مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والانسانية
EL - HAKIKA (the Truth)
Journal for Social and Human Sciences

المجلد: 21 / العدد: 01 / السنة: 2022 ص ص:41-58

الاتجاهات الحديثة للتحكيم التجاري الدولي بالجزائر في علاقته بالاستثمار وفقاً للقانون 08 ـ 09 والقوانين المقارنة

Recent Trends of International Commercial Arbitration in Algeria In Relation to Investment In Accordance With Law 08-09 and Comparative Laws

عبد القادر سرحاني[1*]، محمد مزاولي[2]

[1] جامعة احمد دراية ادرار (الجزائر)، مخبر القانون والتنمية المحلية، sarhani69@univ-adrar.dz

[2] جامعة احمد دراية ادرار (الجزائر)، mezaouli@univ-adrar.dz.

تاريخ الاستلام: 2021/06/21 **تاريخ القبول:** 2022/02/15 **تاريخ النشر:** 2022/03/30

ملخص:

بتزايد الحاجة إلى التجارة الدولية، والاستثمار في المشاريع التنموية، أضحت الشركات متعددة الجنسيات تمثل الطرف التقليدي لعقود الاستثمار في مواجهة الدولة الوطنية، المعنية أساساً بتوفير الظروف المناسبة للمستثمرين. ولما كان خيار التحكيم هو الأكثر انسجاما مع عقود الاستثمار حيث السرعة والسرية، فإن الجزائر عملت كغيرها من الدول على مواكبة هذا النظام الجدد بتكييف نظامها القانوني، مع توجهاتها الجديدة.

وإذ تهدف هذه الدراسة إلى بيان آثار انفتاح الجزائر على التحكيم الدولي، فإنها ستسلط الضوء على الاتجاهات الحديثة التي تحكم الاستثمار في علاقته بالتحكيم الدولي في ظل هذا القضاء البديل وفقا للقانون 08 ـ09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية والمتضمن أحكام التحكيم التجاري الداخلي والدولي.

الكلمات المفتاحية: الاستثمار؛ المنازعات؛ القضاء الوطني؛ التحكيم الدولي؛ الجزائر.

Abstract:

With the increasing need for international trade and investment in development projects, multinational companies have become the traditional party to investment contracts in the face of the national state, which is primarily concerned with providing appropriate conditions for investors. Since the arbitration option is the most consistent with investment contracts in terms of speed and confidentiality, Algeria, like other countries, has

*المؤلف المرسل

worked to keep pace with this new system by adapting its legal system to its new orientations.

While this study aims to demonstrate the effects of Algeria's openness to international arbitration, it will shed light on the recent trends that govern investment in its relationship with international arbitration under this alternative judiciary in accordance with Law 08-09 related to civil and administrative procedures, which includes provisions for internal and international commercial arbitration.

Keywords: investment; disputes; national judiciary; international arbitration; Algeria.

مقدمة:

يعد التحكيم التجاري الدولي الوسيلة الملائمة لفض النزاعات التي قد تثور بمناسبة تنفيذ العقود التجارية الدولية، وعقود الاستثمار الأجنبي، المنوطة بمشاريع التنمية الهادفة إلى تحقيق التنمية الشاملة للاقتصاد الوطني وبنيته التحتية.

ولما تزايدت الحاجة إلى التجارة الدولية بمفهومها الواسع، والاستثمار في المشاريع التنموية فقد أضحت الشركات متعددة الجنسيات تمثل الطرف التقليدي لعقود الاستثمار في مواجهة الدولة الوطنية صاحبة السيادة، المعنية أساساً بتوفير الظروف المناسبة للمستثمرين.

وإذ يتم الاتفاق غالباً في منازعات الاستثمار الدولية على اللجوء إلى هيئات دولية متخصصة من قبيل مراكز التحكيم التجاري الدولي، فقد ظهرت حاجة الدول إلى تتبنى هذا الخيار في نظمها القانونية كونه يتلاءم وطبيعة الاستثمار الأجنبي من جهة، وينسجم في مميزاته مع التجارة الدولية التي تقتضي السرعة والسرية من جهة أخرى. وفي المقابل سعت بعض الدول إلى التحفظ على هذا الخيار في تشريعاتها الوطنية، ذلك أنها ترى في إعماله استبعاداً للقضاء الوطني وانتقاصاً من مبدأ السيادة الوطنية للدولة.

وقد عملت الجزائر كغيرها من الدول النامية على مواكبة هذا النظام الجديد بإحداث تغيرات في نظامها القانوني، وتكييفه مع توجهاتها الجديدة، فكان أن انضمت الجرائر إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958، بموجب المرسوم رقم 88 ـ233، المؤرخ في 05 نوفمبر1988، المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958، الخاصة باعتماد القرارات الأجنبية وتنفيذها.

ونظراً لأهمية موضوع هذه الدراسة الهادف إلى تسليط الضوء على اعتراف الجزائر بالتحكيم التجاري الدولي وبالنظر إلى ما افرزه هذا الانضمام من التزامات دولية، فقد تجسدت أثاره في القانون09.08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

وتأسيساً على ما للتحكيم من أهمية كبيرة في تعزيز البيئة المناسبة للاستثمار والتشجيع عليه فقد عمد المشرع الجزائري إلى إعادة تنظيم أحكام القوانين بما يتوافق مع الاتجاهات الدولية الحديثة لمفهوم التحكيم الذي يقوم على الإرادة الحرة للأطراف.

