التكريس التشريعي للتحكيم التجاري الدولي ودوره في ضمان الاستثمار

Legislative dedication to international commercial arbitration and its role in ensuring investment

يخلف عبد القادر*، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عمار ثليجي – الأغواط –
a.yekhlef@lagh-univ.dz

تاريخ إرسال المقال: 2021/08/09 تاريخ قبول المقال: 2021/11/03 تاريخ نشر المقال: 2021/11/11

الملخص:

ظهرت فكرة التحكيم كوسيلة لجلب المستثمرين الأجانب لأجل المساهمة في تنمية الاقتصاد الوطني للدولة، حيث بدأت الدول تسن القوانين لأجل تسهيل عملية الاستثمار، فإضافة إلى تقديم الحوافز المالية والجمركية والضريبية، وحتى تلك المتعلقة بالملكية، فقد ظهر ضمان آخر لا يقل أهمية عنهم ألا وهو وجوب تكريس فكرة التحكيم الدولي في القوانين الداخلية للبلاد.

وعليه، نهدف من خلال دراستنا هذه أن نبيّن موقف المشرّع الجزائري من نظام التحكيم الدولي ومدى تجسديه في القوانين الداخلية من جهة، ومن جهة أخرى مدى فعالية هذا النظام في خدمة مصالح المستثمرين ونجاح استثمارهم قصد تشجيع وتنمية الاستثمارات داخل البلاد.

الكلمات المفتاحية: التحكيم التجاري الدولي؛ الاستثمار؛ ضمانات الاستثمار.

Abstract:

The idea of arbitration appeared as a means to attract foreign investors in order to contribute to the development of the national economy of the state, as countries began to enact laws in order to facilitate the investment process. The idea of international arbitration in the internal laws of the country. Accordingly, we aim through this article to show the Algerian legislator's position on the international arbitration system and the extent to which it is embodied in the internal laws on the one hand, and on the other hand, the effectiveness of this system in serving the interests of investors and the success of their investment in order to encourage and develop investments inside the country.

Key words: international commercial arbitration; investment; investment guarantees.

* **المؤلف المرسل**

المقدمة:

إن المستجدات التي يعرفها العالم باستمرار خاصة بدخول القطاع الخاص في إنشاء البنية التحتية والقيام بالمشاريع الكبرى، وأحيانا المتعددة الجنسيات، أدت تلك التطورات إلى خلق فرص لأنشطة جديدة في مجال الضمان، هذه الفرص جاءت مصحوبة بمخاطر مستجدة، من أجل كل هذا كان لابد من إيجاد آليات وقوانين تضمن الأخطار الجديدة، تسهل وتشجع عملية الاستثمار.

وبهذا المفهوم ظهرت فكرة الضمان كوسيلة لجلب المستثمرين الأجانب لأجل المساهمة في تنمية الاقتصاد الوطني للدولة، حيث بدأت الدول تسن القوانين لأجل تسهيل عملية الاستثمار، فإضافة إلى تقديم الحوافز المالية والجمركية والضريبية، وحتى تلك المتعلقة بالملكية، فقد ظهر ضمان آخر لا يقل أهمية عنهم ألا وهو وجوب التكريس التشريعي للتحكيم الدولي في القوانين الداخلية للبلاد.

وعلى هذا الأساس، فإن أول ما يطّلع عليه المستثمرين الأجانب هو القوانين الداخلية للبلدان المراد استثمار رؤوس أموالهم فيها، فإن كانت هاته القوانين تخدم مصالحهم وتحميهم وتضمن نجاح استثمارهم تشجعوا بالدخول فيها، خاصة تلك القوانين المنظمة للمنازعات الاستثمارية والتي تتجنب اللجوء إلى القضاء الوطني وتبني وسيلة التحكيم لحل هذه النزاعات. فالتحكيم الدولي هو عبارة عن ذلك " الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة ويرتكز على أساسين هما: إرادة الخصوم وإقرار المشرع لهذه الإرادة وإذا كان يبدأ بعقد فهو ينتهي بحكم"[2].

وبالتالي، فللتحكيم مميزات عديدة لها علاقة بجذب المستثمر الأجنبي، خاصة أنه لا يخضع فيه أحد طرفي الخلاف لقضاء دولة أجنبية عنه نظرا لوجود اتفاق مسبق أو اتفاقيات دولية تنظم التحكيم في المنازعات التي تثور بين الدول ورعايا دولة أخرى مما يبث الطمأنينة في نفس المستثمرين ويبعثهم على الاستثمار دون الخوف من ميول القضاة وتدني مستواهم وانحرافهم.

أضف إلى ذلك أن التحكيم هو آلية من آليات النظام الرأسمالي العالمي، يستخدمها المستثمر لضمان ريادة وزعامة دول الشمال المتقدم وبقاء تخلف وتبعية الجنوب المتخلف. وذلك بمنع القضاء الوطني في الدول النامية من نظر منازعات عقود التنمية الاقتصادية وما ينجم عنه من تأثر القاضي الوطني بما تقتضيه مصالح بلاده الاقتصادية وبالتالي تأثر مصالح المستثمر الذي يعتبر التحكيم "طوق النجاة "بالنسبة إليه لارتكازه على مبدأ "سلطان الإدارة"، مما يجعل الطرف الضعيف أي الدول النامية و مشروعاتها تحت رحمة "المحكم" الذي لا يمكن أن تتوفر له حيدة ونزاهة القاضي، ويبلغ الشر مداه في نظام التحكيم.

