النهائي من نظام التحكيم ككل[2].

وعليه، فإن فعالية التحكيم كأسلوب لفض وتسوية المنازعات تتوقف على مدى القدرة على تحقيق تطبيق الحكم التحكيمي، فهذا الحكم لن يكون له أية قيمة عملية إذا لم يتم تنفيذه، لذلك من الضروري تحقيق الفعالية للحكم التحكيمي من خلال ضمانة تنفيذه[3].

فقد حرصت العديد من الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم بصفة أساسية على الوصول لأيسر السبل وهذا لتنفيذ أحكام التحكيم، بغية تحقيق الحد الأقصى من الفعالية للحكم التحكيمي[4].

أولا: الاعتراف والتنفيذ الدولي لأحكام التحكيم

لقد اهتمت التشريعات الوطنية وكذلك العديد من الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم، بموضوع التنفيذ الدولي لأحكام التحكيم، فوضعت القواعد اللازمة لضمان تنفيذه، وعليه فقد أكد التشريع الجزائري على هذا من خلال نص المادة 1051 ق. إ. م. إ. ج والتي نصت على أنه: يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني.

[1]- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 108.
[2]-بشار محمد الأسعد، المرجع نفسه، ص 126.
[3]-خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص ص 203-204.
[4]- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 127.

وقد قدمت اتفاقية نيويورك لسنة 1985م بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبي، تسهيلا ملحوظا لتنفيذ أحكام التحكيم، وجعلت القاعدة أو الأصل هو نفاذ الحكم التحكيمي، والاستثناء هو قبول الدليل على عدم نفاذه لسبب من الأسباب التي أوردتها الاتفاقية على سبيل الحصر[1]، إذ أوجبت في المادة الثالثة منها على كل الدول المتعاقدة أن تعترف بحجية حكم التحكيم وأن تأمر بتنفيذه طبقا للشروط المنصوص عليها في الاتفاقية، كما ألزمت هذه الدول بألا تفرض الاعتراف أو تنفيذ أحكام المحكمين التي تطبق عليها أحكام الاتفاقية الحالية شروطا أكثر شدة ولا رسوما قضائية أكثر ارتفاعا بدرجة ملحوظة من تلك التي تفرض للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الوطنيين[2].

كما أكد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في يوليو 1958م، على الفعالية الدولية لأحكام التحكيم كأصل عام واستثنى من هذا الأصل نظم طرق الطعن على أحكام التحكيم ويظهر ذلك من خلال نص المادة 34 منه[3].

ثانيا: الطعن في أحكام التحكيم

لم تتعرض الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم إلى طرق الطعن بالبطلان وإجراءاته، وإنما تركت ذلك للتشريعات الوطنية للدول، إذ تعترف هذه الاتفاقيات للقضاء الوطني بالرقابة على أحكام التحكيم، فتقوم قوانين مختلف الدول يتولي تنظيم طرق المراجعة وأسباب الإبطال للأحكام التحكيمية، والتي تتشابه إلى درجة كبيرة مع التشريعات المتعلقة بالتحكيم في الكثير من الدول[4].

لكن كلما كان هناك تعسف في استعمال طرق مراجعة الحكم التحكيمي، كلما تسبب هذا في مضرة لفعالية التحكيم، لذلك من الضروري وضع نظام محدد وواضح وضيق على قدر الإمكان لهذه الطرق من أجل المساهمة في استقرار التحكيم وكذا ضمان فعاليته[5].

كما نظم المشرع الجزائري حالات قبول دعوى البطلان المتعلقة بحكم التحكيم من خلال نص المادة 1056 ق. إ. م. إ. ج، والتي تنص على أنه: لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلاّ في الحالات الآتية:

-إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو لقضاء مدة الاتفاقية،

[1]-خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، 204.
[2]- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 128.
[3]-أنظر: المادة 34 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985م.
[4]-خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 207.
[5]- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 133.

-إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالف للقانون،

-إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها،

-إذا لم يراع مبدأ الوجاهية،

- إذا لم تقدم محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب،

-إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي .

وعلى هذا الأساس، فإذا تم إبطال حكم التحكيم في الدولة التي صدر فيها فإنه يصبح غير قانوني للتنفيذ فيها، ووفقا لما قضت به اتفاقية نيويورك لسنة 1958م، فإن هذا الحكم أيضا يصبح بطبيعة الحال غير قابل للتنفيذ في أية دولة أخرى مصادقة على اتفاقية نيويورك.

وبالرغم من ذلك فقد اتجه القضاء في بعض الدول، مثل الولايات المتحدة الأمريكية، وفرنسا سعيا وراء تحقيق القدر الأعظم من الفعالية لأحكام التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة إلى الاعتراف وكذا تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية على الرغم من إبطالها في الدولة التي صدرت فيها، وهذا تأسيسا على عدم توفر أسباب البطلان التي أبطلت من أجلها تلك الأحكام في قوانين هذه الدول، إذ استند في ذلك على نص المادة 07 فقرة 01 من اتفاقية نيويورك[1].

المطلب الثاني: المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

تعد اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أول اتفاقية دولية متعددة الأطراف تنجح في جميع الدول المصدرة والمستوردة لرأس المال على قواعد موحدة لتسوية منازعات الاستثمار، وذلك بإتباع أسلوب التوفيق والتحكيم.

وعلى هذا الأساس، سوف نتطرق إلى الفروع التالية كما يلي:

الفرع الأول: خصائص اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

باعتبار المركز الدولي أنشئ بموجب اتفاقية دولية متعددة الأطراف لخلق نظام لا يعمل إلاّ في مجال تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة والمستثمر الأجنبي فإنها تتميز بالعديد من الخصائص نذكرها فيما يلي:

[1]-أنظر المادة 07 فقرة من اتفاقية نيويورك.

أولا: أطراف التقاضي وطرق تسوية النزاع

نصت المادة 25 من اتفاقية إنشاء المركز الدولي على تحديد أطراف النزاع الذي تختص به، وهم كل دولة متعاقدة طرفا في الاتفاقية وأي وكالة أو إقليم تابع للدولة العضو سبق لها وأن أخطرت المركز به من جهة والمستثمر الأجنبي من غير مواطني الدولة الطرف في النزاع، ويستثنى من ذلك الشخص المعنوي الذي يحمل جنسية الدولة الطرف في النزاع إذا اتفق على معاملته معاملة المستثمر الأجنبي وذلك لوجود مصلحة أجنبية مسيطرة عليه[1]، على أن يقدم كل من الطرفين موافقتهما الكتابية للخضوع لاختصاص المركز، والتي لا يجوز لأحد الطرفين سحبها دون موافقة الطرف الآخر.

وعليه، لا يدخل اختصاص المركز المنازعات بين الحكومات بعضها البعض أو بين الأطراف الخاصة بعضها البعض أو المنازعات التي قد تثور بين الحكومات والدول الأجنبية المالكة لمشروعات تمارس أنشطة اقتصادية لها طبيعة الأنشطة التي يمارسها الأفراد.

كما وفرت الاتفاقية للدول المتعاقدة الحرية في تحديد هيئاتها أو أجهزتها الإدارية التي تعتبر صالحة لأن تكون طرفا في نزاع يجري الفصل فيه تحت إشراف المركز، كون الاتفاقية تطلب موافقة الدولة المتعاقدة إلى جانب موافقة الهيئة أو الجهاز الإداري التابع لها حتى يدخل النزاع في اختصاص المركز وذلك إلا في حالة إعلان الدولة المتعاقدة عدم ضرورة موافقتها[2].

وقد حددت المادة 02 فقرة 01 من الاتفاقية طريقة فض النزاعات والتي تكون وفق إجرائي التوفيق والتحكيم، حيث يعتبر التوفيق كطريقة لتسوية النزاع أقل رسمية وأكثر مرونة من التحكيم، إذ يهدف إلى مساعدة الطرفين من أجل الوصول إلى تسوية متفق عليها[3].

أما فيما يخص التحكيم فيعتبر طريقة رسمية وذلك لخصوصية إجراءاته والتي تتسم بدرجة كبيرة من الفاعلية ترجع بالأساس إلى الطبيعة الإلزامية للأحكام الصادرة عن المركز من جهة، ومن جهة ثانية فإن النظام-التحكم-يشبه التأثير المقيد للطرفين وذلك بتجنب كليهما القيام بأي عمل يدفع إلى الدخول في تحكيم قد لا يكون في صالحه.

[1]-بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية-دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 155.
[2]-أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار-دراسة مقارنة، د.ط، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990، ص 125.
[3]-أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص 125.

ثانيا: فاعلية واستقلالية الإجراءات

تعتبر اتفاقية واشنطن ركيزة أساسية لبحث قدرة الدولة والأشخاص المعنوية العامة على اللجوء إلى التحكيم حيث أنها تضمنت قاعدة موضوعية لمواجهة ذلك، أضف إلى ذلك أن لها أهمية فريدة من حيث أنه يمكن للشخص طبيعيا كان أو معنويا الوقوف على قدم المساواة مع الدولة ذات السيادة في إجراءات التحكيم[1].

ويمكن أن تنشئ أساسا تشريعيا لإزالة القيود التي تفرضها التشريعات الداخلية على الدولة والأشخاص المعنوية العامة، لاسيما أنه قد يكون لتلك الاتفاقيات قيمة قانونية أعلى من القانون الوطني أو على الأقل تكون مساوية له.

إن تطبيق النظام القانوني الصحيح مطلب أساسي لإصدار حكم تحكيمي شرعي، لهذا أوجبت الاتفاقية على هيئات تحكيم المركز الفصل في النزاع المطروح أمامها بما يتفق مع القانون المتفق عليه بين الأطراف، وفي حالة عدم وجود الاتفاق يطبق قانون الدولة المضيفة للاستثمار إضافة إلى القواعد المناسبة في القانون الدولي.

كما تتميز إجراءات التحكيم بموجب الاتفاقية باستقلالية واضحة، وبالتحديد لا تتمتع المحاكم الوطنية بسلطة ما تفرضها على إجراءات التقاضي أو التحكيم الخاصة بالاتفاقية باستثناء سلطة إصدار إجراءات تحفظية إذا ما اتفق الأطراف على ذلك[2].

الفرع الثاني: شروط انعقاد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

قصد إعطاء خصوصية للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، فإن واضعي اتفاقية واشنطن لسنة 1965م المنشأة له أقر شروط انفرد وتميز بها هذه المؤسسة التحكيمية الدولية على باقي الهيئات الأخرى المتخصص في نفس المجال، ويمكن استخلاص هذه الشروط بالرجوع إلى أحكام اتفاقية واشنطن في فصلها الثاني المعنون باختصاص المركز وبالضبط في المادة 25 الفقرة 01[3] منه نصت على أنه: "يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقد وإحدى

[1]-مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي-دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015م، ص 170.
[2]-بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية-دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، المرجع السابق، ص 158.
[3]-أنظر: المادة 25 فقرة 01 من اتفاقية واشنطن.