وإذ تهدف دراسة هذا الموضوع إلى بيان آثار انفتاح المشرع الجزائري في قوانينه على التحكيم التجاري الدولي، فإننا سنسلط الضوء من خلالها على الاتجاهات الحديثة التي تربط الاستثمار بالتحكيم الدولي وما تحظى به عقود الاستثمار من خصوصية في ظل هذا القضاء البديل، ما جعل الجزائر تنفتح على التحكيم التجاري الدولي بعدما ظلت تستبعده من تشريعاتها وتتحفظ عليه في نظمها القانونية. وفي مقاربتنا لهذا الموضوع نطرح الإشكالية التالية:

إلى أي مدى انفتحت الجزائر على التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون 08ـ09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية وما تأثير ذلك على بيئة الاستثمار الأجنبي وعقود التجارة الدولية؟.

وفي معالجتنا للموضوع سنعتمد المنهج التحليلي المقارن بالارتكاز على خطة منهجية تقوم على مبحثين نخصص المبحث الأول منها للنظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، على أن نتطرق في المبحث الثاني إلى علاقة التحكيم التجاري الدولي بالاستثمار في ظل انفتاح الجزائر على التحكيم وفقا للمقاربات الحديثة المعتمدة في القانون 08 ـ 09.

المبحث الأول ـ النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي

إن موضوع التحكيم التجاري الدولي يثير اهتمام الباحثين، حيث شهد جملة من التطورات بسبب تزايد الاهتمام به كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات وخيار بديل عن نظام القضاء، بما يتيحه من مزايا السرعة والسرية، وبما يوفره من الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع خروجاً عن القواعد القضائية صاحبة الاختصاص للنظر في المنازعات الناشئة بين الأطراف.

المطلب الأول ـ مفهوم التحكيم التجاري الدولي

يتم اللجوء إلى التحكيم بمقتضى طلب التحكيم الذي يهدف إلى الاتفاق على عرض النزاع على المحكمين، ولا يصدر أي حكم تحكيمي إلا إذا حصل اتفاق على التحكيم، إذ يعتبر باطلاً

حكم التحكيم الصادر دون اتفاق على التحكيم أو خارج المدة المقررة له، وهذا ما تقرر بموجب المادة(**1056**، ق.إ.م.إ.).

الفرع الأول . تعريف التحكيم التجاري الدولي في التشريع والفقه

يعرف التحكيم في مفهومه التقليدي بأنه «الاتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به» (**احمد ابو الوفا، 2007، صفحة 15**)، أو بأنه« نظام تسوية المنازعات، يخول بمقتضاه أطراف النزاع مهمة الفصل في نزاعهم إلى محكمين يختارونهم بمحض إرادتهم بدلاً من الطريق القضائي» (**ابو زيد رضوان ، 1995، صفحة 19**).

والتحكيم بهذا المعنى هو الحكم في نزاع من طرف محكمين خواص يتم اختيارهم وتعيينهم من قبل الأطراف المتنازعة، بموجب اتفاقية التحكيم، التي يقرر فيها الأطراف اللجوء إلى التحكيم وتأخذ هذه الاتفاقية اسم شرط التحكيم عندما تحرر تحسبا لنزاع مستقبلي محتمل (م.**1007** ق.إ.م.إ.)، وتأخذ اسم اتفاق التحكيم عندما تخص نزاع سبق نشوؤه (م.**1011** ق.إ.م.إ.)

وقد عرف المشرع الفرنسي التحكيم في المادة1504 من قانون المرافعات الفرنسي على أنه «هو التحكيم الذي يتصل بمصالح التجارة الدولية ». ومن جهته حاول المشرع المصري وضع تعريف للتحكيم في القانون رقم 27 لسنة 1994 فنص في المادة 1/4 منه على أنه« ينصرف لفظ "التحكيم" في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة، سواء أكانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم تكن كذلك » (**قانون التحكيم المصري ، 1994**).

وفي الفقه القانوني العربي تم تعريف التحكيم على أنه «التحكيم هو نظام قضائي خاص يختار فيه الأفراد قضاتهم ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق أو شرط خاص مكتوب، مهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت فعلا بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية ذات الطابع الدولي والتي يجوز تسويتها بطرق التحكيم بإنزال حكم القانون عليها، فهو ذلك النظام الذي يفصل في المنازعات المتعلقة بالتجارة والمبادلات الاقتصادية الدولية» (**لزهر بن سعيد، 2014، صفحة 18**).

وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 1039من القانون 08 ـ 09 على أنه« يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل».

كما ذهب بعض الفقه إلى تعريف التحكيم بأنه «نظام خاص للتقاضي ينشأ من الاتفاق بين الأطراف المعنية على التعهد إلى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي به» (**ناصر محمد الشرمان، 2015، صفحة 22**).

ويستفاد من مجمل هذه التعاريف أن التحكيم يتناسب مع العقود التي تحتاج إلى وسيلة لفض المنازعات تتسم بالسرعة واليسر، مع احتفاظ هذه الوسيلة بالسرية والحياد والتجرد، هذا إضافة إلى أن الفصل في منازعات التجارة الدولية يحتاج إلى خبرات فنية من نوع خاص قد لا تتوافر بالضرورة لقضاء الدولة.

