

دور التحكيم التجاري الدولي في تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي للعقار.

The role of international commercial arbitration in settlement of disputes on foreign investment contracts of real estate.

كرفوف خالد*

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة معسكر

مخبر تشريعات القانون الاقتصادي.

Khaled.kerfouf@univ-mascara.dz

تاريخ القبول: 2023/01/23

تاريخ المراجعة: 2023/01/22

تاريخ الإيداع: 2022/10/17

ملخص:

تلعب عقود الاستثمار العقاري دورًا بالغًا في دفع عجلة التنمية والتقدم الاقتصادي والاجتماعي، غير أن التغير في بعض الظروف السياسية والاقتصادية من شأنها أن تؤدي إلى اضطراب في العلاقة التعاقدية ما بين الدولة المضيفة للاستثمار من جهة وبين المستثمر الأجنبي من جهة أخرى.

ونظرا لطبيعة الخاصة لمنازعات عقود الاستثمار الأجنبي للعقار فإن معالجتها تحتاج إلى وسيلة من نفس تلك الخصوصية والتمثلة في التحكيم التجاري الدولي لما ينطوي عليه من مزايا عديدة والتي تتناسب إلى حد كبير مع هذه الطائفة من المنازعات.

الكلمات المفتاحية: عقود الاستثمار العقاري؛ الدولة المضيفة للاستثمار؛ المستثمر الأجنبي؛ التحكيم؛ المركز الدولي.

Abstract:

Real Estate Investment contracts play an important role in economic and social development. however, the change in political and economic circumstances can cause a disturbance in the contractual relationship between the investment host state on the one hand and the investor on other. Also by considering, the nature of Foreign Real Estate Investment contracts disputes, their treatment requires a means of the same specificity as international commercial arbitration which provides advantages and principles which adapt to these kinds of disputes.

Keywords : Real Estate Investment contracts; the country host for investment; Foreign investor; arbitration; the international center.

* المؤلف المراسل.

يشهد العصر الحديث تطورا ملحوظا من حيث سهولة الاتصال بين المجتمعات المختلفة في الظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والذي أدى بدوره إلى ظهور علاقات اقتصادية وقانونية لم تكن معروفة من ذي قبل، فالاستثمارات الأجنبية والتي تعد أبرز هذه العلاقات قد أولتها التشريعات معاملة خاصة تفوق تلك التي يتمتع بها الأجنبي العادي، نظرا لما تعول عليه الدول المضيفة من دفع عجلة التنمية والتقدم الاقتصادي والاجتماعي، فمنحت تلك الاستثمارات كثيرا من المزايا والتسهيلات بهدف جذب رؤوس الأموال إليها.

ولعل أحدث ما وصل إليه الفكر الاقتصادي القانوني هو إيجاد صيغ جديدة للاستثمار الأجنبي الذي تتمكن من خلاله الدول النامية إلى توسيع بنيتها التحتية كالطرق والمباني والمطارات، لهذا فقد أفرز الواقع الاقتصادي الجديد صيغا جديدة تمثلت هذه العقود في عقود الاستثمار الأجنبي للعقار والتي تؤدي دورا فاعلا في تحقيق الخطط التنموية في البلدان المتقدمة والنامية على حد سواء.

وبالرغم من أهمية هذا النوع من عقود الاستثمار في الاقتصاد والتنمية إلا أنها تتأثر حتما بالمتغيرات السياسية والاقتصادية، لذلك لا يتشجع المستثمرون وعلى وجه الخصوص المستثمر الأجنبي للدخول في مخاطر استثمار رؤوس أموالهم في مشروعات استثمارية، إلا إذا اعتمدت الدولة المضيفة للاستثمار على كل الوسائل التي تهدف إلى تحسين مناخ الاستثمار.

ومن أهم الضمانات التشريعية التي نصت عليها قوانين الاستثمار، والتي ينشدها المستثمرون هي تلك المتمثلة في الوسائل المتاحة لتسوية منازعات الاستثمار عن طريق التحكيم والتي تعد الوسيلة المناسبة لهذه الطائفة من العقود. إن وجود الدولة بوصفها السيادي في دائرة النزاع في صيغ جديدة من عقود الاستثمار إلى جانب المستثمر الأجنبي باعتباره الطرف الضعيف في هذه الدائرة من شأنه خلق العديد من المشاكل كما أنه يضيف على العملية التحكيمية الكثير من الخصوصيات، وفي ظل هذا المد والجزر يمكننا طرح الإشكال التالي:

ما هي عقود الاستثمار الأجنبي للعقار؟ وكيف تتجسد فاعلية التحكيم الدولي في تسوية النزاعات الناشئة بشأن هذه العقود؟

وللإجابة عن هذا الإشكال ننقسم هذه الدراسة إلى مبحثين أساسيين ندرج مفهوم عقود الاستثمار الأجنبي للعقار في (المبحث الأول) ودور التحكيم في تسوية منازعات عقود الاستثمار العقاري، في (المبحث الثاني)، معتمدين على المنهج الوصفي والتحليلي باعتبارهما المناسبين لهذا النوع من المواضيع.

المبحث الأول: مفهوم عقود الاستثمار الأجنبي للعقار.

تعد عقود الاستثمار الأجنبي الواقعة على العقارات نوعا جديدا من بين أنواع عقود الاستثمار، فلم تعرفه الساحة العقارية الاستثمارية سواء في التشريع المقارن عموما أو في التشريع الجزائري خصوصا، ذلك أن هذا العقد يتميز بخصوصية تكمن في طبيعته القانونية التي اختلف فقهاء القانون العقاري بشأنها والتي باتت محل جدال ونقاش كبيرين، لاسيما وفي ظل غياب شبه تام لتنظيم القانوني لهذا النوع من أنواع عقود الاستثمار.