كل هذا يقودنا في النهاية إلى ما معناه العودة لنظام الامتيازات الأجنبية الذي ظل جاثما يشل يد المشرع الوطني في الدول النامية إبان عصور الاحتلال ويذهب البعض إلى أن إصدار وسن التشريعات الوطنية للتحكيم أصبح أمرا مفروضا على الدول النامية والتي من بينها الجزائر، وإلا وجدت نفسها محرومة

من المعونات الدولية ومن مؤازرة المؤسسات الدولية المنوط بها مساعدة هذه الدول كالبنك الدولي وصندوق النقد الدولي وكافة الوكالات التابعة للأمم المتحدة.

وانطلاقا من هاته الاعتبارات، ضمنت الدول في تشريعاتها نصوصا لتسوية المنازعات التي يمكن أن تثور بين الدول المضيفة أو أحد هيئاتها مع المستثمرين الأجانب، حيث تلجأ الدول إلى اعتماد هذا الأسلوب لجلب الاستثمار الأجنبي عن طريق الإعلان مسبقا عن موافقتها على إخضاع النزاع للتحكيم الدولي. واستنادا إلى هذا، فإن هذا الموضوع يثير عدة تساؤلات والتي يمكن حصرها في الإشكالية التالية: إلى أي مدى كرّس المشرع الجزائري نظام التحكيم التجاري الدولي؟ وهل هذا التكريس كافي لجلب الاستثمار الأجنبي؟

وللإجابة عن هاته الإشكالية تطلب منا استخدام كل من المنهج القانوني وذلك بتحليل النصوص القانونية قصد تتبع موقف المشرع الجزائري من تكريس التحكيم التجاري في نصوصه القانونية (المبحث الأول)، ثم التطرق إلى دراسة مدى ملائمة أو فعالية النصوص القانونية المنظمة للتحكيم الدولي لضمان جلب المستثمر الأجنبي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: التكريس التشريعي لفكرة التحكيم الدولي كضمان للاستثمار بين التردد والقبول

لما كان النظام القضائي الجزائري متهما بالتثاقل ونقص الفاعلية وغياب الحياد خاصة عندما تكون الدولة أو أحد مؤسساتها طرفا في النزاع، أصبح من الضروري التوجه إلى وسائل بديلة عن الإطار القضائي بحل المنازعات بغية إعطاء أكثر ثقة للشركاء الاقتصاديين الأجانب، ويعتبر التحكيم التجاري الدولي من أهم هذه الوسائل. إلا أن التحكيم التجاري الدولي في الجزائري قد مرّ بمرحلتين؛ الأولى تميزت بأنها فترة تردد في تبني التحكيم التجاري كوسيلة بديلة لحل النزاعات التجارية الدولية (المطلب الأول)، والمرحلة الثانية تميزت بتبني هذا النظام كحتمية أفرزتها ضغوطات المستثمرين الأجانب والأزمات الاقتصادية العالمية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تردد تشريعي في تكريس فكرة التحكيم التجاري الدولي

لقد مرت الجزائري بعدة مراحل تميّزت بالتردد بين القبول والرفض للتحكيم التجاري الدولي، ولأجل دراسة هذا التردد فقد قمنا بقسيم هذه المراحل إلى مرحلة استمرا العمل بالتشريعات الفرنسية، ومرحلة ما بعد صدور أول قانون للإجراءات المدنية.

فغداة استقلال الجزائر من فرنسا، أصدرت الجزائر قانون 31 ديسمبر 1962 يتضمن استمرار العمل بالقوانين الفرنسية ماعدا ما يتعارض مع السيادة الوطنية، كما كان يشهد الوضع السائد في هذه الفترة يعمل بمبدأ عدم إمكانية تقاضي الدولة إلا أمام محاكمها الوطنية، مما يجعلها في الحقل الدولي تتمسك بالحصانة القضائية أمام المحاكم الأجنبية، إذ أنه كان من غير المعقول أن تحاكم دولة ذات سيادة أمام محكمة تحكمية، فبناء على هذا المبدأ، وخاصة بعد الاستقلال، كان من غير الممكن للدولة الجزائرية اللجوء إلى

لتحكيم إلا مع الدول أو مع المنظمات الدولية دون أشخاص القانون الخاص ورغم ذلك، عرف هذا المبدأ استثناء كان في مجال المحروقات وذلك باستمرار العمل بالقانون الذي كان يحكمه قبل 1962 والمتمثل في قانون البترول الصحراوي 1958 ، حيث تنص المادة 41 منه على" إحالة جميع الخلافات التي تنشأ بين الحكومة المانحة لتراخيص الاستغلال والامتيازات". وهي الحكومة الفرنسية والشركات المتعاقدة معها إلى التحكيم. كما نصت اتفاقية إيفيان على الضمانات القانونية المتمثلة في التحكيم كوسيلة لحل النزاعات بين الجزائر و فرنسا، و هذا كله من أجل التحكم في قطاع المحروقات وضمان الحقوق المكتسبة وإستمراريتها بعد الاستقلال[2].

كما أبرمت الجزائر عدة اتفاقيات مع فرنسا اتفقت فيها على تسوية النزاعات الناشئة بين الدولتين عن طريق التحكيم الدولي، أهما الاتفاق الجزائري الفرنسي بتاريخ 26 جوان 1963 والذي جعل محكمة التحكيم الدولية هي صاحبة الاختصاص في الفصل في النزاعات، وكذلك فقد جعلت قرارات التحكيم قابلة للتنفيذ دون الحاجة إلى استيفاء طلب التنفيذ[3]. كما اتفقت الجزائر مع فرنسا بتاريخ 29 جويلية 1965 أدرج فيه نظام التوفيق الإلزامي إلى جانب التحكيم[4].

