

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة قسنطينة 1

كلية الحقوق

# تسوية منازعات الإستثمار الأجنبي في القانون الجزائري

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير قانون الخاص فرع قانون الأعمال

تحت إشراف الدكتورة

زواش ربيعة

بإعداد الطالب :

حيطوم مسعود

لجنة المناقشة

<u>رئيساً</u>	<u>جامعة قسنطينة 1</u>	<u>أ.د: طاشور عبد الحفيظ</u>
<u>مشرفاً</u>	<u>جامعة قسنطينة 1</u>	<u>د : زواش ربيعة</u>
<u>عضواً</u>	<u>جامعة قسنطينة 1</u>	<u>د : صايغي مبارك</u>

# شكر

يطيب لي أن أتوجه بخالص الشكر و جزيل التقدير إلى أستاذتي

الدكتورة زواش ربيعة

التي هي بحق مثالا للأستاذ الذي يقتدى بعلمه و حلمه و سعة صدره و هذا كله لقاء اشرافها على هذا العمل ، من خلال توجيهاتها القيمة، و إرشاداتها وحرصها الشديد على إنجاحه

كما لا أنسى أن أوجه أسمى عبارات الشكر و الثناء لكل من الاستاذ الدكتور عبد الحفيظ طاشور لقاء قبوله رئاسة لجنة المناقشة، و كذا الدكتور الفاظل مبارك صايغي الذي قبل مناقشة هذا العمل المتواضع.

فبارك اللهم فيها و جزاها عنا كل خير.

# الإهداء

إلى روح الوالدة الطاهرة رحمها الله، وإلى الوالد أطل الله في عمره...

إلى كل من علمني حرفاً فصرت له به عبداً وكان عليّ به سيّداً إلى معلمي وأساتذتي في كل مراحل تعليمي .

وإلى كل من مد لي يد المساعدة

إلى اخوتي، و أخواتي إلى زوجتي، و إبنائي

إلى موظفي مديرية التجارة لولاية ميلّة عامة و موظفي المفتشية الاقليمية للتجارة فرجوة خاصة .

إلى الأصدقاء والأحباب

إلى هؤلاء جميعاً أهدي حصاد جهدي وثمره عملي.

**مسعود بيكروم**

# مقدمة

يلعب الاستثمار دوراً هاماً في التنمية الاقتصادية و الاجتماعية فإنه أصبح يعد من أهم أوجه النشاط التجاري و لاسيما إذا أحسن توظيفه و تنظيمه على نحو يحقق التوازن بين أطرافه.

في عصرنا الحالي تتسابق معظم الدول من أجل جذب الاستثمارات الأجنبية و توطین الاستثمارات الوطنية لما يترتب عن هذه الاستثمارات من آثار إيجابية مؤثرة في القدرة الاقتصادية و الصناعية و الزراعية و السياحية للدول المضيفة للاستثمار ، و حيث أنه يتم تزويدها ببعض مقومات بناء اقتصاد متطور من خلال ما يقدمه الاستثمار من رأسمال و خبرات فنية و إدارية و تكنولوجيا متطورة، وهذا ما يهيئ لها الأجواء للانفتاح على السوق العالمية و زيادة صادراتها و إيجاد فرص عمل لمواطنيها، و بالتالي تحسين الوضع الاقتصادي و الاجتماعي فيها، كما يحقق الاستثمار عوائد و مزايا اقتصادية للمستثمر و لدولته من خلال بناء علاقات اقتصادية و تجارية و سياسية أحياناً.

يحتاج نجاح الاستثمار إلى توفير بيئة استثمارية صحية مشجعة من خلال توفير ضمانات قانونية و اقتصادية كفيلة بتوفير الأمان الاقتصادي و القانوني للمستثمر و تحقيق التوازن بين أطراف العلاقة ، و من بين الضمانات الأساسية المساهمة في جلب الاستثمارات الأجنبية، و توطین الاستثمارات الوطنية نجد مسألة تسوية النزاعات التي قد تثور أثناء تنفيذ العقد الاستثماري بصفة عامة .

و نظراً لما تتسم به عقود الاستثمارات و لاسيما الاستثمارات الضخمة الخاصة بالركائر الاقتصادية و الاستراتيجية من تعقيدات بسبب تعدد أطرافها، فإن معالجة المنازعات الخاصة بها تحتاج إلى وسائل ناجعة تنسجم و طبيعتها.

أما الجزائر فقد استوعبت هذه الأهمية منذ الاستقلال مع مراعات خصوصيات تلك المرحلة، فجاءت قوانينها الخاصة بالاستثمار متباينة في فترة الستينيات و الثمانينيات، ثم تأكد إنفتاح الدولة بقوة على الإستثمار الأجنبي من خلال ترسانة من قوانين الاستثمار المتعاقبة ، و كذا سن قانون جديد للإجراءات المدنية و الإدارية ،الذي كرس بصفة واضحة و جلوية التحكيم التجاري الدولي و دوره في تسوية منازعات الاستثمار.

### أهمية الدراسة:

أولاً، الإهتمام المتزايد والمتجدد لموضوع تسوية النزاعات الناشئة عن الإستثمار خاصة ما تعلق منها بالحماية الدولية للإستثمارات ضد أي إجراء قد تقدم عليه الدول المضيفة للإستثمار بصفة إنفرادية أو بسبب المستثمر، في ظل تنامي حاجة هذه الدول إلى رؤوس الأموال الأجنبية.

ثانياً، يتعلق الأمر بمنازعة لها خصوصياتها، سواء من حيث إنعكاساتها على إقتصاد بلد نامي مثل الجزائر أو من حيث نوعية الأطراف المتنازعة.

### أهداف الدراسة

يكمّن الهدف الرئيسي من الدراسة في تتبع السبل التي انتهجها المشرع الجزائري لحل النزاعات التي قد تثور بصدد تنفيذ اتفاق استثماري أجنبي، و هذا يجرنا إلى التطرق إلى الأهداف الفرعية التالية:

1- الوصول إلى إبراز ما لمنازعات الاستثمار الأجنبي من خصوصية تجعل الموضوع الذي بين أيدينا له أهمية.

2- إبراز التجادبات الحاصلة بين سيادة الدولة المضيفة للإستثمار الأجنبي من جهة، و كذا سعي هذا الأخير للحصول على ضمانات أكثر من جهة أخرى.

3- الوقوف على المبادئ و الأسس التي تحكم مثل هذه المنازعات .

4- إبراز دور القضاء الداخلي في حل مثل هذه المنازعات.

5- إبراز الدور الذي تلعبه الوسائل البديلة مثل الصلح و التوفيق و خاصة وسيلة التحكيم الدولي في فض منازعات الاستثمار الأجنبي

## اشكالية البحث

و تتمحور دراستنا بالأسس على تتبع السبل التي انتهجها المشرع الجزائري لحل النزاعات التي قد تثور بصدد تنفيذ اتفاق استثماري أجنبي و بهذا سوف نحاول في بحثنا معالجة الاشكالية التالية:

❖ ما هي الطرق المختلفة التي تبناها المشرع الجزائري لحل النزاعات المتعلقة بالإستثمارات الأجنبية؟

و هذا يجرنا إلى الإجابة على التساؤلات الفرعية التالية:

- هل منح المشرع الجزائري اختصاص الفصل في النزاعات المتعلقة بالإستثمارات إلى جهات غير القضاء؟
- ما دور الطرق الودية في حل منازعات الاستثمار الأجنبي؟
- هل رسخ المشرع الجزائري قبول طريق التحكيم التجاري الدولي بعد التردد الذي أبداه؟

إن دراسة موضوع يمثل هذا التشعب يقتضي التعرف على الكل الوسائل والطرق المتبعة في حل النزاعات المثارة مع المستثمرين الأجانب، لدى يستدعي علينا أن نستجد بالمنهج الوصفي التحليلي، ذلك أنه الأنسب لعرض الطرق المختلفة المنتهجة في ذلك و وصفها وصفا شاملا كافيا وافيا، كما سنعمد بالتحليل لهذا الوصف من أجل الوصول إلى غايات و أهداف هذا البحث.

مع ذلك فإن هذا لا يمنعنا الاعتماد في بعض الأحيان على المنهج النقدي عندما نكون بصدد توجيه ملاحظات و إبداء آراء شخصية .

و قد واجهتنا في سبيل اتمام هذا البحث عدة صعوبات نذكر منها:

قلة المراجع خاصة الوطنية منها و يرجع ذلك في الغالب إلى سببين رئيسيين:

الأول يتمثل في النهج التشريعي غير الواضح الذي انتهجته الجزائر في التعامل مع موضوع الاستثمار، حيث أنها تحاول في كل مرة مواكبة التطور العالمي الحاصل في مجال الاستثمارات ، لكنها تعود و تقيده مرة أخرى بمجموعة من القيود ، و نذكر على سبيل المثال أنها لم تقبل بأسلوب التحكيم إلا بعد تردد كبير و بشكل منقطع و منحصر في بعض القطاعات،

ثم قبلت به في النهاية و لكن واقعها يقول عكس ذلك حيث لم نسجل اعتماد و لا تسجيل أي هيئة أو مركز تحكيم داخلي لتسوية منازعات الاستثمار.

أما السبب الثاني ؛ هو كون هذا الموضوع حديث نوعاً ما بالنسبة للجزائر ، مما جعل الدراسات خاصة القانونية منها قليلة تنحصر في أغلبها في مقالات و بحوث منشورة في بعض المجالات و الدوريات.

الصعوبة الثانية التي واجهتنا تتمثل في عدم قدرتنا على الاطلاع على بعض الاحكام التحكيمية، و هذا راجع بدوره إلى سببين أساسيين؛ يتمثل الأول في قلة القضايا الوطنية المعروضة على هيئات التحكيم الدولية ، سواء كانت الجزائر طرفاً فيها أو أحد المستثمرين الوطنيين، و هذا راجع إلى حداثة قبول وسيلة التحكيم ، أما السبب الثاني يتمثل في كون هذه القضايا محاطة بنوع من الحماية و السرية نظراً لخصوصية هذا النوع من المنازعات .

و لكن رغم هذه الصعوبات فقد حاولنا أن نعالج موضوعنا هذا من خلال عرض لفصلين؛ حيث نتناول في الأول عموميات حول الاستثمارات الأجنبية و طرق تسوية نزاعاته، و من خلاله سنتطرق إلى الإطار العام للاستثمار الأجنبي في مبحث أول، ثم إلى مسألة تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في ظل غياب اتفاق حول كيفية تسوية المنازعات التي قد تنثور في مبحث ثاني.

أما الفصل الثاني؛ فخصصناه لطريق التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار الأجنبي، و فارتأينا أن نقسمه إلى مبحثين؛ الأول نتطرق فيه إلى التعريفات و المفهوم الخاص بالتحكيم التجاري الدولي، و كذا التطور التشريعي الجزائري في مجال الأخذ بهذه الوسيلة، أما الجزء الثاني فنخصصه لدراسة تطبيقية لكيفية أخذ المشرع الجزائري لأسلوب التحكيم في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي.

## الفصل الأول:

مفهوم الاستثمارات الأجنبية و الطرق العامة

لتسوية نزاعاتها

## الفصل الأول:

### مفهوم الاستثمارات الأجنبية و الطرق العامة لتسوية نزاعاتها

منذ أن عرفت الجزائر استقلالها و هي تسعى إلى جلب رؤوس الأموال الأجنبية، رغم انتهاجها المسلك الاشتراكي و ذلك قصد تطوير الاقتصاد الوطني و اكتساب الخبرة الفنية اللازمة للنهوض بالأمة، لكن هذه الخطوات لم تحقق الأمر المطلوب، لأن الاستثمار الأجنبي يسعى دوما إلى إيجاد ضمانات أكبر، تدفعه إلى الاستثمار بأصول كبيرة و مؤثرة، و هذا ما لم يكن في تلك الفترة، لكن بعد الأزمة الاقتصادية سنة 1988 و الإنخفاض الحاد لأسعار البترول شرعت الجزائر في إعطاء ديناميكية جديدة للإستثمار، و بالتالي تعاقبت القوانين التي تشجع على جلب رأس المال الأجنبي، و كذا الشروع في إصلاحات واسعة شملت كل القطاعات بما فيها العدالة، إن موضوع الاستثمار الأجنبي و مسألة تسوية المنازعات التي قد تثور بهذا الغرض يستوجب علينا أو نحاول الإحاطة بكل مكونات هذه المسألة حتى يتسنى لنا فهم ما للاستثمار الأجنبي من خصوصيات، و هو ما ينعكس على موضوع تسوية المنازعات التي قد تثور في هذا الشأن؛ لذا سنتطرق في بداية بحثنا إلى الإطار العام للاستثمار الأجنبي في مبحث أول، ثم إلى مسألة تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في ظل غياب اتفاق حول كيفية تسوية المنازعات التي قد تثور في مبحث ثاني.

## المبحث الأول:

### الإطار القانوني العام للاستثمار الأجنبي في الجزائر

في هذا المبحث نحاول التعريف بالاستثمار الأجنبي و كذا إبراز مدى حق الدولة في ممارسة امتيازات السلطة العمومية على عقد الاستثمار الأجنبي و القيود الواردة على هذا المبدأ و ذلك في المطالبين التاليين:

## المطلب الأول:

### مفهوم الاستثمار الأجنبي .

قبل التطرق إلى تحديد مفهوم الاستثمار الأجنبي لابد من التعريف أولاً بالاستثمار بوجه عام لنخلص في النهاية إلى تحديد و بدقة مفهوم الاستثمار الأجنبي، وهذا يكون بالتطرق إلى مفهوم الاستثمار عند الاقتصاديين و عند القانونيين.

ينظر رجال الاقتصاد إلى الاستثمار على أساس انه عملية الهدف من ورائها تكوين الرأسمال أو الزيادة في ذلك و بالتالي فهو إذن عملية تزيد من الثروات المادية للبلاد<sup>(1)</sup>.

أما رجال القانون، فينظرون إلى هذا الموضوع من منظور كيفية تنظيم تلك العملية و سنستعرض لمفهوم الاستثمار عند كلتا الفئتين.

### الفرع الأول: المفهوم الاقتصادي للاستثمار:

يعتبر الاستثمار في جوهره فكرة اقتصادية محضة، إلا أنّ رجال الاقتصاد ذاتهم يجدون بعض الصعوبات في إعطائه تعريفاً جامعاً و مانعاً، نظراً لتعدد العمليات التي يغطيها<sup>(2)</sup>.

---

<sup>1</sup> - قادري عبد العزيز: الاستثمارات الدولية - التحكيم التجاري الدولي و ضمان الاستثمارات، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع. 2004 ص 11.

2 - Terki Nourddine les Codes des investissent au Maghreb C.M.E.R .A .ALGERIE 1979. P 14

فيعرفه القاموس الاقتصادي على أنه امتلاك للرأسمال بغرض الحصول و استهلاك العائد<sup>(1)</sup>، أما عند البعض فإن الاستثمار و الذي يطلق عليه تكوين رأسمال يشمل كل الإضافات التي يتم جلبها خلال السنة للممتلكات المادية للدولة<sup>(2)</sup>.

كما يعرف أيضاً الاستثمار بأنه كل مجهود أو نفقة تبذلها الدولة أو المؤسسات العامة أو الخاصة، قصد الحصول على موارد مالية تكون قيمتها الإجمالية أكبر من النفقة الاجمالية .

أما الأستاذ قادري عبد العزيز فقد اعتمد في تعريفه على أربعة عوامل تدخل في تشكيل ما يطلق عليه الاستثمار و هي: المساهمة و تكون إما نقدية أو عينية، نية الحصول على الربح، المجازفة أو المخاطرة و كذا توفر عامل الزمن<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني: المفهوم القانوني.

أما بالنسبة للمفهوم القانوني للاستثمار، فهو ما ينبثق عن المفهوم الاقتصادي له و من العناصر التي تشكل الترجمة القانونية للمفاهيم الاقتصادية ، حيث أنه من مفهوم الرأسمال الذي يعتبر الأساس في التعريف الاقتصادي الكلاسيكي للاستثمار، يظهر العنصر الموضوعي و العنصر الشخصي، اللذين يشكلان أساس هذا التعريف<sup>(4)</sup>.

**فالعنصر الموضوعي**، مفاده أن الرأسمال الذي يستند عليه الاستثمار، مكون من مساهمات قد تكون عينية أو نقدية و هي عناصر يمكن أن تكون محل حق للملكية، و هي تتمثل في كل الممتلكات المادية و بعض الممتلكات الغير مادية كالبراءات. و عليه فإن عملية الاستثمارات التي تستند على فكرة الرأسمال، من حيث تأثيرها على قيمته، يتم إنجازها بواسطة مساهمات، غير أنه لا يمكن القول بأن الاستثمار هو المساهمة، إذ تعتبر هذه الأخيرة مجرد تركيبة فيه و هي كما سبقت الإشارة أعلاه، تشكل الممتلكات سواء كانت عينية أم نقدية.

<sup>1</sup> - Terki Nourddine: op, cit. P 14

<sup>2</sup> - Milinvaud : Initiation à la comptabilité nationale. de I.N.S.E.E PARIS 1960, . P 14

<sup>3</sup> - قادري عبد العزيز: الاستثمارات الدولية -التحكيم التجاري الدولي و ضمان الاستثمارات، مرجع سبق ذكره، ص 11 ص12.

<sup>4</sup> - Haroun (Mehdi) : Le régime des investissements en Algérie à la lumière des conventions FRANCO- ALGERIENNES – LITEC. PARIS2000, p 58 , 59 et 60

و هذا ما يجرنا إلى القول بأن الاستثمار يتطلب وجود مساهمة، لكن لا يقتصر عليها، إذ يشترط زيادة إلى ذلك، وجود إرادة لدى المستثمر لتحمل الأخطار الاقتصادية للعملية الاستثمارية التي يكون لها أثر على ذمته المالية بالربح أو بتحمل الخسارة، فالمستثمر يكون على دراية كاملة بالخطر السياسي و التجاري و الصناعي الذي يرتبط بالعملية الاستثمارية التي تعتبر كما سبقت الإشارة إليه، تضحية بقيمة آنية أكيدة مقابل قيمة مستقبلية غير أكيدة، و هو ما يشكل **العنصر الشخصي** الذي يدخل في تركيبة الاستثمار<sup>(1)</sup>.

من خلال ما سبق ذكره، نخلص إلى أن الاستثمار يتحدد في كونه عبارة عن عملية منجزة بواسطة مساهمة في الرأسمال، أي تخصيص ممتلكات، قصد إنجاز مشروع ذو طبيعة اقتصادية، من خلاله يتحصل القائم به على الربح أو يتحمل الخسارة. و يرتبط مفهوم الاستثمار بالشخص القائم به. فيتخذ صفة الاستثمار الوطني، خاصا كان أم عاما، إذا تعلق الأمر بالدولة الوطنية، و ما خرج عن هذا النطاق، فيصنف في رزنامة الاستثمار الأجنبي.

و يمكن استنباط مفهوم الاستثمار الدولي باللجوء إلى نص المادة 25 من إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى التي يستشف منها على أنه الاستثمار الذي ينشأ في إقليم دولة طرف في الاتفاقية سواء تم إنشائه من قبل شخص طبيعي أو معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى<sup>(2)</sup>.

لقد قدمت جمعية القانون الدولي تعريفا مقترحا للاستثمار الأجنبي بأنه "تحركات رؤوس الأموال من البلد المستثمر نحو البلد المستفيد بغير تنظيم مباشر". و أنه استخدام أصول مالية، مهما كانت طبيعتها أو نوعها، من شخص طبيعي أو اعتباري في نشاط اقتصادي خارج حدود دولته، و سواء الاستغلال السلطة الفعلية في توجيه النشاط الاقتصادي أولا، و بهدف تحقيق عائد مجزي<sup>(3)</sup>.

1 - المرجع نفسه.

2 - إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، التي صادقت عليها الجزائر بالمرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995 ج.ر عدد66 مؤرخ في 05 نوفمبر 1995 ( انظر ملحق رقم 02).

3 - علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، القاهرة 1998، ص59.

وقد انقسم آراء فقهاء القانون بشأن هذا التعريف إلى مؤيد له مع بعض التعديل وبين من يرى سعة هذا التعريف ويقترح تضيقه. وذلك للوصول إلى تعريف دقيق للاستثمار الأجنبي لذا يقتضي علينا عرض تعريف الاستثمار في التشريعات الوطنية وبعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار.

### الفرع الثالث: تعريف الاستثمار في التشريع الوطني و الدولي

لجأت الكثير من الدول في تشريعاتها الوطنية بما فيهما التشريع الجزائري إلى تحديد تعريف للاستثمار الأجنبي قصد حماية المال الأجنبي (أولاً)، كما حظي أيضاً بحماية في إطار الاتفاقيات الدولية، سواء كانت متعددة أو ثنائية (ثانياً).

#### أولاً - تعريف الاستثمار في التشريعات الوطنية:

إن تعريف الاستثمار في القوانين الوطنية يسوده اتجاه يقوم على أساس وضع بيان تفصيلي للمال المستثمر المراد استعماله في مجالات الاستثمار المحددة في التشريع، فنجد القانون الجزائري المتعلق بالاستثمار لسنة 2001 في إطار الأمر 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار<sup>(1)</sup>، حسب المادة 2 منه، يقصد بالاستثمار:

- 1- اقتناء أصول تدرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، أو توسيع قدرات الإنتاج، أو إعادة التأهيل، أو إعادة الهيكلة،
- 2- المساهمة في رأسمال مؤسسة في شكل مساهمات نقدية أو عينية،
- 3- استعادة النشاطات في إطار خصوصية جزئية أو كلية.

#### ثانياً - تعريف الاستثمار في الاتفاقيات الدولية:

يمثل الاستثمار الأجنبي في حقيقته انتقالاً لرأس المال والخبرة الفنية والتكنولوجية عبر الدول، لذلك فقد أبرمت اتفاقيات دولية من طرف الدول، سواء كانت متعددة الأطراف أو ثنائية لضمان هذا الاستثمار أو لتسوية المنازعات الناجمة عنه، وتتضمن تلك الاتفاقيات في الغالب تعريفاً للاستثمار الأجنبي المشمول بأحكامها.

#### 1- في إطار الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف:

<sup>1</sup> -الأمر 03-01 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الإستثمار، ج ر عدد47 صادرة بتاريخ 2001/08/22 معدل و متمم بالأمر رقم 08-06 مؤرخ في 15 يوليو 2006، ج ر عدد 47، صادرة في 19 يوليو 2006.

اعتمدت الاتفاقيات المتعددة الأطراف ، تعريفاً موسعاً للاستثمار الأجنبي ، وهذا ما تضمنته اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار التي أعدها البنك الدولي، إذ تقرر بأن الاستثمار الدولي يشمل حقوق الملكية والقروض المتوسطة أو الطويلة الأجل التي يقدمها أو يضمنها المشاركون في ملكية المشروع المعني إضافة إلى صور الاستثمار المباشر المختلفة. كما تبنت اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار الموقعة في 1971/5/27 مفهوماً واسعاً لمصطلح الاستثمار حيث يشمل الاستثمارات المباشرة كالمشروعات وفروعها ووكالاتها وملكية الحصص والعقارات، كما يشمل الاستثمارات غير المباشرة مثل الاكتتاب في السندات ، والقروض التي يجاوز أجلها ثلاث سنوات. ويلاحظ على هذه الاتفاقية المذكورة أنها تتعرض لعناصر الاستثمار أكثر من تعرضها لمفهومه.

كما اعتمدت بعض الاتفاقيات الدولية تعريفاً للاستثمار الأجنبي يقوم على أساس وضع معيار عام للأموال المستثمرة الخاضعة لأحكامها القانونية. كتعريفه بأنه " كل أنواع الأصول المرتبطة بالأنشطة الاقتصادية والتي تحاز بغرض إقامة علاقات اقتصادية دائمة بين مستثمر ومنشأة . " أو تعريفه كذلك بأنه " كل نوع من أنواع الأصول ويشمل بصفة خاصة الأموال والممتلكات المنقولة والثابتة (العقارية)، والأنصبه في الشركات (الأسهم والسندات)، والحقوق التعاقدية، (مثل اتفاقات . الخدمات، وحقوق الملكية الفكرية والامتيازات التجارية)<sup>(1)</sup>

## 2- في إطار الاتفاقيات الثنائية:

أما في إطار الاتفاقيات الثنائية المبرمة في مجال تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية، نجد الاتفاق المبرمة بين الجزائر وكوريا، اعتمدت في تعريفها للاستثمار طريقة التعداد الحصري، أي تعداد الأموال المشكّلة للاستثمارات، حيث جاءت المادة الأولى منه بما يلي :

<sup>1</sup> -دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، لبنان، 2006، ص54، ص55.

تعني عبارة " استثمار " كل عنصر من الأصول المستثمرة من قبل مستثمري أحد الطرفين المتعاقدين على إقليم الطرف الآخر ، وتشمل على وجه : الخصوص لا الحصر (1)

• الأملاك المنقولة والعقارية وكذا كل حقوق الملكية الأخرى، كالرهون العقارية والرهون الحيازية والإيجار أو الرهون.

• الأسهم والحصص والسندات وكل الأشكال الأخرى من المساهمة في شركة أو أي مؤسسة أعمال،

• المطالبات المالية أو أية أداءات ذات قيمة اقتصادية مرتبطة باستثمار،

• حقوق الملكية الفكرية بما فيها حقوق المؤلف والعلامات التجارية وبراءات الاختراع والنماذج الصناعية والأساليب التقنية والمهارة والأسرار التجارية والأسماء التجارية والشهرة التجارية،

• أية حقوق ممنوحة قانونا أو بموجب عقود، متعلقة باستثمار وأية إجازات أو رخص تتضمن طبقا للقوانين، الحق في البحث والاستخراج والزراعة أو استغلال الثروات الطبيعية.

لا يؤثر أي تغيير في الشكل الذي تم به استثمار الأصول أو إعادة استثمارها على وصفها كاستثمار.

#### الفرع الرابع: مفهوم عقد الاستثمار

تعتبر عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، من الوسائل الفعالة التي تؤدي إلى إنماء الاقتصاد الوطني للدولة وهذا من خلال تشجيع الاستثمار الأجنبي. إلا أن مسألة تعريفها تبقى تطرح بعض الصعوبات نظرا لتشابك بعض جوانبها الاقتصادية، القانونية والسياسية، وسنحاول في هذا الفرع إبراز المقصود بعقد الاستثمار (أولا) ثم تمييزه عن اتفاقيات الاستثمار الدولية (ثانيا).

#### أولاً: المقصود بعقد الاستثمار

<sup>1</sup> - مرسوم رئاسي رقم 204-01 مؤرخ في 23 يوليو 2001، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة جمهورية كوريا حول ترقية و حماية الاستثمارات، الموقع بالجزائر في 12 أكتوبر 1999، ج ر عدد 40 صادرة بتاريخ 2001/07/25.

تحتل عقود الاستثمار مكانة أساسية في العلاقات الاقتصادية الدولية خاصة بين الدول المتقدمة والدول النامية، كما أن الاستثمار الدولي أصبح أحد المجالات الهامة بالنسبة للقانون الدولي الاقتصادي، التي تختلف مصالح وأغراض أشخاصه.

وإذا كانت الاستثمارات الدولية تتخذ أشكالاً مختلفة، وتتم بعدة طرق، فإن العقد يبقى الوسيلة القانونية التي يتم بمقتضاها في هذا المجال، وعليه يمكن تعريف عقد الاستثمار، بأنه "اتفاق بين دولة ذات سيادة مضيضة لرؤوس أموال ومستثمر أجنبي، يلتزم ويتعهد بالقيام بإنجاز استثمارات ضرورية للاقتصاد الوطني، حيث يساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيضة، وبنقل القيم الاقتصادية إليها، من أجل خلق نشاط اقتصادي محدد، مقابل الاعتراف للمستثمر الأجنبي بمزايا و ضمانات تؤدي إلى حمايته وتحقيق أرباح للمؤسسة<sup>(1)</sup>".

أو " هو تعهد كتابي أو التزام المستثمر بتقديم حصة أو دعم نقداً أو عينياً، و هو العنصر الجوهري في الاستثمار من شأنه أن يساهم في تحقيق الأهداف التنموية والاقتصادية للدولة المستقبلية لرؤوس الأموال، شريطة أن تحقق هذه الدول المضيضة الظروف الملائمة لتشجيع الاستثمارات<sup>(2)</sup>".

كما يمكن تعريفه أيضاً بأنه " قيام مشروع أجنبي يكون غالباً شركة متعددة الجنسيات لممارسة نشاط اقتصادي بصفة دائمة ومستقرة في بلد ما، قد يتم النشاط بواسطة شركة فرعية تابعة للشركة الأم، كما يتم في إطار ما يعرف بالمشروع المشترك، وذلك باشتراك الشركة مع الرأسمال العام أو الخاص في الدول المصنعة، كما أن أهداف الشركات المتعددة الجنسيات في عمليات الاستثمار، تعد ضماناً للحصول على الموارد الطبيعية والدخول في الأسواق الوطنية للدول النامية والسيطرة على مشروعاتها، وتوجيه نشاطاته<sup>(3)</sup>".

## ثانياً - تمييز عقد الاستثمار عن اتفاقيات الاستثمار الدولية

<sup>1</sup>- ZEYEN Gaétan, Les immunités des Etats dans les contrats d'investissements : du nouveau avec L'Arrêt CREIGHTON, JDI. N° 3, 2006, p 342

<sup>2</sup> - نقلا عن إقولي محمد، النظام القانوني لعقود نقل المعرفة الفنية، بحث لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة تيزي وزو 1994- 1995، ص 18.

<sup>3</sup> - يقصد بالشركة المتعددة الجنسية بالمعنى الفني الدقيق " المؤسسة الاقتصادية التي توجد جذورها في دولة، وعملياتها من مختلف الأنواع في دولة أو دول أخرى " . أو بمعنى آخر هي " شركات تمارس نشاطاً إنتاجياً في دولتين أو أكثر، طبقاً لتخطيط يتم في مركز ينتمي إلى دولة واحدة، وبناء على قرارات تأخذ في الاعتبار اختيارات ذات طابع دولي - " . نقلا عن د. عصام الدين مصطفى بسيم، نماذج عقود الضمان المطبقة في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، دراسة نقدية تحليلية مقارنة لبعض نصوصها، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الرابعة، العدد الأول، الكويت، يناير 1980، ص 135.

لقد رأينا بأن عقد الاستثمار هو اتفاق بين دولة مضيضة لرؤوس أموال ومستثمر أجنبي يلتزم بتقديم حصة سواء كانت نقدًا أو عيناً، أما الاتفاقية الثنائية فهي عبارة عن معاهدة دولية تبرم بين دولتين بصفتها شخص من أشخاص القانون الدولي العام.

و عليه فعقد الاستثمار، ليس بمعاهدة دولية حسب التعريف الذي حدد في معاهدة فيينا حول قانون المعاهدات<sup>(1)</sup>، التي تشترط في المعاهدة الدولية وجود شخصين من أشخاص القانون الدولي العام، والأمر نفسه ينطبق على اتفاقات التعويض عن إجراءات نزع الملكية أو تأمين العقد التي تتم عادة بين الدول من جهة، و رعيا الدول الأخرى.

فعقد الاستثمار، يخضع للأحكام الواردة في الاتفاقية الثنائية، حيث أنه إذا كانت هذه التصرفات القانونية قائمة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فإن التمييز يكمن من حيث المراكز القانونية، ذلك أن الاتفاقية تتم بين دولتين ذات سيادة، أما عقد الاستثمار، فيتم بين دولة وفرد إما شخصاً طبيعياً أو معنوياً، ويتمثل موضوع العقد في التزام الطرف الأجنبي الخاص بتقديم مشروع أو إقامة أو إنشاء مشروع استثماري في إقليم الدولة المضيضة للاستثمار، هذا ما يدفعنا إلى تعريف هذا الشخص الخاص الذي يسمى المستثمر الأجنبي

### ثالثاً: تعريف المستثمر الأجنبي:

يمكن تعريف المستثمر الأجنبي، بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم باستثمار رؤوس أمواله في الدول المضيضة من أجل تحقيق أهدافه، بمعنى أنه يقوم بتنفيذ العمليات الاستثمارية لحسابه الخاص، وقد يتحمل هذا المستثمر جزء أو كل المخاطر أثناء القيام بالعمليات الاستثمارية على حسابه الخاص<sup>(2)</sup>.

وفي الوقت الحالي، أن المستثمر الأجنبي شخص معنوي وليس شخصاً طبيعياً، ذلك أن العقود التي تبرم بينه وبين الدول النامية خصوصاً تتطلب رؤوس أموال ضخمة و إمكانيات تكنولوجيا و فنية عالية جد متطورة، ومالية كبيرة لا يملكها الشخص الطبيعي<sup>(3)</sup>

### الفرع الخامس: أنواع ومعايير الاستثمار الدولي

<sup>1</sup> - تنص المادة 2/ف 1 من معاهدة فيينا: " معاهدة تعني اتفاق دولي يعقد بين دولتين أو أكثر كتابة و يخضع للقانون الدولي سواء تم في وثيقة واحدة أو أكثر.."

<sup>2</sup> - HAROUN Mehdi, Le régime des investissements en Algérie à la lumière des conventions Franco- algérienne .Litec, Paris, 2000, p 153.

<sup>3</sup> - إقولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال...، مرجع سابق، ص161

تلعب الاستثمارات الأجنبية دوراً هاماً في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار، سواء كانت استثمارات أجنبية مباشرة واستثمارات أجنبية غير مباشرة (أولاً)، كما توجد معايير دولية قصد تكييف أي مشروع بأنه استثمار دولي (ثانياً).

## أولاً - أنواع الاستثمار

تنقسم الاستثمارات إلى استثمارات مباشرة و أخرى غير مباشرة و سنتناول ذلك كله على التفصيل التالي:

### I - الاستثمار المباشر:

الاستثمار الأجنبي المباشر ينطوي على تملك المستثمر الأجنبي لجزء أو كل الاستثمارات في المشروع المعين و هذا بالإضافة إلى قيامه بالمشاركة في إدارة المشروع مع المستثمر الوطني في حالة الاستثمار المشترك، أو سيطرته الكاملة على الإدارة و التنظيم في حالة ملكيته المطلقة لمشروع الاستثمار فضلاً عن قيام المستثمر الأجنبي بتحويل كمية من الموارد المالية و التكنولوجية و الخبرة الفنية في جميع المجالات إلى الدول المضيفة.<sup>(1)</sup>

يفضل المستثمر الأجنبي أسلوب الاستثمار المباشر. والسبب في ذلك أن هذا النمط من الاستثمار يخول له حق الرقابة والإشراف على أمواله وإدارته، مما يبعث في نفسه شعوراً بالأمن، كما يحقق هذا الاستثمار من جانب آخر بعض المزايا للدولة المضيفة للاستثمار. إذ أنه يؤدي إلى حصولها على الخبرة الفنية، التكنولوجية والخبرة الإدارية والتنظيمية<sup>(2)</sup>

كما يعتمد المستثمر الأجنبي إلى اختيار المشروع الذي يستثمر فيه أمواله ما يكفل تحقيق مصلحته، دون أن يدخل في اعتباره مدى أهمية المشروع في التنمية الاقتصادية للدولة التي يقوم بالاستثمار فيها، وبالتالي ينبغي على الدولة أن لا تسمح للمستثمر الأجنبي بمزاولة النشاط الذي يرغب فيه دون قيد أو شرط، بل يجب عليها أن تحدد سلفاً القطاعات الاقتصادية التي يجوز له الاستثمار فيها، فليس من المنطق أن تترك الدولة المستثمر الأجنبي يختار المشروع

1 - عبد السلام أبو قحف: إقتصاديات الأعمال و الاستثمار الدولي، الطبعة الأولى، مكتبة و مطبعة الإشعاع الفنية، مصر، 2001، ص 366، 367.

2 - علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة...، مرجع سابق، ص 5

الذي يستثمر فيه أمواله بما يكفل له الحصول على أرباح مجزية، بل لابد من ترشيده وتوجيهه إلى المشروعات التي تتفق وخطة التنمية الاقتصادية الوطنية. وكما تقرر قواعد القانون العام حق الدولة في تنظيم ملكية الأموال واستغلالها على إقليمها على النحو الذي يحقق مصالحها. وفي جميع الأحوال فإن لها أن تحدد مجالات الاستثمار الأجنبي بما يتفق ومتطلبات خطة التنمية وبالقدر الذي يمكن الدولة من السيطرة على مقدرات الاقتصاد الوطني واتجاهات التنمية فيها(1)

لا تفضل الدول النامية انفراد المستثمر الأجنبي بملكية رأسمال المشروع التجاري وإدارته، بل تشجع مشاركة رأس المال الوطني مع رأس المال الأجنبي في ملكية المشروع وإدارته لاسيما في القطاعات الأساسية و الاستراتيجية ، وتفرض الرقابة على المشروع الاستثماري. ويرجع السبب في ذلك إلى عدم ثقة الدولة برأس المال الأجنبي الوافد وخشيتها من أن يسعى إلى فرض سيطرته الاقتصادية والسياسية فيها.

ويمكن أن تتخذ المشاركة الوطنية في المشروع الاستثماري صورا متعددة أهمها:

1- مساهمة المواطنين في رأسمال مشروع استثماري تقوم به شركة أجنبية على إقليم الدولة.

2- الاتفاق على إنشاء مشروع مشترك بين الدولة أو إحدى مؤسساتها أو مواطنيها وبين مستثمر أجنبي خاص.

3- الاتفاق بين دولتين على إنشاء مشروع مشترك.

يحظى الاستثمار المباشر باهتمام كبير من جانب الدول النامية ومنها الجزائر وكذا الدول المتقدمة، بل أصبح محل اهتمام دولي، بحكم الدور المتعاظم والمتزايد الذي أصبح يحتله في الاقتصاد العالمي والتجارة الدولية.

## II- الاستثمار غير المباشر:

ذلك الاستثمار الذي يتخذ شكل قروض مقدمة من الأفراد أو الهيئات أو الشركات الأجنبية، أو يكون في شكل اكتتاب في الأسهم والسندات الصادرة من الدولة المضيفة لرأس المال أو هيئاتها العامة أو الشركات التي تنشأ فيها، على أن لا يكون للمستثمر الأجنبي من

الأسهم ما يخول له حق إدارة الشركة والسيطرة عليها<sup>(1)</sup>، وتأخذ الاستثمارات غير المباشرة شكلين وهما: القروض التي تقدمها الهيئات الخاصة أو الأفراد، والاستثمار في حافظة الأوراق المالية الذي يتضمن شراء (الاكتتاب) في الأسهم والسندات التي تصدرها تلك الدولة أو المشروعات التي تتأسس فيها. ونعرض بإيجاز لكل صورة من صور هذا الاستثمار.

### 1. القروض: تختلف القروض، بوصفها شكلاً من أشكال الاستثمار غير

المباشر، باختلاف مصدرها، وتنقسم إلى ثلاثة أنواع رئيسية هي:

#### أ- القروض التي تقدمها الهيئات أو الشركات الأجنبية الخاصة أو الأفراد:

و نعني بها كل ما تقدمه الهيئات أو الشركات الخاصة أو الأفراد من الأموال لتوريد السلع والخدمات للدول المقترضة، أو تلك التي يتم الحصول عليها من البنوك التجارية الأجنبية الخاصة كتسهيلات مصرفية لتمويل عملية التنمية الاقتصادية في الدول المقترضة وفقاً للقواعد القانونية المقررة بهذا الخصوص<sup>(2)</sup>، وتمثل هذه القروض نسبة كبيرة من الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية، فضلاً عن أهميتها بالنسبة للدول المصدرة لها، كونها وسيلة تهدف بها هذه الأخيرة إلى زيادة حجم صادراتها إلى الدول الأخرى.

بيد أن هذه القروض تتم في كثير من الأحيان بشروط تعسفية للدولة سواء من حيث مدتها أو سعر الفائدة.

فمن حيث المدة فإنها تعقد لمدة متوسطة لا تزيد عن خمس سنوات، ومن حيث سعر الفائدة فإنها تخضع لأسعار الفائدة السائدة في الدولة المصدرة والتي ترتبط بالضرورة بأسعار الفائدة في الأسواق الدولية<sup>(3)</sup> إضافة إلى ما يرتبط بهذه القروض من شروط كثراء السلع من الدولة المصدرة بأسعار تزيد عادة عن الأسعار السائدة في الأسواق الدولية<sup>(4)</sup>

#### ب- القرض العام:

هو القرض الذي يعقد بين إحدى الدول المصدرة لرأس المال وحكومة دولة أخرى (المقترضة) ويسمى هذا القرض عاماً بالنظر إلى الجهة المقترضة، التي تكون إحدى الحكومات

1 دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية...، مرجع سابق، ص 66

2 علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة...، مرجع سابق، ص 19

3 دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية...، مرجع سابق، ص 67

4 - علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية...، مرجع سابق، ص 19

أو الهيئات العامة. والذي يتميز عن القرض الخاص الذي يكون القرض فيه فرداً أو شركة أو مؤسسة خاصة.

لقد انقسم الفقه بشأن هذه القروض إلى اتجاهين: بين معارض لها ومشجع عليها؛ حيث يرى البعض فيهم انه ينبغي على الدولة أن تقلل من اللجوء إلى القروض العامة نظراً لما تتضمنه من شروط تعسفية، فضلاً عن سداد هذه القرض وفوائدها قد يشكل عبئاً جسيماً على ميزانية الدولة المقترضة، و منهم من يرى ضرورة تشجيع لجوء الدولة إلى الاقتراض من الحكومات الأجنبية بهدف تنمية اقتصاد الدولة المقترضة، نظراً للدور التي تقوم به هذه القروض في التنمية ممثلاً في القروض والتسهيلات المصرفية التي تقدمها، وأن هذه القروض هي أحسن وسيلة للحصول على مستلزمات التنمية من السلع والآلات واكتساب المهارة الفنية والتكنولوجية.

لا يمكن إنكار دور القروض العامة في التنمية الاقتصادية للدولة، ولكن ينبغي عليها (الدولة) المقترضة الموازنة بين الحصول على القروض والمحافظة على سيادتها، إذ يجب على هذه الدولة أن تحقق التوازن بين حاجاتها للتنمية عن طريق القروض الأجنبية ومع المحافظة على حريتها في السير في خطط التنمية.

### ت- قروض مؤسسات التمويل الدولية:

تلك التي تحصل عليها الدول من المنظمات والمؤسسات الدولية، كالمنظمات التابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة مثل: برنامج الأمم المتحدة للتنمية ومنظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية. وكذا المنظمات الحكومية المتخصصة التي ترتبط مع الأمم المتحدة باتفاقيات وصل جعلها وكالات متخصصة مثل البنك الدولي للإعمار والتنمية، ومؤسسة التمويل الدولية ووكالة التنمية الدولية و الصندوق الدولي للتنمية الزراعية<sup>(1)</sup>.

ويلاحظ بأن الاقتراض من هذه المؤسسات يمر بسلسلة من الإجراءات المعقدة والمفاوضات التي تستغرق مدة طويلة، مما قد يفوت الفرصة من الاستفادة من هذه القروض أو يقلل من أهميتها. فضلاً على أن هذه المنظمات تعاني من قلة مواردها حيث لا تتمكن من الاستجابة لكل طلبات الاقتراض، و أن مصدر موارد هذه المنظمات تكون من مساهمة الدول الأعضاء فيها أو من ميزانية المنظمة الدولية التي تتبعها. وبالتالي قد تتأثر كثيراً بمصالح كبار

<sup>1</sup> - دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية...، مرجع سابق، ص68

المساهمين فيها طالما إن التصويت في مجالس إدارتها مرتبط بمدى إسهام كل دولة عضو في رأسمالها<sup>(1)</sup>.

## 2. الاكتتاب في الأسهم والسندات التي تصدرها الدولة للاستثمار:

تقتضى هذه الوسيلة في الاستثمار ، قيام الدولة المضيفة لرأس المال بإصدار السندات في الأسواق المالية للدول الأخرى، على أن يكون لكل سند قيمة معينة وسعر فائدة محدد وأجل معين يتم الوفاء بقيمته<sup>(2)</sup>.

كما يمكن أن تتم هذه الوسيلة أيضا من خلال قيام شركة تحت التأسيس في الدولة المستقطبة للاستثمار بطرح نسبة من أسهمها في الأسواق المالية لدولة أخرى، متى سمح قانون تلك الدولة بذلك، للاكتتاب فيها من قبل الأفراد والشركات والمؤسسات الأجنبية في الدول المتقدمة<sup>(3)</sup> ومن خلال هذا الإجراء يتم الحصول على رؤوس الأموال الأجنبية اللازمة لتمويل التنمية الاقتصادية في دولة ما .

بيد انه لا بد من الإشارة إلى أن هذه الوسيلة من وسائل الحصول على رأس المال الوافد غالبا ما تكون مرتبطة بقيود قانونية متعددة، ولعل من أهم تلك القيود القانونية هو قيام الدول المصدرة لرأس المال بوضع القواعد لتنظيم تداول السندات التي تطرح للاكتتاب في أسواقها المالية من قبل الدول الأخرى، وتختلف هذه القيود من دولة لأخرى فاليابان مثلا لا تجيز طرح السندات في أسواقها المالية إلا بعد الحصول على موافقة السلطات المختصة في ذلك<sup>(4)</sup>

## ثانيا: معايير دولية للاستثمار.

نظرا لأهمية الاستثمار الدولي في العلاقات الاقتصادية الدولية خاصة بالنسبة للشركات متعددة الجنسيات الساعية إلى ضمان وتأمين استثماراتها في العالم، ونتيجة لتأثيرها وتأثير رجال الأعمال توصلت بعض الهيئات كالبنوك، والمنتدى الاقتصادي العالمي بدافوس

1 - المرجع نفسه ، ص68

2 - غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تنشأ بصدها، جامعة القاهرة، 2004 ، ص52

3 - علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة...، مرجع سابق، ص21

4 - دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية...، مرجع سابق، ص69

Davos<sup>(1)</sup> ، وكذا مركز التنمية الدولية بجامعة هارفورد HARford إلى اعتماد على عدة معايير لتكييف أي استثمار بأنه استثمار دولي و منها:

● درجة انفتاح الدولة المضيفة وتحريرها لتجارتها الخارجية، ويظهر ذلك من خلال الرخص، الرقابة على الصرف، نظام الحصص، التعريفات الجمركية والحوافز الجمركية، إضافة إلى مدى استعدادها لتوفير العملة الصعبة لأجل دفع مقابل الاستيراد.

● مسألة " الحكم الراشد" ، ويشمل الطابع الضيق للنفقات العامة والعجز في ميزانية الدولة، ونسبة الضرائب على الفوائد أو الإيرادات في الرسم على القيمة المضافة، كلفة الأعباء الاجتماعية المدفوعة من طرف أرباب العمل والعمال، و تسريح العمال ودرجة فعالية القوانين. و مسألة الحكم الراشد لها اعتبار في ثقل الرقابة الحكومية على الضمانات المهنية، وقدرة الحكومة على تقديم المساعدة للمؤسسة في حالة العجز.

● مسألة التمويل، ويتعلق الأمر بنسب الاستثمار بالنسبة للنتائج الوطني الخام(PIB) وكذا نسبة الادخار في الدولة المضيفة. ويلعب عامل الثقة دورا هاما في ، النظام المالي باعتباره مصدرا لرؤوس الأموال لاسيما في القطاع الخاص، كما تعد مسألة تحويل أموال المستثمر الأجنبي من الأمور العامة في ذلك<sup>(2)</sup>.

● طبيعة ونوعية الهياكل في الدولة المضيفة، (نوعية شبكات الطرق، السكك الحديدية، النقل، الكهرباء والاتصالات السلكية واللاسلكية، الموانئ...الخ) .

● القضايا المتعلقة بالسكان وباليد العاملة، بحيث أصبح اهتمام المستثمرين ينصب على نوعية التعليم، نسبة التمدرس، الجانب الصحي للعمال، ثقل النقابات...الخ.

● كما يتعلق المعيار الأخير بمسألة المؤسسات، حيث يهتم المستثمر الأجنبي بقدرة النظام القضائي على احترام العقود والاتفاقات التجارية، ومدى استقلالته، سرعة وطرق تنفيذ قرارات العدالة. كما يأخذ في الحسبان درجة الإجرام ومدى تأثيرها على ميدان الأعمال، زيادة على ذلك نوعية قوات الأمن وعمل الإدارة في حالة عدم الاستقرار السياسي<sup>(3)</sup>

1 - تم تحويل هذا المركز إلى مدينة نيويورك.

2 - نظام بنك الجزائر رقم 03-05 نورخ في 06 يونيو 2005 يعلق بالاستثمارات الأجنبية، ج ر عدد 53 صادرة بتاريخ 2005/07/31.

## المطلب الثاني:

ممارسة الدولة امتيازات السلطة العامة في عقد الاستثمار و القيود الواردة على هذا

### المبدأ

في إطار ممارسة الدولة لسلطاتها التشريعية، يمكن لها أن تمس محتوى العقد بالتعديل أو الفسخ بصفة انفرادية وهذا استنادا إلى فكرة المصلحة العامة، التي هي أساس سلطة الدولة في ممارسة إجراءات انفرادية لتعديل النظام القانوني للعقد، وكذا ما تتمتع به الدولة من امتيازات يمنحها لها القانون الداخلي، كالامتياز التشريعي الذي يمس بمحتوى عقد الاستثمار وشروط تنفيذه (الفرع الأول)، ثم الإجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة كالحق في الرقابة والإشراف والتوجيه والحق في فسخ العقد وإنهاءه (الفرع الثاني) و هو ما نتناوله بالتفصيل ثم نبرز القيود الواردة على حق الدولة في تعديل عقد الاستثمار في (فرع ثالث)، لنخلص في النهاية إلى مدى عمل المشرع الجزائري بالمبدأ و الضمانات الممنوحة في هذا الصدد في (فرع رابع).

### الفرع الأول: الامتياز التشريعي

يمكن الدولة في إطار ممارستها لسلطاتها التشريعية، المساس بمضمون العقد، وذلك بتعديله أو فسخه بصورة انفرادية، مستعملة في ذلك ما تتمتع به من سلطة تنفيذية وإدارية، وعليه فالامتياز التشريعي، قد يمس عقد الاستثمار المبرم بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر (أولا) أو قد يكون ذلك أثناء تنفيذ شروط العقد (ثانيا).

### أولا - الامتياز التشريعي في تعديل عقد الاستثمار

الأصل أنه حتى ولو تم إدراج شروط تثبيت قانونية العقد، وكذا شرط عدم المساس به، فإن هذا لا يمنع الدولة وفي إطار ممارستها لسلطاتها التشريعية، تعديل وتغيير العقد عن طريق اتخاذ إجراءات دستورية، تشريعية أو تنظيمية، من أجل مساندة التطورات الراهنة في مختلف المجالات السياسية، الاقتصادية والاجتماعية، وذلك بغية تحقيق المصلحة العمومية، باعتبار أن هذه المسألة هامة وتقع على عاتق الدولة أثناء ممارستها للامتيازات السيادية (التشريعية).

---

- انظر كذلك إفلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار التجريبية الجزائرية- نموذجاً- ، رسالة .دكتوراه دولة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2006 ص 40.

إلا أن مثل هذه التعديلات القانونية الجديدة، قد تؤثر بطريقة أو بأخرى في العلاقة التعاقدية، وبالتالي فإنها تلحق بالمستثمر الأجنبي أضرار بالغة ومعتبرة، لاسيما إذا كان ذلك التعديل التشريعي يمس بالجوانب المرتبطة بالمجالات الحساسة كالتشريع الجبائي، الجمركي والنقدي أو الاجتماعي للدولة المتعاقدة<sup>(1)</sup>

### ثانيا - الامتياز التشريعي أثناء تنفيذ عقد الاستثمار:

يندرج تنفيذ عقود الاستثمار في إطار النظام القانوني الذي تم وضعه من قبل الدولة المضيفة، لذلك يعتبر من الضروري للمستثمر الأجنبي ثبات واستقرار لنصوص العقدية، وذلك لحماية حقوقه<sup>(2)</sup>، إلا أن الدولة قد تتصرف في إطار امتيازاتها السيادية من خلال التعديل التشريعي أثناء تنفيذ الاتفاق المبرم بينها وبين المستثمر الأجنبي، ليست بصفها طرفا متعاقدا على قدم المساواة، وإنما باعتبار الدولة شخص من أشخاص القانون الدولي العام.

والإجراءات الانفرادية للدولة التي تمارسها في إطار سيادتها، تعد خطرا على مصالح المستثمر الأجنبي، وهذا ما يجعله يبحث بكل الأشكال والطرق إدراج شروط الاستقرار، وكذا شرط عدم المساس بالعقد رغم أنه يعتبر العقد المبرم بينه وبين الدولة المضيفة يدخل ضمن حظيرة القانون الخاص<sup>(3)</sup>

وعليه فالامتياز التشريعي للدولة قد يثير صعوبات ومشاكل حادة، حيث إذا كان المستثمر يدافع من أجل حماية حقوقه التعاقدية والحفاظ عليها، فإن الدولة الطرف في العقد، تتمسك وتستمّر في ممارسة سلطاتها التشريعية، وكذا امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها في إطار قانونها الداخلي في المجال التعاقدية، وهذا ما يؤدي إلى عدم التوازن الاقتصادي بين الطرفين<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - WEIL Prosper, Les Clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de Développement économique, in :Mélanges ROUSSEAU, A. Pedone, Paris, 1974, p. 326.

<sup>2</sup> - عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل رتبة دكتوراه دولة في القانون الدولي، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2005 - 2006. ص. 130

<sup>3</sup> - WEIL Prosper, les clauses de stabilisation ou d'intangibilité ..., op.cit. P.P 326 -327

<sup>4</sup> - Ibid, p 327 .

لقد جاء الأمر رقم 03-01 ، و كذا الأمر رقم 08-06 الذي يعدّله و يتمّمه بتعديلات كبيرة فيما يخص الاستثمار بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين الأجانب أو الوطنيين. فهو ينص صراحة على مبدأ حرية الاستثمار. إذ تنص المادة 3 من الأمر رقم 08-06 المعدلة للمادة 4 من الأمر رقم 03-01 : " تنجز الاستثمارات في حرية تامة مع مراعاة التشريع و التنظيمات المتعلقة بالانشطات المقتّنة و حماية البيئة.

و تستفيد هذه الاستثمارات بقوة القانون من الحماية و الضمانات المنصوص عليها في القوانين و التنظيمات المعمول بها"<sup>(1)</sup>.

### **الفرع الثاني: الإجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة لتعديل وإنهاء عقد الاستثمار**

يقصد بها تلك الإجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة الطرف لها في تعديل وإنهاء عقد الاستثمار والتي تؤثر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ، وبصفة أساسية، وتتجلى تلك الإجراءات الانفرادية كالحق في ممارسة الرقابة، الإشراف والتوجيه (أولاً)، والحق في تعديل عقد الاستثمار ووضع نهاية له بإرادتها المنفردة (ثانياً) .

### **أولاً - حق الدولة في الرقابة والإشراف والتوجيه:**

إذا ما قامت الدولة المضيفة بتشجيع الاستثمار الأجنبي، فهذا لا يعني أنها تطلق يد المستثمر الأجنبي بغير حدود، وإنما هذا التشجيع يجب أن يتم خدمة لأهداف معينة، وأن تتم هذه الاستثمارات الأجنبية في الإطار الذي يحقق ما استهدفته الدولة .وتختلف حدود الرقابة من دولة إلى أخرى حسب ظروف كل منها.

كما يمكن للدولة ممارسة الرقابة عن طريق تقييد نسبة المشاركة الأجنبية في ملكية وإدارة المشروعات، وذلك من خلال الحفاظ على نسبة معينة بها للوطنيين في رأسمال كل مشروع أو في إدارته- ما فعلته الجزائر بإلزام المشاركة الوطنية بأكثر من 50% من رأسمال

1 - لشرح أكثر انظر الفرع الرابع من رسالتنا ص 37

المشروع الأجنبي - أو اشتراطها حماية الأيدي العاملة في الداخل، من أية منافسة تصاحب الاستثمار الأجنبي و الحفاظ على نسبة عالية من العمال والموظفين المتمتعين بجنسية الدولة<sup>(1)</sup>.

