

جامعة محمد خيضر - بسكرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص قانون أعمال

تحت إشراف الأستاذة:

د. قروف موسى

إعداد الطالبة :

لقويرح نسيمة

السنة الجامعية 2017-2018

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

"وَقُلْ أَعْمَلُوا فَسِيرَیَ اللَّهِ عَمَلَكُمْ وَرَسُولَهُ وَ الْمُؤْمِنُونَ"

صدق الله العظيم

[سورة التوبة] الآية 105

شكر وتقدير

الحمد لله الذي اثار لنا درج العلم والمعرفة واماننا على الى انجار هذا العمل.

انطلاقاً من قوله صلى الله عليه وسلم: " **من لا يشكر الناس لا يشكر الله** " وقول الشاعر " **تم المعلم وفيه التمجيد كعاد المعلم أن يكون رسولا**، اتقدم بالشكر الى الذي ساعدنا على انجار هذا العمل، الى من خال لنا كل ما وجهناه من صعوبات، الى استاذي الفاضل " **موسى قرونة** "، الذي لم يبخل علينا بتوجيهاته ونصائحه وصبره وتواضعه من خلال اشرافه على هذا العمل المتواضع، فله جزيل وجميل عبارات الشكر والتقدير.

كما اتقدم بجزيل الشكر الى كل اساتذة كلية الحقوق لجامعة الذين تداولوا طوال السنوات الفارطة على تزويدنا بكل ما هو قيم حتى نستطيع ان ننجز هذه المذكرة في احسن الظروف.

الى كل من ساهم من قريب او من بعيد، بالكثير او بالقليل، فلهم جزيل الشكر و عظيم العرفان و وفقنا و اياهم الى خدمة بلدنا الغالي.

و قبل وبعد فالشكر لله والله الحمد في اولا و اخيرا.

نسيمة

الإهداء

إلى أمي ... ثم أمي ... ثم أمي... التي كانت سنداً و عوناً لي طوال حياتي...
إلى روح من تحادروا الحياة مبكراً الى روحي أبي و اخي "عبد الوهاب"
رحمهما الله و جعل مسكنهما الجنة.

إلى جميع إخوتي و زوجاتهم و اولادهم الذين أحبوني و تمنوا دوماً ناجحاً...
الى اختي الوحيدة و بناتها ...

الى انوار قلبي الى صديقاتي رفيفات دربي: خضرة لغريب و عمران
مسعودة ...

إلى جميع زملائي و زميلاتي الذين طالما فرحوا بنجاحي...

إلى جميع أساتذتي الذين طالما عملوا لنجاحي...

الى كل هؤلاء ، أهدي ثمرة جهدي وعلمي، هذا البحث المتواضع الذي
أتمنى أن ينال رضا و قبول كل من قرأه.

نسيمة

مقدمة

مقدمة

ان وجود المنازعات في اي مجال من مجالات الحياة ظاهرة طبيعية بحكم الاحتكاك في التعاملات بين الناس، وبالنظر الي العولمة وتطور التجارة الدولية و التقدم التكنولوجي والاقتصادي نشأ ما يسمى بالاستثمار و الذي بالضرورة تتولد من خلاله خصومات ومنازعات بين أطرافه، خصوصاً بسبب الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار وذلك من خلال كون احد أطرافها شخص أجنبي يحمل جنسية تختلف عن جنسية الدولة الخاصة وحماية حقوقهم في ظل قوة الطرف الأخر في العقد المتمثل في الدولة المستضيفة للاستثمار فاحد اطراف العلاقة العقدية هو الدولة والتي تعتبر شخص قانوني ليس له نفس اعتبار الأشخاص الخاصة و بالتالي يختل التوازن بين أطراف العقد الدولية احد اطراف العلاقة العقدية شخص اجنبي ينتمي الى جنسية اخرى.

ولعل من بين أهم وسائل التشجيع وجذب الاستثمار هو الأمان القانوني للطرف الأجنبي في استثماره من خلال مجموعة الضمانات التي توفرها الدول للمستثمر الأجنبي ومن بينها الحق في التحكيم في حال النزاع و من جهة أخرى تمسك الدول بسيادة قانونها الداخلي في حال النزاع ومن جهة أخرى.

كل هذا وغيره يجعل من هذه النوعية من العلاقات و النزاعات الناشئة عنها ذات خصوصية وأكثر تشعب وتعقيد من خلال التوفيق بين مصالح الدول و سيادتها وبين مصالح الأفراد خصوصاً اذا ما ثار نزاع بين اطراف العلاقة في أي مرحلة من مراحل العلاقة العقدية.

فالمنازعات عامة سواء ما تعلق منها بالاستثمار او غيرها من الحقوق تعرف بأنها : " المنازعات التي تتعلق بوجود أو مدى أو كيفية احترام حق ما عن طريق تحديد القاعدة القانونية واجبة التطبيق، ومن ثم تتميز المنازعات القانونية بانطلاقها أساساً من الاعتبارات القانونية المحضة"¹

¹ علي حسين ملحم : دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، القاهرة 1998، ص 245

إذا فالاستثمار مثله مثل أي علاقة قد تثور نزاعات بين الاطراف فيه، لكن ما هي خصوصية النزاع فيه وهل تتشابه المنازعات سواء من جانبها الموضوعي او جانبها الاجرائي مع باقي المنازعات التي تثور.