الفرع الثاني مصادر التحكيم التجاري الدولي

مصادر التحكيم التجاري الدولي نوعان: المصادر ذات الأصل العمومي، والمصادر ذات الأصل الخاص. وتنقسم المصادر ذات الأصل العمومي بدورها إلى قسمين هما:

- المصادر الداخلية المتمثلة في القوانين التي تتخذها الدولة في مجال التحكيم، وبالنسبة للجزائر المواد من 1039 إلى 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- المصادر الدولية المتمثلة أساساً في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم.

والاتفاقيات قد تكون ثنائية أو متعددة الأطراف، ومن أهمها البروتوكول الخاص بأحكام المحكمين الموقع بجينيف في 24 سبتمبر1923، والاتفاقية الخاصة بتنفيذ أحكام المحكمين الأجانب الموقعة في جينيف في 26 سبتمبر 1927 والاتفاقية الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية الموقعة في نيويورك في10 يونيو 1958 التي وقع عليها عدد من الدول من بينها الجزائر.

أما المصادر ذات الأصل الخاص، فإنها من إنشاء الممارسين التجاريين الدوليين خارج إطار الدولة. ونذكر منها بوجه خاص، الاتفاقيات النموذجية للتحكيم المحررة من طرف مراكز التحكيم، وتنظيمات مؤسسات التحكيم الدائمة، كتنظيم المركز الدولي للتحكيم لدى الغرفة التجارية الدولية. ومن أهم هذه المصادر القضاء التحكيمي المتمثل في أحكام التحكيم الصادرة في النزاعات التجارية الدولية.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على النزاع في عقود التجارة الدولية

تتباين الحلول المقررة لمشكلة القانون الواجب التطبيق على النزاع في عقود التجارة الدولية عن الحلول المعمول بها بالنسبة لغيرها من الروابط العقدية ذات الطابع الدولي، من حيث الاعتداد بإرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد، ويظهر هذا الاختلاف في قواعد الإسناد التي تبين القانون الواجب التطبيق بطريقة آلية لا شأن لإرادة الأطراف فيها، باستثناء العقود الدولية التي تعتمد إرادة المتعاقدين كضابط للإسناد، والتي من خلالها يتم تحديد القانون الواجب التطبيق، وهذا ما يعني إعمال مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في العقود الدولية بصفة عامة وفي عقود التجارة الدولية بصفة خاصة.

وإن القول بقدرة الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، يثير عدة تساؤلات تتعلق أساساً بنطاق هذا الاختيار، وخاصة في الجانب المتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق، فطبيعة هذه العقود تستوجب إعمال مبدأ سلطان الإرادة في نطاق واسع، إلاّ أنّ هناك بعض الاعتبارات تحول في كثير من الحالات دون عدم تطبيق القانون الذي أشارت إليه الإرادة كما أن النزاعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية ليست محكومة بالنظر فيها أمام قضاء محدد.

ويدخل في اختيار مكان التحكيم الاعتبارات الجغرافية والمواصلات والاعتبارات الاقتصادية والمالية والنقدية والبنية التحتية، ولكن الأهم من كل هذه الاعتبارات هو قانون التحكيم في البلد الذي سيجري فيه التحكيم، بما يؤمن للشرط أو الاتفاق التحكيمي الدولي أن يكون نافذاً، ومنتج لآثاره القانونية، وأن يكون البلد منضماً لمعاهدة نيويورك، لسنة 1958، وأن يضمن القانون في هذا البلد إعطاء الحكم صيغة التنفيذ من القضاء بدون التعرض لأساس النزاع وأن ينفذ أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة في الخارج دون التعرض لأساس النزاع.

ومن المفيد الإشارة إلى أن معظم التشريعات الوطنية قد أعطت للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، وفي إطار تكريس هذه الحرية، وقد وسع المشرع الفرنسي من نطاق اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ليشمل القواعد الموضوعية وقد نص على أنه «Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de droit ،Les règles de l'arbitrage: Art. 1511:«Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou ،à

défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte ‹dans tous les cas, des usages du commerce».

والى ذلك اتجه المشرع المصري في المادة 39 من قانون التحكيم المصري، حيث نص على أنّه« تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يُتفق على غير ذلك ». وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري الذي ساير التشريعات الحديثة من حيث إعطاء الأطراف الحرية الكاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وهذا حسب المادة 1050من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على ما يلي « تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي حالة غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة ».

ونستخلص من خلال ما ذهب إليه المشرع في هذا النص أنّ المشرع الجزائري كرس حرية الاختيار وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة.

كما تبنت هذا الاختيار غرفة التجارة الدولية حيث نصت عليه المادة 3/13 من لائحة محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية، التي نصت على ما يلي « للأطراف حرية اختيار القانون الذي يتعين على المحكمة تطبيقه على موضوع النزاع ». كما نصت المادة 1/33من قواعد لجنة قانون التجارة الدولية "الأونسيترال" على ذلك.

أما في مجال الاتفاقيات الدولية فقد نصت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة،1961، في المادة 07 منه بأنّه للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع ويمكن أن يكون القانون الواجب التطبيق على النزاع هو القانون الوطني الداخلي لإحدى الدول كما يمكن للمحكم أن يفصل في النزاع وفقا لقواعد التجارة الدولية .