المطلب الأول: تعريف عقد الاستثمار الأجنبي للعقار.

من أجل تحديد مدلول عقد الاستثمار الأجنبي للعقار فإنه يقتضي الحال منّا بيان معناه في الاصطلاح القانوني والفقهي على التوالي.

الفرع الأول: تعريفه في الاصطلاح القانوني.

لم تتطرق القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية إلى تعريف مصطلح عقد الاستثمار الأجنبي للعقار وهذا راجع بالدرجة الأولى كما سبقت الإشارة إلى حداثة الموضوع وإنما اكتفت فقط بتعريف مصطلح الاستثمار الأجنبي.

أولاً: في الاتفاقيات الدولية.

عرف المشرع الجزائري مدلول الاستثمار من خلال نص المادة الرابعة (04) من القانون رقم 22-18 المؤرخ في 2022/07/24 بتعلق بالاستثمار بأنه: "...اقتناء الأصول المادية أو غير المادية التي تندرج مباشرة ضمن نشاطات إنتاج السلع والخدمات في إطار إنشاء السلع والخدمات في إطار إنشاء أنشطة جديدة وتوسيع قدرات الإنتاج و/ أو إعادة تأهيل أدوات الإنتاج...المساهمة في رأسمال مؤسسة في شكل حصص نقدية أو عينية...نقل أنشطة من الخارج."⁽¹⁾ ويظهر من التعريف السابق أنّ المشرع قد أورد تعريف عام للاستثمار من خلال اقتناء الأصول المادية²، وجلي أن يندرج اقتناء أصول عقارية ضمن الأصول المادية من جانب المستثمرين الأجانب بغرض استغلالها من صميم الاستثمار في حدّ ذاته.

هذا وقد عرّف المشرع العراقي في قانون الاستثمار الأجنبي في الفقرة (04) من القسم الأول بقوله "أن الاستثمار من قبل مستثمر أجنبي يكون في أي من الأصول المتواجدة في العراق" وواضح أن مما تقدم أن المشرع العراقي في تعريفه للاستثمار الأجنبي يكون قد شمل في ذلك الأصول العقارية المتواجدة في العراق والتي تكون أساس هذه الاستثمارات لإقامة مشاريع استثمارية⁽³⁾.

ثانياً: في الاتفاقيات الدولية.

حاولت بعض الاتفاقيات الدولية إعطاء مفهوم شامل للاستثمار الأجنبي، فتضع معياراً عاماً لتلك الأموال المستثمرة ثم تورد بعض الأمثلة الإيضاحية لها، ومثال ذلك اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات وانتقال رؤوس الأموال بين الدول العربية حيث نصت على الآتي: يقصد باصطلاح "الاستثمارات أو المال المستثمر" في هذه الاتفاقية، كافة أنواع الأصول المستثمرة والتي تتعلق بالأنشطة الاقتصادية، ويقوم بها مستثمر تابع لإحدى الدول العربية المتعاقدة الأخرى، وأوردت من بينها وعلى وجه الخصوص الأصول العقارية⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ أنظر المادة (04) من القانون 22-18 المؤرخ في 2022/07/24 بتعلق بالاستثمار، ج.ج.ج العدد رقم 50 المؤرخة في 2022/07/28.

⁽²⁾ وهو نفس التعريف السابق الوارد في المادة (02) من القانون رقم 16-09 المؤرخ في 2016/08/03 بتعلق بترقية الاستثمار، ج.ج.ج العدد رقم 46 المؤرخة في 2016/08/03.

السابق لقانون

⁽³⁾ عالية يونس الدباغ، وسن مقداد، عقد الاستثمار، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، عدد 2، شباط 2009، عن جامعة الموصل بكلية القانون، العراق، ص 359.

⁽⁴⁾ أنظر المادة (04) من القانون 22-18 المؤرخ في 2022/07/24 بتعلق بالاستثمار، ج.ج.ج العدد رقم 50 المؤرخة في 2022/07/28.

الفرع الثاني: تعريفه في الاصطلاح الفقهي.

قد لجأ معظم فقهاء القانون إلى تعريف عقد الاستثمار ولم يتم في ذلك إيراد لتعريف عقد الاستثمار العقاري ولو كانت الإشارة في محتوى التعريف الأول تفرض محتوى التعريف الثاني لذلك يُعرّف "عقد الاستثمار بأنه ذلك العقد المبرم بين الدولة أو أجهزتها أو مشروعاتها الاقتصادية مع شخص خاص أجنبي، يلتزم بمقتضاها بنقل قيم اقتصادية إلى الدولة المضيفة لاستغلالها في مشروعات على أرضها بهدف تحقيق ربح لأطراف العقد"، فيظهر من التعريف بأنّ عقد الاستثمار الأجنبي للعقار بأنها تلك الطائفة من العقود التي تبرمها الدولة أو الأجهزة التابعة لها مع مستثمر أجنبي بحيث يلتزم هذا الأخير بنقل قيم اقتصادية إلى الدولة المضيفة لاستغلالها في مشروعات على أرضها لتنفيذ خططها التنموية والغالب أن تكون مدّة العقد طويلة نسبيا وهي عقود دولية تتمتع بطبيعة خاصة¹.

المطلب الثاني: طبيعة وخصائص عقد الاستثمار الأجنبي للعقار.

يمتاز عقد الاستثمار الأجنبي للعقار بطبيعة خاصة وبذاتية فريدة يختلف بها عما سواه من عقود التجارة الدولية عموما وعقود الاستثمار خصوصا.