وهناك الرقابة المترتبة عن ما تستلزمه قوانين الشركات وقوانين الضرائب عامة كالإطلاع على حسابات ودفاتر المستثمرين ومراجعتها بدقة تكفل تحقيق ما تستهدفه هذه القوانين من ضمان سلامة العمل واجتتاب المضاربات السلبية والإفلاس، وما يترتب عنها من حصول الحكومة على ما تستحقه من ضرائب ورسوم<sup>(2)</sup>

كما أن الأصل أن للطرف الخاص الحرية المطلقة في الكيفية التي ينفذ بها التزاماته، إلا أنه يخضع لسلطة الدولة من حيث الإشراف والتوجيه والرقابة<sup>(3)</sup> على التنفيذ الجيد للمشروع الاستثماري، والتي تعد مظهراً من مظاهر سيادة الدولة، ولا سيما أن العقود التي تبرمها الدولة والتي تهدف أساساً إلى تحقيق تنمية، لا اعتبار أن هذه العقود من طابع القانون العام المرتبط بها أصلاً وذلك بمقتضى أهداف هذا الاستثمار وموضوعه<sup>(4)</sup>

كما تدرج سلطة الدولة في الإشراف والتوجيه والرقابة حسب نوعية العقود، مثلاً في مجال عقود البترول، فقد اختلفت هذه السلطة من عقود امتيازات النفط القديمة التي أبرمت في وقت لم تكن فيه لدول النفط أي قدرة على الرقابة والتوجيه، ومع ترك المجال للشركات البترولية الحرية في التصرف في تلك العقود، وهناك عقود المشاركة والمقاوله البترولية التي تسيطر فيها الدولة سيطرة كاملة على العقد.

---

1 - الأمر رقم 09-01 مؤرخ في 22 يوليو سنة 2009 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009. ج ر عدد 44 بتاريخ 26 يوليو 2009 المادة 58 منه معدل و تتم الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 و المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل و المتمم بالمادة 4 مكرر 1

المادة 4 مكرر 1: تخضع الاستثمارات الأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية لإنتاج السلع والخدمات قبل إنجازها إلى تصريح بالاستثمارات لدى الوكالة المذكورة في المادة 6 أدناه. لا يمكن إنجاز الاستثمارات الأجنبية إلا في إطار شراكة تمثل فيها المساهمة الوطنية المقيمة نسبة 51% على الأقل من رأس المال الاجتماعي. ويقصد بالمساهمة الوطنية جمع عدة شركاء.

2 - إبراهيم شحاتة، الإطار القانوني لتشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة والرقابة عليها، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 24، السنة 24، مصر، 1986، ص ص 153-156.

3 - يقصد بالرقابة هي رقابة التنفيذ، وليس المقصود بها ضابط الرقابة الخاص بالشركة الأجنبية لتحديد جنسيتها، والتي نشأت في فرنسا أعقاب الحرب العالمية الثانية، للتعرف على الشركات التي تحمل الجنسية الفرنسية.

أنظر محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود" دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية"، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون، عين الشمس، يناير 2000، ص 110

4 - سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص ص 23-24

وفي مجال عقود البترول، من حق الدولة أو الأجهزة المشرفة على مواقع التجهيزات زيارة المواقع والتفتيش، ورقابة شحن البترول الخام وفحص الدفاتر، ومراجعة البيانات، وكذا من حقها التدخل في العمليات وتوجيهها، كعقود الإنشاءات الصناعية ومراقبة المشروع من حيث التنفيذ وفقاً للمواصفات المتفق عليها في العقد، وكما لها أيضاً حق التوجيه والتعديل في التنفيذ، وبالتالي لوكلاء الدولة الحق في الحصول على الوثائق الفنية كي تقوم الشركة الأجنبية بالتنفيذ الأمثل، وخاصة عندما يتعلق الأمر بالتنمية الاقتصادية لأية دولة<sup>(1)</sup>

### ثانياً - حق الدولة في تعديل وإنهاء العقد بإرادتها المنفردة:

أغلب النزاعات التي تثار بين الدول المضيفة لرؤوس الأموال والشركات الأجنبية، سببها تمسك الدولة بضرورة تحقيق المرونة في النظام التعاقدية، حتى يتسنى لها استيعاب التغيرات الجذرية في مختلف المجالات السياسية، الاقتصادية والاجتماعية، في حين أن الشركات تتمسك بثبات النصوص العقدية، واستمرارها دون إجراء أي تعديل أو تغيير في نصوص العقد.

وعليه فالطرف الخاص (الشركات) يعتبر العقود المبرمة بينه وبين الدولة المضيفة، يخضع للقانون الخاص الذي يقوم على الاتفاق الحر للأطراف، وكأن العقد يجمع الأطراف المتعاقدة على قدم المساواة وترتبط بينهم شروط عقدية غير قابلة للمساس بها، لأن العلاقة بين الشركة الأجنبية بحكومة الدولة المضيفة أو من يمثلها، قد أفرغت في قالب جامد يحتوي على التزامات وحقوق، فأى تعديل يمثل إخلالاً بالقوة الملزمة بالعقد<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة للدول كطرف في عقد الاستثمار فلها طبيعتها الخاصة، فهي أشبه ما تكون بوثيقة دستورية مرنة، قابلة للتطور تبعاً للتغير في الظروف، لاعتبارها عقود ذات أجال طويلة، وبالتالي قد يطرأ من خلالها تغييرات سياسية واقتصادية، مما يستلزم إحداث تغييرات في نص العقد وشروطه، وهذا ما أدى ببعض الدول إلى إدراج شروط المراجعة في العقد وإعادة التفاوض فيه والهدف منها هو حماية مصالح الدولة عند حدوث تغييرات أثناء تنفيذه، إلا

<sup>1</sup> - محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود" دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص

الأجنبية"، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون، عين الشمس، يناير 2000، ص 111

2 - عصام الدين القسبي، خصوصيات التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، جامعة المنصورة،

القاهرة، 1993، ص 140

أنه غير ملزم في إعادة التوازن بين الأداءات العقدية إذ أنها تفرض على الأطراف الالتزام بإعادة مناقشة أحكام العقد.

ويقول أحد الفقهاء: «إن التوظيف الجيد لمثل هذه الشروط من أجل بلوغ الغرض من إدراجها في عقود الاستثمار يصير رضا بمنهج وضعها موضع التنفيذ، سواء من حيث معايير تطبيقها وذلك لتبيان الظروف التي تقتضي تعديل العقد، أو من ناحية النتائج المترتبة على ثبوت التغيير الفعلي لهذه الظروف»<sup>(1)</sup>.

أما إذا لم تتضمن هذه العقود على أي شرط من الشروط سواء تلك المتعلقة بثبات العقد واستقراره أو تلك المتعلقة بمراجعته وإعادة التفاوض فيه، فهل يجوز للدولة تعديل هذه الشروط لإعادة التوازن الاقتصادي لها، في حالة حدوث ظروف سياسية، اقتصادية أو اجتماعية تخل بهذا التوازن؟

يرى اتجاه فقهي، بأنه يجوز للدولة تعديل العقد لإعادة التوازن الاقتصادي لها لاسيما عند وجود الدولة كطرف فيه، وما يرتبط بهذا الوجود من ظروف اجتماعية، اقتصادية وسياسية، وكذا خصوصيات تلك العقود ذات الأجل الطويلة، وما صاحبها من ظروف إبرامها قبل الاستقلال، نجد مثلا هذه الاتفاقيات مثقلة بضمانات وإعفاءات، تمت تحت ضغط ورغبات ممالة من الطرف القوي على الطرف الضعيف، إضافة إلى العقود المبرمة بعد الاستقلال، حيث كان اقتصاد الدول حديثة الاستقلال منهارا<sup>(2)</sup>.

ونظرا لعدم التكافؤ والتوازن الاقتصادي والفني بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، فإن الطرف الضعيف (الدولة المضيفة) لا يملك الإمكانيات التي تؤهله لإجراءات المفاوضات العادلة طالما أنها تقدم على التعاقد بدافع حاجتها الماسة إلى إبرام مثل هذه العقود<sup>(3)</sup>. إذن ألا يقتضي في هذه الحالة، أن يكون للدولة الحق في إعادة النظر ومراجعة عقودها ذات الأجل الطويلة؟

<sup>1</sup> - محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود...، مرجع سابق، ص 113 .

<sup>2</sup> - ناصر عبد الله محمد حسن، التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي، دراسة انتقادية للنظامين المصري والإماراتي في ضوء النظام النموذجي للأمم المتحدة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في الحقوق، جامعة طانطا، 1995، ص 167.

<sup>3</sup> - محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، جامعة طنطا، 2007، ص 95

و نحن بدورنا نساند الرأي الذي يدافع عن حق الدولة في تعديل عقد الاستثمار وإعادة التوازن الاقتصادي لها لاسيما إذا كانت تلك العقود المبرمة في مجال استغلال الثروات الطبيعية للدولة المضيفة، متصلة بالتنمية الاقتصادية لهذه الدولة، هذا استنادا إلى حق الشعب في استغلال ثرواته باعتبار أن لهذه المسألة صلة بسيادة الدولة على ثرواتها، إضافة إلى مختلف القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة حول السيادة على الثروات الطبيعية، كما تم توسيع مجال الاستثمار الأجنبي خارج قطاع المحروقات ليشمل قطاعات أخرى كالفلاحة، الصيد، البناء، صناعة الفولاذ، التعدين، الميكانيك، الالكترونيك، الكيمياء، البلاستيك والمطاط بنسب متفاوتة و توغل رأس المال الأجنبي تختلف باختلاف النشاط، حاليا مشاريع استثمارية ضخمة تتم بملايير الدولارات ، إذ تستعمل تكنولوجيا متطورة وأموالا باهظة<sup>(1)</sup>.

و في هذا المجال قامت الجزائر بإبرام صفقات مع دول أجنبية بملايير الدولارات وأهمها إبرام الجزائر صفقة بقيمة 20 مليار دولار مع شركة إعمار الإماراتية<sup>(2)</sup>.

و على هذا الأساس فإنّ للدولة الحق في فسخ وإنهاء عقود الاستثمار، إذا ما أخّلت الشركات الأجنبية بالتزاماتها التعاقدية والمساس بحقوق الدولة المضيفة للاستثمارات.

### الفرع الثالث: القيود الواردة على حق الدولة في تعديل عقد الاستثمار

سنتطرق في هذه النقطة إلى مبدأ استقرار النظام القانوني، و مبدأ الحقوق المكتسبة.

#### أولا: مبدأ استقرار النظام القانوني

يقوم هذا المبدأ على فكرة ثبات النظام القانوني و عدم قيام الدولة بتغيير إطارها التشريعي الذي أنجز في ظلّه الاستثمار الأجنبي، و يعني ذلك أن شرط الاستقرار يهدف إلى منع الطرف

<sup>1</sup> - يوسف رشيد، أثر الاستثمار الأجنبي المباشر على الاقتصاد الوطني -حالة الجزائر، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، العدد 05، مستغانم، الجزائر، 2005 ص 167

<sup>2</sup> - HTTP/

www.magharebia.com/cocoon/awi/xhtml1/ar/features/awi/newsbriefs/general/2008/03/20/newsbriefs-50-

المضيف من تعديل المحيط القانوني لصالحه و كما يقول السيد "لاليف" في تعريفه لهذا المبدأ بأنه: "القانون الواجب التطبيق على العقد الذي يتولى معادلة المفاهيم التعاقدية"<sup>(1)</sup>.

إن عدم تغير النظام القانوني قد يكون مطلقاً عندما تتعهد الدولة المضيفة بعدم تطبيق أي قانون جديد على عقود الاستثمار السابقة، و قد يكون نسبياً عندما يتعلق الأمر بعدم مراجعة المسائل التي من شأنها أن تزيد في الأعباء المالية للمستثمر دون باقي بنود العقد.

و الجدير بالملاحظة أن المشرع الجزائري قد نص صراحة في المادة 15 من الأمر 01-03 الصادر في 20 أوت 2001 على هذا المبدأ مؤكداً على عدم جواز تطبيق النصوص الجديدة على الاستثمارات القائمة، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة و لا يختلف الأمر هنا بين المستثمر الأجنبي و المستثمر الوطني.

و يرى البعض أن تنازل الدولة عن حقها في تعديل و إلغاء تشريعاتها أمر ممكن من وجهة نظر القانون الدولي؛ لأن الدولة مثلما تستطيع أن تقلص بعض صلاحياتها من خلال ما تبرمه من معاهدات دولية، تستطيع أيضاً تقليص اختصاصاتها السيادية عن طريق العقد المبرم مع الأجانب، أما إذا كان التنازل عن الإرادة المنفردة للدولة، فإن ذلك يعتبر من وجهة نظر القانون الداخلي بمثابة تخلي الدولة عن ممارسة سلطتها السيادية، و قد أنتقد هذا الرأي من طرف الأستاذ محند اسعد بقوله: "إن التشبيه بين القانونيين مجازفة، و إنَّ القانون قانون الدولي كدول، و لقد أبعث القضاء الدولي الأشخاص الخاصة من ذلك القانون، فالتفاوض بين الدول و تقليص السيادة الذي تتنازل به الدول لبعضها البعض، يمكن أن يظهر كأحد شروط وجود القانون الدولي نفسه، في حين أن الدولة لا تتفاوض مع الخواص لتقليص صلاحياتها"<sup>(2)</sup>.

كما أن هناك من يفرق بين مبدأ الإستقرار و مبدأ عدم التغيير و يرى بأن مبدأ الإستقرار يقوم عندما تتعهد الدولة المضيفة بعد تغييرها لنصوصها التشريعية، أما مبدأ عدم التغيير فيتمثل في عدم قيام الدولة المضيفة بتغيير أحكام العقد أو الالتزامات و الأعباء الواردة فيه دون موافقة المستثمر، مستشهداً في ذلك بما ذهب إليه B-fayel "بأن بنود الاستقرار تتعلق

1 - معاشو عمار: الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، رسالة دكتوراه في القانون الدولي و العلاقات الدولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1989، ص 286، 287.

2 - قادري عبد العزيز: دراسة في العقود بين الدول و رعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية "عقد الدولة" مقال بمجلة إدارة، للمدرسة الوطنية للإدارة، مركز التوثيق و البحوث الإدارية المجلد 7 العدد 1، الجزائر، 1997، ص 60

بصلاحية عامة تستمدّها الدولة من سيادتها، أما بنود عدم التغيير فتتعلق بسلطة لا تتحرك سوى داخل الإطار التعاقدية.."<sup>(1)</sup>.

إنّ إدراج بند الإستقرار و عدم التغيير، كما يراه البعض<sup>(2)</sup> راجع في أغلب الأحيان إلى عدم الإستقرار السياسي الذي تعاني منه معظم الدول النامية و بالتالي عدم استقرار تشريعاتها الجبائية و المالية و الجمركية، و إنّ الهدف من إدراج هذا المبدأ تفادي المساس بسلامة العقود المبرمة و ضمان سريان الإطار القانوني الذي أنجز فيه الاستثمار، و لا يتنافى مع ما ذهبت إليه بعض الأحكام التحكيمية كما جاء في قرار التحكيم الصادر بتاريخ 15/03/1963 الخاص بالنزاع الذي ثار بين إيران و إحدى الشركات البترولية المعروفة بقضية (سابير) الذي جاء فيه أن: "الشركة الأجنبية تقدم للدولة الإيرانية مساعدة مالية و فنية، تتضمن استثمارات بالنسبة لها و مسؤوليات و مخاطر، و من ثمة يبدو، حينئذ من الطبيعي أن تحتمى ضد التعديلات التشريعية التي ممكن أن تغير من المحتوى الاقتصادي للعقد، و أن يضمن لها بعض الأمن القانوني، و هذا ما لا يضمنه لها التطبيق الخالص و البسيط للقانون الإداري الذي يكون لسلطة الدولة الإيرانية القدرة على تغييره"<sup>(3)</sup>، و قد توالى الأحكام التحكيمية فيما يتعلق بشرط تثبيت التشريعات الداخلية منذ ذلك القرار التحكيمي المتعلق بقضية (ليامكو Liamco) الصادرة بتاريخ 12/04/1977 و إنّ الغاية من كل ذلك توسيع نطاق الحماية الدولية للاستثمارات الأجنبية إذا كان الطرف المتعاقد دولة نامية، أما إذا كان العكس، أي أن المتعاقد دولة متقدمة و الطرف الخاص شركة تنتمي إلى دولة نامية فقد لا يعمل بهذا الشرط<sup>(4)</sup>.

إلى جانب هذا الموقف فقد قرر مجمع القانون الدولي مبدأ ثبات النظام القانوني في دورته المنعقدة في أثينا باليونان عام 1979 أثناء مناقشته للقانون الواجب التطبيق على العقود التي تبرم بين الدولة و أحد الأشخاص الأجانب من رعايا دولة أخرى، و قد جاء موقفه -أي مجمع القانون الدولي- من خلال ما نصت عليه المادة الثالثة من القرار المتخذ بأنه: "يجوز للأطراف

1 - قادري عبد العزيز: المرجع نفسه، ص58-59.

2 - يوسف محمد: مضمون و أهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار، مجلة إدارة تصدر عن المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 9 العدد 2، الجزائر 1999.

3 - معاشو عمار: الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، مرجع سبق ذكره، ص269.

4 - معاشو عمار: الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، مرجع سبق ذكره، ص 298.

الاتفاق على أن أحكام في القانون الداخلي التي يرجعون إليها في العقد، هي تلك المقصود في مضمونها لحظة إبرام العقد"<sup>(1)</sup>.

و الجدير بالملاحظة أن العمل بهذا المبدأ أصبح منتشرًا في كثير من التشريعات الداخلية للدول المضيفة و في العقود المبرمة بينها و بين المستثمرين الأجانب، من ذلك مثلاً ما نصت عليه المادة 18 من قانون الاستثمار الكامروني لعام 1960 و التي جاء فيها: "إن اتفاق الإقامة يحد خصوصاً... ضمانات الاستقرار في المجالات القانونية و الاقتصادية و المالية، كما في مجال تسويق المنتجات". و تؤكد هذا الموقف أيضاً في القانون البترولي الليبي الصادر عام 1955 و في بعض العقود كما جاء ذلك في العقد المبرم عام 1978 بين تونس و إحدى شركات البترول الأمريكية و الذي جاء فيه بأنه يطبق على العقد "القانون التونسي الساري في تاريخ توقيع العقد الحالي" و كذلك ما وردة في المادة 15 من العقد المبرم بين الكمرن و إحدى شركات التنقيب عن البترول و استغلاله و قد نصت على: "لا يمكن أن تطبق على الشركة بدون موافقتها المسبقة التعديلات التي تطرأ على أحكام النصوص المذكورة فيما بعد و خلال مدة الاتفاق"<sup>(2)</sup>.

غير أن الفقه أعطى تفسيراً مغايراً لما ذهب إليه القضاء فيما يتعلق بمضمون الاستقرار التشريعي، فبينما ذهبت معظم الأحكام التحكيمية التي أشرنا إليها إلى استبعاد تطبيق التشريعات الداخلية من منطلق ثبات النظام القانوني، فإن الفقه يرى بأن شرط التثبيت لا يعني تنازل الدولة عن حقها في ممارسة سلطتها التشريعية، كما يقول في ذلك الأستاذ T.Walde "إن شروط الثبات لا تعد وسائل لعزل العقد من الأنظمة التشريعية الوطنية... إن مثل تلك الشروط لا تقضي التنازل الضروري عن الحقوق السيادية، إنها مجرد وعود متميزة للثبات تمنحها الدولة المضيفة للاستثمار". بينما يرى البعض أن هناك اعتقاد ضمني لدى المستثمر -أي الطرف المتعاقد مع الدولة المضيفة- بلجوء هذه الأخيرة إلى تعديل تشريعاتها، بما يخدم مصالحها و لو كان ذلك على حساب الطرف الأجنبي المتعاقد معها"<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - معاشو عمار: المرجع نفسه. ص 290

<sup>2</sup> - معاشو عمار: الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، مرجع سبق ذكره ، ص 289-290

<sup>3</sup> - معاشو عمار: الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، مرجع سبق ذكره ص 299.

إن مبدأ ثبات النظام القانوني ما يزال محل خلاف فقهي كبير تتجاذبه مصالح الأطراف، فبينما يذهب جانب كبير من الفقه الغربي إلى إقراره حماية لمصالح مستثمريهم، يذهب جانب آخر إلى عدم الإعتداد بهذا المبدأ؛ لأن إصدار التشريعات الداخلية هو حق لكل دولة دون منازع باعتباره مظهراً من مظاهر سيادتها و أنه من البديهي أن يشمل هذا الحق مسألة التعديل و الإلغاء بالإرادة المنفردة للدولة المضيفة مادام التصرف لا يمثل تعهداً دولياً و لا يمس بالتزامات دولية و غير مخالف لقواعد القانون الدولي و يسري هذا المبدأ على جميع تشريعات الدولة دون تمييز، و في ذلك يقول الأستاذ إبراهيم شحاتة (لا يمكن تقييد سلطة المشرع في إصدار تشريعات جديدة، و إن القول بخلاف ذلك لا يحق للمستثمر الأجنبي أن يتمسك بحظر إصدار التشريعات و بالإلغاء أو التعديل، إنما يمكنه المطالبة بالتعويض على أساس ما يمكن أن يلحقه التشريع الجديد من أعباء مالية إضافية استناداً إلى نظرية فعل الأمير)<sup>(1)</sup>.

و هناك من يذهب إلى أبعد من ذلك فيرى بأنه إذا كان النشاط الذي يمارسه المستثمر الأجنبي يتعلق باستغلال الثروات الطبيعية، يكون من حق الدولة المضيفة اتخاذ أي تدبير من شأنه الحد من نهب و تبذير ثرواتها باعتبارها الأساس الاقتصادي لها مادام الهدف يرمي إلى حماية ثرواتها الطبيعية، دون أن يؤدي ذلك إلى إثارة مسؤولياتها عمّا تتخذه من إجراءات في مواجهة الاستثمارات الأجنبية<sup>(2)</sup>.

و قد سائر العمل الدولي هذا الاتجاه فجاء مشروع الاتفاقية الخاص بالمسؤولية الدولية الذي أعدته جامعة هارفرد عام 1961 مؤكداً على مشروعية التصرفات التي تتخذها الدولة المضيفة و المتعلقة بالتطبيق العادي لقوانينها حتى و إن أدى ذلك إلى حرمان المستثمر من أمواله و ممتلكاته دون تعويض مادام تصرف الدولة لا ينطوي على تمييز أو إنكار للعدالة أو إخلالاً بأحكام معاهدة دولية، كما أكد مجمع القانون الدولي و منظمة التعاون الاقتصادي و التنمية على حق الدولة المضيفة فيما تتخذه من إجراءات تشريعية و تنظيمية لاحقة حتى و إن كانت تمس بمصالح المستثمرين<sup>(3)</sup>.

1 - أحمد عبد الحميد عشوش: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، د سنة، ص 187.

2 - محمد طلعت الغنيمي: بعض الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي العام، دون دار نشر، طبعة 1974، ص 161.

3 - أحمد عبد الحميد عشوش: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية، مرجع سبق ذكره، ص 192.

أما الفقيه فاتوروس فيرى أن الضمانات و المزايا الواردة في تشريعات الاستثمار تنحصر أهميتها في تطبيقها مادامت قائمة، أما ما عدا ذلك فهي مجرد تعبير لجلب الاستثمار<sup>(1)</sup>.

و يرى الأستاذ عصام الدين بسيم أن التعهدات التي تلتزم بها الدول المضيفة في صيغة بيانات سياسية ليس لها في الواقع أية قيمة قانونية و لا يترتب على مخالفتها أو العدول عنها مسؤولية قانونية اتجاه من ارتبطت معهم من مستثمرين، و كل ما في الأمر أنها ستخلق جواً يسوده عدم الثقة و عدم الاطمئنان<sup>(2)</sup>.

و يتبين من خلال ما تقدم أن تعديل و إلغاء تشريعات الاستثمار لا يثير المسؤولية الدولية للدول المضيفة في حالة إلغائها و تعديلها لتشريعاتها السابقة حتى و إن أدى ذلك إلى المساس بحقوق و التزامات المستثمر طالما أن الموضوع لا يتعلق بتعهدات دولية، لأن التشريعات الداخلية لا يمكنها أن ترتب تعهدات دولية، و أن القوانين الداخلية للدول لا تشكل في ذاتها التزاماً دولياً على عاتق الدولة التي تصدرها، مما يستحيل معه القول بأن صدور التشريع اللاحق يخل بالتزامات يحميها القانون الدولي، فضلاً عن ذلك فإن تشريعات الاستثمار لا تخلق للمستثمرين الأجانب حقوقاً مكتسبة، إنما تضعهم في مركز تنظيمي يجعل افتراض العلم بالتعديل و التغيير أمراً وارداً و محتمل الوقوع، و أن التشريع جاء مخاطباً للمستثمرين بوصفهم أشخاص القانون الخاص، بينما إثارة المسؤولية الدولية تقتضي أن تتوجه إرادة الدولة الملزمة بما أصدرته من تشريعات في مواجهة أشخاص القانون الدولي قصد ترتيب التزام دولي، بينما قوانين الاستثمار التي تصدرها الدولة المضيفة لا يوجد فيها ما يفيد ذلك<sup>(3)</sup>، إلا أن ذلك لم يمنع جانب من الفقه القول بمسؤولية الدولة المضيفة عمّا ينتج من أضرار بسبب إلغاء و تعديل تشريعاتها الداخلية، مستنديين في ذلك إلى مبادئ قانونية يعتبرونها من قبيل المبادئ الدولية التي تثير المسؤولية الدولية للدولة عند تعديلها أو إلغائها لتشريعها و هذا ما سنتناوله في الفرع الثاني من خلال التطرق إلى فكرة الحقوق المكتسبة.

## ثانياً: فكرة الحقوق المكتسبة.

1 - أحمد عبد الحميد عشوش: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية، مرجع سبق ذكره، ص 193.

2 - عصام الدين بسيم: النظام القانوني للاستثمارات الخاصة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية القاهرة، بدون سنة طبع، ص 125.

3 - هشام خالد: الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مؤسسة شباب الجامعة الاسكندرية، 1988، ص 57-58.

لم يستقر الفقه على تعريف موحد لفكرة الحقوق المكتسبة، إلا أن ذلك لم يحل دون إعطاء تعاريف تتضمن معنى الحقوق المكتسبة، و لو أن مضمون هذه التعاريف جاء متأرجحاً بين الإطلاق و التقييد مما جعل نطاق مضمونها يتسع ليشمل الحقوق العينية و الشخصية عند أصحاب المفهوم الموسع، و يضيق عند أولئك الذين يحصرّون مفهوم الحقوق المكتسبة في الحقوق العينية أو في الحقوق الشخصية، لذلك جاءت التعاريف متباينة و إن كانت في مجملها لا تخرج عن الإطار الذي أشرنا إليه.

بالنسبة لذوي المفهوم الموسع يعرفون الحقوق المكتسبة بأنها: "الحقوق العينية و الشخصية التي استقرت و أصبحت ثابتة بطريقة صحيحة وفقاً للقانون الوطني للدولة و التي لها قيمة نقدية يمكن حسابها"<sup>(1)</sup>.

و حسب هذا التعريف فإن وصف الحقوق المكتسبة لا يقوم إلا إذا اكتسبت الحقوق بطريقة صحيحة و مشروعة وفقاً للقانون الوطني للدولة المضيفة، أما الحقوق التي يحصل عليها الأجنبي و لا تكون مبنية على أساس قانوني أو تكون غير مشروعة فلا يجوز المطالبة بها.

و كذلك يجب أن تكون الحقوق المكتسبة المطالب بها قد تجسدت في أرض الواقع و ليس مجرد وعد أو أمنية و إن يتواتر العمل بها دون مانع، و توحى هذه الصفات إلى أن الأساس القانوني الذي تستمد منه قاعدة الحقوق المكتسبة صفتها و مصدرها هو العرف الدولي.

كما يعرف الأستاذ محمد طلعت الغنيمي الحقوق المكتسبة بأنها: "الحق -عينياً كان أم شخصياً- الذي يضيفه القانون المحلي على الشخص معنوي أو طبيعي و الذي له قيمة مالية"<sup>(2)</sup>، و هذا التعريف كما يبدو في صياغته بأنه لا يختلف كثيراً عن التعاريف السابقة، ذلك أنه يقر بأن الحقوق المكتسبة قد يكون حقاً عينياً أو حقاً شخصياً و لو أن صاحبه قد أضفي عليه نوع من التقييد بإضافته الطابع النقدي عليه مستبعداً بذلك الحقوق الاجتماعية و السياسية، كما أن هذا

1 - علي حسين ملحم: دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في الدول النامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، بدون سنة، ص 35

2 - بن عامر تونسي: أساس المسؤولية الدولية في ضوء القانون الدولي المعاصر، منشورات دحلب، 1995، ص 197.

الحق لصيق بصفة الشخص، ذلك أنه لا يجوز لأي شخص المطالبة بالحقوق المكتسبة على أموال لا يثبت صفته عليها.

أما التعاريف التي تأخذ بالمفهوم الضيق لمدلول الحقوق المكتسبة فهي التعاريف التي تضيضي طابعاً عينياً محضاً على مفهوم الحق المكتسب أو طابعاً ذاتياً يتصل بالحقوق الشخصية كما يذهب إلى ذلك \*شارل روسو\* في تحديده لمضمون الحقوق المكتسبة بحصر نطاقها في دائرة الحقوق الشخصية<sup>(1)</sup>.

و فيما يتعلق بالأساس القانوني لفكرة الحقوق المكتسبة، يمكن القول أن هذا الأساس يتجاذبه موقفان:

• موقف يرى فيه أصحابه أن تقرير مبدأ الحقوق المكتسبة لا يعني تقييد حق الدولة المضيفة في إجراء التعديلات التشريعية التي تقتضيها الحياة الاقتصادية و الاجتماعية و القانونية لأن قانون الاستثمار الوطني لا يخلق للمخاطبين بأحكامه حقوقاً فردية بقدر ما يجعلهم في مركز تنظيمي يجوز تعديله بنفس الأداة القانونية التي أنشئت بها حقوق المستثمر، و عليه لا مجال للقول بفكرة الحقوق المكتسبة كأساس لإثارة المسؤولية الدولية<sup>(2)</sup>. بل هناك من ينكر وجود هذا المبدأ أصلاً في نطاق القانون الدولي كما يرى بذلك \*فريدمان\* S.Friedmann أن هذه الفكرة "بالغة الغموض في القانون الوطني لدرجة أن القانون الدولي لا يكسب شيئاً من اقتباسه للفكرة"<sup>(3)</sup>. و يضيف أنصار هذا الرأي أن الحقوق المكتسبة لا يمكنها أن تكون من مبادئ القانون الدولي لأن حق الملكية في ذاته ليس موضوع اعتراف من جميع الدول مما قد يؤدي إلى التشكيك بهذه الحقوق كمبدأ من مبادئ القانون الدولي، بل ينتهي الأستاذ محمد بجاوي في تقديره لهذا المبدأ أنه غامض و مبهم و مرتبط بالاعتبارات السياسية، و أن القول بخلاف ذلك يناقض تماماً مبدأ تقرير المصير و مبدأ السيادة الدائمة على

<sup>1</sup> -بن عامر تونسي: المرجع نفسه، ص 196

<sup>2</sup> - هشام خالد: الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مرجع سبق ذكره، ص 59.

<sup>3</sup> -بن عامر تونسي: أساس المسؤولية الدولية في ضوء القانون الدولي المعاصر، مرجع سبق ذكره، ص 196.

الثروات الطبيعية<sup>(1)</sup>، لذا فإن أنصار هذا الإتجاه يخلصون إلى عدم الاعتراف بالصفة الدولية للحقوق المكتسبة، و من ثم لا يمكنها أن تكون كأساس للتعويض عن الأضرار التي تصيب الأجانب من جراء تغيير الدولة المضيفة لتشريعاتها الداخلية و يعتبر الإتجاه الغالب.

● الاتجاه الثاني يذهب إلى اعتبار فكرة الحقوق المكتسبة من مبادئ القانون الدولي كما يقول في ذلك اللورد \*ماكناير\* : "إن مبدأ احترام الحقوق المكتسبة الخاصة المملوكة للأجانب هو مبدأ مسلم به و مستقر تماماً و يجد هذا الرأي تأييداً له في بعض أحكام التحكيم الدولي حيث جاء في بعضها (أن احترام الملكية الخاصة و الحقوق المكتسبة للأجانب يعتبر بغير منازع جزءاً من المبادئ العامة التي يعترف بها قانون الشعوب)<sup>(2)</sup>، و هو موقف سبق لمحكمة العدل الدولية الدائمة أن أقرته في حكمها الصادر في 1923/09/10 في قضية سيليزيا العليا.

و خلاصة القول أن أنصار هذا الاتجاه يقرون بمسؤولية الدولة المضيفة عن عدم احترامها للحقوق المكتسبة و عن إخلالها المترتب عن تعديل و إلغاء تشريعاتها<sup>(3)</sup>، و لو أن هناك من يميز بين الإلغاء و التعديل و يرى بأن الإلغاء وحده هو الذي يثير المسؤولية، كما يستشف ذلك من قول استاذ \*امدور\* "إن المساس أو عدم احترام الحقوق المكتسبة يقصد به كل إجراء يهدف بصورة مباشرة إلى إلغاء الحقوق الشخصية ذات الصبغة المالية كلياً أو جزئياً مؤقتاً أو بشكل دائم أو مستمر"<sup>(4)</sup>.

إن فكرة الحقوق المكتسبة لا تعدو أن تكون مجرد تكريس لإرادة الأقوياء على الضعفاء لأنها تتنافى و مبدأ المساواة في السيادة بين الدول، فمن غير المعقول أن تجبر الدول على الاعتراف بشيء لم ترض به و لم تكن يوماً طرفاً فيه لأن هذه القاعدة وجدت في ظروف تاريخية معينة و يفترض زوالها بزوال تلك الظروف.

1 - بن عامر تونسي: أساس المسؤولية الدولية في ضوء القانون الدولي المعاصر، مرجع سبق ذكره، ص 205-208.

2 - بن عامر تونسي: المرجع نفسه، ص199.

3 - أحمد أبو الوفاء محمد: الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 542.

4 - لقد ورد ذلك في القرار التحكيمي الصادر بشأن قضية Goldenberg et fils c/Etat Allemande ، أنظر بن عامر تونسي أساس المسؤولية الدولية في ضوء القانون الدولي المعاصر، مرجع سبق ذكره، ص199.

## الفرع الرابع: مدى عمل المشرع الجزائري بالمبدأ الاستقرار التشريعي

على غرار القوانين السابقة لأمر 03-01 المعدل بالأمر 08-06 و المتعلقة بقوانين تطوير و ترقية الاستثمار جاء الأمر الأخير بعدة ضمانات للمستثمرين تحد من مبدأ شرط الاستقرار التشريعي و عدم تعديل و فسخ عقد الاستثمار و أهم الضمانات التي جاء بها:

### أولاً: ضمان حرية الاستثمار

لقد جاء الأمر رقم 03-01 ، و كذا الأمر رقم 08-06 الذي يعدّله و يتمّمه بتعديلات كبيرة فيما يخص الاستثمار بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين الأجانب أو الوطنيين. فهو ينص صراحة على مبدأ حرية الاستثمار. إذ تنص المادة 3 من الأمر رقم 08-06 المعدلة للمادة 4 من الأمر رقم 03-01 : " تنجز الاستثمارات في حرية تامة مع مراعاة التشريع و التنظيمات المتعلقة بالأنشطة المقتنة و حماية البيئة.

و تستفيد هذه الاستثمارات بقوة القانون من الحماية و الضمانات المنصوص عليها في القوانين و التنظيمات المعمول بها". و يقول الأستاذ يوسف محمد<sup>(1)</sup> أن صياغة أحكام الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 2001.08.20<sup>2</sup> جاءت عامة فيما يخص مسألة حرية الاستثمار، مما يفيد إحتوائه للاستثمار الوطني العمومي و الخاص ( الوطني و الأجنبي ) على حد سواء. و الاستثمارات كما تم تحديد أطرها في المادة الأولى، هي الاستثمارات الوطنية و الأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع و الخدمات و كذا الاستثمارات التي تنجز في إطار منح الإمتياز و/ أو الرخصة.

غير أن المشرع الجزائري في المادة 4 من الأمر رقم 03-01 ، المعدلة بالمادة 3 من الأمر رقم 08-06، ينص صراحة أنه تنجز الاستثمارات في حرية تامة مع مراعاة التشريع و

<sup>1</sup> - يوسف محمد: مضمون أحكام الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار المؤرخ في 20 أوت 2001 و مدى قدرته على تشجيع الاستثمارات الوطنية و الأجنبية . مجلة إدارة . المجلد 12 . العدد 23 سنة 2002 . ص23

<sup>2</sup> - أمر رقم 03-01 مؤرخ في 20 أوت سنة 2001 يتعلق بتطوير الاستثمار . ج . ر عدد 47 مؤرخ في 22 أوت سنة 2001 معدل و متمم بالأمر رقم 08-06 المؤرخ في 15 جويلية سنة 2006 . ج . ر عدد 47 مؤرخ في 19 جويلية سنة 2006.

التنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقتننة و حماية البيئة، دون أن يُضمّن هذا النص تعريفاً للمقصود بالنشاطات المقتننة.

و لأجل هذا يتوجب الرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 40-97<sup>(1)</sup> الذي تنص المادة 2 منه أنه يعتبر كمنشأ أو مهنة مقتننة كل نشاط أو مهنة يخضعان للقيود في السجل التجاري و يستوجبان بطبيعتهما و بمحتواهما و بمضمونهما و بالوسائل الموضوعية حيز التنفيذ توفر شروط خاصة للسماح بممارسة كل منهما. فالسماح بممارسة النشاطات و المهن المقتننة، مرتبط بمدى مساسها لبعض المصالح التي جاءت على سبيل الحصر في نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 40-97 المشار إليه أعلاه<sup>2</sup>، حيث لا يجب أن تمس النشاطات و المهن بـ :

- النظام العام

- أمن الممتلكات و الأشخاص

- الصحة العمومية

- الخلق و الآداب

- حقوق الخواص و مصالحهم المشروعة

- الثروات الطبيعية و الممتلكات العمومية التي تكوّن الثروة الوطنية

- البيئة و المناطق و المواقع المحمية و الإطار المعيشي للسكان

- الاقتصاد الوطني.

و يرى الأستاذ يوسف محمد أن نص المادة 4 من الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 20.08.2001 ، يقلص من مجال الحرية الممنوحة للمستثمر الأجنبي و بالتالي فإنه جاء محتويًا لفكرتين متناقضتين، الأولى تتمثل في إقرار المشرع الصريح لمبدأ حرية المستثمر في

<sup>1</sup> مرسوم تنفيذي رقم 40-97 مؤرخ في 18.01.1997 يتعلق بمعايير تحديد و تأطير النشاطات و المهن المقتننة الخاضعة للقيود في السجل التجاري . ج.ر عدد 5 مؤرخ في 19.01.1997 .

<sup>2</sup> مرسوم تنفيذي رقم 40-97 مؤرخ في 18.01.1997 ، مرجع سابق.

مباشرة النشاطات الاقتصادية. والثانية إلزامية تقيد أحكام التنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة

1

إلا أن المسألة لا يمكن إعتبارها كذلك، نظرا لأن حرية الاستثمار لا تعني حرية القيام بأي شيء، و على حساب كل شيء. كما أن التقيد بالقوانين و التنظيمات لا يعني البتة نفي مبدأ حرية الاستثمار، التي يجب أن تمارس ضمن نطاق القانون، لكي لا تتحول إلى فوضى.

و ما تجدر الإشارة إليه، أن الأمر المتعلق بتطوير الاستثمار قد قلب الموازين رأسا على عقب، و ذلك بإقراره مبدأ حرية الاستثمار للأجانب و بالتالي، تدخل هؤلاء للاستثمار في العديد من فروع الاقتصاد الوطني، دون إقتصار ذلك على المساهمة في شركة مختلطة الاقتصاد، يحوز فيها الطرف الأجنبي نسبة لا يجب أن تزيد عن 49 % من مجموع الرأسمال<sup>2</sup>.

### ثانيا: ضمان عدم التمييز في المعاملة بين المستثمر الوطني و الأجنبي

و هذا ما كرسته المادة 14 من الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، المعدل و المتمم، حيث نصت على ما يلي:

"يعامل الأشخاص الطبيعيون و المعنويون الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيون و المعنويون و الجزائريون في مجال الحقوق و الواجبات ذات الصلة بالاستثمار .

و يعامل جميع الأشخاص الطبيعيين و المعنويين الأجانب نفس للمعاملة مع مراعاة أحكام الاتفاقيات التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع دولهم الأصلية."

<sup>1</sup> يوسف محمد: مضمون أحكام الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار المؤرخ في 20 أوت 2001 و مدى قدرته على تشجيع الاستثمارات الوطنية و الأجنبية . مجلة إدارة . المجلد 12 . العدد 23 سنة 2002 . ص 27 .

<sup>2</sup> أنظر، على سبيل المقارنة نص المادة 22 من القانون رقم 82-13 المؤرخ في 28 أوت 1982 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد و سيرها و نص المادة الأولى و المادة 2 من الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، المعدل و المتمم.

### ثالثاً: ضمان استقرار القانون المعمول به:

و قد نصت المادة 15 من الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، المعدل و المتمم بنفس الصياغة التي كانت عليهم المادة 39 من المرسوم 12-93 و لم يعدل الأمر 08-06 هذا المبدأ ما عدا المادة 17 منه التي نصت على أنه تطبق المزايا المنصوص عليها في المواد 11-09 المعدلة من الأمر 03-01 على الاستثمارات التي أنجزت قبل نشر هذا الأمر تبقى خاضعة للقانون الذي أنجزت في إطاره.

و تجدر الإشارة أنه و حسب هذا الاستقرار فإن المستثمر الأجنبي يستفيد من نصوص قانونية ملغاة إذا كانت نافعة له بشرط أن يكون استثماره قد أنجز في ظل القانون الملغى.

### رابعاً: حماية الملكية<sup>(1)</sup>

تنص المادة 52 من الدستور أن الملكية الخاصة مضمونة، و تأسيساً على هذا فإن إجراء نزع الملكة من أجل المنفعة العامة و التأميم و الإستلاء يخضعون لإجراءات جد صارمة و لهذا يجب إعطاء تعريف لكل واحد من هذه الإجراءات.

1- التعريف بمفهوم نزع الملكية: يقصد به حرمان ملك عقار من ملكه جبراً للمنفعة العاملة نظير تعويض و يتم نزع الملكية بموجب قرار انفرادي تتوقف صحته على توفر المصلحة العامة في عملية تحويل الملكية لفائدة الإدارة و كذا دفع تعويض مسبق لصاحب الشأن قبل نقل الملكية و يكون القرار قابلاً لمراقبة القاضي الإداري عن طريق دعوى الإلغاء<sup>(2)</sup>.

2- تعريف التأميم: و يقصد به تحويل مشروع خاص على قدر من الأهمية إلى مشروع عام يدار عن طريق المؤسسات العامة أو في شكل شركة تملك الدولة كل أسهمها<sup>(3)</sup>. و لا يمكن اللجوء إلى هذا الإجراء إلا في الحالة التي تستلزم فيه المصلحة

<sup>1</sup> - صغير لامية: الاستثمار الأجنبي في الجزائر، المرجع نفسه، ص 40.

<sup>2</sup> - سليمان محمد الطماوي: الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، طبعة 1984، ص 649.

<sup>3</sup> - ادريس مهنان: تطور نظام الاستثمارات في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، جامعة الجزائر، سنة 2001، ص 33.

العامة، و لا يكون إلا بموجب نص تشريعي، و يترتب عليه الحكم بتعويض عادل يحدد من قبل الخبراء خلال 09 أشهر كما يمكن تحويل التعويض إلى الخارج<sup>(1)</sup>.

و لكن بعد صدور المرسوم 93-12 استعمل مصطلح التسخير بدل التأميم.

و يرى الأستاذ كمال عليوش<sup>(2)</sup> أن المشرع لم ينص على التأميم في هذا المرسوم إلا من أجل ألا ينزعج الأجانب، و يبدو أن التسخير هو بمثابة نزع الملكية أي التأميم، أما في الأمر 01-03 فإن المادة 16 منه نصت على أنه لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به و يترتب عنها تعويض عادل و منصف.

و لم يتناول الأمر 06-08 هذه المادة بالتعديل محافظاً بذلك على نفس الضمان.

و الملاحظ أن المشرع قصد بالمصادرة الإدارية إجراء الاستيلاء الذي تم تنظيمه بموجب القانون 88-14 المعدل و المتمم للقانون المدني، و يتعلق بأموال و خدمات يتم الحصول عليها لضمان حسن سير المرافق العمومية باتفاق رضائي مقابل تعويض، و إذا لم يتم الاتفاق على مبلغ التعويض يتم تحديده من قبل القاضي.

و يكون بموجب قرار إداري مثل إجراء نزع الملكية، و لكنه مؤقت و لا يمس ملكية الأراضي و المنشآت، إنما يقع على المنتوجات و الخدمات التي تقدمها الشركة الخاصة، كما يمكن أن ينصب على المنشآت قصد الاستعمال فقط.

<sup>1</sup> - لامية صغير: الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مرجع سبق ذكره ، ص 41.

<sup>2</sup> - عليوش كمال قربوع: قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر 1996، ص 65.

## المبحث الثاني:

### تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في ظل العقود غير المضمنة شرط التحكيم

إن المشكل الحقيقي الذي يواجهه المستثمر الأجنبي، لا يمكن فقط في ضرورة التعرف على حقوقه و التزاماته، بل أيضا في اختيار الوسيلة المناسبة لحل النزاع الذي قد ينشب بينه و بين الدولة المضيفة<sup>(1)</sup>.

جاء في مقدمة اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى:

"إن الدول المتعاقدة: ..... و إذ تأخذ في الاعتبار أن المنازعات يمكن أن تنشأ في أي وقت بشأن مثل هذه الاستثمارات بين الدول المتعاقدة و رعايا الدول المتعاقدة الأخرى.

و إذ تعترف بأنه إذا كانت هذه المنازعات يجب كقاعدة عامة أن تطرح على القضاء الداخلي، فإن الالتجاء إلى طرق التسوية الدولية في شأن هذه المنازعات يمكن أن يكون مناسباً في بعض الأحيان"

و من هنا يمكننا أن نستخلص بما لا يجعلنا نشك أبدا في أن الأصل هو إختصاص القضاء الداخلي في الفصل بين النزاعات التي قد تثور بشأن الاستثمارات الأجنبية، و هذا ما أكدته المادة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الجديد بقولها: "يجوز لكل شخص يدعي حقا رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته..."

و بهذا يكون المشرع الجزائري أعطى الاختصاص الأصيل للقضاء الداخلي لكنه أقر في نفس الوقت بإمكانية حل النزاعات التي تثور بمناسبة الاستثمار الأجنبي بالوسائل الدولية كالتوفيق و التحكيم و هذا طبقا لما ورد في مقدمة الاتفاقية المتعلقة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى.

كما نص كذلك قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على وسائل بديلة لحل المنازعات و هي الوساطة و الصلح و هو ما سنتطرق إليه لاحقا في المطلب الثاني.

<sup>1</sup> - عصام الدين بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في الدول الآخذة في طريق النمو، دار النهضة العربية القاهرة 1976 ، ص16.

و سنحاول في البداية الإحاطة بموضوع اختصاص القضاء الداخلي في الفصل في منازعات الاستثمار الأجنبي و ما يثار في ذلك من إشكاليات، و بعدها نتطرق إلى تطبيق ذلك في القانون الجزائري في غياب النص في اتفاقية الاستثمار الأجنبي على اللجوء إلى التحكيم، حيث نتاول مسألة التسوية الداخلية في مطلب أول و نتطرق بعدها إلى الوسائل البديلة التي نص عليها التشريع الوطني و الدولي لحل هذه المنازعات و ذلك في مطلب ثاني.

## المطلب الأول:

### التسوية الداخلية لمنازعات الاستثمار

يقصد بها تسوية منازعات الاستثمار التي قد تنشأ بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي من خلال اتباع إجراءات التقاضي الداخلية؛ أي عرض النزاع على المحاكم الوطنية للدولة المضيفة، حيث تعتبر هذه الوسيلة من أهم الوسائل القضائية المتاحة للمستثمر الأجنبي لحل نزاعاته مع الدولة المضيفة، و التي نصت عليها أغلب تشريعات و قوانين الاستثمار، و حتى بعض الإتفاقيات الثنائية المبرمة في مجال تشجيع الإستثمارات<sup>(1)</sup>.

و هي أيضا الأسلوب المفضل لدى الدول المضيفة بإعتبار أن هذا الإجراء تفرضه السيادة الوطنية، بينما يخشى المستثمر الأجنبي اتباعه اعتقادا منه بأن القضاء المحلي سينصف الدولة بدلاً عنه<sup>(2)</sup> لأنه في هذه الحالة فإن الدولة المضيفة تتوافر على صفتين معاً في آن واحد فهي الخصم و الحكم.

و لهذا سنحاول في هذا المطلب أن نتطرق إلى الدوافع التي تجعل الدولة تحبذ اللجوء إلى القضاء المحلي أي بمعنى آخر الدور الذي يلعبه القضاء الوطني في تسوية منازعات الاستثمار كفرع أول من جهة، و من جهة أخرى سنعرض أيضاً إلى الأسباب التي تجعل المستثمر الأجنبي يحاول قدر الإمكان أن يبتعد عن هذه الوسيلة أو بمعنى إلى الصعوبات التي تثيرها التسوية الداخلية كفرع ثاني.

<sup>1</sup> - المادة 08 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية بشأن تشجيع الاستثمار نصت على هذه الوسيلة "... إذا لم تكن تسوية الخلافات بتراضي الطرفين ممكنة في مدى 06 أشهر من تاريخ رفعه من أحد الطرفين في النزاع فإنه يمكن أن يرفع بطلب من المواطن أو الشركة إلى الهيئة القضائية المختصة للمتعاقد المعني بالنزاع ..."

<sup>2</sup> - ابراهيم شحاتة : نبذة عامة عن التحكيم في مجال التجارة الدولية و الاستثمار الدولي مع اهتمام خاص بالتحكيم عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مقال منشور في مجلة مصر المعاصرة لسنة 1989 العدد 415 ص 80.

## الفرع الأول: خصائص القضاء الوطني و دوره في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

إن إخضاع منازعات الاستثمار الأجنبي إلى القضاء الداخلي كمبدأ عام قبل سلوك أي طريق آخر ، سواء كان داخلياً أو دولياً يعتبر موقفاً مشتركاً لدى معظم الدول النامية حيث يتضح ذلك جلياً في قوانينها الوطنية المتعلقة بالاستثمار على وجه الخصوص أو في بعض الإتفاقيات التي تبرمها دائماً في مجال الاستثمار، هذا التمسك من طرف الدول النامية بضرورة عرض النزاع على القضاء المحلي راجع إلى اعتبارات السيادة الوطنية بما فيها سيادتها على مواردها الطبيعية، التي تمنح لها سلطة اختصاص قضاؤها الوطني بحل كل نزاع ينشئ بينها وبين المستثمر الأجنبي من جهة، و من جهة أخرى استناداً لقاعدة دولية المعروفة وهي ضرورة اسنفاد المستثمر الأجنبي للوسائل التي يتيحها القانون الداخلي لفض منازعات الاستثمار و هو ما يطلق عليه قاعدة استنفاد إجراءات التقاضي الداخلية، و هذا ما سنتناوله لاحقاً.

### أولاً: القضاء مظهر من مظاهر سلطة الدولة و سيادتها

إن القضاء من أهم المرافق و أخطرها في كيان الدولة، لذلك أحاطته أغلب الشرائع و الدساتير بهالة من تقدير و إجلال فهو مهمة مقدسة عن جميع الأمم و في هذا الصدد يقول الفيلسوف الفرنسي فولتار Voltar : "إن أعظم وظيفة يتقلدها الإنسان هي وظيفة القاضي"<sup>(1)</sup>، لذلك تشعر الدول بأهمية القضاء و دوره في الحفاظ على الأمن و السلم، فمن أهم واجبات الدولة قديماً و حديثاً إقامة العدل بين الناس، و الفصل في هذه المنازعات التي تنشئ بينهم حيث لها وحدها الحق في فرض العدالة، لكن لا يمكن لها أن تطلع بهذه المهمة إلا إذا أحسنت تنظيم جهازها القضائي، و التقاضي أمام المحاكم التي تقيمها الدول و تختار قضاتها و تضع القوانين التي تطبقها و هو الطريق العادي لفض المنازعات التي تقع في المعاملات المدنية و التجارية على حد سواء، من أجل ذلك تضع الدولة قواعد منظمة للقضاء و تمنحه من الضمانات و الحصانات ما يكفل القيام بهذه المهمة، و تعطي للجميع دون تمييز بين المواطنين و الأجانب حق اللجوء إليه فهذا الحق من الحقوق المقدسة التي تتعلق بالنظام العام<sup>(2)</sup>.

1 - محمد شهير أرسلان: القضاء و القضاة دراسة علمية أدبية، دار الارشاد بيروت، الطبعة 1 سنة 1996 ص 08

2 - ناريمان عبد القادر: اتفاق التحكيم ، دراسة مقارنة ، ط 1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1996م، ص 12

ففي المجتمعات القديمة لم يكن الأجنبي يتمتع بهذا الحق لأن المحاكم الوطنية وُجِدَتْ لتوفير العدالة بين المواطنين دون الأجانب على إقليمها، لكن هذه النظرة تغيرت و تغير معها مركز الأجنبي فأصبحت وظيفة القضاء سلطة من سلطات الدولة تتولاها وحدها دون غيرها، و لما كان القضاء يباشر سلطة خطيرة فإن ولايته كانت من أهم مظاهر سيادة الدولة على رعاياها و على إقليمها بإعتباره إحدى الوظائف الثلاث التي تقوم بها الدولة.

و لذلك فإن من المنطق أن تصر الدول على إخضاع جميع الأموال و الأشخاص الموجودين على إقليمها لمحاكمها و لقوانينها سواء كانوا وطنين أم أجانب كتعبير منها على هذه السيادة، فلا يعقل أن ينظر في نزاع نشب في داخل الدولة بين أشخاص مقيمين فيها قضاء أجنبي غير قضائها لأن هذا انتقاص من سيادتها، هذا إذا كان أطراف النزاع أشخاص طبيعيين يقيمون على إقليمها فكيف الحال لو كانت هي نفسها طرفاً في النزاع، كما هو الحال في منازعات الإستثمار التي تنشب بينها و بين المستثمر الأجنبي بسبب إجراء تتخذه هي أو بسبب تنفيذ أو تفسير عقد الاستثمار الذي جمعهما، فعلى أساس السيادة و الإستقلال إذن تركز الدولة المضيفة للاستثمار في طلبها المتمثل في ضرورة إخضاع منازعات الاستثمار لقضائها الداخلي حتى و لو كان ذلك من أسباب تقليص حجم تدفق رؤوس الأموال إليها، و هذا ما نلححه في مختلف قوانين الاستثمار للدول المضيفة، و على سبيل المثال لقد جاء في الأمر المتعلق بتطوير الاستثمار الصادر بتاريخ 20 أوت 2001<sup>(1)</sup>، و في نص المادة 17 منه التي جاءت ضمن عناوين الضمانات بأنه: "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية، يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده للجهات القضائية المختصة إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند التسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناءً على تحكيم خاص".

إذن فالمبدأ هو اختصاص المحاكم الجزائرية بالفصل في النزاع، إلا إذا وجدت اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف تتعلق بالصلح و التحكيم أو اتفاق خاص ينص على شرط التحكيم او يسمح للأطراف باللجوء إلى تحكيم خاص، و هذا النص يقابله مضمون المادة 41 من التشريع

<sup>1</sup> - الأمر رقم 03/01 المؤرخ في أول جمادى الثاني عام 1422هـ الموافق لـ 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، الجريدة الرسمية رقم 47 لسنة 2001.