كل هذا و ذلك سنتناوله تفصيلا في موضوعنا هذا.

أهمية الموضوع: ان الطبيعة الخاصة و المميزة لعقود الاستثمار من خلال تمايز

أطرافها و اختلاف مراكزهم القانونية وذلك كون الدولة المستضيفة طرف في العقد و الطرف الأخر عبارة عن شخص من أشخاص القانون الخاص وأيضا كون احد أطراف العقد شخص اجنبي و كذا حداثة هذه العلاقات في المجال القانوني مقارنة بباقي العلاقات القانونية، كل هذا وذلكيولد خصوصية في تسوية نزاعاته الناشئة عن هذه العلاقة التي نسعى في طرحنا هذاالى معرفتها ومعرفة مسبباتها وتتنوع طرق تسويتها وانجع هذه الطرق في هذا.

الإشكالية:

بالاعتماد على ما سبق يمكن طرح الاشكالية التالية:

ما هي طرق تسوية النزاعات الناشئة عن الاستثمار وما مدى فعاليتها؟

وتتفرع هذه الإشكالية إلى مجموعة من التساؤلات الفرعية والتي سنحاول معالجتها من خلال عناصر الموضوع وهي كالاتي:

_ ما المقصود بعقود الاستثمار وأطرافها وأنواعها وأسباب وقوع المنازعات فيها؟

_ ماهي الطرق الودية والقضائية لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار؟

أسباب اختيار الموضوع:

ان اختيار موضوع تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار كان من ورائه مجموعة من الأسباب والدوافع وهي كالاتي:

بالنسبة للدوافع الذاتية فهي:

_ زيادة التحصيل العلمي و المعرفي في هذا المجال المثير.

_ تجربتي في العمل في إدارة استثمار أجنبي في الجزائر والمعوقات التي واجهها هذا الاستثمار ورغبتني تذليل هذه الصعوبات.

اما بالنسبة للدوافع الموضوعية:

_ اثبات ان هناك تسويات متعددة ومختلفة لمنازعات الاستثمار.

_ اثراء موضوع الدراسة, خاصة مع قلة الدراسات القانونية حول موضوع الاستثمار والمنازعات الناشئة عنه.

المنهج المتبع:

اتبعت في دراسة هذا الموضوع المنهج التحليلي القائم على المعالجة والتدقيق في عناصر الموضوع، إلى جانب اعتماد المنهج الوصفي.

وقصد الإلمام الشامل بجوانب الموضوع، والوصول إلى إجابة على الإشكالية والتساؤلات الفرعية المطروحة ارتأينا تقسيم الدراسة إلى فصلين مع تخصيص مبحث تمهيدي لدراسة الإطار المفاهيمي لعقود استثمار، وذلك على النحو التالي:

مبحث تمهيدي: عقود الاستثمار و النزاعات الناشئة عنه

الفصل الاول: الوسائل الودية لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار

الفصل الثاني: الوسائل القضائية والتحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار

مبحث تمهيدى :

عقود الاستثمار

و النزاعات الناشئة عنها

مبحث تمهيدي: عقود الاستثمار و النزاعات الناشئة عنها

يعتبر الاستثمار ثمرة التطور الطبيعي لدور الدولة ووظائفها في العصر الحديث، حيث انتقلت وظيفة الدولة من الدولة الحارسة التي تحقق الأمن والدفاع والعدل إلى الدولة المتدخلة في كافة مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لتحقيق رفاهية المواطن، ومن ثم أصبحت عقود الاستثمار هي الأداة الفاعلة في تحقيق أهداف التنمية في المجالات المختلفة في دول العالم عامة والدول النامية خاصة .

ولما كانت الدول النامية تحتاج إلى جذب رؤوس الأموال الأجنبية وتشجيع الاستثمار في المجالات المختلفة وجلب التقنية الحديثة من الدول المتقدمة، أصبح لزاماً أن تكون هناك وسيلة قانونية تضمن حقوق المستثمرين وتلزم الدول بتحمل التزاماتها مع المستثمرين الأجانب سواء كانوا أشخاصاً أو شركات .

عليه سوف نتناول في مبحثنا التمهيدي هذا ماهية عقود الاستثمار من خلال التطرق إلى مفهوم عقود الاستثمار والنزاعات الناشئة عنها وكيفية الوقاية منها.

المطلب الاول: ماهية عقود الاستثمار

تمثل موضوع عقود الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى في عملية استثمار معينة، تحقيقاً للربح للطرف الأجنبي وخدمة للتنمية في الدولة المضيفة، ما المقصود بالاستثمار؟

الفرع الاول: مفهوم عقود الاستثمار

ونتناول في المفهوم تعريفه لغة و اصطلاحاً و طبيعته القانونية

اولاً: تعريف الاستثمار:الاستثمار لغة : مشتق من الثمر أي حمل الشجر بمعنى خرج ثمرة و أثمر الرجل بمعنى كثر ماله ، و الثمر بمعنى المال أو بمعنى الذهب و الفضة ، و ثمر ماله بمعنى أنماه و استفاد، من هذا المعنى قوله تعالى : " و كان له ثمر فقال لصاحبه و هو يحاوره أنا أكثر من مالا و اعز منك نفراً¹ " و عليه فقد عرف معجم اللغة العربية الاستثمار بأنه

¹ . سورة الكهف، الآية 34

: "استخدام الأموال في الإنتاج إما مباشرة بشراء الآلات و المواد الأولية ، أو بطريق غير مباشر ك شراء الأسهم و السندات.