الفرع الأول: طبيعة عقد الاستثمار الأجنبي للعقار.

نبرز الرأي الذي يضيف على العقد صفة الإدارية أولا ثم نرجع على من يعتبره عقدا من عقود القانون الخاص ثانيا لنبرز الرأي الأرحح بينهما.

أولا: عقد الاستثمار الأجنبي للعقار عقد إداري.

يعتقد بعض فقهاء القانون أن عقود الاستثمار العقاري التي تبرمها الدولة تندرج ضمن طائفة العقود الإدارية، وذلك لتمائل القائم بينهما من حيث توافر المعيار والشروط المميزة للعقد الإداري والمتمثلة في أنّ الدولة طرف في العقد واتصال العقد بمرفق عام واحتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص ، وذلك بالرغم من أنّ هذا النوع من العقود تهدف في ظاهرها إلى تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي إلا أنها تهدف إلى تسيير مرفق عام من وجهة نظر الدولة المضيفة².

ثانيا: عقد الاستثمار العقاري من عقود القانون الخاص.

يذهب اتجاه آخر منافٍ للاتجاه الأول إلى ضرورة إنكار الصفة الإدارية لعقود الاستثمار الأجنبي للعقار رافضين بذلك فكرة تكييف هذا النوع من العقود بالإدارية معتبرينها بأنها عقود ذات طبيعة خاصة، وذلك بسبب وجود مجموعة من العناصر التي ترفض التقارب بين عقد الاستثمار الأجنبي للعقار والعقد الإداري ومن ثمة انهيار فرضية إطلاق صفة العقود الإدارية على عقد الاستثمار الأجنبي للعقار³.

(1) بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية لتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية "دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2009، ص 8.

(2) رنا محمد راضي، دور الإدارة في منح الإجازة الاستثمارية وإلغائها، دراسة قانونية مقارنة، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2016، ص 40-41.

(3) محمد عبد العزيز علي بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 204.

فوقوف الدولة على قدم المساواة مع المستثمر الأجنبي متجردة من سلطاتها التقليدية المتعارف عليها في إطار نظرية العقود الإدارية يكون العقد معه خاليا من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص وهو ما يجعله في النهاية عقد مدنيا أو تجاريا وليس عقدا إداريا.

يبقى القول الثاني الذي يجعل من العقد محل الدراسة عقدا من عقود القانون الخاص هو الرأي الأولي بالإتباع ذلك أن نظام التحكيم الدولي تدعم نفي الطبيعة الإدارية لعقود الاستثمار العقاري، وهو ما يسمح بالموازنة بين مصالح كل من الدولة والمستثمر الأجنبي.

الفرع الثاني: خصائص عقد الاستثمار الأجنبي للعقار.

لعقد الاستثمار الأجنبي العقاري خاصية ذاتية تفرده عن غيره من عقود الاستثمار الأخرى، ومن بين أهم هذه الخصائص نذكر:

أولا: عقد الاستثمار الأجنبي للعقار من العقود الملزمة للجانبين.

من المستقر عليه فقها أن عقود الاستثمار عامة وتلك الواردة على العقار خاصة تعدُّ من قبيل العقود الملزمة للجانبين لذلك فإنه يستلزم لانعقاد العقد وفقا للقواعد العامة توافر الشروط الموضوعية العامة من رضا ومحل وسبب فيقع على الدولة مثلا التزام باحترام بنود عقد الاستثمار العقاري وإجراءاته في حين يقع على المستثمر التزام بانجاز المشروع الاستثماري في الأجل المحدد.

ثانيا: عقد الاستثمار الأجنبي للعقار من العقود طويلة المدة.

إنَّ العقد الذي يكون الزمن فيه جوهريا يكون عقدا زمنيا بحيث يكون الزمن هو المقياس الحقيقي الذي يقدر به محل فالاستثمار العقاري يعتبر استثمارا طويلا الأجل وهو الذي يأخذ شكل الاستثمار المادي التقليدي ويطلق عليه بالاستثمار الرأسمالي¹ لأن مكوناته وعلى رأسها العقار تدخل في تكوين رأس المال².

ثالثا: المحل في عقد الاستثمار الأجنبي هو عقار بالطبيعة أو بالتخصيص.

إنَّ المحل في عقد الاستثمار الأجنبي للعقار ينصب على العقار بالمعنى القانوني له سواء أكان عقارا بطبيعته والذي يشمل الأراضي والأبنية والمناجم...³ كالأستثمار الواقع على إنشاء قناطر أو مبانٍ أو سدود أو مطارات أو مترو أنفاق وخلافه مما قد يرد على العقار من أعمال إنشائية، كما قد يرد عقد الاستثمار على العقار بالتخصيص كإقامة خطوط الهاتف والكهرباء... الخ.

رابعا: عقد الاستثمار الأجنبي للعقار من العقود الدولية الخاصة.

تعدّ هذه العقود من قبيل العقود الدولية الخاصة إذ أنه لا يكاد يخلو من وجود العديد من الصعوبات منذ الوهلة الأولى لإبرام عقد الاستثمار العقاري من خلال لحظة البدء في التفاوض وصولا إلى التعاقد والتنفيذ إذ تتشابه فيها الكثير من الأنظمة القانونية التي تختلف تماما عن النظام القانوني للطرف الآخر، لذلك كان إصباح العقد بالصفة الدولية

(1) خلفان حمد عيسى، إدارة الاستثمار والمحافظة المالية، الجنادرية للنشر والتوزيع، 2016، ص134.