المطلب الثاني: قبول حتمي لتكريس فكرة التحكيم التجاري الدولي

لقد أخذ المشرع الجزائري بعد صدور الأمر 66-145 المتضمن قانون الإجراءات المدنية[5]، قاعدة أساسية أخذها من النظام التحكيمي الداخلي الفرنسي وهي عدم جواز طلب كل من الدولة أو الأشخاص الاعتباريين التابعين لها للتحكيم[6]، غير أن الذي حصل في الجزائر عكس ذلك، فقد أبرمت الجزائر العديد من اتفاقيات التعاون والتي حملت في طياتها شرط التحكيم[7] مما يجعل هذا مخالفة مشروعة عن المبدأ العام المكرس في قانون الإجراءات المدنية[8].

ونظرا لهذا التناقض، جاء تدخل المشرع لمراجعة قانون الإجراءات المدنية عن طريق الأمر رقم 71-80 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971 والذي أكد فيه على التحكيم وجعله بين المؤسسات العمومية إلا أنه لم يبين لنا ما هي طبيعة التحكيم هل هو اختياري أم إجباري، وهذا ما فصل فيه تعديل قانون الإجراءات المدنية عن طريق الأمر 75-44 المؤرخ في 17 جوان 1975 والذي جعله إجباريا داخليا واختياريا في العلاقات الدولية لهذه المؤسسات[9].

وبهذه الحتمية التي فرضتها التجارة الدولية سواء على المستوى الداخلي أو الدولي جعلت الجزائر تسن القوانين التي تنص صراحة على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في النزاعات التي تكون المؤسسات العمومية طرفا فيها وذلك بموجب القانون 88-01 المؤرخ في 12 جانفي 1988[10].

كما قامت الجزائر على المستوى الدولي بإبرام عدة اتفاقيات ومعاهدات دولية ثنائية أو جماعية متعددة الأطراف تنص على التحكيم قصد ترقية الاستثمار وجلبه، منها انضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10 جوان 1958 المتعلقة باعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية وكذا توقيع الجزائر دون مصادقة

على اتفاقية عمان لسنة 1978 المبرمة بين 14 دولة عربية والتي بمقتضاها أنشئ مركز عربي للتحكيم التجاري مقره بالرباط[11].

ولهذه الأسباب تم التدخل صراحة من قبل المشرع الجزائري ليضع تشريعا خاصا بالتحكيم الدولي عن طريق المرسوم التشريعي 93-09[12] ليعدل به ويتمم قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966، حيث جاء هذا التعديل قصد إدراج باب خاص بالتحكيم الدولي ليساير التحولات الاقتصادية لتدخل بذلك الجزائر التحكيم الدولي، من بابه الواسع بهدف تكييف اقتصادها مع التغيرات الاقتصادية والتجارية الدولية والسماح للأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام أن تطلب التحكيم في العلاقات التجارية الدولية.

وبهذا وبعد أن قام المشرع الجزائري بتكريس التحكيم التجاري في إطار المرسوم التشريعي 93-09 اتجه صوب قانون الاستثمار، حيث تم إصدار قانون رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار[13] الملغى بموجب الأمر رقم 01-03 والمتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم[14] والذي جاء في المادة 17 منه على أنه: "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده، للجهات القضائية المختصة، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية، تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود أتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص".

كما ألغى المشرع الجزائري قانون الإجراءات المدنية 66-145 بموجب قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية[15]، والذي نظّم التحكيم التجاري في الباب الثاني من الكتاب الخامس من هذا القانون في المادة 1006 وما بعدها (وهو محو دراستنا في المبحث الثاني).

ومما سبق يتبين لنا، أن الجزائر قد سارعت إلى تبني التحكيم كوسيلة غير قضائية أساسية لحل كل المنازعات التي يمكن أن تثور بينها وبين المستثمرين الأجانب، الذين تسعى جاهدة لدفعهم إلى الاستثمار فيها، محاولة أن تقدم لهم كل الضمانات الممكنة. إلا أن **التساؤل** الذي يطرح هنا هو: مدى فعالية هذه الضمانة المتمثلة في التكريس التشريعي للتحكيم في حماية وجلب الاستثمار الأجنبي في الجزائر، خاصة مع صدور القانون 08-09 وتزايد الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر؟.

المبحث الثاني: مدى فعالية التكريس التشريعي للتحكيم الدولي في ضمان الاستثمار

يكرس القانون الجزائري والمعاهدات الاتفاقية الكثير من الامتيازات والضمانات للمستثمر الأجنبي، غير أن التوسع في منح الضمانات لا يكون ذا فعالية إذا لم يتوفر معه المناخ الاستثماري المناسب، فالمستثمر الأجنبي لا يبحث عن دولة توفر له مجرد حماية لأمواله وإنما يبحث عن ظروف تضمن له تحقيق المزيد من الأرباح وحرية تحويلها والتصرف فيها، ولا يتحقق هذا المناخ إلى بوجود نظام قانوني من مظاهره تكريس إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم الدولي في نصوصه قصد جلب ونجاح الاستثمار (المطلب

الأول)، مع لزوم مراقبة الدولة لهذه الإرادة قصد تحقيق أو موازنة بين مصلحة الدولة حفاظا على النظام العام ومصلحة الأطراف حفاظا على حقوقهم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مظاهر تكريس التحكيم التجاري الدولي في ضمان الاستثمار