القديم الصادر في 05 أكتوبر 1993<sup>(1)</sup>، لكن هناك ملاحظة هامة تجدر الإشارة إليها تتعلق بعبارة المحاكم المختصة، يُستنتجُ منها أنه يقصد بها المحاكم الجزائرية أو القضاء الجزائري بصفة عامة، لكن هناك فقهاء جزائريون يرون بأنه لا شئ يمنع بأن يكون اصطلاح المحاكم الخاصة هو نفس اصطلاح محاكم أجنبية محددة في عقد الاستثمار المبرم بين الدولة الجزائرية و المستثمر الأجنبي<sup>(2)</sup>.

و لم تكفي الجزائر بالنص على هذا المبدأ في التشريع المتعلق بالاستثمار فحسب، بل حاولت تكريسه أيضاً في الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها مع بعض الدول في إطار الحماية و الترقية المتبادلة للاستثمار، فأغلب الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع الدول الأوروبية نصت على امكانية خضوع منازعات الاستثمار للمحاكم الوطنية، حيث تضمن الاتفاق الايطالي الجزائري الموقع في الجزائر بتاريخ 18 ماي 1991<sup>(3)</sup> في مادته الثامنة الفقرة الثانية، على هذا المبدأ عندما نصت على أنه: "إذا لم يسو الخلاف بتراضي الطرفين يرفع النزاع إلى جهات التقاضي المختصة في الدولة التي يتم الاستثمار على إقليمها"، و هذا يعني بأن القضاء الوطني و ضمان للمستثمر الأجنبي رغم تخوفه من المحاكم الوطنية.

قد يدل هذا على أن التخوف المزعوم غير مؤسس، و قد يفسر ذلك بأن النزاعات التي ستخضع إلى الهيئة الوطنية هي النزاعات التي لا تكون لها أهمية كبيرة بالنسبة للمستثمر الأجنبي، و قد يفسر اللجوء إلى المحاكم الوطنية بأن ذلك يبقى مجرد إمكانية لأن هناك اختيار بين الهيئة القضائية الوطنية و الهيئة التحكيمية<sup>(4)</sup>.

إن النص على اختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات الناشئة أو التي يمكن أن تنشأ بمناسبة تنفيذ الاستثمارات الأجنبية في الدول المضيفة، لم تقتصر فقط على الأنظمة القانونية

1 - و هو القانون رقم 93-12 .

2 - أمال يوسف: الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر في ظل التشريعات الحالية، بحث لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق بن عكنون 1998/ 1999 ص 92 .

3 - المرسوم الرئاسي رقم 91-346 المؤرخ في 05/10/1991 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الإيطالية حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع بالجزائر في 18 ماي 1991، ج ر 46 الموافق لـ 6 أكتوبر 1991

4 - عليوش كمال قربوع: قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر 1996، ص119.

الداخلية، فهناك بعض الصيغ الدولية ذات الطابع العالمي أو الإقليمي التي أكدت هي الأخرى على ذلك.

حيث منحت الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الـ 29 بموجب القرار رقم 29/3281 الخاص بميثاق الحقوق و الالتزامات للدول الأعضاء، اختصاصا واسعا لمحاكمها الوطنية في كل ما يتعلق بمنازعات الاستثمار و ذلك ما لم تقرر الدول المعنية بكامل إرادتها البحث عن وسائل أخرى سلمية لحل هذه المنازعات، تقوم على أساس المساواة في السيادة بين الدول و تتوافق مع مبدأ الاختيار الحر للوسائل<sup>(1)</sup>.

كما نص تقنين الاستثمار الأجنبي الذي وافقت عليه دول كارتاجينا<sup>(2)</sup> في مادته الـ 51 على أنه: "في مجال اتفاقات الاستثمار أو نقل التقنية لن يكون هناك شروطا من شأنها استبعاد المنازعات أو الخلافات المحتملة من الاختصاص القضائي للدولة المضيفة".

حقيقة أن هذه الأنظمة القانونية الداخلية و تلك الصيغة الدولية، لم تفعل سوى أنها قررت واقعاً موجوداً يتمثل في تمتع الدولة بمظلة اختصاصها القضائي الوطني، فيما يتعلق بالمنازعات المتصلة بسيادتها حتى لو لم ينص صراحة على ذلك في التشريع الداخلي.

لا شك أن إخضاع الأموال و الأشخاص إلى القضاء الوطني سواء كانوا وطنيين أو أجانب يعد أمراً طبيعياً، لأنهم يتمتعون بحماية الدولة المتواجدون على إقليمها هذا من جهة، و جهة أخرى فإنّ البلدان النامية ترى بأن سيادتها على مواردها الطبيعية تخول لقضائها سلطة النظر في نزاع يتعلق بالاستثمار الأجنبي، انطلاقاً من مكانة و حجم الثروات الطبيعية في التجارة الدولية حيث يعتبر مبدأ السيادة على الثروات الطبيعية مبدأً أصيغ في إطار منظمة الأمم المتحدة<sup>(3)</sup>.

فقد كانت الثروات الطبيعية للبلدان النامية و إلى وقت قريب تحت تصرف الشركات الأجنبية، من خلال عقود الإمتياز البترولية باعتبار أن البترول من أكثر ثروات البلدان النامية

<sup>1</sup> - عصام الدين القصيبي، خصوصيات التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، المرجع السابق ص 98.

<sup>2</sup> - كارتاجينا هي مدينة كولومبية تم التوقيع فيها على هذا الميثاق من جانب غالبية الدول و يعرف أيضاً بتقنين أندين

<sup>3</sup> - الأمين شريط: حق السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1985 ص 9 .

أهمية، حيث أدى تدويل عقود الامتياز البترولية إلى تجسيد سلطة الدولة التشريعية و استبعاد خضوعها للقانون و القضاء الوطنيين و يتم ذلك بشكل صريح أو ضمني<sup>(1)</sup>.

و كنتيجة منطقية لتجميد سلطة الدولة فقد استبعد خضوع العقد للقانون و القضاء الوطنيين عند حل النزاع الذي قد يثور بشأن تفسيره أو تنفيذه، إما باللجوء إلى نصوص صريحة تحدد القانون الواجب التطبيق، أو عن طريق التحكيم.

و من ذلك مثلا نص المادة 22 من عقد الامتياز الذي منحه إيران سنة 1933 إلى الشركة الانجليزية الفرنسية الفارسية للبترول، التي حددت القانون الواجب التطبيق عند حل الخلافات بين الطرفين باللجوء إلى القانون الدولي، و نصت المادة 21 من العقد المبرم سنة 1958 بين تونس و الشركة الفرنسية للنقل بالأنابيب في الصحراء، التي أعطت للمحاكم الحرية في اختيار القاعدة القانونية المناسبة لحل النزاع بالاعتماد على القانون الدولي<sup>(2)</sup>.

فمجرد سحب الخلافات التي تنشأ بسبب عقود الإمتياز من ولاية القضاء الوطني يعد في حد ذاته إهداراً لسيادة الدولة في أحد المجالات الأساسية لها.

و على هذا الأساس يمكن تفسير النظرة المشوبة بالاحذر التي تنظر بها الدول النامية إلى التحكيم لأنها تعتره صورة جديدة من هذا الاستعمار فقد دفع هذا الإحساس بالبعوض إلى القول بأن التحكيم في المجال القضائي يماثل الإعفاء الضريبي في المجال الاقتصادي، فكلاهما إنما يستبعد الممارسة الطبيعية لسيادة الدولة، ومن ثم فإنهما يعتبران من أدوات السيطرة الأجنبية<sup>(3)</sup>، و قد دعت الدول النامية من منطلق سيادتها على ثرواتها الطبيعية و مسؤوليتها على مقدرات شعوبها، إلى ضرورة إيجاد نظام دولي جديد يقوم على أساس الاعتراف لها بوطنية الوسائل الفنية و القانونية الخاصة بتنظيم قبول الرأسمال الأجنبي و توظيفه، و تسوية المنازعات التي قد تنشأ بين هذه الدول و المشروعات الأجنبية الخاصة في هذا الصدد<sup>(4)</sup>، من خلال اسهامها في

1 - المرجع نفسه ص 67.

2 - الأمين شريط: حق السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، مرجع سبق ذكره ص 70

3 - عصام الدين القصبي، خصوصيات التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره ص 13.

4 - المرجع نفسه ص 14.

صياغة مبادئ النظام الاقتصادي الدولي الجديد الذي طالبت فيه، بإعادة تحقيق العدل و الإنصاف للنظام القانوني الذي يحكم العلاقات الاقتصادية الدولية عموماً.

إذن من هذا المنطلق تبرر الدول النامية، موقفها في ضرورة عقد الاختصاص للقضاء الوطني للدولة المضيفة لحل منازعات الاستثمار الأجنبي، فإذا كانت إقامة العدل بين الناس هي وظيفة حيوية من وظائف الدولة باعتبارها ضرورية لضمان السلام الاجتماعي، فإن تحقيق هذه الوظيفة يمكن أن يتم عن طريق القضاء النظامي الذي تقيمه الدولة، كما يمكن أن يتم عن طريق القضاء الاتفاقي الذي بمثابة التحكيم، بهذا الرأي يرد المستثمرون الأجانب على تمسك الدول النامية بضرورة عرض النزاع على القضاء المحلي، خاصة و أن كلاهما -أي القضاء و التحكيم- يؤديان نفس الوظيفة و هي تسوية الخلافات بين الأطراف على أساس من القانون<sup>(1)</sup>.

لكن بالرغم من ذلك فإن القضاء وظيفة لا يصح تركها للأفراد، و إلاً سادت الفوضى و هيمن القوي على الضعيف، فإذا كانت الدولة قد تركت للأفراد حرية تحريك الدعوى فليس معنى هذا أن القضاء يؤدي أولاً لمصالح الأفراد، بل إنه في الحقيقة يؤدي لتحقيق مصلحة عامة و هي إقرار النظام و السكينة في إقليم الدولة، و التحكيم إذا كان ضرورياً يجب أن يظل له طابع الإستثناء و يجب أن تهيمن الدولة على تنظيمه خاصة في الدول النامية.

و في حالة عرض النزاع على المحاكمة الوطنية للدولة المضيفة، يطرح القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة ماذا يجب على القاضي الوطني أن يطبق؛ هل يطبق قانون بلده، أم يطبق قانون المستثمر الأجنبي، أم قانون آخر يتفق عليه الأطراف؟

و لكن انطلاقاً من الهدف الأساسي الذي تسعى الدول النامية إليه من وراء عرض منازعات الاستثمار الأجنبي على محاكمها الداخلية فإنه يفهم بأن القاضي سوف يطبق قانونه الوطني بصرف النظر على جنسية الطرف الأجنبي، سواء تعلق الأمر بالقانون الإجرائي أو القانون الذي يحكم موضوع النزاع.

<sup>1</sup> -مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، 1995 ص 12

## ثانياً: قاعدة استنفاد إجراءات التقاضي الداخلية

إن مبدأ أو قاعدة استنفاد إجراءات التقاضي الداخلية الوارد تشريعات الاستثمار، أو الإتفاقيات الثنائية أو متعددة الأطراف مبدأ عام استقر عليه غالبية الفقهاء و أيدته أحكام قضائية كثيرة<sup>(1)</sup> فالضرر الذي نعنيه و لا يمكنه أن يكون موضوع ادعاء دولي، إلا إذا تحققت بعض الشروط من بينها أن يكون قد استنفذ بدون نتيجة كل الطرق القانونية المحلية التي يمكن الالتجاء إليها، و هذا مبدأ أساسي بالنسبة للقضاء الدولي، كما يعتبر أحد شروط ممارسة دعوى الحماية الدبلوماسية فالقانون الدولي و أمام استحالة ظهور الفرد بصفته الشخصية أمام المحاكم الدولية، و عدم قدرته على مقاضاة الدولة أمامها يعترف لدولته بحقها في احتضان دعوى الفرد الذي ينتمي إليها، و المستثمرون الأجانب هم أكثر الفئات حاجة لأن يستظلوا بمظلة الحماية الدبلوماسية التي تقدمها دولهم<sup>(2)</sup>.

فالتحكيم بين شخص من أشخاص القانون الخاص و الدولة يصعب جداً بل يستحيل إدخاله في القانون الدولي الذي ليس فيه مكانة لأشخاص القانون الخاص، لذا وجدت الحماية الدبلوماسية للمستثمر الأجنبي للتغلب على هذه العقبة<sup>(3)</sup>.

و لكن قبل ممارسة الحق في التدخل دبلوماسياً لحماية شخص أو أموال الرعايا التي تكون في دولة أجنبية، يجب توفر ثلاثة شروط أهمها أن يكون الفرد المتضرر قد استنفذ في سبيل الحصول على حقه طرق الرجوع الداخلية الممكنة في الدولة المسؤولة عن الضرر، و هذا المبدأ لا يحتاج إلى وجوب النص عليه و لا ضرورة اتفاق الأطراف على العمل به بل هو شرط مقرر في القواعد العرفية و الموثيق الدولية.

و ترتبط هذه القاعدة ارتباطاً وثيقاً بمبدأ سيادة الدولة و استقلالها، الذي يعطي لها الحق في أن تنظر محاكمها الوطنية في المنازعات التي تحدث على إقليمها ، على أساس أن وظيفة الدولة هي تحقيق السلم و الأمن و العدالة، و هذا لا يتأتى إلا عن طريق محاكمها أو سلطتها

1 - مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره ص 12.

2 - عبد الحميد الأحذب: التحكيم أحكامه و مصادره، الجزء الأول ، مؤسسة نوفل بيروت 2000 ص 334.

3 - الحميد الأحذب: التحكيم أحكامه و مصادره، الجزء الثالث ، مؤسسة نوفل بيروت 2000 ص 338.

القضائية، فمن غير العادل أن لا تعطى للدولة المضيفة فرصة نظر النزاع قبل اللجوء إلى الوسائل الدولية، فربما تم حل هذا النزاع دون الحاجة إلى هذه الوسائل الدولية، هذا من جهة و من جهة أخرى تساهم هذه القاعدة أيضا في المحافظة على العلاقات الودية بين الدول و الابتعاد عن إثارة المنازعات الدولية فإعطاء الدولة فرصة إصلاح الضرر الذي تسببت فيه بوسائلها الخاصة يحول دون قيام المنازعات الدولية.

إن مراعاة شرط استنفاد إجراءات التقاضي الداخلية ضرورة عملية لا يمكن تجاوزها، فهي تؤدي إلى تحقيق المساواة بين جميع الأشخاص المقيمين في الدولة دون تمييز بينهم، على أساس مراكزهم القانونية كأجانب و وطنين، حيث تعد قاعدة استنفاد إجراءات التقاضي الداخلية من دعائم الحفاظ على المساواة بين الوطنيين و الأجانب أمام القضاء المحلي.

و قد عمل المشرع الجزائري على تكريس هذه المساواة في قانون ترقية و تطوير الاستثمار لسنة 2001، حيث نصت المادة 14 منه على ما يلي: "يعامل الأشخاص الطبيعيون و المعنويون الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيون و المعنويون الجزائريون في مجال الحقوق و الواجبات ذات الصلة بالاستثمار".

و على الرغم من اعتبار قاعدة استنفاد إجراءات التقاضي الداخلية مبدأً أساسياً بالنسبة للقضاء الدولي، لكن هذا المبدأ ليس مطلق حيث يعرف بعض الإستثناءات إذ أنه قد يُستبعد في الحالات التي لا توجد فيها طرق التقاضي الداخلية، و قد أشار إلى ذلك كاتب الدولة مكلف بالشؤون الخارجية الأمريكية في بداية الربع الأخير من القرن التاسع عشر عندما قال: إن المدعي في دولة أجنبية ليس لزاماً استنفاد طرق العدالة، عندما لا توجد عدالة يمكن استنفادها<sup>(1)</sup> و هذا ما يستند عليه المستثمر الأجنبي في طلبه اللجوء إلى التحكيم الدولي بدل عرض نزاعه على القضاء المحلي لما يتصف به هذا القضاء من فساد و تدني في نظمه<sup>(2)</sup>.

إذن فالاستثناءات الواردة على قاعدة الاستقرار التشريعي يمكن حصرها في:

<sup>1</sup> - الشافعي محمد البشير: قانون حقوق الانسان مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص 87.

<sup>2</sup> - مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره ص 10.

أ- إذا لم يكن من الممكن استخدام الدعوى القضائية، بسبب عدم وجود طريق قانوني للإدعاء ضد التصرف المتسبب في الضرر، كما لو كانت الدولة تحرم الإدعاء ضد تصرفات الحكومة أو ما يعرف بنظرية أعمال السيادة، والتي يقصد بها منع المحاكم من مقاضاة الدولة ذات السيادة عن بعض التصرفات كونها تتمتع حيالها بالحصانة، و قد أدى تطور وظائف الدولة و توسع نشاطها إلى الخروج عن النشاط التقليدي لها، حيث تتنازل فيها عن صفتها كدولة ذات سيادة و تظهر بمظهر الأفراد العاديين، كما هو الشأن في عقود الاستثمار التي لا تتمتع فيها الدولة بأية حصانة و بالتالي يمكن إخضاعها للقضاء الداخلي و هو ما يعرف بمبدأ الحصانة النسبية<sup>(1)</sup>.

ب- إذا كانت الدعوى القضائية لا فائدة منها لأن القضاء المحلي لا يوحى بالثقة .

ت- إذا كانت الدعوى القضائية خطيرة بالنسبة للمدعي إذ يكون قد تحمل العقاب الرئيسي.

و هناك من الفقهاء من يرى بأن قاعدة استنفاد طرق التقاضي الداخلية تعتبر تأكيداً لمبدأ كالفو<sup>(2)</sup>. هذا المبدأ الذي يقضي بخضوع المشروعات الأجنبية للقوانين و المحاكم الداخلية في الدولة المضيفة، بالإضافة إلى تنازل هذه المشروعات عن الحق في طلب الحماية الدبلوماسية من دولها، و قد شاع استخدام هذا الشرط خصوصاً في دول أمريكا اللاتينية التي ترى فيه رمزاً للكرامة الوطنية؛ فقد تضمنت دساتير بعض هذه الدول هذا الشرط كما هو الحال في دستور المكسيك لعام 1917 المادة 27 منه، دستور فينزويلا لعام 1961 المادة 49 منه، دستور البيرو لعام 1964 المادة 15 منه<sup>(3)</sup>.

لهذا فإن هذه الدول تتردد في المصادقة على اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار عن طريق التحكيم و تضمن حظراً على لجوء الدولة و مصالحها الحكومية للتحكيم.

1 - لقد طبق مبدأ الحصانة النسبية في قضاء العديد من الدول انظر فؤاد رياض: الحصانة القضائية للدولة دراسة منشورة بالمجلة المصرية للقانون الدولي رقم 19 لعام 1963 ص 53.

2 - كالفو هو فقيه أرجنتيني شغل منصب وزير الخارجية و أستاذ جامعي دافع عن مشروعية شرط التنازل عن الحماية الدبلوماسية نظراً لما عاشته دول أمريكا اللاتينية من نزاعات مع دول أوروبا الغربية و للحد من التدخل الأجنبي اشترطت بعض دول أمريكا اللاتينية على المستثمرين الأجانب التنازل عن حقهم في ممارسة دولهم لحق الحماية الدبلوماسية. أنظر عبد الحميد الأحذب المرجع السابق الجزء الثالث ص 154.

3 - نفس المرجع ص 154.

فهذه الدول ترى أن المبالغة في استعمال حق الحماية الدبلوماسية يؤدي إلى تدخل الدول القوية في الشؤون الداخلية للدول الضعيفة، بحجة حماية مصالح رعاياها لذلك كان من الطبيعي أن تبحث هذه الدول الضعيفة عن وسيلة قانونية تقيّد بها تدخل الدول القوية، حيث وجدت في شرط كالفو أحد هذه الوسائل لأنه يقوم على أساس خضوع النشاط الأجنبي لسلطة القضاء الوطني مع تنازل الطرف الأجنبي عن طلب الحماية الدبلوماسية من دولته.

كما أن هذا الحق يمس من جهة أخرى بسيادة الدولة المدعى عليها إذ تعتبر قيد و رقابة على القضاء المحلي بما أنها تأتي بعده لرفض الحكم الصادر عنه<sup>(1)</sup> و هنا تنصب الدولة المدعية نفسها سلطة تقديرية للقضاء المحلي و لا تقوم بحمايته معتبرة حكمه غير مشروع، و هذا ما يعد انتهاكاً لسيادة الدولة .

لكن الاقتصار على طرق الرجوع الداخلية قد لا يحقق للفرد ضمانات كافية لحماية حقوقه أو قد لا يحققها على الإطلاق، خاصة إذا أدت إلى إنكار العدالة، لهذا ينظر إلى شرط استنفاد طرق الرجوع الداخلية على أنها عقبة حقيقية في طريق مباشرة حق الحماية أمام المحاكم الدولية.

إذن يعتبر قضاء الدولة المضيفة أهم وسيلة من وسائل فض النزاعات على المستوى الداخلي بالنسبة للمستثمر الأجنبي، بالرغم من كونه طرفاً أجنبياً عن هذه الوسيلة، و هو الشيء الذي يوحي له بعدم الثقة بإجراءات التسوية المحلية، و يحاول جاهداً اجتنابها مستنداً في ذلك إلى مجموعة من الأساليب التي يرى فيها الدافع الأساسي لموقفه هذا و هو ما سنحاول التعرض له في الفصل الثاني.

أما الآن سنحاول إبراز الصعوبات التي تثيرها التسوية الداخلية للمنازعات التي قد تنور بمناسبة الاستثمار الأجنبي .

<sup>1</sup> - الأمين شريط: حق السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، مرجع سبق ذكره، ص 84.

## الفرع الثاني: الصعوبات التي تثيرها التسوية الداخلية

إن التقاضي أمام المحاكم التي تقيمها الدولة، و إن كان مأموناً بسبب ما يحيطه من ضمانات تكفل سلامة العدالة التي تهدف إليها، إلا أن هناك ما يعيبه<sup>(1)</sup> و هذا ما يجعل المستثمر الأجنبي متردداً إزاء عرض نزاعه على القضاء الداخلي، و يفضل بدل عنه اللجوء إلى التحكيم الدولي الذي يعتبره الوسيلة الأنسب، فهو يعتقد بأن الضمانات التي توفرها له الدولة المضيفة لا تتمتع بالفاعلية إذ ظل أمر تقديرها في المنازعة بأيدي القضاء المحلي<sup>(2)</sup>.

و السؤال الذي يطرح هنا إذا كان كل من القضاء الداخلي و التحكيم الدولي ينشدان نفس الهدف و هو فض النزاعات، فلماذا نلاحظ الإتجاه المتزايد لرجال الأعمال و المستثمرون نحو تفضيل أسلوب التحكيم و الإعراض عن القضاء الداخلي؟ فلا يكاد يخلو عقد استثمار أو اتفاقية من شرط اللجوء إلى التحكيم .

### أولاً: أسباب تخوف المستثمر الأجنبي من التسوية الداخلية.

إن السبب الرئيسي لنفور المستثمرين الأجانب من التسوية الداخلية يرجعه البعض إلى ما يعيب القضاء الوطني من سلبيات تقف عائقاً أمام طموح المستثمر الأجنبي في التعامل مع هذه الدول المضيفة ليس بالأمر الهين، لأن اللجوء إلى هذا قد يعتريه مصاعب عديدة لذلك فهو لا يرى في هذه الوسيلة الضمان الكافي الذي يجعله يشعر بالراحة و الإطمئنان، فحتى و إن كانت التسوية الداخلية المبدأ العام الذي تعتمد عليه أغلب التشريعات في الدول المضيفة، إلا أن هذا الطريق تكتنفه العديد من المصاعب يكون مصدرها الأساسي اختلاف المراكز القانونية لأطراف النزاع، فأحدهما دولة ذات سيادة و الآخر شخصاً طبيعياً أو معنوياً و هو ما يؤدي بطبيعة الحال إلى استحالة تحقيق المساواة بينهما<sup>(3)</sup>.

1 - ناريمان عبد القادر: اتفاق التحكيم ، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 11.

2 - عصام الدين القصيبي، خصوصيات التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 183.

3 - عصام الدين بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في الدول الآخذة في طريق النمو، مرجع سبق ذكره، ص 167.

كما أن المستثمر الأجنبي قد يجد نفسه غير قادر على مقاضاة الدولة أمام قضائها الداخلي بحيث يصبح من غير الممكن للقاضي المحلي التعرض إلى تصرفاتها تطبيقاً لمبدأ الحصانة الرسمية للدولة ذات السيادة بوصفها من المبادئ المعترف بها دولياً، و من ناحية أخرى فالمستثمر قد يشعر بالتحفظ تجاه الأجهزة القضائية المحلية لأنه لم يتعود المثل أمامها من جهة، و من جهة أخرى لجهله إجراءات التقاضي المحلية فهي إجراءات غير مألوفة لديه، إضافة إلى سهولة تأثر القاضي الوطني بالدوافع الوطنية التي قد تخالف مصالح المستثمر الأجنبي، كما يمكن أن يتأثر بالتيارات الفكرية و السياسية و الدينية السائدة في البلد، حيث تكون اقتناعه بما يصدره من أحكام، هذا بخلاف أن القاضي الوطني ملزم بتطبيق قانون دولته حتى و إن كان محل اعتراض من طرف المستثمر الأجنبي.

و هناك من يرجع تخوف المستثمر الأجنبي من التسوية الداخلية، إلى تخلف القوانين الوطنية المنظمة لعلاقات الاستثمار في بعض الدول المضيفة، بشكل يصعب معه توفير الحماية اللازمة للاستثمارات الأجنبية أو لعدم وجود مثل هذه القوانين أصلاً<sup>(1)</sup>. و حتى و إن وجدت فهي تختلف من دولة لأخرى، و هذا ما يؤدي إلى إهدار حقوق الأفراد علاوة على ما يتسم به القضاء المحلي من طول و تعقيد في الإجراءات، كما أن القاضي ملزم بتطبيق القانون تطبيقاً جامداً بأن ينصف أحد الطرفين على الآخر دون التوصل لحل يرضي الطرفين<sup>(2)</sup>، زيادة على كون القضاء يعتمد على مبدأ مهم و هو العلانية كضمان للعدالة، و هذا ما لا يتفق مع مصالح المستثمرين خصوصاً الشركات العالمية التي تعتمد في معاملاتها التجارية على السرية.

و ما يلاحظ أيضاً في هذا المجال هو الإستقلال الحديث للعديد من الدول، التي أخذت طريقها إلى تنظيم سلطاتها القضائية تنظيمياً مستقلاً، مما يلقي ظلالاً من الشك حول قدرة قضائها على تقديم حلول عادلة للمنازعات التي تبلغ حداً من التعقيد نتيجة نقص الخبرة و الكفاءة و عدم وجود محاكم مختصة، أو عدم وضوح الاختصاص القضائي، و يزداد هذا الشك كلما كانت أحكام القانون في هذه الدول تستمد من أصول دينية أو عرفية<sup>(3)</sup>.

1 - نفس المرجع ص 170.

2 - مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 8

3 - مصطفى محمد جمال و عكاشة محمد عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الولية الداخلية منشورات الحلبي بيروت

و حتى و إن عرض النزاع على القضاء المحلي فالقضاء و بصرف النظر عن الدولة التي ينتمي إليها، يميل إلى معاملة العلاقة الدولية نفس معاملته للعلاقة الداخلية رغم ما بينهما من اختلاف و خصوصية؛ لأن القاضي ينظر إلى كل أنواع المنازعات دون أن يكون مختصاً في موضوع النزاع، فهو قليل الخبرة بشؤون التجارة الدولية و يتعذر عليه الفصل في المنازعات المتعلقة بها إلاّ بالاستعانة بخبير يرشده لأنه مكبل بنصوص قانونية و ملزم بمراعاتها، لذا يكون القضاء جامداً لا يساير تطور الحياة الاقتصادية الدولية ، و قد يصطدم المستثمر الأجنبي بعقبة رئيسية فحتى و إن تحصل على حكم قضائي يمنح التعويضات المستحقة إلاّ أنه قد يعجز عن تنفيذه، نظراً لما تقرره التشريعات الداخلية من عدم التنفيذ الجبري على أموال الدولة العامة فالمادة 689 من القانون المدني الجزائري تتناول ذلك<sup>(1)</sup>.

و لهذه الأسباب و العراقيل فإن التسوية الداخلية لمنازعات الاستثمار الأجنبي لا تجد استحساناً لدى المستثمر الأجنبي، الذي يجد هدفه المنشود في التحكيم التجاري الدولي، لكن حتى و إن صحت هذه الافتراضات بقصور القضاء الداخلي على حل المنازعات الاستثمارية فإنّ هناك من يرى بأن العلاج لا يكون عن طريق اللجوء إلى وسيلة دولية بل يجب التركيز على إصلاح الوسائل الداخلية<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: محاولة إصلاح وسائل التقاضي الداخلية

في ظل الاعتقاد السائد بأن الأجهزة القضائية في الدول النامية ليست لها الدرجة الكافية من الاستقلال في مواجهة السلطة السياسية، و في ظل غياب المحاكم الوطنية المتخصصة لدى هذه الدول التي تتوفر لها الدراية بشؤون الاستثمار و مجالاته المعقدة فإن التحكيم الدولي بات الوسيلة المقنعة و الوحيدة من جهة نظر المستثمر الأجنبي لتسوية و فض منازعاته مع الدولة المضيفة<sup>(3)</sup>، نظراً لما يتميز به هذا الأسلوب من خصائص تتجاوزها العراقيل التي تحيط بطرق التسوية الداخلية، لكن بالرغم من ذلك فهناك إحساس لدى الكثير من الدول النامية بأن التحكيم

1 - تنص المادة 689 من القانون المدني الجزائري على: "لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم غير أن القوانين تخصص هذه الأموال لإحدى المؤسسات المشار إليها في المادة 688 تحدد شروط إدارتها و عند الإقتضاء عدم التصرف فيها"

2 - عصام الدين بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في الدول الآخذة في طريق النمو، مرجع سبق ذكره، ص 168.

3 - عصام الدين القصيبي، خصوصيات التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 3

ليس سوى وسيلة لحماية المستثمرين الأجانب يضمن لهم تطبيق نظم قانونية دولية لا تأخذ في الإعتبار الظروف الخاصة بكل دولة أو بقوانينها الداخلية.

فالتحكيم و إن كان أسبق في الظهور من القضاء فإن ذلك راجع لتأخر ظهور الدولة بسلطاتها الثلاث في مجال التشريع التنفيذ و القضاء، و عليه فإن القضاء من سلطات الدولة التي تحقق من خلالها وظيفة العدل و يجب أن لا تتعامل كما لو كانت غير قادرة على القيام بهذه الوظيفة الجوهرية، فاستبعاد قضاء الدولة يحط من قدرها و هي دولة ذات سيادة<sup>(1)</sup>.

إن الدول النامية بصفة عامة تمثل الطرف الضعيف في علاقات التجارة الدولية، و كل القواعد و الأحكام التي تتضمنها الاتفاقيات الدولية أو تركزها هيئات و مراكز التحكيم هي من صنع الدول المتقدمة، التي لا يهتما سوى تحقيق مصالحها، فالتحكيم وسيلة استعمارية حلت محل الجيوش المقصود منه أساساً منع القضاء الوطني في الدول النامية من نظر منازعات الاستثمار الأجنبي، حتى لا يتعرض المستثمر لتطبيق القوانين الوطنية<sup>(2)</sup>.

لذلك فالدافع الحقيقي يعود إلى رفض التقيد بتطبيق قوانين الدولة المضيفة و استبعاد منازعات الاستثمار من نطاقها و الإلقاء بها في أحضان القضاء الدولي و ليس مجرد رفض القضاء الداخلي ، فالمحكم ليس ملزماً بتطبيق قانون معين عكس القاضي الذي يعمل في ظل قانون تنظيم القضاء، الذي يضمن له استقلاله ففي الغالب يطبق المحكم عادات و أعراف التجارة الدولية، و هي من صنع دول العالم المتقدم صاغتها لخدمة مصالحها، فلا يمكن تعديل موقف التحكيم الدولي من القوانين المحلية بحجة عدم وجودها أو عدم تماشيها مع طبيعة النشاطات الاقتصادية الدولية فهذا احتقار و تجاهل لهذه القوانين<sup>(3)</sup>.

و ما يبين هذا الطرح حكم صدر في قضية بين قطر و شركة الملاحة الدولية للبترول، حيث ذهب الحكم إلى التأكيد بأنّ ليس لديّ أي سبب يدفعني إلى الافتراض بأنّ الشريعة الإسلامية ليست مطبقة تماماً في إمارة قطر، إلاّ أنني مقتنع بأنّ هذه الشريعة لا تحتوي على أي

1 - عصام الدين بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في الدول الآخذة في طريق النمو، مرجع سبق ذكره، ص 12

2 - مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 12

3 - الأمين شريط: حق السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، مرجع سبق ذكره، ص 73

مبدأ قانوني كاف لتفسير هذه النوعية الخاصة من العقود<sup>(1)</sup>، و في قضية شيخ أبو ظبي لسنة 1951 استبعد الحَكم تطبيق القانون المحلي مخالفة للعقد كما استبعد القانون الانجليزي لعدم نص العقد على ذلك، إلا أنه باعتبار أن القانون الانجليزي هو النموذج الأمثل للقانون أكثر عقلانية فقد لجأ إلى تطبيقه، من هنا يتضح الهدف الحقيقي للتحكيم الدولي كوسيلة لفض النزاعات الاستثمارية و عليه فإن القول بأنّ التحكيم يحمي المستثمر الأجنبي من فساد و تدني نظم التقاضي المحلية قول غير صحيح لأن الفساد ظاهرة لا وطن لها فهي منتشرة في العالم كله النامي و المتقدم، فإذا كانت هناك عيوب تجعل من نظم التقاضي المحلية منتقدة من طرف المستثمر الأجنبي فالتحكيم أيضاً عيوب، حيث أثبتت التجربة من الناحية العلمية انتشار قرارات تأجيل قضايا التحكيم، و هذا ما من شأنه أن يجرد التحكيم من أهم ميزة له و هي سرعة الفصل في النزاع<sup>(2)</sup>.

و يرى البعض أن هذه السرعة التي يقال بأن التحكيم يوفرها هي وهمٌ لا وجود له، و أن التوفير في الجهد و التكاليف مسألة نسبية لأن إجراءات التحكيم من حيث تعيين المحكمين و الاتفاق على مكان التحكيم، و مصاريف الخبراء و الاستشاريين و ما يلحق ذلك يستغرق من الوقت و المال الكثير مما يضمن بأن القضاء الوطني يستنفذ مثله<sup>(3)</sup>.

كما أن الأطراف لا يستطيعون تنفيذ قرارات هيئات التحكيم إلا بعد الحصول على الصيغة التنفيذية من السلطة القضائية الوطنية في البلد الذي يراد التنفيذ فيه، مما يعني الرجوع إلى القضاء المحلي بشأن تنفيذ الحكم، و قد يقرر الامتناع عن تنفيذه و لهذا فإن اللجوء إلى التحكيم ليس هو الأفضل و لكن اللجوء إليه يكون لاعتبارات عملية بحثية، و بناءً عليه يجب التركيز على إصلاح وسائل التقاضي الداخلية، لتدارك هذه العيوب التي يعلل بها المستثمر الأجنبي موقفه السلبي تجاه التسوية المحلية، و ذلك بإخضاع الحكومة و الأفراد لقاعدة قانونية فعّالة بدلاً من السعي إلى الوسائل القضائية الدولية<sup>(4)</sup>، و من جهة أخرى يجب على الدول النامية مواجهة

1 - عبد الحميد الأحمد المرجع السابق الجزء الأول ص 345.

2 - ناريمان عبد القادر: اتفاق التحكيم ، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 73

3 - السيد المراكبي: التحكيم في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربي و مدى تأثيره بسيادة الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة ص 51.

4 - عصام الدين بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في الدول الآخذة في طريق النمو، مرجع سبق ذكره، ص 170.

العالم المعاصر فأمام حاجاتها الملحة للتنمية الاقتصادية لا بد لها أن تحاول التوفيق بين مصالحها و مصالح العالم المتقدم الذي يسيطر على زمام الأمور ، فإذا كانت المشروعات و الشركات الأجنبية تجعل تقديم خدماتها و استثماراتها مشروطاً بالالتجاء إلى التحكيم ، فإن مواجهة ذلك يكون بإعداد المفاوضين القادرين على صياغة أي اتفاق تحكيم على نحو متوازن، كالنص على تطبيق القانون الوطني و هو نص دارج في عقود الاستثمارات التي تبرمها الدول النامية مع المستثمر الأجنبي، بل و نجد اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار تنص على تطبيق قانون الدولة الطرف في النزاع حسب المادة 42 منها، إذا لم يتفق الطرفان على تحديد القانون الواجب التطبيق، كما يمكن تقليص عيوب التحكيم بسن التشريعات الوطنية التي تركز النصوص الكفيلة بتحقيق التوازن<sup>(1)</sup>.

بالرغم من وجهة هذا القول إلا أنه قد يصعب تحقيقه خصوصاً في الظروف الحالية للمجتمع الدولي، علاوة على أنه قد يكون من المشكوك فيه حتى مع الافتراض إمكانية التوصل إلى إصلاح القضاء الداخلي أن يتمكن هذا القضاء في الدول المضيفة من تقديم الضمان الكافي للمستثمر الأجنبي فالبعض يذهب إلى القول أن إصدار و سن التشريعات في الدول النامية المنظمة للتحكيم أصبح أمراً مفروضاً عليها، و إلاً وجدت نفسها محرومة من المعونات الدولية و من مؤازرة المؤسسات الدولية المنوط بها مساعدة هذه الدولة كالبنك الدولي و صندوق النقد الدولي<sup>(2)</sup>.

تعد إذن التسوية الداخلية لمنازعات الاستثمار الأجنبي من أهم الوسائل المتاحة لأطراف العلاقات الاستثمارية عند نشوب نزاع بينها، رغم ما يحيط بها من صعوبات.

فالدول النامية التي تصر على حل النزاع باللجوء أولاً إلى القضاء المحلي باعتباره الوسيلة الأكثر اتفاقاً مع مقتضيات سيادتها الوطنية، وجدت أن ذلك يتعارض مع رغبتها في تشجيع الاستثمار الأجنبي على إقليمها لأنه يتطلب منها أن تراعي مصالح المستثمر الأجنبي أيضاً.

<sup>1</sup> - مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 12

<sup>2</sup> - نفس المرجع ص 13

فحاولت التوفيق بين مصالحها و مصالح المستثمر الأجنبي بالنص في قوانين الاستثمار المحلية على اللجوء إلى القضاء الداخلي كمبدأ عام، ما لم يكن هناك نص خاص في الاتفاقيات أو في عقود الاستثمار الأجنبي يقضي باللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي.

هذا الأسلوب في حل المنازعات الذي أخذ يحقق نجاحات كبيرة على حساب القضاء الداخلي نظراً لما يكتسبه من أهمية كوسيلة جذب المستثمرين الأجانب في إطار ما يعرفه العالم اليوم من زيادة في المبادلات التجارية بين دول الغرب و الدول النامية و تشابك المصالح بينهما.

و هذا ما أكده الاستاذ محمد بجاوي بقوله: "إن علاقة القوى الاقتصادية تمنح للتحكيم مكاسب جديدة على حساب المحاكم الوطنية"<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: مدى ولاية القاضي الجزائري على منازعات الاستثمار الأجنبي

نصت اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى في مقدمتها :

"إن الدول المتعاقدة: ..... و إذ تأخذ في الاعتبار أن المنازعات يمكن أن تنشأ في أي وقت بشأن مثل هذه الاستثمارات بين الدول المتعاقدة و رعايا الدول المتعاقدة الأخرى.

وإذ تعترف بأنه إذا كانت هذه المنازعات يجب كقاعدة عامة أن تطرح على القضاء الداخلي، فإن الالتجاء إلى طرق التسوية الدولية في شأن هذه المنازعات يمكن أن يكون مناسباً في بعض الأحيان"

و من هنا يمكننا أن نستخلص بما لا يجعلنا نشك أبداً في أن الأصل هو اختصاص القضاء الداخلي في الفصل بين النزاعات التي قد تثور بشأن الاستثمارات الأجنبية، و هذا ما أكدته المادة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بقولها: "يجوز لكل شخص يدعي حقا رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته..." و الاستثناء هو الحلول البديلة.- للاعتبارات السابقة-

<sup>1</sup> - أمال يوسفى: الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر في ظل التشريعات الحالية، مرجع سبق ذكره، ص 87

إن مسألة تسوية المنازعات التي قد تثور بين الدولة الجزائرية و المستثمرين الأجانب تخضع قبل كل شيء إلى اختصاص القضاء الداخلي في البداية<sup>(1)</sup> و هذا ما نصت عليه المادة 17 من الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار<sup>(2)</sup>، حيث جاء فيها: "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده، للجهات القضائية المختصة، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية، تتعلق بالمصالحة و التحكيم، أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند التسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناءً على تحكيم خاص."

و هذا تماشياً مع المبدأ الثابت في القانون الدولي وهو مبدأ استنفاد وسائل التقاضي الداخلية، و لا يمكن اللجوء إلى وسائل أخرى إلا بعد استنفاد هذه الوسائل. لهذا السبب يعتقد البعض أن ما تنص عليه المادة 17 من الأمر رقم 03-01 هو ما نصت عليه المادة 41 قبلها من المرسوم التشريعي 93-12 الصادر في 5 أكتوبر 1993<sup>(3)</sup> الملغى بموجب الأمر 01-03 السالف الذكر، و هذين المادتين تعتبر تراجعاً عما نصت عليه المادة 184 من قانون القرض والنقض<sup>(4)</sup> (الملغى) التي تحيل مباشرة في حالة قيام نزاع بين الطرفين إلى الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر.

بالرجوع إلى القواعد العامة التي تحكم الاختصاص النوعي للمحاكم، نستطيع أن نحدد متى تكون منازعات الاستثمار الأجنبي من اختصاص القضاء العادي، و متى تكون من اختصاص القضاء الإداري، و هذا دائماً بالأخذ بعين الاعتبار أن المستثمر الأجنبي هو شخص من أشخاص القانون الخاص، كما عرفنا ذلك في مقدمة تعريفنا بالاستثمار الأجنبي.

<sup>1</sup> - بن محمد سارة: الاستثمار الأجنبي في الجزائر - حالة أوراسكوم- مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة منتوري قسنطينة، 2010/2009، ص

<sup>2</sup> - الأمر رقم 03-01 مؤرخ في 20 غشت 2001 يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر 47 سنة 2001. (معدل و متمم)

<sup>3</sup> - مرسوم تشريعي رقم 93-12 مؤرخ في 5 أكتوبر 1993 يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 64 سنة 1993. (ملغى)

<sup>4</sup> - القانون رقم 9-10 المؤرخ في 14 أبريل 1990 المتعلق بالقرض و النقد، ج ر عدد 16 سنة 1990. (ملغى)

و ينعقد هذا الاختصاص دوما في غياب اتفاق -قبلي كان أو بعدي- للإلتجاء إلى أسلوب ودي للفصل في النزاعات التي قد تثور بهذا الشأن، و هذه الأساليب تعرف بما يسمى بالوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية، و هو ما سنتطرق إليه في المطلب الثاني.

## المطلب الثاني:

### الوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية

تتعدد الوسائل البديلة لفض المنازعات التجارية بتنوع الأنظمة التي تحكمها من بلد لآخر، وهذا كله وفق ما تقتضيه الضرورة التجارية بالدرجة الأولى، و ما يخدم أطراف النزاع القائم، لذا سنحاول الاستفاضة في ذكر هذه الوسائل البديلة عن القضاء الوطني وفق ما هو شائع في العالم.

لقد حاول المشرع الجزائري مواكبة هذا الاتجاه بفسحه المجال للجوء إلى مثل هذه الوسائل، وذلك تخفيفاً على المتقاضين من جهة و تجنب القضاء النظر في نزاع يمكن حله بغير طريقه، شريطة أن يكون ذلك وفق إشرافه لأنه (القضاء) صاحب الولاية العامة في حل المنازعات باختلاف أنواعها.

### الفرع الأول: تعريف الوسائل البديلة

يختلف مفهوم العدالة من بلد لآخر، بمعنى أن وظيفة القضاء و نزاعاته و تنظيمه ليست واحدة في جميع بلدان العالم، فوظيفة القاضي تختلف نسبياً من بلد إلى آخر لذا فقد ظهرت هذه الوسائل لحل النزاعات و أخذت مكانها عن طريق مواجهة مع القضاء التقليدي<sup>(1)</sup>.

خصوصاً في الدول المتقدمة صناعياً و المزدهرة إقتصادياً ذلك أن الأسلوب القضائي في هذه الدول يتصف بالإهتمام المتزايد بدقائق القانون و كثرت الشكليات و الصعوبات و التعقيدات الناتجة عنها مما جعله بطيئاً للغاية عن منال و طموح الذين يرغبون الوصول إلى حقوقهم بأقرب وقت ممكن، و بأقل جهد و تكلفة مع الحفاظ على سرية خلافاتهم و استمرار نشاطهم و حفظ علاقاتهم التجارية.

فظهرت هذه الوسائل بأسماء مختلفة و متنوعة لا تخلو من الغرابة و غير واضحة المعالم أحياناً و لا يمكن تعريفها بشكل دقيق. و قد أطلق عليها الفقه تسميات متعددة بحيث أصبحت تفوق الثمانين اسماً<sup>(2)</sup>؛ و على سبيل المثال و ليس الحصر فاعتبرها البعض بأنها قضاء غير

<sup>1</sup> G.CORNU, Les modes alternatifs de Reglement des conflits, R.I.D.C. 1997 N°2, P.316.

<sup>2</sup> - J EL-HAKIM. op. cit, P. 350

رسمي La Justice informelle ، قضاء اتفاقي La Justice convenue ، قضاء ودي La Justice amiable ، قضاء غير الطلب، و البعض اعتبرها عدالة غير رسمية، عدالة فعّالة.

ولكن التسمية الأكثر استعمالاً و شيوعاً في اللغة الإنجليزية و المختصرة بالـ A.D.R. و التي تدل على مختصر Alternative dispute resolution و في اللغة الفرنسية Règlement extrajudiciaire des différends أي الحلول البديلة للنزاعات.

### الفرع الثاني: أنواع الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية

تعددت هذه الوسائل و تنوعت و أخذت تنتشر يوماً بعد يوم و ازداد الاهتمام بها خاصة لدى رجال الأعمال و المحامين بل حتى القضاة الذين بدأوا بتشجيع المتنازعين على اللجوء إليها قبل ولوج القضاء أو التحكيم، لأن هذه الوسائل باتت مقبولة و فعالة<sup>(1)</sup>، إن دراسة هذه الوسائل تحتم علينا دراستها من خلال مجموعتين<sup>(2)</sup>؛ المجموعة الأولى هي مجموعة الحل التفاوضي، و المجموعة الثانية هي ذات الطابع الخاص و المستقل (معين).

#### أولاً: مجموعة الحل التفاوضي

تضم هذه المجموعة وسائل بديلة لحل النزاعات و على رأسها الوساطة، ثم التوفيق و المفاوضات و المحاكم المصغرة و التخمين التنفيذي و التقييم الحيادي المبكر. تهدف جميع هذه الوسائل إلى التقريب بين الفرقاء و مساعدتهم على رؤية موقفهم الضعيف بهدف الوصول إلى اتفاق مشترك و ذلك بمساعدة أو دون مساعدة طرف ثالث، لدى سوف نحاول توضيح هذه الوسائل وفقاً لأهمية الدور الذي تلعبه في إيجاد حل تفاوضي للنزاع المعروض أمام المتنازعين.

<sup>1</sup> -علاء أباريان: الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، منشورات الحبلى الحقوقية، بيروت لبنان، 2008 ص53.

<sup>2</sup> -Lo, Amistelis: ADR in England and wales, Op.cit:P26

## I- الوساطة La médiation

تعتبر الوساطة الأساس الذي يقوم عليه نظام الوسائل البديلة، فهي المحرك و السبيل الأول لجهة إيجاد حل توافقي بين المتنازعين و تقع في قلب الوسائل البديلة<sup>(1)</sup>

فهي الوسيلة الأكثر شيوعاً في حسم النزاعات التجارية لاسيما في العقود التجارية الدولية الكبرى، مثل عقود الإنشاءات الهندسية الدولية و التي تعرف بعقود الفيديك FIDIC<sup>(2)</sup>. و تعرف الوساطة على أنها "وسيلة للتفاعل بهدف الوصول إلى اتفاق"<sup>(3)</sup>.

و بدأت الوساطة تأخذ حيزاً واسعاً في حسم مختلف أنواع النزاعات، و باتت تبدو و كأنها الوجه أو الصورة الأنسب للقضاء والعدالة الحديثة و الفعالة. و تدل الإحصاءات على أن أربع من أصل خمس من قضايا الوساطة تنتهي بتسوية<sup>(4)</sup>، و يكون القرار من صنع فرقاء الوساطة و ليس من عمل شخص غريب، حيث يقتصر دور الوسيط على تشجيع الفرقاء على التسوية و المساعدة في تحديد النزاع و إزالة العقبات، و تحري الخيرات، و يبقى على الفرقاء أن يتفقوا، و أن يوافقوا على التسوية من ذاتهم.

و من خلال ما تقدم يمكننا تعريف الوساطة على أنها وسيلة لحل النزاعات من خلال تدخل شخص ثالث نزيه و حيادي و مستقل يزيل الخلاف القائم و ذلك باقتراح حلول عملية و منطقية تقرب وجهات نظر المتنازعين بهدف إيجاد صيغة توافقية، و بدون أن يُفرض عليهم حلاً أو يصدر قراراً ملزماً، و هنا يكمن جوهر الخلاف بين الوساطة و التحكيم<sup>(5)</sup> و القضاء العادي.

---

<sup>1</sup> -Alan, redfern et Martin Hunter,"law and practice of international commercial Arbitration ,London ,sweet and Maxwell 1999 P1-53.

<sup>2</sup> - FIDIC "Fédération Internationale Des Ingénieur-conseil"

<sup>3</sup> -JEAN TIMISIT: "an of Arbitrators", THOMSON SZEET & MAXZEEL, volume 69,No3, august2003,P,159

<sup>4</sup> - عبد الحميد الأحديب: موسوعة التحكيم الدولي ، الجزء الثاني، دار المعارف بيروت 1998 ، ص 25.

<sup>5</sup> - علاء أباريان: الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، مرجع سبق ذكره ، ص 65.

و تمتاز الوساطة بأنها وسيلة اختيارية و ديمقراطية لأنها تستلزم حواراً مفتوحاً على قدم المساواة. و القرار فيها ذاتي و هي مفيدة و عملية للمتنازعين الذين يريدون حلاً سريعاً للنزاع القائم بينهم<sup>(1)</sup>.

## 1. أنواع الوساطة

تتخذ الوساطة أنواعاً متعددة، فهناك الوساطة البسيطة *simple médiation*؛ و هي التي تقترب من نظام التوفيق في وجود شخص يسعى إلى التقريب بين وجهات نظر المتنازعين، و هناك الوساطة الإستشارية *médiation consultation*؛ و هي التي يطلب فيها أطراف النزاع من محام أو خبير استشارة في موضوع النزاع ثم يطلبون منه بعد ذلك التدخل كوسيط لحل النزاع. و هناك الوساطة القضائية *Judicial-Médiation*؛ و هي المعمول بها في الأنظمة الانجلوسكسونية – هي المعمول بها أيضا في التقنين الجزائري بعد اصدار قانون الاجراءات المدنية و الإدارية في طبعته الجديدة لسنة 2008<sup>(2)</sup>- حيث تقوم المحاكم قبل الفصل في النزاع بعرض اقتراح على الأطراف المتنازعين باللجوء بداية إلى الوساطة، و ذلك كما هو الحال في النظام المعروف باسم *Summary jury trial* حيث يقوم المحلف المدني قبل الجلسة الرسمية بشرح مختصر للأطراف المتنازعين عن الموقف في الدعوى، و يتوصل معهم إلى إصدار حكم في شكل رأي يكون بمثابة الأساس الذي تقوم عليه المفاوضات في الوساطة<sup>(3)</sup>.

و هناك الوساطة التحكيمية؛ و هي اتفاق ينص عليه في العقد و يقضي بأنه في حال نشوب النزاع يتم عرضه على الوسيط، و في حالة فشل الوساطة دون التوصل إلى حل يتحول الوسيط إلى محكم، و قد استخدمت هذه الوسيلة في الولايات المتحدة الأمريكية اعتباراً من عام

<sup>1</sup> نفس المرجع، ص 66.

<sup>2</sup> - أنظر المواد من 994 إلى 1004 من القانون رقم 09-08 مؤرخ في 23 فيفري 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 لسنة 2008.

<sup>3</sup> -انظر دراسة مفصلة للصور المختلفة للوساطة:

1970 في النزاعات التجارية و نزاعات العمل أيضاً، و عرف هذا الأسلوب في قانون هونغ كونغ للتحكيم منذ 1990<sup>(1)</sup>.

و قد جرى تعديل جديد مؤخراً في بريطانيا من قانون أصول المحاكمات المدنية الانجليزي يشجع المتنازعين على اعتماد الوسائل البديلة لحسم النزاعات التجارية و من بينها الوساطة، و قد أعطى الحق للمدعى عليه بطلب وقف البت بالدعوى لحين الانتهاء من الوساطة، بالإضافة إلى ذلك فقد أعطى هذا التعديل الحق للقاضي بتقدير تصرف المتنازعين في الوساطة، حتى إذا ثبت له أن أحد المتنازعين لم يكن جاداً بخوضها، ألزمه بدفع نفقات المحاكمة حتى في حال كان محقاً فيما ادعاه<sup>(2)</sup>.

## 2. خصائص الوساطة

تتميز الوساطة عن التحكيم و القضاء إذ أنها غير مرتبطة بأصول محاكمات و شكليات طويلة و معقدة، بل إنها وسيلة سهلة و مرنة من حيث التأمها في الزمان و المكان، و تهدف للوصول إلى نتائج حينية و ناصفة و ترضي جميع الفرقاء، حيث يبقى أطراف النزاع على حالتهم الطبيعية من رضا و اطمئنان، و من المحتمل جدا أن تستمر العلاقة بينهما، و كأن شيئاً لم يكن، و ذلك بفضل الوسيط الذي يساعدهم للتركيز على مصالحهم المشتركة. هذا بخلاف ما يحصل في النزاع القضائي، حيث معظم المرافعات التي تدور أثناء سير الدعوى تكون قاسية و هذا لما يحاول وكيل كل فريق من الفرقين المتنازعين من توجيه الوقائع و المواضيع القانونية و الأصولية و الأدلة لتأتي ضد مصلحة الفريق الخصم، و ذلك كله في غياب الفريقين المتنازعين<sup>(3)</sup>.

أما في الوساطة فالأمر مختلف حيث تركز الفرقاء جميعاً بمساعدة الوسيط على القضايا الجوهرية، و يحاولون معاً إيجاد حلاً عملياً لنزاعهم، و بهذا تكون الوساطة قد قدمت حلاً عملياً

<sup>1</sup> - ALHAKEM: op .cit ,P353.

<sup>2</sup> - علاء أباريان: الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، مرجع سبق ذكره ، ص 67.

<sup>3</sup> - علاء أباريان: الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، مرجع سبق ذكره ، ص 68.

من شأنه تحقيق التسوية المنشودة من قبل الطرفين و المؤسسة على قناعتها و إرادتهما المشتركة، فيكون الحل أكثر قبولاً من تقريره بقرار طرف ثالث كالقضاء أو التحكيم<sup>(1)</sup>.