يعد الاستثمار من أكثر الموضوعات التي نالت قسطا كبيرا من اهتمام الفقه و القانون الدولي بفرعه العام و ، حيث أصبحت المكتبات القانونية تزخر بمؤلفات فقهية مطولة تطرقت لهذا النوع و خاصة بعد إن أصبح قانون الاستثمار هو قانون العمليات المالية ذات الصبغة العالمية ، و ذلك أن الاستثمار هو عملية مركبة تجمع بين عناصر اقتصادية و أخرى قانونية ،

كلمة استثمار هي من المصطلحات الاقتصادية العالمية Investissement و معناها في علم الاقتصاد لا يخرج عن معناها اللغوي ، لأنه يقصد بها زيادة أو إضافة جديدة في ثروة المجتمع مثل إقامة المباني و المزارع و الطرق و غيرها من المشروعات، التي تزيد أو تكثر من الترصده الاقتصادي للمجتمع لذلك تعددت التعاريف الاقتصادية . فذهب بعض الفقهاء الاقتصادي في تعريفهم للاستثمار بأنه : "قيام المستثمر الأجنبي بتحويل كمية من الموارد التكنولوجية و الخبرة الفنية في جميع المجالات إلى الدول المضيفة" ¹ وعرفه أيضا بعض الاقتصاديين بأنه : " تكوين رأس المال و استخدامه بهدف تحقيق الربح القريب أو البعيد بشكل مباشر أو غير مباشر ، بما يشمل إنشاء نشاط إنتاجي أو توسيع طاقة إنتاجية قائمة ، أو حيازة ملكية عقارية ، أو إصدار أسهم أو شرائها من الآخرين ، أو انه اتفاق عام أو خاص يؤدي إلى زيادة حقيقية في سلع أو عناصر أو خدمات الإنتاج" ².

بالرغم من أن عملية الاستثمار عملية اقتصادية بحتة، إلا أن رجل القانون حاول ايجاد تعريف لها، و ذلك لأنه ينظر في تنظيم هذه العملية، و لأن هذه الأخيرة تشتمل على جوانب قانونية و جوانب اقتصادية فقد صعب ايجاد تعريف لها ،وقد حاول المشرع الجزائري تعريف الاستثمار عبر المراحل التي مر بها الإقتصاد الوطني من مرحلة الإقتصاد الموجه إلى مرحلة اقتصاد السوق، فقد تبنت الجزائر أول قانون للإستثمارات في سنة 1963 ، هذا القانون تضمن أساسا أهداف الإستثمار المتمثلة في تحديد الضمانات الخاصة و العامة للإستثمارات المنتجة في الجزائر،

¹ د. عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص4

² د. عبد الله عبد الكريم، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، ص 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان 2008، ص 19

و الحقوق والواجبات المرتبطة بها، ولم يتم تطبيق هذا القانون بسبب تخوف المستثمرين منه لأنه لم يتمتع بالمصادقية اللازمة لجلب الاستثمار الأجنبي بسبب عدم اتباعه بنصوص تطبيقية و من خلال سلسلة التشريعات التي أصدرها المشرع الجزائري في الفترة الممتدة من سنة 1963 إلى سنة 1986 يتبين أنه كان يحاول إرساء المبادئ العامة للإستثمار و اهتم تماما فكرة تحديد المدلول القانوني لهذه العملية.

أظهرت الجزائر مع بداية التسعينات توجهها نحو الإقتصاد الحر و تفتحها على الإستثمار الأجنبي بكل أشكاله ، و في هذا الصدد أصدرت مجموعة من القوانين و التنظيمات المتتابعة، و كان أولها القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد و القرض الذي تضمن مجموعة من النصوص التي تنظم الإستثمار الوطني و الأجنبي 1 فنجد أن التشريع الخاص بالنقد و القرض يتضمن بعض العناصر التي تسمح بتعريف الاستثمار.

و بصور القانون 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار تناولت المادة الثانية منه تعريف

الإستثمار بنصها " يقصد بالإستثمار في مفهوم هذا الأمر ما يأتي:

-اقتناء أصول تتدرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، أو توسيع قدرات الإنتاج، أو إعادة التأهيل، أو إعادة الهيكلة

-المساهمة في رأسمال مؤسسة في شكل مساهمات نقدية أو عينية ،

-استعادة النشاطات في إطار حوصصة جزئية أو كلية "

و عليه فوفقا للمشرع الجزائري فإن الإستثمار هو استحداث نشاطات جديدة و قدرات الإنتاج

عن طريق الأصول أو المساهمة النقدية أو العينية في رأسمال المؤسسة و كذا استعادة

النشاطات في إطار الحوصصة جزئية أو كلية و هذا في إطار ما يسمى بمنح الإمتياز لإنجاز

المشاريع و النشاطات الإقتصادية المنتجة للسلع و الخدمات.