لقد أعطى المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية عدة ضمانات للمستثمر الأجنبي، من أهمها تلك المتعلقة بحرية اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي كوسيلة بديلة عن القضاء لحل النزاع، وذلك سعيا منه إلى تحقيق أكبر قدر من العدالة ولضمان حقوق جميع أطراف العلاقة التجارية. بحيث أعطى المشرع لهم حرية الاتفاق على التحكيم الخاص ومن ثم تغلب حرية الأطراف –بحيث تكون لهم سلطة تعيين المحكمين ووضع قواعد التحكيم الأساسية–، وقد يتفق الأطراف على الاتفاق إلى اللجوء إلى التحكيم المؤسسي ومن ثم تتقيد هذه الإرادة –حيث يتم إحالة النزاع إلى إحدى مؤسسات التحكيم الدولية مثل غرفة التجارة الدولية أو المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار..–,

ونشير أن المشرع الجزائري قد مكّن كل شخص معنوي أو طبيعي خاضع للقانون الخاص من اللجوء إلى التحكيم وذلك في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها[16]. أما الأشخاص المعنوية العامة لا يمكن لهم طلب التحكيم إلا إذا كانت تتعلق بالعلاقات الاقتصادية الدولية أو تدخل في إطار الصفقات العمومية[17]. وبهذا فإن فتح المجال للتحكيم في العقود الإدارية وخاصة تلك المتعلقة بالصفقات العمومية[18]، هو بمثابة تشجيع للمستثمرين الأجانب وضمانة واسعة لهم، بحيث يمكنهم اللجوء إلى التحكيم في جميع النزاعات المتوقعة والتحرر من قانون الدولة المضيفة للاستثمار.

وبهذا فقد ضمن المشرع لأطراف النزاع ضمانة مهمة تتمثل في الاتفاق إلى اللجوء للتحكيم كوسيلة بديلة عن القضاء لحل النزاع، ومن هنا يبدأ ضمان الاستثمار عن طريق تكريس التحكيم التجاري والتطرق إلى جميع المسائل والإجراءات المتعلقة به، له فكيف عالجها المشرع الجزائري؟.

الفرع الأول: ضمان حرية الإرادة في الاتفاق على التحكيم

يقوم اللجوء إلى التحكيم الدولي على رضاء وتلاقي إرادة الأطراف المتنازعة، وعرض النزاع الذي يتم بإرادة الأطراف في صورة اتفاق، يكون عند نشوء النزاع أو بمناسبته ومن ثم يكون مقصورا على النزاع موضوع الاتفاق فلا يمتد أثره إلى خلافات أخرى وقد يكون الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم قبل وقوع أي خلاف ومن ثم يكون شاملا للمنازعات كافة أو لنوع معين منها[19].

وبالتالي يظهر لنا أن تلاقي أطراف النزاع يكون بالاتفاق على جميع المسائل التي تندرج تحت نطاق التحكيم التجاري الدولي.

وقد عرّف المشرع الجزائري اتفاق التحكيم في المادة 1011 من ق.إ.م.إ على أنه: "الاتفاق الذي يقبل بموجبه الأطراف عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم". كما تطرق المشرع كذلك إلى تعريف شرط التحكيم الذي يتعلق بعرض النزاع على المحكم بعد وقوع النزاع في المادة 1007 من ذات القانون كما يلي: " شرط

التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".

في حين نجد أن المشرع في المادة 1040 قد وحد بين اتفاق التحكيم الذي يكون قبل وقوع النزاع ومشارطة التحكيم الذي يكون بعد وقوعه، وذلك بإعطائهما مصطلح "اتفاقية التحكيم" وذلك بنصها على أنه: "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية". إضافة إلى هذا فقد اشترط المشرع أن تكون اتفاقية التحكيم مكتوبة أو يمكن إثباتها بالكتابة فقط في حالة ما إذا أبرمت بأي بوسيطة اتصال[20]. وجعل هذه الاتفاقية صحيحة حتى ولو كان العقد الأصلي المتعلق بالاستثمار باطلا[21]، وهو ما يعرف بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

كما أعطى المشرع الجزائري لأطراف النزاع الحرية في اختيار القانون الذي يسري على اتفاقية التحكيم، وفي حالة عدم الاتفاق على قانون معين يطبق عليها، فإن المحكم يطبق إما القانون الذي ينظم موضوع النزاع أو القانون الذي يراه هذا الأخير ملائما[22] وهذا طبقا للمادة 18 من القانون المدني[23] والمادة 1040 من ق.إ.م.إ.

إضافة إلى ذلك فقد أتاح المشرع لأطراف الخصومة التحكمية اختيار نظام التحكيم والإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة سواء بالاتفاق عليه مباشرة أو إخضاعه إلى قانون إجراءات معين أو إسناده إلى نظام معين للتحكيم[24]، وبالتالي يكون وفقا للقواعد المعمول بها في إحدى هيئات التحكيم الدائمة كغرفة التجارة الدولية بباريس، أو المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة أو ووفقا لقواعد اليونسترال (لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي) [25]. وفي حالة ما إذا لم يقم الأطراف بتعيين نظام التحكيم أو في حالة وجود صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم فإنه يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل اللجوء إلى القضاء الجزائري[26]؛ ويعد لجوء الطرف للقضاء الوطني تكريسا لمبدأ حماية الطرف حسن النية وحفاظا على مصداقية التحكيم خاصة إذا تماطل أحد الأطراف في اختيار المحكم أو عدم تعيينه.