رعايا دولة متعاقدة أخرى، التي تتصل اتصال مباشر بأحد الاستثمارات، بشرط أن يوافق أطراف النزاع موافقتهما المشتركة فأنه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده...".

يعتبر الرضا أساسا لاختصاص المركز، حيث يلزم كشرط أساسي ثبوت الاختصاص، موافقة الأطراف ورضاهم على عرض المنازعة أمام المركز، وتأكيدا لحسن نوايا الاتفاقية اتجاه الدول المضيفة ولا سيما الدول النامية، وهذا يعني أن اختصاص المركز في هذا الشأن ليس إلزاميا، إذ لا يمكن إعمال أحكام هذه الاتفاقية إلا برضا الأطراف، بل يبقى إراديا حتى بالنسبة للدول الأعضاء فيه، ومن الخطأ أن ينظر إلى المركز على أنه أداة جبرية لتسوية منازعات الاستثمار[1].

فالرضا الذي يعتد به هو ذلك الذي يصدر عن الطرفين معا وليس عن طريق واحد، ويجب أن يصدر الرضا من أشخاص آهلين، حيث نصت عليها المادة 01/1006 من القانون 08-09[2] على أنه: يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

فلا يمكن للشخص أن يجري اتفاقا على التحكيم ما لم تكن له الأهلية وموافقة الأطراف، وفيما يلي سنبين أشكال الموافقة وما ينجر عنها من آثار.

1-أشكال الموافقة: إن اتفاقية المركز الدولي اشترطت أن يكون الرضا مكتوبا، وفيما عدا ذلك فإنها لم تحدد شكل آخر لهذه الموافقة، وتتمثل أهمية ذلك للتأكد من وجود موافقة فعلية للخضوع أمام المركز.

وتجدر الإشارة إلى أن الاتفاقية لم تحدد وقتا لإعلان أو صدور هذه الموافقة، حيث أن التعبير عن الرضا باختصاص المركز يكون قبل نشوء النزاع أو بعده إلاّ أنه وفي جميع الأحوال يجب أن تكون الموافقة سابقة على تقديم طلب التوفيق أو التحكيم أي يجب أن يكون الرضا موجودا، عند تقديم الطلب إلى السكرتير العام للمركز، والموافقة على اختصاص المركز بنظر النزاع يمكن أن تبدو بصور مختلفة طالما أنها مكتوبة، ففي أغلب الأحوال يعطي كلا الطرفين موافقتهما في وثيقة واحدة، وقد يأخذ رضا الدولة باختصاص المركز في غالب الأحيان شكل معاهدة ثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية[3].

[1]- مصلح أحمد الطراونة-فاطمة الزهراء محمودي، التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي من الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، ج01، ط01، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2013م، ص 130.

[2]- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429ه الموافق لـ25 فيفري 2008م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادر في 23 أفريل 2008م.

[3]-جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001م، ص39.

2-آثار الموافقة: متى أبدى طرفي النزاع موافقتهم على اختصاص المركز، فإنه يترتب على ذلك بعض الآثار الهامة كالتالي:

-عدم جواز الرجوع عن الموافقة أو سحبها بالإرادة المنفردة لأي من أطراف النزاع باعتبارها أحد المبادئ الأساسية في الاتفاقية[1]، وهذا ما نصت عليه المادة 25 من اتفاقية واشنطن: ... وعند إعطاء الطرفان موافقتهما لا يحق لأي من الطرفين أن يسحب هذه الموافقة دون قبول من الطرف الآخر.

-بصدور الرضا باللجوء إلى تحكيم المركز تستبعد جميع السبل الأخرى لحل النزاع إلاّ إذا وافق الأطراف على خلاف ذلك، كما يمكن للدولة الطرف في النزاع أن تشترط في اتفاقية الاستثمار أو عند نشوء النزاع، أن يقوم المستثمر الأجنبي باستنفاذ طرق الطعن الداخلية في الدولة المضيفة قبل إحالة النزاع إلى المركز[2].

الفرع الثالث: توسيع نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

تنص المادة 25 الفقرة 01 من اتفاقية إنشاء المركز على أن المركز يختص بالمنازعات ذات الطابع القانوني التي تتصل اتصالا مباشرا بموضوع الاستثمار، والتي تكون بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، وأن يقدم كلاهما كتابة على طرح النزاع على المركز.

أولا: طبيعة النزاع

اشترطت المادة 1/25 من الاتفاقية أن تكون المنازعة قانونية وناشئة مباشرة عن استثمار. فمن ناحية أولى، لابد أن تكون المنازعة متصلة أو متعلقة بحق أو التزام قانوني، كأن تتعلق بتطبيق بنود اتفاق الاستثمار بين أطرافه أو بتفسيره، أو الاعتداء على حق ما تقرره اتفاقية استثمار ثنائية بين الدولة المضيفة للاستثمار ودولة المستثمر. ومن ناحية ثانية، يجب أن تكون المنازعة ناشئة بطريقة مباشرة عن عقد استثمار[3].

1-أن تكون المنازعة قانونية:

تشير المادة 1/25 من الاتفاقية إلى أن النزاع الذي يدخل في اختصاص المركز هو النزاع المتعلق بوجود حق أو التزام أو بتحديد مداه أو بتحديد النتائج المترتبة على الاعتداء على التزام قانوني،

[1]-عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمار الأجنبية، في القانون الدولي، ط01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008م، ص 186.

[2]-لما أحمد كولجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي والدولة المضيفة وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2008م، ص ص 50-51.

[3]-جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 44.

ومدى الترضية المستحقة عن ذلك، كما تدخل المنازعات المتعلقة بتحديد مراكز فعلية في اختصاص المركز وذلك إلى المدى الذي يتضمنه تحديدها من مضمون قانوني[1].

يستبعد على هذا الأساس المنازعات ذات الطبيعة السياسية أو التجارية البحتة من نطاق اختصاص المركز، والنزاع الذي يدخل في اختصاص المركز هو الذي يتعلق بحقوق التزامات الطرفين كما هو متفق عليه في عقد الاستثمار على ضوء القوانين واللوائح ذات الصلة بالعقد.

2-أن تكون المنازعة ناشئة عن الاستثمار

لا يكفي أن تكون المنازعة قانونية، بل يجب أن تنشأ مباشرة عن عقد استثمار، وهذا القيد سبق أن أشارت إليه ديباجة الاتفاقية حين قررت أن الهدف من وضعها هو مواجهة وتسوية الخلافات التي تنشأ في أي وقت حول موضوع الاستثمار، كما قررته أيضا المادة 01 فقرة 02 من الاتفاقية فقد نصت على أن غرض المركز هو توفير وسائل التوفيق والتحكيم من أجل تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات، ومن الواضح أن هذه الإشارات لم تدل دلالة واضحة على ضرورة أن تكون العلاقة بين النزاع أو الاستثمار عالقة مباشرة أو غير مباشرة كما أشارت إليه المادة 25 فقرة 01 من الاتفاقية بضرورة اتصال النزاع بأحد الاستثمارات اتصالا مباشر[2].

ولم تتضمن الاتفاقية تعريفا واضحا أو محددا للمقصود بتعبير الاستثمار، وعليه فلقد تركت الاتفاقية للأطراف في اتفاق الاستثمار سلطة تقديرية واسعة في تقرير ما إذا كانت معاملة ما أو صفقة ما تعتبر استثمارا، والواقع أن ترك الحرية للأطراف لتحديد نوعية منازعاتهم وما إذا كانت تنطوي على استثمار معين أم لا، كان قرار حكيما من جانب واضعي الاتفاقية، ذلك أن تعريف الاستثمار في القوانين الوطنية غالبا ما يختلف من دولة لأخرى طبقا للسياسات الاقتصادية المتبعة في كل منها. وعلى أي الأحوال، فإن تعريف الاستثمار عادة ما يكون متضمنا في قوانين الاستثمار بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار، كذلك قد يوجد في اتفاقيات ثنائية تعقدها الدولة المضيفة مع دولة المستثمر الأجنبي[3].

إضافة إلى ذلك فإن هذا الأمر قد أعطى لهيئات التحكيم في المركز الحرية في نظر منازعات مختلفة كمنازعات عقود الإنشاءات، والامتيازات، والمنازعات المتعلقة بالصناعة، كما أكسب المركز مرونة كبيرة في مد اختصاصه إلى أشكال جديدة من الاستثمارات ظهرت نتيجة لتطور الحياة

[1]-أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 123.
[2]-عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص 202.
[3]-جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 44.

الاقتصادية الحديثة، مثل عقود الإدارة والخدمة والبيع وغيرها، إذا وكان المركز يختص في الأصل بالنظر في كافة منازعات الاستثمار،إلا أن لكل دولة حرية تقديم بعض منازعات الاستثمار أو طوائف منها إلى المركز، واستبعاد طوائف أخرى وهو ما نصت عليه المادة 25 في فقرتها 04[1] حيث تستطيع كل دولة متعاقدة، عند تصديقها أو انضمامها إلى هذه الاتفاقية أو في أي وقت الحق، أن تبلغ المركز بنوع أو أنواع المنازعات التي تقرر أنه يمكنها أو لا يمكنها طرحها على المركز لتسويتها بالتوفيق أو التحكيم ولا يشكل هذا التبليغ الموافقة المطلوبة طبقا للفقرة الأولى[2].

وعلى ذلك يمكن القول بأن اللجوء إلى المركز إجراء اختياري محض وقاصر على المنازعات القانونية الناشئة عن عقود الاستثمار الدولية.

ثانيا: أطراف النزاع

تشترط المادة 1/25 من اتفاقية المركز على أنه لدخول النزاع في اختصاص المركز يجب أن يكون أحد طرفيه دولة متعاقدة، سواء هيئة أو جهة إدارية أو أي إقليم فرعي أو وكالة تابعة للدولة المتعاقدة أو تعمل بموافقتها، وأن يكون الطرف الآخر من رعايا دولة متعاقدة أخرى.

يترتب على ذلك عدم اختصاص المركز بنظر المنازعات بين الحكومات وبعضها حيث يمكنها اللجوء إلى محكمة العدل الدولية أو محكمة التحكيم الدولية الدائمة، وكذلك عدم اختصاص المركز بنظر المنازعات بين الأطراف الخاصة وبعضها الذين يمكنهم اللجوء إلى غرفة التجارة الدولية أو محكمة محايدة، وأيضا النزاع الناشئ بين مواطن وحكومته والذي يجب أن تفصل فيه المحاكم الداخلية للدولة، وكذلك المنازعات التي تنشأ بين الحكومات والمشروعات العامة الأجنبية المملوكة للدول التي تمارس نشاطا مشابها لنشاط الأفراد[3].