### 3. موقف المشرع الجزائري من وسيلة الوساطة في حل نزاعات الاستثمار

رغبة منه في مسايرة التوجه العالمي الحديث، عمل المشرع الجزائري على إدماج الوساطة ضمن أحكام القانون الجديد- قانون الإجراءات المدنية والإدارية-، لقد نشرت اللجنة الأوروبية سنة 2002 وثيقة تتعلق بالوسائل البديلة لتسوية الخلافات كما نظمت خلال سنة 2004 حملة لإصدار قانون سلوكي للوسطاء و عرضت على البرلمان الأوروبي مشروعاً يتضمن الإرشادات العامة المتعلقة بالوساطة مع ترتيبات خاصة لإيجاد محاكم أوروبية يكون الهدف منها تسهيل الإجراءات على المواطنين للوصول إلى الوسائل البديلة.

في هذا الإتجاه، يقدم قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد، نموذجاً حياً عن المسعى الأوروبي نحو إيجاد آليات عملية تتعلق بالموضوع، فالوساطة المنصوص عليها في المواد 1/131 إلى 15/131 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، تسمح للقاضي بعد موافقة الخصوم، بأن يتعهد إلى شخص ثالث يدعى الوسيط مهمة تقريب وجهات النظر بين المتخاصمين بهدف حل النزاع.

و قبل أن تكون الوساطة "قانوناً" هي سلوك متجذر في المجتمع و محبب للنفس البشرية التي ترفض الإملاء و أساليب القوة من السلطة العامة بما فيها القضاء. لذلك رأى المشرع تنظيم الوساطة وفق إجراءات بسيطة يكون فيها للوسيط النزيه دوراً محايداً لتقريب وجهات نظر الخصوم وصولاً لحل ينال رضاهما التام، وهو ما يبرر سعي كل منهما لتنفيذ الحكم الذي ساهما في إعداده<sup>(2)</sup>.

و الوساطة هنا غير الوساطة الواردة في القانون رقم 90-02 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل و تسويتها و ممارسة حق الإضراب حيث تعرفها مادته العاشرة على أنها: "إجراء يتفق بموجبه طرفا الخلاف الجماعي على إسناد مهمة إقتراح تسوية ودية

<sup>1</sup> New man.Paul, "Alternative dispute resolution" op.cit,P.9

<sup>2</sup>- بربارة عبد الرحمن: شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، منشورات بغدادي ، الجزائر، 2009 ص ص 523،524.

للنزاع إلى شخص من الغير يدعى الوسيط و يشتركان في تعيينه". فالوساطة إذن إجراء اختياري يلجأ إليه الأطراف قبل رفع الدعوى القضائية في حال فشل إجراءات المصالحة. و قد ترك المشرع مطلق الحرية لأطراف النزاع بشأن تعيين وسيط لمحاولة تقريب وجهات النظر بغرض التوصل إلى تسوية ودية للنزاع.

و سنتطرق في مجال إبراز موقف المشرع الجزائري من وسيلة الوساطة لحل النزاعات إلى توضيح أولاً عرض الوساطة ثم ثانياً إلى حدود الوساطة، و نتطرق بالشرح للوسيط في القانون الجزائري و في الأخير إلى تنفيذ الوساطة.

### أ- عرض الوساطة

تنص المادة 994 من قانون المدنية و الادارية الجزائري الجديد على أنه: "يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد، باستثناء قضايا شؤون الأسرة و القضايا العمالية و كل ما من شأنه أن يمس بالنظم العام.

إذا قبل الخصوم هذا الإجراء يعين القاضي وسيطاً لتلقي وجهة نظر كل واحد منهم و محاولة التوفيق بينهم، لتمكينهم من إيجاد حل للنزاع."<sup>(1)</sup>.

كرست هذه المادة إجراء الوساطة كطريق جديد و بديل لإنهاء الخصومة، يضاف إلى الصلح سعياً إلى إنهاء النزاعات بالتراضي، مما يكفل تنفيذ الأطراف لما اتفقوا عليه دون اللجوء إلى الطرق الجبرية. لذا فقد ألزمت القاضي بعرض الوساطة على الخصوم و ذلك في جميع المواد دون استثناء. و متى قبل الخصوم هذا العرض عين القاضي الشخص الذي يقوم بها<sup>(2)</sup>.

لقد جاءت المادة 994 أعلاه في صيغة الوجوب، تلزم القاضي بعرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة و القضايا العمالية و كل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام، و بطبيعة الحال فإن قضايا الاستثمار الأجنبي هي ضمن القضايا الأصلية التي يتم تسوية منازعاتها عن طريق الوساطة لذا فهي تدخل في مجال هذه المادة.

<sup>1</sup> - القانون رقم 09-08 مؤرخ في 23 فيفري 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية ، ج ر عدد 21 لسنة 2008.

<sup>2</sup> - بربارة عبد الرحمن: شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مرجع سبق ذكره ص 525.

## ب- حدود الوساطة

لا يشترط في الوساطة استغراقها كل النزاع، فإذا تبين للقاضي أنه يمكن للخصوم الإتفاق حول شق معين منه متى كان موضوع النزاع قابلاً للتجزئة فله أن يعين وسيطاً يتولى التوفيق بينهم في هذا الشق و تتبع الإجراءات العادية للخصومة فيما يخص باقي أجزاء النزاع. كأن يتضمن موضوع الدعوى، المطالبة باستعادة العين المؤجرة مع بدل الإيجار المتأخر<sup>(1)</sup>، حيث نصت المادة 995 فقرة الاولى على: " تمتد الوساطة إلى كل النزاع أو إلى جزء منه."<sup>(2)</sup>.

و اللجوء إلى الوساطة لا يعني غل يد القاضي عن النزاع أو أن ولايته بالنسبة للقضية قد انتهت، بل يستمر القاضي في متابعة مجرياتها و له في ذلك سلطة واسعة لاتخاذ جميع التدابير التي يكون من شأنها المساهمة في حل النزاع، فيتدخل و يأمر وفق ما يراه مناسباً<sup>(3)</sup>. وهو ما نصت عليه المادة 995 فقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري بقولها: "لا يترتب على الوساطة تخلي القاضي عن القضية، و يمكنه اتخاذ أي تدبير يراه ضرورياً في أي وقت."

و تنص المادة 996 من نفس القانون على : "لا يمكن أن تتجاوز مدة الوساطة ثلاثة أشهر.

و يمكن تجديدها بنفس المدة مرة واحدة بطلب من الوسيط عند الاقتضاء، بعد موافقة الخصوم."

## ت- الوسيط في القانون جزائري

عملاً بنص المادة 997 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الجديد، التي تنص على: "تسند الوساطة إلى شخص طبيعي أو إلى جمعية.

عندما يكون الوسيط المعين جمعية ، يقوم رئيسها بتعيين أحد أعضائها لتنفيذ الإجراء باسمها و يخطر القاضي بذلك."

1 - المرجع نفسه ص 526.

2 - القانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية ، ج ر عدد 21 لسنة 2008..

3 - بربارة عبد الرحمن: شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مرجع سبق ذكره ص526.

و بالتالي فإن الوساطة قد تسند إلى شخص طبيعي أو إلى جمعية Association، و لأن الجمعية شخص معنوي يقوم رئيسها متى استند إليها الوساطة، بتعيين أحد أعضائها لتنفيذ الإجراء باسمها و يخطر القاضي بذلك.

و يشترط المشرع في الشخص الطبيعي المكلف بالوساطة، وفقاً لنص المادة 998 من قانون إ.م.إ أن يكون من بين الأشخاص المعترف لهم بحسن السلوك و الاستقامة و أن تتوفر فيهم الشروط التالية:

• أن لا يكون قد تعرض إلى عقوبة عن جريمة مخلة بالشرف، و أن لا يكون ممنوعاً من حقوقه المدنية.

• أن يكون مؤهلاً للنظر في المنازعة المعروضة عليه .

• أن يكون محايداً و مستقلاً في ممارسة الوساطة.

و لأن الشروط الواجب توفرها في الوسيط وفقاً للمادة 998 من قانون إ.م.إ الجديد تتطلب الكثير من التوضيح، علماً أن الوساطة ليست بمهنة منظمة فقد أحال المشرع كيفية التطبيق إلى التنظيم. و من المسائل التي يجب توضيحها، المقصود بالجريمة المخلة بالشرف التي أدرجت بناءً على مبادرة لجنة الشؤون القانونية و الإدارية بالمجلس الشعبي الوطني ، بدلاً عن العقوبة الجزائية التي اقترحتها الحكومة.

ذلك أن للجريمة المخلة بالشرف معنى فضفاضاً يحتمل كل الجرائم المنصوص عليها باختلاف المناطق و الأقاليم؛ قد تكون جريمة أخلاقية أو خيانة أو ابتزاز أموال الغير أو غش أو تزوير<sup>(1)</sup>.

عناصر أخرى تتطلب التحديد منها:

1- مفهوم التأهيل لإحتمال تأويله ليقصر على التجربة العملية.

2- الحياد و الاستقلال

<sup>1</sup> - بربارة عبد الرحمن: شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مرجع سبق ذكره ص 527.

3- الكيفية التي يعلم بها القاضي أن الوسيط يتمتع بحسن السلوك و الاستقامة.

و ما يلاحظ على نص المادتين 997 و 998 ما يلي<sup>(1)</sup>:

1- أن المشرع لم يحدد طبيعة الجمعية التي يمكن أن تستند إليها مهمة الوساطة.

2- لم يذكر وجوب توفر الشروط المقررة بالنسبة للشخص الطبيعي في عضو الجمعية المعين من طرف رئيسها.

3- الوساطة و إن كانت تحقق هدفاً نبيلاً، فهي ليست بعمل تطوعي أو تصرف على وجه الإحسان مع ذلك لم يتطرق المشرع و لو بالإشارة أو بالإحالة لأتعاب الوسيط على عكس القانونين الفرنسي<sup>(2)</sup> و الأردني بحيث يتقاضى الوسيط أتعاباً مقابل المهمة المسندة إليه.

### ث- تنفيذ الوساطة

بالرجوع إلى نص المادة 999 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الجديد<sup>(3)</sup> فإنه يتم تعيين الوسيط بواسطة أمر يصدره القاضي الذي عرض إجراء الوساطة على الخصوم، و يتضمن هذا الأمر بالإضافة إلى البيانات الضرورية في الأوامر عنصرين على وجه الخصوص:

1- موافقة الخصوم باعتبارها شرطاً لصحة الوساطة.

2- تحديد الآجال الأولى الممنوحة للوسيط للقيام بمهمته و تاريخ رجوع القضية إلى الجلسة، لإرتباط ذلك بالتمديد المنصوص عليه في المادة 996 من القانون الجديد

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 528

2- Article 131-13 du nouveau code de procédure civile Français –Titre VI- La conciliation "à l'expiration de sa mission, le juge fixe la rémunération du médiateur. La charge des frais de la médiation est répartie conformément aux disposition de l'article 22 de la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation et à la procédure civile, pénale et administrative ..."

<sup>3</sup> -المادة 999: "يجب أن يتضمن الأمر القاضي بتعيين الوسيط ما يأتي:

موافقة الخصوم باعتبارها شرطاً لصحة الوساطة.

تحديد الآجال الأولى الممنوحة للوسيط للقيام بمهمته و تاريخ رجوع القضية إلى الجلسة ."

تبدأ مهمة الوسيط فور تلقيه نسخة من الأمر القاضي بتعيينه على أن يخطر الوسيط القاضي بقبوله مهمة الوساطة دون تأخير، و يدعو الخصوم إلى أول لقاء للوساطة لكن المشرع لم يشر إلى حالة رفض الوسيط القيام بالمهمة المسندة إليه، فالقانون الجديد يشترط قبول الخصوم بالوساطة كإجراء و لا يشترط موافقتهم على القائم بها، لذلك نرجع اعتماد القاضي ما هو مقرر بالنسبة للخبراء من حيث الاستبدال<sup>(1)</sup>.

و تأخذ الوساطة المنحى و لإجراءات التي يتفق عليها الفرقاء، و في حال عدم الاتفاق على آلية إجرائية معينة، على الوسيط أن يتخذ التدابير المناسبة، و على أن تكون متفقة مع هذا النظام، و للوسيط الخيار بأن يجتمع مع كل فريق على حدة على أن تبقى هذه المحادثات الحيادية سرية و أن لا يفصح عنها للفريق الآخر إلا بموافقة صاحب الشأن<sup>(2)</sup>،

و للوسيط إبداء الرأي و تقييم الأدلة، و يخطر القاضي بكل الصعوبات التي تعترضه في أداء مهمته، يشترط أن تتم جميع إجراءات الوساطة في سرية بحيث لا يجوز الكشف عنها أو الإحتجاج بها<sup>(3)</sup>، و هذا ما جاء بيانه في المواد 1000، 1001 و 1005 من ق.إ.م.إ جزائري.

### ج- إنهاء مهمة الوسيط

تبعا لمقتضيات المادة 995 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري؛ التي تقضي بأن الوساطة لا تعني تخلي القاضي عن القضية، جاءت المادة 1002 منه بالنص على: "يمكن للقاضي في أي وقت إنهاء الوساطة بطلب من الوسيط أو من الخصوم . يمكن للقاضي إنهاء الوساطة تلقائياً عندما يتبين له استحالة السير الحسن لها.

و في جميع الحالات، ترجع القضية إلى الجلسة، و يستدعى الوسيط و الخصوم إليها عن طريق أمين الضبط"

1 - بربرة عبد الرحمن: شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مرجع سبق ذكره ص 529.

2 - علاء أباريان: الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، مرجع سبق ذكره ، ص137.

3 - بربرة عبد الرحمن: شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مرجع سبق ذكره ص529.

تؤكد لنا هذه المادة إمكانية إنهاء القاضي للوساطة في أي وقت سواء بطلب من الوسيط أو من الخصوم أو تلقائياً عندما يتبين له استحالة السير الحسن لها و في جميع الحالات ترجع القضية إلى الجلسة و يستدعى الوسيط و الخصوم لها<sup>(1)</sup>.

و بمجرد إنهاء الوسيط لمهمته يخبر القاضي كتابياً بنتائج الوساطة و ما توصل إليه الخصوم. و يترتب على توصل الوسيط لتسوية النزاع تحرير الوسيط لمحضر يضمه محتوى الإتفاق، و يوقعه رفقة الخصوم ثم ترجع القضية أمام القاضي في التاريخ المحدد لها مسبقاً لتتم المصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل لأي طعن، و يعد محضر الاتفاق سنداً تنفيذياً<sup>(2)</sup> و هذا بموجب المادتين 1003 و 1004 من قانون إ.م.إ جزائري .

إن نجاح المفاوضات يترجم من خلال اتفاق الطرفين المتنازعين على حل قد تم الموافقة عليه بكل حرية و إرادة سلمية تضع حداً للنزاع في مجمله أو جزء منه<sup>(3)</sup>.

#### 4. القيمة القانونية لاتفاق التسوية الودية

لا بد من الإشارة إلى أن الحل أو التسوية الودية التي توصل إليها المتنازعون ليس لها نفس الوضعية أو المكانة في القانون المقارن<sup>(4)</sup>؛ ففي الدول التي تنتهج المنهج الروماني الجرمانى و منها فرنسا إيطاليا و بلجيكا مثلاً، تعتبر هكذا اتفاق هو عقد من نوع خاص و على المتنازعين إجراء تسويات متبادلة فمن المؤكد أنه يتضمن نتائج أساسية لقوة القضية المقضية كما هو الحال في القانون المدني الفرنسي وفقاً للمادة (2052)<sup>(5)</sup>، و لكن الأمر يختلف بالنسبة لبلدان أخرى ؛ حيث أن المشرع اللبناني مثلاً لم يعتبر التسوية الودية هي عقد خاص، بل أخضعها للقواعد العامة في قانون الموجبات و العقود وفقاً للمواد (1035، 1046)<sup>(6)</sup>.

1 - بربارة عبد الرحمن: شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مرجع سبق ذكره ص 530.

2 المرجع نفسه ص 530.

3 - Ch. Jarrosn. " les modes alternatifs..."R.I.D.C 1997, No2 .op.cit. P 343.

4 - علاء أباريان: الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، مرجع سبق ذكره ، ص140.

5- Najjar, op.cit: P 26.

6 -Najjar, op.cit: P 26

و عليه فإن الاتفاق الذي ينتهي إليه من خلال هذه الوسيلة في حال نجاحها سوف يخضع إلى أحكام العقود و إلى النصوص الخاصة بحسب القوانين أو الأنظمة الخاصة لكل بلد، كوجوب تثبيت الاتفاق الودي خطياً أو تفسيره تفسيراً ضيقاً أو حظر التمسك في القانون أو وحدة الاتفاق ما لم ينص صراحة على إمكانية تجزئته<sup>(1)</sup>.

و ما يلاحظه على المشرع الجزائري أنه أعطى لاتفاق الوساطة الصبغة القضائية عندما نص على ضرورة التأشير القضائي عليه أي أنه أصبغه بصبغة العقود الخاصة.

و تبرير ذلك أن القاضي في مادة الوساطة لا يشرف بنفسه على الإجراءات خلافاً للصلح القضائي، لذلك لا بد من صدور أمر ينهي الخصومة بالتصديق على محضر الوساطة<sup>(2)</sup>.

ما لم يتضمنه قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، حالة عدم توصل أطراف النزاع إلى حل ودي نتيجة إهمال متابعة إجراءات الوساطة سواء بعدم الحضور إلى الجلسات أو انعدام الجدية، عكس المشرع الأردني الذي قرر جزاءات ضد الخصوم الذين يوافقون على الوساطة ثم يهملون متابعتها<sup>(3)</sup>، و قد أصاب في ذلك، لأن غياب الجدية يؤدي إلى فشل الوساطة و بالنتيجة ضياع الوقت و الجهد.

## II- الصلح

رغم أن الصلح إجراء يقره التشريع الجزائري قبل صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد (القانون 08-09) إذ نجد الكثير من النصوص تشير إليه لاسيما القانون المدني، إلا أن تصدي المشرع لموضوع الصلح بموجب النص الجديد، يأخذ طابعاً إجرائياً، في حين الصلح الوارد في القانون المدني ذو طابع موضوعي لا يوفر أي توضيح لكيفية مباشرته<sup>(4)</sup>.

1 - علاء أباريان: الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، مرجع سبق ذكره ، ص142.

2 - بربارة عبد الرحمن: شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مرجع سبق ذكره ص 531.

3- إذا لم يتوصل الوسيط لتسوية النزاع، فعليه تقديم تقرير للقاضي الأمر بالوساطة يذكر فيه عدم توصل الأطراف إلى تسوية على أن يوضح في هذا التقرير مدى التزامهم و وكلاتهم بحضور جلسات الوساطة، كما يعيد الوسيط إلى كل طرف ما قدمه إليه من مذكرات و مستندات و يمنع عليه الاحتفاظ بصورة عنها تحت طائلة المسؤولية القانونية.

انظر: أحمد محمد حشيش: طبيعة المهمة التحكيمية ، دار الكتاب القانونية، مصر 2001، ص 22

4 - بربارة عبد الرحمن: شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مرجع سبق ذكره ص 517.

لقد عرفت المادة 459 من القانون المدني الجزائري عقد الصلح بأنه عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، ذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل في حقه باستثناء ما يتعلق بالحالة الشخصية أو بالنظام العام.

## 1. أنواع الصلح:

و لأن الصلح نوعان؛ فيكون إما قضائياً بمناسبة دعوى قضائية، أو يقع خارج مرفق القضاء فيطلق عليه الصلح غير القضائي<sup>(1)</sup>. و لوجود هذا الاختلاف البسيط و الوحيد بينهما و نظرا للتداخل في باقي النقاط سنتناول الصلح القضائي باعتباره شامل لعقد الصلح المدني بطريقة غير مباشرة.

لكي يوجد صلح قضائي لا بد من أن يكون هناك عقد صلح مبرم بين الأطراف و أن تقوم المحكمة بإثبات هذا الصلح أو بالتصديق عليه، و سنتناول الصلح القضائي في نقطتين؛ أولاً شروط الصلح القضائي باعتباره عقد، و ثانياً الشروط حتى يكتسب الصفة التعاقدية.

## 2. الصلح القضائي باعتبار الطبيعة التعاقدية فيه:

لقد عرفت المادة 459 من القانون المدني الجزائري عقد الصلح بأنه عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، ذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل في حقه باستثناء ما يتعلق بالحالة الشخصية أو بالنظام العام.

كما عرفه القانون المدني المصري في مادته 549 كما يلي: "الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، و ذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه".

الصلح إذن عقد من العقود المسماة التي نظمها القانون المدني و الصلح كأبي عقد لا بد أن تتوفر فيه ثلاثة أركان: الرضا، المحل، و السبب. كما يجب أن تتوفر عدة شروط موضوعية لصحة عقد الصلح<sup>(2)</sup>، و لا يكون عقد الصلح صالحاً إلا بتوفرها؛ فيجب أن يكون هناك نزاع

<sup>1</sup> يس محمد يحي، عقد الصلح، دار الفكر العربي، 1978 ص 427.

<sup>2</sup> - الانصاري حسن النيداني: الصلح القضائي -دراسة تأصيلية و تحليلية لدور المحكمة في الصلح و التوفيق بين الخصوم-، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2001، ص 59.

قائم بين الطرفين، و أن يكون لديهم النية في حسم هذا النزاع، و أن ينزل كل منهما عن جزء من ادعائه<sup>(1)</sup>، و كل هذا مع عدم المساس بالحالة الشخصية أو الإخلال بالنظام العام كما جاء في المادة 459 من القانون المدني الجزائري.

يتضح من خلال دراستنا للصلح القضائي أن العنصرين الأول و الثاني هما عنصرين لازمين لقيام الصلح القضائي و وجوده، فيجب أن يكون هناك نزاع بين الطرفين و أن يهدف الطرفان من إبرام الصلح إلى حسم هذا النزاع، أما العنصر الثالث فنعتقد أنه عنصر غير لازم في الصلح القضائي فلا يشترط فيه أن ينزل كل من الطرفين عن جزء من ادعائه بل يمكن أن يتحقق الصلح القضائي بنزول أحدهما فقط عن ادعائه أو عن جزء منه دون أي مقابل يقدمه للطرف الآخر، فالصلح القضائي بهذا المفهوم أوسع من الصلح في القانون المدني<sup>(2)</sup>.

### 3. الصلح القضائي كما أخذ به المشرع الجزائري

تعتبر بعض التشريعات إجراء المصالحة جزءاً من الدعوى القضائية يدخل ضمن اختصاص المحاكم كما عليه الحال أمام القسم الناظر في المواد الاجتماعية وفقاً للقانون الفرنسي، إذ يترتب على إغفاله بطلان الدعوى، فالاتفاقيات المتوصل إليها تعتبر بمثابة أحكام قضائية واجبة التنفيذ و غير قابلة للطعن لاعتبار مكاتب المصالحة جزءاً من التنظيم الهيكلي لمحاكم العمل<sup>(3)</sup>.

تنص المادة 990 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على: "يجوز للخصوم التصالح تلقائياً، أو بسعي من القاضي في جميع مراحل الخصومة."

ومع أن المشرع الجزائري أخذ بالمبادئ المقررة بالنسبة للصلح في قانون الإجراءات المدنية الفرنسية<sup>(4)</sup>. إلا أننا نميز بين الصلح بمفهوم المادة 990 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الجديد و الصلح و المصالحة بالنسبة لمنازعات العمل وفقاً للتشريع

<sup>1</sup> - المرجع نفسه ص59.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه ص 60.

<sup>3</sup> - بريارة عبد الرحمن: شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سبق ذكره ص 518.

<sup>4</sup> - Article 127 du nouveau code de procedure civile Français- Titre VI- La conciliation: "Les parties peuvent se concilier, d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge, tout au long de l'instance". Article 128: "La

الجزائري؛ فالصلح الأول إجراء غير ملزم للأطراف و لا يعتبر ضمن الإجراءات الشكلية لقبول الدعوى، إذ يجوز للخصوم التصالح تلقائياً أو بسعي من القاضي في أي مرحلة كانت عليها الخصومة شريطة أن لا يتعارض مضمون الصلح مع النظام العام<sup>(1)</sup>.

في حين يعتبر الصلح الثاني إجراء شكلي جوهري مستقل عن الدعوى القضائية لكنه شرط لمباشرتها بغرض حمل الأطراف على التوصل بأنفسهم أو عن طريق ممثليهم إلى حل نقاط الخلاف ربحاً للوقت و اختصاراً للإجراءات<sup>(2)</sup>.

كما يختلف هذا الصلح عن الصلح الوارد في المواد 317 إلى 335 من القانون التجاري المتعلقة بانحلال التفلسة و التسوية القضائية<sup>(3)</sup>.

#### أ- كيفية انعقاد الصلح:

جاء في المادة 991 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري ما يلي: " تتم عملية الصلح في المكان و الوقت الذي يراهما القاضي مناسبين، ما لم توجد نصوص خاصة في القانون تقرر خلاف ذلك."

إذن القاعدة العامة أن تتم محاولة الصلح في المكان و الوقت الذي يراهما القاضي مناسبين، أما الاستثناء وجود نص خاص في القانون يقرر خلاف ذلك، فالمشرع لم يحدد إجراء يتم بموجبه الصلح، إنما فتح المجال واسعاً للقاضي وفقاً لما يراه مناسباً بشأن الكيفية، مادام ذلك سيحقق النتيجة<sup>(4)</sup>.

#### ب- محضر الصلح:

يثبت الصلح في محضر يوقع عليه الخصوم و القاضي و أمين الضبط و يودع بأمانة ضبط الجهة القضائية، فالخصومة التي تنتهي بالصلح، لا يصدر في شأنها حكم قضائي إنما يحل المحضر المثبت للصلح محل الحكم، و هو ما نصت عليه المادتين 992 و 993 قانون

1 - بربارة عبد الرحمن: شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مرجع سبق ذكره ص 518.

2 - محاضرات الأستاذ بو عناقعة عبد الرزاق لطلبة الكفاءة المهنية، جامعة منتوري قسنطينة، 2010.

3 - أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، معدل و متمم، ج ر عدد 101 لسنة 1975.

4 - بربارة عبد الرحمن: شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مرجع سبق ذكره ص 519.

الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائرية<sup>(1)</sup>، و بذلك يكون المشرع الجزائري خالف المشرع المصري الذي يرى بضرورة التصديق على محضر الصلح بموجب حكم قضائي له قوة السند التنفيذي<sup>(2)</sup>.

الاختلاف بين التشريعين يكمن في دور القاضي؛ ففي ظل القانون الجزائري الجديد يشارك القاضي الخصوم في إعداد محضر الصلح و يشهد على صحة الإتفاق ثم يمضي معهم على السند. بينما يقتصر دور القاضي وفقاً للقانون المصري على التصديق على محضر الصلح و كأنه موثق عملاً بنص المادة 103 من قانون المرافعات المصري التي تقضي بأنه: "للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة في أي حالة تكون عليها الدعوى إثبات ما اتفقوا عليه في محضر الجلسة و يوقع منهم أو من وكلائهم... يلحق الإتفاق المكتوب بمحضر الجلسة و يثبت محتواه فيه... و تعطى صورته وفقاً للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام<sup>(3)</sup>.

و مع ذلك، و سواء أخذنا بنص المادة 992 من القانون الجزائري التي تنص صراحة على أن الصلح يثبت بموجب محضر يودع بأمانة ضبط الجهة القضائية، أو استئناساً بالمشرع المصري الذي يعتمد نظام الحكم المصدق على محضر الصلح، ففي كلتا الحالتين لا يجوز الطعن في المحضر و لا في الحكم فهما سندان تنفيذيان لأن القاضي يمضي على المحضر ووفقاً للتشريع الجزائري أو يصدق على الصلح عملاً بالقانون المصري، لا يكون قائماً بوظيفة الفصل في الخصومة بمقتضى سلطته القضائية<sup>(4)</sup>.

فالمحضر هنا يغلب عليه الطابع الاتفاقي و كما هو معروف فإن العقد شريعة المتعاقدين، ملاحظة أن الصلح ينطلق إختيارياً وقت اللجوء إليه، لكنه ينتهي في صورة جبرية تلزم تنفيذ ما تم الإتفاق عليه بين الأطراف المتصالحة.

1 - المادة 992 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري تنص: "يثبت الصلح في محضر، يوقع عليه القاضي و أمين الضبط و يودع بأمانة ضبط الجهة القضائية".  
المادة 993 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري تنص: "يعد محضر الصلح سنداً تنفيذياً بمجرد إيداعه بأمانة الضبط.

تطبق أحكام المواد 600 إلى 604 من هذا القانون عند التنفيذ".

2 - يس محمد يحي: عقد الصلح مرجع سابق ص 429.

3 - رمضان جمال كامل: الدعوى و إجراءاتها، مرجع سبق ذكره ص 184.

4 - بريارة عبد الرحمن: شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سبق ذكره ص 520.

## ت- الصلح أمام القضاء الإداري

من أهم مميزات قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الجديد مرونة أحكامه، و اتسامها بالبساطة. لقد استبعد القانون رقم 90-23 المعدل لقانون الاجراءات المدنية التظلم الإداري المسبق من مجال الدعوى الإدارية و استبدالها بمحاولة الصلح كإجراء وجوبي وفقاً لنص المادة 169 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري (الملغى نسبياً) و استقر الإجتهد القضائي على موقف واحد يقضي بإلغاء عدم إجراء محاولة الصلح، يؤسس بمفرده وجهاً لإلغاء القرار المشوب بهذا العيب لأن محاولة الصلح تكتسي طابعاً إجبارياً لا يمكن لقضاة الدرجة الأولى مخالفتها<sup>(1)</sup>.

بصدور النص الجديد لم تعد محاولة الصلح تكتسي طابعاً إجبارياً، إنما جعل منها المشرع إجراءً جوازياً متروكاً لتقدير الجهة القضائية الإدارية بحيث يجوز لها إجراء الصلح في مادة القضاء الكامل، و في إي مرحلة تكون عليها الخصومة كما هو واضح من نص المادتين 970 و 971 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري .

و قد جاء ذكر الصلح مع التحكيم ضمن باب واحد في آخر النص الجديد، من قبيل الطرق البديلة لحل النزاعات أمام القضاء العادي و كان المشرع أراده حلاً بديلاً أكثر منه إجراء جوازياً ضمن مسار الدعوى الإدارية.

و جواز الصلح في مجال القضاء الكامل، معناه جواز الصلح بالنسبة للتعويض جبراً للضرر و بمفهوم المخالفة، عدم جواز الصلح في دعاوى الإلغاء لأن الغاية من الدعوى في الحالة الأخيرة، مهاجمة القرار الإداري المخالف للقانون، و بالتالي لا يمكن التصالح بشأن سند غير مشروع<sup>(2)</sup>.

يتم إراء الصلح بسعي من الخصوم أو بمبادرة من رئيس تشكيلة الحكم بعد موافقة الخصوم. فإذا حصل صلح، يحرر رئيس تشكيلة الحكم محضراً، يبين فيه ما تم الاتفاق بشأنه،

1 - مفس المرجع ص 521.

2 - بربارة عبد الرحمن: شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مرجع سبق ذكره ص521.

و يأمر بتسوية النزاع و غلق الملف، و يكون هذا الأمر غير قابل لأي طعن و هذا ما جاء بيانه في المادة 973 من القانون المذكور.

من خلال دراسة مضمون المواد 970 إلى 974 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الجديد المتعلقة بالصلح أمام القضاء الإداري يمكننا إستخلاص الآتي<sup>(1)</sup>:

1. أن إجراء الصلح أمام القضاء الإداري مأخوذة عن التشريع الفرنسي<sup>(2)</sup>.

2. أن الأحكام المقررة للصلح أمام القضاء الإداري تشبه إلى حد بعيد تلك

المقررة أمام القضاء العادي و أهم هذه الأوجه:

- جواز اللجوء إلى الصلح و في أي مرحلة تكون عليها الخصومة
- يتم الصلح بسعي من الخصوم أو بمبادرة من القاضي.

لكن ما يميز الصلح بين القضائين العادي والإداري، أن الصلح أمام القضاء العادي ينتهي بمحضر فقط يوقع عليه الخصوم و القاضي و أمين الضبط، و يكتسب قوة السند التنفيذي. بينما ينتهي الصلح في القضاء الإداري بأمر من رئيس التشكيلة غير قابل لأي طعن.

### -III التوفيق La conciliation

التوفيق نوع آخر من الوسائل البديلة لحسم النزاعات التجارية، و يتم بواسطة شخص ثالث حيادي و نزيه، يحاول أن يقرب أطراف النزاع و يقترح اتفاق صلحي بينهم. و يطلق على هذا الشخص اسم الموفق (Le conciliator) و تكون قراراته غير ملزمة و لا يمكن تنفيذها جبراً ففي واقع الأمر مفاده أن الموفق يقدم اقتراحات لأطراف النزاع في نهاية عمله<sup>(3)</sup>.

و يجب التمييز بين الوساطة و التوفيق، على الرغم من صعوبة ذلك فالوسيط أو الموفق كلاهما يجتهدان لحل النزاع، و هم أشخاص محايدون و مستقلون و يسعون إلى تقريب وجهات

<sup>1</sup> - بربارة عبد الرحمن: شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سبق ذكره ص 522.

<sup>2</sup> - Article 211-4 du code de justice administrative: "Les tribunaux administratifs peuvent exercer une mission de conciliation".

<sup>3</sup> - علاء أباريان: الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، مرجع سبق ذكره، ص 69.

النظر بين المتنازعين بهدف استكشاف أقرب الحلول و أنجعها، فالبعض يرى أن هذين المفهومين متقابلان و متماثلان<sup>(1)</sup>، أما البعض الآخر فيرى عكس ذلك، بدعوى أن الواقع العملي يميزهما بشكل صريح<sup>(2)</sup>.

فالموسيط يجتهد و يعمل بغية إيجاد النقاط الأكثر تقديراً و مقارنتها مع الأكثر أهمية و يحاول مقاربتها بغية الوصول إلى حل يرضي المتنازعين. أما الموفق فبعد أن يقابل أطراف النزاع يحاول أن يقترح بنفسه اتفاق صلح يمكن أن يكون مخرجاً سليماً للنزاع. و من خلال ما تقدم يتبين أن الدور الذي يلعبه الوسيط أكر فعالية من الدور الذي يلعبه الموفق؛ فالموسيط يحاول أن يبيلور و يسهل للمتنازعين الأمر و ذلك بإيجاد أفضل السبل و الظروف مما يحسم به النزاع و يعزز مكاسب الطرفين، لكن كما هو الحال في حالة الوسيط لا يمكن للموفق أن يفرض حكماً ملزماً على المتنازعين، و يقوم نظام التوفيق على التقريب بين وجهات النظر بين المتنازعين بحيث يجعلهم يشتركون معه في إيجاد الحل المناسب للنزاع، و على الأقل يحيطهم علماً بالقرار الذي سوف يتخذ في هذا الشأن<sup>(3)</sup>.

فإذا لم يقبل الأطراف اقتراح الموفق أو انسحبوا، أو انسحب أحدهم أثناء سير عملية التوفيق، فإن القرار الذي يصدر عنه لا يكتسب أي قوة ملزمة<sup>(4)</sup>.

#### -IV- المفاوضات La négociation

المفاوضات هي وسيلة أخرى من الحلول البديلة، و يمكن تعريفها بأنها وسيلة للتداول (تبادل وجهات النظر و الرؤى و المواقف) تهدف إلى إنشاء أو تعديل أو إنهاء علاقة. و أفضل تعريف أُعطيَ للمفاوضات هي التشاور أو التواصل بقصد الإقناع<sup>(5)</sup>.

1 - عبد المجيد الأحذب: موسوعة التحكيم، مرجع سبق ذكره، ص25.

2- Alan, redfern Martin Hunter. "Law and practice of International Commercial Arbitration", op.cit, P153.

B. Opptit, (B). " Arbitrage Médiation et conciliation". Rev. Arb. 1984 N° 1. P56.

3 - علاء أباريان: الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، مرجع سبق ذكره ، ص80.

4 - نفس المرجع، ص80.

5- Dandashly-Tarek. "Comparative study between A.D.R..." OP. cit. P 4

و تشكل المفاوضات ركناً أساسياً من الحلول البديلة في مرحلة ما قبل الوساطة، و تعد عملية التفاوض من أعقد العمليات على الإطلاق، ففيها محاوره و مراوغة و اصرار و مثابرة. و ظهرت عملية التفاوض منذ وقت بعيد على شكل المساومة حيث يسعى كل طرف إلى تحقيق أقصى منفعة من الصفقة المتفاوض عليها نظير أدنى مقابل. و مع مرور الوقت لم تعد المسألة مجرد مساومة تحكمها إجتهدات شخصية و إنما علم له قواعد و أصول أفردت لشرحها كتابات متخصصة. فالمفاوضات مهمة جداً إذا كان الفرقاء واقفين على أسس المساومة و يهدفون للمحافظة على علاقاتهم، فهي وسيلة مرنة و لا تحتاج إلى مظاهر و شكليات لإنهاء الخلاف القائم بل مجرد تعيين المكان و الزمان و المواضيع التي تحتاج إلى حوار و نقاش جدي<sup>(1)</sup>. و ذلك بحسن نية و رضا الأطراف أنفسهم بهدف الوصول إلى حل نقاط الخلاف فيما بينهم.

و يجب على المتنازعين عند نشوء أي خلاف العمل على محاولة حله عن طريق التفاوض على مختلف المستويات، و يمكن وضع بند بهذا الصدد من أجل تجنب التحكيم أو القضاء قبل أن يمضي وقت طويل.

و هناك مفاوضات تسمى بالعقلانية تهدف إلى فظ المصالح المتقابلة و المشتركة للأطراف عوضاً عن الحقوق و الواجبات التي يمكن التمسك بها في القضاء أو التحكيم، و هناك أيضاً ما يسمى بالمفاوضات المساعدة أو المؤازرة يدخل فيها شخص ثالث يحاول التقريب بين الطرفين و إرشادهما إلى وضعهما و البحث عن الحلول المحتملة لنزاعهما<sup>(2)</sup>.

## V- المحاكم المصغرة Mini-Trials

و هذه وسيلة أخرى من الوسائل البديلة و هي شكل مبسط من الدعاوى تهدف كغيرها من الوسائل إلى حل النزاع بأقل وقت و أقل تكاليف؛ تتلخص هذه الوسيلة في أن النزاع القائم يحال إلى هيئة مشكلة من رئيس محايد و مستقل و عضوين يختار كل من الطرفين المتنازعين واحداً منهما و عادة ما يكون من كبار موظفي الإدارة و ممن لهم دراية بتفاصيل النزاع، أو يتمثل كل طرف من أطراف النزاع.

<sup>1</sup> - Lo-a Mistelis A.D.R in England and wales, op. cit, P 28.

<sup>2</sup> - علاء أباريان: الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، مرجع سبق ذكره ، ص72.

و يطلب من الهيئة المشكلة على النحو السابق إعداد مشروع تسوية و تقديمه للأطراف و إن لم يتمكن العضوان أو المحاميان الممثلان عن الأطراف من التوصل إلى مشروع تسوية مقبول من قبلهما، يتقدم الرئيس المعين باقتراح مشروع تسوية من إعداده و تستمر هذه الجلسة بعد عرض الوقائع و الحجج القانونية و ملخص الأدلة و بنتيجة الجلسة التي عادة لا تتجاوز اليومين، يم البحث عن التسوية التي ترضي الطرفين<sup>(1)</sup>.

و تتلخص فوائد هذه الوسيلة بأنها تختزل الجلسات الطويلة و يمكن عرض كل من الأطراف مطالبة دون أي قواعد شكلية للإجراءات و الأدلة، كما أن المقررين الأساسيين لحل النزاع لديهم الخيار بأن يستشيروا أشخاصاً على درجة من الكفاءة و الموضوعية، و أخيراً فإن الحل النهائي هو حصيلة أشخاص مخولين لالتزام المؤسسات أو الشركات التي يمثلونها بالحل الذي توصلوا إليه<sup>(2)</sup>.

و يلتزم الأطراف بعدم السير في أي إجراء قضائي أو تحكيمي أثناء مدة المحاكمة المصغرة، و تستمر المفاوضات ولا يمكن الكشف عنها بل تبقى سرية و لا يمكن لأي من الطرفين استعمال أية معلومات أو أي دليل يتصل بعلمه أثناء المحاكمة المصغرة ضد خصمه إذا لم تكفل إجراءاتها بالنجاح<sup>(3)</sup>. و أول من طبق كانت الهيئة الأمريكية للتحكيم و اتبعها في ذلك غرفة التجارة في سويسرا و من ثم المركز التجاري لحل الخلافات في استراليا و المركز التجاري الدولي في هونغ كونغ، و من تم المركز التجاري لحل الخلافات في بلجيكا و أيضاً مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي، و لقيت هذه الوسيلة رواجاً و انتشاراً مؤخراً خصوصاً في حل الخلافات لدى شركات القطاع الخاص<sup>(4)</sup>.

## VI - التقييم الحيادي المبكر / التخمين غير الملزم

بموجب هذه الوسيلة يقوم الفرقاء المتنازعون بتقديم مطالبهم شفهيّاً و في مرحلة مبكرة من النزاع، إلى شخص حيادي يطلق عليه المقيم يكون عادة ذا صلة بالقضية أو بالقضايا

<sup>1</sup> عبد الحميد الأحذب: موسوعة التحكيم(الجزء الثاني)، مرجع سبق ذكره ص 26.

<sup>2</sup> New man paul, "Alternative dispute Resolution", op. cit, p. 9.

<sup>3</sup> - علاء أباريان: الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، مرجع سبق ذكره ، ص73.

<sup>4</sup> - علاء أباريان: الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، مرجع سبق ذكره ، ص74

القانونية و الفنية، بما يتعلق ببعض الإجراءات القانونية ، و يقوم هذا الأخير بمساعدتهم و تقديم استشاراته و تخمينه لهم و تكون غير ملزمة و تهدف هذه الوسيلة إلى الوقوف على النقاط القوة و الضعف لدى المتنازعين و يأتي دور المقيّم بمساعدتهم لحل خلافاتهم<sup>(1)</sup>.

و تتم هذه الوسيلة عادة بشكل طارئ و تهدف إلى تشجيع الأطراف بتسوية نزاعهم و تمنع من حدوث أي إجراءات غير ضرورية بغية كسب الوقت و المصاريف و توفير الجهد الذي يبذلونه لاحقاً، و هذه الوسيلة هي متداولة كثيراً في بريطانيا<sup>(2)</sup>. و ذلك بتقديم النصائح بمتابعة المفاوضات أو ربما بواسطة وسيط مستقل لأجل إزالة نقاط الخلاف القائم فيما بينهم<sup>(3)</sup>. و تستعمل هذه الوسيلة في حسم الخلافات الناشئة في مشاريع البناء الهامة<sup>(4)</sup>.

و يقدم المركز الدولي للخبرة الفنية التابع لغرفة التجارة الدولية (ICC) آلية لمثل هذا الإجراء من قبل خبير، و كذلك الأمر كل من محكمة لندن التجارية و لجنة الأمم المتحدة للتنظيم التجاري الدولي<sup>(5)</sup>.

### ثانياً: مجموعة الوسائل ذات الطابع الخاص و المستقل

هي مجموعة الوسائل ذات طابع خاص و مستقل و يتم من خلالها عرض النزاع على شخص ثالث حيادي بموافقة المتنازعين أنفسهم، و لا يمكن لهم الخروج بأنفسهم، و يكون القرار الصادر بواسطة الشخص الثالث ملزماً لهم<sup>(6)</sup>.

و يدخل من ضمنها: استئجار قاضي أو التقاضي الخاص، الاحتكام إلى تقرير خبير، التحكيم وفقاً لآخر عرض، و أخيراً حل النزاع بواسطة شخص ثالث أو ما يعرف بالـ Adjudication.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه ص 74.

<sup>2</sup> - Lo-a Mistelis A.D.R in England and wales, op. cit, P 31

<sup>3</sup> - Peter Turner, "Resolution of international Disputes through Arbitration or A.D.R" Lawyers for the new Millennium the Syrian bar association Damascus 2003, P 36.

<sup>4</sup> - J. El-Hakim; op. cit, P 335.

<sup>5</sup>- Peter Turner: 1 bid. P 33.

<sup>6</sup>- Peter Turner: 1Bid. P 33

## I- استتجار القاضي أو التقاضي الخاص

بموجب هذه الوسيلة يتقدم المتنازعون بطلب إلى المحكمة المختصة بتعيين قاضٍ خاصٍ لهم، بهدف النظر في النزاع و إيجاد حل سريع لنزاعهم<sup>(1)</sup>.

و تعيين المحكمة قاضياً خاصاً لهم و عادة يكون قاضياً متقاعداً للنظر في النزاع، يتولى القاضي المهمة المنوطة به و يتبع ذات الإجراءات المحلية، و يصدر قراراً مشابهاً للقرارات الصادرة عن المحاكم، حينها تلتزم المحاكم بتنفيذها في الحال، إذا كان القرار مناسباً و لا يتعارض مع النظم التشريعية و المتبعة في المحاكم المحلية<sup>(2)</sup>.

و قد عرفت و طبقت هذه الوسيلة في أمريكا و تحديداً في ولايتي كاليفورنيا و نيويورك.

و يقول دعاة هذه الوسيلة بأنها تؤمن حسنات عدة أولاً؛ يستطيع الفرقاء انتقاء شخص يملك المؤهلات و التجارب للتعامل مع النزاع، ثانياً؛ يمكن أن يتأكد المتنازعين أن النزاع سوف يعالج و لن يحدث تأخير، و أخيراً؛ يمكن أن تكون الكلفة أقل مما هي في الدعوى الكاملة<sup>(3)</sup>.

و هذه الوسيلة غير معروفة في بريطانيا<sup>(4)</sup>. و كذلك هو الحال فإنها غير مطبقة في العديد من الأنظمة القانونية في العالم و ذلك لتعارضها مع النظم التشريعية و أحكام القضاء في تلك الدول.

## II- الاحتكام إلى تقرير خبير

من خلال هذه الوسيلة يتم الاحتكام إلى شخص ثالث له خبرة و دراية في القضايا التقنية و الحسابية، و يسمى الخبير و يقوم بعد دراسة النزاع القائم و تفحصه، و يقدم تقريره بعد أن يكون قد استعمل خبرته و مهارته و توصل إلى الآلية المناسبة لحل النزاع، و تتميز هذه

1 - علاء أباريان: الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، مرجع سبق ذكره ، ص75.

2 - المرجع نفسه ص75.

3 - مايكال جاي فريدمان: موجز النظام القضائي الأمريكي، وزارة الخارجية الأمريكية/ مكتب برامج الإعلام الخارجي 2004، ص 129.

4 - H.Brown & A. Marriott. "A.D.R principles and practice" op. cit: P289.

الوسيلة كغيرها من بقية الوسائل البديلة بأنها أقل كلفة و أسرع من التحكيم، و تقرير الخبير ينفذ من قبل المحاكم و لا يقبل الإستئناف لأنه مبني على عناصر النزاع الواقعية دون النظر إلى عناصره القانونية، و لكن يمكن مدعاة الخبير بسبب الإهمال<sup>(1)</sup>.

و هذا بعكس القرار التحكيمي الذي يقبل الإستئناف و إن كان ضمن شروط في بعض الأحيان، فهو حكم مبني على عناصر النزاع الواقعية و القانونية -كما سنرى ذلك في الفصل الثاني-.

و هذه الوسيلة متداولة كثيرا في بريطانيا، و اعترف المشرع البريطاني بشرعية بنود الخبرة كأسلوب بديل لحل النزاعات التجارية و أعطاهما الفعالية التامة، بشرط أن يكون البند واضحا و لا يشوبه أي لبس<sup>(2)</sup>، و كثيرا ما تتضمن العقود التجارية و خاصة في عقود البناء و الهندسة بنداً يعطي صلاحية بت النزاع إلى خبير تتم تسميته في العقد أو بواسطة هيئة التسمية<sup>(3)</sup>.

### III - التحكيم وفقاً لآخر عرض

عرفت هذه الوسيلة تحديداً في الولايات المتحدة الأمريكية بسبب نزاعات معينة نتيجة مفاوضات لعقود محترفي الرياضة و لجهة تعيين الثمن<sup>(4)</sup>، و تعرف أيضاً باسم Pendulum arbitration<sup>(5)</sup>.

و بموجب هذه الوسيلة على كل طرف من أطراف النزاع أن يقدم اقتراحاته و ادعاءاته داخل ظرف مختوم إلى الهيئة التحكيمية؛ و تقوم هذه الأخيرة بدراسة هذه الطلبات و من ثمّ تختار أفضل الحلول ملائمة و الأكثر موضوعية، و ترد الطلب المبالغ فيه<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - Lo-a Mistelis A.D.R in England and wales, op. cit. P 27

<sup>2</sup> - Dandashly-Tarek. Comparative study between A.D.R ...." Op. cit. P17.

<sup>3</sup> - علاء أباريان: الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، مرجع سبق ذكره ، ص77

<sup>4</sup> - Ch.Jarrosson. D.E.S.S, Op. cit. P 40.

<sup>5</sup> - Pendulum و تعني رفاض الساعة أوالنواس، و هو كل ما يرجع بين وضعين متناقضين أو يتخذ اتجاهاً معيناً أو اتجاهاً آخر حيناً. انظر في ذلك منير البعلبكي- المورد الكبير - قانوس انجليزي/ عربي - دار العلم للملايين، الطبعة الأولى، سنة 2005 ص 1344.

<sup>6</sup> - علاء أباريان: الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، مرجع سبق ذكره ، ص78.

إن الهدف من هذه الوسيلة هو دفع المتنازعين و تشجيعهم على تقديم ادعاءات واقعية و غير مبالغ فيها بهدف الوصول إلى العناصر الواقعية في النزاع، و ذلك لأن الهيئة التحكيمية لها الخيار في قبول أي اقتراح أو ادعاء من طرفي النزاع كما هو و بدون زيادة أو نقصان.

و لأن هذه الوسيلة شبيهة بلعبة البيسبول الأمريكية، و الهيئة التحكيمية لا تملك سوى حرية اختيار أحد الطرفين، تعرف هذه الوسيلة أيضا بـ baseball Arbitration<sup>(1)</sup>.

#### IV- حل النزاع بواسطة شخص ثالث أو ما يعرف بالـ Adjudication

الـ Adjudication هو اصطلاح عام، و يمكن القول بأنه الوسيلة التي بموجبها يكلف أطراف النزاع شخص حيادي و مستقل و ذو خبرة و يسمى الـ Adjudication و الذي يتمتع بصلاحيات البت بعناصر النزاع الواقعية و القانونية، و ذلك تمهيداً لإصدار قرار ملزم و في خلال فترة زمنية وجيزة و محددة<sup>(2)</sup>. و قد ارتبطت هذه الوسيلة بعقود الهندسة الدولية من نوع الـ FIDIC.

إذ أن هذا النوع من العقود قد نص على عدم جواز البدء بالتحكيم قبل إحالة النزاع إلى الـ Adjudication، و بالتالي فإنه يحق للمتنازعين في مثل هذه العقود وقف الدعوى ليس فقط أمام المحاكم هذه المرة بل أيضاً أمام الهيئة التكميمية حتى صدور قرار عن الـ Adjudication و هذا القرار يجب أن يصدر ضمن فترة زمنية معينة حددها الـ FIDIC بـ 56 يوماً قابلة للتجديد إلى 48 يوماً<sup>(3)</sup>.

لقد أصبح الـ Adjudication جزءاً من النظام القانوني الانجليزي منذ عام 1996، حيث نص التشريع الصادر في ذلك العام على إمكانية إحالة معظم نزاعات الهندسة و البناء للفصل بواسطة الـ Adjudication سواء نص العقد على ذلك أم لا، كما أعطى الحق للمتنازعين بالتنازل عن هذه الوسيلة بالاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، هذا و قد حدد القانون

<sup>1</sup> - عبد الحميد الأحدث: موسوعة التحكيم الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سبق ذكره ص 28.

<sup>2</sup> - H.Brown & A. Marriott. "A.D.R principles and practice" op. cit. P 18 .

<sup>3</sup> - علاء أباريان: الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، مرجع سبق ذكره ، ص 79.

المذكور فترة صدور القرار بأن لا تتجاوز 82 يوماً من تاريخ الإحالة، و يمكن الاتفاق على خلاف ذلك إلى 14 يوماً<sup>(1)</sup>.

و لكن ما هو معيار التمييز بين هذه الوسيلة و باقي الوسائل البديلة التي تم عرضها لحل النزاعات التجارية؟

يختلف الـ Adjudication عن الوساطة في أنه يعتمد على إتباع وسائل متنوعة لجلاء الحقيقة بدلاً من المساعدة في خوض المفاوضات، و يختلف عن التحكيم، في كون القرار الصادر عن الـ Adjudicator لا يخضع للاستئناف، بل أن النزاع يحال مجدداً برمته إلى التحكيم، و هذا بعكس ما هو عليه الحال في التحكيم، حيث أن القرار التحكيمي يخضع للاستئناف<sup>(2)</sup>.

و يختلف الـ Adjudication عن حل النزاع بواسطة الاحتكام إلى خبير لأن القرار الذي يصدره الـ Adjudicator يبقى ملزماً به حتى إحالة النزاع مجدداً إلى التحكيم<sup>(3)</sup>.

---

<sup>1</sup> - Lo-a Mistelis A.D.R in England and wales, op. cit. p 28

<sup>2</sup> - علاء أباريان: الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، مرجع سبق ذكره ، ص 80.

<sup>3</sup> - Dandashly-Tarek. Comparative study between A.D.R ...." Op. cit. P21.

## خاتمة الفصل الأول:

من خلال ما تقدم بيانه في الفصل الاول يمكن أن نخلص إلى القول بأن عقود الاستثمار من الوسائل الفعالة لتحقيق التنمية الاقتصادية في الدولة المضيفة، والتي من سلطتها تعديل و إنهاء عقد الاستثمار المبرم مع المستثمر الأجنبي استنادا إلى ممارسة حقوقها السيادية على إقليمها، وكذا مستخدمة في ذلك سلطاتها التنفيذية والإدارية، و لا يعد ذلك إخلالا ومخالفة لأحكام القانون الدولي، وكل ما في الأمر أن المستثمر الأجنبي، إذا لحقته أضرار جراء هذا التعديل والإلغاء، فإن القانون المطبق والنظام القانوني للدولة المتعاقدة والقواعد العامة، تقضي بتعويضه عما لحقه من أضرار.

و يمكن أن نخلص إلى أن مشكلة تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في العقود التي لا ينصب مضمونها على التحكيم و لا على ضرورة وجود اتفاق لاحق لطريقة حل النزاعات، هذه المنازعات يعود الإختصاص الأصيل فيها للقضاء الوطني، لاعتبارات السيادة و كذا الولاية العامة للقضاء في الفصل في النزاعات التي تثور على التراب الوطني، و هو ما ضمنته الجزائر في تشريعاتها الداخلية لاسيما الاتفاقيات المبرمة بصدد الاستثمار الأجنبي. لكن هذا لم يمنع المشرع أن يأخذ بوسائل أخرى بديلة لحل مثل هذه النزاعات و هي الوساطة و المصالحة، و التحكيم الذي سنتناوله في الفصل الثاني إن شاء الله.

## الفصل الثاني:

فض منازعات الاستثمار الأجنبي عن طريق التحكيم  
التجاري الدولي

## الفصل الثاني:

### فض منازعات الاستثمار الأجنبي عن طريق التحكيم التجاري الدولي

بعد أن عالجتنا في الفصل الأول إشكاليات تتعلق بالاستثمار في حد ذاته من حيث تعريفه و أشكاله، و ركزنا فيه على الإشكالات التي تعترض الاستثمار الأجنبي في التعامل مع القضاء الداخلي للدولة، و بالمقابل سعي هذه الأخيرة إلى تقديم المزيد من الضمانات من أجل جلب رؤوس أموال ضخمة للقيام باقتصادياتها، و من بين تلك الضمانات أن جل الدول أتاحت للمستثمرين الأجانب ولوج باب التحكيم التجاري الدولي كأسلوب حديث و فعّال لفض النزاعات التي قد تثار بهذا الشأن.

سنعالج في فصلنا هذا و بالله التوفيق التحكيم التجاري الدولي من حيث التعريف به و الجوانب المتعلقة به، و كذا الإشكالات التي يثيرها. كما سنحاول التدقيق في موقف التشريع الجزائري في مجال الأخذ بهذا الأسلوب مركزين على الفقه الدولي الذي له باع طويل في هذه التجربة.

