جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

دور التحكيم في تسوية منازعات الإستثمار الأجنبي في التشريع الجزائري

مذكرة مقدمة استكمالا لنيل شهادة الماستر

تخصص: قانون المهن القانونية والقضائية

إعداد الطالب:

جعريط إبراهيم

إشراف الأستاذ:

أ. عميور فرحات – مشرف أكاديمي

أ. خن لمين – مشرف مهني

لجنة المناقشة:

إسم ولقب الأستاذ	الدرجة العلمية	الصفة
نشناش مونية	أستاذ محاضر – ب –	رئيسا
عميور فرحات	أستاذ محاضر – أ –	مشرفا ومقررا
خن لمين	أستاذ مساعد – أ –	مشرفا مهنيا
بوالخضرة نورة	أستاذ محاضر – أ –	ممتحنا

الموسم الجامعي: 2022/2021

شكر وعرفان

نحمد الله عزوجل الذي وفقنا وألهمنا العزيمة والصبر لإنجاز هذا البحث المتواضع

فالحمد لله كثيرا، وهو الذي أنعم علينا إذ أرسل فينا عبده ورسوله "محمدا" صلى الله عليه وسلم، فعلمنا ما لم نعلم وحثنا على طلب العلم.

والشكر موصول إلى الأستاذ المشرف "عميور فرحات" الذي تابع بحثي من أوله إلى أخره، وأفادني بملاحظاته القيمة .

ونتوجه بالشكر لأستاذ الإشراف الميداني الذي لم يبخل علينا بنصائحه وإرشاداته و المعلومات القيمة التي ساهمت في إثراء موضوع دراستنا الأستاذ "خن لمين".

كما نشكر كل من مد لنا يد العون من قريب أو من بعيد ونخص بالذكر الأستاذ "خلاف فاتح".

كما نتقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة الموقرة كلهم شكرا.

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله وأدامهما نورا لدربي،

أطال الله في عمرهما

لكل العائلة الكريمة التي ساندتني ولا تزال إخوتي الأعزاء .

إلى كل رفقاء المشوار الدراسي الذين قاسموني لحظاته رعاهم الله ووفقهم:

مولود، عصام، سفيان، عادل

قائمة

المختصرات

أولا: باللغة العربية

ج.ر.ج.ج	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
ق.إ.م.إ.ج	قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري
ق.م.ج	قانون المدني الجزائري
ط	الطبعة
ص	الصفحة
ص ص	من صفحة إلى صفحة

ثانيا: باللغة الأجنبية

ICC	**International Chamber of Commerce**
ICSID	**International Centre for Settlement of Investment Disputes**
UNICTRAL	**United Nations Commission on International Trade Law**
P	**Page**
PARA	**Paragraphe**
PP	**Page A Page**

مقدمة

في ظل المجتمعات القديمة، عرف الجنس البشري نظام التحكيم في العصور البدائية القديمة، حيث كان وسيلة لحل النزاعات التي حدثت بين الأفراد وفقا للقواعد العرفية، فقد كان يلجئ للتحكيم قبل اللجوء للقضاء لأن الأفراد والجماعات سبقت الظهور قبل تشكيل الدولة، وتطور الإتجاهات الإقتصادية المعاصرة والتوجه العالمي لتشجيع الإستثمار الأجنبي، جعلت من التحكيم من أهم البدائل لحل مثل هذه النزاعات الناشئة عن الإستثمار.

وتسعى الدول النامية والمتقدمة للإستفادة من الإستثمار الأجنبي حيث يلعب هذا الأخير دورا فعالا وهاما في عملية التنمية للبلد المضيف من خلال مساهمته في تطوير البنية التحتية وتطوير المرافق والبناء، والذي يعتمد على العقود الدولية وإتفاقيات الإستثمار مع المستثمرين الأجانب، ومع ذلك فإن هذه العقود والإتفاقيات تتأثر بعدد من العوامل تتمثل في الضمانات المقدمة من الدول المضيفة للمستثمرين الأجانب لتسهيل عملهم والدفاع عن حقوقهم، وأهمها تلك التي يسعى المستثمرون الأجانب الحصول عليها في ضمانات القضاء الممثلة في وسائل حل المنازعات في مجال الإستثمار.

لذلك يرتبط حل المنازعات بين المستثمرين والدول بالطرق البديلة لتسوية المنازعات، والتي تتجسد في نظام التحكيم كوسيلة بديلة لحل نزاعات الإستثمارعن القضاء الوطني، حيث يعد التحكيم وسيلة خاصة للتقاضي بناءا على إتفاق يلتزم بموجبه الأطراف بإحالة النزاعات الناشئة بينهم إلى التحكيم، مع مراعاة حقوقهم التعاقدية.

فخلق بيئة مناسبة للإستثمار وخلق جو من الثقة المتبادلة بين المستثمرين الأجانب والدولة المضيفة يقتضي بالضرورة آلية فعالة وعادلة لحل نزاعات الإستثمار بين الجانبين، الدولة ذات السيادة والمستثمر المتخوف من اللجوء لقضاء هذه الدول بسبب شكوكهم بشأن تحيز القضاء للمصالح الوطنية.

ونظرا للدور الفعال للتحكيم في هذه المنازعات، فقد أبرمت في هذا الشأن عدة إتفاقيات دولية، فقد حظي التحكيم بإهتمام كبير على الصعيدين الوطني والدولي لذلك

تنظمه الدول في تشريعاتها وتضع قواعد له، وتعزز تنظيم أحكامه، وتم إنشاء دولية له أهمها مركز واشنطن الدولي لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي.

أما المشرع الجزائري فقد إستوعب هذه الأهمية (أهمية الإستثمار) منذ الإستقلال مع مراعاة خصوصيات تلك المرحلة، فجاءت القوانين الخاصة بالإستثمار متباينة في فترة الستينات و الثمانينات، ثم تأكد إنفتاح الدولة بقوة على الإستثمار الأجنبي من خلال حزمة من قوانين الإستثمار المتعاقبة (أمر 01-03) (ق.رقم 16-09) وكذا سن قانون جديد للإجراءات المدنية والإدارية (ق.رقم 08-09) الذي كرس بصفة واضحة التحكيم التجاري الدولي ودوره في تسوية منازعات الإستثمار.

يعد موضوع "دور التحكيم في تسوية منازعات الإستثمار الأجنبي في التشريع الجزائري" موضوعا ذو أهمية بالغة، وخير ما يدل على ذلك خلق وإستحداث مراكز تحكيم دولية دائمة مثل المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بواشنطن، وغرفة التجارة الدولية، محكمة لندن للتحكيم الدولي، مركز التحكيم الدولي بفيينا...تتولى مهمة حل منازعات الإستثمارات الأجنبية عن طريق التحكيم الذي يمتاز بقواعد مرنة، جعلته الوسلية الأبرز لحل هذه النزاعات.

فأهمية التحكيم تكمن في الدور الهام الذي يلعبه في تحقيق المنفعة الإقتصادية للدولة المضيفة، ما دفع بهذه الدول السعي لتوفير بيئة قانونية ملائمة لإستقطاب الإستثمارات إدراكا منها بأن التحكيم التجاري الدولي يعد عاملا إطمئنان للمستثمر الأجنبي الذي لا يثق في القضاء الوطني للدول المضيفة، حيث أنه تم النص في الإتفاقيات أو عقود الإستثمار على التحكيم الدولي والتي لا تكاد تخلو من شرط التحكيم، نظرا لما يوفره من حماية قانونية لا يحققها قضاء الدولة الذي ينظر إليه من طرف المستثمر على أنه مرهق بالقضايا الوطنية وقلة خبرة القضاة في مجال منازعات الإستثمار الأجنبي.

ولعل الهدف من وراء هذا البحث يمكن تلخيصه أو جمله فيما يلي:

- الإطلاع وبيان هل وفق المشرع في تبني آلية التحكيم كوسيلة في تسوية منازعات الإستثمار التي يكون أحد أطرافها أجنبيا .
- معرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وإجراءاته والحكم الصادر بخصوص ذلك في منازعات الإستثمار.
- الإطلاع على طريقة سير إجراءات التحكيم في منازعات الإستثمار وفقا لما تقتضيه النصوص والقوانين الوطنية والدولية.
- الإطلاع على قضايا في مجال منازعات الإستثمار تم الفصل فيها عن طريق التحكيم الدولي، رفعت للنظر والفصل فيها أمام هيئات تحكيمية مستقلة ومختصة في تسوية منازعات الإستثمار.

وقد تم إختيار هذا الموضوع كمحاولة لإثراء رصيدي المعرفي من خلال هذا العمل المتواضع الذي يعالج موضوع "دور التحكيم في تسوية منازعات الإستثمار الأجنبي في التشريع الجزائري"، ودراسة هذا النظام الذي يعد وسيلة مثالية لفض التنازعات المرتبطة بالإستثمار الأجنبي.

بالنسبة للصعوبات: ضيق الوقت حيث أن هذا الموضوع يحتاج وقتا أكبر للدراسة، ندرة الدراسات والبحوث القانونية (في الجانب الميداني) حيث أن معظم القضايا المعروضة على التحكيم تكون سرية ولا تنشر أحكامها، وإن نشرت تنشر بلغة أجنبية ما إقتضى الإستعانة بمترجم معتمد.

إنه من المتوقع أن تنشأ خلافات بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، ما يبرر إشتراط التحكيم من قبل المستثمر في عقوده المبرمة مع هذه الدول التي تتعلق بإستثمار وذلك لتسوية مختلف النزاعات التي قد تثار، وتخوفا منه من ضياع حقوقه وطول أمد إجراءات التقاضي، فالتحكيم هو الوسيلة الفضلى لفض منازعات الإستثمار ويلعب دورا

هاما سواء على المستوى الداخلي أو الدولي في حل المنازعات، ومنه فالإشكالية التي يطرحها موضوع الدراسة:

إلى أي مدى وفق المشرع في تكريس أحكام التحكيم التجاري الدولي التي من شأنها طمأنة المستثمر الأجنبي في حل منازعاته الإستثمارية في الجزائر ؟

ومن أجل دراسة هذا الموضوع إعتمدنا المنهج الوصفي والتحليلي، وهذا من خلال جمع معلومات عن التحكيم في منازعات الإستثمار الأجنبي من مختلف المراجع ذات الصلة بالموضوع، وتحليل مختلف النصوص القانونية المتعلقة بالتحكيم، وما جاءت به المعاهدات و الإتفاقيات الدولية ومدى مسايرة المشرع لهذه الأخيرة.

وفي سبيل الإجابة عن الإشكالية تم تقسيم الموضوع إلى خطة ثنائية مقسمة إلى فصلين:

- الفصل الأول خصص ل" الحاجة إلى التحكيم الدولي لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي ".
- الفصل الثاني خصص ل" الأحكام المتعلقة بإجراءات التحكيم في منازعات الإستثمار الأجنبي".

الفصل الأول:

الحاجة إلى التحكيم الدولي لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي

إن التطور الهائل في حجم الإستثمارات الأجنبية والتي تعد في هذا العصر العنصر الأساسي الذي ترتكز عليه الخطط الإقتصادية في معظم البلدان النامية، دفع بهذه الدول إلى البحث عن أليات لتسوية المنازعات التي قد تقع أو محتملة الوقوع مع المستثمرين الساعين لحماية إستثماراتهم في الدول المضيفة، حيث أن هذه الأليات تمثل عامل جذب وضمانة وحماية لهؤلاء المستثمريين، وعموما تعددت وسائل تسوية المنازعات التي قد يلجأ إليها كالتسوية الودية، الصلح، الوساطة، وبشكل خاص في مجال الإستثمارات الأجنبية يعد التحكيم الوسيلة المثلى، حيث نصت عليه الإتفاقيات الدولية وكرسته جل الدول.

وعلى الرغم من تعدد الوسائل التي يمكن للأطراف اللجوء إليها لتسوية أو فض المنازعات المتعلقة بالإستثمار الأجنبي، فقد ظل التحكيم الدولي من الأساليب المهمة لحل هذه المنازعات ويعد وسيلة بديلة وحاسمة فهو طريق إستثنائي يقوم على إتفاق الأطراف اللجوء إليه لحل ما ثار بينهم من نزاع.

لهذا سيتم من خلال هذا الفصل التطرق لماهية التحكيم (المبحث الأول) ومن ثم تبيان أهمية التحكيم التجاري كطريق لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي(المبحث الثاني).

المبحث الأول:

ماهية التحكيم الدولي في منازعات الإستثمار الأجنبي

إن فهم ماهية التحكيم في منازعات الإستثمار الأجنبي يقتضي منا تسليط الضوء على مفهومه (المطلب الأول)، من خلال إعطاء التعريفات المختلفة للتحكيم وتمييزه عن غيره من النظم المشابهة، ومن ثم التطرق لطبيعته القانونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

مفهوم التحكيم الدولي

لمعرفة مفهوم التحكيم يتطلب عرض تعريفاته المختلفة (الفرع الأول) ثم بيان أنواعه (الفرع الثاني)، ثم تمييزه عن غيره من النظم المشابهة (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

تعريف التحكيم التجاري الدولي

تعددت تعريفات التحكيم وسيتم الوقوف على التعريف اللغوي والإصطلاحي (أولا) والتعريف الفقهي (ثانيا)، ثم التعريف القانوني (ثالثا).

أولا: التعريف اللغوي والإصطلاحي

أ- التعريف اللغوي:

يقصد بالتحكيم في اللغة التفويض في الحكم، فهو مأخود من حكم وأحكمه فاستحكم فصار محكما في ماله تحكيما، إذا جعل إليه الحكم فيه فاحتكم عليه ذلك[1]، ويقال حكموه

1- مشار إليه لدى: أحمد صالح علي، الطرق البديلة لحل المنازعات، الصلح، الوساطة، التحكيم، حسب ق.إ.م.إ الجزائري، منشورات دار الخلدونية، الجزائر، 2021، ص79.

بينهم أي أمروه أن يحكم بينهم[1].

كما ورد في قوله تعالى:" **فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت و يسلموا تسليما**"[2]، و أيضا ": **وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها**"[3].

ب- التعريف الإصطلاحي

أما إصطلاحا فيعرف بأنه" إختيار ذوي الشأن شخصا أو أكثر للحكم فيما تنازعا فيه دون أن يكون للحكم ولاية القضاء بينهما"[4].

كما يعرف على أنه "الإتفاق على طرح النزاع على أشخاص معينين محكمين يفصل فيه دون المحاكمة المختصة أصلا بالتحقيق والفصل في الموضوعات"[5].

ثانيا: التعريف الفقهي

يعرف البعض التحكيم بأنه "النظام الذي بمقتضاه يخول أطراف النزاع مهمة الفصل فيه إلى محكمين يعينونهم بمحض مشيئتهم"[6].

وقد عرف بعض الفقه التحكيم بأنه "عقد يتفق الأطراف بمقتضاه على طرح النزاع على محكم شخص أو أشخاص يختارونهم للفصل في النزاع دون المحكمة المختصة، وفي ذات السياق يقول البعض الأخر أن التحكيم هو وسيلة عن طريقها يحيل الأطراف

1- مشار إليه لدى: فراح مناني، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص15.

2- سورة النساء، الأية لرقم 65.

3- سورة النساء، الاية رقم 35.

4- راضية شريفي ،" التحكيم التجاري الدولي كوسيلة بديلة لحل منازعات الاستثمار الأجنبي" ، مجلة صوت القانون مجلد7، عدد 3، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، 2021، ص، 529.

5- محمود السيد عمر التحيوي، الصيغة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، مصر، 2003، ص05.

6-حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 03.

برغبتهم منازعاتهم لشخص ثالث محايد يختارونه ليصدر قرارا قائما على الأدلة والبراهين التي تقدم إلى محكمة التحكيم، أو هو نظام قضائي خاص بمقتضاه تخرج المنازعة من القضاء العادي كي يتولى أفراد مخولون مهمة الحكم فيها، أو هو نظام بمقتضاه يتولى شخص من الغير تسوية نزاع يقوم بين طرفين أو أكثر ممارسا المهمة القضائية التي عهد بها هؤلاء إليه"[1].

يعرف التحكيم في حقيقته بأنه "عملية الفصل في المنازعات بين الخصوم على يد من يختارونهم من الأشخاص الذي يطمئن الخصوم إلى ذمتهم وإلى خبرتهم وإلى حيادهم وإلى حكمتهم و يرتضون للحكم الذي يصدرونه لحل النزاع القائم بينهم"[2].

وعرف أيضا بأنه" إتفاق الأطراف على إختيار شخص محكم أو أكثر يفصل فيما يثور مستقبلا أو يثور بينهم فعلا من منازعات، بحكم ملزم دون المحكمة المختصة ، فقوام التحكيم إتفاق الاطراف"[3].

ثالثا: التعريف القانوني

لقد عرفت المادة 37 من إتفاقية لاهاي لعام 1907 التحكيم الدولي كما يلي:" التحكيم الدولي يهدف إلى تسوية المنازعات بين الدول على يد قضاة منتخبين وعلى أساس إحترام القانون"[4]، أما المادة 7 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 فقد

1- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الاجراءات المدنية و الادارية و القوانين المقارنة، دار هومة الجزائر، 2012، ص 17.

2- محسن جميل جريح، التحكيم التجاري الدولي و الداخلي، دراسة مقارنة، ط1، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، لبنان، 2016، ص25.

3- أحمد السيد صاوي، التحكيم، المؤسسة الفنية للطباعة و النشر، مصر، 2002، ص 10.

4- مشار إليه لدى: راضية شريفي، مرجع سابق، ص 530.

عرفت التحكيم بأنه:" إتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات والتي تنشأ أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية"[1].

أما المشرع الجزائري فلم يعطي تعريفا دقيقا وواضحا للتحكيم رغم أنه تناول مختلف أحكام التحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، والذي اعتبر التحكيم من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات بنوعيه الداخلي والخارجي، ونجد المشرع قد عرفه من زاوية الاتفاق عليه في المادة 1007 من ق.إ.م.إ والتي تنص" **شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوقه...**"

وبموجب المادة 1039 منه جاء تعريف التحكيم الدولي على هذا النحو " **يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل**".

والملاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع اعتمد على المعيار الاقتصادي لتحديد دولية التحكيم، فالصفة الدولية للعقد وفقا للمعيار الاقتصادي تؤدي لإستبعاد إعتبار التحكيم دوليا، إذا لم يكن موضوعه مصالح تجارية محل النزاع بين الأطراف[3].

إنطلاقا من التعريفات السابقة، والتي كانت تجمع أو تتفق على أن التحكيم هو إتفاق بين طرفين، أو وسيلة لفض النزاع القائم أو محتمل الوقوع بين هؤلاء الأطراف، حيث يجوز لهم الإتفاق مسبقا على اللجوء للتحكيم إستنادا إلى المادة 1011 ق.إ.م.إ الجزائري.

1- مشار إليه لدى: جمال بوسته، ميلود سلامي، "التحكيم التجاري كضمان اجرائي لتسوية منازعات الاستثمار"، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية ، مجلد2، العدد 1، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2017، ص 145.

2- قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري 2008 متضمن ق.إ.م.إ ،ج ر.ج.ج، عدد 21، الصادر في 23 أفريل 2008.

3- عنتر حديدي، "التحكيم كألية اجرائية في منازعات عقود الاستثمار"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، مجلد 6، عدد 3، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة،2021 ، ص2002 .

الفرع الثاني:

أنواع التحكيم

ينقسم التحكيم إلى عدة أنواع نذكر منها التحكيم الوطني والتحكيم الدولي (أولا) والتحكيم الحر والمؤسسي (ثانيا)، والتحكيم الإختياري والإجباري (ثالثا).

أولا: التحكيم الوطني و التحكيم الدولي

يمكن القول بأن التحكيم يكون وطنيا إذا اتصلت جميع عناصره بدولة معينة دون غيرها، أما التحكيم التجاري الدولي فهو التحكيم الذي يتعلق بعقد دولي أو بمصالح تجارة دولية بصفة عامة.

يستخلص مما سبق أن التحكيم الوطني هو التحكيم الذي يتعلق بمعاملات وطنية خالصة بين وطنيين ويفصل بينهم محكمون وطنيين وينفذ حكمه في ذات الدولة، أما التحكيم الدولي فهو التحكيم الذي يشتمل على عنصر أجنبي أو أكثر سواء تعلق هذا العنصر بموضوع النزاع أو جنسية الأطراف أو موطنهم أو المحكميين أو إجراءات التحكيم أو مكان صدور الحكم أو أخيرا بمصالح التجارة الدولية[1].

أما عن تمييز التحكيم الوطني لدولة ما عن التحكيم غير الوطني فإن التحكيم يوصف بالوطني اذا كانت كل عناصره منتمية إلى دولة واحدة، وما يستنتج إذن هو أنه إذا كان أحد عناصر التحكيم خارجيا أو أجنبيا أو دوليا، ومن تلك العناصر مثلا موضوع النزاع وجنسية ومحل اقامة الأطراف ومكان التحكيم، إلا أن الدراسات تلخص أهم معايير التمييز بين التحكيم الوطني، والتحكيم الأجنبي في ثلاثة معايير منها الجغرافي ويتعلق بمكان

1- حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2010، ص 20.

التحكيم، و القانوني ويتعلق بالقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، والاقتصادي ويتعلق بإرتباط العقد موضوع النزاع.

ولو نظرنا الى العمل الاتفاقي نجد أن إتفاقية نيويورك تأخذ بالمعيار الجغرافي أساسا مع الأخذ بعين الاعتبار المعيار القانوني، حيث تجيز للقاضي الوطني رفض الأمر بتنفيذ حكم التحكيم اذا ثبت لديه مخالفة إجراءات التحكيم للقواعد التي اتفق عليها الطرفان أو مخالفتها لقانون البلد الذي جرت فيه عملية التحكيم عند غياب اتفاق الطرفين على تلك القواعد [1].(المادة 5 فقرة 4 :..."**أو أن إجراءات التحكيم لم تكن وفقا لاتفاق الطرفين أو لم تكن، في حالة عدم وجود مثل هذا الإتفاق، وفقا لقانون البلد الذي جرى فيه التحكيم..**)[2].

ثانيا: التحكيم الحر و التحكيم المؤسسي

التحكيم الحر هو الذي يتم تحت إدارة وإشراف أطراف النزاع، فيتم إختيار المحكم أو محكميين من طرفهم ويتولون في الوقت نفسه تحديد الاجراءات والقواعد المطبقة أثناء إجراء التحكيم دون إشراف من مؤسسة تحكيم، وغالبا ما يخضع هذا النوع من التحكيم لقواعد يونسترال للتحكيم.