(2) كاظم جاسم العيسوي، دراسات الجدوى الاقتصادية وتقييم المشروعات - تحليل نظري وتطبيقي - ط1، دار المناهج للنشر والتوزيع، 2013، ص 23.

(3) محمد الصيرفي، التسويق العقاري الإلكتروني، ط1، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة - مصر، 2016، ص51.

ينطوي على وضع أكثر من معيار فبالنسبة للمعيار القانوني التقليدي يُكسب العقد الصفة الدولية بمجرد تطرق الصفة الأجنبية إلى أي عنصر من العناصر القانونية، غير أن المعيار القانوني الحديث يوجب التفرقة في العناصر القانونية للعقد بين العناصر الفاعلة وأخرى غير فاعلة في العلاقة التعاقدية ففي العقد محل الدراسة يكون المستثمر الأجنبي عنصرا فاعلا في تلك الرابطة كونه أحد أطراف العلاقة القانونية¹. فبمقتضى المعيار القانوني سواء في طابعه التقليدي أو الحديث يكون العقد دوليا بما أن المتعاقدون ينتمون لدول مختلفة في الغالب الأعم².

هذا ويبدو المعيار الاقتصادي هو الآخر أكثر مواءمة لإصباغ العقد بالصفة الدولية فيستلزم تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية وتداول لحركة الأموال وذهاب وإياب للقيم الاقتصادية عبر حدود دولتين أو أكثر، غير أن اعتماد معيار على آخر غير كافٍ لإصباغ عقد الاستثمار العقاري بالصفة الدولية لذلك يجمع المعيار المختلط بين المعيارين القانوني والاقتصادي أي لا يكفي لتقرير دولية العقد التحقق من وجود عنصر أجنبي في الرابطة العقدية بل لا بد من تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية³

المبحث الثاني: دور التحكيم في تسوية منازعات عقود الاستثمار العقاري.

إن إبراز الخصوصية التي تمتاز بها منازعات عقود الاستثمار الأجنبي للعقار يتطلب لتلك الخصوصية آلية كفيلة عند تسويتها مواءمة لها، والتحكيم التجاري الدولي يعدّ الأنجع على الإطلاق لذلك الغرض نظرا لمبررات اللجوء إليه وهو ما يعكس اختيار أطراف العلاقة اختيار نوع التحكيم المناسب لمصالحهم الاقتصادية.

المطلب الأول : مبررات اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار العقاري.

لقد أجاز المشرع الجزائري بموجب المادة (12)⁴ من القانون رقم 22-18 المؤرخ في 2022/07/24 يتعلق بالاستثمار بأنه يخضع كل خلاف ناجم عن تطبيق أحكام هذا القانون بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة، ما لم توجد اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف صادقت عليها الدولة الجزائرية تتعلق أحكامها بالمصالحة والوساطة والتحكيم، أو إبرام اتفاق بين الوكالة الوطنية لترقية الإستثمار، التي تتصرف باسم الدولة والمستثمر، تسمح للأطراف اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي.

هذا وقد عالج المشرع الجزائري مسألة التحكيم التجاري الدولي بموجب المادة (1039) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها على أن التحكيم يعد دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل، وهو الحكم الذي من شأنه أن يشمل منازعات عقود الاستثمار الأجنبي للعقار.

وعلى كل، وبالنظر للمزايا التي يحظى بها نظام التحكيم التجاري الدولي جعلت أطراف عقد الاستثمار العقاري لا يتوانون لحظة عن إدراجه كشرط في عقد هم الأصلي أو العقد اللاحق له.

(1) غسان عبيد محمد المعموري، عقد الاستثمار الأجنبي للعقار، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2015، 84.

(2) تامر عبد الجبار عبد العباس السعيد، تسوية منازعات عقد ترخيص الهاتف اللاسلكي بالاتفاق على التحكيم (دراسة تحليلية)، المركز العربي للنشر والتوزيع، 2018، ص33.

(3) رنا محمد راضي، المرجع السابق، ص 47.

(4) أنظر المادة 12 من القانون 22-18 المؤرخ في 2022/07/24، المرجع السابق.

الفرع الأول: خصوصية التحكيم في تسوية عقود الاستثمار العقاري.

يتميز عقد الاستثمار الأجنبي للعقار بطابع خاص لذلك وجد التحكيم كوسيلة لها خصوصيتها لحل هذا النوع من المنازعات بحكم ما ينفرد به من مزايا ذاتية بررت لجوء المستثمر الأجنبي إليه. ومن مزايا التحكيم التي تتناسب ومنازعات عقود الاستثمار نذكر ما يلي:

أولاً: السرعة والسرية في الإجراءات:

تتسم عقود الاستثمار في مجال العقار بضخامة رأس المال المستثمر ووجود جداول زمنية لتنفيذها، فإذا حصل بشأنها نزاع فإن الأمر يتطلب البت فيها في أسرع وقت ممكن لاستئناف تنفيذ هذه العقود، والتحكيم التجاري الدولي يوفر هذا المطلب لذلك نجد أن أطراف عقود الاستثمار العقاري تفضل اللجوء إلى التحكيم لما يقدمه من عدالة سريعة¹ لما يضمنه من سرية في سريان الخصومة التحكيمية، فجلسات التحكيم غير العلنية وعدم نشره للأحكام المنطوق بها تعتبر من المميزات الكبرى التي يمتاز بها التحكيم.