لذا ارتأينا أن نقسم هذا الفصل إلى قسمين؛ الأول نتطرق فيه إلى التعريفات و المفهوم الخاص بالتحكيم التجاري الدولي، و كذا التطور التشريعي الجزائري في مجال الأخذ بهذه الوسيلة.

أما الجزء الثاني فنخصصه لدراسة تطبيقية لكيفية أخذ المشرع الجزائري لأسلوب التحكيم في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي.

## المبحث الأول:

### مفهوم التحكيم و تطور الأخذ به في التشريع الجزائري

يعتبر التحكيم الطريق البديل الثالث لحل النزاعات بعد الصلح و الوساطة، و لأن التحكيم يتم خارج مرفق القضاء و دون تدخل من القاضي، شريطة أن لا يتعارض حكم التحكيم مع حكم قضائي سابق في موضوع النزاع.

التحكيم التجاري الدولي مفهوم قانوني حديث نسبيا يقوم على سحب الاختصاص من القضاء الوطني لحل المنازعات التي تحدث بسبب إبرام و تنفيذ عقود الاستثمار المبرمة بين الدول بعضها البعض أو بين الدول و الشركات التجارية الدولية أو الأفراد ، و إسناد حل هذه المنازعات إلى أشخاص خواص يتم اختيارهم بصفة إرادية من قبل الأطراف المتعاقدة .

لذا ارتأينا أن تقسم دراستنا كالاتي:

مطلب أول نتطرق فيه إلى التعريف بالتحكيم التجاري الدولي و أنواعه و تمييزه عن غيره من المفاهيم، و مطلب ثاني؛ نستعرض من خلاله التجربة الجزائرية في مجال التحكيم التجاري.

## المطلب الأول:

### تعريف التحكيم و فاعليته

من أجل الوصول إلى مفهوم جد دقيق للتحكيم كنظام لتسوية المنازعات التي تثور بشأن الاستثمار الأجنبي، لا بد من أن نعرض على مواضيع كثيرة لها صلة بالتعرف على هذا الأسلوب الحديث بالنسبة إلينا لكنه له باع طويل في الفقه و القانون الغربي بالخصوص.

لذا ارتأينا أن نتناول كل هذا بالتفصيل سواء بالنظر إلى إعطاء صورة عامة على التعريف الاصطلاحي، ثم نبين الطبيعة القانونية له، و كذا تمييزه عن غيره من المصطلحات.

### الفرع الأول: التعريف بالتحكيم و طبيعته القانونية و الآثار القانونية للإلتجاء إليه

للإحاطة بالإطار العام للتحكيم التجاري الدولي و إعطاء مفهوم خاص به لا بد من التطرق إلى التعريف به و بيان طبيعته القانونية (أولاً)، ثم نبرز الآثار القانونية للإلتجاء إليه (ثانياً).

### 3 أولاً: تعريف التحكيم

التحكيم لغة من مادة "حَكَمَ"، و حَكَمَ بتشديد الكاف تعني طلب الحكم ممن يتم الاحتكام إليه و يسمى "الحَكَمُ بفتح الحاء و الكاف أو المُحَكَم بضم الميم و فتح الحاء و الكاف مشددة"<sup>(1)</sup>.

و يعرف التحكيم لغة بأنه التفويض في الحكم فيقال حكمت فلاناً في الأمر بمعنى فوضت إليه الحكم في الأمر، أما في الفقه الإسلامي فهو تولية الخصمين حكماً يحكم بينهما في أمر معين<sup>(2)</sup>.

و يقصد بالتحكيم في الاصطلاح القانوني<sup>(3)</sup> اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين. و يتولى الأطراف تحديد أشخاص المحكمين أو على الأقل، يضمنون اتفاقهم على التحكيم، بياناً لكيفية اختيار المحكمين، أو أن يعهدوا لهيئة أو لمركز من الهيئات أو مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقاً للقواعد أو اللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز.

و يتضح من هذا التعريف، أن الأطراف قد يتفقون على: "التحكيم قبل حدوث أي خلافات بينهما، فيرد اتفاق في هذه الحالة في شكل شرط أو بند من بنود العقد أو الاتفاق الذي ينظم علاقاتهم الأصلية، و قد يحررون وثيقة أو اتفاقاً مستقلاً يضمنونه اتفاقهم على إحالة ما قد يثور بينهم من منازعات بمناسبة العقد الأصلي إلى التحكيم. و القاسم المشترك بين الصورتين

1 - المعجم الساسي - مادة حكم- ص 340.

2 - نبيل صقر: الوسيط في شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية، القانون رقم 09/08 دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 2008، ص 546.

أنظر أيضاً: سيد أحمد محمود: نظام التحكيم دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية و القانون الوضعي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.

3 - انظر في تعدد التعاريف - أبو زيد رضوان- الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، 1980 ، ص 19 - و تبرز بعض التعاريف الصفة " النظامية للتحكيم" - أنظر:

Jean Robert: L'arbitrage, droit interne, droit international prive, 6<sup>ed</sup> 1993, P3.

حيث يعرف التحكيم:

"... L'institution d'une justice privé grâce à la quelle les litiges sont soustraits aux Jurisdiction de droit commun, pour être résolu par des individus revêtus pour la circonstance, de la mission de .."les Juger

أيضا : دافيد رينيه: التحكيم في التجارة الدولية، 1982، ص 5.

أن الاتفاق على التحكيم له طابع "التحسب" للمستقبل، و يسمى مثل هذا الاتفاق في صورته بشرط التحكيم. و يجوز للأطراف الانتظار، فإذا ما شجر نزاع بينهم قاموا بإبرام اتفاق على إحالته للتحكيم، و يسمى هذا الاتفاق، بمشاهدة أو وثيقة التحكيم<sup>(1)</sup>.

## ثانياً: الآثار القانونية لالتجاء الأطراف إلى التحكيم

ماذا يعني إلتجاء الأطراف إلى التحكيم؟

يعني اتفاق الأطراف الالتجاء إلى التحكيم، سواء أخذ شكل شرط أو مشاهدة التحكيم، اتجاه الإرادة المشتركة إلى ترتيب أثرين قانونيين هما:

1. سلب اختصاص قضاء الدولة<sup>(2)</sup>؛ الذي كان يتحتم طرح النزاع عليه، إذا لم يوجد اتفاق التحكيم. فهذا الاتفاق له أثر مانع، مقتضاه التزام القاضي بعدم نظر النزاع طالما وجد اتفاق تحكيم، و تمسك به أحد الأطراف حتى لو نكص الطرف الآخر على عقبيه محاولاً الإستمرار في تصدي القاضي للفصل في النزاع.

2. قبول الأطراف طواعية و على نحو نهائي لقرار التحكيم الذي يصدره المحكم أو المحكمون؛ فلا يحق للخاسر رفع دعوى مبتدئة أمام القضاء لكي تعيد النظر في النزاع، فلحكم المحكمين قوة الشيء المقضي فيه في خصوص ما فصل فيه و تتجه أغلب القوانين إلى منع الطعن في حكم التحكيم أو محاصرة طرق الطعن أو طلب البطلان و ذلك عن طريق تحديد حصري للأسباب التي يمكن أن يؤسس عليها طلب البطلان<sup>(3)</sup>، و هذا ما سنتطرق إليه في وقته.

## ثالثاً: الطبيعة القانونية للتحكيم

1 - محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 2007، ص 6.  
2 - و هذا ما جرى عليه الفقه في التعبير عن الأثر المانع لاتفاق التحكيم- كما أشرنا في الفصل الأول- و الأدق في نظرنا هو منع القاضي من نظر الدعوى التي لم تعد مقبولة بعد الاتفاق على التحكيم، فالأمر لا يتعلق بسلب أو إلغاء اختصاص القاضي. أنظر: محمود مختار أحمد بريري: المرجع نفسه، ص 6.  
3 - محمود مختار أحمد بريري: المرجع نفسه، ص 6.

و يثير التحكيم جدلاً حول طبيعته القانونية، فاتجاه البعض إلى ترجيح "الطبيعة القضائية"<sup>(1)</sup>، و ذلك على أساس تركيز النظر و الاعتماد على "طبيعة المهمة التي يؤديها المحكم، فهو يفصل في نزاع شأنه شأن القاضي، و يحوز حكمه حجية الأمر المقضي فيه، بل يتميز حكم التحكيم بعدم قابليته للطعن فيه في ظل معظم التشريعات و الاتفاقيات الدولية، في حين أن حكم القاضي قابل للطعن فيه، و يمكن إعادة طرح موضوع النزاع أمام محاكم الدرجة الثانية. فالمحكم يؤدي وظيفة القاضي، لكنه قاضي "خاص" يقابل قاضي "الدولة"، و سند قيام المحكم بوظيفة القاضي، هو قانون الدولة التي سمحت بالتحكيم كوسيلة لحسم المنازعات يمكن للأفراد الإلتجاء إليها، و يترتب على الطبيعة القضائية للتحكيم، التسليم بحق الدولة في التدخل، لأن القضاء أصلاً منوط بالسلطة القضائية و يأتي التحكيم استثناءً، يسمح لأشخاص من خارج هذه السلطة بالقيام بوظيفة القاضي، فلا بد أن تراقب الدولة و تتدخل بقواعد أمره تضمن سلامة إجراءات التحكيم، و سلامة الحكم، و تسمح بالطعن فيه أمام القضاء، و تنظم القواعد و الإجراءات اللازمة لتنفيذ حكم التحكيم<sup>(2)</sup>.

و يقابل هذا الاتجاه اتجاه آخر<sup>(3)</sup> يرجح الطبيعة العقدية للتحكيم فليس المهم من وجهة نظر هذا الاتجاه إعطاء الأولوية لمهمة المحكم و إنما الأولى أن ننظر إلى من أولاه و خوله هذه المهمة، و من الذي حدد له الإجراءات التي يتبعها، و من الذي يحدد شخص أو أشخاص المحكمين، و يدفع أتعابهم، و يحدد لهم القانون الذي يحسمون النزاع وفقاً لنصوصه، و أن أطراف الاتفاق هم الذين يتولون ذلك كله، و تشريعات التحكيم التي تسنها الدول أو الاتفاقيات الدولية، لا تضع أحكاماً أمره إلا في أضيق الحدود و لخدمة و تحقيق "إرادة الأطراف في الإلتجاء الاختياري للتحكيم".

<sup>1</sup> - Ronald Bernstien & eight specialst contributors Hand book of Arbitration practice, London 1987, p9.

حيث يشير إلى ما ذهب إليه Sir John Denaldson من اشتراك القضاة و المحكمين في إقامة العدالة في القطاعين العام و الخاص. أيضاً:

فتحي والي: مبادئ قانون القضاء المدني، 1975، ص 730.

<sup>2</sup> - محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 7.

3 - انظر:

Klien (F.E): Autonomie de la Volonté et arbitrage- revue critique de droit international privé, 1958, p 280 et s.

أحمد أبو الفاء: التحكيم بالقضاء و الصلح، 1965 ص 26.

انظر الملحق رقم 2 الخاص ببعض الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء المصري و الدستوري العليا، و انظر نقض 2000/01/12 المحاماه عدد 1-2001- ص 32.

إن الدولة تقف عند دور "الدولة الحارسة" تسهر على منع المساس بالنظام العام، أما بدأ التحكيم و سيره و حتى صدور الحكم، فيجد أساسه في اتفاق الأطراف على الالتجاء للتحكيم، ثم في اتفاقهم مع المحكمين على "الانصياع و الخضوع" لما يصدرونه من أحكام. و لذا فإن تنفيذ معظم أحكام التحكيم يتم طواعية دون الالتجاء للقضاء للحصول على أمر التنفيذ، و حتى لو تم الإلتجاء للقضاء، فلا يعدو الأمر أن يكون مشابهاً لعقود الصلح التي تخضع لتصديق القضاء، و لم ينازع أحد في الطبيعة العقدية لعقد الصلح في مثل هذه الحالات.

و يترتب على ترجيح الطبيعة العقدية للتحكيم ضرورة إطلاع مبدأ "سلطان الإرادة" و ترك الأمر لأطراف النزاع و المحكمين الذين اختاروهم بمحض ارادتهم و ارتضوا سلفاً الخضوع لما يصدرونه من أحكام، و لا يجوز للدولة أن تتدخل إلا لمنع المساس بالنظام العام، أو لضمان حسن سير عملية التحكيم و ذلك بوضع قواعد مقررة تسد ثغرات اتفاق الأطراف و لا تلجأ لوضع قواعد أمرية إلا في حدود ما يمسُّ الأسس الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية لكيان الدولة<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: مزايا التحكيم على الصعيدين الوطني و الدولي:

تأتي في مقدمة مبررات الالتجاء إلى التحكيم و أبرز مزاياه، الحجة المتمثلة في رغبة أطراف العلاقة القانونية تقادي طرح منازعاتهم على القضاء، مع ما تنسم به إجراءات التقاضي من بطء و تعقيد<sup>(2)</sup>، علاوة على احتمال استطالة أمد النزاع بسبب تعدد درجات التقاضي و إمكانية الطعن في الأحكام، و تقديم اشكالات التنفيذ، التي قد تحكها اعتبارات الخصومة، و المماثلة التي تحقق القول بأن "العدالة البطيئة نوع من الظلم"<sup>(3)</sup>.

إن اتفاق الأطراف على التحكيم يكشف عن رغبة في حسم ما قد يثور بينهما من خلافات، و ينزع إلى حد كبير صفة الخصومة و يقضي على وسائل المثل و اللدد، اذ يفوض

<sup>1</sup> - و يتجه البعض إلى القول بالطبيعة المختلطة التي تجمع بين الطابع القضائي و العقدي- انظر: الاستاذ محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، محاضرات 1974 ص 37.

<sup>2</sup> - رونارد بيرنستين: مرجع سبق الإشارة إليه ص 3 ، سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، 1984، ص 3 . دافيد رينيه مرجع سبق الإشارة إليه ص 16.

<sup>3</sup> - محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 9.

الأطراف أمرهم للمحكمن الذين اختاروهم بأنفسهم، و هم بهذا التفويض ارتبطوا و قبلوا سلفاً  
الاذعان لما يصدره المحكمون من قرارات.

و المحكم يعرف أنه أمام أطراف علاقة قانونية، قد لا تنتهي بانتهاء التحكيم، و إنما قد  
يكون الحكم مهياً لإمكان استئناف و استمرار علاقتهم، فالمحكم لا يدين بقدر ما يرجح و جهة  
نظر أو تفسير طرف على وجهة نظر أو تفسير الطرف الآخر، لشرط من شروط العقد أو  
لالتزام من الالتزامات الناشئة عنه... إلخ، فالمحكم يقوم بعمل يشارك فيه الأطراف، فحكم  
التحكيم هو نتيجة عمل جماعي يشارك فيه الأطراف و المحكمون، لا تحكمه اعتبارات  
الخصومة و رغبة كل طرف في الانتصار لنفسه كما هو شأن الخصوم أمام القاضي، حيث  
وسائل المماثلة و استغلال المهارات القانونية في فتح الثغرات أو تهيئة وسائل الطعن و  
مواصلة طرقها تبعاً مع استغلال الإجراءات و المواعيد و وسائل الإعلان و التلاعب التي قد  
تؤدي في النهاية إلى ضياع الحق من صاحبه و كسب الظالم لقضيته، إن التحكيم يخلق كل هذه  
الأبواب<sup>(1)</sup>، فثم مواعيد يحددها الأطراف لكي يتم إصدار الحكم، و يهيمن المحكمون على  
"الإجراءات" بعد تحديدها بواسطة الأطراف، أو وفقاً للقواعد المعمول بها في إحدى هيئات  
التحكيم الدائمة؛ كغرفة التجارة الدولية بباريس، أو المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي  
بالقاهرة، أو وفقاً لقواعد اليونسترال (لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي)... إلخ، كما أن  
الأطراف هم الذين يختارون القانون الذي يحكم موضوع النزاع<sup>(2)</sup>، فليس الأمر متروكاً في  
حالة تنازع القوانين، لقواعد لإسناد التي قد يؤدي تطبيقها إلى تطبيق قانون قد يصدم توقعات  
الأطراف، و على فرض عدم تحديد القانون بواسطة الأطراف، فالمحكم لا تسري عليه قاعدة  
خضوع الدعوى لقانون البلد الذي تقام فيه كما هو الشأن بالنسبة للقاضي الذي يتعين عليه  
تطبيق قواعد التنازع في قانونه الوطني.

1 - دافيد رينيه المرجع السابق، ص 198.

2 - تكاد تجمع أغلبية الاتفاقيات الدولية و نظم و لوائح هيئات و مراكز التحكيم الدائمة على إطلاق حرية الأطراف في اختيار  
القانون الذي يحكم موضوع النزاع، و هو ما تسير عليه أيضاً التشريعات الوطنية المنظمة للتحكيم، أنظر على سبيل المثال  
المادة 1496 من قانون المرافعات الفرنسي، و انظر في عرض موقف التشريعات الوطنية على نحو مفصل:

Mer Blessing: international arbitration Bussins Law Journal, October 1989, n°9, P408.

و في مجال الاتفاقيات الدولية - أنظر المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك و التي تخضع صحة اتفاق التحكيم لقانون الإرادة،  
مما يستشف منه اتباع هذا القانون أيضاً في خصوص موضوع النزاع، أيضاً نص المادة السابعة من الاتفاقية الأوروبية  
بخصوص التحكيم التجاري الدولي 1961، أيضاً المادة 42 نت اتفاقية واشنطن عام 1965 بخصوص تسوية منازعات  
الإستثمار، أيضاً المادة 33 من قواعد اليونسترال، و المادة 28 من قانون اليونسترال النموذجي.

إن المحكم يتمتع بحرية تكاد تكون مطلقة في اختيار القانون الذي يراه معبراً عن الإرادة الضمنية للأطراف، أو الذي يراه أكثر ملائمة تبعاً لطبيعة النزاع المعروف أمامه، بل قد نراه يطبق مجموعة الأعراف و العادات التجارية الساري في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع، فثم قانون التجارة الدولية، تسهم في تكوينه و تطويره الاتفاقيات الدولية، و أحكام التحكيم، و جهود مراكز و هيئات التحكيم الدائمة، و جهود لجنة القانون التجاري الدولي بالأمم المتحدة.... الخ.

و لا تخفى هذه الميزة التي يحققها التحكيم في علاقات التجارة الدولية التي تأتي بطبيعتها على "التوطين" و اسنادها لقانون وطني دون آخر و لذا نجد صحيحاً القول بأقول عصر قواعد تنازع القوانين<sup>(1)</sup> بالنسبة لعقود التجارة الدولية.

فأطراف هذه العقود ينتمون في الغالب إلى جنسيات مختلفة و أنظمة قانونية متباينة، تجعل عسيراً خضوع طرف لقانون بلد الطرف الآخر الذي هو ثمرة ثقافة و حضارة و تقاليد غريبة عليه.

إن المحكم على خلاف القاضي، لا يلزم أن يكون رجل قانون فالأطراف يمكنهم اختيار محكم له خبرة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع، فقد يكون مهندساً أو طبيباً أو رجل أعمال، مما يجعله مؤهلاً لفهم و إدراك طبيعة النزاع و الإمساك بمقطع النزاع دون أن يكون مضطراً للإستعانة بالخبراء<sup>(2)</sup> و هو أمر لا غنى عنه إذا كان النزاع معروضاً على القضاء.

حقاً إن القاضي في النهاية هو الخبير الأعلى، و لكن تعقد و تنوع المعاملات التجارية الدولية و تعلقها بعقود تتضمن شروطاً و تفاصيل فنية معقدة، تضطر القاضي للإستعانة بالخبراء و إعداد تقارير خبرة، لا شك المحكم الخبير أقدر على استيعابها من رجل القانون و سيكون مصدر الطمأنينة و ثقة الأطراف في القرار الذي سيصدره في النزاع، فضلاً عما توفر

1 - دافيد رينيه المرجع السابق ، ص103، أيضا:

Si Gvared Jaivin: choosing the place of arbitrage –where we stand- vol.16, p 417==.

= أيضاً روبيرت جن: مرجع سبق الإشارة إليه ص 315. حيث يشير إلى تراجع قواعد التنازع خاصة في مجال التحكيم التجاري الدولي، نظراً لغلبة الطابع العقدي الذي يعد الأساس الذي يركز عليه التحكيم.

<sup>2</sup> دافيد ريبية مرجع سبق الإشارة إليه ص 19. أيضاً رونالد بيرنستين و آخرون سبق الإشارة إليه، ص 10، حيث يشير إلى حالة المنازعات ذات الطابع التقني و ما يحققه التحكيم من خفض و توفير في تكاليف التقاضي، فضلاً عن إمكانية اتفاق الأطراف على تفويض المحكم المؤهل ذي الخبرة بناء على المستندات فقط.

له هذه الخبرة الفنية من قدرة على التصدي و منع إطالة أمد النزاع عن طريق تقديم تقارير الخبرة المتضادة من قبل أطراف النزاع<sup>(1)</sup>.

إن عملية التنمية الاقتصادية الشاملة التي تسعى الدول النامية إلى تحقيقها، تضطر الدولة و أشخاص القانون العام إلى التدخل في إبرام أو في الإشراف و الرقابة على عقود التنمية الاقتصادية، مما يجعل من التحكيم هو الوسيلة الملائمة لفض الخلافات التي قد تثور بمناسبة تنفيذ هذه العقود التي تمثل الشركات متعددة الجنسيات طرفها التقليدي في العصر الحال.

فالدولة و أشخاص القانون العام يصعب قبول خضوعهم لقضاء دولة أجنبية<sup>(2)</sup>، أما التحكيم فهي عملية تشارك في فيه باختيار المحكمين و اختيار القانون واجب التطبيق فضلاً عن وجود اتفاقيات دولية تنظم التحكيم في المنازعات التي تثور بين الدول و رعايا دولة أخرى بمناسبة الاستثمار<sup>(3)</sup> كما تم انشاء مركز دولي لتسوية منازعات الاستثمار<sup>(4)</sup> و على نفس النهج تم إبرام اتفاقيات إقليمية بين الدول العربية<sup>(5)</sup> و الدول الأوروبية<sup>(6)</sup>.

و ليس يخفى أن المستثمر الأجنبي يتردد كثيراً في المجازفة باستثماراته، إذا لم يكن متاحاً له وضع شرط التحكيم أو إبرام اتفاقية تحكيم لمواجهة ما قد يثور من خلافات مع الدولة المضيفة، و لذا نجد معظم قوانين الاستثمار خاصة في الدول النامية، تنص صراحة على تبني التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات<sup>(7)</sup> مع المستثمرين لبث الطمأنينة و تشجيعهم على استثمار أموالهم أو تقديم خدماتهم، الأمر الذي لا يتحقق إذا أحس المستثمر إمكانية مواجهة القضاء و القوانين الوطنية و اقتران ذلك بهواجس التحيز و ميل القضاة لحماية مصالحهم الوطنية أو إدعاء تدني مستوى القضاة و انحرافهم في بعض دول العالم الثالث.

1 - محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 12.

2 - محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، المرجع نفسه، ص 12. التهميش رقم 1

3 - الأمر رقم 04-95 مؤرخ في 19 شعبان 1415 الموافق لـ 21 يناير 1995 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بالفصل في النزاعات الخاصة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، ج ر عدد 07 صادر في 15 فبراير 1995، ص 5.

4 - Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C.I.R.D.R.I).

5 - اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول المستقبلية للإستثمارات العربية و بين مواطني الدول العربية الأخرى في 10/06/1984.

6 - Convention Européenne sur l'arbitrage commercial international Genève 21 Avril 1961.

7 - و مثال ذلك المادة السابعة من قانون ضمانات و حوافز الاستثمار رقم 8 لسنة 1998.

يحرص أطراف عقود التجارة الدولية على سرية ما تتضمنه هذه العقود من شروط، خاصة في عقود نقل التقنية أو تراخيص استغلال براءات الاختراع و ما تتضمنه من كشف الأسرار الصناعية و معرفة الكيف التي لا تتمتع بحماية قانونية خاصة<sup>(1)</sup>، و يعتمد صاحبها على الكتمان و إحاطتها بسياج من السرية عن طريق الاتفاق و ما يتضمنه من شروط تهدف إلى تشديد الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات.

فإذا عرفنا بأن علنية الجلسات و المرافعات تعتبر من أسس النظام القضائي، ليبدو واضحاً أهمية النص في مثل هذه العقود على اختيار التحكيم وسيلة لفض المنازعات، حيث لا يوجد مبدأ العلنية، فيمكن نظر النزاع في جلسات لا يحضرها سوى أطراف النزاع أو من يمثلهم، كما يحق للأطراف اشتراط عدم نشر الأحكام<sup>(2)</sup>، بل الأصل عدم نشرها إلاً بموافقتهم، و هو أمر لا يتسنى تحقيقه بالنسبة لأحكام القضاء.

و إذا كان صحيحاً أن أحكام التحكيم يتم نشرها -و هناك العديد من الدوريات المتخصصة في هذا المجال- فإن هذا النشر لا يتم رغم إرادة الأطراف و المحكمين، علاوة على أن عامل السرية لا يتعلق بكل عقود التجارة الدولية و لكم يظل زمام الأمر دائماً في يد الأطراف و المحكمين.

### الفرع الثالث: الاعتراضات على نظام التحكيم و بيان مثالبه (عيوب نظام التحكيم)

يلقى نظام التحكيم هجوماً يبلغ حد العنف أحياناً، و خاصة في الدول النامية<sup>(3)</sup>، فيرى البعض أن التحكيم و إن كان أسبق في الظهور من القضاء، فإن مرجع ذلك يتمثل في تأخر ظهور الدولة بسلطاتها الثلاثة في مجال التشريع و القضاء و التنفيذ.

إن القضاء هو سلطة من سلطات الدولة تحقق من خلالها وظيفة إقامة العدالة، و هي وظيفة لا يصح أن يترك أمرها للأفراد، و إلاً سادت الفوضى و هيمن القوي أو الغني و ضاعت حقوق الضعفاء و الفقراء، فالتحكيم إذا كان ضرورياً فهو شر لا بد منه، لذلك يجب أن

1 - محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، المرجع نفسه، ص 14.  
2 - تنص المادة 2/44 من القانون المصري الجديد على أنه "لا يجوز نشر حكم التحكيم أو نشر أجزاء منه إلاً بموافقة طرفي التحكيم."  
3 - حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا (دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية)، ط1، القاهرة: دار المستقبل العربي، 1987. ص 60.

يظل له طابع الاستثناء و يجب أن تهيمن الدولة على تنظيم التحكيم خاصة في الدول النامية، التي تمثل الطرف الضعيف في علاقات التجارة الدولية، إن ما يسمى بقانون التجارة الدولية، و كل القواعد و الأحكام التي تتضمنها الاتفاقيات الدولية أو تكرسها هيئات و مراكز التحكيم الدائمة هي من صنع الدول المتقدمة، بل و أسهمت و تسهم في تكوين أدبيات و فقه التحكيم و قضاؤه.

إن الشركات متعددة الجنسيات التي تمسك بزمام أمور التجارة الدولية، و ترسي ما يطلق عليه أعراف و عادات التجارة الدولية، و لا يحكمها في ذلك إلا تحقيق مصالحها دون الإعتداد بمصالح الدول المضيفة.

إن التحكيم ليس إلا آلية من آليات النظام الرأسمالي العالمي، يستخدمها لضمان ريادة و زعامة دول الشمال المتقدمة و بقاء تخلف و تبعية الجنوب المتخلف، فهو وسيلة استعمارية حلت محل الجيوش، فالتحكيم مقصود به أساساً منع القضاء الوطني في الدول النامية من نظر منازعات عقود التنمية الاقتصادية، حتى لا يتعرض المستثمر الأجنبي و الشركات العملاقة التي تمثل طرفاً هاماً في هذه العقود، لتطبيق القوانين الوطنية، مع تأثر القاضي الوطني بما تقتضيه مصالح بلاده الاقتصادية، مما قد يؤدي إلى تشويه تفسير هذه العقود و انحياز القضاء انحيازاً يهدد مصالح المستثمر.

إن التحكيم هو طوق النجاة الذي يمكّن شركات العالم الصناعي المتقدم من تحصين أنفسها ضد نزاعات القاضي الوطني و تشدد القوانين الوطنية في دول العالم الثالث، لأن التحكيم يرتكز على مبدأ سلطان الإرادة و المحكم ليس ملزماً بتطبيق قانون معين، فالأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يقوم المحكم بتطبيقه، و التحكيم يمنع إمكانية عرض النزاع على القاضي الوطني، مما يجعل الطرف الضعيف أي الدول النامية و مشروعاتها تحت رحمة "المحكم" الذي لا يمكن أن تتوفر له حيطة و نزاهة القاضي، الذي يعمل في ظل قانون تنظيم القضاء الذي يكفل له استقلاله، و يبلغ الشر مداه في نظام التحكيم؛ عندما نرى المحكم طليق اليد يحكم في النزاع دون حاجة لتطبيق أي قانون وطني، و إنما يطبق أعراف و عادات التجارة الدولية و ما تقتضيه طبيعة النزاع و هي عبارات فضفاضة، علاوة على أن هذه الأعراف هي من صنع العالم المتقدم و الشركات العملاقة، صاغت لخدمة مصالحها مما يعني في النهاية

العودة لنظام الامتيازات الأجنبية الذي ظل جاثماً يشل يد المشرع الوطني في الدول النامية إبان عصور الاحتلال.

و يذهب البعض إلى أن إصدار و سن التشريعات الوطنية المنظمة للتحكيم أصبح أمراً مفروضاً على الدول النامية، و إلا وجدت نفسها محرومة من المعونات الدولية و من مؤازرة المؤسسات الدولية المنوط بها مساعدة هذه الدول البنك الدولي، صندوق النقد الدولي و كافة الوكالات التابعة للأمم المتحدة<sup>(1)</sup>.

### مقارنة و ترجيح

إن المقابلة والتضاد بين تحييد أو نبذ نظام التحكيم لا تخلو من المبالغة، فليس صحيحاً اطلاق القول بأن التحكيم يحمي المستثمر الأجنبي من فساد و تدني نظم التقاضي في الدول النامية، فالفساد و الإنحراف ظاهرة لا وطن لها، و فضائح العالم المتقدم و قضايا الإنحراف و الفساد لا تخفي على أحد، و شبهة انحياز القاضي إذا قامت لدى القاضي في الدول النامية فهي تقوم أيضاً بالنسبة للقاضي في الدول المتقدمة.

و لكن النظرة الموضوعية تكشف عن بطء إجراءات التقاضي و تعدد درجاته و ارتفاع تكاليفه و الدول المتقدمة بوجه خاص، هذا يجعل التحكيم هو الوسيلة الأكثر ملاءمة سواء في منازعات التجارة الدولية، فالقضاء يتقل كاهله بعدد القضايا التي تطرح عليه، و فتح الباب لبديل كالتحكيم يسهل في حل هذه المشكلة على الصعيد الوطني، خاصة مع توقع ازدياد الوعي بنظام التحكيم و مزاياه.

و إذا انتقلنا على صعيد علاقات التجارة الدولية، فلا بد من مواجهة واقع العالم المعاصر، فهو - شئنا أم أبينا- عالم تتولى زمام أموره الدول الصناعية المتقدمة، و الفجوة بينها و بين دول العالم الثالث فجوة يصعب مواجهتها اعتماداً على الذات، و الوصول إلى مرحلة الاكتفاء الذاتي إن كان أمراً ممكناً، يقتضي وضع سياسات مرحلية دون الوقوع تحت تأثير رفع الشعارات المتوهجة التي قد تثير الحماس و تلهب المشاعر الوطنية، فالحماس و التهاب المشاعر لا يكفيان وحدهما للسباحة ضد التيار التحكيم.

1 - محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص16.

إن العالم المتقدم يحتكر أسرار التقنية و يهيمن على توجيه دفة الاقتصاد العالمي الذي تتشابك فيه مصالح الدول النامية مع مصالح الدول المتقدمة، فإذا أثرنا الصراع فهو صراع غير متكافئ و لا تسعفنا شعارات الأمل عن الإمبريالية و الرأسمالية المستغلة في هذا النظام، فنحن أمام حاجتنا للتنمية الاقتصادية الشاملة، لابد أن نحاول التوفيق بين مصالحنا و مصالح العالم الصناعي المتقدم، فإذا كانت المشروعات والشركات الأجنبية تجعل تقديم خدماتها و استثماراتها مشروطة بالالتجاء للتحكيم، فإن مواجهة ذلك تكون بإعداد المفاوضين و تكوين الكوادر القادرة على صياغة شروط أو اتفاق تحكيم على نحو متوازن<sup>(1)</sup>، كالنص على تطبيق القانون الوطني، و هو نص دارج في عقود الاستثمار التي تبرمها الدول النامية مع المستثمر الأجنبي، بل نجد اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى تنص على تطبيق قانون الدولة الطرف في النزاع، إذا لم يتفق الأطراف على تحديد القانون واجب التطبيق، و أمر نفسه في مدونة السلوك الخاصة بعقود نقل التقنية.

و يمكن تقليص عيوب التحكيم بسن التشريعات الوطنية التي تركز النصوص الكفيلة بتحقيق التوازن و ضمان حسن و كفاءة عملية التحكيم الذي يتم داخل البلاد، أما التحكيم في علاقات التجارة الدولية، إذا كان يتم بين الدولة و المستثمر الأجنبي، فمن الممكن كما أشرنا الاتفاق على تطبيق القانون الوطني، أما إذا كان الاتفاق بين مشروعات خاصة وطنية و مشروعات أجنبية، فالأمر رهن بكفاءة التفاوض و صياغة الاتفاق فضلاً عن خضوع هذه العقود للاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها الجزائر .

و قد تدخل المشرع الجزائري و أصدر قانون الاجراءات المدنية و الإدارية سنة 2008 و بدأ العمل به في 2009 ينظم فيه اجراءات التحكيم و كذا كيفية تنفيذ حكم التحكيم، و هذا مواكبة مع الاتجاهات الحديثة التي تساهم في تحقيق قدر من الرقابة على أحكام التحكيم، علاوة على ما تضمنته اتفاقية الجزائر الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي بين الدولة و رعايا الدول الأخرى..

1 - أكتف الخولي: أهمية و ابراز مخاطر و عيوب الصياغة في اتفاقيات التحكيم، بحث مقدم في اليوم الفرنسي المصري، معهد قانون الأعمال الدولي، كلية الحقوق، القاهرة في 30-31 أكتوبر 1993 ص 5.

و في النهاية يمكن القول بأن التحكيم كان و لا يزال هو الوسيلة العادية لتسوية المنازعات في عقود التجارة الدولية، و ذلك تفاديا لتطبيق القاضي لقواعد اسناد تؤدي إلى تطبيق قانون من قوانين الدول الامبريالية المستغلة!!، إنما في عالم تحكمه المصالح لا الإيديولوجيات الجامدة التي بان عيبها.

#### الفرع الرابع: التمييز بين التحكيم و سواه من طرق تسوية المنازعات

يتشابه التحكيم كطريقة لحل المنازعات مع باقي الطرق الودية الأخرى التي دأب المستثمرون الالتجاء إليها، لذي لا بد من معرفة ما هي الفروق الموجودة التي تميز كل طريقة عن التحكيم.

#### أولاً: التوفيق و التحكيم

الاتفاق على الالتجاء للتحكيم، يعني كما سبق الإشارة إليه- قبول الأطراف لقرار المحكم الذي يفصل في النزاع، فالتحكيم اختيار نهائي كبديل عن الالتجاء للقضاء، و لذلك لا يعد اتفاق التحكيم المقترن بتحفظ طرف أو الأطراف و احتفاظهم بحق اللجوء للقضاء و رفض قرار المحكم<sup>(1)</sup>.

و يتضح مما سبق أن الأطراف عندما يتفقون على التحكيم لا يعهدون للمحكم بمحاولة الوساطة أو التوفيق مع بقاء الحق في طرح النزاع على القضاء إذا باءت هذه المحاولة بالفشل، فالتوفيق هو اتفاق الأطراف على محاولة اجراء تسوية ودية عن طريق الموفق<sup>(2)</sup>، و يتولى هذا الأخير تحديد مواضيع النزاع و يقدم مقترحاته التي قد تحضى بالقبول أو لا تلقى منهم قبولاً، فهو لا يصدر قرارات، و إنما يقدم مقترحات<sup>(3)</sup>.

و لا يخفى الفارق الجوهرى بين التحكيم و التوفيق؛ فالتوفيق يتضمن على سبيل الحتم، تنازلات من الطرفين لكي يمكن التوصل إلى حل وسيط، بينما المحكم -كما رأينا- يصدر حكماً قد يلبي فيه كل طلبات أحد الأطراف و يرفض كل طلبات الطرف الأخر، فهو لا يبحث عن حل

1 - محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص19.

2 - كما سبق الإشارة إلى ذلك في الفصل الأول.

3 - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في 17/12/1999 حيث ورد: "أن التحكيم يخرج عن مهام التوفيق بين وجهات نظر يعارض بعضها بعضاً، إذ هو تسوية ودية لا تحوز التوصية الصادرة في شأنها قوة الأمر المقضي بل يكون معلقاً نفاذها على قبول أطرافها، فلا تنقيد بها إلا انضمامها طواعية لها"

وسط أو توفيق، وهو إذا فعل و فشل يتعين عليه مواصلة مهمته و إصدار حكم حاسم للنزاع، أما الموفق فلا يملك إلا إنهاء الإجراءات، و تعود للأطراف حريتهم في الالتجاء للقضاء، و هو ما لا يتسنى لهم إذا تعلق الأمر باتفاق تحكيم انتهى بإصدار حكم تحكيم فصل في موضوع النزاع<sup>(1)</sup>.

و في مجال حل النزاعات الدولية فالتوفيق هو وسيلة سلمية لتسوية المنازعات الدولية، تقوم به لجنة تتكون من شخصيات قد تكون دبلوماسية أو خبراء أو رجال قانون، على أن تقوم هذه اللجنة بتحليل الوقائع و المشاكل القانونية ثم إعداد تقارير بذلك<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: التحكيم و الصلح

الصلح عقد يحسم به الأطراف نزاعاً ثار بينهما فعلاً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، و يأتي ذلك بتنازل ارادي من كل طرف عن بعض مطالبه، و هو بهذا يقترب من التوفيق، غاية ما هنالك أن الصلح يتم بحوار مباشر بين الأطراف أو ممثليهم، فهم لا يختارون موقفاً يقدم مقراحاته، و لكنهم ينصرفون مباشرة لمناقشة النزاع، و ينتشابه الصلح مع التحكيم في أن كليهما ينحسم به النزاع علاوة على أن ما يمتنع فيه الصلح يمتنع فيه التحكيم على أساس ما يعرف بعدم قابلية الموضوع للتحكيم كما سنرى، و يشبه الصلح شكل شرط التحكيم إذا كان وقائياً أي سابقاً للنزاع، كما يقترب من مشاركة التحكيم إذا كان لاحقاً على نشوء النزاع، و لكن يظل صحيحاً أن الصلح ينهض بعبئه أطراف العقد فهو ثمرة تفاوض مباشر بينهما، بينما يقف دورهم في التحكيم عند تخويل المحكم سلطة حسم النزاع بحكم قد يقضي لطرف بكامل طلباته، بينما جوهر الصلح يقوم على تنازلات متبادلة بين الأطراف و هو ما يقرب الصلح من عملية التوفيق، إذا صادفت اقتراحات الموفق قبول الأطراف<sup>(3)</sup>.

و يبقى فارق هام بين التحكيم من جهة و الصلح و التوفيق من جهة أخرى إذ ينتهي التحكيم بقرار حاسم قابل للتنفيذ مباشرة بعد وضع الصيغة التنفيذية دون أن تمتد سلطة قاضي

1 - محمود مختار أحمد بريري: المرجع نفسه، ص20.

2 - عمر سعد الله: حل النزاعات الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، صص75-76.

3 - محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص- ص 20-21.

التنفيذ للنظر في الموضوع، أما الصلح فلا يقبل التنفيذ إلاً بعد تصديق القضاء الذي يجعله صالحاً لإمكانية وضع الصيغة التنفيذية<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً: التحكيم و الخبرة:

قد يتفق الأطراف على الاستعانة بخبير أو أكثر لإبداء الرأي و تقديم تقارير عن الموضوعات التي ثار بشأنها النزاع أو الخلاف، و غالباً ما تكون مسائل ذات طابع فني تحتاج لخبرة تختلف حسب نوع النزاع، فقد تكون خبرة هندسية أو محاسبية أو زراعية... إلخ<sup>(2)</sup>.

و لا يختلط الاتفاق على الاستعانة بالخبرة بالاتفاق على التحكيم فالخبير لا يصدر قرارات، و إنما هو يبدي رأياً فنياً يظل للأطراف حق قبوله أو المنازعة فيه<sup>(3)</sup>، و العودة لطلب تقارير خبرة أخرى من خبراء آخرين، أما التحكيم فالمحكم يصدر قراراً يحسم النزاع و يلزم الأطراف و يحوز حجية الشيء المقضي به، فلا يملك الأطراف العودة لطرح النزاع على محكمين آخرين أو رفع دعوى قضائية بشأنه، و حتى في حالة اتفاق الأطراف على إضفاء الطابع الجبري على رأي الخبير، فيظل لازماً للجوء للقضاء للفصل في موضوع النزاع وفقاً لرأي الخبير، أما قرار المحكم، فكما سبق أن أشرنا، يقبل التنفيذ بمجرد وضع الصيغة التنفيذية عليه دون الحاجة لحكم قضائي يفصل في موضوع النزاع الذي حسمه القرار التحكيمي.

و يظهر هناك فارق بين الخبير و المحكم يتعلق بكيفية أداء كل منهما للمهمة المنوطة به، فالمحكم يصدر قراره بناءً على ما يقدمه له الأطراف من مستندات و كمرافات، أما الخبير فهو يعتمد على معلوماته و خبرته فضلاً عما يقدمه له الأطراف من معلومات، فالخبير له التصدي و إبداء رأيه دون حاجة للرجوع للأطراف، و هو ما لا يتسنى للمحكم، الذي يتحتم عليه تخويل الأطراف إمكانية تقديم مستنداتهم و حق كل طرف في الإطلاع على ما يقدمه الطرف الآخر، فهو يقوم بدور مشابه لدور القاضي و لكن ثمَّ صور للخبرة يصبغ عليها وصف

1 - السنهوري: الوسيط الجزء الخامس ص 512 و ما بعدها

2 محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 21.

3 - حكم محكمة دستورية مصرية سابق الإشارة إليه حيث ورد أن التحكيم يختلف عن أعمال الخبرة ذلك أن قوامها ليس قراراً ملزماً، بل مناطها أراء يجوز طرحها أو تجزئتها أو التعديل فيها، مجموعة الأحكام ج 9 يونيو 1995 ص 408.

التحكيم أحياناً، و هي حالات تعرف بـ "تحكيم الجودة" أو النوعية أو المطابقة<sup>(1)</sup>، حيث يتم الاحتكام لخبير يتم تزويده باتفاقات الأطراف و عينة من السلعة أو الآلة أو البضاعة لكي يحدد تطابقها أو عدم تطابقها و لا شك أنه يقف عند دور الخبير إذا أبدى رأيه فحسب، أما إذا خوله الأطراف ترتيب النتائج التي ترتبط برأيه الفني فهنا يكون قد قام بدور المحكم، إذا كان رأيه ملزماً وفقاً لاتفاق الأطراف<sup>(2)</sup>.

#### رابعاً: التحكيم الوطني (الداخلي) و التحكيم غير الوطني (الدولي):

يسود اضطراب شديد يؤدي إلى اللبس في استخدام الأوصاف التي تلحق بالتحكيم، فهو يوصف بأنه وطني أو محلي، كما قد يوصف بأنه أجنبي أو دولي<sup>(3)</sup>؛ فإذا تعلق الأمر بعلاقة وطنية بحتة من حيث الأطراف و الموضوع و مكان التحكيم، فإننا نكون بصدد تحكيم داخلي(وطني) لا يثير أي مشكلة من حيث تكييفه أو تحديد القانون الذي يسري عليه.

أما معيار التفرقة بين التحكيم الداخلي و التحكيم الأجنبي فيرى الأستاذ مختار محمود بريري تبني معيار المكان دون الإهتمام بجنسية الأطراف أو طبيعة النزاع، فالتحكيم يكون أجنبياً إذا تم خارج الدولة، حتى و لو كان أحد الأطراف وطنياً و تعلق بعقد أو علاقة محلية بحتة، و لا يوصف هذا التحكيم بأنه دولي لمجرد وجود طرف أجنبي فيه، أما جريانه في الخارج فيؤدي إلى اعتباره بالأجنبي<sup>(4)</sup>.

و هذا المعيار تبنته اتفاقية نيويورك لوصف حكم التحكيم بصفة الأجنبية حيث نص على سريان نصوص أحكام التحكيم التي تصدر في دولة غير الدولة المراد تنفيذه فيه<sup>(5)</sup>.

1 - Arbitrage de qualité ou de confirmité.

2 - محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 22.

3 - هذا التحكيم الأجنبي قد لا يراه البعض مرادفاً للدولي.

4 - محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 23.

5 - انظر المادة الأولى الفقرة الأولى من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية الي أقرها مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم التجاري الدولي المنعقد في نيويورك في الفترة من 20 مايو - 10 يونيو 1958، و التي انضمت إليها الجزائر بتحفظ في 5 نوفمبر 1985، ج ر صادرة بتاريخ 13 ربيع الثاني 1409.

## المطلب الثاني:

### تطور نظام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر

لقد كثر الكلام عن التحكيم التجاري الدولي في الجزائر غداة الاستقلال، و لقد ساير التطورات التي عرفها الاقتصاد و التشريع، تجدر الإشارة إلى أنه لم يعرف نفس التطورات في كل الميادين الاقتصادية، لذا وجب علينا الوقوف عند كل ميدان من هذه الميادين الاقتصادية و هو ما سنتطرق إليه في دراستنا.

#### الفرع الأول: التحكيم الخاص بالمحروقات

تعتبر المحروقات الميدان الحساس في العلاقات الجزائرية الفرنسية بعد الاستقلال، لقد غير المستعمر القوانين الخاصة بالمحروقات<sup>(1)</sup> و كرس مبدأ الحقوق المكتسبة عن طريق اتفاقيات إفيان<sup>(2)</sup>، فبعدما كانت المنازعات الخاصة بالمحروقات تؤول إلى مجلس الدولة الفرنسي<sup>(3)</sup>، أصبحت تخضع إلى التحكيم الدولي<sup>(4)</sup> عوض أن ينتقل إلى المحكمة العليا الجزائرية، و ذلك من أجل ألا تكون المحاكم الجزائرية مختصة<sup>(5)</sup>.

و قد تم تنظيم هذا التحكيم من قبل الاتفاق الجزائري الفرنسي لسنة 1963<sup>(6)</sup> و أكده بعد ذلك اتفاق الجزائر لسنة 1965<sup>(7)</sup>.

<sup>1</sup> - convention-type du 16 septambre 1961.

<sup>2</sup> - انظر اعلان البادئ حول التعاون من أجل استغلال الثروات الباطنية الموجودة بالصحراء.

<sup>3</sup> - تنص المادة 41 من الأمر 58-1111 الصادر في 22 نوفمبر 1958 المعروف بالقانون البترولي الصحراوي على ما يلي: "تخضع المنازعات المتعلقة بتطبيق الاتفاقية بين صاحب الإمتياز و المنتفع به إلى مجلس الدولة ابتدائيا و نهائيا"

<sup>4</sup> - نص إعلان المبادئ في 15 مارس 1962 المتعلق بالتعاون في ميدان المحروقات على اختصاص محكمة تحكيم دولية: "رغم كل الأحكام المخالفة، تخضع كل المنازعات و الخلافات بين السلطة العامة و أصحاب الحقوق المضمونة في الفصل الأول، أ، ابتدائيا و نهائيا إلى محكمة تحكيم دولية ...."

<sup>5</sup> - Terki (N.E): " Les sociétés étrangères en Algérie" OPU, 1976, P 243 et s.

Bouzana Belkacem: "Le contentieux des hydrocarbures entre l'Algérie et les sociétés étrangères",

OPu, publisud 1985, p78 et s.

<sup>6</sup> - المرسوم رقم 63-364 الموافق لـ 14 سبتمبر 1963، الجريدة الرسمية عدد 67 مكرر، الصادرة بتاريخ 17 سبتمبر 1963، ص 966 و ما بعدها.

<sup>7</sup> - أمر رقم 65-287 الموافق 18 نوفمبر 1965، يصادق و ينشر الاتفاق المبرم في الجزائر العاصمة بتاريخ 29 جويلية 1965، بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الجمهورية الفرنسية بتعلق بالفصل في المسائل الخاصة بالمحروقات و التنمية الصناعية في الجزائر، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 19 نوفمبر 1965 ص 980 و ما بعدها.

رغم الانتقادات التي وجهتها الجزائر إلى التحكيم الدولي، فقد قبلت به في سنة 1968 بشأن عقد أبرمته مع الشركة البترولية الأمريكية جيتي (Getty)<sup>(1)</sup>.

و لقد ظهرت تطورات بالنسبة للاتفاقات السابقة:

- فيما يتعلق بتعيين رئيس المحكمة التحكيمية من قبل رئيس المحكمة العليا الجزائرية

- فيما يتعلق بتعيين مقر محكمة التحكيم في الجزائر

- فيما يتعلق بالآثار الموقف.

ما يلاحظ أن الجزائر لجأت إلى التحكيم الدولي بعد صدور الأمر رقم 66/154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري الذي نص في المادة 442 فقرة 3 على أنه: "لا يجوز للدولة و لا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم".

لم تتمكن الجزائر من القضاء عل التحكيم الدولي إلا بعد تأميم المحروقات في سنة 1971.

لم ينص القانونان 22-71 و 24-71<sup>(2)</sup> على مسألة الاختصاص القضائي، و قد يعني بطبيعة الحال اختصاص المحاكم الوطنية الجزائرية، الاستثناء الوارد يخص المنازعات المتعلقة بالجباية التي تخضع لإجراء المصالحة<sup>(3)</sup>.

و قد ثار جدل فقهي لمعرفة إن كانت النزاعات الأخرى غير الجبائية تبقى خاضعة للتحكيم أم لا؟

---

1 - معروف باتفاق جيتي- سونطراك.  
2 - أمر رقم 22-71 مؤرخ في 16 صفر 1391 الموافق لـ 12 أفريل 1971 يتضمن تحديد الإطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في ميدان البحث عن الوقود السائل و استغلاله، الجريدة الرسمية عدد 30، الصادرة بتاريخ 13 أفريل 1971، ص425.  
3 - تنص في هذا الصدد المادة 7 من الأمر 22-71 على مايلي: "إن المقطع الثاني من المادة 71 من الأمر 58-1111 المؤرخ في 22 نوفمبر 1958 يعد كما يلي: إن الخلافات المتعلقة بالضرائب المذكورة تكون من اختصاص المجلس الأعلى الجزائري ابتدائيا و نهائيا... "

يرى الأستاذ بن الشيخ أن المادة 7 عندما نصت على اللجوء إلى المحكمة العليا الجزائرية و لجنة المصالحة تكون قد تركت الباب مفتوحاً للتحكيم بالنسبة للنزاعات الأخرى ذات الطابع غير الجبائي<sup>(1)</sup>

و يرى في نفس السياق الأستاذ بن شنب أن "القانون البترولي الساري المفعول لا يقضي على مبدأ اللجوء إلى التحكيم إلا فيما يتعلق بالجبائية"<sup>(2)</sup>

و قد ذهب الأستاذ إسعاد إلى التساؤل التالي بقوله: "و إن المشرع قد ترك الباب مفتوحاً للتحكيم الداخلي أو الدولي إلا فيما يتعلق بالجبائية"<sup>(3)</sup>.

أما الأستاذ تركي فقد ذهب إلى رأي مخالف فقال: "بغض النظر إلى الطبيعة القانونية لاتفاق الإقامة، وجبت الملاحظة بأنه حتى و إن كانت لا تخضع لإختصاص المحكمة العليا إلا أن النزاعات الخاصة بالضريرية، لا يمكننا أن نستنتج من أحكام المادة 7 المذكورة إمكانية ضمنية تسمح للأطراف باللجوء إلى محكمة التحكيم في الحالات الأخرى"<sup>(4)</sup>

و قد وضع الرؤيا السيد بوزانا فقال أن: "الأمر 24-71 الصادر في أفريل 1971، المتضمن القانون الأساسي للمحروقات الجزائرية هو مصدر عملية مزدوجة، تكمن في إعادة توطين العلاقات التعاقدية البترولية و اخضاع النزاعات للقانون الداخلي"<sup>(5)</sup>.

و يضيف هذا الأخير أن المنازعات المتعلقة بالبترول موزعة حسب صفة الأطراف المعنية:

---

<sup>1</sup> - Benchikh Madjid: "les instruments juridiques de la politique Algérienne des hydrocarbures" L.G.D.J 1973, P 132.

<sup>2</sup> - Bencheneb Ali : les mécanisme juridique des relation commerciales internationales de l'Algérie, OPU, 1984, p298.

<sup>3</sup> -Issad mohand : les techniques juridiques dans les accords de développement économique, OPU1978, P203.

<sup>4</sup> Terki N.E: les sociétés étrangères en Algérie, OP. cit P249. \*La société mixte de droit Algérien en matière de recherche et d'exploitation des hydrocarbures liquides in D.P.C.I 1983 Tome 9 N°1, p42.

<sup>5</sup> - Bouzana B: op. cit, p291.

- عندا يتعلق النزاع بالبروتوكول المبرم بين الدولة و الشركة الأجنبية لتحديد النظام الجبائي و المالي، الذي تخضع له الشركة التابعة، فيخضع النزاع للقانون الإداري، و يكون الاختصاص للمحكمة العليا الجزائرية، الغرفة الإدارية(سابقاً).

- خلافاً لذلك تخضع النزاعات للمحاكم العادية و القانون العام، عندما يتعلق الأمر باتفاقيات الشراكة المبرمة بين سوناطراك و الشركات الأجنبية<sup>(1)</sup>. و قد تأكد هذا التحليل عن طريق العقود المبرمة بين سوناطراك و الشركات الأجنبية و التي تنص على اختصاص المحاكم الجزائرية<sup>(2)</sup>.

و قد تم تأكيد اختصاص المحاكم الجزائرية بمقتضى القانون رقم 86-14<sup>(3)</sup>، حيث جاء في المادة 63 منه ما يلي: "تخضع الخلافات و النزاعات الناتجة عن تطبيق هذا القانون و النصوص المتخذة من أجل تطبيقه إلى المحاكم الجزائرية المختصة وفقاً للتشريع المعمول به.

غير أنه يمكن للخلافات و المنازعات المتعلقة بالشراكة في ميدان المحروقات أن تخضع للجنة المصالحة وفقاً للتشريع الساري المفعول".

ليس هناك التلميح إلى التحكيم، يدل هذا على استقرار المعاملات في ميدان المحروقات منذ سنة 1971 في عدم اللجوء إلى التحكيم.

● لقد انتظر المشرع الجزائري حتى سنة 1991 ليلجأ مرة أخرى إلى التحكيم

إذا كان سبب اللجوء إلى التحكيم في الستينيات هو الاستخلاف الدولي و وجود الجزائر في موقف ضعف بسبب حداثة استقلالها، فإن سبب اللجوء إلى التحكيم في التسعينيات يرجع إلى الأزمة الاقتصادية الداخلية و الضغوط الخارجية.

Idem, p295- 1

2 - جاء في بروتوكول أبرم بين شركة سوناطراك و شركة أجنبية في المادة 11 منه ما يلي: "علاوة على كل الأحكام المخالفة، تخضع كل النزاعات أو الخلافات التي تنور بين الدولة (الجزائر) من جهة و الشركة الأجنبية من جهة أخرى، أو بين الشركة الوطنية سوناطراك من جهة و الشركة الأجنبية من جهة أخرى، بخصوص تفسير، تطبيق أو تنفيذ أحكام هذا البروتوكول و بنود الاتفاق المشار إليه، لاختصاص المحاكم الجزائرية وحدها..." أنظر:

Terki N.E: La société mixte de droit Algérien..., op. cit, p42.