أما المؤسسي هو الذي يتم تحت إشراف مؤسسة دولية مختصة بالتحكيم وتقتصر مهمتها على وضع قوائم بأسماء المحكمين، لكي يتولى المتنازعون بأنفسهم اختيار من يريدون القيام بالمهمة، وتوجد حاليا عدة مؤسسات وهيئات تحكيم كمركز تحكيم غرفة

1- قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية- التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 224.

2- أنظر المادة 4/5 من المرسوم رقم 88-233، مؤرخ في 5 نوفمبر 1988، يتضمن الإنضمام بتحفظ إلى إتفاقية نيويورك لسنة 1958، الخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيدها، ج.ر.ج.ج عدد 48، الصادر في 23 نوفمبر 1988.

تجارة باريس ICC ومركز تحكيم مجلس التعاون الخليجي[1]، والمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار ICSID.

ورغم الايجابيات التي يتسم بها التحكيم المؤسسي أو النظامي (السهولة واليسر) بيد أنه له بعض السلبيات وهي أن المنظمات والمراكز التي تتولى الاظطلاع بالتحكيم قد نشأت في كنف الدول الصناعية، ومن ثم فكثيرا ما كانت نظم ولوائح هذه المنظمات تبغي رعاية مصالح الدول المتقدمة على حساب الدول النامية، ونظرا لعدم معرفة أطراف النزاع للمحكم والذي يتم إختياره بمعرفة المركز أو المنظمة من القوائم المعدة، فإن غالبا ما تتزعزع ثقة الأطراف في حيدة و أمانة المحكم.

وعلى الرغم من أن التحكيم النظامي هو السائد في العصر الحديث في مجال المعاملات الدولية الخاصة، خاصة في إطار التجارة الدولية بسبب ظهور التحكيم الدولي في المعاملات التجارية، ورغم ذلك فإن كثيرا من المنازعات يفضل أطرافها اللجوء إلى التحكيم الحر، كما هو الشأن في حالات التحكيم في عقود البترول.

ومما هو جدير بالتنويه إليه أن بعض الاتفاقيات الدولية قد أقرت هاتين الصورتين من التحكيم، المؤسسي والحر دون أدنى تفرقة في المعاملة ومنها إتفاقية نيويورك بشأن تنفيد أحكام التحكيم الأجنبية عام 1958(المادة الأولى، فقرة ثانية) وكذلك الإتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي في جنيف 1961(مادة أولى، فقرة ثانية)[2].

وقد أخذ المشرع الجزائري بالتحكيم المؤسسي والذي نص عليه بموجب المادة 1041من ق.إ.م.إ " **يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكييم، تعيين المحكم أو المحكميين ...**".

1- رفيقة بسكري، "التحكيم كضمانة اجرائية لتسوية منازعات الاستثمار الولية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية مجلد 3، عدد2، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة،2016، ص 174.

2- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الشروق، مصر، 200، ص 119.

ثالثا: التحكيم الإختياري و الإجباري

التحكيم الإختياري يقصد به التحكيم الذي يتم بناءا على إتفاق طرفي النزاع، وبمحض إرادتهما الحرة، لأنها جوهر التحكيم فلهما اللجوء باختيارهما إلى التحكيم لفض النزاع القائم بينهما، وإختيار المحكميين والإجراءات والقواعد التي تطبق على التحكيم وقد ينظم القانون مثل هذا التحكيم ويضع ضوابطه اللازمة لضمان فعاليته ولكن تبقى الحرية للطرفين في اللجوء إليه عوضا عن المحاكم العادية، أما التحكيم الإجباري ففي هذا النوع من التحكيم يلزم القانون طرفي النزاع إلى اللجوء إلى التحكيم والخضوع لأحكامه في بعض المنازعات، حيث تنعدم إرادة الأطراف وهي جوهر التحكيم[1].

رابعا: صور التحكيم

-**شرط التحكيم** : منصوص عليه في العقد، ويقصد به الشرط الذي يرد في العقد بإحالة المنازعات المستقبلية على التحكيم، كما لا يمنع أن يرد شرط التحكيم في إتفاق مستقل أو بعد العقد الأصلي.

-**إتفاق أو مشارطة التحكيم** : ويقصد به الإتفاق الذي يبرمه طرفا العقد الأصلي، بعد وقوع النزاع الخاص بذلك العقد.

والفرق بين النوعين هو أن شرط التحكيم يتعلق بنزاع مستقبلي غير محدد، وإتفاق التحكيم فيتعلق بنزاع وقع فعلا أو أصبح محددا وواضحا، فأهمية التفرقة يبرز في شكل خاص أن بعض القوانين الوطنية تتطلب في إتفاق التحكيم تحديد طبيعة النزاع الذي وقع فعلا تحت طائلة بطلان الاتفاق، بخلاف شرط التحكيم[2].

1- أحمد صالح علي، مرجع سابق، ص 110.

2- رفيقة بسكري، مرجع سابق، ص 175.

وقد نص المشرع الجزائري على شرط التحكيم في المادة 1007 من ق.إ.م.إ **"شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".**

وأشار أيضا الى إتفاق أو مشارطة التحكيم في المادة 1040 من ق.إ.م.إ" **تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية..".**

الفرع الثالث:

تمييز التحكيم عن غيره من النظم المشابهة

يتميز التحكيم عن غيره من النظم، الصلح (أولا)، والخبرة(ثانيا)، والوكالة (ثالثا)، والوساطة (رابعا)، والقضاء (خامسا).

أولا: التحكيم والصلح

إذا ما كان التحكيم هو نظام خاصا للفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات عن غير طريق القضاء العام في الدولة، يتفقون بمقتضاه على الفصل فيها عن طريق هيئة تحكيم يختارونها، فإنه بذلك يختلف عن نظام الصلح والذي يعد بدوره وسيلة لتسوية المنازعات بين الأفراد، ولكنها وسيلة ذاتية يقوم بها الأطراف ذوو الشأن بأنفسهم أو من يمثلونهم، وبمقتضاها يحسمون خلافاتهم عن طريق نزول كل منهم عن بعض أو كل ما يتمسك به قبل الأخر[1].

وعرف المشرع الجزائري الصلح في نص المادة 459 من القانون المدني: **"الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه"**[2].

1- محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن الصلح، الوكالة، الخبرة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2002، ص 244.

2- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، متضمن ق.م.ج، ج ر.ج.ج، عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، معدل و متمم.

ويختلف التحكيم عن الصلح من عدة أوجه نذكر منها :

- الصلح يكون عادة بتلاقي إرادة الأطراف أما التحكيم فمعالجته تكون مثل القضاء، له إجراءات تتبع في إجرائه، مثل إجراءات الجهات القضائية.
- الصلح يكون في كثير من الأحيان بين المتنازعين فقط بين المتنازعين عن الصلح في حين أن التحكيم يكون من طرف ثالث يحتكم إليه، وهو ما يعرف بالمحكم[1].

ثانيا: التحكيم والخبرة

إن اللجوء إلى الخبرة عادة ما يكون ضروريا للفصل في المسائل التقنية، تقدير قيمة الأضرار بالنسبة لسلعة معينة، تحديد سبب العطب في أحد المصانع.

غير أن الخبير يقدم رأيا تقنيا غير ملزم لأطراف النزاع، فهدفه هو إفادة النزاع بنور الحق من أجل سهولة فضه بعد ذلك، وهذا هو الطابع اللاإلزامي للخبرة والذي يميزها عن التحكيم.

ومن ثم فإن العنصر المشترك في التحكيم والخبرة يتمثل في تدخل الغير لحل النزاع إلا أن دور الخبير تحضيري يفتح الطريق للفصل في النزاع وللمحكم الدور الفاصل في النزاع في التحكيم[2].

ثالثا: التحكيم والوكالة

الوكيل يستمد سلطاته من الموكل الذي يملك حق التنصل من عمل الوكيل إذا خرج عن حدود وكالته، بينما المحكم فهو مستقل تمام الاستقلال عن الخصوم، فبمجرد الاتفاق

1– زهية زيري، الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون المنازعات الادارية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، **2015**، ص **88**.

2– فيصل فار، " نظام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر حسب مقتضيات القانون الجديد" ، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية و السياسية ، مجلد**2**، عدد**4**، كلية الحقوق و العلوم السياسية، المركز الجامعي مرسلي عبد الله، تيبازة ،**2018** ص **235**.

على التحكيم تصبح له صفة القاضي بحيث لا يجوز للأطراف أن يتدخلوا في عمله، حتى حكمه يفرض عليهم، إضافة إلى أن للأطراف حرية إختيار وتعيين المحكمين[1].

رابعا: التحكيم والوساطة

يعتبر كل من التحكيم والوساطة وسيلة بديلة عن القضاء في حل النزاعات، وكلاهما لا يتم إلا عن طريق تدخل طرف ثالث خارج عن النزاع، فالوساطة تكون بتقريب وجهات نظر الأطراف من خلال التفاوض والتحاور للوصول لحل للنزاع المطروح، كما أن الوسيط وخلافا عن المحكم لا يفرض على الأطراف حلا لا رغبة لهم فيه، في حين أن المحكم له أن يفرض رأيه على الخصوم في إطار القانون الواجب التطبيق[2].

خامسا: التحكيم والقضاء

يشترك التحكيم والقضاء في أن كلاهما يفصل في النزاع المعروض عليه بحكم ملزم، ويختلف التحكيم عن القضاء من عدة نواحي نذكر منها :

- الرجوع إلى التحكيم يقتضي وجود إتفاق بين الخصوم أو بموجب نص قانوني، أما اللجوء إلى القضاء فهو حق دستوري.

- التحكيم يتولاه أشخاص مستقلون عن السلطة العامة و يصدرون أحكامهم بإسم العدالة المحضة، بينما القضاء تتولاه هيئة عمومية تصدر أحكامها بإسم الدولة أي باسم السلطة العامة.

- يختلف التحكيم والقضاء من حيث طريقة تطبيق القانون، فأحكام التحكيم لا تتمتع بالقوة التنفيذية إلا بعد صدور أمر بتنفيدها من طرف القضاء[3].

1- إلياس عجابي، "النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون إ.م.إ الجديد"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، مجلد 47، عدد3، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2010، ص58.

2- زهية زيري، مرجع سابق، ص 89.

3- زهية زيري، مرجع نفسه، ص 91.

المطلب الثاني:

الطبيعة القانونية للتحكيم

إختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم ، منهم من يرى أن التحكيم ذو طبيعة عقدية (الفرع الأول)، ومنهم من يسلم بالطبيعة القضائية للتحكيم (الفرع الثاني)، كما يقر البعض الطبيعة المختلطة أي عقدية- قضائية (الفرع الثالث)، وذهب البعض الأخر إلى إضفاء عليه الطبيعة المستقلة (الفرع الرابع).

الفرع الأول:

التحكيم ذو طبيعة عقدية

إعتبر البعض التحكيم عقدا رضائيا ملزما للجانبين من عقود المعاوضة ويرى أنصار هذا الإتجاه أن حكم التحكيم يعتبر جزءا لا يتجزأ من إتفاق التحكيم، بل إنه يندمج ويذوب فيه، والمحكمون هم أفراد يعهد إليهم بمهمة تنفيذ الإتفاق ولا يرتقون إلى مرتبة القضاة[1].

فليس المهم من وجهة نظر هذا الإتجاه إعطاء الأولوية لمهمة المحكم، وإنما الأولى أن ننظر إلى من خوله هذه المهمة، ومن الذي حدد له الإجراءات التي يتبعها، ومن الذي يحدد شخص أو أشخاص المحكمين، ويدفع أتعابهم، ويحدد القانون الذي يحسمون النزاع وفقا لنصوصه، وأن أطراف الإتفاق هم الذين يتولون ذلك كله[2].

ويسلم أنصار النظرية العقدية بأن التحكيم يقوم أصلا على عمل من المحتكمين، وهو إتفاق التحكيم وعمل من المحكم وهو الفصل في النزاع، لكنهم يرون أن عمل المحكم لا يقوم إلا بعمل المحتكمين بإعتباره مجرد تنفيد له ومن ثم فإن إتفاق التحكيم يستوعب

1- خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص 111.

2- مسعود حيطوم ، تسوية منازعات الإستثمار الأجنبي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، قانون خاص فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2015، ص 97.

ويستغرق عملية التحكيم ذاتها، ويرون أن نظام التحكيم يقوم على أساس إرادة الأطراف ومن ثم فإن له طابع تعاقدي[1].

ويترتب على ترجيح الطبيعة العقدية للتحكيم ضرورة إطلاع مبدأ سلطان التحكيم الإرادة وترك الأمر لأطراف النزاع والمحكمين الذين إختاروهم بمحض وإرتضوا سلفا الخضوع لما يصدرونه من أحكام، ولا يجوز للدولة أن تتدخل إلا لمنع المساس بالنظام العام، أو لضمان حسن سير عملية التحكيم وذلك بوضع قواعد مقررة تسد ثغرات إتفاق الأطراف[2].

ومن أهم حجج أنصار النظرية العقدية: أن أساس التحكيم هو إرادة الأطراف في التصالح، ولذا فإن أهمية تحديد طبيعته تتركز في رعية الأفراد في حل نزاعهم بطريق

ودي، ويكون ذلك عن طريق إحلال شخص ثالث يحل ليحل النزاع القائم بينهم[3].

كما يرى أنصار هذه النظرية، بأن الأولوية ليست للمهمة التي يقوم بها المحكم، إنما الأولوية للأطراف التي إتفقت على التحكيم، وينكر أصحاب هذا الرأي الطابع القضائي لحكم المحكمين، حيث أن مصدر سلطة المحكمين مستمد من إرادة الأطراف، فهي أساس حكم التحكيم، ذلك لأن التحكيم يختلف في هدفه عن القضاء، فالقضاء يرمي إلى تحقيق مصلحة عامة، أما التحكيم فيهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة لأطراف عقد التحكيم[4].

1- خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص111.

2- مسعود حيطوم، مرجع سابق، ص 98.

3-فراح مناني، مرجع سابق، ص 36.

4- الطيب زروتي، التحكيم و القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006، ص 50.

لقد وجه نقد لهذه النظرية، ومنه مغالاتها في إعطاء الدور الأساسي لإرادة الأطراف، مع أن هؤلاء في واقع الأمر لا يطلبون من المحكم الكشف عن إرادتهم، وإنما الكشف عن إرادة القانون في الحالة المعينة[1].

كما تعرضت فكرة الطبيعة العقدية للتحكيم للنقد، لأن أنصار فكرة الطبيعة التعاقدية كانوا يرمون من إنكار الطبيعة القضائية لحكم التحكيم، إلى إستبعاد الرقابة على أحكام التحكيم بإعتبارها أحكاما أجنبية[2].

الفرع الثاني:

التحكيم ذو طبيعة قضائية

إتجه البعض إلى ترجيح الطبيعة القضائية للتحكيم، وذلك على أساس تركيز النظر والإعتماد على طبيعة المهمة التي يؤديها المحكم، فهو يفصل في نزاع شأنه شأن القاضي، ويحوز حكمه حجية الأمر المقضي فيه، بل يتميز حكم التحكيم بعدم قابليته للطعن فيه في ظل معظم التشريعات والإتفاقيات، وسند قيام المحكم بوظيفة القاضي هو قانون الدولة التي سمحت بالتحكيم كوسيلة لحسم المنازعات يمكن للأفراد الإلتجاء إليها[3].

وخلاصة ما ذهب إليه أنصار هذه النظرية، أنهم نظروا إلى التحكيم من زاوية أنه قضاء ملزم للخصوم متى إتفقوا عليه، وأنه يحل محل قضاء الدولة الإجباري فإذا رخصت للأطراف اللجوء إلى التحكيم، فإن مهمة المحكم تنحصر في ممارسة وظيفة قانونية وبالتالي، فعمل المحكم عمل قضائي لتوفر مقومات العمل القضائي وهي الإدعاء والمنازعة، والشخص الذي يخوله القانون حسم النزاع[4].

1- ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، المكتب الجامعي الحديث، مصر،2008، ص 26.

2- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 54.

3- مسعود حيطوم، مرجع سابق، ص 97.

4- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون إ.م.إ والقوانين المقارنة، مرجع سابق، ص 23.

كما أن أحكام التحكيم تقترب تماما من الأحكام الصادرة عن القضاء، فعندما يتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم فهم لا يتنازلون فقط عن الإلتجاء إلى القانون الرسمي لصالح قضاء خاص يختارون فيه قضاتهم وتعترف به الدولة، وعليه فالتحكيم يعد نوع من أنواع القضاء، وما يغيب على هذه النظرية هو إعتبار الحكم التحكيمي له نفس درجة الحكم القضائي، وهو غير صحيح على إعتبار أن هذا الأخير هو حكم قابل للتنفيذ بذاته،عكس الحكم التحكيمي الذي لابد أن يقرن بالصيغة التنفيذية حتى يمكن تنفيذه[1].

كما أن حكم المحكمين يعتبر عملا قضائيا بالمعنى الدقيق من حيث الشكل والموضوع فمن حيث الشكل فإنه يصدر في شكل حكم قضائي وبنفس إجراءات إصدار الأحكام القضائية، ومن ناحية الموضوع فالمحكم غالبا ما يطبق قواعد القانون الموضوعي ويفصل في نزاع حقيقي بين الخصوم ويلتزم بإحترام حقوق الدفاع[2].

وجهت إنتقادات لهذه النظرية، منها أن المحكم لا يتمتع أثناء نظر النزاع بأهم سلطات القاضي وهي سلطة الجبر، فلا يلزم شاهد بالحضور أو خصم على تقديم مستند، إلى جانب ذلك لا يقوم التحكيم إلا بإتفاق بين أطراف التحكيم، وهو أمر لا ينطبق واللجوء إلى القضاء كسلطة عامة دائمة، فضلا عن أن حجية حكم التحكيم وقوته التنفيذية تختلف عن الحكم القضائي[3].

1- إلياس عجابي، مرجع سابق، ص 60.

2- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون إ.م.إ والقوانين المقارنة، مرجع سابق، ص 23.

3- أمنة صابة، مريم بوكحيل، دور التحكيم التجاري الدولي في فض المنازعات الإقتصادية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2015 ، ص 17.

الفرع الثالث:

التحكيم ذو طبيعة مختلطة

يرى أصحاب هذه النظرية أن التحكيم هو عقد، بالنظر إلى الوجوه التي تشتق من أصل التحكيم، وهو العمل الإرادي للأطراف وهو قضاء بالنظر إلى كون الحكم الصادر يلزم الأطراف بقوة غير القوة الملزمة للعقد، فأنصار هذه النظرية يرون أن التحكيم له طبيعة مختلطة، فالتحكيم ليس إتفاقا محضا وليس قضاء محضا، وإنما هونظام يمر بمراحل متعددة ، فهو في أوله إتفاق وفي وسطه إجراء، وفي أخره حكم[1].

فأصحاب هذه النظرية منقسمين الى إتجاهين:

الإتجاه الأول: يرى أنصاره أن التحكيم بناء مركب يجمع بين عدة عناصر منها ما هو ذو طبيعة تعاقدية كإرادة الأطراف في إختيار اللجوء إلى التحكيم عن طريق الشرط أو الإتفاق التحكيمي، فالإرادة هي التي تحرك إجراءات التحكيم وتحدد المسار الطبيعي والقانوني للتحكيم، وتجد مصدر سلطتها مباشرة في إرادة الخصوم وبطريقة غير مباشرة في إرادة المشرع الذي يسمح باللجوء إلى التحكيم عوضا عن القضاء الوطني[2].

الإتجاه الثاني: يذهب أنصاره إلى أنه إذا كان التحكيم ذو طبيعة مركبة بوصفه قضاء خاص مؤسس على إرادة الأطراف، يستمد أساسه من إتفاق الأطراف أي أنه عمل قضائي لكنه ناتج عن تصرف تعاقدي[3].

يؤخذ على هذه النظرية، أنه رغم قيام هذه الطبيعة المختلطة للتحكيم على أساس تحليل ورصد لما يؤثر في التحكيم وهو أمر جد مهم، فإن التحليل القانوني يجب أن لا

1- أحمد صالح علي، مرجع سابق، ص 91.

2- منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الإستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، 2014، ص 25.

3- منى بوختالة، مرجع نفسه، ص25.

يقف عند القول بأن التحكيم ذو طبيعة مختلطة أو خليط متجانس، فمثل هذا الوصف يعتبر بمثابة إعتراف بالعجز ومحاولة الهروب من مواجهة الحقيقة بأبعادها المتعددة[1].

إنتقدت هذه النظرية لعدة أسباب أهمها أن أنصارها إختاروا أسهل الحلول ولم يتصدو لجوهر المشكلة، بل أنهم إستبدلوا المشكلة الرئيسية بمشكلة أخرى، وهي تحديد العناصر التي يمكن وصفها بأنها تعاقدية، وتلك التي يمكن وصفها بأنها قضائية، بالإضافة إلى أن الأخد بها يمكن أن يؤدي إلى حلول متعارضة، نظرا لإختلاف الدور الذي تلعبه إرادة الخصوم في التحكيم الداخلي عنه في التحكيم الدولي، حيث يتسع دور إرادة الخصوم على صعيد التحكيم الدولي بصورة كبيرة، نظرا لعدم وجود قضاء دولي على غرار القضاء الوطني في كل دولة[2].

الفرع الرابع:

التحكيم ذو طبيعة مستقلة

يرى جانب من الفقه أن التحكيم وسيلة قانونية متميزة لفض المنازعات ونظام مستقل قائم بذاته، وذلك لإعتبارات عديدة، منها أن العقد ليس هو جوهر التحكيم، وليس إلا أداة خاصة تحقق الهدف الذي يسعى إليه الخصوم[3].

وفي إعتقاد أغلب الفقهاء ومن أبرزهم الدكتور خالد محمد القاضي، أن التحكيم له طبيعته الخاصة وذاتيته المستقلة التي تميزه عن العقود الأخرى وكذلك عن أحكام

1- أحمد صالح علي، مرجع سابق، ص 92.

2-إنتصار صاحبي، تسوية منازعات الإستثمار الأجنبي عن طريق التحكيم الدولي، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2017، ص 11.

3- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون إ.م.إ والقوانين المقارنة، مرجع سابق، ص 24.

القضاء، فإتفاق التحكيم وإن كان عقدا يتمتع بالخصائص العامة للعقود، إلا أنه يتميز عنها بهدفه وموضوعه[1].

ويذهب أصحاب هذا الإتجاه وهو الرأي الراجح إلى القول بأن التحكيم ليس نظاما تعاقديا ولا نظاما مختلفا، ولا يعد كذلك نوعا من القضاء وإنما هو نظام ذو طبيعة ذاتية ومستقلة، يختلف في وظيفته وغايته عن القضاء، ويرجع ذلك إلى إختلاف الوضع القانوني للقاضي[2].