و بصور القانون 16_09 المتعلق بترقية الاستثمار وفي المادة الثانية منه عرف المشرع

الجزائري الاستثمار على انه : اقتناء أصول تتدرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، أو

¹ المادة 126 من الأمر رقم 01/03 المؤرخ في 26/08/2003 المتعلق بالنقد و القرض المعدل و المتمم ، السالف الذكر التي تنص على ما يلي : " يخصص للمقيمين في الجزائر بتحويل رؤوس الأموال إلى الخارج بضمان تحويل نشاطات إلى الخارج مكملة لنشاطاتهم المتعلقة بإنتاج السلع و الخدمات في الجزائر .

توسيع قدرات الإنتاج، أو إعادة التأهيل

-المساهمات في رأسمال شركة

ثانيا :الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار

لقد اختلف الفقهاء في إيجاد أو تحديد الطبيعة القانونية لعقود الإستثمار الدولية و ذلك لكون الدول أو إحدى الهيئات أو الأجهزة التابعة لها طرف من أطراف العقد، و عليه فمسألة تحديد الطبيعة القانونية للعقود المبرمة بين الدولة و أشخاص القانون الخاص قد أثارت العديد من المشكلات القانونية التي تتسم بالصعوبة و الجدية .إن السبب في هذه الصعوبات هو عدم تساوي طرفي العقد في المراكز القانونية، فطرفا هذا العقد كلاهما ينتميان لنظام قانوني مختلف و يدخلان في المعاملات التعاقدية بمفاهيم خاصة فالأول متعاقد كدولة ذات سيادة لها سلطة عامة و الثاني شخص أجنبي سواء أكان شخصا طبيعيا أو معنويا. يتعاقد بمفهوم العلاقات التعاقدية الخاصة، وفق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين و أنه يتعامل على قدم المساواة مع الطرف الآخر - الدولة - و لا يرضى بغير ذلك . بديلا غالبا إنَّ حالة عدم التكافؤ من جهة أخرى في المراكز الإقتصادية بين الدولة كطرف في هذا النوع من العقود و ذلك نظرا لإمكاناتها الإقتصادية و المعرفية المحدودة و بين الطرف الثاني في العقود و المتمثل في الشركات العملاقة الإقتصادية وما تملكه من قدرات على جميع المجالات التي تتركها تتفوق على الدول أو طرف العقد الثاني، الذي يسعى لجلب الإستثمارات الأجنبية للعمل في مثل هذه المشروعات، حيث يتحتم عليها في تقديم بعض التنازلات و الحوافز للمستثمر الأجنبي و هو ما قامت به الدول في تشريعاتها .كل هذه المميزات أثارت جدلاً كبيرا لدى الفقهاء حيث تم تكييف هذه الطبيعة إلى أربعة آراء مختلفة.

1. **عقود الإستثمار الدولية عقود إدارية .** يرى أنصار هذا الرأي بأنَّ عقود الإستثمار

تعد إدارية و ذلك حسب طبيعة النشاط الذي تقوم به أحد الأجهزة الحكومية التابعة

للدولة أو الدولة بحد ذاتها عند إبرامها لعقود الإستثمار ، و أستند أصحاب هذا

الرأي إلى عدة إعتبارات لإعطاء قوة لرأيهم تجلت فيما يلي :

- إن أحد طرفي العقد هو الحكومة، أو أي جهاز من الأجهزة التابعة لها و التي تمثلها و القائمة على النشاط الإقتصادي .
 - ما دام أن عقود الإستثمار هدفها الأساسي هو تحقيق منفعة عامة أو تسيير مرفق عام. و تقوم على أساس فكرة المصلحة العامة فهذا يتركنا أن نصرف النظر عن ما تحققه عقود الإستثمار إلى الربح أم لا.
 - إن الميزات التي يستفيد منها المستثمر على ما تمنحه عقود الإستثمار .فكل هذه الميزات غير معتادة و مألوفة في مجال العقود مع الأفراد و التي تتعلق بمجال القانون الخاص كالإعفاء من الضرائب و تخفيض الجمارك...
 - حق الدولة (الهيئة) في الرقابة و التفتيش و زيارة موقع العمل، و طلب تنفيذ العقد و فقا للشروط الموضوعية.
 - حق الدولة المضيفة للإستثمار في تأمين المشروع إذا كان من مقتضيات المصلحة العامة. إن القول بالطبيعة الإدارية لعقود الإستثمار أمر يتعارض مع سياسة تشجيع الإستثمار¹
 - حيث يؤدي لجوء الدول إلى الطبيعة الإدارية لعقود الإستثمار من شأنه أن يبعد المستثمر وذلك لتجنب المخاطر التشريعية و القضائية التي يتعرض لها .
- II. عقود الإستثمار الدولية من عقود القانون الخاص.**

نتيجة للإعتبارات العملية، فإن مقتضيات الإستثمار و التجارة الدولية تستلزم عدم التمسك بأساليب القانون العام في التعاقد، لأنه يتمسك الدولة بسيادتها و سلطاتها العامة فإنها تهدم العلاقات التعاقدية مع الطرف الأجنبي و عليه كان لزاما على الدولة أن تنزل إلى المستوى المتعاقد الخاص وذلك لتحقيق مصالحها الخاصة، مما يستوجب بالتعاقد بأسلوب القانون الخاص و ذلك تحفيزا للإستثمارات الأجنبية و تحقيق أهداف الدولة الإقتصادية. مما يحقق المساواة و الأمان مع الطرف المتعاقد الأجنبي² فعقود الإستثمار الدولية تعتبر عقود لم تعد تربط بالمرافق العامة و تقديم الخدمات و إنما صارت ذات طبيعة خاصة تنظمها مبادئ القانون الدولي الخاص للعقود. و عليه يخلص هذا الرأي إلى أن عقود الإستثمار الدولية من عقود القانون الدولي الخاص. حتى لو كان أحد طرفيها شخصا من أشخاص القانون العام.