3 - القانون 86-14 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1406 الموافق لـ 19 غشت 1986 المتعلق بأنشطة التنقيب و البحث عن المحروقات و استغلالها و نقلها بالأنابيب. الجريدة الرسمية عدد 35 صادرة في 27 أوت 1986.

جاء في المادة 12 من القانون 91-21 المعدل و المتمم للقانون 86-14 (1) ما يلي:

"تعدل وتتم المادة 63 من القانون رقم 86-14 المؤرخ في 19 غشت سنة 1986 المذكورة أعلاه كالاتي:

"تخضع المنازعات التي تنشأ بين الدولة و أحد أطراف عقد الإشتراك للجهات القضائية الجزائرية المختصة.

أما المنازعات الناجمة عن تفسير أو تطبيق عقد الإشتراك بين المؤسسة الوطنية و شريكها الأجنبي فتكون محل مصالحة مقدماً حسب الشروط المتفق عليها بين الأطراف في عقد الإشتراك.

و في حال فشل عملية المصالحة، يمكن لأطراف العقد عرض النزاع على التحكيم الدولي

يطبق القانون الجزائري لاسيما هذا القانون و النصوص المتخذة لتطبيقه لحل النزاعات".

و قد جاء عرض الأسباب لهذا القانون كما يلي:

"و يهدف هذا التعديل الذي يدخل في إطار الإصلاحات الاقتصادية التي تقوم بها بلادنا إلى توسيع اللجوء إلى التحكيم الدولي المطبق حالياً على أغلب العقود الصناعية التي أبرمتها المؤسسات الجزائرية منذ الاستقلال ليشمل عقود البحث و استكشاف المحروقات.

إن ترددنا بشأن اللجوء إلى التحكيم الدولي في مجال البحث و انتاج المحروقات الذي كان سائداً في السبعينيات لم يعد له مبرراً نظراً للتجربة التي اكتسبتها مؤسساتنا الوطنية في هذا الميدان." (2).

لقد برر عرض أسباب اللجوء إلى التحكيم في ميدان المحروقات بسببين هما:

- الإصلاحات الاقتصادية التي تقوم بها الجزائر.

1 - القانون رقم 91-21 مؤرخ في 4 ديسمبر 1991 تعديل و يتم القانون رقم 86-14 المؤرخ في 19 غشت 1986 المتعلق بأنشطة التنقيب و البحث عن المحروقات و استغلالها و نقلها بالأنابيب ج ر عدد 63 في 7 ديسمبر 1991 ص 23392.

2 - وزارة الطاقة و المناجم، مشروع تعديل القانون 86-14 المتعلق بالمحروقات، أكتوبر 1991 ص 8.

- اللجوء إلى التحكيم من طرف المؤسسات الجزائرية فيما يتعلق بالعقود الصناعية، و بهذا تكون المؤسسات الجزائرية قد اكتسبت تجربة في هذا الميدان.

و ما يمكن القول هو أن الإصلاحات الناتجة عن الأزمة الاقتصادية، قد أدت بالجزائر إلى التنازل عن بعض المبادئ التي تشبثت بها منذ الاستقلال<sup>(1)</sup>.

عموما يمكننا القول أن اللجوء إلى التحكيم في حقيقة الأمر للأسباب التالية:

1. يبقى التحكيم إمكانية بحيث يكون مسبقاً باللجوء إلى مصالحه ملزمة بالنسبة للأطراف.
  2. لقد ميز المشرع بين المنازعات التي تنشأ بين الدولة الجزائرية و أحد أطراف عقد الاشتراك و المنازعات التي تنشأ بين سوناطراك و شريكها الأجنبي، فالمنازعات الثانية هي وحدها التي تخضع للتحكيم.
  3. لقد نص المشرع صراحة على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري. قد يؤدي هذا إلى التقليل من التخوف من التحكيم في حد ذاته.
- إذن فالمنازعات المتعلقة بالمحروقات رجعت إلى حد ما إلى ما كانت عليه في الستينيات.

### الفرع الثاني: تطور التحكيم الخاص بالاستثمارات في الجزائر

#### أولاً: الاستثمار المباشر

من بين النصوص الأولى التي سنتها الجزائر قانون الاستثمار.

كان أول قانون تبنته في سنة 1963<sup>(2)</sup>، نصت المادة 22 منه على حل النزاعات الناجمة عن تطبيق أو تفسير الاتفاقية الملحقة بقرار الاعتماد و الذي يتضمن شرط التحكيم. يعني هذا، أن هناك إمكانية اللجوء إلى التحكيم.

1 - عليوش قربوعة كمال: التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية ، بي عكنون الجزائر العاصمة، الطبعة الثانية، 2004 ص 6.

2 - القانون 63-277 مؤرخ في 26 جويلية 1963 يتضمن قانون الاستثمار، ج ر 53 صادرة بتاريخ 2 غشت 1963.

أما قانون الاستثمار لسنة 1966<sup>(1)</sup>، فلم ينص على الاختصاص القضائي؛ يعني ذلك أن الاختصاص يرجع للمحاكم الجزائرية.

للإشارة فإن الجزائر لم تعرف تطبيقاً للاستثمار المباشر إلا بعد سنة 1990، بعد صدور القانون المتعلق بالنقد و القرض. (القانون 90-10)<sup>(2)</sup>.

لقد أدخل هذا القانون الاستثمارات المباشرة في قانون لا يتعلق بها<sup>(3)</sup>، إذ لم ينص القانون 90-10 على التحكيم الدولي و إنما على اختصاص المحكمة العليا الجزائرية فيما يتعلق بالطعن بالإلغاء المتعلق برأي المطابقة يكون من اختصاص المحكمة العليا (الغرفة الإدارية)<sup>(4)</sup>.

و يرفع كذلك الطعن بالإلغاء أمام المحكمة العليا الغرفة الادارية عندما يتعلق الأمر بالرفض؛ تنص المادة 132 في هذا الشأن على مايلي: "أن القرارات التي يتخذها المجلس بموجب المواد 127-129-130 من هذا القانون لا تقبل الطعن إلا بعد قراري رفض، و لا يجوز تقديم الطلب الثاني إلا بعد مضي أكثر من عشرة أشهر من تبليغ رفض الطلب الأول".

يظهر جلياً أن النزاعات المتعلقة بالاستثمارات لا تخضع إلا للمحاكم الوطنية الجزائرية، ما دام لم ينص القانون على اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي<sup>(5)</sup>.

أما قانون الاستثمار 93-12<sup>(6)</sup> فنص صراحة على اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي؛ حيث جاء في المادة 41 منه ما يلي:

1 - الأمر رقم 66-284 مؤرخ في 10 سبتمبر 1966 يتضمن قانون الاستثمارات، ج ر صادرة بتاريخ: 15 سبتمبر 1966، ص 1202.

2 - القانون رقم 90-10 مؤرخ في 19 رمضان 1410 الموافق لـ 14 أفريل 1990 يتعلق بالنقد و القرض.

3 - عليوش قربوعة كمال: التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مرجع سبق ذكره، ص 9.

4 - تنص المادة 50 على ما يلي: "لا تقبل القرارات المتخذة عملاً بأحكام المادة 45 إلا بمراجعة إبطال، لا يحق تقديم المراجعات إلا من قبل الأشخاص الطبيعيين و المعنويين المعنيين مباشرة بالقرارات. مع مراعاة أحكام المادة 132 من هذا القانون يجب أن تقدم المراجعة تحت طائلة الرد شكلاً خلال مهلة ستين يوماً من تاريخ نشرها أو تبليغها.

تعود صلاحية النظر بالمراجعات للغرفة الإدارية للمحكمة العليا دون سواها، المراجعات لا توقف التنفيذ"

5 - عليوش قربوعة كمال: التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مرجع سبق ذكره، ص 10.

6 - مرسوم تشريعي 93-12 مؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1414 الموافق لـ 5 أكتوبر سنة 1993، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر 64 الصادرة في 10 أكتوبر 1990 ص 3-10.

"يعرض أي نزاع يطرأ بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية، إمّا بفعل المستثمر و إمّا نتيجة لإجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده، على المحاكم المختصة، إلاّ إذا كانت هناك اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالصلح و التحكيم أو اتفاق خاص ينص على شرط تحكيم أو يسمح للأطراف بالإتفاق على إجراء الصلح باللجوء إلى تحكيم خاص."

كما نص جاءت المادة 17 من الأمر 01-03 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الإستثمار معدل و متمم بالأمر رقم 06-08 كما يلي: "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية، يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده، للجهات القضائية المختصة، إلاّ في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة و التحكيم، أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص."

يبدو من هذا النص أن المبدأ هو اختصاص المحاكم الجزائرية، أما الإستثناء فهو اللجوء إلى التحكيم الدولي<sup>(1)</sup>، و قد تعددت أساليب و شروط اللجوء إلى التحكيم و يمكن أن نبين ذلك كما يلي:

**الشرط الأول:** يمكن اللجوء إلى التحكيم بين الدولة الجزائرية و المستثمرين الأجانب إذا أبرمت هذه الأخيرة اتفاقية ثنائية حول الاستثمارات مع الدولة التي ينتمي إليها المستثمرون الأجانب، مثال ذلك الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الاتحاد الاقتصادي البلجيكي-اللكسمبورغي، المتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات<sup>(2)</sup>، و كذا الاتفاق بين الجزائر و حكومة الجمهورية الإيطالية حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات<sup>(3)</sup>، بالإضافة إلى اتفاقيات ثنائية أخرى عديدة<sup>(1)</sup>.

1 - عليوش قريوكة كمال: التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، المرجع السابق، ص 10.  
2 - مرسوم رئاسي رقم 91-345 موافق لـ 5 أكتوبر 1991 يتضمن المصادقة على الاتفاق الموقع بالجزائر بتاريخ 24 أفريل 1991، ج ر 46 ص 1775.  
3 - مرسوم رئاسي رقم 91-346 موافق لـ 5 أكتوبر 1991 يتضمن المصادقة على الاتفاق الموقع بالجزائر بتاريخ 18 مايو 1991، ج ر 46 ص 1779.

**الشرط الثاني:** أن تكون الجزائر قد صادقت أو انضمت إلى معاهدة متعددة الأطراف تتعلق بالتحكيم في مجال الاستثمارات؛ مثال ذلك انضمام الجزائر إلى اتفاقية واشنطن الصادرة في سنة 1965 و التي أنشأت مركزاً للفصل في النزاعات الخاصة بالاستثمارات بين الدول و رعايا دول أخرى<sup>(2)</sup>. يتم اللجوء إلى التحكيم بعد المصادقة على الاتفاقية بقبول مكتوب تقدمه الدولة الجزائرية.

**الشرط الثالث:** أن يتم إبرام اتفاق بين الدولة الجزائرية و المستثمر الأجنبي ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص، و لكن هذا الشرط أكثر وضوحاً في قانون الاستثمار 93-12 القديم الذي نص على شرط تحكيم ( clause compromissoire) أو بالسماح للأطراف بالتفاهم على مشاركة التحكيم (compromis) <sup>(3)</sup> أو باللجوء إلى تحكيم خاص (Arbitrage ad hoc)<sup>(4)</sup>

يتم اللجوء إلى التحكيم عن طريق الاتفاق بالنسبة للاستثمار المباشر، فما هو الوضع بالنسبة للشركات المختلطة الاقتصاد؟.

### ثانياً: الشركات المختلطة الاقتصاد:

نصت المادة 3 من قانون الاستثمار لسنة 1966 على أنه: "عندما تشترك الدولة في شركات الاقتصاد المختلط بمساهمة في الرأسمال الخاص الأجنبي أو الوطني..."

---

1 - و قد تم التوقيع على اتفاقيات ثنائية مماثلة مع فرنسا و رومانيا، انظر المرسوم الرئاسي رقم 94-01 المؤرخ في 2 يناير 1994، ج ر عدد 1 ص4، و كذا المرسوم الرئاسي رقم 94-328 في 22 أكتوبر 1994، ج ر عدد 69 ص5، المرسوم الرئاسي رقم 95-88 مؤرخ في 25 مارس 1995، ج ر عدد 23 مصدرة في 26 أبريل 1995.

2 - الأمر رقم 95-04 مؤرخ في 19 شعبان 1415 الموافق لـ 21 يناير 1995 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بالفصل في النزاعات الخاصة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، ج ر عدد 07 صادر في 15 فبراير 1995، ص5

3 - شرط التحكيم هو نص وارد ضمن نصوص عقد معين يقرر الإلتجاء إلى التحكيم كوسيلة لحل النزاعات التي قد تنثور مستقبلاً بين المتعاقدين حول العقد و تنفيذه ، أما مشاركة التحكيم فهي أي اتفاق يبرمه الأطراف منفصل عن العقد الأصلي و ذلك للجوء إلى التحكيم في صدد نزاع قائم فعلاً بينهما. انظر سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اتفاق التحكيم، منشأة المعارف بالاسكندرية، د. سنة ، ص75.

Du point de vue terminologique, remarquons que le verbe "compromettre", qui signifie conclure une convention arbitrale, est employé aussi bien pour la clause compromissoire que pour le compromis.

Source: [http://www.legalis.net/ata/html/convention\\_d\\_arbitrage.html](http://www.legalis.net/ata/html/convention_d_arbitrage.html)

<sup>4</sup> - L'arbitrage **ad hoc** est l'arbitrage qui se déroule en dehors de toute institution permanente d'arbitrage et qui est organisé par les parties elles-mêmes

على هذا الأساس أنشئت شركات مختلطة الاقتصاد في كل الميادين الاقتصادية، و قد تم اللجوء إلى التحكيم رغم ما نصت عليه المادة 442 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري، و ذلك إلى غاية 1982.

مثال ذلك الشركة المختلطة الاقتصاد التي أنشئت بين سوناطراك و الشركة الأمريكية South eastern Drilling in corpored (ALFOR)، نص البروتوكول التأسيسي لهذه الشركة في المادة 9 منه على أن: "كل المنازعات بين الأطراف الناجمة عن البروتوكول، و التي لا يمكن حلها بالتراضي، تفصل بطلب أحد الأطراف بالتحكيم في سويسرا و وفق قواعد غرفة التجارة الدولية".

و تنص المادة 36 منه على أنه: "كل الخلافات التي تنشأ من جراء سير الشركة أو تصفيتها، إمّا بين المساهمين و الشركة، إمّا بين المساهمين أنفسهم في موضوع الأمور الاجتماعية، يفصل فيها بطلب أحد الأطراف بالتحكيم في سويسرا حسب نظام المصالحة و التحكيم لغرفة التجارة الدولية."<sup>(1)</sup>

بعدها جاء القانون 13-82 و القانون 13-86<sup>(2)</sup> المعدل و المتمم له، نصت المادة 53 على اختصاص المحاكم الجزائرية.

تنص المادة 53 لقانون 13-82 على أنه: " تعرض نزاعات الشركات مختلطة الاقتصاد المتولدة عن علاقتها مع المؤسسات الاشتراكية على التحكيم الإجباري المنصوص عليه في الأمر رقم 44-75 المؤرخ في 17 يونيو 1975 .

و ترفع الخلافات الناجمة عن العلاقات بين الأعضاء المؤسسين للشركة المختلطة الاقتصاد إلى المحاكم الجزائرية طبقاً للقانون الجزائري".

لقد أغلق هذا القانون الباب أمام التحكيم الدولي بطريقة صريحة

1 - انظر نظام المصالحة و التحكيم لغرفة التجارة الدولية، المعدل، ساري المفعول اعتباراً من أول جانفي 1988.  
2 - القانون 13-82 المؤرخ في 9 ذي القعدة 1402 الموافق لـ 28 غشت 1982، و المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد و سيرها المعدل و المتمم بالقانون 13-86.

و قد أدخلت المادة 26 للقانون 86-13 فقرة جديدة على المادة 53، و هي المادة 53 مكرر و التي تنص على ما يلي:

"تتمتع الشركة المختلطة الاقتصاد بكامل الأهلية القانونية للتصرف في أموالها أو في ذمتها المالية حسب قواعد القانون العام"

و قد رأى بعض الفقه في عبارة أهلية التصرف، إمكانية الشركة مختلطة الاقتصادية اللجوء إلى التحكيم، إن أهلية التصرف لا تعني إمكانية اللجوء إلى التحكيم بعد ما نص القانون على اختصاص المحاكم الجزائرية .

لم يظهر الشك من جديد في إمكانية لجوء الشركات مختلطة الاقتصاد إلى التحكيم إلا بعد صدور القانون 90-10؛ الذي نص على الاستثمار المباشر و لم ينص على الاستثمار عن طريق الشركات المختلطة الاقتصاد و بالتالي فالقانونان المتعلقان بالشركات المختلطة الاقتصاد لم يلغيا.

و على هذا الأساس فيما يتعلق بها فالاختصاص يرجع إلى المحاكم الوطنية، و لكن في التعامل أخضعت الشركات المختلطة الاقتصاد إلى التحكيم.

لقد نص النظام الأساسي لشركة مختلطة أسست في سنة 1990 على خضوع النزاعات إلى المحاكم الجزائرية و تطبيق القانون الجزائري<sup>(1)</sup>.

و جاء في بروتوكول الاتفاق ما يلي: "يفصل في كل نزاع يتعلق بالتزام بإبرام، تفسير أو تنفيذ هذا البروتوكول أو الاتفاقيات التنفيذ المشار إليها، و التي لا يمكن أن تحل بالتراضي نهائياً وفق نظام المصالحة و التحكيم لغرفة التجارة الدولية، من قبل ثلاثة محكمين يعينون وفقاً لهذا النظام.

القانون الواجب التطبيق هو القانون الساري المفعول في الجزائر، يجري التحكيم بالجزائر العاصمة"

ارتكازاً على القانون 90-10 تم إخضاع الشركات المختلطة الاقتصاد إلى التحكيم الدولي، السبب في ذلك هو الواقع الاقتصادي الجزائري، لكن من الناحية القانونية يعتبر هذا خرقاً للقانون.

أما بعد صدور القانون 93-12 و الذي ألغى القانونين 82-13، و 86-13 فقد أصبحت الشركات المختلطة الاقتصاد تخضع لهذا القانون و ذلك حسب المادة 41<sup>(1)</sup>، و كذلك الشأن بالنسبة للقانون 01-03 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الإستثمار، ج ر عدد 47 صادرة بتاريخ 2001/08/22 معدل و متمم، الذي نص صراحة على المساواة في المعاملة بين المستثمر الوطني و الأجنبي من جهة حسب المادة 14 منه و كذا عدم النص على الشركات متعددة الاقتصاد من جهة ثانية و عليه فهي تعامل مثل الاستثمارات المباشرة.

### ثالثاً: التحكيم الخاص بعقود نقل التكنولوجيا و العقود الصناعية:

لقد خضعت عقود نقل التكنولوجيا إلى التحكيم الدولي و ذلك في شتى الميادين.

نذكر من بينها عقود المفتاح باليد و المنتج باليد ، أما العقود الأخرى كعقود التكوين و المساعدة التقنية فغالباً ما كانت تخضع للمحاكم الجزائرية.

لقد تم تبرير هذه الوضعية على أساس أن عقود نقل التكنولوجيا لا تمس بالسيادة الوطنية الجزائرية.

هناك تفسير آخر مفاده أن الشركات الأجنبية المهيمنة على التكنولوجيا تكون قد فرضت على الجزائر الخضوع إلى التحكيم، و الجزائر بالمقابل تكون قد فرضت القانون الجزائري كقانون واجب التطبيق.

### الفرع الثالث: النظام التحكيمي الجزائري الفرنسي لسنة 1983<sup>(2)</sup>

1 - انظر المادة 49 التي تنص على: " عدا القوانين المتعلقة بالمحروقات المشار إليها أعلاه، تلغى جميع الأحكام السابقة المخالفة لهذا المرسوم التشريعي لاسيما منها بما يلي: 1- القانون رقم 82-13 المؤرخ في 28 غشت 1982 و المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد، و سيرها، المعدل و المتمم.

<sup>2</sup> -Mabroukine Ali: le règlement d'arbitrage Algéro - français du 27 mars 1983 in Revue de l'arbitrage, 1986, p192,232

لقد أبرمت الجزائر اتفاقية تعاون مع فرنسا في سنة 1982، و كانت هذه الاتفاقية متبوعة بإبرام نظام تحكيمي بين البلدين.

إن النظام التحكيمي بمثابة معاهدة في شكل مبسط، يفتح المجال للشركات الجزائرية بأن تلجأ إلى التحكيم التجاري الدولي إذا ما أبرمت عقوداً مع شركات فرنسية، و فعلاً فقد تم إبرام عقوداً اشتملت على النص على التحكيم المنظم وفق النظام التحكيمي الجزائري الفرنسي.

مثال ذلك ما جاء في عقود أبرمتها شركات جزائرية مع شركات فرنسية.

"كل نزاع يثور بشأن تفسير أو تنفيذ هذا العقد، و الذي لا يمكن حله بالتراضي، يفصل فيه بالرجوع إلى النظام التحكيمي المبرم في 27 مارس بين الحكومتين الفرنسية و الجزائرية."

يعد النظام التحكيمي محدود النطاق بين الجزائر و فرنسا فقط، و لا يعتبر اللجوء إلى النظام التحكيمي خرقاً للمادة 442 فقرة 3 لقانون الاجراءات المدنية الجزائري؛ لأن المادة 159 لدستور 1976 تنص على أن: "المعاهدات الدولية التي صادق عليها رئيس الجمهورية طبقاً للأحكام المنصوص عليها في الدستور تكتسب قوة القانون" و يعتبر هذا بداية الإنفتاح نحو تقبل الجزائر للتحكيم التجاري الدولي.

#### الفرع الرابع: التحكيم و المؤسسات العمومية الاقتصادية منذ 1988<sup>(1)</sup>

بعد صدور النصوص المتعلقة بالمؤسسات العمومية الاقتصادية ظهر جدل حول إمكانية خضوعها إلى التحكيم، بعبارة أخرى فبالرغم من عدم إلغاء المادة 442 فقرة 3 لقانون الاجراءات المدنية الجزائري، هل يمكن إخضاعها للتحكيم؟

سنبين فيما يأتي أن النصوص المتعلقة بالمؤسسات العمومية الاقتصادية لا تحتوي على أحكام مفادها أنها تخضع للتحكيم(الفرع الأول)، و إنما النصوص اللاحقة هي التي مهدت الطريق لذلك -كما بينا ذلك سابقاً-

---

1 - انظر القانون رقم 88-01 مؤرخ في 22 جمادى الأولى عام 1408 الموافق لـ 12 يناير 1988 يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر 1 صادرة في 13 يناير 1988.  
القانون رقم 88-04 مؤرخ في 22 جمادى الأولى عام 1408 الموافق لـ 12 يناير 1988 يعدل و يتم الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون التجاري، و يحدد القواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية.

## أولاً: النصوص الخاصة بالمؤسسات العمومية الاقتصادية لا تخضع للتحكيم:

لقد انقسم الفقه في مسألة خضوع المؤسسات العمومية الاقتصادية إلى التحكيم، على هذا الأساس نقدم أولاً الآراء القائلة بخضوعها للتحكيم، ثم بعد ذلك الآراء المخالفة.

### 1- الآراء القائلة بخضوع المؤسسات العمومية الاقتصادية للتحكيم:

لقد ارتكز هؤلاء على المادة 20 الفقرة 3 (النص العربي) و 4 (النص الفرنسي) من القانون رقم 88-01 التي تنص على: "كما يمكن أن تكون الممتلكات التابعة لذمة المؤسسة العمومية الاقتصادية موضوع مصالححة حسب الفقرة الأولى من المادة 442 من الأمر 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المذكور أعلاه"

و تنص الفقرة الثانية من نفس المادة:

"و يمكن التصرف في هذه الممتلكات و بيعها طبقاً لقواعد القانون التجاري"

على غرار هذه الأحكام يرى بعض الفقه الجزائري خضوع المؤسسات العمومية الاقتصادية إلى التحكيم، حيث يقول الأستاذ أحمد محيو: "القانون 88-01 يسمح صراحة للمؤسسات العمومية الاقتصادية اللجوء إلى التحكيم (المادة 20 الفقرة 4) و يرفع كل غموض حول هذه المسألة<sup>(1)</sup>"

و يرى القاضي بجاوي أحمد: "أن إحدى القوانين العشر 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية هو ترخيص واضح للجوء إلى التحكيم الدولي، عندما يصرح في المادة 20 أن المؤسسات العمومية الاقتصادية لها حرية التصرف في الممتلكات التابعة لذمتها، طبقاً لقواعد القانون التجاري"<sup>(2)</sup>

### 2- الآراء القائلة بعدم خضوع المؤسسات العمومية الاقتصادية للتحكيم:

1 Mahiou Ahmed: L'arbitrage en Algérie in revue Algérienne, volume XXVII, N° 4 , 1989, p 720.

2- Bedjaoui Mohamed: un tournant remarquable dans la législation algérienne relative à l'arbitrage commercial international, in Bulletin de la cour internationale d'arbitrage de la C.C.I. vol 4, N° 2, Octobre 1993, p 58.

إن التصريح بخضوع المؤسسات العمومية للاقتصادية للتحكيم الدولي يصطدم بالفقرة الأولى من المادة 20 و المادة 36 من القانون 01-88 و النصوص اللاحقة التي أدت إلى إلغاء المادة 442 فقرة 3 ق إ م.

تنص المادة 20 فقرة الأولى: "تكون الممتلكات التابعة لذمة المؤسسة العمومية الاقتصادية قابلة للتنازل عنها و التصرف فيها و حجزها حسب القواعد المعمول بها في التجارة ماعدا جزءاً من الأصول الصافية التي تساوي مقابل قيمة الرأسمال التأسيسي للمؤسسة".

لقد بين أحد الفقهاء إشكالية تتعلق بممتلكات المؤسسة العمومية الاقتصادية، حيث أن المادة 20 فقرة أولى تميز بين الأصول الصافية التي تساوي مقابل قيمة الرأسمال التأسيسي و موجودات الشركة أي الأموال و الحقوق المملوكة للشركة في وقت ما ، إن الصنف الثاني من الأموال هو وحده الذي يكون قابلاً للتنازل، التصرف و الحجز، و هو وحده الذي يخضع للتحكيم و هذا ما سيؤدي إلى إشكالية التمييز بين الأصول الصافية و موجودات المؤسسة العمومية الاقتصادية<sup>(1)</sup>

و يتبين ذلك أيضا من المادة 36 للقانون 01-88 التي تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية إلى قانون خاص فيما يتعلق بالتصفية و التسوية القضائية، و هذا يعني عدم إخضاعها لقانون الشركات التجارية.

## تـرـجـيـح

إن الطبيعة القانونية لأموال المؤسسة العمومية القانونية، تحتم عدم إخضاعها إلى قانون الشركات التجارية فيما يتعلق بالتصفية و التسوية القضائية، و هذا لا يتماشى مع فكرة التحكيم و لا مصالح الشركات الأجنبية<sup>(2)</sup>.

يتبين كذلك أن المادة 442 فقرة 3 من ق إ م لم تلغ لا ضمناً و لا صراحة، إلى غاية صدور المرسوم التشريعي 09-93 الذي ألغى المادة 442 فجاء في المادة الأولى فقرة 2 ما

1 - Terki Noureddin M l'arbitrage et l'entreprise publique en Afrique du Nord in revue de droit international et de droit comparé 1989, N°2 P128, 129 et l'arbitrage international et l'entreprise publique économique en Algérie in revue de l'arbitrage, 1990, p, p 592-593.

2 - عليوش قربة كمال: التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، المرجع السابق، ص 18.

يلي: "و لا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية."

إن هذا لا يعني أن المؤسسات العمومية الاقتصادية قد أصبحت قابلة الخضوع للتحكيم ما دامت مسألة التمييز بين أموال المؤسسة لم يفصل فيها.

### ثانياً: المؤسسات العمومية الاقتصادية تخضع للتحكيم الدولي بعد سنة 1994:

إن النصوص اللاحقة لقوانين 1988 هي التي بينت تدريجياً خضوع المؤسسات العمومية الاقتصادية إلى التحكيم الدولي، لقد جاء في المادة 217 من المرسوم التشريعي 93-08<sup>(1)</sup> ما نصه: "تخضع الشركات ذات أموال عمومية كلياً أو جزئياً لأحكام هذا الباب المتعلق بالإفلاس و التسوية القضائية."

لا تطبق أحكام المادة 352 من هذا القانون في حالة ما إذا كان إجراء التصفية يعني شركة مذكورة في المقطع الأول أعلاه.

غير أنه يمكن أن تتخذ السلطة العمومية المؤهلة عن طريق التنظيم، تدابير تسديد مستحقات الدائنين .

و تشمل التدابير المذكورة في المقطع السابق قفل الإجراء الجاري طبقاً لأحكام المادة 357 أدناه".

إذا كان المبدأ الذي وضعته المادة 217 هو إخضاع ممتلكات المؤسسات العمومية الاقتصادية إلى الإفلاس، و قد يعني ذلك عدم التمييز بين طبيعة الممتلكات، فإن الاستثناءات الواردة في المقطعين الأول و الثاني تعني عدم تطبيق الإفلاس و التسويات القضائية، و قد يرجع ذلك لعدم التمييز بين ممتلكات المؤسسة العمومية الاقتصادية، و هذا ما يؤدي إلى عدم قابلية خضوعها للتحكيم.

1 - مرسوم تشريعي رقم 93-08 مؤرخ في 3 ذي القعدة 1413 الموافق لـ 25 أبريل 1993 يعدل و يتم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 27 الصادر في 27 أبريل 1993، ص 3.

أما المرسوم التشريعي 08-94<sup>(1)</sup> فقد عدّل المادة 20 من القانون 01-88 في مادته 24 كالاتي: " تعد الأملاك التابعة للممتلكات الخاصة بالمؤسسات العمومية الاقتصادية قابلة للبيع و التحويل و الحجز حسب القواعد المعمول بها في الميدان التجاري باستثناء أملاك التخصيص و أجزاء من الأملاك العمومية التي تستغل عن طريق الانتفاع.

تحدد كيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عند الاقتضاء عن طريق التنظيم."

و نصت المادة 25 من نفس المرسوم التشريعي على أن: "المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات ذات رؤوس أموال تملك الدولة أو شخصيات معنوية تابعة للقانون العام الأغلبية المطلقة من الأسهم أو حصص الشركاء.

تتم كيفيات الزيادة في رأسمال المؤسسات العمومية الاقتصادية و التخفيض منه و كيفيات تعويض الإهلاك طبقاً للأحكام المنصوص عليها في القانون التجاري."

تغير هذه المادة التعريف الوارد في المادة 5 من القانون 01-88 التي تعتبر ملغاة.

ما يلاحظ هو أن رأسمال المؤسسة العمومية الاقتصادية لا يتكون إلا من الأموال العامة، و أن المشرع أصبح لا يميز بين ممتلكاتها، لقد أصبحت بهذا كلها قابلة للتصرف<sup>(2)</sup>.

على هذا الأساس يمكن للمؤسسات العمومية الاقتصادية أن تطالب بالتحكيم من دون أن تطرح مسألة طبيعة ممتلكاتها، أما الأموال المستثناة من قبل المشرع فهي ليست أموالاً للمؤسسة العمومية الاقتصادية و بالتالي تكون غير قابلة للتصرف.

بعد الفصل في طبيعة ممتلكاتها يمكنها أن تخضع إلى التحكيم التجاري الدولي المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية المعدل و المتمم.

### **الفرع الخامس: التحكيم التجاري الدولي المؤسس بعد المرسوم التشريعي 09-93:**

لقد رفضت الجزائر طيلة ثلاثون سنة مضت الخضوع للتحكيم التجاري الدولي، ما هي يا ترى الأسباب؟ و هذا هي اليوم ترضح للأمر الواقع، فهل هناك من أسباب أخرى؟

1 - مرسوم تشريعي رقم 08-94 المؤرخ في 26 مايو 1994 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994.  
2 - عليوش قربة كمال: التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، المرجع السابق، ص 20.

تطرق لهذه الأسباب القاضي بجاوي محمد و لخصها كالآتي<sup>(1)</sup>:

- أسباب الرفض الخاصة بكل دولة .

- أسباب الرفض الخاصة بالدول العربية من بينها الجزائر.

ثم سنبين بالضرورة الأسباب التي دفعت بالدول إلى قبول طريق التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لفض منازعات الاستثمار الأجنبي.

---

<sup>1</sup> - bedjaoui Mohamed: L'évolution des conception et de la pratique algériennes en matière d'arbitrage international, actes du séminaire sur l'arbitrage commercial, organisé par la chambre national de commerce à Alger le 14 et 15 décembre 1992, chambre national de commerce, mars 1993 p 15-40.

## أولاً: أسباب الرفض الخاصة بكل دولة:

إن التحكيم هو نظام عدالة خاصة يسلب النزاع من اختصاص المحاكم العادية ليخضعه لأشخاص خاصة، غالباً ما تكون مختارة من الأطراف أنفسهم أو بمساعدتهم. و بالتالي تنشأ علاقة تنازع بين التحكيم و العدالة الرسمية.

إذن فالتحكيم غير مرغوب فيه بصفة عامة، سواء كانت المؤسسة عمومية أو خاصة، غربية أو تابعة لدول العالم الثالث أو كانت الدول عربية أو من دول الجنوب بصفة عامة ترفض الدولة التحكيم لكونها تتمتع بالسيادة.

كان في البداية من الصعب وقوع الدولة في شباك التحكيم، ما يبدو لنا اليوم شيء عادي هو في الحقيقة غنيمة هامة جداً بالنسبة للتحكيم. يجب أن نتصور أن توسع التحكيم، يعني أولاً و أخيراً "عدالة خاصة" تواجه الدولة أو على الأقل تقييدها في مجال نشاطها<sup>(1)</sup>.

لفهم أهمية توسع التحكيم التجاري الدولي، يجب أن نذكر أن سيادة الدولة عامة و مانعة، لاسيما أنها تتمثل في سلطة إنشاء و تطبيق القانون و سلطة توقيع الجزاء، سلب الدولة الاختصاص القضائي على الفرد أو المجموعة الخاصة هو انتصار أول للتحكيم يبين الطابع الاستثنائي له بالنسبة للسلطة القضائية للدولة.

اختلاس الدولة الاختصاص القضائي على الأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام أو فروع الدولة تعتبر مرحلة أكبر من الأولى.

التوصل إلى مطالبة الدولة خضوعها للتحكيم هي نفسها، مع أنها هي مصدر كل سلطة و هي لا تحب من يعرقل تصرفاتها حتى من طرف محاكمها الخاصة، هذا ما يعد غير معهود و ثوري، لو لم نكن قد اعتدنا على ذلك إلى أن هذا الوضع أصبح مبتدل أو بعبارة أخرى تافه.

لا ننسى أن السيادة في النظام الدولي هي أساساً رفض أية تبعية أو خضوع لأي كيان خارجي، سواء كانت دولة أجنبية أو منظمة دولية.

ما نلاحظه هو أن الدولة استسلمت للتحكيم التجاري الدولي، و النظام القانوني لمجتمع  
التجار.

### ثانياً: أسباب الرفض الخاصة بالدول العربية و من بينها الجزائر:

زيادة على الأسباب الخاصة بكل دولة و المتمثلة في علاقة التنازع بين التحكيم و المحاكم  
الوطنية هناك أسباب أخرى خاصة بالدول العربية،

ترتبط هذه الأسباب بالتاريخ أولاً و الاقتصاد ثانياً وبالقانون ثالثاً.

#### (أ): الأسباب التاريخية:

نوجزها فيما يلي:

- تقليص ميدان السلطة القضائية بسبب نظام الإمتيازات الذي عرفته دول المشرق  
العربي.

- الحماية أو الاستعمار (الاستعمار) الذي عرفته تونس و المغرب و الجزائر.

على هذا الأساس يبدو اليوم اللجوء إلى التحكيم كتقليل من تدخل المحاكم المحلية<sup>(1)</sup>.

#### (ب): الأسباب الاقتصادية:

لقد شيدت الدول العربية و خاصة الجزائر اقتصادياتها على تدخل الدولة، فأصبحت الدولة  
تاجراً مستثمراً، صناعياً، مقاولاً، ناقلاً ، مؤمناً.

رغم ذلك فالضرورة الاقتصادية ألزمت الجزائر على اللجوء إلى التحكيم في الواقع، رغم  
أنها تبنت تشريعاً يمنع اللجوء إلى التحكيم.

هو من الواضح أن مبادئ الحصانة القضائية و الحصانة التنفيذية التي تحمي الدولة ذات  
السيادة، قد أصبحت مقيدة أو تلاشت بسبب رفض المعيار التقليدي الذي يأخذ بصفة الدولة و  
تغلب المعيار الذي يأخذ بطبيعة تصرف الدولة (التعارض بين تصرفات التسيير و تصرفات

1 - عليوش قريوة كمال: المرجع نفسه، ص 22.

السلطة) – Opposition jus gestionis au jus imperis - لم تتوصل الدول العربية إلى التدرع بحصانتها لتحمي نفسها ضد التحكيم التجاري الدولي<sup>(1)</sup>.

### ج): الأسباب التحكيمية (القانونية) :

يتملق الأمر هنا بقرارات التحكيم التي صدرت عن محكمين غربيين، ابعاد القانون الداخلي العربي الواجب التطبيق و محاولات تدويل العقود<sup>(2)</sup>.

### \*/ قرارات التحكيم المشهورة:

لقد طرحت في الخمسينيات عدت قضايا على التحكيم<sup>(3)</sup>، في كل هذه القضايا استبعد المحكمون الغربيون القانون العربي الواجب التطبيق، على هذا الأساس اعتبرت الدول العربية التحكيم الدولي وسيلة لهيمنة بلدان الشمال على الجنوب.

و لكن هل تغير الوضع منذ ذلك الوقت؟

لقد تعنت المحكمون في إبعاد القانون العربي الداخلي في عدة قضايا طرحت في السبعينات على التحكيم الدولي<sup>(4)</sup>.

و عجب العجاب هو أن هذه القضايا طرحت مشكلة واحدة و هي التأمينات الليبية، و لكنها أدت إلى ثلاثة قرارات تحكيمية و ثلاثة حلول مختلفة<sup>(5)</sup>، حتى و إن كان القانون الداخلي للدول العربية معيناً كقانون واجب التطبيق فإن بعض المحكمين يبعدون هذا الاختيار، لتطبيق قانون آخر.

و قد نجحت هذه المحاولات و توصلت إلى تدويل العقود و إخراجها عن محلها انطلاقاً من مبدأ سلطان الإرادة، كان الاتجاه الأول هو محاولة ربط العقد مباشرة بالنظام القانوني

1 - عليوش قربوعة كمال: المرجع نفسه، ص 23.

2 - عليوش قربوعة كمال: المرجع نفسه، ص 23

3- Pétroleum développent c/ chekh d'buo dhabi 1951 gouvernement de quatar c/ international marine oil company 1953, gouvernement d'Arabie saoudite c/ Aramco 1958, Sphier annuaire suisse de droit international, 1962.

4- Sentence calasiatic, 19 janvier 1977 rendu par René-jean DUBUY. ...etc

5 Stern B: trois arbitrage, un problème, trois solution in revue de l'arbitrage N° 1 1980. P 43

الدولي و تسمية العقد بشبه معاهدة و الإعراف للمتعاقد الخاص الأجنبي بصفة الشخص القانوني الدولي.

و لكن في الوقت الذي اعترف فيه للمتعاقد الأجنبي بهذه الصفة، نلاحظ تناقض بحيث اعتبرت الدولة العربية متاجر من أجل إخضاعها للتحكيم<sup>(1)</sup>.

هناك محاولة أخرى تتمثل في إخضاع العقد إلى نظام قانوني خاص (ordre juridique spécifique) أو إلى نظام ثالث ( tiers-ordre ) يتمثل إما في العقد نفسه أو يكون نظاماً قانونياً دولياً (ordre juridique international) متكون من قانون التجار، و كل هذه المحاولات تهدف إلى إبعاد تطبيق القانون الداخلي العربي<sup>(2)</sup>.

إن عدم اختصاص المحاكم الجزائرية هو تنازل و ضمان ممنوح للمستثمر الأجنبي هو اعتراف ضمني من الدولة المضيفة بعدم الاختصاص، عدم الحياد و نقص في استقلالية المحاكم الخاصة بها.

رغم كل هذا فإن الدول العربية و من بينها الجزائر قد تفتحت للتحكيم الدولي.

**ثالثاً: الأسباب التي أدت بالدول العربية و الجزائر إلى قبول اللجوء إلى التحكيم:**

يمكن أن نذكر من بين هذه الأسباب:

- أنه للعرب قابلية تاريخية للجوء إلى التحكيم<sup>(3)</sup>
- تفتح التشريعات العربية المعاصرة على التحكيم الدولي
- الضرورة الاقتصادية
- بالنسبة للجزائر: المرحلة الانتقالية، تحرير الاقتصاد و آثاره على التحكيم الدولي.

<sup>1</sup> - bedjaoui Mohamed: L'évolution des conception et de la pratique algériennes en matière d'arbitrage international.. ,op, cit, p 11.

2 - عليوش قريوة كمال: التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مرجع سبق ذكره، ص 24.

3 عبد الحميد الأحذب: التحكيم في الدول العربية باريس أكتوبر 1988.

جاء في عرض الأسباب لمشروع القانون أن الإصلاحات "هدفها الأساسي هو تكييف اقتصادنا مع التغيرات الاقتصادية و التجارية الدولية"، و جاء بشأن التحكيم الدولي "في العلاقات الدولية بين التجار لدول مختلفة هناك حذر متبادل اتجاه محاكم الدولة، الخوف من تعقيد الحلول المتعلقة بتنازع القوانين و التنازع القضائي، و هذا يدفع بالأطراف لتسوية نزاعاتهم، استخلاف المحاكم الوطنية بالمحكمن الذين يتم اختيارهم من طرفهم.

إن النشاط الاقتصادي و التجاري و لاسيما في الميدان الدولي لا يتقبل تباطؤ الاجراءات القضائية".

على هذا الأساس تم تقنين التحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية الجزائري لأول مرة في تاريخ الجزائر ليكرس التحكيم التجاري الدولي صراحة و بوضوح.

إن المرسوم التشريعي 09-93 قد أدخل الجزائر ميدان التحكيم التجاري الدولي من بابه الواسع، حيث أن الحلول التي تبناها تتجاوز الحلول المعمول بها في الدول الغربية كفرنسا و سويسرا.

لقد اخذ من القانونين الفرنسي و السويسري مقنناً في بعض الأحيان القضاء الفرنسي و لذا و جب علينا الرجوع إليهما كلما دعت الحاجة لذلك.

إن المرسوم التشريعي 09-93 هو قانون عام يسمح للأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام أن تطلب التحكيم في علاقاتها التجارية الدولية، يعني هذا أن الدولة و المجموعات المحلية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري يمكنها أن تلجأ إلى التحكيم، غير أن ما لاحظناه هو أن القوانين تقيد من هذا الإطلاق:

- فالمادة 12 من القانون 21-91 المتعلقة بالمحروقات تخضع النزاعات التي تثور بين الدولة و أحد الأطراف المتعاقدة إلى اختصاص المحاكم الجزائرية.

- تنص المادة 27 من القانون 24-91 المتعلق بالنشاطات المنجمية على نفس الشيء<sup>(1)</sup>

---

1 - قانون رقم 24-91 نؤرخ في 6 ديسمبر 1991 يعدل و يتم القانون رقم 84-06 الصادر في 7 يناير 1984 المتعلق بالنشاطات المنجمية، ج ر عدد 64 الصادر في 11 ديسمبر 1991.

- و هو كذلك بالنسبة للمادة 41 من المرسوم التشريعي 93-12 التي تخضع مبدئياً النزاعات إلى اختصاص المحاكم الجزائرية.

قد نص المرسوم التشريعي 93-12 في المادة 2 منه على أنه: "بدرج ضمن الكتاب الثامن من الأمر 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966 و المذكور أعلاه فصل رابع بعنوان في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي".

و قد تم تقسيم هذا القانون إلى ثلاثة أقسام:

- القسم الأول أحكام عامة

- القسم الثاني تنظيم التحكيم الدولي

- القسم الثالث في الاعتراف بالقرارات التحكيمية الصادرة في مادة التحكيم الدولي و تنفيذها الجبري و طرق الطعن فيها.

---

انظر كذلك المادة 51 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 نؤرخ في 2 جمادى الأولى 1412 الموافق لـ 9 نوفمبر 1991 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 57 الصادر في 13 نوفمبر 1991. التي نصت على أنه يجب أن ينص في كل صفقة على التشريع المعمول به و على هذا المرسوم كما يجب أن تتضمن على الخصوص البيانات التالية.  
القانون المطبق و شرط تسوية الخلافات " إن إمكانية اللجوء إلى التحكيم من خلال مرسوم تنفيذي يعتبر غير مشروع لأنه يتعارض مع المادة 442 فقرة 3 لقانون الاجراءات المدنية 1966 .

## المبحث الثاني:

### قواعد التحكيم المعمول بها في التشريع الجزائري

يعتبر التحكيم الطريق البديل الثالث لحل النزاعات، أدرج في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الجديد ضمن الكتاب الخامس مع الصلح و الوساطة، و لأن التحكيم يتم خارج مرفق القضاء، و دون تدخل القاضي، شريطة أن لا يتعارض حكم التحكيم مع حكم قضائي سابق في موضوع النزاع<sup>(1)</sup>.

و خصومة التحكيم باعتبارها خصومة إجرائية، فهي تخضع بالضرورة للقواعد العامة في الخصومة، كمبدأ المساواة بين الخصوم، و مبدأ احترام حقوق الدفاع و مبدأ المواجهة بين الخصوم. و مع ذلك تحتفظ الخصومة التحكيمية ببعض الخصوصيات المميزة لها عن الخصومة القضائية؛ فهي لا تخضع لمبدأ التقاضي على درجتين أو مبدأ علنية الجلسات و المرافعة و النطق بالحكم أو مجانيته<sup>(2)</sup>.

من أجل تفصيل كل هذا و غيره ارتأينا أن نقدم مبحثنا هذا على النحو التالي، حيث سنتطرق في المطلب الأول إلى القواعد التي تحكم اللجوء إلى التحكيم، مبينين دور الاتفاقيات الدولية في وضع قواعد التحكيم الدولي في الجزائر. ثم نفضل في المطلب الثاني القضايا المتعلقة بتنظيم التحكيم في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد (قانون 08-09)؛ بما في ذلك من تعين المحكمين إلى صدور الحكم التحكيمي و طرق الطعن فيه أو تنفيذه في الجزائر تحت إشراف هيكل العدالة بطبيعة الحال.

### المطلب الأول:

#### اللجوء إلى التحكيم

أجاز القانون الجزائري اللجوء إلى التحكيم بقصد التيسير على الخصوم ليتم الفصل في النزاع من طرف أشخاص طبيعيين أو معنويين من ذوي المعرفة الفنية، مع توفير الوقت و الجهد في كل الأحوال، فالتحكيم يركز على أساسين، إرادة الخصوم و إقرار المشرع لهذه الإرادة، يبدأ بعقد و ينهي بحكم.

<sup>1</sup> - أحمد محمد حشيش: طبيعة المهمة التحكيمية، دار الكتاب القانونية، مصر 2001، ص22.

<sup>2</sup> - بربارة عبد الرحمن: شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 535.

و لقد وقعت الجزائر و انضمت إلى عدد من الاتفاقيات المتعلقة بالاعتراف بالقرارات التحكيمية الدولية و تنفيذها و هي:

- اتفاقية نيويورك بتاريخ 1958/06/10

- اتفاقية واشنطن بتاريخ 1965/03/18

- اتفاقية عمان العربية بتاريخ 198/04/04.

و سنحاول في هذا المطلب أن نتطرق إلى توضيح ما هو المجال الذي يمكن فيه اتخاذ طريق التحكيم، ثم نتعرف إلى اتفاق التحكيم كما عرفه المشرع الجزائري، و في الأخير إلى دور الاتفاقيات الدولية في إرساء قواعد التحكيم في الجزائر.

### الفرع الأول: مجال اللجوء إلى التحكيم

تنص المادة 1006 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على أنه: " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام و حالة الأشخاص و أهليتهم.

لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ماعدا في علاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.

من خلال المادة يمكننا أن نلاحظ أنه لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، و لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم .

و بالتالي نخلص إلى أن القاعدة هي جواز اللجوء إلى التحكيم و الاستثناء هو عدم جوازه في المجال المحدد بنص المادة 1006 و هي المسائل الآتية<sup>(1)</sup>:

1. الحقوق التي لا يملك الشخص مطلق التصرف فيها.

2. المسائل المتعلقة بالنظام العام .

3. حالة الأشخاص و أهليتهم.

<sup>1</sup> - بربارة عبد الرحمن: شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 538.

و سنتناول هذه النقاط بالتفصيل، أما الفقرة الثانية من المادة 1006 و هي إمكانية لجوء المؤسسات العمومية الاقتصادية للتحكيم فستتطرق إلى ذلك في موضوع ابرام اتفاق التحكيم، و هو العنصر الأنسب حسب رأينا للخوض في هذه النقطة.

### أولاً: الحقوق التي لا يملك الأشخاص مطلق التصرف فيها

إن الحقوق التي لا يجوز التحكيم فيها هي الحقوق التي لا يملك الأشخاص بشأنها حرية التصرف فيها، و قد ميز الفقه بين درجات مختلفة للحقوق التي لا تخضع لحرية التصرف فيها:

✓ هناك حقوق غير قابلة للتصرف بصفة مطلقة أو بالطبيعة كالحالة و الأهلية.

✓ هناك حقوق غير قابلة للتصرف جزئياً كالحقوق المالية الناشئة عن الذمة المالية العائلية (تحديد النفقة العائلية)

✓ و أخيراً هناك حقوق غير قابلة لتصرف محتملة و قابلة للتصرف كالحقوق الناشئة و الحالية، كمادة قانون العمل مثلاً.

على هذا الأساس هناك معادلة بين الحقوق القابلة للتصرف و جوازية اللجوء إلى التحكيم<sup>(1)</sup>.

لقد أخذ المشرع بالمفهوم الواسع مؤداه أن مجموع النزاعات التي تتعلق بالمسائل المالية يمكنها أن تخضع للتحكيم ماعدا المسائل الكلاسيكية المتعلقة بحالة الأشخاص و أهليتهم، الالتزام بالنفقة ، حقوق الإرث المسكن والملبس مع وجود غموض في معنى النقطتين الأخيرتين<sup>(2)</sup>.

بالإضافة إلى ذلك يمكن القول بأنه المسائل التي تتعلق بالعائلة لا يمكن التصرف فيها أي أنها لا تخضع للتحكيم، بعبارة أخرى فهي من اختصاص المحاكم الوطنية فقط<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - Hanotiau Bernard: L'arbitrabilité et la favori arbitandum: un réexamen In J.D.I 1994, p 933.

<sup>2</sup> - issad M

<sup>3</sup> - عليوش قربة كمال: التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مرجع سبق ذكره، ص 25.

## ثانياً: المسائل المتعلقة بالنظام العام

لقد ادخل المشرع استثناء ثاني خاص بالمسائل المتعلقة بالنظام العام، يعني هذا أو كل المسائل التي تشمل على جانب مالي، يمكن أن تخضع للتحكيم إلا إذا كانت تتعارض مع النظام العام.

كالتحكيم بشأن علاقة غير مشروعة أو عقد مقامرة، أو قرض بفوائد ربوية... إلخ<sup>(1)</sup>.

و لكن يجب ألا يختلط معيار النظام العام الداخلي بمعيار النظام العام في التحكيم التجاري الدولي، فقد ذهب قضاء النقض المصري إلى أنه لا توجد علاقة طردية بين فكرة القواعد الآمرة، و فكرة النظام العام الدولي<sup>(2)</sup>.

كما ذهب القضاء الفرنسي إلى أنه لو اتفق الأطراف على اختيار يجب أن يستوفي البيانات و الشروط التي استلزامها قانون الإجراءات المدنية الفرنسي مع مراعاة أن الجزاء لن يكون البطلان دائماً كما هو الحال في التحكيم الداخلي، إذ يلزم أن يحدث إخلال بقاعدة تتعلق بالنظام العام الدولي، فعدم التسبب مثلاً يبطل حكم التحكيم الداخلي، و لكنه لا يؤدي إلى النتيجة نفسها إذا تعلق الأمر بحكم تحكيم دولي<sup>(3)</sup> فلا يقضي القاضي بالبطلان من تلقاء نفسه باعتبار عدم التسبب يمثل إخلالاً بقاعدة تتعلق بالنظام العام<sup>(4)</sup>.

## الفراع الثاني: الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم

سنتناول أولاً أشكال اتفاق التحكيم و مبدأ استقلاليتها، ثم إمكانية لجوء الدولة للتحكيم

الأجنبي (أي إبرامها لاتفاق للتحكيم) ثانياً.

<sup>1</sup> - محمود مختار بريري: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 54.

<sup>2</sup> - نقض مصري 1982/04/26 حيث حدد مفهوم النظام العام باعتباره: "الأسس الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية في الدولة مما يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع مما لا يكفي معه التعارض مع نص قانوني أمر. كذلك قرار محكمة النقض المصرية 1990/05/21: طعن 815 س 52ق، حيث اعتبر الحد الأقصى لسعر الفائدة 8% متعلق بالنظام العام. انظر محمود مختار بريري، المرجع نفسه، ص 55.

<sup>3</sup> - حكم محكمة النقض الفرنسي 1960/06/14: المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص، 1960 ص 393، حيث أيد اتجاه استئناف فرنسي 1958، المجلة النقدية 1958، ص 148، و كان القانون الساري على التحكيم هو القانون الانجليزي الذي لا يستلزم التسبب. و الاتجاه نفسه في استئناف باريس 1988/11/22: مجلة التحكيم 1989، ص 250. انظر كريج لورنس و آخرون: تحكيم غرفة التجارة الدولية، سبق ذكره ص 328.

<sup>4</sup> - محمود مختار بريري: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 192.

## أولاً: أشكال اتفاق التحكيم

يتفق طرفا عقد الاستثمار على اللجوء إلى التحكيم في واحد من شكلين مختلفين؛ أحدها شرط التحكيم و الآخر مشاركة التحكيم، و يقصد بشرط التحكيم ذلك الاتفاق الذي يتم النص عليه في عقد الاستثمار ذاته و يتفق الطرفان بموجبه على إحالة النزاعات التي قد تنشأ بينها على التحكيم، و هذا الاتفاق يكون قبل نشوء النزاع المحتمل، و قد يكون شرط التحكيم إما عاما يحيل على التحكيم كل نزاع يتعلق بتفسير أو تنفيذ العقد، و إما خاصاً إذا أحال بعض المسائل فقط<sup>(1)</sup>.

أما مشاركة التحكيم فتكون على شكل اتفاق مستقل عن العقد؛ و عادة ما تكون لاحقة عن نشوب النزاع، و غالباً ما يتفق فيها الطرفان على تحديد موضوع النزاع و أسماء المحكمين و كذا إجراءات التحكيم، كما قد ينص الاتفاق على القانون الواجب التطبيق من طرف المحكمين. و للطرفين أن يتفقا على إحالة النزاع على التحكيم في القوانين الداخلية للدولة المستقبلة للاستثمار أو يحيلانه على التحكيم الدولي<sup>(2)</sup>.

و أساس التحكيم بطبيعة الحال رضا طرفي الاتفاق إلا أن التحكيم يصبح إجبارياً بعد الاتفاق عليه، وهذا ما يميز التحكيم عن القضاء الداخلي، و هذا ما أدى إلى القول بالطبيعة غير المتجانسة لاتفاق التحكيم مادام ذلك التحكيم يبدأ كما أسلفنا باتفاق خاص بين الطرفين و يظل خاصاً أثناء الإجراءات التي يحددها بينهم أيضاً، ثم ينتهي بحكم له قوة ملزمة قانوناً، ثم ينفذ ذلك الحكم من طرف مختلف الدول شريطة أن تتوفر فيه شروط الصحة<sup>(3)</sup>.

و دور الإرادة إذن في التحكيم في حد ذاته إذ أنها هي التي تحدد أيضاً موضوع النزاع و تعيين المحكمين و تحديد الإجراءات التي تتبع في التحكيم، و قد تحدد القانون القابل للتطبيق<sup>(4)</sup>.