يستقي التحكيم هذا الطابع الخاص، وهذه الذاتية المستقلة من القوانين الداخلية للدول،إضافة إلى أنظمة ولوائح هيئات التحكيم ومراكز التحكيم الدائمة المنتشرة في مختلف دول العالم.

حيث جاءت بعض الإتفاقيات الدولية مكرسة مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم بشكل واضح، منها إتفاقية نيويورك لسنة 1958[3]، نصت المادة الثانية الفقرة الثالثة على إلتزام القاضي الوطني بعدم سماع الدعوى التي ترفع إليه والتي تكون مشمولة بإتفاق التحكيم، إذ تقع على عاتقه إحالة الأطراف إلى التحكيم للفصل في النزاع القائم بينهم إذا طلب أحد الأطراف ذلك، وهذا ما لم يكن إتفاق التحكيم باطلا أو لا يمكن إعماله أو تطبيقه[4].

1- أحمد صالح علي، مرجع سابق، ص 94.

2-إنتصار صاحبي، مرجع سابق، ص11.

3- أنظر المادة 3/2 المرسوم رقم 88-233، مؤرخ في 5 نوفمبر 1988، يتضمن الإنضمام بتحفظ إلى إتفاقية نيويورك لسنة 1958، الخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيدها.

4- أمنة صابة، مريم بوكحيل، مرجع سابق، ص 21.

المبحث الثاني:

أهمية التحكيم التجاري كطريق لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي

أصبح التحكيم أحد أهم وسائل حسم المنازعات التجارية، ليس فقط على الصعيد الدولي، بل كذلك على الصعيد المحلي[1].

فقد نجد حرص الأطراف المتعاقدة على ضرورة اللجوء للتحكيم في حالة ما إذا ثار نزاع، والتحكيم هو الوسيلة الفضلى للفصل فيه لعدة مبررات (المطلب الأول)، ولا تتحقق هذه الفعالية إلا بوجود مجموعة من الضمانات حتى يكون التحكيم فعالا (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

مبررات اللجوء للتحكيم في منازعات الإستثمارالأجنبي

التحكيم في منازعات الإستثمار يتسم بخصوصية تجعله متميزا (الفرع الأول) ولعل الدافع الأبرز للجوء للتحكيم هو تمسك المستثمر الأجنبي بذلك من جهة أخرى (الفرع الثاني)، ومن أجل تشجيع الإستثمار تسعى غالبية الدول إلى إقرار التحكيم كضمانة قضائية من جهة أخرى (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

مزايا التحكيم تتماشى وطبيعة منازعات الإستثمار

يمتاز التحكيم بسرعة الإجراءات (أولا)، والسرية (ثانيا)، وحرية الأطراف(ثالثا) وأنه قضاء متخصص (رابعا)، وقلة تكاليفه (خامسا).

1- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الإستثمار، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2014، ص 173.

أولا: سرعة الإجراءات والفصل في النزاع

يتميز التحكيم عن القضاء من حيث الإجراءات المتبعة أمام كلاهما، فالأول يتميز بإجراءات بسيطة وسريعة على غرار القضاء، وهو ما يستشف من خلال الرجوع إلى أغلب النظم القانونية التي تنظم التحكيم التجاري والتي تحرص على وجوب حسم النزاع في فترة زمنية قصيرة مقارنة بالقضاء، حيث لا تتعدى ستة أشهر من تاريخ توقيع الخصوم على وثائق التحكيم[1].

فالمحكم غير ملزم بإجراءات التقاضي العادية ومواعيدها وهذا راجع إلى هيئة التحكيم المتخصصة والمتفرغة للفصل في النزاع المعروض عليها، وبهذا تتميز أحكامها بالسرعة في صدورها وبساطة الإجراءات المتبعة أمامها، بالمقابل فالمحاكم تتميز بالكم الهائل من القضايا المعروضة أمامها، هذا بالإضافة إلى الإجراءات المتبعة أمامها والتي تتسم في أغلب الأحيان بالبطء الشديد في ظل مبدأ التقاضي على درجتين[2].

فالتحكيم الدولي يرمي أو يهدف إلى جعل الإجراءات أثناء حل النزاع أقل رسمية وأقل ثقلا عن تلك الإجراءات المتبعة أمام المحاكم الوطنية، وتحقيقا للعدل بين أطراف النزاع عن طريق تسهيل إجراءات الفصل في النزاع وإصدار الحكم فيه بسرعة، كما أن مراكز التحكيم الدولية قد حددت مدة يجب خلالها حل النزاع، وجب أن تكون مدة قصيرة[3].

1- حسان نوفل، مرجع سابق، ص 21.

2- عبد القادر رقاب، الأليات البديلة لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، تخصص القانون العام المعمق، كلية الحقوق و العلوم السياسة، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2020، ص265.

3- أسامة أحمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، مصر، 2008، ص47.

ثانيا: سرية التحكيم

إن لجوء أطراف النزاع للتحكيم كوسيلة لفض المنازعات يرجع إلى سرية جلسات التحكيم، التي تكون غير علنية على غرار جلسات القضاء، فأصحاب عقود الإستثمار لا يرغبون معرفة المنازعات الناشئة بينهم وأسبابها ودوافعها، نظرا لما قد تؤدي إليه هذه المعرفة من المساس بمراكزهم المالية أو الإقتصادية[1].

كما أن أطراف عقود الإستثمار يحرصون من خلال مشاريعهم على إحاطتها بالسرية و الكتمان عند الإتفاق والمحافظة على سرية المعلومات خاصة فيما يتعلق بعقود نقل التقنية، أو تراخيص إستغلال براءات الإختراع، وما تتضمنه من أسرار صناعية، فعلنية الجلسات والمرافعات تعتبر من أسس النظام القضائي، ليبدو واضحا أهمية النص في مثل هذه العقود على إختيار 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 إشتراط عدم نشر الأحكام[2].

ثالثا: حرية الأطراف

من مزايا التحكيم مقارنة بالقضاء، عدم خضوع الخصومة فيه لأي قانون غير الذي إختاره الأطراف، حيث يحق للأطراف الإتفاق على إختيار قواعد معينة غير القانون الوطني، يفصل وفقا له المحكمون في النزاع المعروض عليهم، ويمكن ترك هذا الإختيار للمحكمين[3].

فمرونة التحكيم تسمح للمتنازعين أو أطراف النزاع بتشكيلة على النحو المناسب لهم، حيث يرجع الأمر للأطراف إختيار نوع التحكيم الذي يلائمهم، فلهم حرية إختيار إما

1- جمال بوسته، ميلود سلامي، مرجع سابق، ص 147.

2- مسعود حيطوم، مرجع سابق، ص 102.

3- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون إ.م.إ والقوانين المقارنة، مرجع سابق، ص 39.

يكون التحكيم خاصا أو تحكيما مؤسسا، ويترك التحكيم المجال أمام الإرادة الحرة للأطراف من ناحية إختيار مكان إنعقاد التحكيم وزمانه، والقانون الذي يطبقه المحكمون على إتفاق التحكيم وإجراءات التحكيم وموضوع النزاع[1].

رابعا: التحكيم قضاء متخصص

التحكيم قضاء متخصص لأنه يكفل المعرفة والخبرة مع توسيع مجالات الإستثمار الأجنبي حيث يكون المحكمون في الأغلب الأعم على أعلى مستوى من الكفاءة العلمية والعملية في المنازعات التي يتم إختيارهم للفصل فيها، وما يمتازون به من الإحاطة بأعراف وعادات العقود محل النزاع، وكذلك للغات التي تحدد بها العقود وتجري بها المراسلات بين الأطراف، ومما لا شك فيه وجود قضاء متخصص من شأنه أن يحقق عدالة تحقق رغبات الأطراف ومما يساعد على ذلك هو أن الأطراف على العموم هم الذين يختارون المحكمين وحتما سيختارون أنسب المحكمين الذين تحتاجهم خصوصية القضية محل النزاع[2].

خامسا: قلة التكاليف

يرى الكثير أن أحد مثالب نظام التحكيم كثرة المصاريف بالمقارنة مع القضاء وخاصة عندما يكون التحكيم دوليا، ففي هذه الحالة قد يكون كل من أعضاء هيئة التحكيم وأطراف النزاع والمحامين من جنسيات مختلفة مما يعني زيادة مصاريف التحكيم بالنسبة لتنقلاتهم وإجتماعاتهم إضافة لأتعاب المحكمين والمصاريف الإدارية الخاصة بالمركز الذي ينظم

1- حسام عناب، القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار الدولية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2018، ص50.

2- منى بوختالة، مرجع سابق، ص 81.

التحكيم حين يكون التحكيم مؤسسيا[1].

لعل أهم ما يميز التحكيم قلة تكاليفه وذلك لأن منازعات الإستثمار الأجنبي تكون برأسمال يقدر بالملايير، وبالتالي يكون حسم النزاع في مدة معقولة مع إسترداد المال المتنازع عليه و ذلك من خلال التحكيم، خاصة وأن النزاع المعروض على القضاء قد يبقى لسنوات طويلة في المحاكم النظامية وبقاء المال المتنازع عليه غير مستعمل إلى حين الفصل في النزاع[2].

الفرع الثاني:

تمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم

نظرا لأنه لا يوجد في كثير من الدول نظام خاص بمقاضاة الحكومات، فضلا عن أن قضاء محاكم الدولة قد لا يقابل بالرضا التام من جانب المستثمر الأجنبي بسبب الصعوبات التي قد يواجهها في اللجوء إليه، لذلك يحرص المستثمر المتعاقد مع الدولة على إدراج شرط التحكيم في عقود الإستثمار خوفا من إستعمال الدولة لسيادتها، فالقضاء الوطني وإن كان مستقلا عن الدولة ذاتها، إلا أنه قضاء غير محايد بالنسبة لمنازعات الإستثمار أو تلك التي تكون الدولة طرفا فيها مع متعاقد أجنبي، ويكون ذلك التعاقد ناشئا عن عقد يتعلق بمصالح إقتصادية أو إجتماعية لها مساس بسيادة الدولة[3].

إن السبب الحقيقي للجوء إلى التحكيم في مجال منازعات الإستثمار الأجنبي هو إنعدام ثقة المستثمرين الأجانب بالمحاكم الوطنية في الدولة المضيفة بصفة عامة والنامية بصفة خاصة وعدم قبولهم الخضوع بسهولة لقضاء دولة أجنبية، ولنظام قانوني مختلف

1- سامية بلجراف، حفيظة مستاوي ، " التحكيم كضمانة إجرائية لتسوية منازعات عقود الإستثمار و أثره على الحصانة القضائية و التنفيذية للدولة المضيفة"، مجلة الأبحاث القانونية و السياسية، مجلد2، عدد 1، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، 2020، ص143.

2- سامية بلجراف، حفيظة مستاوي، مرجع نفسه، ص143.

3- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 16.

عن ذلك السائد في دولهم، فهم يخشون من ميل القاضي لدولته أكثر من المستثمر الأجنبي، هذا الأخير الذي تتناقص قوته التفاوضية بمجرد إنتقال رؤوس أمواله إلى الدولة المضيفة، لهذا يحرص المتعاقد مع الدولة على إدراج شرط التحكيم في عقود الإستثمار لتوفير حماية أكثر من الناحية الإجرائية، خاصة إذا ما إستعمل مبدأ السيادة من طرف الدولة المضيفة[1].

ونظرا لأن عقود الإستثمار تنعقد بين طرفيين غير متساوين في المراكز، من جهة الدولة ذات السيادة، والمستثمر من جهة أخرى ، فقضاء محاكم الدولة لا يتصور أن يقابل بالرضا التام من جانب المستثمر نظرا للصعوبات أو العراقيل التي قد يصطدم بها أثناء اللجوء إليها، لعدم توقعه أن موقفها سيكون حياديا بشكل كامل في هذا النزاع[2].

فعلى الرغم من أن الدولة هي مجرد طرف متعاقد في عقود الإستثمار المبرمة مع المستثمر الأجنبي، إلا أن كونها طرف حائز للسيادة التامة، تسهل لها الإخلال بالتوازن الإقتصادي للعقد، وكذا الإخلال بالحياد الذي يجب أن يتوفر لدى السلطة القضائية للدولة المعروض أمامها النزاع[3].

فالمستثمر الأجنبي ينظر إلى القضاء الداخلي أو الوطني بعين الشك والريبة، لضنه تحيزه إلى دولته ولدرء هذا الشك لابد من اللجوء إلى جهة أخرى لحسم منازعات هذه العقود، ويقر البعض أن المستثمرين ينظرون إلى رجال القضاء العادي على أنهم هواة في مجال المنازعات الدولية، كما أن تمتع الدولة بالحصانة القضائية التي تغل به القضاء

1- سي فضيل الحاج، أليات فض منازعات عقود الإستثمار الأجنبي المباشر، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019، ص 423.

2- بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، 2009، ص 21.

3- نور الدين تيتة، دور التحكيم التجاري الدولي في تسوية منازعات الإستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2015، ص32.

الوطني لأية دولة أخرى عن نظر المنازعات التي تكون طرفا فيها تجعل التحكيم الوسيلة المثالية لحسم لمنازعاتها مع الطرف الأجنبي[1].

الفرع الثالث:

التحكيم ضمانة قضائية لتشجيع الإستثمار الأجنبي

سعى المستثمرون إلى إدراج شرط التحكيم في تعاقداتهم معى الدول المضيفة، في وقت لم يعد قضاء الدولة هو الوحيد المعني بالفصل في منازعات العقود الدولية حيث أصبح التحكيم منافسا لهذا القضاء، فضلا عن أن المتعاملين في مجال التجارة الدولية يرون أنه من الأفضل طرح منازعاتهم على أشخاص ذوي خبرة فنية خاصة (محكمين) لأن ذلك يشعرهم بالأمان ويضمن لهم تجنب مفاجأت القوانين الداخلية التي يجهلون مواضيعها وأحكامها[2].

إن خلق مناخ الإستثمار الخصب والتشجيع على الإقبال عليه لتنمية موارد الدولة المضيفة لابد من تخطي هاجس القلق والتخوف الذي عادة ما يتسم به المستثمرون، وهذا لا يكون إلى عن طريق توفير الحماية الكافية لتأمين إستثمارات الطرف الأجنبي، هاته الحماية تتمثل أساسا في الضمانات القضائية لحماية الإستثمار، وغالبا فإن المستثمر يرتاح لقضاء التحكيم الذي أصبح هو الأصل في هذا المجال على غرار قضاء الدولة الذي قلما يكون مصدر ترحيب للمستثمرين الأجانب[3].

وطالما أن التحكيم لا يخضع لأي جهة رسمية، أو دولة لها مصلحة معينة، فهذا في نظر المستثمرين الأجانب هو الحياد اللازم والضمان الضروري لحماية إستثماراتهم، أما فيما يتعلق بمجال عقود الإستثمار فإن المستثمر لا يثق في قضاء الدولة المتعاقد

1- سامية بلجراف، حفيظة مستاوي، مرجع سابق، ص 144.

2- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 170.

3- منى بوختالة، مرجع سابق، ص 83.

معها، بإعتبار أن القاضي يتأثر بالدوافع الوطنية التي تتعارض مع مصالح المستثمر هذا من جهة، ومن جهة أخرى بإعتبار أن قوانين الدول النامية سهلة التعديل وغير مستقرة[1].

وطالما أن المستثمر الأجنبي أصبح يتردد كثيرا في المجازفة بإستثماراته إذا تغيب شرط التحكيم أو إمكانية إبرام إتفاقية تحكيم لمواجهة ما قد يثار من خلافات مع الدولة المضيفة، ولذا نجد أن معظم الدول النامية ولبث الطمأنينة وتشجيع المستثمرين على إستثمار أموالهم أو تقديم خدماتهم، لجأت لتبني التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات والنص عليه في قوانين الإستثمار، وهذا لتشجيع الإستثمار وجلب أكبر عدد ممكن من الإستثمارات وبالتالي إنعاش الإقتصاد [2].

فوجود الدولة كطرف في عقد الإستثمار الأجنبي وما تتمتع به من سيادة، يعطي للمستثمر الأجنبي الحق في الحصول على ضمانات موضوعية و إجرائية، ولعل الضمان الإجرائي والذي بموجبه يتصدى المستثمر لأي نزاع قد يقع أثناء تنفيذ عقد الإستثمار أو تفسيره، هو ذلك الضمان الذي يوفر له ويضمن له حياد قضاء الدولة المضيفة والمتمثل في التحكيم والذي أصبح أمرا بديهيا في منازعات عقود الإستثمار الأجنبي المباشر وأصبح القضاء العادي في هذا المجال بصفته ضمانة إجرائية[3].

هذا وإن إستهداف الدولة جذب الإستثمارات الأجنبية إلى إقليمها يقتضي أن يقر القانون فيها خصوصا تشريع الإستثمار جواز عرض منازعات الإستثمار على جهاز يثق المستثمر في حياده مثل أجهزة التحكيم في إطار ما يقع الإتفاق عليه مع المستثمر أو في إطار الإتفاقية الدولية[4].

1- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 171.

2- مسعود حيطوم، مرجع سابق، ص 101.

3- سي فضيل الحاج، مرجع سابق، ص 423.

4- منى بوختالة، مرجع سابق، ص 84.

وقد أقر المشرع الجزائري التحكيم كضمان لتشجيع الإستثمار وذلك في الباب الثالث تحت عنوان " الضمانات الممنوحة للمستثمرين " في المادة 17 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الإستثمار[1]، وفي ذات السياق نص عليه في الفصل الرابع من القانون رقم 16-09[2]، وبالرجوع إلى المادة 24 من القانون 16-09 والتي تنص:**"يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء إتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا، إلا في حالة وجود إتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود إتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالإتفاق على تحكيم خاص".**

من خلال هذه المادة يستشف أن الجهات القضائية الوطنية هي المختصة أصلا في تسوية منازعات الإستثمار، لكن يمكن اللجوء للتحكيم في حالة وجود شرط أو مشارطة التحكيم في إتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف تكون الجزائر طرفا فيها أو الأتفاق بين الطرفين على حل الخلافات بينهما عن طريق تحكيم خاص[3].

وإيمانا من المشرع ويقينا منه أن المستثمر الأجنبي لن يوقع عقد الإستثمار إلا إذا كان شرط التحكيم في بنوده، أكد مرة أخرى في ق.إ.م.إ 08-09 وفي مواده من 1039

1- أمر رقم 01-03 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الإستثمار، ج.ر.ج.ج، عدد 47، الصادر في 22 أوت 2001، (ملغى) .

2- قانون رقم 16-09، مؤرخ في 03 أوت 2016، متعلق بترقية الإستثمار، ج.ر.ج.ج عدد 46، صادر في 03 أوت 2016.

3- عبد الفتاح بوجردة، مسعود قشي، ضمانات تشجيع الإستثمار في ضوء القانون 16-09، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون خاص للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2017 ، ص 61.

إلى 1061 أقر أن التحكيم التجاري الدولي هو الوسيلة أو الضمان الإجرائي لتسوية منازعات الإستثمار[1].

وبالرجوع إلى المادة 22 من القانون رقم 16-09 والتي نصت على" **لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلا، على الإستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة**"، يلاحظ أن هذه المادة تدل على فكرة الثبات التشريعي والتي مفادها أن التغييرات والمراجعات والإلغاءات التي قد تطرأ مستقبلا لا يكون لها أثر على الإمتيازات والمزايا الممنوحة للمستثمر إذ أنه يتم النص غالبا على الثبات التشريعي في عقود الإستثمار، فشرط الثبات يهدف إلى حماية المستثمر المتعاقد مع الدولة من ما قد ينجم عن تصرفات الدولة بوصفها سلطة تشريعية[2].

وليس من حق الدولة الإمتناع عن اللجوء للتحكيم، فإذا ما قبلت الدولة التحكيم بتوقيعها على شرط التحكيم، ثم رفضت بعد ذلك يستمر التحكيم ويطبق على الدولة المتعاقدة القاعدة التي تقضي بأن من سعى لنقض ما تم عليه يديه فسعيه مردود عليه[3]، أي أنه متى أبدى طرفا النزاع موافقتهما المشتركة، فإنه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده إستنادا للمادة 25 فقرة أولى من إتفاقية نيويورك[4].

1- جمال بوسته، ميلود سلامي، مرجع سابق، ص151.

2- محمد حمداني، التحكيم التجاري الدولي في منازعات الإستثمار، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص19.

3- محمد عبد الكريم عدلي، "خصوصية التحكيم في منازعات العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية"، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، مجلد3، عدد1، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2010، ص 108.

4- مرسوم رئاسي رقم 95-346، مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، متضمن المصادقة على إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بيت الدول ورعايا الدول الأخرى، ج.ر.ج.ج عدد 06، صادر في 5 نوفمبر 1995.

غير أن ما يمكن ملاحظته أن المادة 1006 ق.إ.م.إ.ج وسعت من نطاق التحكيم التجاري الدولي، حيث منحت للأشخاص المعنوية العامة الحق في اللجوء إلى التحكيم لكن في مجالات محددة وهي العقود الإقتصادية الدولية والصفقات العمومية[1]، حيث لم يكن ذلك مسموحا في ظل التشريع القديم، و نصت كذلك على أنه لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام[2].

فالتحكيم أدرج من أجل منح مزيد من الضمانات للمستثمرين الأجانب في هذا المجال كون الأطراف الأجنبية في عقود الإستثمار تفضل اللجوء إلى التحكيم في حسم منازعاتهم ويرجع ذلك إلى عدة أسباب يتعلق بعضها بما يتمتع به التحكيم من مزايا تتناسب مع طبيعة منازعات الإستثمار، كما يتعلق بعضها بمخاوف المستثمرين الأجانب من اللجوء إلى القضاء الوطني[3].

المطلب الثاني:

الضمانات اللازمة لفاعلية التحكيم في منازعات الإستثمار

يعد التحكيم في منازعات الإستثمار الطريق الأنجع لحل هاته المنازعات، وحتى يكون التحكيم فعالا، فلا بد من وجود ضمانات المتمثلة في مجموعة من المبادئ القانونية كإستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي (الفرع الأول)، والإختصاص بالإختصاص (الفرع الثاني)، وتعذر الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة (الفرع الثالث).

1- فيصل فار، مرجع سابق، ص 248.

2- المادة 2/1006 قانون رقم 08-09، و التي تنص "... لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص ..."

3- عبد الفتاح بوجردة، مسعود قشي، مرجع سابق، ص 61.

الفرع الأول:

إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

المقصود بإستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي أن عدم مشروعية العقد الأصلي أو صحته، أو ترتب بطلانه أو فسخه، فهذا لا يؤثر على شرط التحكيم، سواء أكان هذا الشرط مدرجا في العقد الأصلي أم كان مستقلا عنه في صورة إتفاق، فإتفاق التحكيم أو شرط التحكيم يعالج موضوعا مختلفا تماما عن موضوع العقد الأصلي، فإتفاق التحكيم يعد تصرفا قائما بذاته، له كيان منفصل عن كيان العقد الأصلي، ضف إلى ذلك فإن بطلان إتفاق التحكيم لا يؤدي إلى بطلان العقد[1].