وكضمانة لعدم تدخل القاضي في النزاع فقد منعه المشرع من الفصل في موضوع النزاع إذا كان هناك خصومة تحكيمية قائمة، أو إذا تبين وجود اتفاقية تحكيم سابقة، وذلك بشرط أن تثار من أحد أطراف النزاع[27]، واستثناء على هذا فإنه يمكن للقاضي التدخل في موضوع النزاع وذلك عن طريق الأمر بالقيام بالتدابير المؤقتة أو التحفظية[28]، أو القيام بالمساعدة القضائية التي يقدمها للمحكمين سواء كانت بتقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو أي حالة أخرى يمكن أن يقدم فيها المساعدة وذلك بشرط تقديم ترخيص من طرف محكمة التحكيم للطرف الذي يهمه التعجيل، وفي هذه الحالة يطبق قانون بلد القاضي الذي لجأ إليه طرفا النزاع[29].

أما عن كيفية فصل محكمة التحكيم في النزاع فإنه يصدر حكمه طبقا للقانون الذي اختاره الأطراف، وفي حالة غياب ذلك فإنها تفصل فيه حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة وهذا طبقا للمادة

1050 من ق.إ.م.إ[30]. وبهذا **نتساءل** عن مدى استبعاد تطبيق القانون والتقيد به من طرف المحكم (محكمة التحكيم) والاستناد إلى قواعد الأعراف التي تتأسس على العدالة والإنصاف في إصدار حكمه الفاصل في النزاع وهو ما يعرف بالتحكيم بالصلح؟

لقد نصت معظم القوانين المقارنة المنظمة للتحكيم بإجازة التحكيم بالصلح بشرط تقييده بالاتفاق الصريح من الأطراف، كقانون المرافعات الفرنسي في نص المادة 1497، ونص قانون التحكيم السويسري في المادة 1/182 التي نصت على أنه: "يجوز للأطراف أن يفوضوا محكمة التحكيم بالبت في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف" وكذلك ما جاء في المادة 4/39 من قانون المرافعات والتحكيم المصري، وما جاء في الفصل 3/73 من قانون التحكيم التونسي، والمادة 176 من قانون التحكيم الكويتي[31].

أما المشرع الجزائري وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فلم نجد ما ينص صراحة على التفويض بالصلح، إلا أنه حسب نص المادة 1050 من ق.إ.م.إ فإن المشرع قد ألزم محكمة التحكيم بالفصل في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وفي حالة غياب هذا فإن محكمة التحكيم تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة، ومن ثم يظهر لنا أن المشرع لم يعطي الحق لأطراف النزاع أن يتفقوا على استبعاد قانون ما وإعطائهم حرية الاتفاق عليه وفي حالة عدم الاتفاق، فيجب على محكمة التحكيم البحث عن قانون وأعراف تلاءم طبيعة النزاع للفصل فيه وليس استبعاد القانون واستبداله بقواعد العدالة والإنصاف عكس أغلب التشريعات المقارنة المذكورة أعلاه.

وصفوة القول، أن المشرع الجزائري قد أعطى أكبر ضمان للمستثمر الأجنبي لاستثمار أمواله في الجزائر خاصة أن أكبر مخاوفه هي تلك المتعلقة بالنزاعات التي قد تنشأ بعد إبرامه لعقد الاستثمار، ويظهر ذلك في إعطائه كامل الحرية والإرادة في التفاوض في الشروط التعاقدية وخاصة المتعلقة بشرط التحكيم واستبعاد القضاء الوطني للدولة الجاذبة له، بدءا باختياره لقانون العقد والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وصولا إلى القانون الواجب التطبيق في كيفية فصل محكمة التحكيم في النزاع.

الفرع الثاني: ضمان فعالية حكم التحكيم التجاري الدولي

أيّ حكم تحكيمي يتمتع بقوة الشيء المقضي فيه وذلك بمجرد صدوره من محكمة التحكيم أو المحكم وكان يتعلق بالنزاع المفصول فيه[32]، ولأجل ضمان هذه الخاصية فقد نظم المشرع الجزائري كيفية الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام وذلك بإعطاء القاضي السلطة في إعطاء حكم التحكيم الحجية القانونية وذلك بالاعتراف به، كما يمكن له أن يسبغ عليه قوة الشيء المقضي فيه وذلك بإعطائه القوة التنفيذية أي تنفيذه في داخل الجزائر، وبهذا فقد زاد في تدعيم الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي المتمثلة في تكريس مبدأ الرضائية في الاتفاق على شرط أو مشارطة التحكيم.

وقد كرّس المشرع الجزائري لهذا الضمان المهم المتمثل في تفعيل حكم التحكيم الدولي داخليا، عن طريق تمكين الطرف المتمسك بوجود هذا الحكم بالمطالبة بالاعتراف به أمام رئيس المحكمة التي صدرت

أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني، وبشرط أن يكون هذا الحكم غير مخالفا للنظام العام الدولي وهذا طبقا لنص المادة 1051[33].

وعلى هذا الأساس يظهر لنا، أن المشرع الجزائري قد ألزم الطرف المتمسك بالاعتراف بالحكم التحكيمي أن يثبت وجوده بكل الطرق القانونية وما على الطرف الخصم إلا إثبات العكس برفض الاعتراف؛ إذ يجب على الطرف المعني تقديم أصل حكم التحكيم مرفقا باتفاقية التحكيم أو نسخ منهما تستوفي شروط صحتهما[34] مع وجوب تقديم نسخ عنها مترجمة باللغة العربية إذا كان حكم واتفاقية التحكيم غير محررين باللغة العربية[35]، وذلك بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة[36] المتمثلة في دائرة اختصاص المحكمة التي أصدرت حكم التحكيم أو محكمة تنفيذه إذا كان مقرها خارج الإقليم الوطني[37]. كما يجب أن يكون حكم التحكيم في موضوعه غير مخالفا للنظام العام الدولي[38].