الفرع الأول: اختيار القانون الوطني

قد يكون قانون الإرادة هو القانون الوطني، سواءً كان قانون أحد الأطراف أو قانونا أجنبيا آخر، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك. وإن إعمال القواعد الموضوعية مباشرة دون قواعد التنازع يعني استبعاد نظام الإحالة الذي تثيره قواعد التنازع، وهذا ما أكده الفقه عندما أقر

التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية الذي تبنته معظم الاتفاقيات الدولية كما هو الشأن في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام1958.

ولم يأخذ المشرع الجزائري بمثل هذا الاتجاه الذي يستبعد قواعد التنازع في حالة اختيار القانون الوطني، بصفة صريحة في نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلاّ أنّه يمكن استخلاص ذلك بصفة غير مباشرة من سياق النص، حيث يفهم منه أن المشرع يريد تطبيق القواعد الموضوعية مباشرة ما دام لم يأت باستثناء يحد من هذا الأصل.

الفرع الثاني: الاتفاق على تطبيق قواعد التجارة الدولية

لم تعد التجارة الدولية مجرد تجارة عابرة للحدود، بل أنها أضحت تحتل مركز الصدارة في العلاقات الدولية الحديثة وتعد المحور الرئيسي الذي تدور حوله هده العلاقات (**موسى بو كريطة، 2017**).

ولقد تزايد اهتمام مختلف الأنظمة القانونية الحديثة بمهمة تنظيم العقود الدولية، كونها تعد من الوسائل الفنية التي من خلالها تتم معاملات التجارة الدولية بصفة خاصة، ما ترتب عنه نشوء علاقات تعاقدية لم تكن معروفة في السابق، حيث أصبحنا أمام عقود مركبة تثير عدة إشكالات على المستوى العملي، سواء فيما يخص صعوبة الوقوف على طبيعتها القانونية أو تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، وكذا الجهة المختصة في الفصل في المنازعات الناشئة عنها، ومن بين هده العقود نجد عقود الترخيص وعقود التمويل الايجاري وعقود نقل التكنولوجيا وغيرها من العقود الأخرى.

وبتنوع أنماط عقود التجارة الدولية، ظهر بوضوح عدم فعالية منهج التنازع التقليدي في اتخاذ الحلول المناسبة التي تتلاءم مع طبيعة هذه العقود.

وتتأكد ملائمة قواعد التحكيم لحكم المنازعات المرتبطة بالتجارة الدولية بالنظر إلى تنوع مصادرها، فإلى جانب المصادر التشريعية المتمثلة في القوانين الوطنية هناك مصادر أخرى ذات أهمية أكبر من حيث التعبير عن الإرادة الجماعية للتجار، وهي تلك المتمثلة في الأعراف والعادات التجارية التي اعتاد المتعاملون على إتباعها، إلى أن أصبحت من القواعد القائمة بذاتها مستقلّة عن الأنظمة القانونية الوطنية، وتطبق على النزاع مباشرة.

ومن المفيد الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري قد سوى بين الأطراف والمحكم في تطبيق هذه القواعد طبقا لما جاء في المادة 1050منق.إ.م.إ.، ويحسب له أنه كرس حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، وقد نصت المادة 1050من القانون 08 ـ 09 على أنه « تفصل محكمة التحكيم في النزاع بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة ».

ويعد القانون الجزائري المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي من بين التشريعات التي سمحت بتطبيق هذه القواعد حسب المادة 1050 من القانون 09.08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والمتضمن أحكام التحكيم بنوعيه الداخلي والدولي.

المبحث الثاني: علاقة التحكيم التجاري الدولي بالاستثمار في القانون الجزائري

لما كان للتحكيم اثأرا ايجابية بالغة الأهمية بالنسبة للأطراف المتنازعة والمتمثلة في السرية وسرعة البت في النزاع، إلى جانب اختصاص وخبرة المحكمين الدوليين، فإنّه وفي المقابل يرتب أثاراً سلبية على الدول قد تؤدى إلى الحد من إعمال سيادتها، ويسلبها سلطتها في تطبيق قوانينها على أراضيها ومواطنيها باعتبار سيادتها مطلقة وليس هناك من سيادة تفوق سيادة الدول.

المطلب الأول: مبررات ودوافع اللجوء إلى التحكيم الدولي في الجزائر

قد تجد الدول في لجوء الأطراف المتنازعة بسبب العقود الناشئة عن التجارة الدولية إلى التحكيم الدولي سنداً واقعيا للانفتاح عليه وإعماله، حتى وان بدت غير مقتنعة به كليا، أو رأت في تنفيذه ما لا ينسجم وسياستها الاقتصادية وتوجهاتها الإيديولوجية، ذلك أن واقع المجتمع الدولي وما تفرزه العولمة في مجال السياسة والاقتصاد والعلاقات الدولية يحتم على الدول الكثير من التنازلات.

ولقد بدأت الجزائر تعيد النظر في موقفها الممانع تجاه التحكيم الدولي بعد تبنيها لنظام الاقتصاد الحر في دستورها لسنة1989، وذلك بسبب الأزمة الاقتصادية التي كانت تعيشها، حيث كانت بحاجة إلى تنمية اقتصادها الوطني.