1-أن يكون أحد الطرفين دولة متعاقدة

حتى يدخل النزاع في اختصاص المركز يجب أن يكون أحد أطرافه دولة متعاقدة وتعتبر الدولة متعاقدة إذا كانت طرفا في اتفاقية إنشاء المركز، أما إذا لم تكن الدولة قد انضمت إلى اتفاقية المركز، فإنها تعتبر كذلك بمرور ثلاثين يوما من تاريخ إيداع وثيقة التصديق أو القبول أو الإقرار إلى سكرتارية

[1]-أنظر المادة 04/25 من نفس الاتفاقية.
[2]-عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص ص 202-206.
[3]-عبد المعز عبد الغفار نجم، الجوانب القانونية لنشاط البنك الدولي للإنشاء والتعمير، د. ط،الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، د. س، ص 434.

-أمانة –المركز[1]. ولقد اقترح البعض أن يكون التاريخ المقرر لاعتبار الدولة طرفا في الاتفاقية هو وقت ملء طلب التحكيم لدى السكرتير-الأمين-العام للمركز، على أنه من الأفضل للدولة أن تكون قد اتخذت خطوات الانضمام للاتفاقية عند تقديم طلب التحكيم إلى المركز حتى يمكنها الاستفادة من خدماته[2].

ولقد ذهبت محكمة تحكيم المركز في قضية الحكومة المغربية ضد شركة هولياداي إنزHoliday Inns الأمريكية إلى أن التاريخ الذي يعتد به لاعتبار الدولة متعاقدة هو تاريخ تحقق رضاء الأطراف باختصاص المركز وقيام تلك الدولة بملء طلب التحكيم إلى المركز، وعليه فقد اعتبرت محكمة التحكيم أن شرط عضوية أطراف النزاع يجب أن يتحقق عند إحالة النزاع إلى المركز وليس عند إبرام عقد الاستثمار، وعلى هذا فإنه يكفي أن يكون أطراف النزاع قد انظموا إلى المعاهدة عند إحالة النزاع إلى المركز، وعند وجود اتفاقية بين طرفي النزاع تنص على اللجوء إلى المركز، فإن الطرف الممتنع عن ذلك يعتبر مخال بالاتفاقية المبرمة بينهم ومن ثم يتعرض للمسائلة الدولية[3].

وعلى هذا الأساس، وفرت الاتفاقية للدول المتعاقدة الحرية في تحديد هيئاتها أو أجهزتها الإدارية التي تعتبر صالحة ألن تكون طرفا في نزاع يجري الفصل فيه تحت إشراف المركز، حيث تتطلب الاتفاقية موافقة الدولة المتعاقدة إلى جانب موافقة الهيأة أو الجهاز الإداري التابع لها حتى يدخل النزاع في اختصاص المركز وذلك إلاّ في حالة إعلان الدولة المتعاقدة عدم ضرورة موافقتها[4].

وحسب الاتفاقية، فإنه يجب أن تقوم الدولة المتعاقدة بتعيين المؤسسات أو الهيئات التابعة لها لدى المركز حتى يشملها الاختصاص، ويمكن القيام بعملية التعيين في أي وقت طالما تم إخطار المركز بذلك قبل ملء طلب التحكيم.وعليه، يجوز للدولة المتعاقدة أن تسحب موافقتها على خضوع المؤسسة أو الهيئة التابعة لها لاختصاص المركز في أي وقت، وذلك لأن موافقة الدولة ما هي إلاّ تصرف بالإرادة المنفردة صادر عن الدولة المتعاقدة، على أن هذه الموافقة تصبح ملزمة ولا يجوز سحبها إذا كان الطرف الآخر في عقد الاستثمار قد تصرف على أساس وجودها[5].

2-أن يكون الطرف الآخر مواطنا لدولة أخرى متعاقدة

[1]-عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص197.
[2]-جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 20.
[3]-عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص 198.
[4]-أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص125.
[5]-جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص ص 26-27.

تشترط الاتفاقية أن يكون الطرف الآخر في عقد الاستثمار مستثمرا أجنبيا من دولة أجنبية أخرى طرفا في الاتفاقية، وأن يكون ممن يصدق عليه وصف" أحد رعايا دولة متعاقدة أخرى" وهي طبقا لنص المادة 5/25[1] من الاتفاقية أي شخص طبيعي أو اعتباري يحمل جنسية دولة متعاقدة أخرى خالف الدولة الطرف في النزاع، وفيما يتعلق برعايا الدول الأخرى تؤكد المادة 25 أن عبارة " المواطن " تعني الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتباريين في تلك الدول، كما يمكن اعتبار الشخص الاعتباري أجنبيا إذا أخذنا بمعيار الرقابة[2].

-الشخص الطبيعي

يمكن للشخص الطبيعي الذي يتمتع بجنسية إحدى الدول المتعاقدة أن يطلب التحكيم مع الدولة المضيفة لاستثمار أمام المركز، ولكن لابد أن يتوفر شرط الجنسية في تاريخين معا، فالتاريخ الذي يرتضي فيه الأطراف التقديم إلى تحكيم المركز، وفي التاريخ الذي يسجل فيه الطلب بمعرفة السكرتير-الأمين-العام للمركز، ويجب أن تتوفر للشخص الطبيعي جنسية إحدى الدول المتعاقدة في هذين التاريخين معا، ذلك أن توفر الجنسية في أحدهما فقط ليس كافيا لاختصاص محكمة المركز بنظر منازعة الاستثمار. بالإضافة إلى ذلك، يتعين على المستثمر الأجنبي إذا كان شخصا طبيعيا أن يذكر صراحة عند تقدمه بطلب التحكيم أمام المركز أنه لا يتمتع بجنسية الدولة المضيفة للاستثمار الطرف في النزاع[3].

أما الشخص الطبيعي الذي تتوافر له أكثر من جنسية دولة متعاقدة في نفس الوقت، فإن ذلك لا يؤثر بأي حال في حق المستثمر في التقدم بطلب التحكيم أمام المركز، وكذلك في الفرض الذي يتمتع فيه الشخص الطبيعي بجنسية دولة متعاقدة، وفي نفس الوقت يتمتع بجنسية دولة أخرى غير متعاقدة، ففي الفرضين السابقين فإن نص المادة 5/25 واضح بأنه يكفي لانعقاد اختصاص محكمة المركز أن يتمتع الشخص بجنسية أية دولة متعاقدة حتى لو ثبت أنه يحمل جنسية دولة أخرى غير متعاقدة، والسبب في ذلك هو أن أهم ميزة من مميزات التحكيم في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار عدم وحدة جنسية أطراف النزاع[4].

في حين المستثمر الذي يتمتع بجنسية دولتين متعاقدتين أحدهما هي جنسية الدولة المضيفة للاستثمار فلا يجوز له التقدم بطلب التحكيم أمام المركز بالنظر لوحدة الجنسية مع الدولة المضيفة

[1]-أنظر: المادة 5/25 من الاتفاقية السابقة.
[2]-قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 331.
[3]-جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص ص 28-29.
[4]-لما أحمد كوجان، المرجع السابق ص 36.

للاستثمار الخصم في النزاع، أما بالنسبة للأشخاص الطبيعيين " عديمي الجنسية " فلا يجوز لهم الاشتراك في إجراءات التحكيم أمام المركز لعدم تمتعهم بجنسية أية دولة متعاقدة[1].

-الشخص الاعتباري

لقد اكتفت الاتفاقية بأنه لكي يخضع الشخص الاعتباري لاختصاص محكمة المركز فإنه يجب أن يكون متمتعا بجنسية أية دولة متعاقدة غير تلك الدولة الطرف في النزاع، ويجب أن يتوافر شرط الجنسية بالنسبة للشخص الاعتباري في التاريخ الذي يوافق فيه الأطراف على عرض النزاع للتوفيق أو طرحه على التحكيم، ولا يؤثر في انعقاد الاختصاص حدوث أي تغيير الحق في جنسية هذا الشخص الاعتباري، ولا ريب أنمن شأن ذلك منع التحايل بإحداث تعديلات غير جدية في الجنسية بهدف خرق اختصاص محكمة المركز أو على العكس باستبعاد اختصاصها بشأن نزاع معين[2].

إذا كان المبدأ العام يقضي بعدم ولاية المركز بنظر المنازعات التي تنشأ بين الدولة المتعاقدة وأحد رعاياها من الأشخاص الاعتبارية، فإن ذلك معناه أن قطاعا كبيرا وهاما من الاستثمارات الأجنبية سوف يبقى خارج نطاق الاتفاقية، وسوف يتخلف الشرط الخاص بضرورة أن يكون الشخص الاعتباري متمتعا بجنسية دولة أخرى غير تلك الدولة الطرف في النزاع وذلك لأن الشركة نشأت بمقتضى قوانين الدولة المضيفة ولا يجوز بناءا على هذا السبب أن تكون طرفا في إجراءات تتخذ أمام المركز الدولي ضد هذه الدولة، هذا الأمر هو الذي دفع بالاتفاقية إلى اعتبار الشخص المعنوي الذي يحمل جنسية الدولة الطرف في النزاع من رعايا دولة أخرى في حالة اتفاق الأطراف في إطار الاتفاقية على اعتبارها فيحكم رعية دولة أخرى متعاقدة لوجود مصلحة أجنبية مسيطرة عليه[3].

-موافقة الأطراف

تنص المادة 25 من اتفاقية المركز على عرض النزاع على المركز، بشرط موافقة أطراف النزاع كتابة، ومن ثمة لا يكفي مجرد تصديق الدول على الاتفاقية كي تكون ملزمة بعرض النزاع على المركز، بل تظل حرة في قبول أو عدم قبول إخضاع تلك النزاعات على المركز، وهذا من جانب الدول، أما الطرف الخاص فله أيضا حرية قبول أو عدم قبول عرض النزاع على المركز.

[1]-جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 30.
[2]-لما أحمد كوجان، مرجع سابق، ص36.
[3]-مصطفى خالد مصطفى النظامي، الحماية الإجرائية للاستثمارات الأجنبية الخاصة-دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص173.

وبما أن رضا الأطراف أو قبولهم التحكيم أمام المركز يعتبر العمود الفقري لاختصاصه ذلك فإنه لا يمكن للأطراف في اتفاق الاستثمار العدول بأي حال من الأحوال عن رضائهم السابق بقبول التحكيم لدى محكمة تحكيم المركز، فبمجرد صدور الرضا لا يمكن لأي طرف النكوص عن التقديم للتحكيم أمام المركز حتى ولو كان أحد الأطراف المتنازعين قد انسحب من الاتفاقية نفسها، فلا يؤثر في صحة الرضا انسحاب الدولة المضيفة للاستثمار من الاتفاقية، ولا انسحاب الدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي بجنسيته، كما أن الرضا أو قبول التحكيم لدى المركز يحرم الأطراف من تقديم منازعاتهم أمام أي جهة أخرى، وبالتالي تحرم الدولة المتعاقدة التي يتبعها المستثمر الأجنبي من تقديم أية حماية دبلوماسية له، وكذلك تحرم تلك الدولة من تقديم أي طلب للدفاع عن المستثمر المنتمي إليها بجنسيته، على أنه يجوز للدولة الطرف في النزاع أن تشترط في اتفاقية الاستثمار أو عند نشوب النزاع، أن يقوم المستثمر الأجنبي باستنفاذ طرق الطعن الداخلية في الدولة المضيفة للاستثمار قبل إحالة النزاع إلى المركز للفصل فيه[1].