ثانياً: المرونة والتحرر في ظل التحكيم:

إن خصوصية التحكيم تتيح للطرفين فرص لعرض وشرح وجهات نظرهم أمام المحكم و مناقشتها مع الطرف الآخر ذلك أن التحكيم يتم في جلسات محددة يتفق عليها الأطراف في مكان انعقاد التحكيم وزمانه واختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وإجراءاته والموضوع محل المنازعة واختيار نوع التحكيم².

الفرع الثاني: مبادئ التحكيم التجاري الدولي.

نحاول بيان مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، ثم مبدأ الاختصاص بالاختصاص على التوالي.

أولاً: مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.

يترتب على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم نتائج مهمة، أبرزها أن بطلان العقد الأصلي لا يؤثر حتماً على بطلان أو صحة شرط التحكيم كما تقرير استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي تؤدي إلى إمكانية إخضاع العقد الأصلي لنظام قانوني يختلف عن ذلك الذي يحكم اتفاق التحكيم³.

ثانياً: مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

إن إعطاء الهيئة التحكيمية سلطة النظر في اختصاصها يعتبر النتيجة الغير مباشرة لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ومعنى هذا أن المحكم تمنح له سلطة الفصل في مدى اختصاصه في النزاع المتعلق بالعقد الأصلي وهو يتمتع بهذه الصلاحية استناداً إلى اتفاق التحكيم المنصوص عليه في العقد الأصلي والذي يعتبر من القواعد الأساسية في قانون التحكيم.

المطلب الثاني: أنواع التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي للعقار.

(1) سلامي الميلود - بوسنة جمال، التحكيم التجاري كضمان إجرائي لتسوية منازعات الاستثمار، مقال منشور عن مجلة باتنة عدد الخامس مارس 2017 - جزائر، ص 147.

(2) بقعة حسان، الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر عن طريق التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير عن جامعة بجاية-الجزائر 2010 ص 87.

(3) بودالي خديجة، مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم مصدر لفاعليته، مقال عن مجلة دولية محكمة بشار عدد 16 سنة 2015 -الجزائر.

تؤثر منازعات عقود الاستثمار العقاري في الحياة الاقتصادية لكل من الدولة والمستثمر الأجنبي مما يجعل اختيار نوع التحكيم من المسائل الهامة التي يقف عليها أطراف هذه المنازعات.

الفرع الأول: التحكيم الحر. Ad Hoc Arbitration

يعدّ التحكيم الحر من أقدم أنواع التحكيم ويقصد به حرية الخصوم في اختيار من يشاءون من المحكمين، مع تحديد القواعد والإجراءات التي يتبعونها، والقانون الواجب التطبيق، ومكان التحكيم وكذا هوية المحكم، وإلى غير ذلك من مسائل التحكيم¹، فهذا النوع من التحكيم يتولى فيه الأطراف بأنفسهم تشكيل هيئة التحكيم وتنظيم كافة المسائل المتعلقة به في اتفاق التحكيم من حيث مباشرة إجراءاته، ومكان انعقاده والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع²

الفرع الثاني: التحكيم المؤسسي. Arbitrage institutional

يتم التحكيم هنا من خلال مراكز منظمة ودائمة تفصل في المنازعات المعروضة عليها وفقا لإجراءات واللوائح الخاصة بها أو التي نص عليها القانون³.

فالتحكيم المؤسسي هو التحكيم المنظم من خلال شرط التحكيم المدرج في العقد الذي ينظم بين أطراف النزاع والمركز التحكيمي أو مشارطة التحكيم، أما عن مصير المحكمين في التحكيم المؤسسي فهم لا يعدّون طرفا في العقد، لأنهم أصلا طرف في عقد مع المؤسس التحكيمي⁴.

ومن أهم المؤسسات التحكيمية في العالم المركز الدولي لفض النزاعات الناشئة عن الاستثمارات بواشنطن، المحكمة الدولية للتحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس، محكمة تحكيم لندن، والمركز الدولي لحسم المنازعات التابعة لجمعية التحكيم الأمريكي⁵.

ومن الجدير بالذكر أنه وعلى الصعيد العملي نجد أن من اتفاقيات التحكيم المؤسسي التي يتفق عليها أطراف العلاقة التعاقدية ما نص عليه اتفاق التحكيم الوارد في المادة 21 من عقد امتياز البحث عن البترول في عام 1987 بين الشركات الألمانية Deutsch-Schachtbauquand وشركة رأس الخيمة الوطنية Recoil من أن جميع المنازعات التي تنشأ بخصوص تفسير هذه الاتفاقية أو تطبيقها ستتم تسويتها بموجب قواعد التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية وذلك من قبل ثلاثة محكمين يعينون بموجب هذه القواعد⁶.

(1) أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، الطبعة الثانية، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة 2004، ص 15.

(2) سلطان بن فراج رشيد السبيعي، تسوية المنازعات في الأوراق المالية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2011، ص 169.

(3) محمد شعبان سيد، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية، بدون دار نشر، 2014، ص 79.

(4) مصطفى ناطق صالح مطلوب -دراسة تأصيلية مقارنة- ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، 2018، ص 106.

(5) سيد علي النبي محمد، التحكيم في المنازعات التجارية الدولية -النظرية والتطبيق- دار الكتب المصرية، مصر، 2019.

(6) غسان عبيد محمد المعموري، المرجع السابق، ص 219.

الفرع الثالث: التحكيم في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. CIRDI

يعتبر المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مؤسسة دولية قائمة وضرورية أنشئت بموجب اتفاقية دولية متعددة الأطراف لبعث نظام جدير بالتسوية بين حكومة الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي المنتمي بجنسيته إلى دولة أخرى.