الفرع الأول: المزايا الإجرائية للتحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي

اتخذت الحجج التي ابتدعها الفقه الفرنسي، بشكل عام في مجملها طابعاً فنياً خالصاً فالتحكيم وفقاً للمنطق العام الذي يسود هذه الحجج هو مجرد وسيلة لحل منازعات التجارة

الدولية اقتضتها الطبيعة الخاصة لهذه العلاقات بتشعبها وتعقدها، وبعبارة أكثر تحديداً، فإن المبرر الأساسي لنظام التحكيم هو أنه أسلوب أكثر كفاءة من قضاء الدولة في حل منازعات الاستثمار.

ولتبرير اللجوء إلى نظام التحكيم التجاري الدولي غالباً ما تبرز حجة ثانية وهي أن السرية التي تحاط بها إجراءات التحكيم تتفق مع مقتضيات التجارة الدولية، إذ كثيراً ما تتضمن العقود التجارية الدولية أسراراً يحرص المتعاملون على عدم الكشف عنها للغير، كما هو الحال في عقود نقل التكنولوجيا التي ترد على المعرفة الفنية التي تشكل اليوم الجانب الأكثر أهمية من أصول المشروعات الكبرى، والتي يؤدى الكشف عن سريتها إلى فقدانها لأهميتها الاقتصادية، وتجعل المعرفة الفنية في هذا المجال متاحة بالمجان (**عيسى، حسام، 2021**).

وواقع الحال أن الشركات متعددة الجنسيات هي التي تفرض السرية على المشروعات العاملة في الدول النامية خاصة في عقود نقل التكنولوجيا على الرغم من الآثار السلبية لشرط السرية على مصالح الدول خاصة في عقود نقل التكنولوجيا، حيث يؤدى شرط السرية إلى إبقاء التكنولوجيا حكراً على المشروع.

وفي المحصلة نخلص إلى القول: بأن كل الحجج التي سيقت لتبرير نظام التحكيم هي مجرد أداة لاستبعاد قضاء الدول غير المؤهل للفصل في منازعات التجارة الدولية، هي حجج غير مؤسسة، ذلك أن الدول الصناعية تهدف استبعاد قانون الدول بما يضمن هيمنة القوى الكبرى في هذا المجال.

ويمكن أن نلخص مزايا نظام التحكيم الدولي في جانبه الإجرائي في ما يلي:

أولاً : السرعة

إن ميزة سرعة الفصل في النزاع، يحققها التحكيم، وهو بهذه الصفة وبالنظر إلى واقع قضاء الدولة الذي يتسم بطول إجراءاته وإلزامية بعض قواعده الشكلية، يطيل أمد التقاضي. (**احمد عبد الكريم سلامة، 2004، صفحة 136**)، لذا تحرص التشريعات الوطنية، وكذلك أنظمة وقواعد مؤسسات ومراكز التحكيم على تحقق هذه السرعة عن طريق تحديد آجال قصيرة لسير التحكيم، ومن ذلك ما اقره قانون التحكيم المصري لتشكيل هيئة التحكيم في المادة17منه والمادتان6 و7من قواعد الأونسيترال لعام 1976 والمادة 18من اتفاقية عمان العربية للتحكيم

التجاري لعام 1987 وبالنسبة لرد المحكمين المادة 19من قانون التحكيم المصري، وكذلك الأمر بالنسبة لميعاد إصدار القرار المادة 45 من قانون التحكيم المصري، والمادة 3/31 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري) وبالنسبة لتصحيح القرار(المادة36من قواعد الانسترال1976 والمادة /49/ 2 من نظام مركز واشنطن، 1965 والمادة21/ب من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية، بين مواطني الدول العربية الأخرى (**الطاهر بريك، 2017**).

ثانياً: السرية

إن المبدأ الأساس في جلسات التحكيم أن تتم في سرية تامة تضمن لأطراف الخصومة حجب أسرار معاملاتهم عن الغير، وهذا ما يجعل التحكيم متميزاً في مبادئه عن القضاء الذي يعتمد العلانية كمبدأ شكلي وضمانة من ضمانات التقاضي الأساسية.

وتؤكد على مبدأ السرية العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي وأنظمة الهيئات الدولية للتحكيم وكذلك التشريعات الوطنية ذات الصلة، فأثناء سير إجراءات المرافعة مثلا « تكون جلسات المرافعة وسماع الشهود سرية، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك» (المادة 21/ 4 من لائحة إجراءات لدى مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي لعام 1994). « ولا تكون الجلسات مفتوحة لأشخاص أجانب عن الإجراءات ما لم يتفق الأطراف ومحكمة التحكيم على غير ذلك ». ويقتضي طابع السرية «أن لا تبلغ الوثائق المقدمة للمحكمة الدولية للتحكيم أو الصادرة عنها بمناسبة الإجراءات التي تجريها إلا لأعضاء المحكمة».