وما يلاحظ على هذه الاتفاقية بأنها لم تحدد وقتا معينا للإعراب عن تلك الموافقة، فيمكن أن يصدر الرضا باختصاص المركز قبل أو بعد نشأة النزاع، إلا أنه يجب في جميع الأحوال أن يكون الرضا موجودا حين تقديم الطلب إلى السكرتير العام للمركز، أي يجب أن يكون الرضا سابقا لتقديم طلب التوفيق أو التحكيم أمام المركز[2].

ويتعين أن يكون الرضا بالتحكيم أمام المركز كتابة، وفيما عدا ذلك فإن الاتفاقية لم تحدد شكلا آخر لهذه الموافقة، وعدم اشتراط شكل للموافقة المكتوبة يجعل من الممكن أن تكون في صورة نص في عقد الاستثمار أو في صورة اتفاق بعد العقد أي في شكل مشارطة أو اتفاق تحكيم، وقد يكون ذلك عبر نص في قانون الاستثمار–بالنسبة للدولة–بحيث تلتزم الدولة بعرض النزاع على المركز وعند وجود الموافقة يستبعد عرض النزاع على جهات أخرى، ويمكن أيضا أن تعطي الدولة موافقتها على اختصاص المركز من خلال معاهدات الاستثمار الثنائية التي تبرمها مع الدول الأخرى[3].

ويكون الرضا بالتحكيم أمام المركز ملزما، ولا يجوز سحبه بالإرادة المنفردة، طالما صدر عن طرفي اتفاق الاستثمار، فالرضا البات باختصاص المركز هو ذلك الذي يصدر عن الطرفين معا وليس عن طرف واحد، ويمكن أن يصدر الرضا باختصاص المركز قبل أو بعد نشأة النزاع، على أنه يجب في

[1]-قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص ص 327-328.
[2]-عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص 183.
[3]-عمر هاشم محمد صدقة، المرجع نفسه، ص 184.

جميع الأحوال أن يكون الرضا موجودا حين تقديم الطلب إلى السكرتير– الأمين- العام للمركز. وبعبارة أخرى يجب أن يكون الرضا سابقا لتقديم طلب التحكيم إلى المركز[1].

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود الاستثمار وحكم التحكيم الصادر بخصوص ذلك

إن نقطة البداية في اللجوء إلى نظام التحكيم تكمن في الاتفاق على مبدأ التحكيم واختياره سبيلا لحل منازعات معينة، أو المنازعات التي قد تثيرها معاملات معينة والتي تنشأ عن عقود أو غيرها ودون هذا الاتفاق لا يمكن أن يجري أو يتم، ولذلك فإن أول ما ينبغي على المحكم أو القاضي القيام به وهو بصدد تحكيم أو يقوم بالتعاون على فعاليته أو يأمر بتنفيذه ما صدر فيه من أحكام، إذ أنه يتحقق من وجود اتفاق التحكيم، كما عليه تحديد القانون الواجب التطبيق عليه، بغية التأكد من صحته باعتبار أن اتفاق التحكيم الباطل أو غير الموجود لا يسمح للقاضي أو المحكم أن يمارس اختصاصه فيه حتى يتسنى له تحديد حكم التحكيم الصادر في مختلف منازعات عقود الاستثمار الأجنبي.

وعليه، من خلال هذا المبحث سنحاول التطرق إلى العناصر الآتية ذكرها كما يلي:

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود الاستثمار ومدى نطاقه.

[1]- جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 37.

المطلب الثاني: حكم التحكيم الصادر في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي.

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود الاستثمار ومدى نطاقه

من أهم قضايا التحكيم معرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وذلك لأن القانون المذكور هو الأساس في إصدار حكم التحكيم وبالتالي حسم النزاع وإنهائه، ويتعين على القاضي تطبيق النصوص القانونية للدولة التي يستمد منها سلطته وبالتالي تطبيق القانون أو قواعد القانون الدولي الخاصة بتنازع القوانين لتلك الدولة.

الفرع الأول: موقف القانون الوطني والدولي من القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود الاستثمار

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

أولا: موقف التشريعات الوطنية من القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود الاستثمار

القانون الواجب التطبيق هو مجموعة القواعد القانونية التي يختارها الأطراف للتطبيق على النزاع عملا بمبدأ قانون الإرادة في العقود الدولية.

1-موقف المشرع الجزائري

نص المشرع الجزائري في المادة 1040 فقرة 02 من ق. إ. م. إ. ج في القانون 09-08 على أنه: تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشرط الذي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما.

وما يلاحظ على أن المشرع الجزائري قد أكد في المادة 1050[1]ق.إ. م. إ. ج على تكريس مبدأ سلطان الإرادة أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما أي استبعد قانون البلد، أي أن المشرع أعطى للتحكيم أهمية كبيرة وهذا من أجل تحقيق غاياته[2].

2- موقف القوانين المقارنة من القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود الاستثمار

لقد أخذت معظم القوانين الوطنية بقاعدة خضوع موضوع النزاع لقانون الإرادة فنجد المادة 1477 من قانون المرافعات الفرنسي تنص أنه يتولى المحكم حل النزاع طبقا لقواعد القانون الذي اختارته الأطراف أو طبقا للقواعد التي يقدر ملائمتها في حالة عدم اتفاقهم وفي جميع الأحوال يأخذ بالعادات التجارية في الحسبان ويطابق هذا النص حكم الفقرة 03 من المادة 13 من نظام تحكيم الغرفة التجارية الدولية، وهو نفس الحكم الذي تقضي به المادة 1054 فقرة 03[3] من قانون المرافعات الهولندي، مع ذلك فإن هناك بعض التشريعات تضع قيودا على حرية الأطراف كقانون التحكيم الإسباني لسنة 1988م الذي ينص على أنه: يقضي المحكمون طبقا للقانون الذي عينته الأطراف صراحة، بشرط أن تربطه صلة التعامل الأصلي أو بموضوع النزاع وإلاّ طبقا للقانون واجب التطبيق على التعامل الذي أثار النزاع وفي الأخير تطبيق القانون الأكثر ملائمة[4].

[1]-أنظر: المادة 1050 من ق.إ. م. إ. ج.
[2]-لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 315.
[3]-أنظر: المادة 1054 فقرة 03 من قانون المرافعات الهولندي.
[4]-خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 230.

في حين نجد فريق ثالث من هذه القوانين على سبيل المثال قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م في مادته 39[1]منه بأنه يعطي الأطراف الحرية الكاملة في اختيار أي قانون ليطبق على موضوع النزاع دون تقييد لإرادتهما.

ثانيا: موقف القانون الدولي من القانون الواجب التطبيق

أخذت العديد من الاتفاقيات بمبدأ تنفيذ قانون الإرادة المستقلة بحجة أنه لا يمكن أن تتصور وجود أي اتفاق أو عقد له إلزامية ذاتية، إذ لابد أن يرتبط بنظام قانوني يعطيه قوته الملزمة وينظم وجوده وصحته واتفاق التحكيم سواء كان شرطا أو مشارطة لا ينبغي أن يعامل في إطار القانون الخاص معاملة مختلفة عن بقية العقود، في حين يرمي الاتجاه الثاني إلى تطبيق الدولة مقر التحكيم مستندين على كون الإجراءات تخضع لقانون محل القاضي وأن مقر التحكيم ترتكز فيها العملية التحكيمية.

1-حسب اتفاقية نيويورك لعام 1958م

تطرقت الاتفاقية في المادة 01 فقرة 05[2] إلى مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم على أنه: يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحث عليه الحكم إلاّ إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على وجود إحدى الحالات المذكورة.

من نص الاتفاقية يتضح أن القانون الواجب التطبيق هو قانون إرادة أي القانون الذي تخضع له سائر العقود ذات الطابع الدولي، وبالتالي تكون قد حسمت الخلاف بين أنصار نظرية خضوع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة وأنصار قانون المقر التحكيم وتبقى الثانية كمصدر احتياطي.

2-اتفاقية جنيف الأوروبية لسنة 1961م

أخذت اتفاقية جنيف لعام 1961 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 يجري على إقليمها التحكيم أي قانون مكان التحكيم.

[1]-أنظر: المادة 39 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994م.
[2]-أنظر: المادة 01 فقرة 05 من اتفاقية نيويورك لعام 1958م.

لقد تبنى القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري في المادة 34 فقرة 02 حيث أخذ القانون النموذجي بقانون الإرادة أولا ثم أخذ بالقانون الذي صدر بها الحكم[1].

3-اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965م

أخذت هذه 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.

إن أغلب الاتفاقيات الدولية قد أخذت بالاتجاه السائد وهو الخضوع لسلطان الإرادة وفي مجال عدم الاتفاق على قانون الإرادة يتم الرجوع إلى قانون الدولة التي يتم فيها التحكيم على إقليمها[2].

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم

إن تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع في المنازعات التي تعرض على تحكيم المركز الدولي، تعد من المسائل ذات القيمة الجوهرية، ذلك لما لهذا الأمر من أهمية للفصل في النزاع.

وفي هذا السياق، أوجدت اتفاقية واشنطن هيئة تحكيم المركز الفصل في النزاع المطروح أمامها بما يتفق مع قواعد القانون المتفق عليها بين الأطراف المتنازعة، وفي حالة عدم وجود اتفاق تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار بالإضافة إلى القواعد المناسبة في القانون الدولي، هذا ما يفهم من نص المادة 42 من الاتفاقية التي تنص: " تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفي النزاع، وإذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادئ، فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع".

أولا: اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق

استنادا إلى اتفاقية واشنطن نجد أن أطراف النزاع يتمتعون بحرية كاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق، ذلك تطبيقا لنص المادة 42 فقرة 01[3]الذي جاء على النحو التالي: " تفصل المحكمة طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفي النزاع "، حيث يمكن لأطراف النزاع أن يختاروا قانون دولة

[1]-خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 225.
[2]- خالد كمال عكاشة، المرجع نفسه، ص ص 228-229.
[3]-أنظر: المادة 42 فقرة 01 من اتفاقية واشنطن.

معينة أو القانون الدولي العام، كما يستطيعون اختيار قواعد قانونية من عدة نظم قانونية، أو قواعد قانونية مشتركة من قانون وطني والقانون الدولي العام[1].

في حالة اختيار القانون الواجب، تلتزم هيئة التحكيم بالقواعد القانونية التي اختارها الأطراف، سواء تعلق الأمر بقواعد القانون الداخلي أو أحكام القانون الداخلي أو أحكام القانون الدولي، أو المبادئ العامة للقانون.

لكن تنشأ صعوبة معينة عندما يقوم الأطراف باختيار قانون دولة بعينها، إذا يثور التساؤل عما إذا كان الاختيار يشير إلى هذا القانون وقت انعقاد عقد الاستثمار، أو في الوقت الذي يكون عليه هذا القانون وقت انعقاد العملية التحكيمية[2].