¹ ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار الأجنبي، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014، ص 3

² حسان نوفل، المرجع السابق، ص 38

III. عقود الإستثمار الدولية ذات طبيعة خاصة. تعتبر الطبيعة القانونية لعقود الإستثمار بأنها عقود قائمة بذاتها و لها خصوصيتها و بنيتها و آثارها القانونية المستقبلية و هذا ما ذهب إليه أنصار هذا الرأي حيث يرون تمتع عقود الإستثمار بطبيعة خاصة و ذلك لطبيعة الأطراف و إرتباطهم بخطط التنمية الإقتصادية للدولة المضيفة حيث تستمد خصوصيتها من موضوعها و إرتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة، و عليه فإن طبيعة و محل و موضوع هذه العقود يهدف بشكل أساسي إلى تحقيق التنمية الإقتصادية للدولة المضيفة، و هذا ما يكسبها بعدعاما يتمثل في الإرتباط بالمجتمع، و مهما قلنا بأنّ عقد الإستثمار ينتمي إلى طائفة العقود ذات الطبيعة الخاصة فهذا لا ينسينا بأنّه يحتوي جانبا من عناصر العقود الإدارية و سماتها¹

لقد خلص الفقه القانوني إلى أن الطبيعة المختلطة لتلك العقود تجعل من البحث في طبيعتها القانونية مسألة نظرية بحتة يصعب معها الإنتهاء إلى نتائج حاسمة لها، و عليه تم إستخلاص أمر مهم بحيث أعتبر أنّ عقود الإستثمار الدولية عقود ذات طبيعة خاصة مختلفة تجمع بين خصائص القانون العام و الخاص.²

IV. عقود الإستثمار من العقود التجارية الدولية.

ان وجود العنصر الأجنبي في العقد يعطيه صفة الدولية و هو من قبيل عقود التجارة الدولية، سواء أكان ذلك بسبب إختلاف جنسية أطرافها أو إختلاف مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذ العقد، فإتصال العناصر القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد من شأنه أن نعتبر عقد الإستثمار من عقود التجارة الدولية و هذا وفقا للمعيار القانوني أما بالنسبة للمعيار الإقتصادي فإن عقود الإستثمار تعد كذلك من عقود التجارة الدولية و ذلك لتعلقها بمصالح التجارة الدولية. لقد أكد الفقه أنّه في حالة تطبيق المعيار المزدوج للدولية فإنّ عقود الإستثمار تعد من عقود التجارة الدولية لأنّه يتصل بأكثر من نظام قانوني واحد و عليه فإنّ عقد الإستثمار الذي يبرم بين طرفين ينتمي كلاهما إلى نفس الدولة يعد داخليا، أما إذا كان

¹حسان نوفل، المرجع السابق، ص39

²أزاد شكور، المرجع السابق، ص 43 و ما يليها

أحد أطراف العقد يحمل جنسية دولة أخرى فإنه هذا العقد يعد عقدا تجاريا دوليا أيًا كان المعيار الذي يأخذ به الفقه و القضاء في الدولة المتعاقدة مع الطرف الأجنبي.

إن عقود الإستثمار تتمتع بطبيعة خاصة مختلطة تجمع بين خصائص القانون العام و القانون الخاص، و إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية فهي تصبح عقودا إستثمارية دولية و الأمر المفيد الذي تسعى إليه الأراء هو تحقيق هدف و هو جلب تشجيع المستثمرين لإبرام عقود إستثمارية دولية مع تبيد مخاوفهم بإستبعادهم من تطبيق النظام القانوني الداخلي للدولة المتعاقدة أو الدولة المضيفة و إختصاص محاكمها.

الفرع الثاني: أطراف عقود الاستثمار

تتضمن عقود الاستثمار طرفين الأول يتمثل في الدولة أو من يمثلها ، و هي شخص يتمتع سيادة، ويمارس مظاهر السلطة العامة في المجال الداخلي، و شخص من أشخاص القانون الدولي العام، أما الطرف الثاني فهو الشخص الأجنبي و الذي يتمثل في شخص طبيعي أو معنوي، فإنه لا يمارس امتيازات السلطة العامة، و لا يعد شخصا قانونيا دوليا، لكنه يمتلك إمكانيات مالية و تكنولوجية و فنية كبيرة وعليه فالعلاقة بين الأطراف و متفاوتة من الناحية القانونية و الاقتصادية

أولاً: الدولة كطرف في العقد : يشمل عقد الاستثمار عموما طرفا وطنيا، متمثلا في الدولة أو من ينوب عنها بعمل عام أو بوظيفة من وظائف الدولة أو بمهمة المرفق العام، و طرفا خاصا لكنه يعمل لحساب الدولة، و يقصد بالطرف الوطني، الدولة كشخص من أشخاص القانون الدولي الذي يفترض أن يبرم مع طرف يملك نفس المركز القانوني، بالعودة إلى نص المادة 25 من اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار في الفقرة الأولى منها نجدها تنص على أنه: "يمتد اختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات بين دولة من الدول لمتعاقدة".¹

إن كون الدولة كطرف من عقود الاستثمار لا يثير أي إشكال يذكر في حالة قيامها بإبرام العقد بشكل مباشر عن طريق الحكومة، بما أن الدولة شخص من أشخاص القانون الدولي

¹ مرسوم رئاسي رقم 346-96 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، تتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية واشنطن لسنة 1965

العام و هذا لا يحتاج إلى إيضاح أو إشارة خاصة في هذا المجال²¹، او كان الطرف الذي وقع ماديا على العقد مؤسسة أو هيئة عامة تتمتع بشخصية معنوية و ذمة مالية مستقلة عن الدولة.