وفي أثناء سير الإجراءات « تعتبر كل المعلومات المقدمة من الأطراف سرية، ويجب على كل من اطلع عليها بحكم وظيفته عدم إفشاء ما فيها إلا بموافقة الطرفين أو بطلب من جهة قضائية مختصة». (**المادة 7من نظام التوفيق والتحكيم لغرفة تجارة وصناعة دبي لعام 1994**) . وبعد صدور الحكم لا يجوز نشر قرار التحكيم إلا بموافقة الطرفين

ثالثاً: كفاءة المحكم وحياده

الخبرة شرط أساس في تولي مهمة التحكيم، لذلك فإنه من المفيد طرح النزاع مباشرة على فني أو خبير كما هو الشأن في التحكيم بدلاً من القضاء فإفشاء أسرار المعاملات التجارية قد يرتب أبلغ الأضرار بأصحابها الذين يتنافسون على الأسواق الدولية بمنتوجاتهم التي يفضلون إبقاء أسرار إنتاجها حكراً على شركاتهم، كما إن بياناتها والمفاوضات التي تتم بشأنها هي جزء من

رأسمالهم، ويظهر ذلك عقود نقل التكنولوجيا والمعرفة الفنية في مجالات تصنيع الأدوية والأقمار لاصطناعية وغيرها من المنتوجات الحساسة فالتحكيم وحده الذي يضمن حفظ هذه الأسرار في جميع مراحل الخصومة (**مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، 1998، صفحة 26**).

أما مسألة حياد المحكم فهي ميزة إضافية لهذا الطريق الخاص لفض النزاعات التحكيمية، فالمحكم غير خاضع لأية جهة، ولا لأي قانون وطني، فهو لا يصدر قراراته باسم سيادة دولة معينة.

الفرع الثاني: دوافع الجزائر في الانفتاح على التحكيم التجاري الدولي

بعد تبنيها لنظام الاقتصاد الحر في دستورها لسنة 1989، بدأت الجزائر تعيد النظر في موقفها الرافض للتحكيم التجاري الدولي، وهو ما تم تجسيده من خلال تبني نظام التحكيم في قوانينها (**كهينة آيت ساحد، 2018**) وفقاً للظروف المحيطة بالعقود والاتفاقيات وهو ما تفرضه الدوافع الاقتصادية من جهة والدوافع السياسية من جهة أخرى.

أولاً : الدوافع الاقتصادية

بعد الاستقلال انتهجت الجزائر النظام الاشتراكي القائم على احتكار الدولة للتجارة الخارجة، حيث نص دستور1976 على أن « تتحدد ملكية الدولة بأنها الملكية المحوزة من طرف المجموعة الوطنية التي تشملها الدولة وتشمل هذه الملكية بكيفية لا رجعة فيها... ». إلاّ أنه بعد الأزمة الإقتصادية التي عرفتها في الثمانينات، وجدت الجزائر نفسها مرغمة على تغيير سياستها الإقتصادية والتوجه نحو اقتصاد السوق، خاصة بعد الضغوط التي تعرضت لها من صندوق النقد الدولي، الذي كان يفرض عليها شروطه كلما رغبت في الحصول على مساعدات دولية وتدخله في مسائلها المالية والاقتصادية (**الهادي شتوان، 2011**).

وقد بدأت الجزائر في الإصلاحات الإقتصادية تدريجياً، فعملت في البداية على إبعاد الدولة عن سياسة التدخل المباشر في التسيير والاحتكار للأنشطة الاقتصادية، كما عملت على تحرر السوق الداخلية والخارجية إضافة إلى تنظيم النشاطات الاقتصادية، وتكريس حرية إنشاء المشاريع فيها وضمان المساواة بين الأعوان الاقتصاديين واعتماد التحكيم كوسيلة لتسوية نزاعاتها.

ثانياً: الدوافع السياسية

عملت الجزائر على التأقلم مع نظام التجارة الدولية الذي فرض نفسه على العالم، فتبنت الدولة إصلاحات سياسية من جهة ومن جهة أخرى تخلت عن نظامها الاشتراكي وتوجهت نحو

النظام الرأسمالي، والعمل على فتح المجال أمام القطاع الخاص، سواء كان وطنيا أو أجنبيا، وهو ما تم تكريسه في دستور الجزائر لسنة1989، وما تم التأكيد عليه في دستور1996.

المطلب الثاني: علاقة التحكيم الدولي بمنازعات الاستثمار

يُعرِّف المختصون التحكيم بأنه "اتفاق أطراف علاقة قانونية، عقدية كانت أو غير عقدية على أن يتم الفصل في النزاعات التي ثارت أو يمكن أن تثور بينهم، عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين. وهو بهذا هروب مشروع من القضاء، أو بعبارة أدق من الإجراءات الشكلية في القضاء (**محمود بريري، 2004، صفحة 04**)، لأن طرفي النزاع في التحكيم ـ لاعتبارات مختلفة ـ يرغبان في تجاوز الإجراءات التقليدية في القضاء، مثل: طريقة رفع الدعوى المواعيد الإعلانات، الحضور، وإدارة الجلسات وغيرها، وذلك كسباً للوقت، وتلافياً لما قد يقع في النفوس من نفور ومشاحنات فيما لو رفعت الخصومة أمام القضاء، بحيث أصبح التحكيم يلعب دورا حتميا في فض المنازعات التي تثيرها عقود الاستثمار (**حفيظة الحداد، 2001، صفحة 05**).

الفرع الأول: الحاجة إلى التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار

التحكيم هو طريق خاص لحل المنازعات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، وهو القضاء الطبيعي في الذي يحكم المنازعات التي تثيرها عقود الاستثمار على أساس أن أطراف النزاع هم الذين يختارون قضاتهم بدلاً من التنظيم القضائي في البلد الذي يعتمد فيه .