وتتوقف الإجابة على هذا التساؤل على ما إذا كان طرفي النزاع قد ضمنوا اتفاقهم شرطا يقضي بتجسيد القانون الواجب التطبيق على علاقتهم فيما يسمى بشرط الثبات التشريعي، أو خلا اتفاقهم من مثل هذا الشرط[3].

وفي هذا الصدد ظهر اتجاهان متعارضين حول صحة شرط الثبات التشريعي، حيث يذهب أنصار الاتجاه الأول إلى عدم صحة شرط الثبات التشريعي بل بطلانه، بحجية أنه يحد من سلطة الدولة وينقص من سيادتها في سن التشريعات الداخلية المتعلقة بالاستثمار، بل أكثر من ذلك يحد من ذلك من حرية الدولة في مواجهة ظروف الاستثمار المختلفة في ظل المتغيرات الاقتصادية المختلفة.

ويؤيد أنصار الاتجاه الثاني، صحة شرط الثبات التشريعي على أساس أنه لا يوجد تعارض بين هذا الشرط واعتبارات سيادة الدولة، وعلى ما يبدو أن أحكام التحكيم التي صدرت في ظل المركز الدولي تؤيد الاتجاه الثاني[4].

ففي قضية AGIP v.congo والتي تضمنت اتفاق الاستثمار بين حكومة الكونغو والشركة المدعية نص فيه على شرط يقضي بتجميد القواعد القانونية المنطبقة على الاتفاق المذكور وعدم تأثره

[1]- خالد محمد الجمعة، المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كطريق لحل منازعات الاستثمار، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 03، ص 226.
[2]- صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير مشكلة تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004م، ص 61.
[3]-جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 59.
[4]- صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 63.

بأي تغير أو تعديل في القوانين التي تصدرها دولة الكونغو، ولقد حكمت محكمة تحكيم المركز بأنه من سلطة الدولة تغير تشريعاتها الداخلية كنتيجة لتمتعها بالسيادة، مع ذلك فطالما وافقت الدولة الضيفة للاستثمار على تضمين شرطا يفضي بتجميد العلاقة في الوقت الذي انعقد فيه الاتفاق، فإن القوانين الجديدة لا تؤثر على الالتزامات التعاقدية للدولة[1].

ثانيا: تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل هيئة التحكيم

لقد عالجت اتفاقية واشنطن مسألة خلو اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة المتعاقدة والمستثمر الأجنبي من النص على القانون الواجب التطبيق، ذلك بموجب المادة 42 منها التي تنص: "... و إذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادئ، تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما فيها القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع ".

يفهم من نص المادة السالفة الذكر، أنه في حالة غياب اتفاق الأطراف يمكن للمحكمة تطبيق القانون الداخلي للدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين في تلك الدولة، إضافة إلى مبادئ القانون الدولي القابلة للتطبيق على النزاع ، وذلك كالتالي:

في حالة غياب اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق تلتزم محكمة تحكيم المركز، بتطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الواردة فيه إضافة إلى تطبيق مبادئ القانون الدولي المتصلة بموضوع النزاع، وفقا لهذا لا يستمد الاختصاص التشريعي لقانون الدولة المضيفة من الإرادة المشتركة للأطراف وإنما من غياب هذه الإرادة المشتركة[2].

مما سبق، يجوز لمحكمة تحكيم المركز الدولي أن ترفض تطبيق قواعد القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، إذا كانت تلك القواعد تمثل مخالفة لقواعد القانون الدولي، غير أنه لا يجوز لها رفض الحكم في النزاع بحجية عدم وجود نصوص قانونية قابلة للتطبيق على النزاع[3]، أو نتيجة قصور هذه القواعد عن حكم العلاقة التعاقدية بين الطرفين، وذلك من أجل إنكار العدالة وإصدار الحكم العادل.

كما أضافت المادة 42 فقرة 03[4] من اتفاقية واشنطن، أنه يجوز لهيئة تحكيم المركز الفصل في النزاع المعروض عليها وفقا لمبادئ العدل و الإنصاف، وهذه الأخيرة تهدف إلى الفصل في النزاع بناءا

[1]- جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 61.
[2]- خالد محمد الجمعة، المرجع السابق، ص 227.
[3]-كعباش عبد الله، الحماية الوطنية للاستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2002، ص 366.
[4]-أنظر: المادة 42 فقرة 03 من الاتفاقية السابقة.

على معتقدات القاضي ويقتنع به قناعة شخصية أنه يحقق العدالة لأطراف النزاع[1]، ولتطبيق قواعد العدل والإنصاف على النزاع يستوجب وجود اتفاق صريح بين الأطراف على ذلك، فالمحكمة لا يمكن أن تفصل في النزاع وفقا لتلك المبادئ من تلقاء نفسها.

لا يعتبر تطبيق مبادئ العدل والإنصاف ملئا لفراغ قانوني فقط أو تفسير أو تكملة القواعد الواجبة التطبيق بما جاء في قواعد العدالة، بل يجب عليها الفصل في النزاع بتغليب قواعد العدالة[2].

لا تكمن مهمة محكمة التحكيم عند النزاع وفقا لمبادئ العدل والإنصاف في تقريب وجهات نظر الأطراف المتنازعة للوصول إلى صلح ينهي النزاع، ذلك أن هذه المهمة تقع أساسا على عاتق المحكم بالصلح، ذلك أن التفرقة في إطار المركز الدولي تفرضها اعتبارات خاصة، فمن جهة أولى نعلم أن التسوية الودية للنزاع أسندت للجان التوفيق المشكلة لهذا الغرض.

ويتضح ذلك من خلال نص المادة 34 فقرة 01 من الاتفاقية التي تنص على:" تتمثل وظيفة اللجنة في توضيح النقاط محل النزاع من الأطراف، وعليها أن تبذل قصارى جهدها في توجيههم نحو الحل الذي يقبلانه". ومن جهة ثانية، يجب أن يكون حكم التحكيم الصادر مسببا في جميع الحالات وإلا كان عرضة للطعن بالإلغاء[3].

وتجدر الإشارة، إلى أن مجال تطبيق أحكام العدل والإنصاف من قبل لجنة تحكيم المركز لا يزال غامضا، حيث يرى البعض أن الأعمال التحضيرية للاتفاقية تدل بشكل ضمني على أن لجنة التحكيم تستطيع أن تطبق القانون في حالة النص على تطبيق أحكام العدل والإنصاف، كما يمكن لها تطبيق القانون على بعض المساءل التي يثيرها النزاع وعلى البعض الآخر أحكام العدل والإنصاف.

فضلا عن ذلك، يمكن لطرفي النزاع الاتفاق على تطبيق قواعد العدل والإنصاف، إضافة إلى قانون الدولة المضيفة للاستثمار، علما أن هذا القانون لا يمنع صدور الحكم على أحكام العدل والإنصاف[4].

[1]-خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 299.
[2]-طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 324.
[3]-قبايلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة دكتوراه في العلوم، فرع القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص 371.
[4]-خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 230.

الفرع الثالث: نطاق القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم

يسري القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم كافة ويحدد كيفية بدء خصومة التحكيم وتنظيم قواعد سير المرافعات كتقديم المستندات وسماع الشهود والخبرة والإنابة وتنظيم حقوق الدفاع ومراعاة مبدأ المساواة والمواجهة وتشكيل هيئة التحكيم ورد المحكم وهذا ما جاء في لوائح مؤسسات التحكيم الدولية وقواعد الأونسيترال والقانون النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية.

حدد المشرع الجزائري القانون الواجب التطبيق من زمن بداية إجراءات التحكيم إلى غاية نهايته باستقراء المادة 1015 و1018 من ق. إ. م. إ. ج تبدأ من تاريخ إعلان المحكمين قبول المهمة المسندة إليهم وتنتهي بصدور حكم التحكيم[1].

أولا- نطاق القانون الواجب التطبيق في القانون الجزائري

أشارت المادة 1006 من ق. إ. م. إ. ج على أن لكل شخص الحق في اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق الحرية في التصرف فيها وهذا كأصل عام واستثناءا عنه، وقد أورد المشرع بعض المسائل التي لا ينبغي أن تكون محلا للتحكيم ويتعلق الأمر بمسائل النظام العام وكمثال عنها النزاع بشأن قواعد القروض بين الأفراد التي نص القانون المدني صراحة على بطلانها المطلق بموجب أحكام المادة 454 منه كما استثنى المشرع المتعلقة بحالة الأشخاص لا سيما ما تعلق منها بالنزاع حول الزواج والطلاق والنفقة والحضانة والحقوق المتعلقة بالإرث والمسكن والملبس والجنسية والحالة المدنية وغيرها، هذا عن الأشخاص الطبيعية وكذا الأشخاص المعنوية الاقتصادية.

ثانيا- نطاق القانون الواجب التطبيق في التشريعات المقارنة

هناك العديد من القوانين التي أجازت للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة بالأهلية لإبرام اتفاقيات التحكيم وبصفة خاصة في مجال المعاملات الدولية الخاصة وقد أقرت بذلك معظم الدول الأوروبية مثل إسبانيا، الدانمارك، السويد، النرويج، فلندا، إيطاليا، كما تضمنت العديد من قوانين الاستثمار في العديد من الدول نصوصا صريحة بشأن التحكيم وبمقتضاها يتم حسم المنازعات التي يمكن أن تثور بين الدولة والأشخاص العامة من ناحية والمستثمر الأجنبي من ناحية أخرى.

ولقد قامت مختلف الدول العربية بتعديل قوانينها الوطنية من أجل الاعتراف صراحة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة لإبرام اتفاقيات التحكيم، فمثلا في جمهورية مصر العربية قام المشرع

[1]-لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 270.

بإدخال تعديل على قانون التحكيم رقم 27 لعام 1994م بموجب القانون رقم 09 لعام 1997م وذلك بإضافة فقرة 02 للمادة 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، ولا يجوز التفويض في ذلك، وتعتمد الجهة الإدارية الاتفاق وضبطه تحقيقا للصالح العام بهدف تشجيع الاستثمار ودفع عجلة التنمية لكي تحقق أهدافها[1].

المطلب الثاني: حكم التحكيم الصادر في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي

مما لا شك فيه أن الغاية التي يسعى إليها أطراف النزاع، هي الحصول على حكم التحكيم، إذ أنه ومن المتصور إنهاء خصومة التحكيم دون أن يصدر حكم فيه، كما في حالات الصلح أو وفاة الخصوم أو في حالة اتفاق الأطراف على إنهائه أو إذا ترك المدعى خصومة التحكيم وما إلى ذلك من الأسباب، وإصدار حكم التحكيم يقتضي البحث في ميعاده وكيفية صدوره وكذلك شكليات حكم التحكيم.