أما عن ضمان تنفيذ حكم التحكيم الدولي الذي يعتبر أهم هدف تسعى إليه الدول الجاذبة للاستثمار حيث يؤدي رفض تنفيذ حكم التحكيم إلى عواقب عليها، ولهذا أعطى له المشرع أهمية من حيث تنظيمه له. وقد أحالنا المشرع بموجب المادة 1054 من ق.إ.م.إ في هذا الشأن إلى تطبيق الأحكام المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الداخلية المنصوص عليها في المواد من 1035 إلى 1038 من ذات القانون[39]. حيث جعل في المادة 1035 من ق.إ.م.إ حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو حتى التحضيري أن يكون قابلا للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، مع وجوب إيداع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمه التعجيل، مع إعطاء مهلة (15) خمسة عشر يوما لاستئناف أمر القاضي الذي يرفض التنفيذ أمام المجلس القضائي[40].

والملاحظ من هاته المادة أن المشرع الجزائري لم يفرض رقابة موضوعية على حكم التحكيم الدولي وإنما اشترط شرطا شكليا قصد ترقيته إلى مصاف الأحكام الوطنية وإعطائه الآثار القانونية متمثلا في الحصول على الأمر بتنفيذه، وهو ما يعد ضمانة مهمة للمستثمر الأجنبي، حيث أن وضع الشروط التعسفية لتنفيذ أحكام التحكيم الدولية سيؤدي حتما إلى إعلاء مكانة ودور القضاء الوطني على إرادة الأطراف وهو ما يسعى المستثمر الأجنبي إلى الابتعاد عنه.

إضافة إلى هذا فنلاحظ، إغفال المشرع لتحديد الجهة المختصة في تنفيذ أحكام التحكيم التي صدرت بالخراج، فهل تكون الجهة المختصة هي محكمة محل تنفيذ الحكم إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا في الخارج مثل ما فعل في الاعتراف في أحكام التحكيم الدولية؟ ومن هنا ننادي المشرع الجزائري إلى تدارك هذه الثغرة القانونية وجعل الجهة القضائية في كلتا الحالتين –مكان صدور حكم التحكيم أو مكان تنفيذه– هو من اختصاص القاضي الوطني وذلك قصد تسهيل وتيسير الحصول على الأمر بتنفيذه وعدم الزيادة في أعباء الطرف المحكوم لصالحه.

المطلب الثاني: تكريس الرقابة القضائية على حكم التحكيم التجاري الدولي كآلية لجلب الاستثمار الاجنبي

لمواجهة المشاكل التي يمكن أن تنجم عن الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي، وللحد من بسط سلطان إرادة الطرف القوي في العقد في وضع الشروط المتعلقة باتفاقية التحكيم، وضع المشرع الجزائري نظام لمراقبة الحكم التحكيمي عن طريق رفض الاعتراف بهذا الحكم وعدم تنفيذه، وقد قيّد المشرع حالات رفض الاعتراف وعدم تنفيذ الأحكام التحكيمية، بحيث جعل الاعتراف هو الأصل والاستثناء هو الرفض وذلك بتحديده الحالات التي تسمح للقاضي برفض التنفيذ والاعتراف.

وقد اشترط المشرع صراحة في المادة 1051 من ق.إ.م.إ شرطا موضوعيا واحدا لرفض الاعتراف بالحكم التحكيمي يتمثل في عدم مخالفته للنظام الدولي العام[41]، وبهذا فإذا تبين للقاضي أن قانون إرادة الأطراف المتفق عليه في تطبيق حكم التحكيم الدولي يخالف للنظام العام الدولي فإنه لا يعترف بهذا الحكم. إلا أن المشرع الجزائري أشار إلى فكرة النظام العام الدولي بشكل غامض بحيث لم يبين ماهيته وعناصره، وبهذا أعطى للقاضي السلطة الواسعة في تقدير وتحديد مضمون النظام العام الدولي وتقدير ما إذا كان حكم التحكيم الدولي يخالفه أم لا، وعلى كل حال فإنه يجب على القاضي أن يؤخذ بعين الاعتبار الأحكام الآمرة الدولية والتي تكون لها علاقة وثيقة بالنزاع، مع الأخذ بعين الاعتبار قواعد التجارة الدولية[42]. **مع وجوب** تعامل القاضي مع النزاعات التي يقع فيها مساسا بالنظام العام الدولي بكثير من المرونة قصد عدم شل عملية جلب الاستثمار والمبادلات التجارية.

وإضافة إلى شرط أن يكون حكم التحكيم الدولي غير مخالف لقواعد النظام الدولي العام، فإنه يمكن استخلاص حالات أخرى من المادة 1056 من ق.إ.م.إ يستطيع فيها القاضي رفض الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي إذا ما تبين له وجودها وتتمثل في ستة (06) حالات وهي:

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

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

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

4- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

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

6- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي[43].

ولكن رغم ما للقاضي الجزائري من سلطة في رفض الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم التجارية الدولية وهو ما يعد تقييد وتدخل في لإرادة الأطراف في الاتفاق على التحكيم كوسيلة بديلة عن القضاء لحل النزاع، فإن المشرع قد أعطى كذلك للأطراف حق طلب مراجعة هذا الرفض كضمان آخر يحقق به مبدأ العدالة ويضمن فيه حق المستثمر في الطعن فيه عن طريق استئناف قرار الرفض خلال شهر واحد (01) من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة[44].