وهكذا فالإستقلالية تمنح شرط التحكيم في الواقع نوعا من الحصانة الذاتية بحيث تحميه من كل خطر يهدد العقد الأصلي، وتعطي التحكيم التجاري الدولي نوعا من التميز[2].

ومنه القول أن شرط التحكيم مستقل تماما عن العقد المبرم بين الطرفين، بإعتبار أن شرط التحكيم يكون عن طريق الإتفاق بالإرادة الحرة وهو ملزم للجانبين، إذ يرد كنص في العقد الأصلي يرمي إلى إلتزم أطراف العقد باللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقد، في حين أن إرادات التعاقد في العقد الأصلي تنصب حول محل التعاقد وبالتالي تحديد موضوعه وتبيان سببه، ولهذا فإن شرط التحكيم يعتبر عقد (بند) داخل عقد[3] .

1- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي، منشأة المعارف، مصر، 2000، ص 142.

2- جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص 36.

3- موسى طالب حسن، قانون التجارة الدولية، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2005، ص 229.

وقد أقر المشرع الجزائري بإستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي وذلك في المادة 04/1040 ق.إ.م.إ و التي تنص :**"لا يمكن الإحتجاج بعدم صحة إتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي".**

الفرع الثاني:

الإختصاص بالإختصاص في نظر النزاع

يقصد بذلك أن المحكم يختص بتحديد إختصاصه، فهو لن يكون مختصا إلا بناء على وجود إتفاق تحكيم، فإذا قام أحد الأطراف بالطعن في إختصاص هيئة التحكيم ودفع بعدم صحة إتفاق التحكيم، فإن لهيئة التحكيم سلطة الفصل في صحة إختصاصها، والمبدأ الذي يسمح بالحيلولة دون قيام أحد الأطراف بتأخير سير التحكيم أو عرقلته، وذلك عن طريق الإدلاء أو الدفع بعدم إختصاص المحكمة التحكيمية هو الذي يعطي هيئة التحكيم مسألة البث في إختصاصهم بكافة المنازعات المثارة بشأن إتفاق التحكيم أو العقد الأصلي الذي تضمنه، دون اللجوء لعرض تلك المشكلات على القضاء الوطني المختص، مع مراعاة أن القوانين الوطنية لم تعط المحكم سلطة الفصل في إختصاصهم نهائيا بل بصفة مؤقتة حيث يخضع الحكم الذي يصدره في مسألة إختصاصه للرقابة القضائية اللاحقة، وذلك من خلال رفع دعوى بطلان حكم التحكيم، أو أثناء عملية سير إجراءات منح القوة التنفيذية لحكم التحكيم [1].

وإستنادا على المادة 1044 ق.إ.م.إ نجد أن المشرع قد أخذ بهذا المبدأ حيث نص على ما يلي:**" تفصل محكمة التحكيم في الإختصاص الخاص بها و يجب إثارة الدفع بعدم الإختصاص قبل أي دفاع في الموضوع.**

تفصل محكمة التحكيم في إختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الإختصاص

1- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص **188.**

مرتبط بموضوع النزاع ".

ترمي هذه القاعدة إلى منح أقصى فعالية إلى هذا النوع من طرق فض المنازعات بإعطائها حرية كاملة للمحكم من أجل النظر في صلاحية محتوى ومدى إتفاقية التحكيم التي على أساسها سيفصل في النزاع[1].

هذا المبدأ تأكد في إتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961، وإتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بتسوية منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، وتبنته أيضا معظم لوائح مؤسسات التحكيم الدائمة وكذلك قواعد التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونستيرال[2].

الفرع الثالث :

تعذر الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة

قد يحاول طرف من الأطراف الإنسحاب من عملية التحكيم بعد موافقته عليها، وذلك لإحباط العملية التحكيمية وإعاقة هيئة التحكيم عن إصدار حكمها، ولعل أن هذا الإنسحاب يكون واضحا أكثر عندما تكون بصدد منازعات عقود الإستثمار لأن الدولة قد تدفع بغرض الإنسحاب من عملية التحكيم بعدم أهليتها لإبرام إتفاق التحكيم بموجب قانونها الوطني أو بما تتمتع به من حصانة سيادية تستوجب عدم مثولها أمام قضاء أخر غير قضائها الوطني [3].

وبناءا على هذا الأساس قد إقتضت ضرورة ضمان فعالية نظام التحكيم، وضع قيود على إرادة أطراف إتفاق التحكيم فيما يتعلق بالإنسحاب من هذا الإتفاق بعد أن تمت

1- كمال عليوش قربوع، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004 ص 44.

2- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 190.

3- منى بوختالة، مرجع سابق، ص 122.

الموافقة عليه، ذلك لضمان جدية الأطراف المتنازعة في إتخاذ إجراءات إنهاء النزاع الواجب حله أمام هيئة التحكيم[1].

إن إتفاق التحكيم ملزم للأطراف، ولا توجد هناك أي ضرورة لصياغة شرط أخر بشأن تنازل الدولة عن حقها في الحصانة السيادية، وأصبح الدفع بالحصانة القضائية من قبل الدولة غير معمول به حاليا من الناحية العملية، ثم إن التحكيم في المنازعات التي قد تحدث مع الدولة أو أحد أجهزتها العامة أصبح أمر مقررا تشريعيا ومؤكدا دوليا، ولا يمكن للدولة أو الهيئة الحكومية أن تتنصل من التحكيم بحجة عدم أهليتها حتى لا تدخل في تحكيم وافقت عليه من قبل[2].

وعلى ذلك فإن الإقرار بمبدأ تعذر الرجوع عن التحكيم بالإرادة المنفردة سواء أكان ذلك من قبل الدولة أو من أحد أجهزتها العامة، فإن ذلك من شأنه أن يبعث الطمأنينة في نفوس المستثمرين الأجانب تجاه نظام التحكيم، وهذا ما ينعكس بالضرورة على زيادة الإستثمار وتشجيعه في الدول النامية[3].

إنطلاقا مما سبق وفي ظل رغبة الدول جلب الإستثمارات وحرص المستثمر الحفاظ على حقوقه، فتسوية النزاعات التي يحتمل أن تثور بينهما تتم أمام هيئة محايدة، ومن هنا تبرز أهمية التحكيم كأسلوب حيادي لتسوية منازعات الإستثمار، حيث لا تكاد أو أصبح من النادر أن تخلو أية إتفاقيات إستثمار من ضرورة اللجوء للتحكيم .

1- بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة عين الشمس، مصر، 2004، ص 404.

2- صاحبي إنتصار، مرجع سابق، ص 38.

3- صلاح الدين جمال الدين، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2004، ص 8.

الفصل الثاني:

الأحكام المتعلقة بإجراءات التحكيم في منازعات الإستثمار الأجنبي

تسعى معظم أو جل الدول النامية إلى إستقطاب رؤوس الأموال الضخمة، وذلك عن طريق جذب الإستثمارات الأجنبية نظرا لما تحققه من منفعة لهذه الدول، وتمكينها من الإستغلال الحسن لمواردها الطبيعية وتنمية بنيتها التحتية كالطرق والمطارات، وتدريب الأيدي العاملة المحلية، وتطوير مختلف الصناعات والقدرات والمهارات الإدارية.

غير أن العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، وإن ظهرت حسنة في بدايتها، فلا يستبعد قيام منازعات راجعة لأسباب كثيرة، ما يؤدي للجوء للتحكيم لفض منازعاتهم رغم تعدد طرق تسوية منازعات الإستثمار، فالتحكيم يبقى الملاذ الأصلح بالنسبة للأطراف لتسوية منازعاتهم[1].

لذلك سنقوم من خلال هذا الفصل بالتطرق لإجراءات التحكيم وحكم التحكيم الصادر بخصوص ذلك (المبحث الأول)، ومن ثم نتعرض لنماذج تطبيقية من قضايا التحكيم الدولي (المبحث الثاني).

1- منى بوختالة، مرجع سابق، ص 76.

المبحث الأول:

إجراءات التحكيم الدولي و حكم التحكيم

إجراءات التحكيم تقوم على مجموعة من الأعمال القانونية، منها ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم ومنها ما يتعلق بتشكيلة هيئة التحكيم وبدأ الخصومة التحكيمية وكذا صدور قرار التحكيم[1]، وهذا ما سيتم التطرق إليه في هذا المبحث من خلال تبيان إجراءات التحكيم في منازعات الإستثمار (المطلب الأول) وحكم التحكيم الصادر عن الهيئة التحكيمية (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

إجراءات التحكيم في منازعات الإستثمار الأجنبي

إجراءات التحكيم تعني بدأ الخصومة أو إجراءات خاصة بعملية التحكيم، فهي عملية جوهرية في نجاح التحكيم أو إخفاقه، فهذه الإجراءات تهدف للوصول إلى حكم تحكيم قابل للإعتراف والتنفيذ، وقبل ذلك لابد من تناول القانون الواجب التطبيق على إجراءات وموضوع النزاع (الفرع الأول) ثم بدأ إجراءات التحكيم وتنظيمها (الفرع الثاني) وأخيرا الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم أثناء سير النزاع (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع

نتطرق للقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم (أولا)، ثم نتطرق للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع (ثانيا).

1- إنتصار صاحبي، مرجع سابق، ص 40.

أولا: القانون الواجب التطبيق على إجراءات النزاع

يقصد بالقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم مجموع القواعد الإجرائية المتبعة بعد تشكيل هيئة التحكيم إلى غاية صدور الحكم أو القرار التحكيمي، ويرجع في الأساس إلى إرادة الأطراف التي تلعب دورا هاما، حيث يمكن للأطراف من خلال إتفاق التحكيم تحديد القواعد المنظمة للإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، وهذه القواعد التي تحكم سير المنازعة تعد من المواضيع الجوهرية في التحكيم التجاري الدولي، لأن أطرافالنزاع يفضلون التحكيم تفاديا للصعوبات التي قد تنشأ عن إتباع القواعد الوطنية[1].

فنجاح نظام التحكيم متوقف على مدى سلامة إجراءات التحكيم المتبعة أثناء النظر في دعوى التحكيم، وقد إتجهت أغلب القوانين الوطنية والإتفاقيات الدولية لإخضاع إلى إرادة الأطراف[2].

والمشرع الجزائري بدوره قد كرس مبدأ خضوع الإجراءات لقانون الإرادة والذي نص عليه في المادة 1/1043 ق إ.م.إ.ج **" يمكن أن تضبط في إتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو إستنادا على نظام التحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في إتفاقية التحكيم".**

أما في حالة غياب إرادة الأطراف وإستنادا إلى الفقرة الثانية من المادة ق إ.م.إ1043 والتي تنص على أنه **"إذا لم تنص الإتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة، مباشرة أو إستنادا إلى قانون أو نظام التحكيم"**، فقد أعطى للمحكمة التحكيمية تحديد القانون الواجب التطبيق.

1- كمال معروف، التحكيم التجاري الدولي في ظل المرسوم التشريعي 93-09، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2000، ص 67.

2- محمد جارد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2010، ص 44.

وبالتالي رتب المشرع الجزائري الطرق لإختيار القانون الإجرائي الواجب التطبيق في الخصومة التحكيمية بالتدرج، فجعل إرادة الأطراف هي الأسمى، أو تحديد إجراءات بسيطة أو الإتفاق عليها في إتفاقية التحكيم أو تحديد قانون إجراءات هيئة تحكيمية.

وفي حال إغفال ذلك جاءت الفقرة الأخيرة لتجد الحل وهو تولي محكمة التحكيم لضبط الإجراءات بنفسها، إما بإجراءات من إختيار المحكمين[1].

وبمراجعة الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم نجد أنها قد أخذت بمبدأ خضوع الإجراءات لقانون الإرادة، إذ نصت على إعطاء الحرية للأطراف في إختيار القانون الذي يحكم الإجراءات، إتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1985 الخاصة بالقانون النموذجي (unictiral) في المادة 1/19[2] ".. يكون للطرفين حرية الإتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في التحكيم .."، وكذا المادة 1/5 من إتفاقية نيويورك 1958[3] إذ تنص على وجوب الرجوع في شأن إجراءات التحكيم إلى قانون الإرادة بقولها على أنه لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم إلا إذا كانت الإجراءات قد تمت وفقا لقانون الإرادة[4].

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

لا يقل أهمية معرفة وتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عن تحديد القانون المطبق على الإجراءات، وليس واجبا على الأطراف تحديد قانون موحد يحكم

1- عبد الرحيم أوسهلة، الأليات القانونية لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي في الجزائر، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه ، تخصص قانون خاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسة ، جامعة جيلالي ليباس ، بلعباس ، 2016، ص 200.

2- https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/ml-arb-a.pdf ,14/04/2022 , 11 :00 AM

3- أنظر المادة 1/5 من المرسوم رقم 88-233، يتضمن الإنضمام بتحفظ إلى إتفاقية نيويورك لسنة 1958.

4-أحمد بوخاخال، نظام تسوية منازعات الإستثمارات الأجنبية في القانون الدولي و تطبيقاته في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2013، ص 142.

الإجراءات والموضوع في أن واحد، وإختيار القانون المطبق على موضوع النزاع له أهية بالغة في العقود الدولية وذلك لأن القانون المذكور هو إصدار حكم التحكيم وبالتالي حسم النزاع أو إنهائه[1].

وعموما فإن العمل الذي يواجه المحكم في منازعات الإستثمار الأجنبي بشأن إختيار القانون، أو القواعد التي تحكم موضوع النزاع تتلخص في البحث عن القانون من خلال إرادة الخصوم، وفي تبيان هذه الإرادة أو من خلال بحثه في حل النزاع وفقا لقواعد القانون[2].

فإختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يتم بناء على الإرادة الحرة للأطراف، حيث أن الحرية للأطراف إختيار قواعد قانونية تستوجب على هيئة التحكيم التقيد بها أثناء إختيار القانون الواجب التطبيق موضوع النزاع وذلك في حالة إتفاق الأطراف على قانون معين، أما في حالة غياب أو عدم إختيار قانون معين صراحة تقوم هيئة التحكيم بتحديد القانون الواجب التطبيق من خلال البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف، ثم تحديد القانون الذي سيطبق على موضوع النزاع[3].

وقد نصت المادة 1050 ق.إ.م.إ.ج على **" تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي إختاره الأطراف، وفي غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة "**، ما يستخلص من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد كرس مبدأ حرية الأطراف في إختيار القانون المطبق على موضوع النزاع، كما لهم حرية الفصل في نزاعهم حسب قواعد القانون والأعراف الوطنية أو الدولية.

1- أحمد بوخلخال، مرجع سابق، ص 149 .

2- أحمد بوخلخال، مرجع نفسه، ص 149.

3- محمد جارد، مرجع سابق، ص 52 .

وهذا التوجه مأخود من الإتفاقيات الدولية والإقليمية وحتى الثنائية، فمثلا إتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الإستثمار في المادة 42" تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفي النزاع..."ولا تخل أحكام الفقرتين السابقتين بما للمحكمة من سلطة- إذا ما إتفق الطرفان على ذلك- في الحكم بموجب مبادئ العدل والإنصاف، أما القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي فقد نص في مادته 28 على ما يلي " تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع [1].

الفرع الثاني:

بدأ إجراءات التحكيم وتنظيمها

نستهل بعملية بدأ إجراءات التحكيم أو كما يعرف بمرحلة إبداء الرغبة في بدأ التحكيم (أولا)، ثم تنظيما (ثانيا).

أولا: بدأ إجراءات التحكيم

تقوم الخصومة التحكيمية بناء على طلب يتقدم به المدعي معلنا رغبته اللجوء إلى التحكيم وإخطار الطرف الآخر وفق ما إتفق عليه في حالة إثارة نزاع[2].

إن بدأ إجراءات التحكيم عادة يتطلب قيام المدعي فيها بإجراء يستهدف إعلان رغبته في تحريك التحكيم إلى الخصم وهيئة التحكيم وهذه الرغبة ما هي إلا تصرف إرادي ينشأ به التحكيم، وتعد بمثابة العجلة التي تحرك كافة إجراءات التحكيم حتى صدور الحكم النهائي[3].

1- عبد الرحيم أوسهلة، مرجع سابق، ص 201.

2- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، ط2، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 269.

3- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 251.

قد تنص عقود الإستثمار أو التحكيم أو القانون الوطني أو الدولي على الطريقة التي تبدأ بها خصومة التحكيم وعادة تبدأ التحكيم كما هو منصوص عليه في التشريعات الوطنية الداخلية بحضور أطراف الخصومة أمام المحكم، أو بإعلان يرسله أحد أطراف للطرف الثاني، ويجب أن يتضمن هذا الإعلان أو الطلب، جميع البيانات والتفاصيل حول المسائل المتنازع عليها والتي يرغب المدعي عرضها على هيئة التحكيم إسم وعنوان الأطراف، شرح كامل لوقائع الدعوى مع تحديد المنازعات والقضايا محل النزاع ، كذا طلبات المدعي وكل ما إتفق الطرفان على ذكره في بياناته، ويجب إرفاق طلب التحكيم بصورة لإتفاق التحكيم وكل الوثائق والسندات ذات الصلة[1].

بالنسبة للتشريع الوطني فالمشرع الجزائري لم يورد نصا صريحا فيما يخص بدأ إجراءات التحكيم، إلا أنه يستخلص من نص المادتين 1018 و1015 أن تحديد وقت بدأ إجراءات التحكيم يبدأ من تاريخ تعيين المحكمين أو إخطار محكمة التحكيم، أو من تاريخ إعلان المحكم أو المحكمين بقبولهم المهمة المسندة إليهم، فقد أحسن المشرع الجزائري عندما ربط بدأ الإجراءات بصدور موافقة أخر محكم إذا كانت الهيئة مشكلة من أكثر من محكم وقبول المحكم الفرد لمهمته، هذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي من خلال المادة (1456) من قانون المرافعات الفرنسي[2].

هذا وقد حرصت لوائح مراكز التحكيم على تحديد وقت لبدأ الإجراءات، فعلى سبيل المثال تبدأ إجراءات التحكيم وفقا لنظام تحكيم غرفة التجارة الدولية من تاريخ تلقي أمانة المحكمة طلب التحكيم، كما نصت المادة 3 /2 من قواعد unictral على أن إجراءات التحكيم تبدأ من تاريخ إستلام المدعي عليه طلب التحكيم من المدعي، وكذلك الأمر

1- سي فضيل الحاج، مرجع سابق، ص462.

2- مشار إليه لدى: أمال قاسمي، دور التحكيم التجاري الدولي في تسوية منازعات الإستثمار الأجنبي في الجزائر مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2017، ص48.

بالنسبة للقانون النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي حيث نصت المادة 21 منه بأن تبدأ إجراءات التحكيم في نزاع ما في اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلبا بإحالة النزاع إلى التحكيم[1].

ثانيا: تشكيل هيئة التحكيم

ينصرف إصطلاح هيئة التحكيم إلى الهيئة المشكلة من محكم فرد أو أكثر للفصل في النزاع عن طريق اللجوء للتحكيم قصد تسوية هذا النزاع[2]، حيث يعتبر تشكيل أو تعيين هيئة التحكيم التي تتولى الفصل في منازعة الإستثمار، الخطوة الأولى في إجراءات التحكيم[3].

ويختلف تشكيل هيئة التحكيم في منازعات الإستثمار الأجنبي حسب نوعية التحكيم من حيث تنظيمه، من التحكيم المؤسسي إلى التحكيم الحر، ويقوم على مبدأ سلطان الإرادة في كلا النوعيين وهو ما يعرف بالتشكيل الإتفاقي[4].

إن الطبيعة الرضائية لنظام التحكيم تمنح لأطرافه المساهمة الفعالة في تشكيل هيئة التحكيم، سواء من خلال العقد الذي يربط الطرفين والذي ينص على شرط التحكيم، أو بواسطة مشارطة تحكيم بعد نشأة النزاع، والغالب في تشكيل هيئة التحكيم وفق القوانين قوانين الإستثمار والإتفاقيات الدولية هو إختيار كل طرف لمحكم، فيما يقوم المحكمان المختاران بالإتفاق على إختيار محكم ثالث وذلك إبتداء من تاريخ إخطار أحد الطرفين للطرف الأخر بموضوع النزاع ودعوته إلى عرضه على التحكيم و تعيين محكمة[5].

1- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 252.

2- نور الدين تيتة، مرجع سابق، ص 81.

3- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص253.

4- سي فضيل الحاج، مرجع سابق، ص 466.

5- عبد القادر رقاب، مرجع سابق، ص 227.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري وفيما يتعلق بتعيين المحكم حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 1008 ق.إ.م.إ.ج على **"يجب أن يتضمن شرط التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفيات تعيينهم"**، كما تنص المادة 1/1009 ق إ.م.إ **"إذا إعترضت صعوبات تشكيل محكمة التحكيم ... يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة إختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيده ".**

إنطلاقا من نصوص هذه المواد يتبين أن الأصل هو حرية الأطراف في إختيار المحكم أو المحكمين أو يتم اللجوء للقضاء لتعيين المحكم أو المحكمين في حالة تلقي الأطراف لصعوبة أو عدم الإتفاق على التعيين.

أما في إطار التحكيم التجاري الدولي، فالأصل في هذه الحالة هو ترك تشكيل محكمة التحكيم لحرية الأطراف سواء تولوا ذلك بأنفسهم أم فوضوا جهة معينة لتولي هذه المهمة حيث نصت المادة 1/1041 **"يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم أو إستبدالهم ".**

أما إذا لم يوجد هذا الإتفاق أو صعب التشكيل أسندت هذه المهمة إلى القضاء عملا بنص المادة 2/1041 ق.إ.م.إ.ج التي حددت هذه المهمة بنصها بأنه في حالة غياب أو صعوبة تعيين المحكمين، يجوز للطرف المستعجل رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر، أو رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان يجري في الخارج[1].

وبجانب التشكيلة الثلاثية، فإنه يمكن لأطراف النزاع الإكتفاء فقط بمحكم فرد واحد لتسوية النزاع، وهو ما تم النص عليه في الإتفاقيات الدولية حيث نجد نص المادة 37 فقرة 1 من إتفاقية واشنطن بقولها " تتألف المحكمة من محكم واحد أو من عدد من المحكمين

1- زهية زيري، مرجع سابق، ص 109.

يعينون طبقا لإتفاق الأطراف"، وكذلك نص المادة 2 فقرة ب من القانون النموذجي للتحكيم بنصها " هيئة التحكيم تعني فرد أو فريقا من المحكميين".