وتبرز الحاجة لهذا النوع من القضاء ليتم الفصل في المنازعات بواسطة أفراد عهد إليهم بهذه المهمة ويعرف التحكيم بأنه الطريقة التي يختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد والتي يتم البت فيها أمام شخص أو أكثر يطلق عليه اسم المحكم أو المحكمين دون اللجوء إلى القضاء.

الفرع الثاني: المعيار الدولي القانوني في التحكيم

انطلاقا من (**المادة 1039من القانون 08 . 09**)، فقد أصبح بمقدور الجزائر ضمان التحكيم التجاري الدولي للأجانب سواء كانوا دولا أو شركات أجنبية، وهذا ما يعتبر تطورا ملحوظا في التشريع الإجرائي الجزائري الذي كان يشترط في السابق بالنسبة لقانون الإجراءات المدنية القديم، أن يكون مقر أو موطن أحد الأطراف على الأقل في الجزائر، هذا التطور الذي يعد بمثابة ضمانة للمستثمرين الأجانب.

الفرع الثالث: آليات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي

إن التحكيم في منازعات عقود الاستثمار يتسم بخصوصية تميزه عن التحكيم في سائر المنازعات، نظرا لاختلاف نوعية المشاكل التي يجب على هيئة التحكيم التصدي لها، والتي تتمثل حقيقة في أن أحد الأطراف هو شخص عام يتعامل مع شخص خاص وأن موضوع هذه العقود يتمثل في تحقيق التنمية لموارد الدولة المضيفة لذلك يتعين في تحكيم منازعات الاستثمار اختيار نوع التحكيم، واختيار المحكمين الذين تتوافر فيهم الخبرة والتكوين للفصل في المنازعات والمحافظة على سرية إجراءات التحكيم في هذه العقود.

أولاً: التحكيم الخاص

عرف التحكيم الحر على أنه" التحكيم الذي يتولى الخصوم إقامته بمناسبة نزاع معين للفصل في هذا النزاع فيختارون بأنفسهم المحكم أو المحكمين، ويختارون القواعد الإجرائية والموضوعية التي يلتزم بها المحكمون، وتنتهي مهمة المحكمين بإصدار حكم فاصل في النزاع." وهذا النوع من التحكيم يحدد فيه أطراف النزاع المواعيد والمهل ويعينون المحكمين ويقومون بعزلهم أو ردهم وفقا لإجراءات خاصة يحددها الاتفاق أو العقد أو الأسلوب الذي يخضع له أطراف التحكيم، بحيث يتم تحديد القواعد المتعلقة بسير عملية التحكيم أو الإجراءات الخاصة بهم أو الإحالة إلى قواعد تحكيم توضع لأجل هذا الغرض المنشود من عملية التحكيم، ومثال ذلك قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة لعام 1976، وهذا النوع من التحكيم أعد لحالة خاصة بذاتها

ثانياً: التحكيم المؤسساتي

عرف التحكيم المؤسساتي بأنه "التحكيم المنظم عن طريق هيئات أو مؤسسات أو مراكز وطنية دائمة تضطلع بالتحكيم وفق قواعد وإجراءات تتضمنها لوائحها معروفة سلفا وتعد قوائم بأسماء المحكمين المعتمدين لديها من ذوي الكفاءات والسمعة الدولية، وتوفر للراغبين في التحكيم عن طريقها الأجهزة الإدارية المتخصصة والمدربة تيسيرا لعملية التحكيم وحسن سير إجراءاته". ويسمى هذا النوع بتحكيم هيئات التحكيم الدائمة، وهو أن يختار الأطراف إدارة إجراءات التحكيم وفقا لقواعد تحكيمية معينة أمام تحكيم مؤسساتي.

خاتمة:

مما لا شك فيه أن تنظيم أحكام التحكيم التجاري بشقيه الداخلي والدول في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08 ـ 09 جاء ليكون سنداً قانونياً للفصل في المنازعات التجارية، وقد راعى فيه المشرع إجراءات التحكيم المعمول بها دولياً في إطار تنظيمي أخذ ببعض الاتجاهات الحديثة في التحكيم الدولي.

إلا أن أهمية هذا الموضوع تحتم علينا أن نتمنى على المشرع ضرورة إعادة ضبط النصوص القانونية وفق الاتفاقية المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار وبما يضمن النظر في المنازعات أمام هيئات التحكيم الدولي والوطني مع التحفيز على الاستثمار وبما يتناسب وقوانين البلاد.

ومما سبق في الدراسة نخلص إلى أن اعتماد خيار التحكيم الدولي للفصل في المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية والاستثمار الأجنبي بقدر ما فيه من انفتاح على أنظمة قانونية لا ترتبط بدول محددة، فإنه ينطوي على كثير من المخاطر تجاه قوانين وأنظمة الدول النامية، فليس صحيحاً إطلاقاً القول بأن التحكيم يحصن المستثمر الأجنبي من فساد وتدني نظم التقاضي التقليدية في الدول النامية، ولكن النظرة الموضوعية التي تكشف عن بطء إجراءات التقاضي وتعدد درجاته وافتقاره للسرعة والسرية، تجعل التحكيم هو الوسيلة الأكثر ملائمة في المنازعات التجارية فضلا على المنازعات الناجمة عن عقود الاستثمار الأجنبي.