وقد تمثل الغرض الأساسي من إنشاء اتفاقية المركز الدولي، هو النهوض بالتنمية الاقتصادية من خلال توفير جو ومناخ استثماري ملائم يهدف تسهيل الاستثمار الدولي الخاص و بدأ ذلك جليا من خلال مقدمة الاتفاقية الوارد فيها ما يلي : "تقديرًا لضرورة التعاون الدولي في العمل على التنمية الاقتصادية ولأهمية الدور الذي تؤديه الاستثمارات الدولية الخاصة في هذا المجال"¹ ويتعزز دور المركز الدولي من خلال إرساءه لطريقتين من أجل تسوية منازعات عقود الاستثمار المتمثلة في التوفيق والتحكيم² غير أن التحكيم يعد أكثر رسمية من التوفيق فهذا الأخير ينتهي في الغالب إلى اقتراح كحل لنزاع القائم بينهما دون أن يلزما به، وهذا عكس التحكيم الذي يعتبر أكثر جدية وفاعلية من التوفيق والمنتهي بحكم تحكيمي ملزم للكافة³.

أولاً: شروط اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار : حتى يكون المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار مختصا للفصل في المنازعة الاستثمارية، فلا بد من توفر:

أ- شرط الانضمام: أن يكون أحد أطراف النزاع دولة متعاقدة، أي أنها طرفا في اتفاقية واشنطن هذا من جهة، ومن جهة أخرى يشترط أن يكون الطرف الآخر – سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا – في عقد الاستثمار مواطنا لدولة أخرى متعاقدة والمنتمي إليها بجنسية غير الدولة الطرف في النزاع.

ب- شرط الرضا: إضافة إلى شرط الانضمام يشترط أيضا لانعقاد الاختصاص القضائي للمركز أن يقدم كل من الطرفين موافقته الكتابية بالخضوع للولاية القضائية للمركز لأن مجرد الانضمام إلى الاتفاقية لا يصوغ اختصاص المركز للفصل في المنازعة⁴.

ج- شرط اتصال النزاع بالعقد: زيادة عن ذلك فقد تطلبت اتفاقية واشنطن لانعقاد اختصاص القضائي للمركز أن يكون النزاع قانونيا ناشئا مباشرة عن عقد الاستثمار وهو ما يترتب عليه استبعاد المنازعات ذات الطبيعة السياسية، فالنزاع الذي يلج ضمن اختصاص المركز هو ما تعلق بوجود حق أو التزام أو بتحديد مدى هذا الحق أو الالتزام المنبثق مباشرة عن عقد الاستثمار الأصلي⁵.

(1) بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 146.

(2) أنظر المادة 2/1 من الاتفاقية،

(3) طاشور منى بوختالة، المرجع نفسه، ص 143.

(4) أنظر المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن.

(5) طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة

الجديدة، إسكندرية، 2008، ص 324.

ثانيا: إجراءات التحكيم أمام المركز الدولي .

أ- اختيار محكمة التحكيم: حددت الاتفاقية كيفية تشكيل الهيئة التحكيمية في المواد 37 إلى 40 من الاتفاقية، مانحة للأطراف في المنازعة حرية واسعة في اختيار محكمهم¹ وعند غياب مثل هذا الاتفاق فإن نصوصها تصبح نافذة المفعول، والمدة المقررة للأطراف لتعيين المحكمين لا تزيد عن تسعين (90) يوما من وقت تسجيل الطلب، فإذا لم يتوصل الأطراف إلى اتفاق حول اختيار المحكمين خلال تلك المدة، تعين على رئيس المجلس الإداري تعيين المحكم أو المحكمين من قائمة هيئة تحكيم المركز، وتقضي المادة 39 من الاتفاقية بأن أغلبية المحكمين يجب أن يكونوا من مواطني دولة أخرى غير تلك التي هي طرف في المنازعة أو تلك الدولة التي يكون المستثمر الطرف في النزاع حاملا لجنسيتها.²

ب- اختيار القانون الواجب التطبيق: لقد أوجبت اتفاقية واشنطن على هيئات التحكيم البت في المنازعة المعروضة أمامها بما يتفق والقانون المختار من جانب الأطراف المتنازعة أي بما يتفق ومبدأ سلطان إرادة الأطراف، حيث نصت المادة 42 في فقرتها الأولى "المحكمة تفصل في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي اتفق عليها الأطراف..."، أما في حالة خلو اتفاقية الاستثمار المبرمة بين المستثمر والدولة المضيفة له، من النص على القانون الواجب التطبيق عند نشوب النزاع فإن اتفاقية المركز الدولي تلزم هيئة التحكيم بتطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار شاملا قواعده الخاصة بتنازع القوانين وقواعد القانون الدولي وبالتالي تمنع الاتفاقية تطبيق قانون وطني آخر إلا من خلال قواعد تنازع القوانين وقواعد الإسناد في الدولة المضيفة للاستثمار³، كما تستطيع هيئة التحكيم تطبيق مبادئ العدل والإنصاف بدلا من القانون في حالة تراضي الأطراف على ذلك⁴

ثالثا: تنفيذ حكم التحكيم

يتميز الحكم الصادر عن محكمة التحكم بالمركز بأنه نهائي ويمكن تنفيذه تلقائيا دون الحاجة إلى أي إجراء إضافي، فهو حكم ملزم للأطراف ويتم تنفيذه بقوة القانون، وبالتالي لا يمكن الطعن بالاستئناف أو أي طريق آخر للطعن إلا في الحدود التي قررتها الاتفاقية،⁵ لذلك قد أوجبت الاتفاقية على كل دولة أن تحترم الحكم وتنفيذه وإلا اعتبر ذلك انتهاكا للاتفاقية⁶ لذلك فقد تضمنت المادة 54 منها على أن تعترف كل دولة بأن جميع الأحكام الصادرة ملزمة، وتضمن تنفيذ الالتزامات المالية على إقليمها، كما لو كان حكم التحكيم صدر عن محكمة في إقليم الدولة المتعاقدة المطلوب تنفيذ الحكم فيها.⁷

(1) أنظر المادة 37 من اتفاقية واشنطن .