و يجب الإشارة من جهة أخرى إلى أن شرط التحكيم قد لا ينص سوى على نية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم لحل النزاع دون الدخول في التفاصيل، و إذن يكون من الضروري وجود

1 - قادري عبد العزيز: الاستثمارات الدولية - التحكيم التجاري الدولي و ضمان الاستثمارات، مرجع سبق ذكره، ص 260.

2 - قادري عبد العزيز: المرجع نفسه ص 260.

3 - قادري عبد العزيز: الاستثمارات الدولية - التحكيم التجاري الدولي و ضمان الاستثمارات، مرجع سبق ذكره، ص ص 260، 261.

4 - عبد الحميد عشوش: التحكيم كوسيلة لفض النزاعات في الاستثمار، دراسة مقارنة، الاسكندرية مؤسسة شباب الجامعة 1990 ص 22.

اتفاق لاحق بين الطرفين لتحديد موضوع النزاع و باقي التفاصيل الأخرى كتشكيل المحكمة التحكيمية و الإجراءات المتبعة في ذلك، و القانون المطبق على النزاع، و هذا النوع من الشرط يدعى "الشرط الفارغ" أو "التعهد التحضيري"<sup>(1)</sup>.

و نذكر كذلك بأن العمل بشرط التحكيم قد يمتد حتى ولو تم تنفيذ كل بنود العقد و انتهى العقد بذلك، ذلك أن العمل بتلك البنود ينتهي بانتهاء العقد، أما شرط التحكيم فقد يمدد العمل به من أجل فض ما قد يثور من منازعات<sup>(2)</sup>.

القضاء الفرنسي في البداية لم يعترف بصحة شرط التحكيم تماشياً مع ما قرره محكمة النقض الفرنسية سنة 1943 بإجازة اتفاق لاحق عن نشوء النزاع<sup>(3)</sup>، و كان العمل السائد هو النص على التحكيم في عقد لا يعد سوى وعدا باللجوء إلى التحكيم يجب تأكيده بمشاركة تحكيم يبرمها الطرفان بعد قيام نزاع بينهما، و أثر عدم تنفيذ هذا الشرط هو التعويض على أساس الإخلال بالتزام تعاقدى دون إلزام الطرف بإبرام مشاركة التحكيم<sup>(4)</sup>، و لكن مع التطور الحاصل في مجال اللجوء إلى التحكيم الدولي بدأ المشرع الفرنسي يعترف باس شرط التحكيم كما هو معروف و لكن فرق بين التحكيم الدولي و الداخلي<sup>(5)</sup>.

و لقد تم توسيع دائرة المسائل التي يجوز فيها اللجوء إلى شرط التحكيم سنة 1980 بتعديل قانون المرافعات الفرنسي، بحيث امتد التوسيع إلى كافة المسائل التي يوجد بشأنها نص يتيح اللجوء إلى التحكيم، و بذلك أصبح قبول شرط التحكيم قاعدة و حظره استثناءً<sup>(6)</sup>.

### ثانياً: إمكانية لجوء الدولة للتحكيم الأجنبي (أي إبرامها لاتفاق للتحكيم)

و السؤال الذي يمكن أن نطرحه هو ما إذا كان بإمكان الدولة الاعتراف بحصانتها القضائية كي تفلت من اللجوء إلى التحكيم الأجنبي؟

#### أ- موقف الفقه:

- 1 - عبد الحميد عليوش: المرجع نفسه، ص 23.
- 2 - قادري عبد العزيز: الاستثمارات الدولية - التحكيم التجاري الدولي و ضمان الاستثمارات، مرجع سبق ذكره، ص 261.
- 3 - سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الكتاب الأول، القاهرة، دار النهضة العربية، 1984، ص 76.
- 4 - قادري عبد العزيز: الاستثمارات الدولية - التحكيم التجاري الدولي و ضمان الاستثمارات، مرجع سبق ذكره، ص 262.
- 5 - محمود مختار أحمد بربري: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 2007، ص 61.
- 6 - سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الكتاب الأول، مرجع سبق ذكره، ص 85.

أن الفقه التقليدي كان يقول بعدم خضوع النزاعات التي تكون الدولة أو أحد مؤسساتها، طرفاً فيها لقضاء غير قضاء تلك الدولة ذاتها، كما أن محاكم البلاد المصنعة كانت تقول بالحصانة المطلقة للدولة المستقبلية، غير أن المغالاة و سوء استعمال تلك الحصانة أديا بمبادرة من المشرعين أو المحاكم إلى تقليص تلك الحصانة، بل أن بعض الدول قد أبرمت اتفاقيات دولية في هذا الشأن مثل الاتفاقية الموقعة بستراسبورغ في 12 ماي 1972 تحت إشراف مجلس أوروبا المتعلق بالاستثناءات على الحصانة القضائية<sup>(1)</sup>.

### ب- موقف القضاء:

إن محاولات تحدي أحكام التحكيم و تنفيذها استنادا إلى عدم أهلية أو صلاحية إدراج شرط التحكيم من قبل أشخاص القانون العام قد باءت بالفشل و استقر قضاء التحكيم على رفض الدفع بعدم جواز التحكيم<sup>(2)</sup>.

اتخذ القضاء موقفاً مقلصاً جداً للحصانة بالنسبة للأشخاص العمومية غير الممثلة في الدولة أو مؤسساتها، و اشترط في حالة ادعاء مؤسسة عمومية ما تتمتع بالشخصية القانونية أنها تتصرف بأمر من الدولة أو لحسابها أن تثبت ادعاءها، و من نتائج هذا التقليص هو إعطاء العلاقات بين الشركات الوطنية للبلاد النامية كل آثارها، و خاصة الإتفاقيات التي تنص على اللجوء إلى التحكيم، و هذا ما يحسم قضية التنازل عن الحصانة القضائية المترتبة عن النص على شرط التحكيم<sup>(3)</sup>، هذا و يميز القضاء بين تصرف الدولة في إطار التسيير الخاص - Jur gestionnis- و لا يمكنها التدرع فيه بتلك الحصانة القضائية و تصرفها كسلطة عمومية يمكنها التدرع فيه بالحصانة<sup>(4)</sup>.

ج- **الموقف في الجزائر:** كان الأمر في الجزائر هو رفض إخضاع الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم التجاري الدولي و تجلى ذلك في نص المادة 442 - السالفة الذكر - من قانون الإجراءات المدنية القديمة التي تحرم على الأشخاص العمومية اللجوء إلى هذا الإجراء : " يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التعرف فيها ، و لا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة و لا في حقوق الإرث و الحقوق المتعلقة بالمسكن و

1 - قادري عبد العزيز: الاستثمارات الدولية - التحكيم التجاري الدولي و ضمان الاستثمارات، مرجع سبق ذكره، ص 264

2 - محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 61.

3 - قادري عبد العزيز: الاستثمارات الدولية - التحكيم التجاري الدولي و ضمان الاستثمارات، مرجع سبق ذكره، ص 264

4 - قادري عبد العزيز: المرجع نفسه، ص 264.

الملبس و لا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم ، و لا يجوز للدولة و لا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم".

لكن هذه المادة عدلت بنص القانون 93-09 الصادر في 1993/04/25، حيث أصبحت صياغتها الجديدة " ... و لا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقاتهم التجارية الدولية " .

من خلال هذا التعديل نلاحظ أنّ المشرع الجزائري عدل و بشكل جذري عن الموقف المانع للتحكيم التجاري الدولي على الدولة و أشخاص القانون العام الأخرى . و ذلك حينما تثبت بشكل صريح إمكانية لجوء الأشخاص العمومية إلى نظام التحكيم التجاري الدولي في المنازعات الخاصة بعلاقاتها التجارية الدولية .

و مع صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري لسنة 2008 ساري المفعول ابتداءً من 2009 فقد أكد هذا المذهب حيث نص على أن للأشخاص المعنوية العامة و يقصد بها الدولة و الولاية و البلدية و المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، فلا يجوز لها التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية<sup>(1)</sup> جاء في الفقرة الثانية من المادة 1006 ما يلي: " و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

### الفرع الثالث: تعريف المشرع الجزائري لشرط التحكيم و اتفاق التحكيم :

لم يميز قانون الإجراءات المدنية الجزائري من حيث المرجعية، بين التحكيم المبني على شرط و التحكيم القائم على اتفاق بحيث اكتفى في مادته 443 بلفظ الاتفاق على التحكيم أمام المحكمين الذين يختارهم الخصوم رغم أن الاتفاق الوارد في عقد معين يسمى شرط التحكيم (clause compromissoire) أما إذا تم بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم ، يسمى اتفاق التحكيم (compromis)<sup>(2)</sup>

1 - بربارة عبد الرحمن: شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 538.

2 - أحمد أبو الوفاء: التحكيم الاختياري و الإجمالي، منشأة المعارف الاسكندرية مص، الطبعة الخامسة بدون تاريخ نشر، ص

من خلال النص الجديد تدارك المشرع الجزائري هذا النقص و فصل بين شرط التحكيم و اتفاق التحكيم.

### أولاً: شرط التحكيم

عرفت المادة 1007 شرط التحكيم على أنه الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 (كما سنتناول ذلك لاحقاً) لعرض النزاعات التي قد تثور بشأن هذا العقد على التحكيم.

فشرط التحكيم إذن هو اتفاق سابق يحدد الجهة المكلفة بالنظر في نزاع محتمل بمناسبة تنفيذ عقد و كنى تم الاتفاق على ذلك لا يجوز للأطراف المتعاقدة اللجوء إلى القضاء، إلا إذا فشل التحكيم و للمدعي عليه أن يدفع بعد القبول في حالة رفع دعوى قضائية مباشرة دون احترام شرط التحكيم<sup>(1)</sup>.

و قد جاء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري بعض التفصيل فيما يخص اختيار شروط صحة اتفاق التحكيم حيث نصت المادة 1008 على شرطين أساسيين هما:

1- أن يرد الشرط بالكتابة في صلب الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها.

2- أن يتضمن شرط التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم<sup>(2)</sup>

### 1- شرط الأول: الكتابة

بالنسبة للشرط الأول فو نفسه الذي تضمنته المادة 458 مكرر فقرة 2 حيث نصت على ما يلي: "يجب من حيث الشكل و تحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي".

و جاءت هتان المادتان<sup>(3)</sup> متوافقتان مع نص المادة 2 لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي نصت بدورها على شرط الكتابة.

و على هذا يكون القانون الجزائري أكثر صرامة من بعض القوانين كالقانون السويسري الذي يقبل الكتابة في شكل برقية أو توكس ... أو أي وسيلة اتصال أخرى تثبتته عن طريق

<sup>1</sup> - بربرة عبد الرحمن: شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 538.

<sup>2</sup> - بربرة عبد الرحمن: المرجع نفسه، ص 539.

<sup>3</sup> - المادة 1008 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري جديد و 458 مكرر 1 قانون الإجراءات المدنية الجزائري قديم.

النص<sup>(1)</sup>، و قد رأى بعض الفقه أن الصرامة في هذه الشروط قد تتناقض مع روح النص التي تتسم بالليبرالية<sup>(2)</sup>.

كما يرى البعض أن توقيع الوثيقة لا يكون دائماً ضرورياً، ذلك لأن اتفاقية نيويورك تذكر وسائل لا يمكن أن توقع مثلاً البرقية<sup>(3)</sup>.

## 2- الشرط الثاني: تحديد المحكمين

لقد استحدثت قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري هذا الشرط بعدما كان قد نص عليه في القانون القديم الملغى على شرط أن تبرم وفق القواعد الواردة في القوانين التالية:  
- القانون الذي اختاره الأطراف.

- القانون المنظم لموضوع النزاع و لا سيما القانون المطبق على العقد الأساسي.

- القانون الجزائري.

و بالتالي فقد ابتعد القانون الجزائري الجديد عن الشرط على تحديد القانون الواجب التطبيق في اتفاق التحكيم، و إنما نص على ضرورة تحديد المحكمين؛ و هم بدورهم يحددون القانون القابل للتطبيق على النزاع.

أما إذا اعترضت صعوبة أثناء تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يقوم رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه بتعيين المحكم أو المحكمين، و هذا وفق المادة 1009 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

أما إذا كان شرط التحكيم باطلا كإندام تعيين المحكم أو المحكمين أو غياب تحديد كفاءات تعيين المحكم أو المحكمين أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم، يعين رئيس المحكمة ذلك و يصرح بأن لا وجه للتعيين<sup>(1)</sup>. و هذا حسب ما جاء في المادة 1009 فقرة 2. سالف الذكر.

<sup>1</sup> - عليوش قربوعة كمال: التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر العاصمة، الطبعة الثانية، 2004 ص34.

<sup>2</sup> - Issad .M: le décrit législatif Algérien ... op, cit p- p385-386.

<sup>3</sup> - عليوش قربوعة كمال: التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، المرجع السابق، ص34.

## ثانياً: اتفاق التحكيم (مشاركة التحكيم):

عرفت المادة 1011 اتفاق التحكيم على أنه الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم، فاتفاق التحكيم حينئذ، يتعلق بنزاع فعليّ يرغب في شأنه الخصوم تجنب اللجوء إلى القضاء و ليس حول نزاع محتمل كما هو عليه الحال بالنسبة لشرط التحكيم.

كما عرفته إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى ، التي صادقت عليها الجزائر بالمرسوم الرئاسي رقم 95-346<sup>(2)</sup> في المادة الثانية الفقرة الأولى منها كما يلي: " تعتمد كل دول المتعاقدة الإتفاقية المكتوبة التي يلتزم فيها الأطراف بأن تعرض على التحكيم جميع الخلافات التي قامت أو يمكن أن تقوم بينها بخصوص علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أم غير تعاقدية تتضمن قضية من شأنها أن تسوى عن طريق التحكيم..."

### 1- شروط صحة اتفاق التحكيم

جاء ذلك في المادة 1012 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري حيث نصت على أنه حتى يكون اتفاق التحكيم صحيحاً لا بد من توفر الشرطين التاليين:

1- أن يحصل الاتفاق كتابياً.

2- يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم موضوع النزاع و أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم.

و هي تقريباً الشروط الواردة على شرط التحكيم الذي هو جزء من الاتفاق الأصيل بالإضافة إلى ضرورة تحديد النزاع، و هذا أمر بديهي؛ لأنه في الحالة الثانية النزاع يكون قد وقع بشأن تنفيذ العقد أي أنه موجود.

<sup>1</sup> - بربارة عبد الرحمن: شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 539.

<sup>2</sup> - إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى ، التي صادقت عليها الجزائر بالمرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995 ج.ر عدد66 مؤرخ في 05 نوفمبر 1995.

فإذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه، يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة<sup>(1)</sup>..

و هو ما جاء في الفقرتين الثانية و الثالثة من المادة 02 من اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى ، التي صادقت عليها الجزائر بالمرسوم الرئاسي رقم 95-346

و جاءت المادة 1013 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري بحكم جديد و جريء حيث أجازت للأطراف المتنازعة الاتفاق على التحكيم حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية<sup>(2)</sup>.

و يرى الأستاذ بربارة عبد الرحمن أنه في هذه الحالة بإمكان الخصوم إلتماس أرجاء الفصل في الخصومة وفقاً للمادة 214 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الجديد إلى حين انتهاء أجل التحكيم المنصوص عليه في المادة 1018 من نفس القانون و على اعتبار أن التحكيم طريق بديل لحل النزاعات مثله مثل الوساطة التي يباشرها شخص أجنبي عن القضاء دون أن يترتب عن ذلك تخلي القاضي عن القضية، فإذا انتهت الخصومة التحكيمية بصدور حكم، يتم التنازل عن الخصومة القضائية، أما في حالة فشل التحكيم يعاد السير في الخصومة القضائية<sup>(3)</sup>.

---

<sup>1</sup> - المادة 1012 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، انظر: بربارة عبد الرحمن: شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 540.  
<sup>2</sup> - بربارة عبد الرحمن: شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 541.  
<sup>3</sup> - بربارة عبد الرحمن: المرجع نفسه، ص 541

## الفرع الرابع: مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم<sup>(1)</sup>.

إن المقصود باستقلالية اتفاق التحكيم هو ألا يتأثر ذلك الاتفاق سواء كان في صورة شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم (أي سواء كان مندرجاً في العقد أو منفصلاً عنه) بصحة العقد المتعلق به<sup>(2)</sup>، و هو ما يترتب استمرار اتفاق التحكيم رغم البطلان المحتمل للعقد الذي يكون قد أدمج فيه، و العكس أيضاً صحيح أي أن بطلان اتفاق التحكيم، لا يترتب بطلان العقد أو كما يقول الفقهاء: "إن استقلالية اتفاق التحكيم تؤدي إلى عدم التضامن بين ذلك الاتفاق و العقد الذي يتضمنه مادياً"<sup>(3)</sup>.

و لقد نصت المادة 1426 من قانون المرافعات الجديد الفرنسي في هذا الشأن على أنه: "إذا كان شرط التحكيم باطلا فإنه يعتبر غير مكتوب"، و هذا تأكيد لعدم بطلان العقد الأصلي و لو بطل شرط التحكيم، لكن الغالب هو دفع أحد الطرفين بعدم قبول عرض النزاع على التحكيم نتيجة لبطلان العقد الأصلي أو نظراً لإلغاء ذلك العقد، و كان يمكن أن يكون هذا الدفع صحيحاً لو قبل بارتباط اتفاق التحكيم في وجوده أو عدم وجوده بالعقد الأصلي لكنه لا يكون صحيحاً عند القول بمبدأ الاستقلالية لعدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد كما ذكرنا و يظل مرتباً لآثاره كاملة ومنها عدم اختصاص القضاء الوطني في نظر النزاع المعني.

هذا و تجدر الإشارة إلى أن التقليل من مجال التحكيم في العلاقات الداخلية لا ينطبق تماماً على العلاقات الاقتصادية الدولية، إذ أن الطابع الدولي يؤدي إلى حرية تضمين العقود شرط التحكيم دون التقيد بالقواعد الوطنية المتعلقة بشروط صحة أو بطلان بند التحكيم التي تظل مقتصرة على العلاقات الداخلية. و تلك النظرة للتحكيم المستقاة من العمل الفرنسي في هذا المجال اتبعتها نظم قانونية أخرى متعددة<sup>(4)</sup>.

أما على الصعيد الدولي فنضرب مثال غرفة التجارة الدولية، حيث نستنتج من المادة الثانية من نظام تلك الغرفة في فقرتها الرابعة أن للمحكم سلطة النظر في القضايا المتعلقة بانعدام العقد الأصلي أو بطلانه و مدى تأثير ذلك على اتفاق التحكيم و على الآثار المترتبة عن

<sup>1</sup> - أنظر في ذلك أحمد بلقاسم: استقلالية شرط التحكيم، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، الجزء 41 العدد 02 السنة 2004، ص 61.

<sup>2</sup> - قادري عبد العزيز: الاستثمارات الدولية - التحكيم التجاري الدولي و ضمان الاستثمارات، مرجع سبق ذكره، ص 260.

<sup>3</sup> - Jacques J. M. principe d'autonomie et contrats internationaux, Paris economica 1983, p 43.

<sup>4</sup> - سامية راشد المرجع السابق ص ص 83- 117

ثبوت ادعاء الانعدام أو البطلان المذكورين، و هذا يعني أن انعدام العقد الأصلي أو بطلانه لا يؤديان إلى عدم إمكانية نظر المحكمة في اتفاق التحكيم، و إذا ما رأى المحكم صحة وجود اتفاق التحكيم و صحته يواصل النظر في القضية كما يبحث في الاعتراضات المتعلقة بانعدام العقد الأصلي أو بطلانه و يقرر بعد ذلك حقوق كلا الطرفين.

و مثال آخر نضربه عن العمل الدولي بالإشارة إلى أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (C.N.U.D.C.I) تضمن المادة 21 من القواعد التي وضعتها لتنظيم التحكيم الدولي ما يلي:

- أ- إن من سلطات المحكم أن ينظر في موضوع اختصاصه و لو كان الاعتراض على اختصاصه في النزاع يعود إلى وجود أو صحة اتفاق التحكيم في إحدى صورتيه.
- ب- للمحكم الحق في بحث وجود و صحة العقد الأصلي و تقرير انعدامه أو بطلانه إذا ثبت لديه ذلك حتى و لو كان التحكيم جزء لا يتجزأ من العقد الأصلي.
- ج- إن اتفاق التحكيم الذي يحتوي عليه العقد الأصلي، لا يخضع بالضرورة لمصير ذلك العقد بحيث لا يجب اعتباره اتفاقاً مستقلاً عن سائر نصوص العقد الأصلي.
- د- و بناءً على ذلك يكون قرار هيئة التحكيم ببطلان العقد الأصلي لا يرتب بالضرورة القول بعدم صحة شرط التحكيم .

أما اتفاقية نيويورك فلم تتعرض صراحة لمبدأ الاستقلالية و لكن يمكن القول أنها تكرسه باعتبار أنها تقول بالاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الدولية. و ما دام من بين تلك الأحكام و ما هو مبني على الاستقلالية فهي إذن لا تعارض المبدأ على الأقل<sup>(1)</sup>.

لقد أخذ المشرع الجزائري بهذا المبدأ بموجب الفقرة 03 من المادة 1040 ق.إ.م.إ. بقوله: " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاق التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي "

### الفرع الخامس: دور الاتفاقيات الدولية في إرساء قواعد التحكيم في الجزائر

إذا كان من حق الدولة المضيفة للاستثمار أن تتحكم في أوضاع الأجانب على أراضيها وفقاً لمبدأ سيادة الدول على إقليمها، إلا أنها ملزمة بأن تراعي في ذلك من جهة أخرى القيود

<sup>1</sup> - قادري عبد العزيز: الاستثمارات الدولية - التحكيم التجاري الدولي و ضمان الاستثمارات، مرجع سبق ذكره ص 268.

التي يفرضها عليها العرف الدولي في معاملتها للمال الأجنبي على إقليمها وهو ما يسميه الفقه الدولي بمبدأ الاحترام الأدنى لحقوق للأجانب.

ومن جهة أخرى فهي تلتزم بأن ترعى الأسلوب الدولي في فض المنازعات عن طريق التحكيم لهذا كانت للاتفاقيات الثنائية و المتعددة الأطراف الأثر الكبير في إرساء قواعد التحكيم الدولي و ذلك بنصها على هذا الأسلوب لفض الخلافات التي تنشأ بهذه المناسبة.

والجزائر ومن اجل استقطاب أكبر قدر ممكن من رؤوس الأموال الأجنبية فإنها لم تكتف فقط بسن قوانين داخلية ذات بعد دولي إنما تعدى الأمر إلى إبرام عدة اتفاقيات متعلقة بالاستثمارات منها ما هو ثنائي ومنها ما هو متعدد الأطراف كما صادقت أيضا على عدة اتفاقيات دولية في هذا المجال.

### أولا: الاتفاقيات الثنائية التي وقعت عليها الجزائر

لقد أبرمت الجزائر العديد من الاتفاقيات الدولية الثنائية منها والمتعددة الأطراف سواء مع الدول العربية أو مع دول أخرى غير عربية ومن أهم هذه الاتفاقيات:

الاتفاقية مع مصر<sup>(1)</sup> حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الاتفاقية مع سوريا<sup>(2)</sup> حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات.

وكذلك مع الأردن والكويت، أما مع الدول غير العربية فنذكر الاتفاقية الضريبية الجزائرية الفرنسية، الاتفاقية مع بريطانيا<sup>(3)</sup> وإيرلندا في مجال النقل الجوي الدولي، وكذا الاتفاقية مع الاتحاد الاقتصادي اللوكسمبورجي<sup>(4)</sup> البلجيكي، ومع إيطاليا والمملكة الإسبانية ومع الدانمارك.

<sup>1</sup> - الاتفاقية بين الحكومة الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وحكومة جمهورية مصر العربية حول تشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، موقع عليها في القاهرة بتاريخ: 29 مارس 1997، ومصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 320-98 المؤرخ في: 1998/10/11، ج ر، العدد 76 لسنة 1998.

<sup>2</sup> - الاتفاقية بين الجزائر وسوريا موقع عليها في دمشق بتاريخ: 19/09/1997، ومصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 430-98 المؤرخ في: 1998/12/27، ج ر 97 لسنة 1998.

<sup>3</sup> الاتفاق المبرم بين الجزائر والمملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وإيرلندا الشمالية في مجال النقل الجوي الدولي موقع عليها في: 27 ماي 1981 بالجزائر ومصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 82-466 المؤرخ في: 11 ديسمبر 1982 الجريدة الرسمية عدد: 06 لسنة 1982.

<sup>4</sup> - الاتفاقية المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجزائر والاتحاد البلجيكي اللوكسمبورجي موقع عليها بالجزائر في: 1991/04/24 ومصادق عليها بالمرسوم الرئاسي: 518-345 مؤرخ في: 1991/10/05، ج ر عدد 46 سنة 1991.

لقد تضمنت اتفاقيات الاقتصادية الثنائية منها و المتعددة الأطراف، النص على التحكيم الدولي كأداة أساسية لفض النزاعات التي تثور بين الدول المضيفة للاستثمار و رعايا الدول المتعاقدة الأخرى<sup>(1)</sup>، كما جاء ذلك في نص المادة 9 من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللوكسنبورغي عام 1991 على أنه: "في حالة عدم التوصل إلى تسوية بالتراضي مباشرة بين الأطراف المتنازعة أو بالتفاوض بالطرق الدبلوماسية خلال مدة 6 أشهر من تاريخ الإشعار يعرض هذا الخلاف بناء على طلب من أحد الأطراف المعنيين بذلك الخلاف، لتحكيم المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار...، و لهذا الغرض يعطي كل طرف متعاقد الموافقة المسبقة و القطعية على أن يحال كل خلاف لهذا التحكيم و تتضمن هذه الموافقة التخلي عن شرط استنفاد اللجوء إلى الطعن الإداري و القضائي الداخليين"

كما تضمن نص المادة 08 من الاتفاقية المبرمة في 18 مايو بين الدولة الجزائرية و الدولة الإيطالية المتعلقة بالترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات على التحكيم الدولي كإجراء لفض المنازعات التي تثور بين إحدى الدولتين المتعاقدة و مستثمر من الدولة المتعاقدة الأخرى عن طريق المركز الدولي لحل المنازعات المتعلقة بالاستثمار أو محكمة تحكيمية تنشأ لهذا الغرض.

### ثانيا: الاتفاقيات متعددة الأطراف التي انضمت إليها الجزائر

لقد انضمت الجزائر إلى اتفاقيات متعددة الأطراف عديدة و متنوعة من حيث تركيبها فنذكر منها:

- الاتفاقية المغربية لتشجيع و ضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي

- اتفاق الشراكة من أجل تنمية إفريقيا<sup>(2)</sup>، اتفاق الشراكة مع دول الاتحاد الأوروبي.

إلى جانب هذه الاتفاقيات فقد صادقت الجزائر على عدة اتفاقيات دولية متعلقة بالاستثمار أهمها، اتفاقية سيول المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار، و اتفاقية واشنطن التي أحدثت للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار.

<sup>1</sup>- كعبوش عبد الله: الحماية الوطنية و الدولية للاستثمار الأجنبي و ضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 2001-2002. ص 313.

<sup>2</sup> الشراكة الجديدة لتنمية إفريقيا، مصادق عليه في الاجتماع الأول للجنة رؤساء الدول والحكومات بأبوجا نيجيريا، بتاريخ: 2001/10/23

أن الاتفاقيات الجماعية سلكت نفس المسلك الذي انتهجته الاتفاقيات الثنائية، من حيث طرق حل النزاعات التي قد تثور، و من ذلك ما نصت عليه الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار في المادة 58 على وجوب حل الخلافات المتعلقة بمسائل ضمان الاستثمار من خلال إجراءات التحكيم ، و خصص لذلك ملحقاً كاملاً لتسوية المنازعات و قد بوب بـ " الملحق الثاني" و تضمن نص المادة الرابعة من الملحق جميع إجراءات التحكيم و شروط ممارستها بحيث يبدأ إجراء التحكيم بإشعار يقدمه طالب التحكيم إلى الأطراف المتنازع معها موضحاً فيه البيانات المتعلقة بالنزاع و طبيعته و الطلبات المراد الفصل فيها و اسم المحكم المعين من قبل الطالب و على المطلوب الرد على الإشعار بتعيين محكم عنه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تلقيه الإشعار و يعين الطرفان محكم ثالثاً يكون رئيساً لهيئة التحكيم خلال مدة 30 يوماً و في حالة عدم تمكن الأطراف من تشكيل هيئة التحكيم، يتم تعيينها بقرار من الأمين العام للمركز الدولي لتسوية المنازعات أو بقرار من محكمة العدل الدولية إذا لم يتم الأمين العام للمركز بتعيين المحكم الثاني أو رئيس هيئة التحكيم خلال 30 يوماً من تاريخ تلقيه للطلب<sup>(1)</sup>.

كما تناولت اتفاقية المؤسسة العربية للضمان موضوع التحكيم في مسائل الاستثمار كوسيلة لفض المنازعات التي قد تثور بين أي من الأقطار المتعاقدة من جهة و بين المؤسسة من جهة أخرى<sup>(2)</sup>، و قد جاء في الملحق رقم 1 المنصوص عليه في المادة 4 التأكيد على التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار.

و ما تجدر ملاحظته أن إجراءات التحكيم المنصوص عليها في المادة الرابعة السالفة الذكر أنها لا تختلف في مضمونها و شروطها عن إجراءات التحكيم الواردة في اتفاقية الوكالة الدولية للضمان إلا فيما يتعلق بخصوصيات الأعضاء و طابعها الإقليمية.

كما تضمنت الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية للدول العربية و التي صادقت عليها الجزائر في شهر أكتوبر عام 1995 النص على شرط التحكيم الدولي كإجراء لتسوية الخلافات من خلال ما ورد في المادة 25 من الاتفاقية و المادة الثانية من الملحق رقم 2

1 - كعبوش عبد الله: المرجع نفسه ص 314.

<sup>2</sup> - راجع في ذلك المادتين 35 و 36 من اتفاقية المؤسسة العربية للضمان.

الذي يعتبر جزءاً لا يتجزأ من الاتفاقية كما نصت على ذلك المادة 26 من نفس الاتفاقية، و يعتبر التحكيم وسيلة أساسية لحل منازعات الاستثمار في كثير من الاتفاقيات الدولية<sup>(1)</sup>

### ثالثاً: الدور الذي يقوم به المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

نظراً لأهمية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار فإننا سنلقي الضوء على هذه المؤسسة مع تقييم الدور الذي تؤديه في حل منازعات الاستثمار.

لم يعد البنك الدولي للإنشاء و التعمير مجرد مؤسسة دولية تقدم القروض لأغراض الإنتاجية في الدول الأعضاء، بل عمل على إنشاء مؤسسة دولية متخصصة تقدم خدمات معينة في مجال تشجيع الاستثمارات و منها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار C.I.R.D.I الذي و وفق اتفاقية انتشائه في سنة 1965 ليقدم خدمات التوفيق و التحكيم في المنازعات القانونية بين دولة عضو، و مستثمر يتمتع بجنسية دولة عضو أخرى<sup>(2)</sup>.

إن الغرض الأسمى منه هو الحث على تكوين مناخ مناسب للثقة المتبادلة بين المستثمرين الأجانب و الحكومات، يكون من شأنه تدفق رؤوس الأموال للأغراض الإنتاجية بشروط مناسبة، إنه في المقام الأول أداة دولية لتشجيع الاستثمارات و التنمية الاقتصادية و هذا كله لتجسيد المادة الأولى من اتفاقية البنك الدولي لإنشاء و التعمير و إيماناً من البنك كذلك بأهمية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية بطريقة عادلة و ميسرة بعد أن تبين أنه من غير العملي قيامه بدور واسع في هذا المجال.

<sup>1</sup> - من بين الاتفاقيات التي تناولت شرط التحكيم ما نصت عليه المادة 12 من الاتفاقية المبرمة بين استراليا و الفيتنام عام 1991، و المادة 9 من الاتفاقية المبرمة بين الهند و بريطانيا 1994 و المادة 6 من اتفاقية المبرمة بين مصر و الولايات المتحدة عام 1982. أنظر في ذلك:

علي حسن ملحم: دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، بدون سنة نشر.

<sup>2</sup> - صارت معدة للتوقيع في 18/03/1965 و دخلت حيز التنفيذ في 14/10/1966 بلغ عدد المنضمين إليها حتى 30/06/2002 "150" دولة و هي مفتوحة لانضمام كل الدول الأعضاء في B.I.R.D

إن اتفاقية إنشائه هي من قبيل المعاهدات الدولية الجماعية<sup>(1)</sup> كما يرتبط المركز بالبنك الدولي رئاسةً؛ حيث يرأس مدير البنك مجلس الإدارة للمركز و هي الصلة القانونية الوحيدة التي تربطه بالبنك و مقر المركز مدينة واشنطن الأمريكية.

هذه الاتفاقية تشكل علامة بارزة في تطور القانون الدولي حيث تساهم في تنمية الاعتراف بالفرد كأحد أشخاص القانون الدولي<sup>(2)</sup>، حيث منحت المستثمر الخاص فرداً عادياً أو شركة الحق في رفع الدعوى المباشرة ضد دولة ذات سيادة أمام محكمة دولية، يطلب ذلك بصفة شخصية للفصل في دعواه ضد دولة متعاقدة أخرى أو ضد هيئاتها العامة، دون حاجة لأي تدخل من جانب دولة جنسيته.

بمعنى آخر اعترفت الاتفاقية للمستثمر الأجنبي الخاص بشخصية قانونية دولية لمدى محدود على خلاف الأصل العام المقرر في القانون الدولي التقليدي و لم تعد هناك حاجة للحماية الدبلوماسية.

و تشمل الاتفاقية على 75 مادة تعالج طريقتين مختلفتين لتسوية المنازعات و هما التوفيق (المواد من 28 إلى 35) و التحكيم (المواد من 36 إلى 55)<sup>(3)</sup>.

## 1- خصائص تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

تتميز اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي بسمتين رئيسيتين و هما:

1. الاتفاقية تقيم نوع من التحكيم المؤسسي (Arbitrage institutionnel) .

2. اختصاص المركز ذو الطابع الإداري (Caractère volontaire)

### أ- التحكيم المؤسسي

<sup>1</sup> - Dominique carreau et patrick juillard: droit international économique, première édition, 2003 Dalloz, p 515.

<sup>2</sup> - صفوت أحمد عبد الحفيظ: دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة 2000، ص 23 . كذلك انظر: ويصا صالح: تسوية منازعات الاستثمار بين الدولة و مواطني الدول الأخرى، مجلة مصر المعاصرة، العدد 379، 1980 ص81.

<sup>3</sup> - أنظر الملحق رقم 02

اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لا تتضمن تقنياً القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على منازعات الاستثمار، بل تقتصر على بيان طريقة إنشاء الوسيلة الإجرائية لتسوية هذه المنازعات، و قد ينظر إليها كعيب من هذه الزاوية، فالقواعد التي ستطبق غير معروفة مسبقاً، أي أنه يمثل أداة دولية لتشجيع الإستثمار والتنمية الاقتصادية من خلال تسهيل تسوية المنازعات بين الدول و المستثمرين الأجانب (نظام التوفيق و التحكيم ذو اكتفاء ذاتي من حيث تحديد اختصاصات المركز و الإجراءات الواجبة الإتباع و كيفية تشكيل لجنة التوفيق أو التحكيم و قواعد الاعتراف بالحكم التحكيمي و تنفيذه).

لقد أقرت الاتفاقية نظاماً للإجراءات الدولية و لم تتضمن قواعد موضوعية حول معاملة الاستثمارات الأجنبية، كما أن المركز من حيث الجوهر ليس أداة لتسوية منازعات الاستثمار فحسب، و إنما قصد من إنشائه تهيئة جو مناسب من الثقة المتبادلة بين المستثمرين من مواطني الدولة الطرف و الدولة الأخرى الطرف في الاتفاقية بغرض زيادة تدفق الاستثمارات للدول النامية و هو نفس الغرض الذي أنشئت من أجله الوكالة الوطنية لضمان الاستثمار A.M.G.I، و هو إذ يرسى قواعد الثقة بين الدول المضيفة للإستثمار و المستثمرين و يتأكد للطرفين أن منازعاتهما سوف ينظرها جهاز فني كفء بناء على الأصول القانونية والاقتصادية التي تحكمه بعيداً عن تيارات السياسة الدولية<sup>(1)</sup>.

### ب- اختصاص المركز ذو الطابع الإداري

من الخطأ أن ينظر إلى هذا المركز على أنه أداة جبرية لتسوية منازعات الاستثمار التي تثور بين أعضائه و بين المستثمرين من دول أخرى أعضاء، فاختصاص المركز ليس إلزامياً، كما أن مجرد تصديق الدولة على اتفاقية إنشاء المركز لا يعني سوى استعدادها لقبول تسهيلات و خدماته دون أن ينصرف ذلك إلى إلزامها باختصاصه بتسوية المنازعات التي تكون هي طرفاً فيها.

<sup>1</sup> -منى محمود مصطفى: الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر و دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة 1990. ص 55

فمجرد التصديق كذلك لا يعني تعهدها بإتباع إجراءات المركز الخاصة، كما أن مجرد الإشارة في قانون الاستثمار في دولة معينة إلى تحكيم المركز و قبول اختصاصه بحل المنازعات التي تقوم، لا يعد قبولاً تلقائياً باختصاص المركز.

ذلك أن المادة 4/25 حددت شروط انعقاد أو اختصاص المركز و هي:

1. أن يوافق الطرفان على الالتجاء إلى المركز مع تحديد نوع المنازعات التي ستطرح.

2. يجب أن يكون النزاع قانونياً (دون تحديد) لكن ذلك لا يعني أن تكون المنازعة متعلقة بحق أو التزام قانوني، كأن تتعلق بتطبيق بنود اتفاق الاستثمار بين أطرافه أو بتفسيره أو الإعتداء على حق ما تقررره اتفاقية استثمار ثنائية بين الدول المضيفة للإستثمار و دولة المستثمر.

3. أن يكون النزاع قد نشأ مباشرة عن مشروع استثماري، و هو ما يعطي سلطة تقديرية واسعة للأطراف في تقرير ما إذا كانت معاملة ما أو صفقة ما تعتبر استثماراً.

كما يلاحظ أن الشروط النموذجية التي يضعها المركز في هذا الخصوص تتوسع في مفهوم الاستثمار حيث تجعله شاملاً للإستثمارات بالمعنى التقليدي و الذي يتعلق بالمساهمة المباشرة في رؤوس الأموال اللازمة للمشروعات بالإضافة إلى المفاهيم الحديثة له و التي تشمل على المشروعات الصناعية و الزراعية و السياحية و عقود إصلاح الموانئ و عقود استخدام العمالة المدربة و عقود تشييد المصانع و عقود تسليم المفاتيح و عقود الترخيص بحقوق الملكية الفكرية و غيرها.

## 2- تقييم دور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار :

يعتبر التحكيم التجاري الدولي وسيلة فعالة لفض منازعات الاستثمار و بصفة خاصة فإن التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار CIRDI هو أكثر الأشكال التحكيمية مناسبة لتسوية المشكلات و المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية، في الدول المضيفة للإستثمار و المستثمرين الأجانب من الأفراد و الشركات الخاصة، كما يفوق في

المميزات غيره من أشكال التحكيم في المراكز التحكيمية الأخرى مثل التحكيم تحت مظلة غرفة التجارة الدولية في باريس CCI<sup>(1)</sup>.

إن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار يعتبر و بحق الصرح الدولي الوحيد المتاح للمستثمرين الأجانب من الأفراد و الشركات الخاصة للوقوف على قدم المساواة مع الدول المضيفة للإستثمار في العملية التحكيمية، إذ تمنحهم الأهلية أو الشخصية الدولية على خلاف المألوف، كما يكفل في الوقت ذاته ميزات عديدة لكل من الدول المضيفة للإستثمار و المستثمرين الأجانب من الأفراد و الشركات الخاصة على حد سواء<sup>(2)</sup>.

من ناحية أخرى تتوفر الثقة للدولة المضيفة للاستثمار من أن دولة المستثمر الأجنبي لن تستطيع بحال من الأحوال تقديم حماية دبلوماسية له خلال أو أثناء إجراء التحكيم، و بالتالي هناك ضمان بعدم التأثير على طريقة حل النزاع.

كما أم القواعد التي يتم بمقتضاها التحكيم في هذا المركز هي قواعد مرنة فالمحكمة تفصل فيه طبقاً للقواعد القانون المتفق عليها بين الأطراف مع ما يفترضه ذلك من إمكانية التطبيق التلقائي للقانون الوطني لهذه الدولة أو تلك، و هذه ميزة كبرى للدول النامية المضيفة للاستثمار، ما لم يخول الأطراف محكمة التحكيم سلطة الفصل في النزاع طبقاً لقواعد العدل و الإنصاف.

كما أن قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تتيح للدولة المضيفة للاستثمار لأن تجعل رضاءها بالتحكيم تحت مظلته مرتتها بضرورة استنفاد المستثمر للوسائل التي يبيحها قانونها الداخلي لفض تلك المنازعات، و هو ما يكفل للدولة المضيفة فرصة حل المنازعات مع المستثمرين الأجانب بوسائل مألوفة لها قبل الالتجاء للتحكيم التجاري الدولي.

أضف إلى هذا أن قواعد الاعتراف بأحكام التحكيم في ظل المركز قد حققت تقدماً كبيراً من حيث سهولة الاعتراف بها في الدولة المتعاقدة، كما لو كانت أحكاماً قضائية نهائية صادرة

<sup>1</sup> - عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مكتبة النصر، القاهرة، بدون سنة طبع ص 100

<sup>2</sup> - جلال وفاء محمدين: التحكيم بين الاستثمار الأجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة القاهرة 2001، ص 129.

عن محاكمها، كما أن الدفع بالنظام العام هو من أعقد الدفوع في مسائل التحكيم التجاري الدولي ، فلم يعد وسيلة لرفض تنفيذ أو الاعتراف بحكم التحكيم الصادر عن المركز.

و على أية حال يرى بعض الباحثين أن المركز لم يحقق نجاحاً كبيراً في أداء وظيفته في الواقع العملي، فعلى سبيل المثال لوحظ أنه خلال 09 سنوات من بدء نشاطه لم تعرض عليه سوى 05 منازعات فقط على النطاق الدولي و قد تم تسوية 02 منها بالاتفاق بين أطرافها، في حين أن التحكيم في CCI يفصل في عدد يناهز 400 قضية سنوياً<sup>(1)</sup>.

و يرجع سبب ندرة الدعاوى المعروضة على المركز إلى العديد من الدول المستقبلية للاستثمارات الأجنبية من دول العالم الثالث المتورطة في عدد من منازعات الاستثمار مع المستثمرين الأجانب لاسيما معظم دول أمريكا اللاتينية التي لم تصبح عضواً في المركز بسبب مبدأ كالفو حيث ترى في التحكيم تدخلاً في المسائل الداخلية للدولة.

و من ناحية أخرى يرى البعض أن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من حيث الجوهر ليس أداة لتسوية منازعات الاستثمار فحسب و إنما قصد من إنشائه تهيئة جو مناسب من الثقة المتبادلة بين المستثمرين من مواطني الدول الأطراف، و الدول الأخرى الأطراف في الاتفاقية.

أضف إلى ذلك أن اتفاقية واشنطن أقرت نظاماً لإجراءات الدولية و لم تضمن قواعد موضوعية حول معاملة الاستثمارات الأجنبية و بالتالي القواعد التي ستطبق هي غير معروفة مسبقاً، فالمركز يطبق القواعد الموضوعية التي تتضمنها المعاهدات و الاتفاقيات المبرمة بين الطرفين، أو أي قواعد قانونية يتفق الطرفين عليها، و إلاً تطبق قواعد تنازع القوانين الخاصة بها و إلاً تطبق قواعد العدالة وفقاً للمبادئ العامة.

غير أن النقيصة الأساسية للتحكيم تحت مظلة المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار CIRD هي أن المادة 55 من الاتفاقية المنشئة له قد سمحت للدول الأطراف أن ترفض تنفيذ

<sup>1</sup> - لكن الوضع تغير عمّا كان عليه في السابق حيث يشير آخر تقرير لسنة 2002 صادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRD إلى أن القضايا المطروحة يتجاوز 100 قضية أو نزاع منها 49 قضية في طريقها للحل. انظر. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مرجع سبق ذكره، ص102. و كذلك انظر:

الحكم التحكيمي على أساس الإعتبارات المتعلقة بالسيادة، و هذا الدفع قد ينجح في بعض الأحوال و على ذلك فإننا نجد أنفسنا أمام حكم تحكيمي صحيح و معترف به، لكنه من الناحية العملية يصبح معطلا بسبب الانصياع لقواعد التنفيذ في دولة التنفيذ مما يؤدي إلى استخدام الدول لهذا الدفع للتهرب من التزاماتها التعاقدية<sup>(1)</sup>

---

<sup>1</sup> - جلال وفاء محمدين: التحكيم بين الاستثمار الأجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، مرجع سبق ذكره، ص102.

## المطلب الثاني:

النظام القانوني الذي يحكم التحكيم التجاري الدولي في قانون 08-09 و المتضمن

قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري

باستقراء نصوص الفصل السادس المتعلق بأحكام التحكيم التجاري الدولي و تنظيمه يمكننا أن نستنتج أن التحكيم هو طريق خاص لحل المناعات مفاده الخروج عن طرق التقاضي العادية، إذ يقوم على أساس أن أطراف النزاع هم الذين يختارون قضاتهم بدلاً من الاعتماد على التنظيم القضائي، و بالتالي نشوء التحكيم بإرادة طرفي الخصومة، فهذه الإرادة هي التي تحقق التحكيم و هي قوام وجود.

فهذه الطبيعة الاختيارية للتحكيم لا تقتضي أن يتنازل الأطراف عن حقهم في اللجوء إلى القضاء، إذ أن إرادة المحكمين في عقد التحكيم تقتصر فقط على حلول المحكم محل المحكمة في نظر النزاع، و في حالة الخلاف تعود سلطة الحكم إلى المحكمة المختصة.

### الفرع الأول: تعيين المحكمين

في هذا المجال نصت المادة 1041 على أنه: "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم أو استبدالهم.

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

1. رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

2. رفع الأمر إلى رئيس المحكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج و اختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر."

و تجدر الإشارة إلى أن هذه المادة ما هي إلا نسخة عن المادة 458 مكرر 2 من القانون القديم و لم تأتي بأي شيء جديد، و عليه يمكن القول أن الفقرة الأولى من المادة 1041 تجيز للأطراف تعيين محكم أو أكثر، و تحديد شروط تعيينهم و عزلهم أو استبدالهم سواء كان الأمر

من تلقاء أنفسهم أو بالرجوع إلى قواعد التحكيم المتفق عليها<sup>(1)</sup>، وهذا ما يدل على أن للأطراف الحرية في تعيين المحكمين مسبقاً في اتفاق التحكيم أو بمجرد نشوء النزاع (مشاركة التحكيم)، أما إذا كان التحكيم يتطلب أكثر من محكمين اثنين فيمكن للأطراف أن تعين المحكم الثالث أو أن تترك ذلك للمحكمين المعيّنين.

و هذا يؤدي إلى الرجوع إلى النظام التحكيمي حسب المادة 2/1041 (يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين...)، إلى تدخل هيئة دائمة للتحكيم من أجل تعيين المحكمين باعتبار أن النظام التحكيم ما هو إلا نتاج إتفاق إرادتي الأطراف المتنازعة التي يمكنها أن تختار أية هيئة دائمة التي تكون في أغلب الأحيان نظام تحكيم الغرفة التجارية الدولية<sup>(2)</sup>، و هو الأمر المعتمد في الجزائر، أما في حالة غياب ذلك فلا بد من الرجوع إلى القاضي<sup>(3)</sup>.

و عليه ففي حالة انعدام الأوضاع السابقة الذكر يجوز لمن يهمله الأمر أن يرجع إلى:

✓ رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم في حالة ما إذا كان التحكيم داخل الجزائر.

✓ و في حالة ما إذا تم التحكيم خارج الجزائر و قرر الأطراف اللجوء إلى القانون الإجرائي الجزائري فيمكن الرجوع إلى رئيس محكمة الجزائر بهدف استصدار أمر تعيين حكم أو أكثر أو بهدف تحديد شروط تعيينهم أو عزلهم أو استبدالهم، أما إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في هذه الحالات فإن الاختصاص يؤول مباشرة إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ حسب المادة

.1042

<sup>1</sup> - سائح سنقوقة: قانون الإجراءات المدنية، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 2001، ص339.

<sup>2</sup> - هي هيئة تمثل رجال الأعمال على المستوى الدولي، تم تأسيسها بعد مؤتمر التجارة الدولية الذي عقد عام 1919 بمدينة أتلانتك سيتي بالولايات المتحدة الأمريكية، و للغرفة لجان أهلية في غالبية دول العالم - كما تضم مختلف القطاعات الاقتصادية و توفد كل لجنة مندوبين دائمين عنها في مجلس إدارة الغرفة الدولية و تقوم غرفة التجارة الدولية بدور المتحدث بلسان رجال الأعمال في التعامل أمام الحكومات أو المنظمة الدولية، و كذلك حل الصعوبات التي قد تعترضهم في التعامل مع بعض الدول بوضع الأسس النموذجية الموحدة التي يجري التعامل بمقتضاها، كما تمد رجال الأعمال بالمعلومات العلمية و العملية التي ترد في نشراتها و وثائقها - انظر نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية الموقع الإلكتروني [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

<sup>3</sup> - عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مرجع سبق ذكره، ص 40-41.

أما فيما يتعلق بحالات رد المحكمين فقد حصرتها المادة 1016 في ثلاثة حالات أساسية

هي:

✓ أن يكون المحكم غير مؤهل.

✓ أن يكون سبب الرد متفق عليه في نظام التحكيم المعتمد من الأطراف.

✓ في حالة وجود علاقات اقتصادية أو مصالح مباشرة بين المحكم و أحد الأطراف،

حيث تخضع هذه الحالات إلى نفس إجراءات التعيين المنصوص عليها في المادة

1041 السابقة الذكر.

### الفرع الثاني: الإجراءات التحكيمية.

لعل أبرز تعديل نلاحظه هنا هو توفيق المشرع الجزائري في استبدال مصطلح القرار

التحكيمي بـ: "الحكم التحكيمي" و هو تدارك في محله كما سنرى<sup>(1)</sup>.

### أولاً: قواعد تطبيق الإجراءات التحكيمية

تنص المادة 1043 من قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

الجزائري ما يلي: "يمكن أن تضبط اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة

مباشرة أو استناداً على نظام التحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات

الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم.

إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات، عند الحاجة

مباشرة أو استناداً إلى قانون أو نظام التحكيم".

من النص نجد أن تحديد قواعد الإجراءات التحكيمية تخضع للحرية الكاملة للأطراف

المتعاقدة أو من طرف محكمة التحكيم، حيث يجوز للأطراف الاتفاق على الإجراءات الواجب

اتباعها في الهيئة التحكيمية أو بناء على نظام تحكيمي مستقل عن الاتفاقية، كما يمكن أن

تخضع هذه الإجراءات إلى القانون الإجرائي الذي يختاره الأطراف، سواء كان قانون أحد

<sup>1</sup> - انظر المواد 458 مكرر 7 و 458 مكرر 12 من القانون القديم و المواد 2/1044 و 1049 من القانون الجديد.

الأطراف أو قانون الدولة التي يقيمون فيها، فالمشرع في هذه المادة لم ينص على أن قانون الإجراءات الجزائري هو الواجب التطبيق في حالة ما تم التحكيم في الجزائر<sup>(1)</sup>.

من هنا يمكن القول أنه في حالة ما إذا كان التحكيم واقعاً في الجزائر خاضعاً لقانون إجرائي غير جزائري فإن تدويل هذه القواعد لا يخل بالنظام العام الإجرائي إلا إذا كان هناك مساس بمبدأ المساواة بين الأطراف و مبدأ وجاهية المحكمة<sup>(2)</sup>، أما في حالة عدم نص الإتفاقية أو عدم ورود اتفاق بين الأطراف على الإجراءات يجوز لمحكمة التحكيم التدخل و ضبط هذه الإجراءات مباشرة أو استناداً إلى قانون أو نظام تحكيمي حسب كل حالة على التوالي بموجب الفقرة 3 من المادة 1043، أما المادة 1044 من نفس القانون فيعتبر بمثابة قيد على اختصاص محكمة التحكيم فيما يتعلق بها فقط من اختصاص بحيث لا يمكن تجاوز حدود هذا الاختصاص، هذا و يجب على الأطراف إثارة الدفع بعدم الاختصاص كدفع أولي قبل إثارة دفع الموضوع<sup>(3)</sup>.

بالإضافة إلى ذلك يجب على المحكمة أن تفصل في موضوع اختصاصها من عدمه بقرار أولى و لا يتم ذلك إلا بالفصل في موضوع الإختصاص أولاً ثم الانتقال للفصل في الموضوع، أما إذا كان الاختصاص مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بالموضوع فإنه يجوز للمحكمة البت في الدفع بعدم الاختصاص إلى ما بعد دراسة الموضوع حسب الفقرة الثانية من المادة 1044.

و في هذا السياق جاءت المادة 1045 لتقيد من اختصاص القاضي عندما نصت على: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصوصية التحكيم قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف".

و الملاحظ هنا أن المشرع قد استغنى عن عبارة "تعليق الاختصاص" الواردة في المادة 458 مكرر 8 من قانون الاجراءات المدنية القديم و الملغى، و فضل عبارة "عدم الاختصاص" بالنسبة للقاضي بالفصل في موضوع النزاع إذا كان بصدد إحدى الحالتين التاليتين:

1. إذا كانت هناك خصومة تحكيمية قائمة بين طرفي النزاع.

1 - سائح سنقوقة: قانون الإجراءات المدنية، مرجع سبق ذكره، ص 341.

2 - عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مرجع سبق ذكره، ص 49.

3 - سائح سنقوقة: قانون الإجراءات المدنية، مرجع سبق ذكره، ص 342.

2. في حالة ما تأكد القاضي من وجود اتفاقية التحكيم أثارها أحد الأطراف .

### ثانياً: الإجراءات المؤقتة و التحفظية

في هذا الصدد يمكن القول بأن القانون 09/08 قد منح لأطراف النزاع اختصاصات كانت تعد من قبيل الاختصاصات الأصلية للقاضي، و يتعلق الأمر هنا باتخاذ التدابير المؤقتة و التحفظية التي نصت عليها المادة 1046 بقولها: "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك.

إذا لم يقر الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إرادياً، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص و يطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي.

يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير".

و عليه يمكن لأطراف الخصومة التحكيمية منفردين أو مجتمعين الطلب من محكمة التحكيم اتخاذ إحدى التدابير المؤقتة أو التحفظية ما لم ينص اتفاق التحكيم على غير ذلك، بحيث يكون هذا التدبير ملزم للطرف الذي صدر في حقه، و في حالة عدم إقدام الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير بمحض إرادته يجوز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص في هذا الشأن بحيث يكون قانون بلد القاضي هو القانون الواجب التطبيق<sup>(1)</sup>.

و يمكن لمحكمة التحكيم مثلما يمكن للقاضي إخضاع التدابير المؤقتة أو التحفظية إلى تقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير<sup>(2)</sup>.

هذا و قد يتساءل البعض عن طبيعة هذه التدابير التي قصدها المشرع ، و في محاولة لنفي هذا الغموض نجد أن المقصود بها هنا هو مجموعة التدابير المؤقتة فيقصد بها الإجراءات التي من شأنها أن تنظم وقتياً حالة مستعجلة إلى حين صدور قرار نهائي بشأنها، مثل حالات الحراسة القضائية على الأموال<sup>(3)</sup>.

1 - عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مرجع سبق ذكره، ص50

2 - بريارة عبد الرحمن: تفسير قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري الجديد، مرجع سبق ذكره، ص 556.