وعلى هذا الأساس، سنبين ذلك من خلال العناصر التالية:

الفرع الأول: إصدار حكم التحكيم الصادر في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي

يعد صدور حكم التحكيم من المراحل الهامة التي يمر بها نظام التحكيم، فالحصول عليه هو هدف كل المتنازعين لأنه يفصل في النزاع، ويحصل كل ذي حق على حقه، وحكم التحكيم هو قرار يصدره المحكمون الذي اتفق المتنازعون على اختصاصهم بحل النزاع، وإذا كان حكم التحكيم هو النهاية الطبيعية للنزاع فيما بين الخصوم، فإنه ليس النهاية الحتمية لأي نزاع يحل بالتحكيم، فمن المتصور إنهاء خصومة التحكيم دون صدور حكم وذلك لأسباب متعددة[2].

وعليه فحكم التحكيم يصدر لحسم موضوع النزاع، ففي حال ما كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم واحد، باعتبار أن الحكم يصدر بأغلبية الآراء بعد مداولة تتم على الوجه الذي تحدده الهيئة، ما لم يتفق أطراف التحكيم على غير ذلك، كما أنه يصدر كتابة ويوقعه المحكمون، وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يكتفي بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية.

وما الملاحظ من هذا أنه في الطريقة الأولى يتم بيسر وسهولة كما تعتبر أقل تكلفة من الثانية لأن اجتماع المحكم الفرد وأطراف النزاع يجعل استنباط المسألة أكثر وضوحا بالنسبة للمحكم وعلى ذلك

[1]-خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 237.
[2]-خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 268.

تتكون عقيدته بطريقة فردية غير منحازة أو محايدة ولا يجوز التعقيب عليها من أي طرف من طرفي النزاع بعكس الطريقة الثانية فيكون الأمر فيها يتسم بالصعوبة إلى حد ما إذ أن كل محكم من الثلاثة تتكون له عقيدته الخاصة بشأن تقييم النزاع وأبعاده ذلك الأمر الذي تتفاوت وتتضارب معه أراء المحكمين في حل كل واحد منهم لموضوع النزاع، وعليه يمكن القول بأن هناك ثلاث طرق لإصدار حكم التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، عندما تكون المحكمة مكونة من ثلاث محكمين وتتمثل في الإجماع والأغلبية أو من جانب رئيس محكمة التحكيم وحده[1].

الفرع الثاني: بيانات حكم التحكيم التجاري الدولي في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي

إن الحكم الصادر في التحكيم شأنه شأن الأحكام القضائية العادية والتي يجب أن تتوافر فيها بعض البيانات الشكلية والبيانات الموضوعية، حتى يكون صحيحا ولا يقبل الطعن فيه بالبطلان وسوف نتطرق لهذه البيانات كالتالي:

أولا: الشروط الموضوعية

يهدف أطراف اتفاق التحكيم إلى حسم ما ثار بينهم أو ما قد يثور من منازعات وذلك عن طريق المحكمين الذين لجئوا إليهم بدلا من الالتجاء إلى القضاء، لذلك كان من اللازم أن يصدر حكم المحكمين فاصلا في موضوع الخلاف على نحو حاسم، فلا يعد حكما مجرد حث الأطراف أو توجيههم إلى انتهاج أسلوب معين في تنفيذ التزاماتهم.

فحكم التحكيم الذي يكتسب هذا الوصف هو الحكم الصادر في موضوع النزاع على نحو يحسم فيه النزاع، ولكن في حالة ما كان حكم التحكيم بهذا المعنى فهو يطابق بطبيعة الحال معنى الحكم القضائي، إلاّ أن المحكمون على عكس القضاة لا يستمدون سلطتهم من الدولة وإنما اتفاق الأطراف ولذا فهو من يقوم بتحديد مهمة المحكم ونطاق سلطاته، وهذا ما نصت عليه المادة 1040 ق. إ. م. إ. ج ، من خلال فقرتها الثانية[2].

وبالتالي فالمحكم هو قاضي النزاع كما قام بتحديده الأطراف ولا تنطبق عليه أن قاض الأصل هو قاضي الفرع باعتباره لا يفصل إلاّ فيما طرح عليه، ولا يملك حق التصدي لما يعرض عليه ولم يطلب منه الفصل.

[1]- خالد كمال عكاشة، المرجع نفسه، ص 270.

[2]-نصت المادة 1040 ق.إ. م.إ. ج على أنه: تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما.

ثانيا: الشروط الشكلية

تضم الشروط الشكلية البيانات التالية:

1-أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم

يتعين أن يشمل الحكم البيانات المتعلقة بالخصوم والمحكمين كالأسماء والصفات وكذا العناوين والجنسيات، وهو ما نصت عليه المادة 1028 من ق. إ. م. إ. ج حيث جاء فيها: " يتضمن حكم التحكيم البيانات الآتية:

-اسم ولقب المحكم أو المحكمين

-تاريخ صدور الحكم

-مكان إصداره

-أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي.

-أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف عند الإقتضاء".

وقد أوجبت الفقرة الثانية كذلك من قواعد تحكيم الأونسيترال على تضمين صحيفة المطالبة التي تقدم للأطراف الأخرى، وللمحكم أو المحكمين أسماء وعناوين أطراف التحكيم وأسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وكذلك البيانات والحقائق التي تدعم المطالبة.

2- تاريخ ومكان إصدار الحكم

لابد أن يشمل حكم التحكيم بيان تاريخ ومكان إصدار وتاريخ صدوره أمر في غاية الأهمية للتأكد من صدوره قبل انتهاء مهلة التحكيم لأنه بانتهاء هذه المهلة تفقد هيئة التحكيم سلطتها في الفصل في النزاع، وصدور الحكم تنتهي إجراءات التحكيم، كما قد يختلف المحكمون في تاريخ التوقيع على الحكم عند تعددهم، ولا عبرة لهذا الاختلاف إذا تم توقيع الأغلبية في الميعاد المحدد اتفاقا أو قانونا لإصدار الحكم، إذ أن القانون أوجب على المحكمين إصدار حكم خلال أجل معين وهذا الأجل ينص عليه اتفاق التحكيم عادة وهذا ما كرسه المشرع الجزائري حيث نص على أنه: " يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجلا لإنهائه، وهذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظروف أربعة أشهر (04) تبدأ من تاريخ تعينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم.

غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف، وفي حالة عدم الموافقة عليه يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم وفي غياب ذلك، يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة"[1].

ففي حالة انتهاء الميعاد المحدد ولم تفصل هيئة التحكيم في النزاع فعندها تفقد سلطتها واختصاصها بالتحكيم ويزول كل ما كان لها من ولاية في نظر الموضوع بانتهاء المدة التي كانت محددة للتحكيم وعليه فإن أي حكم يصدر بعد ذلك يعتبر باطلا لاستنفاذ هيئة التحكيم ولايتها[2].

3-صورة من اتفاق التحكيم

يجب أن يشمل حكم التحكيم على صورة من اتفاق التحكيم، إذ أن ولاية هيئة التحكيم تتحدد وفقا لهذا الاتفاق ولا يجوز أن تتجاوزه فشمول الحكم لاتفاق التحكيم يسهل الأمر أمام القاضي المختص بالتنفيذ وكذلك القاضي المختص بنظر دعوى بطلان الحكم.

والمغزى من وجود صورة من اتفاق التحكيم هو التحقق من صدور حكم التحكيم في نطاق ما اتفق عليه الأطراف لما في الاتفاق من تعبير عن رغبة الطرفين في المشاركة والالتجاء إلى أسلوب لحل نزاعهم وكما في الاتفاق أيضا من سرد لموضوع النزاع القائم بينهم[3].

4-التوقيع

لقد جاء في نص المادة 1029 من ق. إ. م. إ. ج بأنه: توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين.

الفرع الثالث: حجية حكم التحكيم الصادر في منازعات عقود الاستثمار ونفاذه والطعن به

يكتسب حكم التحكيم الصادر في منازعات عقود الاستثمار حجية الأمر المقضي بموجب صدوره شأنه في ذلك شأن الحكم القضائي وتثبت هذه الحجية للحكم قبل وضع الصيغة التنفيذية عليه، ويترتب على ذلك أن يكون لطرف النزاع الذي صدر الحكم لصالحه أن يتمسك به وبما يقرره له من حقوق في مواجهة من صدر ضده، إذا كانت القوة التنفيذية لحكم التحكيم الدولي هي تنفيذا جبريا إذا امتنع الملتزم فيه عن تنفيذه طواعية، وبما أنه لا يجوز التنفيذ الجبري لحكم التحكيم إلا إذا كان هذا الحكم ذا قوة

[1]-أنظر: المادة 1018 فقرة 01 و02 من ق. إ. م. إ. ج.
[2]-أنظر: المادة 02 من القانون النموذجي لسنة 1985م.
[3]-خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 276.

تنفيذية، وعليه فإن حكم التحكيم الدولي لا يكون قابلا للتنفيذ إلا بعد إصدار الأمر من الجهة القضائية المختصة بمنحه الصيغة التنفيذية ولا يصدر إلا بعد التأكد من عدم وجود ما يمنع تنفيذه[1].

أولا: حجية حكم التحكيم

الحجية هي الحكم الصادر الذي يحمل عنوان الحقيقة بخصوص ما فصل فيه بالنسبة لأطراف الدعوى وفي حدود الأساس الذي قدمت عليه هذه الدعوى ومعنى ذلك أنه لا يجوز إثارة النزاع نفسه تأسيسا على السبب ذاته بين الأطراف أنفسهم الذين صدر الحكم في مواجهتهم، فاصلا في ما نشب بينهم، فحكم التحكيم لا يكتسب بمجرد صدور حجية الأمر المقضي فحسب وإنما يصدر حائزا لقوة الشيء المقضي[2].

وقد أشار القانون الجزائري على أنه: تحوز أحكام التحكيم حجية الأمر المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه[3]، وبالتالي يمنع على الهيئة التي أصدرتها أن تعود إليه إلا في الحدود التي تسمح بها القانون أو الطرفين، كما يعرف هذا المبدأ باستنفاذ ولاية المحكمين وهو مبدأ مقرر في شأن المحكم أو هيئة التحكيم وفي شأن المحكم سواء بسواء[4].

1-نطاق حجية حكم التحكيم من الناحية الموضوعية

لا حجية للحكم إلاّ إذا تعلق الأمر بنفس النزاع الذي فصل فيه هذا الحكم محلا وسببا ويتحدد نطاق حجية حكم التحكيم بالنسبة للموضوع بوحدة المسألة المحكوم فيها والمشتملة على عنصرين هما المحل والسبب، ويرتبط تحديد نطاق اتفاق التحكيم نفسه بمعنى أن حكم التحكيم لا يتمتع بالحجية إلاّ في حدود ما فصل فيه من نزاع تضمنه اتفاق التحكيم.