أما إتفاقية نيويورك لسنة 1958 فقد كرست بطريقة غير مباشرة مبدأ إحترام حرية الأطراف عند تعيين المحكمين في مادتها الخامسة فقرة أولى بند "د"[1].

وعلى وجه التخصيص فيما يتعلق بعقود الإستثمار المبرمة بين المستثمرين الأجانب والدولة المضيفة، يتطلب عند الفصل في النزاعات صفات معينة في المحكمين، حيث تتطلب توافر بعض الشروط ومثالها شرط الجنسية المغايرة وشرط إنتفاء وجود مصلحة في النزاع وشرط الكفاءة[2].

أما بالنسبة لشرط الجنسية، تشترط معظم العقود الدولية بالنسبة لأعضاء التحكيم المعينين من قبل سلطة من الغير ألا يحملوا جنسية أي من أطراف النزاع وذلك لضمان الحياد وعدم التحيز، وقد نصت المادة 38 من إتفاقية تسوية المنازعات الإستثمارية 1965 على هذا الشرط فبعد أن منحت رئيس المجلس الإداري بناء على طلب صاحب المصلحة سلطة تعيين أعضاء التحكيم الذين لم يتم تعيينهم خلال 90 يوما من تاريخ تسجيل طلب التحكيم راحت توضح أنه (يجب على المحكمين المعينين من قبل الرئيس وفقا لأحكام هذه المادة أن لا يكونوا من رعايا الدولة المتعاقدة التي هي طرف في النزاع ولا من الدول المتعاقدة التي رعاياهم هم طرفا في النزاع)[3].

1- نسيمة عطار، النظام القانوني لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، أطروحة لنيل درجة دكتوراه، تخصص قانون عام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018، ص283.

2- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 256.

3- منى بوختالة، مرجع سابق، ص 62.

شرط عدم وجود مصلحة في النزاع، وهذا يعد ضمانا لعدالتهم وذلك عبرت عنه بعض العقود بعبارات متباينة منها ما أوجب إنتفاء المصالح الإقتصادية في شؤون البترول ومنها ما قضى بضرورة عدم وجود صلة بأطراف النزاع [1].

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه يضاف إلى هذين الشرطين الواجب توافرهما في أعضاء التحكيم المعينين من قبل الغير، شرط ضرورة توفير كافة الظروف الملائمة التي تضمن حياد ونزاهة أعضاء التحكيم الذين يقوم بتعيينهم سواء تضمنت الإتفاقية تعداد لهذه الشروط كلها أو بعضها أو أنها أغفلت مثل هذا التضمين[2].

الفرع الثالث:

إجراءات سير النزاع التي تتبعها هيئة التحكيم

يقصد بإجراءات سير النزاع تلك القواعد الإجرائية التي يتعين إتباعها بعد تشكيل هيئة التحكيم ولحين صدور القرار الفاصل في النزاع ولعل أهم الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، المداولة، ميعاد صدور الحكم (أولا)، كتابة الحكم وتسبيبه (ثانيا).

أولا: ميعاد الحكم والمداولة

المداولة هي المشاورة بين أعضاء التحكيم إذا تعدد المحكمون في منطوق الحكم وأسبابه بعد إنتهاء المرافعة والنطق به، وتكون بين جميع أعضاء هيئة التحكيم[3].

ولكن قد لا تتحقق المداولة بين جميع المحكمين مجتمعين وذلك لصعوبة ذلك في مجال التحكيم الدولي، فقد يعد الرئيس مشروعا لقرار التحكيم وترسل نسخة منه إلى كل محكم في البلد الذي يوجد فيه، ويقوم كل منهم في إبداء رأيه بالمراسلة إلى أن يصل الأمر

1- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 257.

2- منى بوختالة، مرجع سابق، ص 63.

3- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص259 .

إلى الإتفاق على صيغة القرار من قبل أغلبية المحكمين بالإجماع، وتكون المداولة سرية ولا يجوز إشراك شخص أخر مع المحكمين كالخبراء والمستشاريين، وإلا أصبح ذلك سببا في الطعن في قرار التحكيم[1].

وإذا كان لهيئة التحكيم سلطة الفصل في النزاع محل التحكيم فإن بهذه السلطة يجب أن تمارس خلال ميعاد معين يحدده الأطراف، أو يحدده القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وذلك حتى لا تطول إجراءات التحكيم دون مبرر، فيفقد التحكيم أهم مزاياه[2].

فطبقا للتشريع الجزائري فإن ميعاد صدور حكم التحكيم هو 4 أشهر قابلة للتمديد حسب المادة 1018 ق.إ.م.إ.ج **"..يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم ..غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل.."**.

وبالرجوع إلى ما تقرره المؤسسات التحكيمية في ظل التحكيم المؤسسي خاصة في ظل نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس فنجد المادة 31 من قواعد التحكيم نصت على أن المدة التي يستغرقها إصدار حكم التحكيم والتي يجب على هيئة التحكيم أن تلتزم بها هي ستة أشهر يبدأ سريانها من تاريخ أخر توقيع لهيئة التحكيم أو من تاريخ إخطار هيئة التحكيم[3].

1- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص301 .

2- نسيمة عطار، مرجع سابق، ص 289.

3- سي فضيل الحاج، مرجع سابق، ص479.

ثانيا: كتابة الحكم و تسبيبه

حكم التحكيم هو عمل مكتوب، والكتابة شرط ضروري لقيام الحكم ذاته بوصفه عملا قضائيا، الذي بمقتضاه يمارس المحكمون كل سلطة قضائية، أي أنه يعتبر حكما حقيقيا في نزاع تتوافر فيه كل عناصر العمل القضائي، وصياغة هذا الحكم تخضع لقواعد شكلية والتي تقترب من تلك التي تفرض على الأحكام الصادرة من الجهات القضائية، إذ لابد أن يتضمن الحكم حسب المادة 1028 ق.إ.م.إ.ج أسماء المحكمين، مكان صدور الحكم وتاريخه، أسماء الأطراف ومواطنهم، وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الإجتماعي[1].

فحكم التحكيم يصدر كتابة ويوقعه المحكمون، وقد أوجبت الإتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم الدائمة الدولية صدور حكم المحكمين كتابة فقد نصت المادة 2/48 من إتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، ويصدر الحكم كتابة وموقع عليه من أعضاء المحكمة الذين أعطوا رأيهم في صالح هذا الحكم[2].

ويقصد بالتسبيب إيضاح الأدلة والحجج القانونية والواقعية والتي تم إعتمادها من قبل المحكم لإصدار حكمه[3].

كذلك من واجب المحكم في منازعات الإستثمار سواء في ظل التحكيم الحر أو المؤسس تسبيب الحكم وذلك بإيضاح الأدلة، والحجج القانونية والواقعية والتي تم إعتمادها من قبل المحكم لإصدار حكمه، إذ أن تسبيب الحكم يعتبر ضمانة لأطراف النزاع والتي

1-إنتصار صاحبي، مرجع سابق، ص 52.

2- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 264.

3-إنتصار صاحبي، مرجع سابق، ص 52.

يجب ذكرها بصورة موجزة وأن تكون ملائمة، حيث يرى الفقه القانوني أن تسبيب حكم التحكيم يدفع المحكم إلى التفكير والتريث قبل إصداره[1].

المطلب الثاني:

حكم التحكيم الصادر في منازعات الإستثمارالأجنبي

حكم التحكيم الصادر في منازعات الإستثمار الأجنبي هو ذلك الحكم النهائي الصادر عن الهيئة التحكيمية المختصة في الفصل في النزاع، الذي ثار بين أطراف النزاع والمنهي للخصومة التحكيمية، الحاسم لموضوع النزاع حيث يستوفي كل طرف حقه، وسيتم التطرق من خلال هذا المطلب لصدور الحكم التحكيمي (الفرع الأول)، وبياناته (الفرع الثاني) وحجيته ونفاذه وأخيرا الطعن فيه (الفرع الثالث).

الفرع الأول :

إصدار حكم التحكيم التجاري الدولي في منازعات الإستثمار الأجنبي

إن كل المراحل التي يمر بها نظام التحكيم منذ الإتفاق على التحكيم إلى تشكيل المحكمة والإجراءات التي تتبع في ذلك، تهدف إلى الوصول إلى نتيجة واحدة ووحيدة هي إصدار القرار أو الحكم التحكيمي، هذا الحكم الذي يعد الثمرة الحقيقية للتحكيم[2].

يعد صدور حكم التحكيم من المراحل الهامة التي يمر بها نظام التحكيم، فالحصول عليه هو هدف كل المتنازعين لأنه يفصل في النزاع، ويحصل كل ذي حق على حقه، وحكم التحكيم هو قرار يصدره المحكمون الذي إتفق المتنازعون على إختصاصهم بحل النزاع، وإذا كان حكم التحكيم هو النهاية الطبيعية للنزاع فيما بين الخصوم، فإنه ليس

1- سي فضيل الحاج، مرجع سابق، ص 482.

2- منى بوختالة، مرجع سابق، ص 68.

النهاية الحتمية لأي نزاع يحل بالتحكيم، فمن المتصور إنهاء خصومة التحكيم، دون صدور حكم، وذلك لعدة أسباب متعددة[1].

ويصدر حكم التحكيم لحسم موضوع النزاع، وذلك عندما تكون هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم واحد، فإن الحكم يصدر بأغلبية الأراء بعد إجراء مداولة على الوجه الذي تحدده الهيئة التحكيمية، إذا لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك[2].

لا يشترط في الحكم أن يكون بإجماع المحكمين، إذا كان عددهم أكثر من واحد بل يكفي أن تتوافق عليه أغلبيتهم، ويذكر في نص الحكم سبب عدم موافقة الأقلية، هذا ما يستخلص من المادة 1029 ق.إ.م.إ.ج، ويكتسب حكم التحكيم بمجرد صدوره حجية الشيء المقضي فيه طبقا للمادة 1031 ق.إ.م.إ.ج.

وتسود قاعدة صدور الحكم بالأغلبية كافة المؤسسات الخاصة بالتحكيم كالمركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالإستثمار فتنص معاهدة واشنطن على أنه (يحب أن تفصل المحكمة في المسائل بأغلبية أصوات كل أعضائها) وكذلك في قواعد التحكيم الخاص بالمركز الدولي لتسوية منازعات الخاصة بالإستثمار(ق 1/16)[3].

وتسير قواعد غرفة التجارة الدولية على نهج يخالف قاعدة الأغلبية في إصدار حكم التحكيم، حيث تقضي هذه القواعد بأنه في حالة تعيين ثلاثة محكمين يصدر القرار بالأغلبية، وإذا لم يكن هناك أغلبية فإن رئيس محكمة التحكيم هو الذي يصدر الحكم، وبالتالي يمكن القول بأن هناك ثلاث طرق لإصدار حكم التحكيم في منازعات

1- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص268.

2- محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 499.

3- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 270.

الإستثمار عندما تكون المحكمة مكونة من ثلاثة وتتمثل في الإجماع أو الأغلبية أو من جانب رئيس هيئة التحكيم وحده[1].

الفرع الثاني:

بيانات حكم التحكيم التجاري الدولي في منازعات الإستثمار الأجنبي

إن الحكم الصادر في التحكيم شأنه شأن الأحكام القضائية العادية والتي يجب أن تتوافر فيها بعض البيانات الشكلية والبيانات الموضوعية [2]، حيث أن أطراف إتفاق التحكيم يسعون إلى فض منازعاتهم عن طريق الإلتجاء لمحكمين بدلا من القضاء، لذلك كان من اللازم أن يصدر حكم المحكمين فاصلا في موضوع الخلاف على نحو حاسم، فلا يعد حكما مجرد حث الأطراف أو توجيههم إلى إنتهاج أسلوب معين في تنفيذ إلتزاماتهم، فحكم التحكيم الصادر في موضوع النزاع يكون حاسما له والمحكمون على عكس القضاة لا يستمدون سلطتهم من الدولة، وإنما من إتفاق الأطراف و لذا فهم من يقوم بتحديد مهمة المحكم و نطاق سلطاته[3].

يتولى المحكم إصدار قرار التحكيم بناءا على الطلبات المقدمة له أثناء التحكيم، فلا يجوز أن ينيب غيره في إصداره، وفي حال تعدد المحكمين فإن القرار يتم إصداره بتداول جميع المحكمين، ويتخذ بأغلبية الأصوات [4].

كما يجب أن يتضمن حكم التحكيم البيانات التالية :

1- يلزم أن يتضمن المحكمون حكمهم عرضا موجزا لإدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم طبقا للمادة 1027 ق.إ.م.إ.ج وإذا كان القرار محرر بلغة غير العربية، يتعين

1- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 270.

2- خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص 240.

3- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ، ص 341.

4- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص 252.

على طالب التنفيذ تقديم ترجمة للغة الرسمية، ويجب أن يصادق على الترجمة مترجم رسمي أو محلف أو قنصل أو عون دبلوماسي، وهذا حسب نص المادة 2/4 من إتفاقية نيويورك 1958[1].

2- يلزم أن يكون الحكم مسببا وفقا للفقرة الثانية من المادة 1027 ق.إ.م.إ، وذلك بتقديم الأسانيد والحجج التي تقتضيها طبيعة النزاع، والتي تتوفر على الحد اللازم لتبرير النتيجة التي إنتهى إليها الحكم، أما إتفاقية نيويورك فإنها تركت تحديد أهمية شرط التسبيب للدول المتعاقدة [2].

3- يجب أن يتضمن الحكم إسم ولقب المحكم والمحكمين، وذلك لمراقبة تطابق هذه الأسماء مع الأسماء التي يتضمنها إتفاق التحكيم .

4- يلزم أن يتضمن الحكم بيان تاريخ ومكان إصداره، وتبدو أهمية بيان التاريخ في إثبات صدور، خلال سريان إتفاق التحكيم (1018 ق.إ.م.إ.ج) .

5- تضمن أسماء وألقاب الأطراف، وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الإجتماعي، إضافة إلى أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد عند الإقتضاء (1028 ق.إ.م.إ.ج).

6- تضمن الحكم منطوق الحكم، الذي يمثل النتيجة التي إنتهى إليها الحكم، والتي حسمت النزاع بالفصل في طلبات الخصوم [3] .

1- أنظر المادة 2/4 المرسوم رقم 88-233، مؤرخ في 5 نوفمبر 1988، يتضمن الإنضمام بتحفظ إلى إتفاقية نيويورك لسنة 1958، الخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها.

2- الطاهر بن قويد، بشير جعيرن،" تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في الجزائر كضمانة لتسوية منازعات إستثماراتها"، مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية و الإقتصادية، مجلد 8، عدد 2، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أمين العقال الحاج موسى، تامنغست، الجزائر، 2019، ص 198.

3- الطاهر بن قويد، بشير جعيرن، مرجع نفسه، ص198 .

وبالإضافة إلى البيانات المذكورة يجب أن يتضمن الحكم التحكيمي توقيع جميع المحكمين، وفي حالة إمتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك، وهكذا يصدر الحكم التحكيمي مرتبا أثاره بإعتباره موقعا من جميع المحكمين حتى الممتنعين منهم ما دام قد صدر بأغلبية الأصوات طبقا للمادة 1026 التي تعتبر قاعدة نقلت عن المبادئ العامة المتعلقة بإصدار الأحكام القضائية[1]، وأيضا المادة 1029 من نفس القانون التي تنص على ما يلي **"توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين، وفي حالة إمتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك، ويرتب الحكم أثره بإعتباره موقفا من جميع المحكمين ".**

وهذا ما نصت عليه كذلك المادة 32 الفقرة الثانية من قواعد تحكيم الأونسترال على أنه " يجب أن يكون الحكم نهائيا ملزما للأطراف وهو لا يكون كذلك إلا إذا وقعه المحكمون أو أغلبيتهم[2].

الفرع الثالث:

حجية حكم التحكيم ونفاذه والطعن فيه

بعد صدور حكم التحكيم فإنه يحوز حجية الحكم التحكيمي وهو ما سيتم التعرض له (أولا)، ثم نفاذ حكم التحكيم (ثانيا)، والطعن فيه (ثالثا) .

أولا: حجية حكم التحكيم

يقصد بالحجية أن يكون الحكم الصادر يحمل عنوان الحقيقة بخصوص ما فصل فيه بالنسبة لأطراف الدعوى وفي حدود الأساس الذي عليه هذه الدعوى ومعنى ذلك أن لا يجوز إثارة النزاع نفسه تأسيسا على السبب ذاته بين الأطراف أنفسهم الذين صدر الحكم

1- زيري زهية، مرجع سابق، ص 125.

2- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 278 .

في مواجهتهم، فحكم التحكيم لا يكتسب بمجرد صدور حجية الأمر المقضي فحسب وإنما يصدر حائزا لقوة الأمر المقضي، وهذا ما نصت عليه المادة 1031 ق.إ.م.إ.ج، وبالتالي يمنع على الهيئة التي أصدرتها أن تعود إليه إلا في حدود التي يسمح بها القانون أو الطرفين، كما يعرف هذا المبدأ بإستنفاذ ولاية المحكمين وهو مبدأ مقرر في شأن المحكم أو هيئة التحكيم وفي شأن المحكم سواء بسواء[1].

ويترتب عن حجية الأمر المقضي به أثران :

الأثر الإيجابي وهو إلزام القضاء الوطني للدولة بإحترام الحكم التحكيمي في أي دعوى يثار فيها هذا الحكم كمسألة أولية .

الأثر السلبي فهو إستبعاد ولاية القضاء في الفصل في نفس الدعوى المقضي فيها بنفس الخصومة و لذات الأسباب[2].

ثانيا: تنفيذ حكم التحكيم

يتضمن قرار التحكيم بصفة عامة الحكم على أحد أطراف النزاع وإعطاء الحق للطرف الأخر، ويسعى هذا الطرف إلى تنفيذ قرار التحكيم مما يستلزم إتخاذ الوسائل والضمانات الكفيلة بتنفيذه لكي لا يتجرد هذا القرار من فاعليته .

غير أن هذا التنفيذ قد يصطدم ببعض العقبات عندما يتعلق الأمر بتنفيذ قرار تحكيمي صدر في إقليم دولة أخرى غير الدولة التي يراد تنفيذ القرار فيها، وترجع تلك العقبات في الواقع إلى إختلاف النظم القانونية والإجراءات الواجبة الإتباع للإعتراف بهذه القرارات

1- أمال قاسمي، مرجع سابق، ص 64.

2- نور الدين تيتة، مرجع سابق، ص 99.

وتنفيدها[1]، إذ أن قرارت التحكيم لا تتمتع بقوة تنفيذية في أغلب الدول ومن ثم فإنه ينبغي إضفاء الصفة التنفيذية على القرار التحكيمي أولا من خلال تقديم طلب لمحكمة المختصة في الدولة المطلوب التنفيذ فيها.

وعليه فإن من المسائل التي لا بد من الوقوف عندها بهذا الصدد، هو مدى الإعتراف بقرار التحكيم في الجزائر بخصوص النزاعات الإستثمارية، فلكي يسري الحكم التحكيمي داخل النظام القانوني الجزائري لابد من الإعتراف به أولا، وحتى يصبح قابلا للتنفيذ لابد أن تضفى عليه الصيغة التنفيذية من الجهة القضائية المختصة[2].

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري فإن ما يقتضيه القانون الجزائري من أجل الإعتراف بالحكم التحكيمي، هو إثبات وجود الحكم التحكيمي وفقا لما نصت عليه المادة 1051 من ق.إ.م.إ.ج، وما يستشف من نص المادة أن المشرع الجزائري لم يميز بين الإعتراف والتنفيذ[3]، وإن عملية إثبات الحكم التحكيمي تتم عن طريق تقديم أصل الحكم مرفقا بإتفاقية التحكيم، أو بنسخ عنها تستوفي شروط صحتها وهو الأمر الذي تضمنته المادة 1052 من ق.إ.م.إ.ج والتي تنص على مايلي **" يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا بإتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شروط صحتها".**

وهو الأمر الذي يدل على أنه إذا لم يتمكن الطرف الذي يباشر هذه الإجراءات لسبب أو أخر تقديم أصل الحكم التحكيمي وأصل إتفاقية التحكيم، فإنه يتعين عليه على الأقل تقديم نسخا منها تستوفي شروط صحتها، والتي يفترض فيها أن تكون مطابقة

1- الطاهر برايك،" تسوية منازعات الإستثمار الأجنبي عن طريق التحكيم التجاري لدى التشريع الجزائري"، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، مجلد 10، عدد 2، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2017، ص 267.

2- الطاهر برايك، مرجع نفسه، ص 267.

3- نسيمة عطار، مرجع سابق، ص 293.

الأصل ومصادق عليها، وتودع الوثائق المطلوبة بأمانة ضبط الجهة القضائية، وهو ما ورد في نص المادة 1053 من ق.إ.م.إ.ج.

وبالتالي فإنه يتعين على القاضي الذي تلقى طلب الإعتراف أو تنفيذ الحكم التحكيمي أن يتأكد من مدى توافر هذه الشروط، و ذلك على حسب ما ورد في ق.إ.م.إ.ج وكذا القواعد الواردة في إتفاقية نيويورك 1958، بإعتبار الجزائر مصادقة على الإتفاقية و بذلك تكون أدخلتها في نظامها القانوني الداخلي[1].

ثالثا: الطعن في حكم التحكيم

إن حكم التحكيم التجاري الدولي لا يعرف إلى طريقا واحدا للطعن فيه بالبطلان المنصوص عليه في المادة 1058 من ق.إ.م.إ.ج، وهذا الطعن يرفع فقط ضد أحكام التحكيم التجاري الدولي الصادر في الجزائر دون تلك الصادرة في الخارج، أي أن هذه الأخيرة لا تقبل أي طريق من طرق الطعن ، كما أن دعوى البطلان ليست درجة ثانية للتقاضي بل لها حالات تقوم عليها [2]، والتي قامت بتعدادها المادة 1056 من ق.إ.م.إ.ج على سبيل الحصر في فحواها على أنه لا يجوز إستئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو التنفيذ إلا في الحالات الأتية :

1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون إتفاق تحكيم أو بناء على إتفاقية باطلة أو إنقضاء مدة الإتفاقية .

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

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

4- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية .

1- نسيمة عطار، مرجع سابق، ص 293.

2- أمال قاسمي، مرجع سابق، ص 68.

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

6- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

كما أن الطعن ببطلان حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر، يرفع أمام المجلس القضائي المصدر لحكم التحكيم، وذلك خلال شهر من تاريخ النطق بحكم التحكيم أو خلال شهر من التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ، ويوقف الطعن ببطلان حكم التحكيم تنفيذ أحكام التحكيم، فقد أعطى المشرع الجزائري أطراف خصومة التحكيم حق الطعن بالنقض بخصوص الحكم الصادر بطلب بطلان حكم التحكيم، وفقا للأحكام المنظمة للطعن بالنقض في القانون الجزائري[1].