وقد توصلنا في نهاية هذه الدراسة إلى جملة من النتائج والتوصيات نـوردها على النحو التالي:

- على الرغم من تبني الجزائر للتحكيم والانفتاح عليه، فإنها لم تكرسه مباشرة في تشريع خاص ولم تخصص له فصلا كاملا إلا في إطار القانون 08 ـ 09 لسنة 2008 مسايرة لما يجري في العالم، وما فرضه الانضمام لاتفاقية نيويورك لسنة 1958
- على الرغم من تباين الآراء من في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، إلا أنه وبحكم الواقع يمثل قضاء خاصا، تسلب بموجبه المنازعات من القضاء الوطني، ما يحتم على المشرع الجزائري الانفتاح على هذا الأسلوب البديل

- تثبت هذه الدراسة أن التحكيم قضاء خاص تحوز أحكامه حجية الأمر المقضي به على الرغم من كون التحكيم يستمد مصدر سلطته من إرادة الأطراف خلاف القضاء الذي يستمد سلطته من القانون دون سواه.

وبالنظر إلى ما أفرزته التجارة الدولية، والاستثمار الأجنبي فإنه لابد من مواجهة واقع العالم المعاصر، وإن الخوف على الانتقاص من سيادة الدول الوطنية في ظل التحكيم الدولي خوف مبرر ومشروع وجب معه الأخذ بما يلي:

- ✓ إعادة النظر في القوانين الوطنية للتحكيم وسن تشريعات أكثر انسجاما مع الاتفاقيات الدولية، ترقى في قواعدها إلى قوانين الدول الأجنبية المستثمرة.
- ✓ تكوين خبراء في التشريعات والنظم القانونية الدولية لتمثيل الدولة في إبرام اتفاقيات التحكيم مع المستثمرين الأجانب والشركات متعددة الجنسيات بما يضمن تلافي الثغرات القانونية وإعمال القوانين الوطنية.
- ✓ النص على تطبيق القانون الوطني في عقود الاستثمار التي تبرمها الدول النامية مع المستثمر الأجنبي بالاستناد إلى اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية النزاعات بين الدول ورعايا الدول الأخرى بالنص على تطبيق قانون الدولة الطرف في النزاع مالم يتفق الطرفان على القانون الواجب التطبيق .

قائمة المصادر والمراجع

أولاً ـ الكتب

ـ أبو زيد رضوان،(**1995**) ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، القاهرة: دار النهضة العربية.

ـ أبو الوفا أحمد (2007)، عقد التحكيم وإجراءاته، مصر: دار المطبوعات الجامعية، جورج عوض.

ـ سلامة أحمد عبد الكريم، (2004)، قانون التحكيم التجاري والداخلي ـ تنظير وتطبيق مقارن ـ الطبعة**1**، القاهرة: دار النهضة العربية.

ـ الشرمان محمد ناصر(2015)، المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي. ط**1**، مصر: مركز الدراسات للنشر والتوزيع.

ـ بن سعيد لزهر(2014)، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، ط **2**، الجزائر: دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع.

ـ حداد حفيظة (2001)، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثره على القانون الواجب التطبيق. الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.

ـ بريري أحمد محمود مختار،(2004) التحكيم التجاري الدولي. الطبعة الثالثة، القاهرة: دار النهضة العربية.

ـ الجمال مصطفى وعبد العال عكاشة،(1998)، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية. مصر: منشورات الحلبي الحقوقية.

ثانياً ـ المقالات

ـ برايك الطاهر،(2017)، تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي عن طريق التحكيم التجاري لدى التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة الجزائر، المجلد 10 العدد 2، الصفحات 260 ـ 273.

ـ العيساوي حسين،(2011)، التحكيم وحصانة الدولة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، المجلد 48، العدد 3، الصفحات 489 ـ 522.

ـ بوكريطة موسى (2017)، التحكيم التجاري كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس الغرور، خنشلة، الجزائر، المجلد4، العدد 2، الصفحات 1146 ـ 1163.

ـ أيت ساحد كهينة،(2018)، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر: بين حماية السيادة الوطنية وحتمية الظروف الاقتصادية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، المجلد 13، العدد 1، الصفحات 85 ـ 104.

ـ شتوان الهادي، (2011)، دور الدولة في ظل العولمة والأزمة المالية العالمية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية جامعة الجزائر، المجلد 48، العدد 3، الصفحات 441 ـ 460.

ثالثاً ـ النصوص القانونية

ـ الأمر رقم 76 ـ97 مؤرخ في 22 نوفمبر 1976يتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية (1976)، ج،ر، (**العدد** 94 **مؤرخ في** 24 **نوفمبر** 1976).

ـ القانون المتضمن قانون التحكيم المصري، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، رقم **27**، (1994).

ـ المرسوم **رقم** 233.88، المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ إلى اتفاقية نيويورك (1988)، ج،ر،العدد**48**، الصادرة بتاريخ (23 **نوفمبر** 1988).

ـ اتفاقية نيويورك (1958)،اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية المعتمدة من قبل المؤتمر الدبلوماسي للأمم المتحدة.

ـ لائحة إجراءات لدى مركز التحكيم التجاري لدول مجلي التعاون الخليجي (1994)

ـ لائحة إجراءات غرفة التجارة الدولية بباريس (199).

رابعاً ـ مواقع الانترنيت

ـ حسام عيسى، (2021) التحكيم الدولي وسيادة الدول، www.almasryalyoum.com.