2- نطاق حجية حكم التحكيم الخاص بالأشخاص

لا يستفيد من الحكم إلاّ من صدر لمصلحته ولا يحتج به إلاّ من صدر عليه، كما يتحدد نطاق حجية حكم التحكيم بالنسبة للأشخاص بوحدة الخصوم في الدعوى، وتقتصر حجية حكم التحكيم على أطراف الخصومة والقاعدة هي نسبية أثار هذه الحجية لأن الخصوم وحدهم من يكون في مركز يسمح لهم

[1]- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 278.
[2]-لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 361.
[3]- أنظر: المادة 1031 ق. إ. م. إ. ج
[4]- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 285.

بالدفاع عن حقوقهم فإذا كان الشخص الموجود في الخصومة يمثل شخص آخر طبيعي أو معنوي فلا يعتبر طرفا شخصيا في الحكم الصادر فيها والعكس صحيح.

ثانيا: كيفية تنفيذ حكم التحكيم

1-الجهة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ

يختص بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، فالعبرة بالمكان الموضح في حكم التحكيم توجب أن يتضمن حكم التحكيم تحديد مكان التحكيم ويصدر الأمر بالتنفيذ دون مواجهة بين الخصوم، ولكن يجب على طالب التنفيذ أن يقوم بإيداع أصل الحكم لدى أمانة ضبط المحكمة مرفقا بنسخة من اتفاق التحكيم[1].

2-إصدار الأمر بالتنفيذ

يصدر الأمر بالتنفيذ كما تصدر الأوامر على العرائض كتابة على إحدى نسختي العريضة، فبعد تقديم طلب استصدار الأمر بالتنفيذ وإيداع صورة حكم التحكيم وكذا نسخة من اتفاق التحكيم، يمكن للقاضي أن يصدر أمر بالتنفيذ أو رفض التنفيذ بعد التحقق من وجود حكم التحكيم واتفاق التحكيم، كما يراقب توفر الشروط الشكلية التي أوجب المشرع توفرها في الحكم[2]، و في هذه الحالة القاضي مجبر على تسبيب الأمر الصادر برفض طلب التنفيذ إذ أن المشرع قد أجاز استئناف هذا الأمر، وفي حالة ما صدر الأمر بالتنفيذ يحق لكل طرف من أطراف التحكيم طلب نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية لحكم التحكيم من قبل رئيس أمناء الضبط[3].

3-التظلم من الأمر بالتنفيذ

من خلال المادة 1035 ق. إ. م. إ. ج أجاز المشرع الجزائري للطرف الذي طلب الأمر بالتنفيذ في حالة صدور الأمر من القاضي برفض التنفيذ أن يقوم باستئنافه أمام المجلس القضائي إذ يعد الدرجة الثانية من درجات التقاضي، وباعتباره جهة الاستئناف في القضاء العادي خلال 15 يوما من تاريخ صدور الأمر المتضمن الرفض[4].

[1]-أنظر: المادة 1035 فقرة 01 ق. إ. م. إ. ج.
[2]- أنظر: المواد 1026 إلى 1029 من ق. إ. م. إ. ج.
[3]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 373.
[4]-لزهر بن سعيد، المرجع نفسه، ص 374.

4-النفاذ المعجل لأحكام التحكيم

يمكن للقاضي أن يأمر بالنفاذ المعجل لحكم التحكيم إذا اقتضت الضرورة ذلك وفي هذه الحالة تطبق القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل وهذا ما نصت عليه المادة 1037 ق. إ. م. إ. ج.

ثالثا: الطعن في أحكام التحكيم وفق القانون الجزائري

فرق المشرع الجزائري بين التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي، هذا ما سنوضحه كما يلي:

1-طرق الطعن في الحكم التحكيمي الداخلي

أ-اعتراض الغير الخارج عن الخصومة

نص المشرع الجزائري من خلال المادة 1032 فقرة 02[1] ق. إ. م. إ. ج على هذا الطريق الذي يعتبر مسموحا به لكل شخص من الغير يثبت بأن ضررا قد لحقه من الحكم التحكيمي الذي لم يكن طرفا فيه، بحيث يشترط في الغير إثبات الضرر الذي لحقه جاء الحكم التحكيمي، مع إثبات عدم استدعائه، وبأنه لم يكن ممثلا في الخصومة التحكيمية، كما يشترط أيضا أن يرفع طلب هذا الطعن أمام محكمة مختصة بنظر النزاع قبل عرضه على التحكيم، وذلك بإتباع الإجراءات العادية لرفع الدعوى، وهذا الطلب لا يقبل إلاّ إذا كان مصحوبا بوصل يثبت إيداع مبلغ مالي قدره يساوي 20000 دج حسب المادة 385[2] ق.إ. م. إ. ج.

ب- الاستئناف

يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم الداخلي حسب نص المادة 1033 ق. إ. م. إ. ج خلال شهر واحد من تاريخ النطق بها، ويكون ذلك أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم ما لم يتنازل الأطراف على حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم.

وقد أجاز المشرع الجزائري الطعن بالنقض في القرارات الفاصلة في الاستئناف من خلال نص المادة 1034[3]ق. إ. م. إ. ج، فإذا أصدر المجلس القضائي قراره بخصوص استئناف حكم التحكيم، فإن

[1]-أنظر: المادة 1032 فقرة 02 من ق. إ. م. إ. ج.
[2]-أنظر: المادة 385 ق. إ. م. إ. ج.
[3]-أنظر: المادة 1034 ق. إ. م. إ. ج.

هذا القرار وحده دون حكم التحكيم يكون قابلا للطعن بالنقض بتصريح أو بعريضة أمام أمانة ضبط المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه القرار موضوع الطعن خلال شهر[1].

2- طرق الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي

إن حكم التحكيم التجاري الدولي لا يعرف إلاّ طريقا واحدا للطعن فيه بالبطلان المنصوص عليه في المادة 1058 ق. إ. م. إ. ج، وهذا الطعن يرفع فقط ضد أحكام التحكيم التجاري الدولي الصادر في الجزائر دون تلك الأحكام الصادرة خارجها، أي أن هذه الأخيرة لا تقبل أي طريق من طرق الطعن.

كما أن دعوى البطلان ليست درجة ثانية للتقاضي بل لها حالات تقوم عليها والتي قامت بتعدادها المادة 1056 ق. إ. م. إ. ج، على سبيل الحصر والتي جاء فيها:

" لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ إلاّ في الحالات الآتية ذكرها:

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

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

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

4-إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

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

6-إذا كان حكم التحكيم مخالف للنظام العام الدولي".

من خلال الحالات السابقة، فإن شأن قاضي الإبطال هو شأن قاضي التنفيذ لأنه لا يمارس سوى رقابة محدودة تستهدف التحقق من توفر الضمانات الأساسية للمتقاضين وتوفر المقومات الجوهرية التي لا نزول عنها لعدالة المحكمة التحكيمية[2].

كما أن الطعن ببطلان حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر، يرفع أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه، إذ يقبل الطعن خلال شهر من تاريخ النطق بحكم التحكيم أو

[1]-لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 390.
[2]-زيري وهيبة، الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، الجزائر، 2015م، ص 129.

خلال شهر من التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ، ويوقف الطعن ببطلان حكم التحكيم تنفيذ أحكام التحكيم، فقد أعطى المشرع الجزائري أطراف خصومة التحكيم حق الطعن بالنقض بخصوص الحكم الصادر بطلب بطلان حكم التحكيم وفقا للأحكام المنظمة للطعن بالنقض في القانون الجزائري[1].

[1]-لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 393.

الخاتمة

الخاتمة:

يعتبر موضوع التحكيم في تطوير وتشجيع الاستثمار الأجنبي من المواضيع المهمة التي نالت حيز الاهتمام من قبل المختصين، فنجاح أسلوب التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار الدولية منوط بمدى تحقيقه للتوازن المنشود بين حقوق المستثمر الأجنبي وضماناته وبين متطلبات التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، ومن هنا بات من الضروري تطوير التحكيم الدولي بما يتمشى مع طبيعة عقود الاستثمار وخصوصية ما تفرزه من منازعات.

تشير عقود الاستثمار إلى العلاقات القانونية التي تدخل فيها الدولة والتي تكون عموما من أقطار العالم الثالث أو شركات في اتفاق مستثمر أجنبي والذي يكون عادة شركة غير دولية مما يدخل تحت هذا التحديد من أجل إقامة مشروع، بحيث تعرف بأنها تلك العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي التي تتعلق بمباشرة الأنظمة التي تدخل في إطار التنمية الاقتصادية للبلاد.

ومن جملة ما توصلنا إليه:

-إن نظام التحكيم يتمتع بالعديد من المزايا والامتيازات، التي تلعب دورا جد كبير من خلال العمل على تسهيل إجراءاته والتحرر من أي شكليات أو معيقات من شأنها أن تعيث مساره، إذ أن هذه المزايا تقوم على دعم التجارة في أوسع نطاق ممكن وتستجيب للأطراف المتعاقدة من خلال تحقيق رغباتهم والعمل على حل كافة النزاعات التي تقوم بينهم.

-يعد نظام التحكيم الوسيلة المثلى والفعالة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، خصوصا في ظل ما شهده من تغيرات في عصرنا إذ يستلزم توافر الأسباب التي دفعت إلى التحكيم في منازعات الاستثمار.

-إن نجاح نظام التحكيم في مجال الاستثمار منوط بمدى تحقيقه للتوازن المنشود بين المستثمر الأجنبي وضماناته وبين متطلبات خطط التنمية الاقتصادية للبلدان النامية.

-من الضروري النص في اتفاق التحكيم على القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود الاستثمار، يكون ذلك بعبارات واضحة ودقيقة سواء أكان القانون المختار قانون الدولة المضيفة للاستثمار أو أي قانون آخر، وذلك بدلا من ترك هذه المسألة للتعسف أو للتحكم فيها من قبل المحكمين.

-يجب على الدولة بعد موافقتها على التحكيم أن لا تتنصل منه بحجة عدم قابلية موضوع النزاع للفصل فيه بواسطة التحكيم أو أن التحكيم يمس بسيادتها.

بناءا على ما تم التوصل إليه من نتائج من خلال موضوع الدراسة، ارتأينا تقديم بعض التوصيات نذكرها في الآتي:

-ضرورة الاهتمام بوضع أنظمة قانونية والتشجيع على إنشاء هيئات للتحكيم من أجل إعطاء فرصة للدول خاصة النامية وتسهيل لجوئها إلى هذه الوسيلة.

-اهتمام وحرص الأطراف المتنازعة وتجنبها الوقوع في عدة ثغرات خاصة أثناء اختيارها القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

-بذل العناية القصوى من طرف الأطراف المتنازعة عند اختيار المحكمين إذ يجب عليهم الحرص على اختيار أحسن المحكمين بغية الفصل في منازعاتهم.

-على المشرع تنظيم التحكيم في إطار المؤسسات الإقليمية والدولية ليكون الوسيلة الإجرائية للمستثمرين وعاملا شاملا للاستثمار.

-وجوب عمل الدولة على إشراك رجال القانون في المفاوضات قبل إبرام عقد الاستثمار مراعاة الأشكال التي يوجب قانون الدولة اتخاذها عند الإبرام ولما يتمتع به رجال القانون من خبرة وتخصص في هذا المجال تجعل من العقد محكم الصياغة ويتجنب أي ثغرات قد تستغل ضدها.