أما إذا كان حكم التحكيم الدولي قد صدر خارج الجزائر ويراد تنفيذه في الجزائر، فإن طبيعة هذا الحكم يعد حكما أجنبيا لا وطنيا، ويكون دور القاضي الجزائري الذي يطلب منه إصدار أمر التنفيذ هو دور قاضي التنفيذ ودور المراقب على جواز الإعتراف بهذا الحكم وقابليته للتنفيذ، وليس للقاضي الوطني سلطة إبطال الحكم لأن إبطال الحكم التحكيمي لا يجوز إلا من قبل محاكم الدولة التي صدر فيها، ولكن في حالة وجود سبب أو أكثر من الأسباب المذكورة في المادة 1056 ق.إ.م.إ.ج، يقوم برفض إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وهذه الحالة أمر القاضي برفض الإعتراف أو التنفيذ قابلا للإستئناف خلال شهر من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة[2].

وتجدر الإشارة الى أنه يمكن أن يرفض إعتماد قرار تحكيمي وتنفيذه وفق حالات والتي يمكن للمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها والمتمثلة في :

1- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 393.

2- إنتصار صاحبي، مرجع سابق، ص 58.

- **عدم قابلية حل النزاع عن طريق التحكيم:** أشارت إتفاقية نيويرك لهذا السبب في المادة 2/5/أ[1]، أما بالنسبة للقانون الذي يحكم قابلية النزاع للتحكيم فقد بينت الإتفاقية أن القانون الذي يحدد ذلك هو قانون الدولة التي يراد الإعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه فيها.
- **مخالفة قرار التحكيم للنظام العام:** لقد نصت إتفاقية نيويورك على هذه الحالة كسبب لعدم تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في المادة 2/5/ب، حيث يمكن رفض الإعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه، إذا رأت السلطات في البلد المطلوب تنفيذ القرار فيه أنه يناقض النظام العام لذلك البلد[2].

المبحث الثاني :

قضايا تحكيمية في منازعات الإستثمار الأجنبي

سيتم التطرق لبعض قضايا تحكيمية، سبق طرحها أمام مراكز التحكيم والناشئة عن منازعات الإستثمار الأجنبي، وتم إختيار في هذا الإطار قضية ل.ي.س.ي–ديبينطا **L.ES.I–DIPENTA** الإيطالية ضد الوكالة الوطنية للسدود الجزائرية ANB [3](المطلب الأول) وقضية أوراس كوم تيليكوم ضد الدولة الجزائرية[4] (المطلب الثاني).

1– أنظر المادة 2/5 من المرسوم رقم 88–233، متضمن الإنضمام إلى إتفاقية نيويورك لسنة 1958، الخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية والأجنبية وتنفيذها.

2– فيصل فار، مرجع سابق، ص ص 256.

3- https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/publication-of-icc-arbitral-awards-with-jus-mundi/ **Sentence du 10/01/2005 , consorzio groupement L.E.S.I-DIPENTA c/ République Algérienne , disponible sur le site : https://jusmundi.com/en/document/pdf/decision/fr-consortium-groupement-l-e-s-i-dipenta-v-peoples-democratic-republic-of-algeria-award-monday-10th-january-2005 , 10/05/2022 , 21 :30**

4 - **Sentence DU 31 /05/ 2017 , ORASCOM TMT INVESTMENTS S.A.R.L c/ République Algérienne , disponible sur le site : https://jusmundi.com/en/document/decision/fr-orascom-tmt-investments-s-a-r-l-v-peoples-democratic-republic-of-algeria-award-wednesday-31st-may-2017**

المطلب الأول:

قضية الوكالة الوطنية للسدود ول.ي.س.ي–ديبينطا

قضية الوكالة الوطنية للسدود ANB و L.E.S.I-DIPENTA ، قضية كغيرها من القضايا المتعلقة بمنازعات الإستثمار التي عرضت على المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار ICSID، سيتم عرض حيثيات القضية (الفرع الأول)، ثم التطرق للدوفوع والطلبات (الفرع الثاني)، ثم منطوق الحكم (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

حيثيات القضية

سيتم بيان أطراف القضية، المدعي والمدعى عليه (أولا)، ثم وقائع القضية (ثانيا).

أولا: أطراف القضية

أطراف القضية هم الوكالة الوطنية للسدود(مدعى عليها) ممثلة من طرف عبد المجيد عطار وزير الموارد المائية، وزارة الموارد المائية، شارع القاهرة 3، ص.ب 86 دوبا، الجزائر، ويساعده المحامي دومينيك فالك، شارع بيرسيير 9 ،75008 باريس والمحامي محمد شملول والبروفيسور أحمد لعرابة، شارع دى بين، حيدرة، الجزائر.

والطرف الثاني الإيطالي(المدعي) المتمثل في شركة **CONSORZIO GROUPEMENT L.E.S.I. – DIPENTA** ممثلة من طرف البروفيسور أنطونيو كريفالو و بونلي إيرد بابالاردو، فيا باروزي 1، 20122 ميلان، إيطاليا[1].

[1] - **Sentence du 10/01/2005 , consorzio groupement L.E.S.I-DIPENTA c/ République Algérienne , disponible sur le site : https://jusmundi.com/en/document/pdf/decision/fr-consortium-groupement-l-e-s-i-dipenta-v-peoples-democratic-republic-of-algeria-award-monday-10th-january-2005 page 1, 10/05/2022 , 21 :30, page 1**

ثانيا: وقائع القضية

أعلنت الوكالة الوطنية للسدود (ANB) عام 1992 عن مناقصة دولية لتشييد سد بالبويرة، وتم إختيار الشركتان الإيطاليتان L.E.S.I و DIPENTA ، وتم الإمضاء على الصفقة بتاريخ 1993/12/20 بين الوكالة الوطنية للسدود والطرف الإيطالي .

بعد الشروع في تنفيذ المشروع في ديسمبر 1993 وإلى غاية 1997، تم إنجاز عدد محدود من الأشغال بحيث عرف المشروع عدة صعوبات وإضطرابات متعلقة أساسا بطريقة إستخراج الأوحال وكذا الظروف الأمنية المتدهورة التي عرفتها المنطقة[1].

بتاريخ 1997/10/28، أبلغت الوكالة ANB المتعاقد معها بالتوقف عن كل نشاط في تنفيذ المشروع نظرا لتغيير طريقة بناء السد، الأمر الذي يتطلب مصادقة البنك الإفريقي للتنمية(BAD) بإعتباره ممول المشروع، إثر ذلك تقدم نادي المؤسسات بعرض للوكالة ANB يتعلق بالجانب التقني والإقتصادي بغية تنفيذ المشروع وفقا للطريقة الجديدة التي إعتمدت في بناء السد، إلا أنه بتاريخ 2001/04/14 قامت الوكالة بتبليغ النادي بقرار الفسخ، نظرا لإشتراط البنك،ممول المشروع إجراء مناقصة دولية جديدة قصد الحصول على المبالغ المالية اللازمة، الشيء الذي إعتبرته الوكالة قوة قاهرة لا إرادة لها في ذلك[2].

بعد الإحتجاج على قرار الفسخ أمام وزير الموارد المائية الجزائري، أوصى هذا الأخير نادي المؤسسات التقرب من الوكالة الوطنية للسدود لإيجاد حل ودي، إلا أن في جويلية 2002 تم إختيار الشركة الفرنسية RAZAL لتنفيذ المشروع وفقا للطريقة

1- طيب قبايلي، التحكيم في عقود الإستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2012، ص 53.

2 – مرجع نفسه، ص 53.

الجديدة المعتمدة، وأمام عدم وجود توافق بين الطرفين حول التعويضات المستحقة قام الطرف الإيطالي بإيداع طلب التحكيم أمام المركز الدولي بتاريخ 2003/02/03[1].

الفرع الثاني:

دراسة ومناقشة الدفوع والطلبات

سيتم التطرق لطلبات الشركة الأجنبية (أولا)، ثم دفوع الوكالة الوطنية للسدود (ثانيا).

أولا: طلبات الشركة الأجنبية

طالب الطرف الإيطالي بتعويض إجمالي يقدر ب 151 مليون أورو عن جميع الأضرار المادية والمعنوية اللاحقة به جراء فسخ الصفقة على أساس المادة 2/8 من الإتفاقية الثنائية المبرمة بين الجزائر و إيطاليا[2].

ثانيا: دفوع الوكالة الوطنية للسدود

بعد تشكيل محكمة التحكيم في 2003/09/03، تم عقد الجلسات في باريس لفحص طلب التحكيم، أين تقدمت الوكالة الوطنية بمجوعة من الدفوع منها :

الدفع بعدم إختصاص المركز لنظر النزاع بحجة أنه لا يتوافر على الشروط المنصوص عليها في م 1/25 من إتفاقية واشنطن، حيث رأت المدعى عليها أن النزاع لا يتعلق بإستثمار، بحيث لم يقدم المدعي أي مساهمة نقدية أو صناعية لإقامة المشروع، وأنه لم يبدأ في بناء السد وأن مقابل الخدمات المقدمة قد تم الوفاء به.

1- طيب قبايلي، مرجع سابق، ص 53.

2- أنظرالمادة 8 من المرسوم الرئاسي رقم 91-346 مؤرخ في 05 أكتوبر 1991 ، يتضمن الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية و الجمهورية الإيطالية حول الترقية و الحماية المتبادلة للإستثمارات , ج ر عدد 46 ، الصادر في 06 أكتوبر 1991، والتي تنص " إذا لم تكن تسوية الخلاف بتراضي الطرفيين ممكنة في مدى ستة أشهر من تاريخ طلب كتابي بهذا الصدد ، فيمكن للمستثمر المعني رفع الخلاف لإحدى الهيئات المشار إليها فيما يلي دون سواها :
ب/ المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالإستثمارات ' قصد تطبيق إجراءات التوفيق أو التحكيم ....'

والأجل الذي يستغرقه المشروع (50 شهرا) لا يتوافق مع الزمن المحدد في المشروع التمهيدي للإتفاقية المقدر ب 5 سنوات، فضلا عن أن المقاول لا يشارك صاحب العمل في تسيير وإستغلال السد، ولا يتحمل أي مخاطر ناجمة عن مردودية المشروع لأنه غير شريك في الإستغلال، ومخاطر عدم تنفيذ الصفقة فهي مخاطر مشتركة لجميع العقود وقد تم تأمينها بموجب أحكام الصفقة المبرمة من الطرفيين[1].

وقد رد الطرف الإيطالي على هذه الدفوع بأن شروط قيام الإستثمار متوافرة، بحيث قدم مساهمة نقدية وعينية وصناعية، ولو بصفة جزئية أثناء بناء السد.

أما بالنسبة لعنصر الزمن، فلم يتم تحديد حد أدنى وأن المشروع قد دام 90 شهرا وبالنسبة لعنصر المخاطر يرى المدعي أنها ميزة لجميع عقود الإنشاءات وأنه متوافر في قضية الحال، إذ يواجه خطر تقادم أوامر الخدمات، إحترام التشريع المستقبلي لعلاقات العمل وخطر توقيف الأشغال، ويرى أن عقد الأشغال من عقود الإستثمار الأكثر شيوعا[2].

إكتفت محكمة التحكيم بملاحظة أن المدعي قد تكبد أعباء مالية لإنجاز المشروع وأن المدعى عليها لم تنفي وجودها .

أما بالنسبة لعنصر الزمن فترى أنه متوافر بالنظر إلى المدة المقررة لإنجاز السد (50 شهرا).

وبخصوص المخاطر، أوضحت المحكمة أن الصفقة محل النزاع تتضمن مخاطر تحقق جزء منها إثر اللجوء إلى الفسخ [3].

1- طيب قبايلي، مرجع سابق، ص 54.

2- مرجع نفسه، ص54.

3- مرجع نفسه، ص 55.

إنتقلت المحكمة بعد ذلك لتقدير مفهوم الإستثمار وفقا لنص المادة 1/1 من الإتفاقية الجزائرية الإيطالية [1]، وأوضحت المحكمة أنه ورد في الإتفاقية الثنائية تعريفا عاما للإستثمار يشمل المعنى الممنوح له في تفسير واشنطن وتدرج الصفقة التي أبرمت بين الطرفيين ضمن طائفة الإستثمارات المشمولة بالحمولة والمنصوص عليها في المادة الأولى من الإتفاقية الثنائية، إلا أنه يتضح أن محكمة التحكيم قامت بتقدير وجود إستثمار بصفة عابرة، فرغم ذكرها للمعايير المحددة للإستثمار، إلا أن تطبيقها كان ليبراليا[2].

يستخلص مما سبق أن دفع الوكالة الوطنية على غرار باقي الدفوع، بعدم الإختصاص وأن النزاع لا يتعلق بإستثمار صائب حيث أنه بمقتضى نص المادة 25 من الإتفاقية الخاصة بفض منازعات الإستثمار لسنة 1968 يشترط لإنعقاد إختصاص المركز أن يكون أحد الأطراف دولة متعاقدة وأن يكون الطرف الأخر من دولة أخرى متعاقدة (شخص طبيعي أو معنوي)، كما يجب الرضاء بالتقدم إلى تحكيم المركز، وأخيرا يتعين أن تكون المنازعة قانونية ومتعلقة بالإستثمار وناشئة بطريقة مباشرة عن الإستثمار[3]، وقد تركت الإتفاقية للأطراف سلطة تقديرية واسعة في تقرير ما إذا كانت معاملة ما أو صفقة تعتبر إستثمار.

1- أنظر المادة 01 من المرسوم الرئاسي رقم 91-346، يتضمن الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية والجمهورية الإيطالية حول ترقية و الحماية المتبادلة للإستثمارات ، والتي تنص على "عبارة ' إستثمارات' تشير إلى كل عنصر من الأصول مهما كان نوعه و كل إسهام نقدي أو عيني أو خدمات مستثمرة أو أعيد إستثمارها ، في كل قطاع نشاط إقتصادي مهما كان نوعه ...."

2- طيب قبايلي، مرجع سابق، ص 55.

3- إسحاق بوكربوعة، عبد الواحد سعداني، التحكيم في منازعات الإستثمار, مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في قانون الأعمال، تخصص النظام القانوني للإستثمار، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة 8 ماي 1945 , قالمة ، 2014 ، ص 55.

غير ذلك أن هذه السلطة التقديرية ليست مطلقة ذلك أن محكمة التحكيم في ظل المركز يمكن أن تحكم بأن صفقة معينة لا تشكل إستثمار[1].

أما من جهة فالمدعي قد تكبد أعباء مالية لإنجاز المشروع وأن المدعي عليها لم تنفي وجودها، وقد طالب بتعويض إجمالي يقدر ب 151 مليون أورو عن جميع الأضرار المادية والمعنوية اللاحقة به جراء فسخ الصفقة[2]، والطرف الجزائري أكد على أن مقابل الخدمات المقدمة قد تم الوفاء به.

عموما قد لوحظ أن المستثمر الأجنبي بدأ يهتم بشكل كبير بإستغلال الثغرات القانونية في الدول النامية حتى يخلق نزاعا يؤدي إلى دفع الدول النامية إلى ساحات التحكيم الدولي فيحصل على تعويضات أكثر ربحية بكثير من عمليات الإستثمار من الناحية الفنية، فتحمل أعباء لإنجاز مشروع وتحمل مخاطر ليست بالضرورة من المعايير التي يعتد بها والقول بأن صفقة ما هي إستثمار منطقيا، ما سيفتح المجال لأي طرف متعاقد في صفقة معينة أو مشروع بأن يدفع بقيام إستثمار فعلي ومباشر بل من المستحسن أن يحدد مسبقا ما إن كانت الصفقة أو المشروع إستثمار أو مجرد صفقة[3].

الفرع الثالث:

منطوق حكم التحكيم

المقصود بمنطوق الحكم هو الحكم النهائي الصادر في قضية الوكالة الوطنية ضد الطرف الإيطالي، نحدد مضمون هذا الحكم (أولا) ثم مناقشة هذا المنطوق (ثانيا).

1- إسحاق بوكربوعة، عبد الواحد سعداني، مرجع سابق ، ص 55.

2- طيب قبايلي، مرجع سابق، ص 53.

3- إسحاق بوكربوعة، عبد الواحد سعداني، مرجع سابق، ص 56.

أولا: من حيث مضمونه

1- هيئة التحكيم ليست مختصة بالنظر في النزاع بين الجمهورية الجزائرية (الوكالة الوطنية للسدود) و **CONSORZIO L.E.S.I. – DIPENTA** (الطرف الإيطالي) .

2- يتحمل كل طرف نصف تكاليف التحكيم ويتحمل تكاليف التمثيل الخاصة به.

3- المدعى عليه مدين للمدعي بمبلغ 45,050 دولار أمريكي فيما يتعلق بالسلفة [1].

ثانيا : مناقشة هذا المنطوق

إنطلاقا مما سبق وبعد تبيان طلبات الطرف الإيطالي والإطلاع على دفوع الدولة الجزائرية أهمها عدم الإختصاص وأن النزاع لا يتعلق بإستثمار وأن مقابل الخدمات المقدمة قد تم الوفاء بها، ورد الطرف الإيطالي بأن شروط الإستثمار قائمة وقد قدم مساهمة نقدية وعينية وصناعية، ومحكمة التحكيم بدورها قد لاحظت أن المدعي قد تكبد أعباء إثر فسخ الصفقة، وبالرجوع إلى الإتفاقية الثنائية لوحظ أنها قد أعطت تعريفا عاما للإستثمار وأدرجت الصفقة ضمن طائفة الإستثمارات المشمولة بالحماية بموجب المادة الأولى من الإتفاقية الثنائية، فيمكن القول بأنه كان من المتوقع أن يصدر حكم التحكيم لصالح الطرف الإيطالي نظرا للحجج المقدمة من جانبه[2].

غير أن الحكم النهائي قد صدر بعدم إختصاص هيئة التحكيم في النظر في النزاع وضف الى ذلك تحمل كل طرف نصف تكاليف التحكيم وتكاليف التمثيل، وقد رأينا بأن هذا الحكم صائب وصحيح فرغم مساهمة الطرف الإيطالي وتحمله للمخاطر ما يعد من معايير قيام الإستثمار، إلا أنه من غير المنطقي تحويل صفقة ما إلى إستثمار، ما لم يتفق

1- Sentence DU 10/01/2005 , op.cit , p 42.

2- مقابلة مع الأستاذ خن لمين، محامي لدى المجلس، 07 شارع 20 أوث 55 جيجل ، 12 ماي 2022، 10:30.

أو تتجه إرادة الأطراف إلى ذلك صراحة إذ أن إرادة الأطراف تلعب دورا هاما، وهذا ما قد دفع به الطرف الإيطالي بتوافر شروط قيام الإستثمار.

المطلب الثاني:

قضية أوراسكوم تيليكوم ضد وكالة ترقية الإستثمارات ودعمها ومتابعتها

قضية أوراسكوم تيليكوم ضد وكالة ترقية الإستثمارات ودعمها، والتي عرضت بدورها على المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار ICSID [1]، سيتم عرض حيثيات القضية (الفرع الأول)، ثم التطرق للدفوع والطلبات (الفرع الثاني)، ثم منطوق الحكم (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

حيثيات القضية

يتم تبيان أطراف القضية، المدعي والمدعى عليه (أولا)، ثم وقائع القضية (ثانيا).

أولا: أطراف القضية

وكالة ترقية الإستثمارات ودعمها ومتابعتها ممثلة لدولة الجزائر (مدعى عليه) ممثلة من طرف البروفيسور إيمانويل جيلارد، الدكتور ياس بنيفاتمي، السادة بنجامين سيينو، مارينا ماتوسكوف، تسيجاي لورندو، بيير فيغيير، SHEARMAN & STERLING LPP، (شركة محاماة متعددة الجنسيات) شارع جاك بينجين 7، 75017 باريس.

[1] - **Sentence DU 31 /05/ 2017 , ORASCOM TMT INVESTMENTS S.A.R.L c/ République Algérienne , disponible sur le site : https://jusmundi.com/en/document/decision/fr-orascom-tmt-investments-s-a-r-l-v-peoples-democratic-republic-of-algeria-award-wednesday-31st-may-2017 , 15/05/2022 , 21 :15, page 1.**

والمدعي يتمثل في شركة ORASCOM TMT INVESTMENTS S.A.R.L ممثلة من طرف كارولين ب.لام، أندريا ج.ميناكر، برودي ك.غرينولاند، فرانك ج.شفايتزر، نور ديفيز، هادية حكيم، WHITE CASE LPP، شارع الثالث عشر، نيويورك، العاصمة واشنطن 20005[1].

ثانيا: وقائع القضية

تتلخص في قيام الدولة الجزائرية يوم 10 ماي 2001 بإعلان طلب عروض دولي من أجل منح رخصة ثانية في المهاتفة الخلوية النقالة GSM ، حيث أن شركة أوراسكوم تيليكوم القابضة ش.م.م أودعت يوم 11 جوان 2001 عرضا من أجل الحصول على هذه الرخصة، وأعلنت كفائزة مؤقتة بالمزاد من طرف سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسكية، وفقا لنظام طلب العروض، وتم الترخيص لها بإقامة شبكة للمهاتفة الخلوية النقالة GSM للجمهور في الجزائر مع توفير الخدمات المرتبطة بإستغلال هذه الشبكة[2].

بدأت أوراسكوم أنشطتها في عام 2002 من خلال فرعها الجزائري ORASCOM TELECOM ALGERIE S.P.A «OTA »، تعمل OTA تحت DJEZZY و ALLO وبعد أقل من عام كانت OTA قد حصلت على نصيب من سوق GSM بنسبة 70 % .

في 24 ماي 2005، تم إنشاء WEATHER 2 والتي تسمى الأن OTMTI وأصبحت المالك على أعلى مستوى ل OTA، وقد قامت WEATHER 2 والشركات

[1] - Sentence DU 31 /05/ 2017 ORASCOM TMT INVESTMENTS S.A.R.L c/ République Algérienne , op.cit , P 1.

2- مرسوم تنفيذي رقم 01-416 مؤرخ في 20 ديسمبر 2001 ، يتضمن الموافقة على إتفاقية الإستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الإستثمارات و دعمها و متابعتها و أوراسكوم تيليكوم الجزائر، الجريدة الرسمية عدد 80، الصادر في 26 ديسمبر 2001.

التابعة لها (WEATHER GROUP) بالإستثمار في OTA حتى نهاية 2011، وقد إستثمرت OTA 2.7 مليار دولار أمريكي في الجزائر[1].