ثانيا :المستثمر الأجنبي كطرف في العقد

يشترط في الطرف المتعاقد مع الدولة أن يكون شخص تابع لدولة أخرى،و يستوي في هذا الشأن أن يكون هذا الشخص، شخص طبيعي أو اعتباري ، ويختلف وصف المستثمر في حالة الشخص الطبيعي عنه في حالة الشخص المعنوي ويظهر ذلك من خلال قراءة المادة الاولى من قانون الاستثمار . وعليه فلا بد من الوقوف على الوصف القانوني وذلك من خلال عرض حالة المستثمر في حالة الشخص الطبيعي وفي الثاني المستثمر في حالة الشخص المعنوي.

ا. المستثمر شخص طبيعي

ظهر قراءة نصوص بعض قوانين الاستثمار العربية انها اعتمدت على معيار الجنسية الانسانية لتحديد الوصف القانوني للشخص الطبيعي وكذلك تحديد تبعيته السياسية . وبأثر جنسية المستثمر بالنسبة لدولة الاستثمار نكون امام مستثمر وطني ومستثمر اجنبي وقد حدد المشرع العراقي في قانون الاستثمار وصف كل منهما . في المادة) فوصف المستثمر العراقي في المادة 1 ((وهو الذي يحمل الجنسية العراقية في حالة الشخص الحقيقي ..)) وهذا يعني ان المستثمر الذي لا يحمل الجنسية العراقية يتصف بالصفة الاجنبية . وهذا ما اكدته المادة 1 حيث نصت على : هو الذي لا يحمل الجنسية العراقية في حالة الشخص الحقيقي

¹ ا.م.د. عبد الرسول عبد الرضا، الاستثمار بين أجنبية رأس المال و جنسية المستثمر في ظل قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 المعدل ، جامعة بابل كلية القانون ، ص3

² بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص.16

المستثمر شخص معنوي: اغلب التشريعات باعتماد الصفة الوطنية لمكان التأسيس ومكان مركز الادارة الرئيسي ، كما اعتمد بعضها الصفة الوطنية لملكية رأس المال المستثمر ، وبالمعيار الاخير اخذت الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار لعام 1971 .

اما في ما يخص المشرع الجزائري بالجنسية والموطن بالنسبة للأشخاص الطبيعية، ويمكن تكوين الشركة وبالموضع بالنسبة للأشخاص الاعتبارية، غير أن نص المادة 31 من الأمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001، تثير مسألة مفهوم المستثمر المقيم و الغير مقيم، فيحدد هذا المفهوم بالنسبة للعملة التي يستعملها هذا الأخير لإنجاز استثماره ،و بذلك فالمستثمر المقيم يعرف بأنه الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي ينجز استثماراته بالدينار الجزائري أو بواسطة إسهامات عينية تم اقتناؤها محليا ،أما المستثمر الغير مقيم فهو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي ينجز استثماراته بواسطة عملة قابلة للتحويل الحر وتكون مسعرة رسميا من طرف البنك المركزي الجزائري أو بواسطة إسهامات عينية مستوردة

إن الغاية التي يتوخى المشرع الجزائري تحقيقها من خلال إقراره لمعيار و عدم اعتماده معيار الجنسية هو تشجيع المستثمرين المنحدرين من أصل جزائري والمقيمين في الخارج ، و ما يجب ملاحظته بخصوص فكرة الشخص المقيم و الغير مقيم هو أن مجلس النقد و القرض قد أصدر اللائحة رقم 90-03 المؤرخة في 08/09/1990 المتعلقة بتحديد شروط تحويل ووس الأموال إلى الجزائر لتمويل النشاطات الاقتصادية و إعادة تحويلها إلى الخارج و مداخلها، فحدد فيها مفهوم الشخص المقيم بأنه شخص طبيعي أو معنوي جزائري أو أجنبي يكون المركز الرئيسي لمصالحه الاقتصادية في الجزائر منذ سنتين على الأقل، أما الغير مقيم فهو كل شخص طبيعي أو معنوي جزائري أو أجنبي يكون المركز الرئيسي لمصالحه الاقتصادية خارج الجزائر منذ سنتين على الأقل بشرط أن يكون للبلد الأجنبي الذي يقيم فيه علاقات دبلوماسية مع الجزائر و أن هذه الأخيرة تعترف به، فالقانون 10/90 المتعلق بالنقد والقرض¹، قد سبق له أن رخص لغير المقيم بتحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر لتمويل أية و القرض نشاطات اقتصادية غير مخصصة صراحة للدولة أو للمؤسسات المتفرعة عنها أو لأي شخص معنوي

¹ قانون النقد والقرض رقم 90-10 المؤرخ في 14 أبريل 1990. الجريدة الرسمية، العدد 16 الصادرة في 27 أبريل 1990.