المراجع

قائمة المراجع:

-المراجع باللغة العربية

-القرآن الكريم.

الكتب

1- صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير مشكلة تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004م.

2- مصلح أحمد الطراونة-فاطمة الزهراء محمودي، التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي من الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، ج01، ط01، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2013م.

3-إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.

4-ابن منظور، لسان العرب، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر، القاهرة، د. س.

5-أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة.

6-أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار-دراسة مقارنة، د.ط، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990.

7-بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية-دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.

8-بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.

9-بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري-التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، ج01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001م.

10-جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001م.

11-حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب لتحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007م.

12-خالد الدبوبي، قانون التحكيم، المعهد القضائي الأردني، الأردن، 2020.

13-خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في نص منازعات عقود الاستثمار، د. ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014م.

14-رواء يونس محمود النجار، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي-دراسة مقارنة، د. ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2012م.

15-سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج02، د. ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011م.

16-صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، د. ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005.

17-طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية-دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008م.

18-عبد الباسط عبد الواسع، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، ط01، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005.

19-عبد العزيز سعد يحي النجاني، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر-دراسة قانونية مقارنة، 2002م.

20-عبد المعز عبد الغفار نجم،الجوانب القانونية لنشاط البنك الدولي للإنشاء والتعمير، د. ط، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، د. س،

21-عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمار الأجنبية، في القانون الدولي، ط01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008م.

22-قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية-التحكيم التجاري-ضمانات الاستثمارات، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2004م.

23-لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، د. ط، دار هومة، الجزائر، 2012.

24-لما أحمد كولجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي والدولة المضيفة وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2008م.

25-محمد عبد العزيز النعماني، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، ط01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م.

26-مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي-دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015م.

27-مصطفى خالد مصطفى النظامي، الحماية الإجرائية للاستثمارات الأجنبية الخاصة-دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
28-مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005م.
29-ناصر عبد الرحيم نمر العلي، دور التحكيم في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي، معهد موسكو للإدارة العامة والقانون، روسيا، د. س.
30-وليد حسن جاسم الحوسني، الاختصاص التحكيمي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، ط01، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

الرسائل والأطروحات

1-هاشمي أعمر، سيادة الدول النامية في عقود الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2016م.
2-أنور بدر منيف العنزي، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر-دراسة في قانون الاستثمار الكويتي رقم (08) لسنة 2001، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2012.
3-غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة عين الشمس، مصر، 2004م.
4- والي نادية، النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2015م.
5-منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 01، الجزائر، 2014/2013م.
6-كعباش عبد الله، الحماية الوطنية للاستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2002.
7-قبايلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة دكتوراه في العلوم، فرع القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، الجزائر، 2012م.
8-زيري وهيبة، الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، الجزائر، 2015م.

9-عزرين عبد الرزاق، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في الجزائر-واقع وأفاق، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، الجزائر، 2014/2013م.

مجلات

1- خالد محمد الجمعة، المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كطريق لحل منازعات الاستثمار، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 03.

2-كمال عبد حامد آل زيارة، الاستثمار الأجنبي المباشر-المنافع والمساوئ، مجلة جامعة أهل البيت، د.س.

3-سفيان قعلول، جاذبية البلدان العربية للاستثمار الأجنبي المباشر: دراسة تشخيصية حسب مؤشر قياس محددات الاستثمار، دراسات اقتصادية، صندوق النقد العربي، العدد 36، أبريل 2017.

4-حسان خضير، الاستثمار الأجنبي المباشر، سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأقطار العربية، السنة 03، 2004.

5-رشا موسى محمد، دور اتفاق التحكيم في حل منازعات عقود الاستثمار الأجنبي، مجلة أهل البيت، العدد 11.

6-سعيد بن حسين بن علي المقرفي، الاستثمار قصير الأجل في البنوك الإسلامية، مجلة المحاسب العربي، د. س.

7-حاتم فارس الطحان، الاستثمار أهدافه ودوافعه، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العدد 14، ديسمبر 2007.

8- قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 72/37 لسنة 1972م، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد 06-065.

-اتفاقيات وقوانين

-القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429ه الموافق ل25 فيفري 2008م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادر في 23 أفريل 2008م.

- قانون 19-13، المؤرخ في 11 سبتمبر سنة 2019م المنظم لنشاطات المحروقات، ج. ر، العدد 79، الصادر في 22 ديسمبر سنة 2019م.

-الأمر 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج. ر، العدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975م.

الأمر 01-03 لسنة 2001م المتعلق بتطوير الاستثمار في الجزائر يتضمن القواعد القانونية المنظمة للاستثمار في الجزائر، وقد عدل هذا القانون واستكمل بالأمر 08-06 والمؤرخ في 15 يونيو 2006م.

-القانون 16-01 المتعلق بترقية الاستثمار الأجنبي، المؤرخ في 06 مارس 2016م.

-اتفاقية واشنطن لعام 1965م الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى.

-معاهدة سيول الدولية.

-قانون التحكيم الأردني رقم 31 لعام 2001م.

القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985م.

- اتفاقية نيويورك لعام 1958م.

-قانون المرافعات الهولندي.

-قانون التحكيم المصري، رقم 27 لسنة 1994م، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 16، بتاريخ 1994/4/21م.

- القانون الفرنسي للتحكيم.

-- قانون التحكيم الهولندي.

-اتفاقية جنيف بشأن التحكيم التجاري لعام 1961م.

-قانون المرافعات الفرنسي.

- مواقع إلكترونية

-التحكيم-تعريفه وطبيعته، نطاقه وآثاره وأنواعه والدفع به، مركز البحوث والدراسات متعدد التخصصات، 2022/02/01، متوفر على الموقع www.mdrscenter.com

-علي النعيمي، تعريف التحكيم فقها وتشريعا وقضاء، الموسوعة المعرفية الشاملة، متوفر على الموقع www.almerja.com

- مراجع باللغة الأجنبية

-Ften Ghariani la notion d'investissement mémoire de magistère, faculté de droit Tunis, 2004.

الفهرس

الفهرس:

مقدمة عامة:..... أ
الفصل الأول : مفهوم التحكيم الدولي و عقود الاستثمار الأجنبي..... 6
المبحث الأول: ماهية التحكيم وآثاره في عقود الاستثمار الأجنبي 7
المطلب الأول: المقصود بالتحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي 8
الفرع الأول: تعريف التحكيم في عقد الاستثمار الأجنبي..... 8
أولا: تعريف التحكيم لغة واصطلاحا 8
ثانيا: التعريف الفقهي للتحكيم..... 9
ثالثا: التحكيم في القانون والقضاء 10
رابعا: تعريف التحكيم في الاتفاقيات الدولية 13
الفرع الثاني: خصائص التحكيم التجاري 13
الفرع الثالث: صور التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي 14
أولا: شرط التحكيم..... 14
ثانيا: مشارطة التحكيم 16
ثالثا: شرط التحكيم بالإحالة..... 18
المطلب الثاني:آثار التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي 19
الفرع الأول: مبدأ الاختصاص بالاختصاص 19
الفرع الثاني: مبدأ استئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع 20
الفرع الثالث: أثر اتفاق التحكيم على الحصانة القضائية والتنفيذية للدولة المضيفة للاستثمار 21
المبحث الثاني: التعريف بعقود الاستثمار الأجنبي..... 23
المطلب الأول: تعريف عقود الاستثمار 24
الفرع الأول: تعريف الاستثمار..... 24
أولا: التعريف الاقتصادي للاستثمار 24
ثانيا: التعريف القانوني للاستثمار 26

الفرع الثاني: الطبيعة الخاصة لعقود الدولة في مجال الاستثمار وخصائصها..... 29
أولا: الخصائص العامة لعقود الاستثمار 29
ثانيا- الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار..... 31
المطلب الثاني: أنواع عقود الاستثمار الأجنبي 33
الفرع الأول: عقد الاستثمار الأجنبي المباشر..... 33
الفرع الثاني: عقد الاستثمار الأجنبي غير المباشر 35
الفصل الثاني : دور التحكيم الدولي ونظامه القانوني في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي..... 37
المبحث الأول: الفاعلية الدولية للتحكيم ودور المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار في ذلك 38
المطلب الأول: المبادئ اللازمة لضمان فعالية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي..... 39
الفرع الأول: المبادئ الأساسية لضمان فعالية التحكيم..... 39
أولا: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي..... 39
ثانيا: مبدأ الاختصاص بالاختصاص..... 40
الفرع الثاني: المبادئ المكملة لضمان الفعالية للتحكيم..... 40
أولا: تعذر الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة 41
ثانيا: مبدأ عدم تأثر التحكيم بالإجراءات التعطيلية من جانب أحد الأطراف..... 42
الفرع الثالث: ضمان الفعالية للحكم التحكيمي..... 43
أولا: الاعتراف والتنفيذ الدولي لأحكام التحكيم 43
ثانيا: الطعن في أحكام التحكيم..... 44
المطلب الثاني: المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي..... 45
الفرع الأول: خصائص اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي 45
أولا: أطراف التقاضي وطرق تسوية النزاع..... 46
ثانيا: فاعلية واستقلالية الإجراءات 47
الفرع الثاني: شروط انعقاد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي..... 47

الفرع الثالث: توسيع نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي 49
أولا: طبيعة النزاع 49
ثانيا: أطراف النزاع 51
المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود الاستثمار وحكم التحكيم الصادر بخصوص ذلك 56
المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود الاستثمار ومدى نطاقه..... 57
الفرع الأول: موقف القانون الوطني والدولي من القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود الاستثمار 58
أولا: موقف التشريعات الوطنية من القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود الاستثمار 58
ثانيا: موقف القانون الدولي من القانون الواجب التطبيق 59
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم..... 60
أولا: اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق..... 61
ثانيا: تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل هيئة التحكيم 62
الفرع الثالث: نطاق القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم 64
أولا- نطاق القانون الواجب التطبيق في القانون الجزائري..... 64
ثانيا- نطاق القانون الواجب التطبيق في التشريعات المقارنة..... 65
المطلب الثاني: حكم التحكيم الصادر في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي 65
الفرع الأول: إصدار حكم التحكيم الصادر في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي..... 65
الفرع الثاني: بيانات حكم التحكيم التجاري الدولي في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي..... 66
أولا: الشروط الموضوعية..... 66
ثانيا: الشروط الشكلية 67
الفرع الثالث: حجية حكم التحكيم الصادر في منازعات عقود الاستثمار ونفاذه والطعن به 69
أولا: حجية حكم التحكيم 69
ثانيا: كيفية تنفيذ حكم التحكيم 70

ثالثا: الطعن في أحكام التحكيم وفق القانون الجزائري 71
الخاتمة:..... 75
قائمة المراجع: 78
الفهرس: 84