(2) جلال وفاء مجدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة لنشر، الاسكندرية، 2001، ص 55 .

(3) جلال وفاء مجدين، المرجع السابق، ص 61 .

(4) أنظر المادة 3/42 من اتفاقية واشنطن .

(5) أتاحت الاتفاقية ثلاث(3) أسباب يمكن بها منازعة الحكم التحكيمي وهي : طلب مراجعة الحكم إذا اكتشفت وقائع جديدة من شأنها التأثير على تغيير الحكم، وطلب تفسير مضمون الحكم أو نطاقه، وأخيرا طلب إبطال الحكم إذا تم تأسيسه على الأسباب المذكورة في اتفاقية واشنطن .

(6) بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 159 .

(6) جلال وفاء مجدين، المرجع السابق، ص 67 .

ويجد الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه سنده أيضا على أساس اتفاقية نيويورك لعام 1958 والتي خفضت أسباب رفض الاعتراف بحكم المحكم أو رفض تنفيذه، والتي حددتها في مادتها الخامسة (05).¹ كما تضمن الاتفاقية ضمانات مفروضة عند عدم الانصياع للحكم التحكيمي، عن طريق إتاحة الحماية الدبلوماسية للمستثمر الأجنبي للوقوف على قدم المساواة جنبا إلى جنب مع الدولة المضيفة له، كما أن رضاء الدولة بالتحكيم أمام المركز يفقدها الاحتجاج بسيادتها والتعنت عن عدم التنفيذ²، أضف إلى ذلك أن وجود المركز الدولي على مستوى البنك العالمي وكون رئيس المجلس الإداري للمركز من شأن ذلك أن يسهل تنفيذ الأحكام التحكيمية الصادرة في إطار المركز الدولي من قبل الدول المتعاقدة وإلا تعرضت الدولة المعنية إلى ضغوطات من قبل البنك العالمي³. فيعتبر المركز الدولي، هو الجهة الأكثر استيعابا لهذا النوع من العقود من خلال ما يوفره من ضمانات كافية للأطراف المتنازعة ونظرا لدوره المكرس للنهوض بالتنمية الاقتصادية، غير أن التحكيم يعد أكثر رسمية من التوفيق فهذا الأخير ينتهي في الغالب إلى اقتراح كحل لنزاع القائم بينهما دون أن يلزما به، وهذا عكس التحكيم الذي يعتبر أكثر جدية وفاعلية من التوفيق والمنتهي بحكم تحكيمي ملزم للكافة⁴.

الخاتمة:

تعد عقود الاستثمار الأجنبي للعقار تلك الطائفة من العقود التي تنطوي على علاقة تعاقدية مبرمة ما بين الدولة المضيفة للاستثمار أو أحد الأجهزة التابعة لها من جهة والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى، بغية تحقيق الترخيص من ناحية المستثمر الأجنبي و تنمية الدولة لاقتصادها من ناحية الدولة المضيفة للاستثمار، غير أنه وان ظهرت العلاقة في بدايتها حسنة إلا أنه سرعان ما تتخذ العلاقة القائمة بينهما منعرجا آخر لاحتمال تعارض مصلحة الطرفين وهو ما يفضي إلى نشوب المنازعة بينهما، ولكون منازعات عقود الاستثمار الأجنبي للعقار لها خصوصية وطابع ذاتي تمتاز بها عن غيرها من المنازعات لذلك كان من الضروري إيجاد آلية كفيلة ومحايدة لتسوية المنازعات الاستثمارية المترتبة عن هذا النوع من العقود بما يتوافق وخصوصيتها لذلك فقد كان التحكيم هو الأسلوب الأنجع والأفضل لحل هذه المنازعات، لاسيما التحكيم تحت مظلة المركز "الأكسيد" الذي أنشئ بموجب اتفاقية واشنطن لسنة 1956، ومن أهم النتائج المتوصل إليها من هذه الدراسة نذكر ما يلي:

(1) أنظر المادة الخامسة (5) من اتفاقية نيويورك المبرمة في 10/06/1958 والتي انضمت إليها الجزائر بتحفظ وصادقت عليها بموجب المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 05/11/1988 ج.ج.ج.ر، عدد 48 المؤرخة في 23 نوفمبر 1988.

(2) جلال وفاء مجدين، المرجع نفسه، ص 89.

(3) أصوفي البشير، خصوصيات التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص عن جامعة الحسن الأول، المملكة المغربية، ص 135.

(4) طاشور منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة ماجستير عن جامعة قسنطينة-الجزائر 2013/2014، ص 143.