حسب أقوال طالب التحكيم الجزائر شنت حملة غير قانونية ضدها منذ عام 2008 وضد مستثمريها بسبب ثأر سياسي ضد رجل الأعمال نجيب ساوريس المصري، المساهم المسيطر على ORASCOM TMT، وبسبب تغيير في السياسة تجاه الإستثمار الأجنبي وعلى وجه الخصوص يؤكد أن الجزائر قد بدأت إتخاذ تدابير في ديسمبر 2008 بغرض تعديل ضريبي لسنة 2004، بينما إستفادت OTA من إعفاء ضريبي بموجب إتفاقية الإستثمار، وإستخدمت هذا التعديل الضريبي لمنع تحويل الأرباح من OTA إلى OTH و ORASCOM TMT والشركات التابعة لها[2]، إضافة إلى تعديل ضريبي سنة 2009 للأعوام 2005-2007، وقد سبب أضرار كبيرة ما جعلها على شفا الإفلاس، ما دفع الشركة للبحث عن مشتر مهتم بإستثمارها[3].

وبدأ مفاوضات مع شركة MOBILE TELEPHONE MTN و VIMPELCOM وإصطدامه بسلسلة من التدابير المنسقة حيث طالب المدعى عليه الدفع الكامل الضرائب من 2005-2007، في غضون ثلاثة أيام خلال عطلة عيد الفصح، عندما علمت أن WEATHER GROUP لم تتمكن من الوصول إلى البنوك الدولية، وقامت بتجميد الحسابات المصرفية ل OTA دون إشعار وبدون أساس قانوني، والحصار الجمركي للسلع والإمدادات الضرورية لممارسة OTA لأنشطتها [4].

وفي 28 أفريل 2010 وفقا للمدعي، أعلن الطرف الجزائري أنه سيصادر OTA إذا كان WEATHER GROUP يحاول بيع OTA والتهرب من حق الشفعة الجزائري (ينص عليه قانون المالية التكميلي لسنة 2009) ما أدى لفشل المفاوضات مع MTN

[1] - Sentence DU 31 /05/ 2017 , op.cit , Para 7-8 , P 2, traduction par Naamane Boukrouh, traducteur agrée prés le ministére de la justice et le ministére des affaires, 20 Avenue Kaoula Mokhtar, jijel, Algérie.
[2]- Sentence DU 31 /05/ 2017 , Ibid, Para 9, P 2, traduction par Naamane Boukrouh.
[3]- Sentence DU 31 /05/ 2017 , Ibid, Para 10, P 2, traduction par Naamane Boukrouh.
4- Sentence DU 31 /05/ 2017 , Ibid, Para 11 , P 3, traduction par Naamane Boukrouh.

والجزائر بعد ذلك أجبرت OTA على غلق شبكة إتصالاتها الدولية لأسباب تتعلق بالأمن القومي وسنت قانون عام 2010، في حال قام المدعي بتحويل حصص في أي من شركاته لغرض بيع OTA، يمكن للجزائر إعادة شراء أسهم OTA بسعر يحدده خبراء تختارهم الجزائر[1].

في سبتمبر 2010 وفقا لأقوال طالب التحكيم، أصدرت الجزائر ضد OTA إشعار أخر مؤقت بالتعديل الضريبي للفترة 2008–2009 بمبلغ 230 مليون دولار[2].

وأوضح أنه قد تم فرض ضرائب غير مبررة تبلغ قيمتها أكثر من 950 مليون دولار، ووقف مدفوعات أرباحها إلى مساهميها الأجانب، وعدم حماية الشركة خلال أعمال شغب خاصة بكرة القدم في نوفمبر 2009، وتقييد البنوك الجزائرية عن القيام بأية معاملات مصرفية دولية نيابة عن جازي[3].

في 19 أكتوبر 2012، قدم المدعي (أوراسكوم تيليكوم) طلب التحكيم، وتم إستلام الطلب من قبل المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار في 24 أكتوبر 2012، وعقدت أول جلسة في 16 ماي 2013[4].

الفرع الثاني:

دراسة ومناقشة الدفوع والطلبات

سيتم بيان طلبات أوراسكوم تيليكوم (أولا)، ثم دفوع الطرف الجزائري (ثانيا).

1- Sentence DU 31 /05/ 2017, op.cit , Para 7-12 , PP 2-3, traduction par Naamane Boukrouh .

2- Ibid , Para 14 , P3, traduction par Naamane Boukrouh.

3– إسحاق بوكربوعة، عبد الواحد سعداني، مرجع سابق، ص 57.

4- Sentence DU 31 /05/ 2017, op.cit , Para 17-18-25 , PP 4-5, traduction par Naamane Boukrouh.

أولا: طلبات أوراسكوم

طالب المدعي (أوراسكوم تيليكوم) بتعويض يقدر ب 9.1 إلى 12.5 مليار دولار[1]، وطالب أن ترفض المحكمة للمدعى عليه (الجزائر) الإعتراضات في مجملها وأمر المدعى عليها بتحمل جميع التكاليف والمصاريف التي تكبدها المدعي في الدفاع ضد المدعى عليه، بما في ذلك جميع الرسوم القانونية والمدفوعات، ويطلب المدعي أي تعويض إضافي كما يجوز للمحكمة أن تراه مناسبا[2].

ثانيا: دفوع الطرف الجزائري

أثارت المدعى عليها الدفوع التالية:

أ. أن المحكمة تفتقر إلى الاختصاص الشخصي، حيث تشترط معاهدة الاستثمار الثنائية أن يكون لـــ: المستثمر" "مقر اجتماعي حقيقي في إحدى الدولتين المتعاقدين، وأن المقر الاجتماعي للمدعية غير موجود في اللوكسمبورغ ، بل في مصر.

ب. وأن المحكمة تفتقر إلى الاختصاص الموضوعي لأن المدعية لم تنجر استثمارا بالمعنى المقصود في معاهدة الاستثمار الثانية والاتفاقية الدولية لتسوية منازعات الاستثمار، وفضلا عن ذلك، لم يكن عرض التحكيم الذي تقدمت به الجزائر الوارد في معاهدة الاستثمار الثنائية لم يكن موجها إلى المدعية في وقت إيداع طلب التحكيم في 19 اكتوبر 2012، لأنه، في ذلك الوقت، كانت المدعية تملك حصة غير مباشرة في أوراسكوم تيليكوم الجزائر " تعادل الصفر[3].

1- راجع الفقرة 503 من الحكم الصادر في قضية أوراسكوم ضد الجزائر، ص 147.

2- راجع نفس الحكم الصادر في قضية أوراسكوم ضد الجزائر، الفقرة 176، ص 30.

[3] – Sentence DU 31/05/2017, op.cit , Para 173, P 27, traduction par Naamane Boukrouh.

ج. علاوة على ذلك، تفتقر المحكمة إلى الاختصاص الموصوعي، لأن المدعية طرف (أو كانت طرفا) مساهم (1) مساهمة غير مباشرة في "أوراسكوم تيليكوم الجزائر" وكانت بعيدة جدا عن الاستثمار في "أوراسكوم تيليكوم الجزائر "[1].

د. المحكمة غير مختصة أو عليها أن تصرح بعدم قبول الطلبات لأنه لا يوجد نزاع بين المدعية والجزائر بالمعنى المقصود في المادة 9 من قانون الاستثمار المشترك، وعلاوة على ذلك، الطلبات لا يمكن قبولها لسبب أن "أوراسكوم تبليكوم القابضة مارست حقها في رفع دعوى تحكيم ضد الجزائر، وهي الممارسة التي حرمت المدعية من حقها في التصرف في مواجهة المدعى عليها[2].

وفضلا عن ذلك، استعمل نجيب ساويريس مجموعة شركاته للسعي إلى زيادة فرص نجاحه إلى حدها الأقصى برفع عدة دعاوى تحكيم ضد المدعى عليها على مستويات مختلفة من سلسلة الشركات (الكيانات)، وهو ما يشكل حجة إضافية لرفض طلباته على أساس المذهب القضائي القائل بالتعسف في استعمال الحق، وأخيرا يجب على المحكمة أن تصرح بعدم اختصاصها أو يكون الطلبات غير مقبولة بسبب الاتفاق التعاقدي الذي خلك بموجبه الخلافات القائمة بين "أوراسكوم تيليكوم الجزائر " و "أوراسكوم تليكوم القابضة" من جهة والجزائر من جهة أخرى[3].

ه. الطلبات لا يمكن قبولها لأن المدعية قد تنازلت عن حقها في رفع دعوى تحكيم ضد الجزائر عندما باعت استثمارها إلى شركة ويمبلكوم[4].

وقد ردت أوراسكوم كما يلي:

---

[1] - Sentence DU 31/05/2017, op.cit , Para 173, P 27, traduction par Naamane Boukrouh.

[2] – Ibid, Para 173, P 27, traduction par Naamane Boukrouh.

[3] – Ibid, Para 173, P 27, traduction par Naamane Boukrouh.

[4] - Ibid, Para 173, P 27, traduction par Naamane Boukrouh.

أ) المدعية هي مستثمر يحمل جنسية اللوكسمبورغ بالمعنى المقصود في المادة 1 (1) (ب) من اتفاقية الاستثمار الثنائية، لأنها شركة تأسست بموجب قانون دولة اللوكسمبورغ وكان مقرها موجودا دائما في لوكسمبورغ.

ب) انجزت المدعية العديد من الاستثمارات وعمليات إعادة الاستثمار بالمعنى المقصود في المادة 1 (2) من معاهدة الاستثمار الثانية والمادة 25 من الاتفاقية الدولية لتسوية منازعات الاستثمار[1].

ج) المدعى عليها مرتبطة بقبول التحكيم الذي التزمت به في معاهدة الاستثمار الثنائية، والذي يمتد صراحة إلى المستثمرين "أصحاب الأقلية في الأسهم أو غير المباشرين، وعليه فإن اقتراح المدعى عليها الرامي إلى استبعاد مثل هذا الاختصاص القضائي في حق المساهمين غير المباشرين على أساس "الحد الفاصل هو اقتراح لا أساس له.

د) نشأ نزاع دائم بين الطرفين منذ إخطار المدعية بتاريخ 16 أبريل 2012، وعلاة على ذلك، لا يؤثر رفع "أوراسكوم تليكوم القابضة" لدعوى تحكيم منفصلة ضد المدعى عليها على اختصاص المحكمة وقبول الطلبات المقدمة في التحكيم الحالي. وعليه، فإن تأكيد المدعى عليها بأنه يجب رفض الطلبات بموجب مبدأ التعسف في استخدام الحق هو تأكيد غير مؤسس. وبالمثل، فإن التسوية الودية للتحكيم الذي طالبت به "أوراسكوم تليكوم القابضة لا تؤثر على الاختصاص القضائي وقبول الطلبات الواردة في التحكيم الحالي....[2].

تجدر الإشارة إلى أن هيئة التحكيم قد قامت بدراسة وتحليل كل الدفوع والطلبات بشكل مفصل قبل إصدارها للحكم النهائي، حيث إستهلت بتقدير وجود إستثمار[3] إستنادا

[1]– **Sentence DU 31/05/2017, op.cit , Para 175, P 29, traduction par Naamane Boukrouh.**
[2] - **Ibid, Para 175, P 29 , traduction par Naamane Boukrouh.**
[3] - **Ibid, P 58, , traduction par Naamane Boukrouh.**

إلى المادة 1 (2) من معاهدة الاستثمار الثانية[1] والمادة 25 من الاتفاقية الدولية لتسوية منازعات الاستثمار[2].

وفي الختام بينت بأنه وكما أوضح السيد ساويرس، قد عملت المدعية في بادئ الأمر على أن يقوم أحد فروعها، ممثلا في أوراسكوم تيليكوم القابضة، بمباشرة دعوى تحكيم ضد الطرف الجزائري، بعد ذلك عملت على أن يقوم فرع أخر من فروعها ممثلا في شركة ويذر إنفسمنت بالتهديد برفع دعوى تحكيم مختلفة لنفس النزاع، أخيرا –بعد التنازل عن الإستثمار– رفعت دعوى تحكيم إستثمارية أخرى بإسمها على علاقة بنفس الإستثمار (حصتها السابقة في OTA)، وعلى علاقة بنفس تدابير الدولة المضيفة ونفس التعويض[3].

وبذلك إستفادت المدعية من وجود معاهدات مختلفة على مستويات مختلفة من السلسلة العمودية للشركات، مستخدمة حقوقها في التحكيم وفي إجراءات الحماية المادية التي تنص عليها المعاهدات بطريقة لا تتوافق مع موضوع هذه الحقوق و الغرض من معاهدات الإستثمار.

1– أنظر المادة 1 من المرسوم رئاسي رقم 91–345، مؤرخ في 5 أكتوبر 1991، متضمن الإتفاق المبرم بين حكومة الجزائر و الإتحاد اللإقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي، المتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلة للإستثمارات، ج.ر.ج.ج عدد 46، صادر في 6 أكتوبر 1991 .

2– أنظر المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 95–346، مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، متضمن المصادقة على إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، ج.ر.ج.ج عدد 66، صادر في 5 نوفمبر 1995.

3– أنظر الملحق1، الفقرة 545، ص2

فالبنسبة للمحكمة، يعد مثل هذا السلوك تعسفا في إستخدام نظام حماية الإستثمارات، ما يشكل سببا إضافيا لعدم قبول الدعوى، وعليه لا يمكن للمحكمة ممارسة إختصاصها[1].

كما أكدت المحكمة أن التحليل الذي قامت به يتعلق بقبول الطلبات الرامية إلى الحصول على تعويضات المقدمة في قضية التحكيم الحالية، وليس في مدى تأسيس هذه الطلبات من حيث المسؤولية أو من حيث الكمية. ويعد إستنتاج المحكمة بشأن عدم قبول الطلبات هو نتيجة لوقائع معينة تتعلق بقضية الحال حيث أن :

1- مجمع الشركات التي كانت المدعية جزءا منه كان منتظما في سلسلة عمودية.

2- أن كيانات السلسلة كانت موضوعة تحت سيطرة نفس المساهم.

3- الضرر المزعوم من طرف هذه الكيانات (الشركات) المختلفة هو نفسه من الناحية الإقتصادية [2].

ومن ناحية أخرى، لا يمكن إنكار أنه خلال السنوات الخمس عشرة التي تلت عمليات التحكيم هذه، تطور الاجتهاد القانوني في مواد معاهدات الاستثمار، وبوجه خاص فيما يتعلق بتطبيق مبدأ التعسف في استعمال الحق (أو التعسف في استخدام الإجراءات) على النحو المذكور أعلاه، وقد مكن اللجوء إلى اعتماد هذا المبدأ المحاكم من تطبيق معاهدات الاستثمار بطريقة جعلتها تتجنب العواقب التي لم تكن متوقعة لدى محرري تلك المعاهدات، والتي كانت تتعارض مع الأهداف المنشودة عند إبرام هذه المعاهدات[3].

1- أنظر الملحق1، الفقرة 545، ص2.

2- أنظر الملحق1، الفقرة 546، ص ص 2-3.

3- أنظر الملحق1، الفقرة 547، ص 3.

الفرع الثالث:

منطوق حكم التحكيم

نبين الحكم النهائي الصادر في قضية أوراسكوم تيليكوم ضد الطرف الجزائري، نحدد مضمون هذا الحكم (أولا) ثم مناقشة هذا المنطوق (ثانيا).

أولا: من حيث مضمونه

تقرر المحكمة ما يلي:

أ- المطالب المقدمة في هذا التحكيم غير مقبولة ولا يمكن للمحكمة ممارسة اختصاصها للفصل في هذا النزاع.

ب- يجب على المدعية أن تعوض المدعى عليها عن المبالغ التي دفعتها إلى الاتفاقية الدولية لتسوية منازعات الاستثمار علي سبيل مصاريف التحكيم.

ج- تلزم المدعية بأن تدفع مبلغ 2.842.811.01 دولارا أمريكيا بالإضافة إلى مبلغ 58382.16 يورو إلى المدعى عليها، كمساهمة في أتعاب المحامين والمصاريف الأخرى التي تكبتدها هذه الأخيرة في إطار هذا التحكيم .

د- ترفض كافة الطلبات الأخرى[1].

ثانيا : مناقشة هذا المنطوق

بناء على ما توصل إليه القرار التحكيمي، يستخلص بأنه تم إستبعاد طلبات طالب التحكيم (أوراسكوم تيليكوم) ليس على أساس موضوعي و إنما على أساس شكلي يتمثل:

[1] - **Sentence DU 31/05/2017, op.cit , Para 587, P 171, traduction par Naamane Boukrouh.**

- غياب الإختصاص الشخصي (الشركة أو طالب التحكيم ليست طرفا في الإتفاقية أو معاهدة الإستثمار)، والموضوعي(مكتب أو مقر طالب التحكيم ليس في إحدى الدولتين المتعاقدتين).
- ممارسة هذه الشركة عن طريق مجموعتها من الشركات الفرعية التابعة لها لعدة دعاوى ضد المدعى عليها على أساس نفس الوقائع و نفس الموضوع و هو طلب التعويض مما فسره هذا القرار بمثابة تعسف في إستعمال الحق[1].

نشير إلى أن المحكمة أخذت بعين الإعتبار قبل التوصل إلى قرارها على وجه الخصوص للظروف التالية:

أولا– أن نتيجة القضية في نهاية المطاف كانت لصالح المدعى عليها، لأن المحكمة قررت أن جميع إدعاءات المدعية غير مقبولة.

ثانيا– وأن محكمة التحكيم قدرت أيضا أن سلوك المدعية في دعوى التحكيم الحالية يشكل تعسفا في إستعمال الحق[2].

1– مقابلة مع الأستاذ خن لمين، محامي لدى المجلس، 07 شارع 20 أوث 55 جيجل ، 8 جوان 2022، 14:00.

[2] - Sentence DU 31/05/2017, op.cit , Para 584, P 170, traduction par Naamane Boukrouh.

خاتمة

في ختام دراستنا لهذا الموضوع يمكن التأكيد على أن التحكيم التجاري الدولي هو من الآليات المكرسة قانونا لحل النزاعات التي قد تقع بين الطرف الأجنبي والطرف الوطني، ويعد ورقة ضمان للمستثمر الأجنبي الذي يخشى ضياع حقوقه، وطموح الدول لدفع وتيرة التنمية وتحقيق التطور الإقتصادي، دفعها لإقرار التحكيم والنص عليه، إذ يعد نظام حر ومستقل يفضله المستثمر الأجنبي كونه لا يخضع لقانون أي دولة ولا ينتمي لأي دولة، ما يحقق العدل والمساواة، ومن النتائج المتوصل إليها من خلال دراسة هذا الموضوع ما يلي:

- إرادة الأطراف هي الركن الجوهري الذي يقوم عليه نظام التحكيم، فنظام التحكيم دون شك طريق لحل النزاعات ويعد من الضمانات المساهمة في تنمية الإستثمارات وخلق مناخ ملائم لها.
- يمتاز التحكيم بمجموعة من المزايا تقوم على دعم الإستثمارات ما يفسر تعلق وإنجذاب المستثمر لهذا النظام وتوجه الدول كإقراره كضمانة تشجيعا للإستثمار، حيث أن هذا النظام المستقل الذي يمتاز بقواعد مرنة يعمل على الفصل في المنازعات بسرعة وسرية تامة.
- لعبت مراكز التحكيم الدولية الدائمة المختصة في تسوية نزاعات الإستثمار دورا فعالا في تحقيق التوازن وحفظ حقوق كلا الأطراف وبعث الإطمئنان للمستثمرين و الدول المضيفة، يرجع ذلك لحياد وكفاءة المحكمين وخبرتهم الواسعة، فوجود مثل هذه المراكز ساهم في تشجيع الإستثمارات لا سيما في الدول النامية.
- بما أن التحكيم طريق بديل يلجأ إليه لحل النزاعات بين الدول أو بين دولة ومستثمر (قانون دولة المستثمر ضد ق.الدولة المضيفة) ما يعني إصطدام أو تنازع القوانين حول القانون الواجب التطبيق، حيث يرجع في الأساس لإرادة الأطراف وفي حالة غياب أو عدم الإتفاق تقوم محكمة التحكيم بتحديد القانون الواجب التطبيق.

- تتجلى أهمية التحكيم في عقود الإستثمار في دوره في جلب وتشجيع الإستثمارات والفائدة والمنفعة التي يعود بها لكل من الأطراف المتعاقدة، فقد أصبح حقيقة لا مفر منها، مما جعل البلدان النامية تدرك هذه الأهمية وتسارع للإنضمام إلى المعاهدات ذات الصلة بالتحكيم، إذ أنه يمكن القول أن التحكيم التجاري الدولي يرتبط مباشرة بالإستثمار الأجنبي فكلما تطور التحكيم التجاري، زادت الإستثمارات الأجنبية وفتح المجال أمام المستثمرين لرفع عدد إستثماراتهم.
- وقد سايرت الجزائر باقي الدول المضيفة وبادرت بالإنضمام إلى العديد من الإتفاقيات، سعيا منها لتحريك عجلة التنمية الإقتصادية حيث كرست التحكيم في قانون الإستثمار(المادة24 ق.16-09) وأكدت على ذلك في ق.إ.م.إ (المادة 1039-1061) كما أن حكم التحكيم حكم قابل للتنفيذ في دولة أو أكثر ومعترف به حسب إتفاقية نيويرك التي إنضمت إليها الجزائر سنة 1988(مرسوم 88-233).
- تعالج مراكز التحكيم العديد من القضايا خاصة في مجال منازعات الإستثمار، وقد كانت الجزائر إحدى الأطراف في هذه القضايا (مدعى عليها) كقضية أوراسكوم تيليكوم وقضية ل.ي.س.ي ديبينطا، وقد قامت محكمة التحكيم أثناء الفصل فيها بمراجعة الإتفاقيات المبرمة كونها القالب الذي يفرغ فيه أو يعبر الأطراف عن إرادتهم ثم دراسة كل الدفوع والطلبات بالتفصيل وتحليلها، وتقديم ملاحظاتها ثم إصدار الحكم النهائي.

من خلال النتائج السابقة يمكن تقديم جملة من الإقتراحات التي من شأنها جعل التحكيم أكثر فعالية نوجزها فيما يلي:

- يجب على الدول مراعاة الحذر عند صياغة أو إدراج شرط التحكيم في عقد الإستثمار، وعدم ترك المجال أمام الطرف الخصم لإستغلال أي ثغرات في صياغته، قد تؤدي لميل الكفة لصالحه وبالتالي يصبح التحكيم وسيلة غير مجدية، ويصعب الأمر على هيئة التحكيم ما يرتب صدور حكم غير سليم وعادل.