كما أعطى المشرع لأطراف النزاع حق الطعن في أحكام التحكيم الدولية، وقد ميز في هذا الشأن بين أحكام التحكيم الدولية الصادرة داخل الإقليم الوطني، وبين الأحكام الصادرة خارج الإقليم، بحيث جعل حكم التحكيم الصادر في الداخل محصنا من أي مراجعة قضائية إلا إذا اقترن بإبطاله في حالة تحقق حالة أو أكثر من الحالات الستة (06) المذكورة أعلاه من المادة 1056 من ق.إ.م.إ[45]. أما إذا كان حكم التحكيم الدولي صادرا في الخارج فإنه لا يقبل أي طعن بالإبطال أمام القاضي الوطني، وذلك حرصا على عدم المساس بالسيادة الأجنبية.

وإضافة إلى ذلك، فقد منح المشرع حق آخر لأطراف النزاع متمثل في حق الطعن بالنقض في قرارات القاضي الرافضة للاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي أو إبطاله وهذا في المادة 1061 من القانون السالف الذكر[46]. إلا أن الملاحظ هنا أن المشرع لم يحدد لنا حالات الطعن بالنقض في الأحكام المتعلقة بحكم التحكيم والأسباب التي يجب الاستناد عليها لتقديم هذا الطعن ولا الإجراءات الواجب إتباعها أمام المحكمة العليا بمناسبة هذا الطعن، ولعل المشرع هنا قد قصد تطبيق القواعد العمة لطريق الطعن بالنقض[47].

الخاتمة:

في ختام هذه الدراسة المتواضعة، يظهر لنا أهمية التكريس التشريعي للتحكيم التجاري الدولي في جلب وضمان الاستثمار، بحيث يعتبر سن القوانين الداخلية المنظمة لعملية التحكيم الدولي وتنظيم جميع المسائل المتعلقة به وجعله وسيلة بديلة عن القضاء لحل النزاع هو أهم ضمان للمستثمر تجعله يثق في القوانين الداخلية للبلد الجاذب للاستثمار، باعتباره أنه يحقق العدالة الدولية التي يرجوها لأنه لا ينتمي لأي نظام قانوني لأي دولة وإنما يخضع لإرادة الأطراف.

ولدراسة كيفية ومدى ضمان هذا التكريس التشريعي للتحكيم الدولي، قمنا بالتتبع لجميع مراحل العملية التشريعية للتحكيم الدولي، والبحث في النصوص عن فعالية هذا التكريس بدأ باتفاق الأطراف على التحكيم التجاري مرورا بإجراءاته وكيفية الفصل في الحكم التحكيمي وصولا إلى تنفيذ هذا الحكم والاعتراف به، ووجدنا أن المشرع قد تطرق إلى تنظيم جميع هذه المسائل جاعلا لإرادة الأطراف تسموا على القانون في الاتفاق على جميع المسائل المتعلقة بالتحكيم الدولي، ما عدا تلك المتعلقة بإجراءات تنفيذه والاعتراف به التي خصّها المشرع للسلطة التقديرية للقاضي الذي له حق رفض الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي، مع إعطاء الحق للطرف المعني والمتضرر من هذا الرفض الطعن في هذا الرفض بالاستئناف والطعن بالنقض، وهو بذلك قد كرّس أهم ضمان لجلب الاستثمار عن طريق سن لجميع أحكام التحكيم التجاري الدولي دون أي انحياز للدولة الجالبة للمستثمر للأجنبي.

ولكن، رغم كل هذه المزايا لتكريس المشرع الجزائري للتحكيم التجاري الدولي في نصوصه القانونية الداخلية، فإننا نناديه قصد تدارك بعض النقائص التشريعية التي رأيناها ضرورية لأجل بعث الطمأنينة في

نفس المستثمر الأجنبي عند اطلاعه للقوانين الداخلية للبلاد والمنظمة لأحكام التحكيم التجاري الدولي والمتمثلة في ما يلي:

1- إضافة إلى إعطاء الحرية لأطراف العقد في الاتفاق على التحكيم التجاري الدولي وذلك بالاتفاق على القانون الذي يسري على العقد والقانون الذي يحكم اتفاق التحكيم وإجراءاته والحكم فيه، إعطاء كذلك المحكم الحرية في حالة عدم اختيار الأطراف ذلك حرية اختيار القانون الذي يراه مناسبا أو الحكم على مبادئ العدالة والإنصاف التي يراها مناسبة وهو ما يعرف بالتحكيم بالصلح، وذلك تطبيقا لإرادة الأطراف الذين وضعوا ثقتهم الكاملة في المحكم للفصل في النزاع القائم بينهم.

2- لم يبين المشرع الجزائري موقفه من تنفيذ أو الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي الذي قبلت بالاعتراف به دولة أجنبية. ففي هذه الحالة فيجب على المشرع قبول الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الدولي وذلك بإعطاء الثقة لقضاء الدولة التي قبلت بهذا الحكم ورفضه إلا في حالة واحدة وهي إذا تعارض مع نظامها العام.

3- تدارك إغفال المشرع لتحديد الجهة المختصة في تنفيذ أحكام التحكيم التي صدرت بالخراج بجعل الجهة القضائية المختصة هي المحكمة التي صدر حكم التحكيم الدولي فيها أو مكان تنفيذه إذا كان صادر في الجزائر أو سينفذ فيها، قصد تسهيل وتيسير الحصول على الأمر بتنفيذه وعدم الزيادة في أعباء الطرف المحكوم لصالحه.

4- في حالة الطعن بالنقض لأمر القاضي برفض الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي أو إبطاله في المادة 1061 من ق.إ.م.إ فإنه يجب على المشرع أن يبين صراحة الجهة المخولة بدراسة هذا الطعن وذلك بالنص صراحة أن المحكمة العليا عي الجهة الوحيدة المخولة بذلك، وبذلك يزيل الغموض من هذه المادة.