مشار إليه صراحة بموجب نص قانوني، و اللائحة رقم 90-04 المتخذة في 1990/09/08 والمتعلقة بشروط اعتماد الوكلاء و تجار الجملة و الصادرة عن مجلس النقد و القرض تسمح للوكلاء و تجار الجملة بالقيود في السجل التجاري سواء كانوا مقيمين أو غير مقيمين، و بعدها يستعد هؤلاء للشروع في عملية الإقامة و تنصيب أنفسهم لممارسة نشاطهم التجاري و هم يتمتعون بالحرية الكاملة في اختيار مقر إقامتهم فوق الإقليم الجزائري²³¹

الفرع الثالث: أنواع عقود الاستثمار

يعتبر البترول مصدرا هاما للطاقة حيث يعتبر بالنسبة لغالبية الدول المنتجة و المصدرة له المصدر الرئيسي للدخل القومي، إن لم نقل أنه المصدر الوحيد لها، إذ تشكل العوائد البترولية نسبة جد مرتفعة لدخلها....و استغلال طاقة البترول يتطلب الدخول في عقود متعددة بين الدولة صاحبة لثروة الطبيعية أو إحدى هيئاتها أو شركاتها من ناحية، و بين طرف يقوم بالتقيب و الإنتاج و التسويق من ناحية أخرى، أين يكون هذا الطرف الأخير عادة من الشركات الكبرى المتخصصة من الدول الصناعية المتقدمة المستهلكة للطاقة، و التي تملك الخبرة و رؤوس أموال تكنولوجيا.....و هذا ما جعل تضارب المصالح في هذه العقود يؤدي إلى تنوع أشكال عقود البترول نماذج عقود الاستثمار

أولاً. عقود البحث و استغلال البترول

يعتبر البترول ذو أهمية قصوى سواء بالنسبة للدول المنتجة له، و التي تنتمي غالبا إلى الدول النامية أما بالنسبة للدول المستهلكة له، فتتنتمي غالبا إلى الدول المتقدمة و هذا ما جعل تضارب المصالح في هذه العقود يؤدي إلى تنوع أشكال عقود البترول، حيث كانت في شكل عقود الامتياز، حتى نصف القرن الماضي، ثم ظهرت أشكال أخرى في التعاقد:

أ. : عقود الامتياز

ظهر هذا النوع من العقود منذ مطلع القرن العشرين، و ظل هذا النوع من العقود هو

² اللائحة التنظيمية رقم 90-04 المتخذة في 1990/09/08 من طرف مجلس النقد و القرض و الخاصة باعتماد الولاء و تجار الجملة

السائد في تنظيم العلاقات بين الدول و الشركات الأجنبية طوال النصف الأول من القرن الحالي، و لكن تغيرت و أدخلت عليها تعديلات نتيجة لما كانت تحتوي عليه هذه العقود من بنود مجحفة في حق الدول المنتجة، و كذلك نتيجة لتغير الظروف السياسية و الاقتصادية.

حسب ظروف نشأة عقود الامتياز في صورته الأولى، يمكن تعريف عقد الامتياز بأنه ذلك التصرف الذي تمنح بمقتضاه الدولة الشركة الأجنبية الحق المطلق في البحث و التنقيب عن الموارد النفطية الكامنة في إقليمها أو في جزء ، و الحق في استغلال هذه الموارد و التصرف فيها ، و ذلك خلال فترة زمنية معينة مقابل حصول هذه الدولة على مبالغ معينة¹⁴.

في سبيل قيام الشركة الأجنبية باستغلال الثروات النفطية للدولة مانحة الامتياز، فإن هذه الأخيرة تتضمن مجموعة من الحقوق لهذه الشركة و التي تتجسد في حق البحث و الاكتشاف و الإنتاج و حق ملكية النفط المنتج و إعداده للتجارة حق الضمان.....الخ.

جاءت عقود الإمتياز التقليدية متناسبة مع الظروف السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية

و القانونية، التي كانت سائدة آنذاك في الدول المنتجة، و لذلك لما تغيرت هذه الظروف كان من الطبيعي إدخال عليها تعديلات لتتماشى مع الظروف الجديدة، و لعل أبلغ وصف للامتياز الحديثة أنها امتياز تقليدية أدخلت عليها بعض التعديلات لصالح الدول المضيفة، و تتمثل هذه التعديلات في الأخذ بنظام مناصفة الأرباح و مسألة تنسيق الإتابة و نظام التخلي عن المساحات المستغلة و الأخذ بنظام المشاركة في عقود الامتياز الحديثة.

II. عقود المشاركة :

كانت الشركات الأجنبية الكبرى الناشطة في مجال النفط تعتبر هي المستحوذة على

¹ محمد يونس الصائغ، " أنماط عقود الاستثمار النفطية في ظل القانون الدولي المالي " مجلة الرافدين للحقوق، العدد 46، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2010، ص 198-199.

صناعة النفط وذلك بموجب عقود الامتياز التقليدية، التي أبرمتها مع الدول المنتجة، فقد كانت تمتلك بموجب هذه العقود الحق المطلق في البحث عن النفط و اكتشافه، كما كان لها الحق في إنتاجه و نقله و تكريره و تسويقه.