- تعدد عقود الاستثمار الأجنبي للعقار من بين أكثر عقود التجارة الدولية انتشارا وزيادة في الوقت الراهن وأفضل أنواع الاستثمارات على الإطلاق، إذ باتت رؤوس أموال بعض شركات الاستثمار العقاري على غرار شركة كولونيا الألمانية وشركة أنسال الصينية وشركة لايبيل الأمريكية... الخ يفوق إيرادات بعض الدول الفقيرة.
- يبقى الجدل والنقاش الفقهي حول اعتبار عقد الاستثمار الأجنبي للعقار عقدا إداريا أو عقدا من عقود القانون الخاص مستمرا.
- رغم تعدد الوسائل القضائية لحل النزاع بشأن عقد الاستثمار الأجنبي للعقار، إلا أن الوسيلة الأنجع واللازمة لخصوصية هذا العقد هو التحكيم التجاري الدولي.
- يعد التحكيم المؤسسي وبخاصة عن طريق المركز CIRDI أكثر الأشكال ملائمة لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي للعقار وأفضل بكثير من تقديم هذا النوع من المنازعات لتحكيم الحر ad hoc.
- أما بشأن التوصيات والاقتراحات التي استنبطت من الموضوع محل الدراسة والتي نأمل تحقيقها نذكر:
 - ضرورة إرساء تعريفا موحدا وجامعا لمدلول الاستثمار الأجنبي للعقار من خلال الاتفاقيات والمعاهدات الدولية حتى يستوضح فقهاء القانون ورجال الاقتصاد مدلول عقود الاستثمار الأجنبي للعقار.
 - سن تشريع وطني خاص ينظم عقود الاستثمار الأجنبي للعقار وبيان أهم وأبرز المسائل ذات الصلة بالعقود وبخاصة حسم مسألة طبيعة العقد إن كان عقدا إداريا حتى تكون وجهة دراسته من رجال القانون كفرع من فروع القانون العام أم أنه عقد من عقود القانون الخاص.
 - منح عديد الإعفاءات والامتيازات الممنوحة للمستثمرين الأجانب والوطنيين على حد سواء حتى يتسنى توافد واستقطاب أكبر قدر ممكن من المستثمرين الأجانب الراغبين للاستثمار في الميدان العقاري.
 - ضرورة تقرير الحماية الكافية في تشريعات الدول الوطنية المقررة لفائدة المستثمرين الأجانب في العقار. نقتح تأسيس هيئة دولية لتحكيم يديرها رجال القانون تعنى بتسوية كافة المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الأجنبي للعقار وذلك طبعا بعد إعادة النظر في جميع مراكز ولجان التحكيم الدولية الحالية ليبقى التحكيم التجاري الدولي عالميا وموحدا لدى كافة الدول الاقتصادية ومعلوم من طرف جميع الشركات الأجنبية المستثمرة في المجال العقاري.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: المصادر.

1. القانون رقم 09-08 المؤرخ في 2008/02/25 يتضمن قانون الإجراءات للمدنية والإدارية، ج.ج.ج، العدد رقم 21 المؤرخة في 2008/02/25 المعدل والمتمم بالقانون رقم 13-22 المؤرخ في 2022/07/12 يعدل ويتمم القانون رقم 09-08 المؤرخ في 2008/02/25، ج.ج.ج، العدد رقم 48، المؤرخة في 2022/07/17.
2. القانون 09-16 المؤرخ في 2016/08/03 يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ج.ج، العدد رقم 46 المؤرخة في 2016/08/03.
3. القانون 18-22 المؤرخ في 2022/07/24 يتعلق بالاستثمار، ج.ج.ج، العدد رقم 50 المؤرخة في 2022/07/28.

الكتب:

1. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، الطبعة الثانية، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة 2004.
2. بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية لتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية "دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2009.
3. تامر عبد الجبار عبد العباس السعيد، تسوية منازعات عقد ترخيص الهاتف اللاسلكي بالاتفاق على التحكيم (دراسة تحليلية)، المركز العربي للنشر والتوزيع، 2018.
4. خلفان حمد عيسى، إدارة الاستثمار والمحافظة المالية، الجنادرية للنشر والتوزيع، 2016.
5. رنا محمد راضي، دور الإدارة في منح الإجازة الاستثمارية وإغائها، دراسة قانونية مقارنة، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2016.
6. سلطان بن فراج رشيد السبيعي، تسوية المنازعات في الأوراق المالية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2011.
7. سيد علي النبي محمد، التحكيم في المنازعات التجارية الدولية - النظرية والتطبيق - دار الكتب المصرية، مصر، 2019.
8. عقيل كريم زغير، المسؤولية المدنية للمستثمر الأجنبي، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، 2015.
9. غسان عبيد محمد المعموري، عقد الاستثمار الأجنبي للعقار، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2015.
10. كاظم جاسم العيساوي، دراسات الجدوى الاقتصادية وتقييم المشروعات - تحليل نظري وتطبيقي - ط1، دار المناهج للنشر والتوزيع، 2013.
11. محمد عبد العزيز علي بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
12. محمد الصبري، التسويق العقاري الإلكتروني، ط1، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة - مصر، 2016.
13. محمد شعبان سيد، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية، بدون دار نشر، 2014.
14. مصطفى ناطق صالح مطلوب - دراسة تأصيلية مقارنة - ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، 2018.

المجلات:

1. بودالي خديجة، مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم مصدر لفاعليته، مقال عن مجلة دولية محكمة بشار عدد 16 سنة 2015 - الجزائر.
2. عالية يونس الدباغ، وسن مقدار، عقد الاستثمار، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، عدد 2، شباط 2009، عن جامعة الموصل بكلية القانون، العراق.
3. سلامي الميلود - بوستة جمال، التحكيم التجاري كضمان إجرائي لتسوية منازعات الاستثمار، مقال منشور عن مجلة باتنة عدد الخامس مارس 2017 - الجزائر.

الرسائل:

1. بقة حسان، الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر عن طريق التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير عن جامعة بجاية - الجزائر 2010.
2. طاشور منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة ماجستير عن جامعة قسنطينة - الجزائر 2013/2014.