- يجب على البلدان المضيفة للإستثمار أن تسعى جاهدة لتكوين خبراء في مجال التحكيم والإستثمار، محصنين بكل المتطلبات القانونية والمعرفية الإقتصادية والتقنية واللغوية، بالإضافة إلى عقد دورات تدريبية وملتقيات وطنية ودولية لتبادل الخبرات.
- يجب أن تكون هناك مراجعة مستمرة للتشريعات لمواكبة التطور الهائل يشهده العالم، و الموازنة مع مبدأ الإستقرار التشريعي أو الأمن القانوني، إذ أن مجالات الإستثمارات أصبحت كثيرة، فالعمل على جذب الإستثمارات ودفع عجلة التنمية يقتضي من الدولة الجزائرية تبني سياسة إستثمارية مشجعة والحرص على تنفيذها، كذلك ضرورة تجميع النصوص والقوانين المتعلقة بالإستثمار وتسهيل الإطلاع عليها خاصة في ظل التطور التكنولوجي (مثلا: إستحداث موقع إلكتروني أو صفحة رسمية معتمدة توضع فيها كل ما يتعلق بمجال الإستثمار من قوانين، إلى مشاريع إستثمارية أنجزت، إلى مواقع جغرافية إستراتيجية أو مجالات تود الإستثمار فيها، تسهل على المستثمر بشكل خاص معرفة أو أخذ فكرة مسبقة).
- التأكيد ضمن الإتفاقيات الثنائية على مبدأ الأمن القانوني والسعي إلى تسوية النزاعات بشكل ودي قبل اللجوء إلى محاكم التحكيم الدولية والتي قد تكلف مصاريف كبيرة.
- التحكيم الدولي في مجال الإستثمارات الأجنبية بقدر ما يحقق نتائج إيجابية بقدر ما يخلق أيضا آثار وخيمة على الدولة المضيفة في حال خسارتها لمعركة التحكيم التجاري الدولي، لذلك يتعين التبصر والحذر في وضع القواعد القانونية المنظمة لإتفاقيات الإستثمار الأجنبي.

الملاحق

Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

Affaire CIRDI ARB/12/35

Orascom TMT Investments S.à r.l.

Demanderesse

c.

La République algérienne démocratique et populaire

Défenderesse

Sentence

Tribunal arbitral
Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Président du Tribunal
Prof. Albert Jan van den Berg, Arbitre
Prof. Brigitte Stern, Arbitre

Secrétaire du Tribunal
Mme Aurélia Antonietti

Assistant du Tribunal
M. Michele Potestà

Date d'envoi aux parties : 31 mai 2017

P1

545. En effet, comme l'a expliqué M. Sawiris, la Demanderesse a d'abord fait en sorte que l'une de ses filiales, OTH, engage une procédure contre l'Algérie. Puis, elle a fait en sorte qu'une autre filiale de la chaîne, Weather Investments, menace d'introduire une procédure d'arbitrage différente pour le même litige. Enfin – après avoir cédé l'investissement – elle a engagé en son nom encore un autre arbitrage d'investissement, en rapport avec le même investissement (sa participation antérieure dans OTA), les mêmes mesures de l'État d'accueil et le même dommage. Ce faisant, la Demanderesse s'est prévalu de l'existence de divers traités à différents niveaux de la chaîne verticale de sociétés, faisant usage de ses droits à l'arbitrage et aux protections matérielles prévus par les traités de manière incompatible avec l'objet de ces droits et la finalité des traités d'investissement. Pour le Tribunal, un tel comportement est un abus du système de protection des investissements, ce qui constitue un motif d'irrecevabilité supplémentaire. Dès lors, le Tribunal ne saurait exercer sa compétence pour statuer sur ce différend.

e. Observations finales

546. Le Tribunal entend souligner que l'analyse menée ci-dessus concerne la *recevabilité* des demandes de réparation présentée dans cet arbitrage, et non le bien-fondé de ces demandes en termes de responsabilité ou de quantum. De surcroît, la conclusion du Tribunal concernant l'irrecevabilité des demandes est le résultat des faits particuliers de l'espèce, dans laquelle (i) le groupe de sociétés dont faisait partie la Demanderesse était organisé en une chaîne

[837] Tr. Jour 2, 189:21-190:13.

PZ

verticale ; (ii) les entités de la chaîne étaient placées sous le contrôle du même actionnaire ; (iii) les mesures contestées par les diverses entités de la chaîne étaient les mêmes de sorte que le différend notifié à l'Algérie par ces entités était en substance le même ; et (iv) le préjudice allégué par les diverses entités était le même en termes économiques.

547. Il est vrai que par le passé des tribunaux ont adopté des approches différentes face à des constellations présentant quelques similarités avec la présente espèce. En particulier, les tribunaux dans les affaires *CME c. la République tchèque* et *Lauder c. la République tchèque* ont admis la poursuite d'arbitrages fondés sur des traités d'investissement différents, alors même que les deux procédures étaient issues des mêmes faits et réclamaient la réparation du même préjudice. Les tribunaux ont ensuite abouti à des issues contradictoires, ce qui a constitué l'une des raisons pour lesquelles ces décisions ont été largement critiquées. Cela étant, ces affaires doivent être vues dans le contexte de l'historique de leur procédure, la défenderesse ayant refusé plusieurs offres de consolidation ou autre mode de coordination des procédures[838]. Par ailleurs, il ne peut être nié qu'au cours des quinze années qui ont suivi ces arbitrages, la jurisprudence en matière de traités d'investissement a évolué, notamment sur l'application du principe de l'abus de droit (ou abus de procédure), comme cela a été rappelé plus haut. Le recours à ce principe a permis aux tribunaux d'appliquer les traités d'investissement de manière à éviter des conséquences qui n'avaient pas été prévues par leurs rédacteurs et se trouvaient en conflit avec les objectifs poursuivis lors de la conclusion de ces traités.

548. En conclusion, pour les motifs qui précèdent, les demandes de la Demanderesse sont irrecevables, et le Tribunal ne peut exercer sa compétence pour statuer sur le différend. Étant donné cette conclusion, le Tribunal peut se dispenser d'examiner les autres objections soulevées par l'Algérie et résumées dans la section V.D.1-3 ci-dessus, car une décision sur ces objections ne changerait pas l'issue de la présente affaire.

P3

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

1- القرأن الكريم

2- النصوص القانونية

أ- الإتفاقيات

1- مرسوم رقم 88-233، مؤرخ في 5 نوفمبر 1988، يتضمن الإنضمام بتحفظ إلى إتفاقية نيويورك لسنة 1958، الخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيدها، ج.ر.ج.ج عدد 48، الصادر في 23 نوفمبر 1988.

2- مرسوم رئاسي رقم 91-345، مؤرخ في 5 أكتوبر 1991، متضمن الإتفاق المبرم بين حكومة الجزائر و الإتحاد اللإقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي، المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، ج.ر.ج.ج عدد 46، صادر في 6 أكتوبر 1991.

3- مرسوم الرئاسي رقم 91-346 مؤرخ في 05 أكتوبر 1991، يتضمن الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية و الجمهورية الإيطالية حول ترقية و الحماية المتبادلة للإستثمارات، ج.ر.ج.ج عدد 46، الصادر في 06 أكتوبر 1991.

4- مرسوم الرئاسي رقم 95-346، مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، متضمن المصادقة على إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، ج.ر.ج.ج عدد 66، صادر في 5 نوفمبر 1995.

ب- النصوص التشريعية

1- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، متضمن ق.م.ج، ج.ر.ج.ج،عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، معدل و متمم.

2- أمر رقم 01-03 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الإستثمار، ج.ر.ج.ج، عدد 47، الصادر في 22 أوت 2001 ، المعدل و المتمم (ملغى).

3- قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن ق.إ.م.إ ،ج.ر.ج.ج، عدد 21، مؤرخ في 23 أفريل2008.

4- قانون رقم 16-09، مؤرخ في 03 أوت 2016، متعلق بترقية الإستثمار، ج.ر.ج.ج عدد 46، صادر في 03 أوت 2016.

ج- النصوص التنظيمية

1- مرسوم تنفيذي رقم 01-416 مؤرخ في 20 ديسمبر 2001 ، يتضمن الموافقة على إتفاقية الإستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الإستثمارات و دعمها و متابعتها و أوراسكوم تيليكوم الجزائر، ج.ر.ج.ج، عدد 80، الصادر في 26 ديسمبر 2001.

ثانيا: المراجع

أ- الكتب

1- **أحمد السيد صاوي،** التحكيم، المؤسسة الفنية للطباعة و النشر، مصر، 2002 .

2- **أحمد صالح علي،** الطرق البديلة لحل المنازعات، الصلح،الوساطة،التحكيم، حسب ق.إ.م.إ الجزائري، منشورات دار الخلدونية، الجزائر، 2021.

3- **أسامة أحمد الحواري،** القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، مصر، 2008.

4- **جمال محمود الكردي،** القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، مصر، 2003.

5- حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

6- حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.

7- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الإستثمار، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن،2014.

8- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الشروق، مصر، 2002 .

9- **صلاح الدين جمال الدين،** الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2004.

10- عبد العزيز قادري ، الاستثمارات الدولية- التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات، ط2، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2006 .

11- فراح مناني، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، الجزائر، 2010.

12- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2008.

13- كمال عليوش قربوع، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

14- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، ط2، دار هومة، الجزائر، 2014.

15- _____، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الاجراءات المدنية و الادارية و القوانين المقارنة، دار هومة، الجزائر، 2012.

16- محسن جميل جريح، التحكيم التجاري الدولي و الداخلي، دراسة مقارنة، ط1، مكتبة زين الحقوقية و الأدبية، لبنان، 2016 .

17- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1998.

18- محمد الأسعد بشار، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

19- محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.

20- محمود السيد عمر التحيوي، الصيغة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، مصر، 2003.

21- _____، أنواع التحكيم و تمييزه عن الصلح، الوكالة، الخبرة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2002.

22- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي، منشأة المعارف، مصر، 2000.

23- موسى طالب حسن، قانون التجارة الدولية، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2005.

24- ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2008.

ب- الرسائل والمذكرات الجامعية

ب1- رسائل الدكتوراه

1- **الطيب زروتي،** التحكيم و القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006.

2- **سي فضيل الحاج،** أليات فض منازعات عقود الإستثمار الأجنبي المباشر، أطروحة لنيل درجة الدكتوراة في الحقوق، تخصص القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم ، 2019.

3- **طيب قبايلي** ،التحكيم في عقود الإستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن، أطروحة لنيل درجة الدكتوراة في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2012.

4- **عبد الرحيم أوسهلة،** الأليات القانونية لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي في الجزائر، أطروحة لنيل درجة الدكتوراة ، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسة، جامعة جيلالي ليباس، بلعباس، 2016.

5- **عبد القادر رقاب** ، الأليات البديلة لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي، أطروحة لنيل درجة الدكتوراة ، تخصص القانون العام المعمق، كلية الحقوق و العلوم السياسة، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2020.

6- **محمد الأسعد بشار،** عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراة ، جامعة عين الشمس، مصر، 2004.

7- **نسيمة عطار،** النظام القانوني لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018.

ب2- مذكرات الماجستير

1- **أحمد بوخلخال،** نظام تسوية منازعات الإستثمارات الأجنبية في القانون الدولي و تطبيقاته في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2013.

2- **زهية زيري** ، الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون المنازعات الادارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.

3- **كمال معروف،** التحكيم التجاري الدولي في ظل المرسوم التشريعي 93-09، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2000.

4- **محمد جارد،** دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2010.

5- **مسعود حيطوم،** تسوية منازعات الإستثمار الأجنبي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون خاص فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1 2015.

6- **منى بوختالة،** التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الإستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، 2014.

ب3- مذكرات الماستر

1- **إسحاق بوكربوعة،** سعداني عبد الواحد، التحكيم في منازعات الإستثمار، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في قانون الأعمال، تخصص النظام القانوني للإستثمار، كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة 8 ماي 1945 قالمة،2014.

2- **أمال قاسمي،** دور التحكيم التجاري الدولي في تسوية منازعات الإستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2017.

3- **أمنة صابة، مريم بوكحيل،** دور التحكيم التجاري الدولي في فض المنازعات الإقتصادية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي ،جيجل ، 2015.

4- **إنتصار صاحبي،** تسوية منازعات الإستثمار الأجنبي عن طريق التحكيم الدولي، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2017.

5- **حسام عناب،** القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار الدولية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي 2018.

6- **عبد الفتاح بوجردة، مسعود قشي،** ضمانات تشجيع الإستثمار في ضوء القانون 16-09، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون خاص للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2017.

7- **محمد حمداني،** التحكيم التجاري الدولي في منازعات الإستثمار، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص19.

8- **نور الدين تيتة،** دور التحكيم التجاري الدولي في تسوية منازعات الإستثمار الأجنبي في الجزائر مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2015.

ج- المقالات العلمية

1- **الطاهر برايك ،**" تسوية منازعات الإستثمار الأجنبي عن طريق التحكيم التجاري لدى التشريع الجزائري" ، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، مجلد 10، عدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2017، ص ص 260-273.

2- **الطاهر بن قويدر، بشير جعيرن،**" تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في الجزائر كضمانة لتسوية منازعات إستثماراتها"، مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية و الإقتصادية، مجلد 8، عدد 4، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أمين العقال الحاج موسى، تامنغست، الجزائر، 2019 ، ص ص 186-208.

3- **إلياس عجابي ،** "النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون إ.م.إ الجديد" المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية ،مجلد 47، عدد 3، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2010، ص ص 55-78.

4- **جمال بوسته، ميلود سلامي،** "التحكيم التجاري كضمان اجرائي لتسوية منازعات الاستثمار" ، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية ، مجلد 2، عدد 1 ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2017 ، ص ص 142-154.

5- **راضية شريفي،**" التحكيم التجاري الدولي كوسيلة بديلة لحل منازعات الاستثمار الأجنبي" ،" مجلة صوت القانون"، مجلد7، عدد 3، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، 2021، ص ص، 526-546.

6- **رفيقة بسكري،** "التحكيم كضمانة اجرائية لتسوية منازعات الاستثمار الولية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، مجلد3، عدد 9، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة ،2016، ص ص 171-188.

7- سامية بلجراف، حفيظة مستاوي، " التحكيم كضمانة إجرائية لتسوية منازعات عقود الإستثمار و أثره على الحصانة القضائية و التنفيذية للدولة المضيفة"، مجلة الأبحاث القانونية و السياسية، مجلد 2، عدد 2، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، 2020، ص ص 134-155.

8- عنتر حديدي، "التحكيم كألية اجرائية في منازعات عقود الاستثمار"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية"، مجلد 6، عدد 3، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة،2021، ص ص 1998-2019.

9- فيصل فار،" نظام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر حسب مقتضيات القانون الجديد"، مجلة دائرة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، مجلد 2، عدد4، كلية الحقوق و العلوم السياسية، المركز الجامعي مرسلي عبد الله ، تيبازة،2018، ص ص 230-262.

10- محمد عبد الكريم عدلي، "خصوصية التحكيم في منازعات العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية"، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، مجلد3 ، عدد 1، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2010، ص ص 102-114.

د- المقابلات

1- **مقابلة مع الأستاذ خن لمين،** محامي لدى المجلس، 07 شارع 20 أوث 55 جيجل ، 8 جوان 2022

ه- مراجع باللغة الأجنبية

1- وثائق إلكترونية

1- https://uncitral.un.org

2-https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/publication-of-icc-arbitral-awards-with-jus-mundi/

3- https://jusmundi.com/en/document/pdf/decision/fr-consortium-groupement-l-e-s-i-dipenta-v-peoples-democratic-republic-of-algeria-award-monday-10th-january-2005

4- Sentence DU 31 /05/ 2017 , ORASCOM TMT INVESTMENTS S.A.R.L c/ République Algérienne , disponible sur le site : https://jusmundi.com/en/document/decision/fr-orascom-tmt-investments-s-a-r-l-v-peoples-democratic-republic-of-algeria-award-wednesday-31st-may-2017

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات	الصفحة
مقدمة	1
الفصل الأول: الحاجة إلى التحكيم الدولي لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي	6
المبحث الأول: ماهية التحكيم الدولي في منازعات الإستثمار الأجنبي	7
المطلب الأول: مفهوم التحكيم الدولي	7
الفرع الأول: تعريف التحكيم التجاري الدولي	7
أولا: التعريف اللغوي و الإصطلاحي	7
أ- التعريف اللغوي	7
ب- التعريف الإصطلاحي	8
ثانيا: التعريف الفقهي	8
ثالثا: التعريف القانوني	9
الفرع الثاني: أنواع التحكيم	11
أولا: التحكيم الوطني و التحكيم الدولي	11
ثانيا: التحكيم الحر و التحكيم المؤسسي	12
ثالثا: التحكيم الإختياري و الإجباري	14
رابعا: صور التحكيم	14
الفرع الثالث: تمييز التحكيم عن غيره من النظم المشابهة	15
أولا: التحكيم و الصلح	15
ثانيا: التحكيم و الخبرة	16
ثالثا: التحكيم و الوكالة	16
رابعا: التحكيم و الوساطة	17

خامسا: التحكيم والقضاء	17
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم	18
الفرع الأول: التحكيم ذو طبيعة عقدية	18
الفرع الثاني: التحكيم ذو طبيعة قضائية	20
الفرع الثالث: التحكيم ذو طبيعة مختلطة	22
الفرع الرابع: التحكيم ذو طبيعة مستقلة	23
المبحث الثاني: أهمية التحكيم التجاري كطريق لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي	25
المطلب الأول: مبررات اللجوء للتحكيم في منازعات الإستثمارالأجنبي	25
الفرع الأول: مزايا التحكيم تتماشى و طبيعة منازعات الإستثمار	25
أولا: سرعة الإجراءات و الفصل في النزاع	26
ثانيا: سرية التحكيم	27
ثالثا: حرية الأطراف	27
رابعا: التحكيم قضاء متخصص	28
خامسا: قلة التكاليف	28
الفرع الثاني: تمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم	29
الفرع الثالث: التحكيم ضمانة قضائية لتشجيع الإستثمار الأجنبي	31
المطلب الثاني: الضمانات اللازمة لفاعلية التحكيم في منازعات الإستثمار	35
الفرع الأول: إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي	36
الفرع الثاني: الإختصاص بالإختصاص في نظر النزاع	37
الفرع الثالث : تعذر الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة	38

الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بإجراءات التحكيم في منازعات الإستثمار الأجنبي	42
المبحث الأول: إجراءات التحكيم الدولي و حكم التحكيم	43
المطلب الأول: إجراءات التحكيم في منازعات الإستثمار الأجنبي	43
الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم و موضوع النزاع	43
أولا: القانون الواجب التطبيق على إجراءات النزاع	45
ثانيا: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع	45
الفرع الثاني: بدأ إجراءات التحكيم و تنظيمها	47
أولا: بدأ إجراءات التحكيم	47
ثانيا: تشكيل هيئة التحكيم	49
الفرع الثالث: إجراءات سير النزاع التي تتبعها هيئة التحكيم	52
أولا: ميعاد الحكم و المداولة	52
ثانيا: كتابة الحكم و تسبيبه	52
المطلب الثاني: حكم التحكيم الصادر في منازعات الإستثمارالأجنبي	55
الفرع الأول : إصدار حكم التحكيم التجاري الدولي في منازعات الإستثمار الأجنبي	55
الفرع الثاني: بيانات حكم التحكيم التجاري الدولي في منازعات الإستثمار الأجنبي	57
الفرع الثالث: حجية حكم التحكيم ونفاذه والطعن فيه	59
أولا: حجية حكم التحكيم	59
ثانيا: تنفيذ حكم التحكيم	60
ثالثا: الطعن في حكم التحكيم	62
المبحث الثاني : قضايا تحكيمية في منازعات الإستثمار الأجنبي	64

المطلب الأول: قضية الوكالة الوطنية للسدود و ل.ي.س.ي–ديبينطا	65
الفرع الأول: حيثيات القضية	65
أولا: أطراف القضية	65
ثانيا: وقائع القضية	66
الفرع الثاني: دراسة و مناقشة الدفوع و الطلبات	67
أولا: طلبات الشركة الأجنبية	67
ثانيا: دفوع الوكالة الوطنية للسدود	67
الفرع الثالث: منطوق حكم التحكيم	70
أولا: من حيث مضمونه	71
ثانيا : مناقشة هذا المنطوق	71
المطلب الثاني: قضية أوراسكوم تيليكوم ضد وكالة ترقية الإستثمارات ودعمها ومتابعتها	72
الفرع الأول: حيثيات القضية	72
أولا: أطراف القضية	72
ثانيا: وقائع القضية	73
الفرع الثاني: دراسة و مناقشة الدفوع و الطلبات	75
أولا: طلبات أوراسكوم	76
ثانيا: دفوع الطرف الجزائري	76
الفرع الثالث: منطوق حكم التحكيم	81

أولا: من حيث مضمونه	**81**
ثانيا : مناقشة هذا المنطوق	**81**
خاتمة	**84**
قائمة المراجع	**92**
فهرس المحتويات	**103**
الملحق	
ملخص الدراسة	

ملخص الدراسة

أدى توسع التجارة الدولية وإبرام عقود دولية سواء بين دولة ممثلة في أحد أشخاصها مع أحد الأطراف الأجنبية أو مع دولة أجنبية أخرى إلى تطوير بيئة إقتصادية ممتازة، تحقق فائدة قد تفوق في بعض الأحيان تصور أطراف العقد.

وتغير مفهوم التجارة الدولية ليضم أيضا الإستثمارات التي أصبحت ركيزة تستند عليها الدول النامية لسد حاجياتها ومواكبة التطورات الإقتصادية، لكن نتيجة لبعض الظروف التي قد تكون في بعض الأحيان قوى قاهرة أو نتيجة لعراقيل قد تتسبب بها هذه الدول يؤدي لنزاعات مع المستثمرين وعليه إرتبط حل هذه النزاعات بالتحكيم التجاري، وأنشئت لأجل ذلك الغرض مراكز تحكيم تشجيعا للمستثمرين وتبديد الريبة عنهم، إضافة لتقديم الدول المضيفة لضمانات وخلق بيئة قانونية تستقطب المستثمرين.

STUDY SUMMARY

The expansion of international trade and the conclusion of international contracts, whether between a state represented in one of its persons with a foreign party or a foreign country, led to the development of an excellent economic environment, achieving a benefit that may sometimes exceed the perception of the parties to the contract.

And the concept of international trade changed to also include investments that became a pillar on which developing countries depend to meet their needs and keep pace with economic developments, but as a result of some circumstances that may sometimes be force majeure or as a result of obstacles that these countries may cause that lead to disputes with investors and therefore the resolution of these disputes is linked to arbitration For this purpose, arbitration centers were established to encourage investors and dispel mistrust, in addition to providing the host countries with guarantees and creating a legal environment that attracts investors.