الهوامش:

1- خالد محمد القاضي: موسوعة التحكيم التجاري الدولي، ط.2، دار الشروق، مصر، 2002، ص.100.

2- كولا محمد: التحكيم في إطار قانون الاستثمار الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، 2001 ، ص15 وما بعدها.

3- أنظر، المرسوم رقم 653 المؤرخ في 14 سبتمبر 1963، المتضمن الصادقة على اتفاق 26 جوان 1963 ج.ر، عدد 67 مكرر، الصادرة في 17 سبتمبر 1963. والي نادية، التحكيم كضمان للاستثمار في إطار الاتفاقيات العربية الثنائية والمتعددة الأطراف، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2006، ص.22.

4- أمر رقم 65-287 المؤرخ في 18 نوفمبر 1965 المتضمن المصادقة على اتفاق 1965/07/29 الخاص باستغلال الوقود والثورة الهيدروكربونية، ج.ر، عدد 95، الصادرة بتاريخ 19 نوفمبر 1965. والي نادية، المرجع السابق، ص.15.

5- المؤرخ في 08 جوان 1966، ج.ر، عدد 47 سنة 1966.

6- أنظر، المادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية المذكور في الهامش أعلاه.

7- أمر رقم 76-246 المؤرخ في 16 نوفمبر 1967 المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر وحكومة لبنان والمتعلق بالنقل الجوي، الموقع عيه بتاريخ 21 أفريل 1967، بيروت. راجع: والي نادية، المرجع السابق، ص.15.

8- لأن المعاهدات المصادق عليها طبقا للشروط المنصوص عليها في الدستور 1976 كان لها قوة مساوية للقانون وأصبحت لها قوة تسمو القانون في دستور 1989

9- كمال معروف: التحكيم التجاري الدولي في ظل المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 25 أفريل 1993، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، ابن عكنون، جامعة الجزائر، 1999-2000، ص.09.

10- المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر، الصادرة في 13 جانفي 1988.

11- كمال معروف: المرجع السابق، ص.15.

12- كمال معروف: المرجع السابق، ص.20.

13- عليوش قربوع كمال : التحكيم الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001 ، ص.25.

14- أمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر، عدد 47، مؤرخة في 22 أوت 2001، معدل ومتمم بالأمر رقم 06-08، مؤرخ في 15 جويلية 2006، ج.ر، عدد 47 مؤرخة في 19 جويلية 2006.

15- المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، ج.ر، عدد 21، لسنة 2008.

16- أنظر، الفقرة 01 من المادة 1006 من ق.إ.م.إ

17- أنظر، الفقرة 03 من المادة 1006 من ق.إ.م.إ

18- عكس ما كان معمول به في قانون الإجراءات المدنية القديم في المادة 442، حيث كان يجوز للأشخاص المعنوية العامة فقط اللجوء إلى الحكيم في حالة ما إذا كان العقد يتعلق بالتجارة الدولية.

19- خالد محمد القاضي: المرجع السابق، ص.103.

20- أنظر، الفقرة 02 من المادة 1044 من ق.إ.م.إ

21- أنظر، الفقرة 04 من المادة 1044 من ق.إ.م.إ

22- أنظر، الفقرة 03 من المادة 1044 من ق.إ.م.إ

23- أنظر، المادة 18 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1934 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بقانون 05-10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق ل 20 يونيو سنة 2005، ج.ر، عدد 44، لسنة 2005.

24- أنظر، كل من الفقرة 01 من المادة 1041 والمادة 1043 من ق.إ.م.إ

25- طاهر برايك: المرجع السابق.

26 بحيث يرفع الأمر إما إلى: رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر. أو إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر وهذا طبقا للفقرة 02 من المادة 1041 من ق.إ.م.إ

27- أنظر، المادة 1045 من ق.إ.م.إ

28- أنظر، الفقرة 02 من المادة 1046 من ق.إ.م.إ

29- أنظر، المادة 1048 من ق.إ.م.إ

30- أنظر، المادة 1050 من ق.إ.م.إ

31- عيساوي محمد: فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر على ضوء الاتفاقيات الدولية للجزائر، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ب.س، ص.171-172.

32- أنظر، المادة 1031 من ق.إ.م.إ

33- أنظر، المادة 1051 من ق.إ.م.إ

34- أنظر، المادة 1052 من ق.إ.م.إ

35- أنظر، الفقرة 02 من المادة 08 من ق.إ.م.إ

36- أنظر، المادة 1053 من ق.إ.م.إ

37- وبهذا فقد خالف المشرع الجزائري للقاعدة التي تقضي بإمكانية اتفاق الأطراف على تحديد الجهة القضائية المختصة في الفصل في النزاع القائم بينهم ولو لم يكن مختصا إقليميا والمنصوص عليها في المادة 46 من ق.إ.م.إ.

38- عيساوي محمد: المرجع السابق، ص.211.

39- أنظر، المادة 1054 من ق.إ.م.إ

40- أنظر، المادة 1035 من ق.إ.م.إ

41- أنظر، المادة 1051 من ق.إ.م.إ

42- عليوش قربوع كمال: المرجع السابق، ص.72-73.

43- أنظر، المادة 1056 من ق.إ.م.إ.

44- أنظر، كل من المادة 1057 والمادة 1056 من ق.إ.م.إ.

45- أنظر، المادة 1058 من ق.إ.م.إ.

46- أنظر، المادة 1061 من ق.إ.م.إ.

47- عيساوي محمد: المرجع السابق، ص.299.