3 - عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مرجع سبق ذكره، ص50

هذا و تجدر الإشارة إلى أن الإجراءات المؤقتة لا ترمي إلى الفصل في موضوع النزاع و لكن للوصول إلى نتيجة ثانوية كالكفالة و الحجز على الأموال، و عليه يمكن تقسيم الإجراءات المؤقتة إلى ثلاثة أنواع كالتالي:

- التدابير المتعلقة بتقديم الأدلة و الاحتفاظ بها.
- التدابير التي هي ضمان استقرار العلاقات القانونية بين الأطراف المتنازعة.
- التدابير التي تهدف إلى إيجاد حالة واقعية<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً: الأحكام المتعلقة بالأدلة

من أجل التأكيد على فاعلية محكمة التحكيم في حل النزاعات نصت المادة 1047 على ضرورة أن: "تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة"، و هو نفس ما ذهبت إليه المادة 1048 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

فوظيفة البحث عن الدليل التي ألزمت بها المحكمة أثارت الجدل في أوساط المهتمين بالقانون حيث ذهب البعض منهم إلى القول بأن وظيفة محكمة التحكيم تنحصر فقط بإصدار الأحكام بعد سماع الخصوم و تفحص الأدلة التي قدموها، إذ تباشر المحكمة بنفسها مهمة دراسة و مناقشة الأدلة المتوفرة من أجل استخلاص النتائج و إصدار الحكم، و غير ذلك يعد خروجاً عن اختصاصه، و لا يمكن لمحكمة التحكيم أن تسعى بنفسها وراء البحث عن الأدلة و تقديمها، و لعلنا نتساءل هنا عن الدور الذي يقوم به الأطراف؟ و هو نفس الأمر الذي ذهبت إليه المادة 1048.

### الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق

مما سبق عرضه يتضح أن المشرع الجزائري قد أعطى حرية كافية للأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع وفق ما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة، غير أنه في حالة ما إذا لم يقم الأطراف بتحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة تتدخل محكمة التحكيم مباشرة و تختار هذا القانون استناداً إلى قواعد القانون العام و الأعراف التي تراها ملائمة، و هو الأمر الذي ذهبت إليه المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري محل الدراسة عندما نصت: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون

<sup>1</sup> - عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مرجع سبق ذكره، ص50-51

الذي اختاره الأطراف، و في غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة".

فالأصل في هذه المادة أن تتولى محكمة التحكيم الفصل في النزاع بموجب القانون الذي اختاره الأطراف، لكن و في حالة عدم وجود هذا الاختيار فللمحكمة أن تلجأ إلى تطبيق ما تراه ملائماً لإرضاء الأطراف و إحقاق الحق بما في ذلك الأعراف السائدة<sup>(1)</sup>.

و هكذا يكون المشرع الجزائري قد انتهج نفس توجه نظام التحكيم الدولي المعمول به عالمياً و القائم على تحرير الأطراف و المحكمين من أية قيود قد يفرضها عليهم القانون الخاضعين له، من خلال إعطاء الأولوية لإرادة الأطراف و المحكم في أعمال و تطبيق الأعراف التجارية المعمول بها، و هو ما نصت عليه المادة 03/13 من نظام تحكيم الغرفة التجارية الدولية بقولها: "لأطراف حرية تحديد القانون الواجب على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحدد الأطراف طبق المحكم القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يراها المحكم ملائمة في هذا الخصوص"<sup>(2)</sup>.

**الفرع الرابع: الآثار القانونية المترتبة على التحكيم التجاري الدولي في ظل قانون**

**09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري**

بعد أن تقوم الهيئة المكلفة بالتحكيم بدراسة و معالجة حيثيات النزاع المعروض عليها، تقوم بإصدار حكم تحكيمي نهائي يكون ملزماً لجميع الأطراف، هذا الحكم الذي يجب أن يعترف به من قبل الجهات القضائية المختصة بذلك حتى يدخل النظام القانوني الوطني، و هذا من خلال إضفاء الصبغة التنفيذية عليه.

**أولاً: الاعتراف بالحكم التحكيمي و تنفيذه .**

حتى يسرى الحكم التحكيمي داخل النظام القانوني الجزائري لابد أن يتم الاعتراف به أولاً، حتى يصبح قابلاً للتنفيذ داخل الوطن و بالتالي لابد أن تضىف عليه الصبغة التنفيذية من الجهة القضائية المختصة.

**1- الاعتراف بالحكم التحكيمي**

<sup>1</sup> - سائح سنقوقة: قانون الإجراءات المدنية، مرجع سبق ذكره، ص 345

<sup>2</sup> - الموقع الإلكتروني للغرفة التجارية الدولية [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

لم يرق المشرع الجزائري سواء في القانون رقم 157/66<sup>(1)</sup> (الملغى)، أو في القانون رقم

08/06 (الملغى كذلك) بتعريف الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية، و لكنه قام فقط بتبيان أهم الشروط الواجب توافرها حتى يعترف بها، و عليه نصت المادة 1051 من قانون 09/08 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على أنه: "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا اثبت من تمسك بها وجودها، و كان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.

و تعتبر قابلية التنفيذ في الجزائر و بنفس الشروط، بأمر صادر من رئيس المحكمة التي أصدرت أحكاما في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجوداً خارج الإقليم الوطني، فبموجب هذه المادة يمكن الاعتراف بالأحكام التحكيمية الدولية داخل النظام الجزائري إذا ما توافر فيها شرطان رئيسيان هما:

1- ضرورة قيام المتمسك بهذه الأحكام بإثبات صحة وجودها حسب الكيفية التي حددتها المادة 1052 التي تنص على: "يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقاً باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شروط صحتها"، حيث يجب على المعني أو المتمسك بالحكم التحكيمي تقديم أصل الحكم الصادر من محكمة التحكيم مرفوقاً باتفاقية التحكيم، و في حالة ما إذا تعذر على المعني تقديم الأصل فيجوز له الإقتصار فقط على نسخة من كليهما تستوفيان صحتها، تودع مباشرة بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف الذي يهيمه التعجيل.

2- أن يكون الاعتراف الممنوح لهذه الأحكام غير مخالف للنظام العام الجزائري، فبمجرد استفاء الأحكام لهذه الشروط فإنها تصبح قابلةً للتنفيذ داخل الجزائر في حدود دائرة اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم أو من رئيس محكمة محل التنفيذ في ما إذا كان الحكم ق صدر في خارج التراب الوطني.

## 2- تنفيذ حكم التحكيم الدولي

يعتبر التنفيذ في مجال التحكيم التجاري الدولي امتداداً لدور القاضي إلى ما بعد صدور الحكم التحكيمي، إذ أن أحكام التحكيم لا تكتسب بذاتها القوة التنفيذية التي تخولها الحصول على

<sup>1</sup> - انظر المادة 458 مكرر 17 من القانون 157/66. المتعلق قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم (الملغى).

الحماية القضائية بواسطة التنفيذ الجبري فهي لوحدها لا تعتبر سنداً تنفيذية إلا بعد صدور أمر قضائي من الجهة المختصة أي الصيغة التنفيذية.

و عليه فإن إضفاء الصبغة التنفيذية يمثل في حد ذاته اعترافاً من القضاء المختص بصلاحيه التحكيم و إمكانية تنفيذه جبراً بكافة الطرق المتاحة قانوناً، من هنا ينحصر دور القضاء في التأكد من توفر الشروط اللازمة في الحكم لتنفيذه من دون التدخل في الموضوع، فالقاضي هنا لا يملك سلطة التحقق من عدالة الحكم المراد تنفيذه لأنه لا يعد هيئة استئنافية<sup>(1)</sup>، و لكنه يملك سلطة التأكد من صحة إجراءاته و إمكانية تنفيذه دون أن يتعارض مع القانون الوطني أو أن يخالف النظام العام حسب ما نصت عليه المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، و هو الأمر الذي أيدته المادة 1035 عندما نصت على أن يكون الحكم التحكيمي سواء النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلاً للتنفيذ بموجب أمر يصدره القاضي رئيس المحكمة الذي صدر في دائرة اختصاصها أصل الحكم، على أن يودع هذا الأخير في أمانة ضبط المحكمة من قبل الطرف الذي يهيمه التعجيل.

و في حالة ما إذا أصدر الحكم برفض التنفيذ من طرف القاضي المختص، فيجوز للأطراف استئناف أمر الرفض خلال مهلة 15 يوماً ابتداءً من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي الذي تقع المحكمة في دائرة اختصاصه على أن يتحمل الأطراف جميع نفقات ايداع العرائض و الوثائق و أصل الحكم.

أما في حالة ما إذا قبل أمر التنفيذ يجوز للأطراف أن يطلبوا من رئيس أمناء الضبط بالمحكمة المختصة نسخة رسمية من الحكم التحكيمي الممهور بالصيغة التنفيذية حسب المادة 1036.

### ثانياً: طرق الطعن في الحكم التحكيمي

لقد أخذ المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على غرار التشريعات الدولية الأخرى بطريقة خاصة للطعن في أحكام التحكيم الدولي، تقوم هذه الطريقة على ثلاثة سبل رئيسية نصت عليها المواد؛ 1055، 1056 من نفس القانون و يتعلق الأمر بالإستئناف و البطلان و الطعن بالمقض.

<sup>1</sup> - حمزة حداد: التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات التجارية، ورقة عمل مقدمة لندوة محامو المستقبل المنعقدة في عمان الأردن تشرين الأول 1998.

## 1- الطعن بالاستئناف

من خلال استقراء النصوص المتعلقة بطريقة الطعن في الأحكام التحكيمية يمكننا أن نستنتج أن الاستئناف من شأنه أن يمس الأمر القضائي الذي يرفض الاعتراف أو التنفيذ، مثلما قد يمس الأمر الذي يسمح بذلك.

### أ- استئناف الأمر الرفض للاعتراف أو التنفيذ

في هذا الصدد نصت المادة 1055 على أنه: "يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلاً للاستئناف"، و عليه فقد أقرت المادة قابلية الأمر القضائي للطعن بالاستئناف متى كان رافضاً للاعتراف أو التنفيذ، ففي هذه الحالة يكون الاستئناف موجهاً ضد الأمر القضائي و ليس ضد الحكم التحكيمي<sup>(1)</sup>.

### ب- استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ

في هذه الحالة يجوز للطرف الذي يكون فيه الاعتراف أو التنفيذ في غير مصلحته أن يستأنفه، لكن في حالات محددة حصرتها المادة 1056 بقولها: " لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات التالية:

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

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

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

4- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

5- إذا لم تسبب محكمة التحكيم رأياً.

6- إذا كان حكم التحكيم مخالف للنظام العام الدولي، و بناءً على ذلك يقوم الطرف المعني

برفع الاستئناف أمام المجلس القضائي الذي تتبعه المحكمة التي فصلت في النزاع

خلال أجل شهر واحد يبدأ احتسابه من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مرجع سبق ذكره، ص 65.

<sup>2</sup> - انظر المادة 1057 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري محل الدراسة " يرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي خلال أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة"

و على هذا الأساس يكون الاستئناف الوارد في المواد 1055، 1056، 1057 فيما يخص الأحكام التحكيمية الصادرة في الخارج، أما الطعن بالبطلان فيخص الأحكام التحكيمية الصادرة في الجزائر.

## 2- الطعن بالبطلان

في هذا الصدد نصت المادة 1058 على ما يلي: "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه.

لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يترتب بقوة القانون الطعن في أثر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ، إذا لم يتم الفصل فيه"

و عليه فإن الطعن بالبطلان هنا يتعلق فقط بالأحكام التحكيمية الصادرة في الجزائر في مجال التحكيم التجاري الدولي وفق الحالات الستة التي نصت عليها المادة 1056 السابقة الذكر و المتعلقة بالاستئناف، مع الإشارة في الفقرة الثانية أن الأمر القضائي القاضي بتنفيذ الحكم التحكيمي غير قابل للطعن بالبطلان لأنه يترتب عليه بقوة القانون، و بالتالي فإن الطعن ببطلان الحكم التحكيمي يترتب الطعن في الأمر القضائي القاضي بتنفيذه و في حالة ما إذا لم يصدر قاضي التنفيذ أمره تسحب منه الدعوى.

انطلاقاً من هنا يرفع الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي أمام المجلس القضائي الذي صدر الحكم في دائرة اختصاصه على أن يقبل الطعن ابتداءً من تاريخ النطق بالحكم لمدة لا تتجاوز الشهر الواحد الذي تم فيه تبليغ الأمر القاضي بالتنفيذ حسب المادة 1059 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري<sup>(1)</sup>، و تجدر الإشارة هنا إلى أن الطعن من شأنه أن يوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه حسب نص المادة 1060.

## 3- الطعن بالنقض

تكون القرارات الصادرة بالاستئناف و الطعن بالبطلان قابلة للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا الجزائرية و مجلس الدولة، و هو ما ذهبت إليه المادة 1061 بقولها: "تكون القرارات الصادرة تطبيقاً للمواد 1055 و 1056 و 1058 أعلاه، قابلة للطعن بالنقض".

<sup>1</sup> - بربارة عبد الرحمن: تفسير قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري الجديد، مرجع سبق ذكره، ص239.

من هنا يمكننا التساؤل حول أي وجه يمكن أن نؤسس الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا؛ فهل يكون ذلك وفق الأوجه المنصوص عليها في المادة 1061، أو على أساس الأوجه الواردة في المادة 358؟ فرغم سكوت المشرع في الإجابة على السؤال يمكن أن نستنتج أن الأوجه التي جاءت بها المادة 358 هي التي سيؤخذ بها ما دام أن الطعن بالنقض موجه لقرارات قضائية صادرة عن مجالس مختصة داخل الجزائر.

خاتمة

## الخاتمة :

لقد حاولنا أن نعطي في هذه الدراسة، لمحة عن الاستثمار الأجنبي و ما يطرحه من قضايا في العلاقات الاقتصادية الدولية من جهة و ما يتبلور عن تلك العلاقات من نزاعات و أطرها العامة، و بهدف إعطاء نظرة متكاملة -نوعا ما- عملنا على البدء بالمفاهيم و التعاريف كي نميز عملية الاستثمار عن غيرها من العمليات التجارية الأخرى، و بالتالي تحدد إطار موضوعنا الذي يخصص بالدراسة النزاعات التي تثور بشأن الاستثمار الأجنبي، كما عرضنا إلى الضمانات التي يبحث عنها المستثمر الأجنبي و من بين تلك الضمانات نجد مسألة حل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات .

و في هذا الصدد توصلنا إلى القول بأن المشرع الجزائري كان في البداية يميز بين المستثمر الوطني و المستثمر الأجنبي في التعامل، حيث يفرض على الثاني ضمانات و التزامات عديدة كضرورة خضوع المنازعات التي تثور بشأن تنفيذ عقد الاستثمار إلى القضاء الوطني، و هو الأمر الذي كان في غالب الأحيان المستثمر الأجنبي يبدي تخوفاته، لعدة اعتبارات بطبيعة الحال منها:

- ما يعيب القضاء الوطني من سلبيات تقف عائقاً أمام طموح المستثمر الأجنبي في التعامل مع هذه الدول المضيفة.
- كما أن المستثمر الأجنبي قد يجد نفسه غير قادر على مقاضاة الدولة أمام قضائها الداخلي لجهله إجراءات التقاضي المحلية فهي إجراءات غير مألوفة لديه.
- تخلف القوانين الوطنية المنظمة لعلاقات الاستثمار في بعض الدول المضيفة، بشكل يصعب معه توفير الحماية اللازمة للاستثمارات الأجنبية أو لعدم وجود مثل هذه القوانين أصلاً.

• الشك حول قدرة قضائها على تقييم حلولاً عادلة للمنازعات التي تبلغ حداً من التعقيد نتيجة نقص الخبرة و الكفاءة و عدم وجود محاكم مختصة، أو عدم وضوح الاختصاص القضائي

• و حتى و إن عرض النزاع على القضاء المحلي فالقضاء و بصرف النظر عن الدولة التي ينتمي إليها، يميل إلى معاملة العلاقة الدولية نفس معاملته للعلاقة الداخلية رغم ما بينهما من اختلاف.

لذلك فقد لاحظنا ميل المستثمر الأجنبي إلى اشتراطه انتهاج أسلوب التحكيم لفض المنازعات التي قد تثور.

و الجزائر باعتبارها دولة عرفت تحولات عديدة في منظومتها الاقتصادية، فقد جاء اعترافها بأسلوب التحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات اعترافاً تدريجياً، فحيث كانت تقره في عقود المحروقات، كان في فترة الستينات من الأمور التي سكت عنها قانون الاستثمار، و لكن القوانين المتعاقبة في فترة السبعينات تؤكد اللجوء المبدئي طوال فترة السبعينات وبداية الثمانينات إلى إختصاص المحاكم المحلية، غير أن الإجراء التحكيمي كان يعمل به أيضا عندما تشارك المؤسسة الأجنبية في رأسمال الشركة المختلطة الإقتصاد. بالإضافة إلى أن الشركات الوطنية غالبا ما كانت تقبل بإخضاع نزاعاتها مع المؤسسات الأجنبية إلى هيئة تحكيم خاصة ، في حين كان يعتبر هذا النوع من التحكيم في نفس الفترة غير قانوني لأنه ببساطة كان يتناقض والمادة 442 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية.

ثم حتى تلقى دعوات الجزائر صدى لها لدى المستثمرين الأجانب ، فقد توج المشرع حركة الإصلاح القانوني الذي شرع فيها منذ سنة 1988 أي منذ القانون المتعلق بتوجيه المؤسسات بإصدار سنة 1993 مرسوما تشريعيا يتعلق بترقية الإستثمار. وهو المرسوم الذي - كما قلنا - قد ألغي سنة 2001 بمقتضى الأمر

01-03 السالف الذكر والذي أصبح يحمل عنوانا جديدا "تطوير الإستثمار". وهذا الأمر الأخير قد نزع كل شك حول مسألة تسوية النزاعات فيما يتعلق بالإستثمار اتحيث تم تأكيد إنفتاح الدولة بقوة على الإستثمار الأجنبي من خلال إصدار القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الذي جاء ليكرس بصفة واضحة و جليلة التحكيم التجاري الدولي، خاصة وأن مسألة تسوية المنازعات بين الدولة والمستثمرين الأجانب الذي هو موضوع رسالتنا.

و بالنسبة لأسلوب التحكيم فقد جاء بعدة مزايا جعلت جل الاتفاقيات المتعلقة بالإستثمار تنص عليه، فيما يعرف بمشارطة التحكيم، أو ابرام اتفاق منفصل يؤكد الالتجاء إلى هذا الأسلوب في حل النزاعات، يعرف باتفاق التحكيم و قد تم تفصيل ذلك في رسالتنا، أما مزايا هذا الأسلوب فيمكن التلميح إليها فيما يلي:

- اجتناب تعقيدات و سلبيات القضاء العادي، خاصة بالنظر إلى الخصائص التي يتميز بها الجانب التجاري الدولي.
- الطابع الإرادي للتحكيم التجاري الدولي، من حيث تعيين المحكمين و القانون الواجب التطبيق و اجراءات الخصومة و غيرها.
- حكم التحكيم هو نتيجة عمل جماعي يشارك فيه الأطراف و المحكمون، لا تحكمه اعتبارات الخصومة و رغبة كل طرف في الانتصار لنفسه كما هو شأن الخصوم أمام القاضي.
- المحكم يتمتع بحرية تكاد تكون مطلقة في اختيار القانون الذي يراه معبرا عن الإرادة الضمنية للأطراف، أو الذي يراه أكثر ملائمة تبعاً لطبيعة النزاع المعروف أمامه.

هذا و قد بينا كذلك المساوى التي ينطوي عليها هذا النظام نذكر على سبيل المثال؛ أن التحكيم و إن كان أسبق في الظهور من القضاء، فإن مرجع ذلك يتمثل في

تأخر ظهور الدولة بسلطاتها الثلاثة في مجال التشريع و القضاء و التنفيذ، و كذلك إن القضاء هو سلطة من سلطات الدولة تحقق من خلالها وظيفة إقامة العدالة، وهي وظيفة لا يصح أن يترك أمرها للأفراد، و إلاً سادت الفوضى و هيمن القوي أو الغني و ضاعت حقوق الضعفاء و الفقراء، فالتحكيم إذا كان ضرورياً فهو شر لا بد منه. و كذلك فإن التحكيم هو طوق النجاة الذي يمكّن شركات العالم الصناعي المتقدم من تحصين أنفسها ضد نزاعات القاضي الوطني و تشدد القوانين الوطنية في دول العالم الثالث.

كما تبين لنا من خلال دراستنا أن للتحكيم قواعد متميزة بلورتها الاتفاقيات الثنائية و الجماعية الدولية، تبرز من خلالها أسلوب التحكيم الدولي لفض المنازعات، و قد انشئ لهذا الغرض مراكز تحكيم دولية مثل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار C.I.R.D.I الذي تناولناه بنوع من التفصيل للنص عليه في غالب الاتفاقيات.

و كذلك تبين لنا من خلال الدراسة التطور الذي لحق المشرع الجزائري من خلال نصه على أحكام التحكيم في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الجديد، و قد جاءت الأحكام متطورة نوعاً ما بالمقارنة بسابقاتها، خاصة من حيث تحديد مجال الحقوق التي يجوز فيها التحكيم من عدمه في منازعات الاستثمار الأجنبي، و كذا ضرورة تعيين المحكمين و النص على إجراءات اعتماد و تنفيذ الحكم التحكيمي، و شروط ذلك.

مما سبق عرضه يتضح أن التحكيم التجاري الدولي هو وسيلة فعالة و حيادية لتسوية المنازعات انتشر استعمالها مع تطور الاقتصاد العالمي و الاستثمارات الأجنبية، وبالخصوص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل، دون اشتراط وجود موطن أو مقر لأحد الأطراف في الخارج كما كان معمولاً به في القانون القديم، فقد أصبح التحكيم التجاري الدولي ضرورة

في ظل الانفتاح الاقتصادي الذي تشهده الجزائر و اعتماده في القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يعد بمثابة ضمان للمستثمرين الأجانب، حيث تفضل الشركات الأجنبية أو الوطنية اللجوء إلى تحكيم حيادي لحل المنازعات و ضمانات لتنفيذ هذا النوع من القرارات، فبموجب القانون 09/08 -المقتبس عن التشريعات الدولية والاتفاقيات الدولية المبرمة في هذا الشأن- أصبح بمقدور الجزائر ضمان التحكيم التجاري الدولي للأجانب من خلال تحديد الضوابط و المعايير المطلوبة لضمان تحكيم عادل و سريع في الفصل والتنفيذ، إضافة إلى تحديد كيفية تشكيل محكمة التحكيم و كيفية إصدار الأحكام و توضيح طرق الطعن و هو الأمر الذي من شأنه أن يوفر ضمانات ملموسة للمستثمرين فيما يتعلق بنقل رؤوس الأموال المستثمرة والعائدات الناتجة عنها بغض النظر إذا كانت جزائرية أم أجنبية.

و هكذا يظل التحكيم - كما رأينا - الأفضل في نظر المستثمر الأجنبي ، لكونه يمثل عدالة خاصة ذات صبغة دولية ، مقارنة بعدالة الدولة التي لها منطقتها الخاص القائم على مبدأ حماية المصالح الوطنية العليا والدفاع عن النظام العام الوطني بجميع مكوناته. وإن كانت المعضلة تبقى اليوم وستظل في كيفية تحقيق التوازن بين مصلحة الدولة في أن ترى محاكمها هي المختصة وبين رغبة المستثمر الأجنبي في إستعمال التحكيم في جميع الحالات لخشيته الدائمة والمبررة أحيانا، من عدم حياد المحاكم الوطنية؟ هذا و غيره من التساؤلات تبقى مطروحة للبحث فيها في دراسات أخرى، خاصة و أن هذا المجال جديد و جدي

# قائمة المراجع

## قائمة المراجع:

### أولاً: المراجع باللغة العربية

#### أ- الكتب:

- 1- أبو زيد رضوان- الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، الطبعة 1980.
- 2- أحمد محمد حشيش: طبيعة المهمة التحكيمية، دار الكتاب القانونية، مصر 2001
- 3- الأمين شريط: حق السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1985 .
- 4- الانصاري حسن النيداني: الصلح القضائي -دراسة تأصيلية و تحليلية لدور المحكمة في الصلح و التوفيق بين الخصوم-، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2001.
- 5- أحمد أبو الوفاء محمد: الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- 6- أحمد أبو الوفاء: التحكيم بالقضاء و الصلح، منشأة المعارف الاسكندرية، مصر 1965
- 7- أحمد أبو الوفاء: التحكيم الاختياري و الإجباري، منشأة المعارف الاسكندرية مصر، الطبعة الخامسة بدون تاريخ نشر.
- 8- أحمد محمد حشيش: طبيعة المهمة التحكيمية ، دار الكتاب القانونية، مصر 2001.
- 9- السيد المراكبي: التحكيم في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربي و مدى تأثيره بسيادة الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة طبع.
- 10- بربارة عبد الرحمن: شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، منشورات بغدادي ، الجزائر، 2009.
- 11- بن عامر تونسي: أساس المسؤولية الدولية في ضوء القانون الدولي المعاصر، منشورات دحلب، 1995.
- 12- جلال وفاء محمدين: التحكيم بين الاستثمار الأجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة القاهرة 2001
- 13- حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا (دراسة في الاليات القانونية للتبعية الدولية)، ط1، القاهرة: دار المستقبل العربي، 1987.

- 14- دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، لبنان، 2006.
- 15- رمضان جمال كامل: الدعوى و إجراءاتها، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية بالمنيا، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000.
- 16- عبد الحميد الأحديب: التحكيم أحكامه و مصادره، الجزء الأول ، مؤسسة نوفل بيروت 2000.
- 17- عبد الحميد الأحديب: التحكيم في الدول العربية، أكونوميكا، باريس 1988.
- 18- عبد الحميد الأحديب: موسوعة التحكيم الدولي ، الجزء الثاني، دار المعارف بيروت 1998.
- 19- عبد الحميد عشوش: التحكيم كوسيلة لفض النزاعات في الاستثمار، دراسة مقارنة، الاسكندرية مؤسسة شباب الجامعة 1990.
- 20- عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مكتبة النصر، القاهرة، بدون سنة طبع ص 100
- 21- عصام الدين بسيم، النظام القانوني للإستثمارات الأجنبية في الدول الآخذة في طريق النمو، دار النهضة العربية القاهرة 1976.
- 22- عصام الدين القسبي، خصوصيات التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، جامعة المنصورة، القاهرة، 1999 .
- 23- عمر سعد الله: حل النزاعات الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 24- علاء أباريان: الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، منشورات الحبلى الحقوقية، بيروت لبنان، 2008 .
- 25- عليوش كمال قربوع: قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر 1996.
- 26- عليوش قربوع كمال: التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية ، بي عكنون الجزائر العاصمة، الطبعة الثانية، 2004

- 27- غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تنشأ بصدد، جامعة القاهرة، 2004
- 28- سائح سنقوقة: قانون الإجراءات المدنية، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 2001
- 29- سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990 .
- 30- سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الكتاب الأول، القاهرة، دار النهضة العربية، 1984
- 31- سليمان محمد الطماوي: الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، طبعة 1984.
- 32- قادري عبد العزيز: الاستثمارات الدولية - التحكيم التجاري الدولي و ضمان الاستثمارات، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع. 2004 .
- 33- سيد أحمد محمود: نظام التحكيم دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
- 34- محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، جامعة طنطا، 2007 .
- 35- محمد طلعت الغنيمي: بعض الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي العام، دون دار نشر، طبعة 1974.
- 36- محمد شهير أرسلان: القضاء و القضاة دراسة علمية أدبية، دار الإرشاد بيروت، الطبعة 1 سنة 1996.
- 37- مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، 1995 .
- 38- محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر، 2007،
- 39- مصطفى محمد جمال و عكاشة محمد عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الولية الداخلية منشورات الحلبي بيروت 1998.
- 40- محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، محاضرات 1974
- 41- منير البعلبكي- المورد الكبير - قانونس انجليزي/ عربي - دار العلم للملايين، الطبعة الأولى، سنة 2005 .

- 42- منى محمود مصطفى: الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر و دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة 1990.
- 43- ناصر عبد الله محمد حسن، التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي، دراسة انتقادية للنظامين المصري والإماراتي في ضوء النظام النموذجي للأمم المتحدة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في الحقوق، جامعة طانطا، 1995
- 44- نبيل صقر: الوسيط في شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية، القانون رقم 09/08 دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 2008.
- 45- هشام خالد: الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مؤسسة شباب الجامعة الاسكندرية، 1988.
- 46- يس محمد يحيى، عقد الصلح، دار الفكر العربي، 1978 .
- 47- يوسف رشيد، أثر الاستثمار الأجنبي المباشر على الاقتصاد الوطني -حالة الجزائر، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، العدد 05، مستغانم، الجزائر، 2005 .
- 48- يوسف محمد: مضمون و أهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار، مجلة إدارة تصدر عن المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 9 العدد 2، الجزائر 1999.

## ب- الرسائل و الأطروحات

- 1- أحمد عبد الحميد عشوش: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، د سنة.
- 2- ادريس مهنان: تطور نظام الاستثمارات في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، جامعة الجزائر، سنة 2001.
- 3- أمال يوسفى: الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر في ظل التشريعات الحالية، بحث لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق بن عكنون 1998/ 1999
- 4- إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود نقل المعرفة الفنية، بحث لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة تيزي وزو 1994- 1995.

- 5- إقنولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار التجربة الجزائرية- نموذجاً- ، رسالة .دكتوراه دولة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2006
- 6- بن محمد سارة: الاستثمار الأجنبي في الجزائر -حالة أوراسكوم- مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة منتوري قسنطينة، 2010/2009.
- 7- صفوت أحمد عبد الحفيظ: دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة 2000
- 8- صغير لامية: الاستثمار الأجنبي في الجزائر مذكرة تخرج المدرسة العليا للقضاء 2008-2005
- 9- علي حسين ملحم: دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في الدول النامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، بدون سنة.
- 10- علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، القاهرة 1998.
- 11- عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل رتبة دكتوراه دولة في القانون الدولي، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2005 - 2006
- 12- كعبوش عبد الله: الحماية الوطنية و الدولية للاستثمار الأجنبي و ضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 2001-2002.
- 13- محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود" دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة .والأشخاص الأجنبية"، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون، عين الشمس، يناير 2000 .
- 14- معاشو عمار: الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، رسالة دكتوراه في القانون الدولي و العلاقات الدولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1989.

#### ت- المقالات المنشورة في المجالات:

- 1- أحمد بلقاسم: استقلالية شرط التحكيم، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، الجزء 41 العدد 02 السنة 2004.

2- أكثم الخولي: أهمية و ابراز مخاطر و عيوب الصياغة في اتفاقيات التحكيم، بحث مقدم في اليوم الفرنسي المصري، معهد قانون الأعمال الدولي، كلية الحقوق، القاهرة في 30-31 أكتوبر 1993

3- إبراهيم شحاتة، الإطار القانوني لتشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة والرقابة عليها، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 24 ، السنة 24 ، مصر ، 1986.

4- ابراهيم شحاتة : نبذة عامة عن التحكيم في مجال التجارة الدولية و الاستثمار الدولي مع اهتمام خاص بالتحكيم عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مقال منشور في مجلة مصر المعاصرة لسنة 1989 العدد 415 .

5- حمزة حداد: التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات التجارية، ورقة عمل مقدمة لندوة محامو المستقبل المنعقدة في عمان الأردن تشرين الأول 1998.

6- عصام الدين مصطفى بسيم، نماذج عقود الضمان المطبقة في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، دراسة نقدية تحليلية مقارنة لبعض نصوصها، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الرابعة، العدد الأول، الكويت، يناير 1980،

7- قادري عبد العزيز: دراسة في العقود بين الدول و رعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية "عقد الدولة" مقال بمجلة إدارة، للمدرسة الوطنية للإدارة ، مركز التوثيق و البحوث الإدارية المجلد 7 العدد1، الجزائر، 1997

8- فؤاد رياض: الحصانة القضائية للدولة دراسة منشورة بالمجلة المصرية للقانون الدولي رقم 19 لعام 1963.

9- مايكل جاي فريدمان: موجز النظام القضائي الأمريكي، وزارة الخارجية الأمريكية/ مكتب برامج الإعلام الخارجي 2004.

10- ويصا صالح: تسوية منازعات الاستثمار بين الدولة و مواطني الدول الأخرى، مجلة مصر المعاصرة، العدد 379، 1980

### ث- النصوص القانونية:

1. القانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية ، ج ر عدد21 لسنة 2008.

2. الأمر رقم 09-01 مؤرخ في 22 يوليو سنة 2009 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009. ج ر عدد 44 بتاريخ 26 يوليو 2009 المادة 58 منه معدل و تتم الأمر

- رقم 03-01 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 و المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل و المتمم بالمادة 4 مكرر 1
3. الأمر 03-01 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الإستثمار، ج ر عدد 47 صادرة بتاريخ 2001/08/22 معدل و متمم بالأمر رقم 06-08 مؤرخ في 15 يوليو 2006، ج ر عدد 47، صادرة في 19 يوليو 2006.
4. نظام بنك الجزائر رقم 03-05 نؤرخ في 06 يونيو 2005 يعلق بالاستثمارات الأجنبية، ج ر عدد 53 صادرة بتاريخ 2005/07/31.
5. الأمر رقم 03/01 المؤرخ في أول جمادى الثاني عام 1422هـ الموافق لـ 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، الجريدة الرسمية رقم 47 لسنة 2001. (معدل و متمم)
6. مرسوم رئاسي رقم 01-204 مؤرخ في 23 يوليو 2001، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة جمهورية كوريا حول ترقية و حماية الاستثمارات، الموقع بالجزائر في 12 أكتوبر 1999، ج ر عدد 40 صادرة بتاريخ 2001/07/25.
7. إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى ، التي صادقت عليها الجزائر بالمرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995 ج.ر عدد 66 مؤرخ في 05 نوفمبر 1995.
8. المرسوم الرئاسي رقم 91-346 المؤرخ في 05/10/1991 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الإيطالية حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع بالجزائر في 18 ماي 1991، ج ر 46 الموافق لـ 6 أكتوبر 1991
9. مرسوم تشريعي رقم 93-12 مؤرخ في 5 أكتوبر 1993 يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 64 سنة 1993. (ملغى)
10. القانون رقم 9-10 المؤرخ في 14 أبريل 1990 المتعلق القرض و النقد، ج ر عدد 16 سنة 1990. (ملغى)
11. أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، معدل و متمم، ج ر عدد 101 لسنة 1975.

ثانياً: المراجع باللغات الأجنبية:

أ- باللغة الفرنسية:

1. bedjaoui Mohamed: L'évolution des conceptions et de la pratique algériennes en matière d'arbitrage international, actes du séminaire sur l'arbitrage commercial, organisé par la chambre national de commerce à Alger le 14 et 15 décembre 1992. chambre national de commerce, mars 1993
2. Bedjaoui Mohamed: un tournant remarquable dans la législation algérienne relative à l'arbitrage commercial international, in Bulletin de la cour internationale d'arbitrage de la C.C.I. vol 4, N° 2, Octobre 1993
3. Benchikh Madjid: "les instruments juridiques de la politique Algérienne des hydrocarbures" L.G.D.J 1973
4. Bencheneb Ali : les mécanisme juridique des relation commerciales internationales de l'Algérie, OPU, 1984.
5. - Bouzana Belkacem: "Le contentieux des hydrocarbures entre l'Algérie et les sociétés étrangères", OPu, publisud 1985
6. Ch. Jarrosn. " les modes alternatifs..."R.I.D.C 1997.
7. Dominique carreau et patrick juillard: droit international économique, première édition , Dalloz 2003
8. G.CORNU, Les modes alternatifs de Reglement des conflits, R.I.D.C. 1997 N°2.
9. Hanotiau Bernard: L'arbitrabilité et la favori arbitandum: un réexamen In J.D.I 1994
10. Haroun (Mehdi) : Le régime des investissements en Algérie à la lumière des conventions FRANCO- ALGERIENNES – LITEC. PARIS2000

11. Issad mohand : les techniques juridiques dans les accords de développement économique, OPU1978.
12. Jean-Claude Gold Smith, "Les modes de règlement amiable des différends" R.D.A.I .1996 .
13. Jean Robert: L'arbitrage, droit interne, droit international privé, 6<sup>ed</sup> 1993
14. Jacquet J .M principe d'autonomie et contrats internationaux, Paris Economica 1983
15. Klien (F.E): Autonomie de la Volonté et arbitrage- revue critique de droit international privé, 1958
16. Milinvaud : Initiation à la comptabilité nationale. de I.N.S.E.E PARIS 1960
17. Mabroukine Ali: le règlement d'arbitrage Algéro - français du 27 mars 1983 in Revue de l'arbitrage, 1986.
18. Mahiou Ahmed: L'arbitrage en Algérie in revue Algérienne, volume XXVII, N° 4 , 1989
19. René David: L'arbitrage dans le commerce international, Economica, paris 1987 n o 66 P.80.
20. Stern B: trois arbitrages, un problème, trois solutions in revue de l'arbitrage N° 1 1980
21. Terki Nourddine les Codes des investissements au Maghreb C.M.E.R .A .ALGERIE 1979
22. Terki (N.E): " Les sociétés étrangères en Algérie" OPU, 1976
23. Terki Nouredin M l'arbitrage et l'entreprise publique en Afrique du Nord in revue de droit international et de droit comparé 1989, N°2 et l'arbitrage international et l'entreprise publique économique en Algérie in revue de l'arbitrage, 1990

24. ZEYEN Gaétan, Les immunités des Etats dans les contrats d'investissements : du nouveau avec L'Arrêt CREIGHTON, JDI. N° 3, 2006

ب- باللغة الانجليزية:

1. Alan, redfern et Martin Hunter, "law and practice of international commercial Arbitration ,London ,sweet and Maxwell 1999
2. -JEAN TIMISIT: "an of Arbitrators", THOMSON SZEET & MAXZEEL, volume 69,No3, august2003.
3. Mer Blessing: internatuional arbitration Bussins Law Journal, October 1989, n°9
4. Peter Turner, "Resolution of international Disputes through Arbitration or A.D.R" Lawyers for the new Millennium the Syrian bar association Damascus 2003
5. <sup>R</sup>onarld Bernstien & eight specialst contributors Hand book of Arbitration practice, London 1987
6. WEIL Prosper, Les Clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de Développement économique, in Mélanges ROUSSEAU, A. Pedone, Paris, 1974

ثالثا: مواقع الويب

الموقع الالكتروني [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

## ملخص الرسالة

يكتسي موضوع تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي أهمية كبيرة حيث أنه صمام الأمان الذي يعول عليه المستثمر الأجنبي لإقامة مشاريعه في الدول المضيفة، كونه يضمن له وسائل ناجعة لمعالجة نزاعاته التي قد تثور سواء مع الدولة المضيفة أو مع أشخاص القانون الخاص بسرعة و أمان، و من جانب آخر تسعى الدول المضيفة للاهتمام بهذا الموضوع، قصد جلب أكبر عدد ممكن من المستثمرين لتعزيز نسيجها الاقتصادي و بالتالي تحقيق النمو.

و لمعالجة هذا الموضوع حاولنا الإجابة عن هذا التساؤل العام التالي: ما الميزة التي يتميز بها الموضوع حتى يجعل المشرع و كذا الدراسات المختلفة، تبحث في تنظيم مسألة تسوية منازعاته بهذا الشكل؟

فوجدنا أنفسنا مجبرين على التطرق في البداية لمسألة تعريف الاستثمار الأجنبي، الذي قد يكون في شكل شركات و قد يكون في شكل أصول مالية، أي أنه يكتسب الشخصية المعنوية، و فائدة ذلك أنه له الصفة و الأهلية في التقاضي، و كما هو معروف في القواعد العامة فهو يعتبر من أشخاص القانون الخاص و هي صفته في الدعاوى التي يختص بها القضاء العادي، أو القضاء الإداري لما يكون في مواجهة الأشخاص العامة (الدولة) وفقا للقواعد العامة في المنازعات الإدارية.

كما رأينا أنه لا بد من التطرق إلى مدى سلطة الدولة في تعديل عقود الاستثمار بصفة منفردة، و كذا تشريعاته، و تطرقنا إلى القيود الواردة على هذا المبدأ، و وجدنا من خلال البحث ما يلي:

• للدولة حق في فسخ و تعديل عقود الاستثمار بصفة منفردة، و كذا تعديل تشريعاتها، و تطبيق قوانين نزع الملكية، هذا كله لإعتبرات السيادة؛ و الفائدة من ذلك حتى نبين أنه لا يجب أن تثور منازعات فيما هو حق للدولة أصيل أقره الفقه الدولي.

• و لكن في مقابل ذلك وضحنا بالتفصيل القيود الواردة على هذا المبدأ، مثل قاعدة الحقوق المكتسبة، و كذلك شرط الاستقرار التشريعي الذي يفرضه بعض المستثمرين، و خلصنا من خلال هذه الإشكالية إلى أن الدولة حتى تحصل على جلب المستثمرين فإنها قد تسن قوانين تقيد نزع الملكية بشرط المنفعة العمومية و بضوابط معينة، كما أن ممارستها لسيادتها في تعديل تشريعاتها الداخلية قد لا يصطدم بشرط الثبات في التشريعات من خلال سن قواعد في القوانين الجديدة لتبقى الاستثمارات تخضع لنفس القوانين التي أنشئت في ظلها، إذ تنص المادة 3 من الأمر رقم 06-08 المعدلة للمادة 4 من الأمر رقم 01-03: "تتجز الاستثمارات في حرية تامة مع مراعاة التشريع و التنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة و حماية البيئة.

• ودون نسيان باقي الضمانات التي تمنحها الدولة المضيفة لجلب الاستثمارات كضمان السماح باللجوء إلى الوسائل البديلة لحل النزاعات و هذا ما تناولناه لاحقاً.  
بعد هذا التمهيد الذي رأيناه ضروري للخوض في تعقيدات الموضوع تناولنا فيما بعد الاجابة على التساؤل: ما مدى اختصاص القاضي الوطني في نظر النزاعات التي تثور بشأن الاستثمار الأجنبي؟ و ما هي الحلول التي جاء بها المشرع لإعطاء ضمانات أكثر للمستثمر الأجنبي؟ خاصة مع القانون الجديد للإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

من البديهي أن القضاء الداخلي يختص بالنظر في كل النزاعات التي تثور على إقليم الدولة، و هو ما يعرف بالولاية العامة للقضاء، لكن الأمر يختلف مع المستثمر الأجنبي الذي يبدي تخوفه من هذا الأخير إذ أنه قد ينحاز إلى الدولة المضيفة، كما يرى في الكثير من الأحيان عدم كفاءته.

إن المشرع الجزائري نص صراحة و في العديد من النصوص على ضرورة اختصاص القضاء الجزائري في الفصل في منازعات الإستثمار الأجنبي، كما ضمن ذلك في كل الاتفاقية الدولية الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار، حتى و لو بالإشارة إلى ذلك في المقدم.

لكن هذا لم يمنع المشرع من مواكبة التطورات العالمية في هذا المجال و اعترف بحق الخصوم في اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل المنازعات، خاصة إذا نصت الاتفاقية على هذا المسلك، و في غياب هذا البند في الاتفاقية، سن بدوره وسائل بديلة اعترف بها كطرق لحل المنازعات نذكر على سبيل المثال: الوساطة و الصلح، لتبقى هناك وسائل بديلة كثيرة أخرى ارتأينا أن نذكرها حتى يتسنى لمن يبحث في هذا الموضوع عدم الإقتصار على هذين الوسيلتين فقط.

و في النهاية و حتى نحيط بكل جوانب الموضوع لا بد أن نشير إلى وجود وسيلة أكثر انتشاراً و شيوعاً اعترف بها المشرع الجزائري لفض المنازعات، و هي التحكيم التجاري الدولي، و الذي تضمنته بعض عقود الإستثمار المبرمة مع الجزائر، و هذا ما تناوله الفصل الثاني من الدراسة.

و يعتبر أسلوب التحكيم الطريق بديل لحل النزاعات التي قد تثور بشأن تنفيذ عقد استثمار أجنبي، و قد تضمنته جل عقود الاستثمارات، و برز هذا الأسلوب من خلال الاتفاقيات الثنائية و المتعددة الأطراف التي كان لها الأثر الكبير في وضع قواعده الاجرائية دولية، إذ أصبحت هي المرجع في الفصل في كل منازعات عقود الاستثمار، و ذلك كله تبلور في مراكز التحكيم الدولية المختصة.

و حتي نعطي هذه الوسيلة حقها بالدراسة و التفصيل لا بد من الاحاطة بمكوناتها؛ و هذا من خلال التعريف بالتحكيم و بيان أنواعه و مزاياه و عيوبه، حيث أن التحكيم هو الوسيلة البديلة لطريق القضاء العادي في النظر و الفصل في منازعات الاستثمار، الأجنبي لكنه يبقى تحت اشرافه و طبقاً

للقواعد العامة للتقاضي، كما أنه لا يباشره الأطراف إلا باتفاق على ذلك؛ سواء كان ببند في عقد الاستثمار و هو ما يسمى بمشارطة التحكيم، أو بعقد منفصل بعد نشوء النزاع و هو ما يسمى باتفاق التحكيم.

أما عيوب و مزايا التحكيم فقد وجدنا أن جل الدول خلصت إلى أنه لا مفر من اعتماد هذا الأسلوب بعيوبه و مزاياه فسعت إلى تقنينه في قوانينها الوطنية و وضعت له القواعد التي تقلل من عيوبه و بالمقابل تدعم مزاياه، و خاصة بإعطاء القضاء دور في الإشراف عليه بقواعد واضحة سواء ما تعلق بشروط اللجوء إليه أو مباشرته، كما يبقى للقضاء الوطني دور في كل ما قد يطرأ على سير الخصومة التحكيمية، كما نصت جل القوانين الداخلية على ضرورة المصادقة القضائية وفق شروط حتى يصبح لحكم التحكيم القوة الإلزامية مثله مثل الحكم القضائي.

و في الجزائر فإن التطور القانوني لاعتماد أسلوب التحكيم فيمكن القول أنه كان موقفا متذبذباً من جهة، و متباين من جهة أخرى، حيث كان هناك تفريق بين المجالات المختلفة للتحكيم في بداية القوانين الاستثمار المتعاقبة، فبينما أقره في عقود المحروقات سكت عنه في باقي العقود الخاصة بالاستثمارات المباشرة، و منعه فيما يخص الشركات مختلطة الاقتصاد، لكن مع الانفتاح الاقتصادي وجد المشرع الجزائري أنه لا مناص من القبول به فرصه شيئاً فشيئاً من خلال قوانين الاستثمار المتعاقبة، و كذا تعديل قانون الاجراءات المدنية بإلغاء المادة التي تمنع اللجوء إلى التحكيم و هي المادة 442/03 من قانون 66/154 المتضمن الاجراءات المدنية القديم، ليخلص في النهاية إلى تطوير تقنين التحكيم في قانون الاجراءات المدنية و الإدارية الجديد بمواد يمكن القول عنها أنها تتماشى و اتجاه الفقه الدولي.

و من خلال الدراسة المقدمة تبين لنا كيف تم الاعتراف بمراكز التحكيم الدولية و خاصة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار C.I.R.D.I الذي تناولناه بنوع من التفصيل للنص عليه في غالب الاتفاقيات، و بالإضافة إلى قواعده التي وافقت عليها جل الدول العالم الثالث من خلال اتفاقية واشنطن لتسوية النزاعات التي تنور بين الدولة و رعايا الدول الاخرى من المستثمرين، كما تطرقنا إلى طريقة معالجة مسألة التحكيم في قانون الاجراءات المدنية و الادارية المبنية على أسس ثابتة سواء في اللجوء إليه أو في اختيار المحكمين و سير الخصومة التحكيمية، و كذا في اعتماد حكم التحكيم و طرق الطعن فيه.

## Résumé

Le sujet de la régulation des conflits de l'investissement étranger jouet d'une importance capital ; parce qu'il constitue la soupape de sécurité sur laquelle s'appuie l'investisseur étranger pour lancer ses projet dans les pays d'accueil, en ce sens où il lui assure un arsenal efficace pour traiter les conflits qui peuvent être générés soit avec le pays d'accueil ou les personnes de droit privé avec brièveté et efficacité , d'un autre côté le pays d'accueil aspire à donner un importance à ce sujet dans le but de séduire ou d'attirer le maximum d'investisseurs pour consolider son tissu économique et réaliser la croissance .

Pour traiter ce thème, on a essayé de répondre au questionnement général suivant : qu'elle est la spécificité qui caractérise ce sujet qui mène le législateur et les diverses études à procéder des recherche sur le sujet de la résolution du problèmes des conflit à cette manière.

Nous nous trouvons dans l'obligation d'aborder en premier lieu la définition de l'investissement étranger qui peut être soit sous forme de société ou de capitaux ; c'est -à- dire requiert la personnalité morale et l'intérêt dans cela est d'avoir la capacité d'ester en justice, comme il est défini et connu dans les règles générales , il est considéré comme personne du droit privé et c'est sa leur qualité dans les affaires qui relèvent la justice ordinaire ou administratif quand il est confronté aux personne général (l'état) conformément aux règles général des conflits administratifs.

Comme nous nous somme aperçu qu'il faut d'aborder l'impact de l'autorité de l'état dans l'amendement des contrats d'investissement de manière unilatérale ainsi que ses législation nous avons de même aborder les contraintes inhérentes à ce principe, et nous avons constaté à travers cette recherche ce qui est suivant :

- L'état a le droit de la résiliation ou de l'amendement du contrat de manière unilatérale ainsi que ses législation, et l'application des lois de l'expropriation, et tout cela en considération de sa souveraineté et l'intérêt de ce point est consisté à montrer que ne doivent pas surgir en ce qui concerne tout ce qui droit authentique de l'état stipule par la jurisprudence internationale.

- En contrepartie on a clarifié en détail les contractes inhérentes à ce principe ; comme la des droit acquis, ainsi que la condition de stabilité législative imposés par certains investisseur.

Nous avons conclu à travers cette problématique, que l'état dans le but d'attirer les investisseurs, crée des lois qui règlementent l'expropriation à condition de l'intérêt publique et avec des mesures déterminé, et l'exercice de sa souveraineté concernant l'amendement des législations internes, ne doit pas être en collision avec la condition de stabilité législative, à travers la promulgation des règle dans les nouvelle loi pur que les investisseurs restent tributaire ou assujettis aux même loi de leur création, voire l'article 03 de l'ordonnance n° 06 -08 du 15/07/2006 modifiant et complétant l'ordonnance n°01-03 du 20/08/2001 relative de la développement de l'investissement : " les investissement sont réalisé librement sous réserve de la législation et des réglementations relatives aux activité règlementées et au respect de l'environnement...\*"

- Sans oublier le reste des garanties qu'offre l'état hôte pour attirer les investisseur comme la garantie du recoure a des procédé autres pour régler les conflits ce que nous allons traiter ultérieurement.

Après cette introduction que nous avons estimez nécessaire pour entamer la complication inhérentes au thème, nous avons aborder la réponse à la question : quelle est la compétence du juge national au vu des conflits qui surgissent en ce qui concerne l'investissement étranger ? Et quelle sont les solution apportées par le législateur pour donner plus de garanties à l'investisseur étranger surtout avec la nouvelle loi des procédure civile et administrative algérienne.

Il est évident que la justice interne a la compétence de statuer sur tous les conflits qui surgissent sur le territoire de l'état. Cependant la vision diffère avec l'investisseur étranger qui manifeste ses craintes de cette dernier (la justice) qui peut s'aligner au côté du pays d'accueil comme il estime qu'il le set souvent incompétence.

Le loi algérienne insiste de la compétence de la justice algérien à statuer sur les conflit d'investissement étranger comme il est introduit dans le traité international relatif au règlement des conflit d'investissement même en faisant seulement allusion dans l'introduction.

Cependant, cela n'empêche pas le législateur d'accompagner l'évolution mondiale dans ce domaine aux parties en conflits le droit de faire appel à des procédés autres pour résoudre les conflits surtout si le contrat fait mention. En l'absence de cet article il a mentionné à titre d'exemple, la médiation et la conciliation comme il reste beaucoup de procédés autres reconnus que nous avons estimé nécessaire de les rappeler.

Finalement et pour cerner tous les aspects de ce thème il faudrait signaler l'existence d'un moyen plus répandu reconnu par le législateur algérien qui est l'arbitrage commercial international et qui est inclus dans certains contrats d'investissement conclus avec l'Algérie.

Le système d'arbitrage considéré comme le procédé de règlement des conflits qui peuvent surgir hors de l'exécution d'un contrat d'investissement ce qui est inclus dans la majorité des contrats, l'arbitrage est mis en valeur à travers les traités bilatéraux ou multilatéraux qui ont une grande influence de mise en œuvre de leur règlement.

et pour mieux étudier et détailler ce moyen il faudrait cerner ses composantes à travers la définition de l'arbitrage et l'explication de ses différents types ainsi que ses avantages et ses inconvénients, en ce sens où il est le procédé de règlement sur la voie de la justice pour examiner et statuer sur les conflits d'investissement étrangers cependant il reste sous sa tutelle et conformément aux règles de la juridiction, comme on ne peut pas avoir accès à ce moyen sauf quand y a-t-il un accord.

Sur ce qui est des avantages et des inconvénients de l'arbitrage nous avons constaté que la plupart des pays sont arrivés à la conclusion qu'il faudrait absolument adopter ce procédé avec ses avantages et ses inconvénients et qu'il n'y a pas d'autres échappatoires; ces pays aspirent à le réglementer à travers les lois nationales en instaurant des règles qui minimisent ses inconvénients tout en consolidant ses avantages, comme ils confèrent à la justice nationale le rôle de l'encadrer et de le parrainer avec des règles claires, la justice nationale conserve son rôle dans tout ce qui peut intervenir sur le déclin de l'arbitrage du litige la plupart des lois internes stipule la nécessité de la confirmation judiciaire selon des conditions et qui rend la décision d'arbitrage comme le jugement de la justice.

En Algérie, l'évolution des lois pour l'adoption du procédé arbitral a engendré une position qu'on peut qualifier à la fois d'hésitante et de contradictoire en ce sens où on constate une séparation des différents domaines économiques, à tout débuts

loi sur investissement et au moment où on l'a introduit et confirmé dans les contrats d'hydrocarbures on l'a passé sous silence dans le reste des contrats concernant l'investissement direct et on l'a carrément interdit en ce qui concerne les société de la économie mixte cependant avec l'ouverture économique le législateur Algérien s'est aperçu qu'on ne peut pas s'enpasser et qu'il est impératif de l'accepter progressivement à travers les lois successives sur l'investissement ainsi que l'amendement de la loi des procédures civile en annulant l'article qui interdit le recours à l'arbitrage et qui est l'article 442 chapitre 03 de la loi 154/66 concernant les procédure civile ancien , pour aboutir finalement à affiner la réglementation de l'arbitrage dans la loi de procédure civile et administrative nouvelle par des réglementation adapter avec les règle international .

A travers l'étude présenté, nous avons constaté comment est accomplie la reconnaissance des centres d'arbitrage international et surtout « le centre international du règlement des conflit d'investissement que nous avons abordé avec certaine préférence puisqu'il cité dans la majorité des traités , en plus de ces règles consenties par la majorité des pays de tiers monde à travers le traité de Washington pour le règlement des litige entre l'état et les investisseurs étranger, comme nous avons aborder la méthode avec laquelle on traité le problème de l'arbitrage dans la loi de procédure civile et administrative élaborée sur des fondement stables soit en ayant recours à ce procédé ou dans la choix des arbitres et le déroulement du litige arbitré ainsi que l'adoption du jugement de l'arbitrage et les procédures recours concernant ce jugement.

## كلمات مفتاحية

-الاستثمار

- التحكيم التجاري

- منازعات الاستثمار

-الوسائل البديلة

-المصالحة

- الوساطة

- الاستقرار التشريعي