هذه العقود لم تقدم أية فرصة للدول المنتجة للمشاركة في عملية استغلال ثرواتها النفطية

مع شركاتها الأجنبية المتعاقدة معها , وظهر هذا النوع من العقود بفضل بعض شركات النفط الأجنبية المستقلة عن الشركات الأجنبية الكبرى الأمريكية و البريطانية، التي كانت الوحيدة التي تحتكر صناعة النفط في العالم، و يعد قانون النفط الايراني أول تشريع في الشرق الأوسط الذي ينص على نظام عقود الشراكة في مجال صناعة النفط،

III. عقود المقاوله البترولية :

وهو من أحدث الأشكال التعاقدية التي سادت العلاقة بين الدول المنتجة للبتروول و الشركات الأجنبية، وهو عقد يتم بمقتضاه استعانة الدولة ممثلة في إحدى المؤسسات المشرفة على النفط بمقاول ممثل في شركة يتولى مسؤولية الكشف عن النفط و إعداده للإنتاج، على أن يتحمل كافة المصاريف و مسؤولية المخاطرة التي تكتنف هذه العمليات منذ بداية المشروع .و تقوم هذه الشركة بأعمال البحث و التنقيب عن البترول و استخراجها لحساب الشركة الوطنية، إما بمقابل مادي أو حصة في الإنتاج يبيعها لحسابه.

ثانيا عقود التعاون الصناعي

جاءت نشأة عقود التعاون الصناعي بين مختلف الدول نتيجة للتطور التكنولوجي، خاصة بين الدول الصناعية و الدول النامية، و تتخذ هذه العقود عدة أشكال

ا. عقود نقل التكنولوجيا :

تعتبر عقود نقل التكنولوجيا من أهم عقود الدولة حديثا و هي التي تساهم في إدخال التكنولوجيا الحديثة للدول المضيفة، ويمكن تعريفها بأنها عبارة عن اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل التكنولوجيا مقابل تقديم معلومات فنية إلى مستورد ها ، استخدامهما في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو تركيب أو تشغيل

آلات أو أجهزة لتقديم خدمات و إدارة المنشأة بالأساليب الفنية الحديثة، وقد يكون للتشغيل و التدريب معا.

.II : عقود المساعدة الفنية

عقد المساعدة الفنية بأنه عقد يلتزم بموجبه مورد التكنولوجيا المتمثل في المستثمر الأجنبي بتقديم المساعدة الفنية و نقل المعرفة و الخدمات الضرورية .من الممكن أن يتم تضمين عقود المساعدة الفنية في العقد، كما قد تكون في عقد مستقل، و من بين عناصرها تدريب العمال المختصين في التدريب لعمال الطرف المتلقي، سواء في منشأة هذا الأخير أو في منشأة المورد، و كما جرت عليه العادة فإن استعمالها يكون في مختلف عقود التكنولوجيا، و هنا يلتزم صاحي المعرفة الفنية بتزويد الطرف الآخر بالفنيين لتدريب العمال الذين توكل لهم مهمة تشغيل الأجهزة و الآلات المستعملة في عملية الإنتاج و مختلف الأساليب الفنية لإدارة المشروع

.III : عقود تسليم المفتاح

تعرف انها تلك الاتفاقيات التي بموجبها يتعهد طرف اجنبي بالقيام بعدة بناءات او بعضها و تجهيز المركب الصناعي ثم تسليمه الى المشتري وهو في حالة عمل او تشغيل مع تحمل المسؤولية المترتبة في حالة عدم مطابقته للمواصفات العقدية، ويكون هذا مقابل ثمن جزافي يتم تحديده من كلا الطرفين وبشرط بمشاركة الطرف الوطني في عمليات الانجاز مع التكفل بتكوين عدد من الموظفين¹

.IV : عقود تسليم المنتج في اليد

وظهر هذا النوع من العقود بعد فشل تجربة عقود المفتاح في اليد ، والذي يلتزم فيه الطرف الاجنبي بالإضافة الى تجهيز المصنع بالآلات الصناعية و الامكانيات

¹ د عيبوط محند وعلي ، الاستثمارات الاجنبية في القانون الجزائري، دار هومة ، الطبعة الثانية 2014 ص40

لضرورة للانتاج وتكوين العمال الذين سيشرفون على سير المصنع، بالاشراف على على
تسيير المصنع حتى يتمكن العمال الذين تم تكوينهم من التحكم في تقنيات التسيير و
الانتاج

ثالثا: عقود الأشغال العامة

إن تزايد حاجة المواطنين إلى المرافق العامة و البنى التحتية، وضعف إمكانيات الدولة المالية،
دفع هذه الأخيرة إلى الاستعانة بالقطاع الخاص لإقامة المرافق العمومية و البنى التحتية
الجديدة، مع تخلصها من أعباء التمويل أو نفقات التشغيل وتفاذي سلبيات الخوصصة، ولأجل
ذلك استحدثت طرق جديدة لإدارة المرافق العمومية ومن بين اهم هذه العقود :

عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T

عرف البعض عقود البوت: " بأنها المشروعات التي تعهد بها الحكومة الى إحدى الشركات
الوطنية كانت أو أجنبية ، سواء كانت شركة عامة أو خاصة (شركة المشروع)، لإنشاء مرفق
عام و تشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة¹"

■ من أشكال عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية المنصبة على مشاريع جديدة نذكر ما
يلي:

-عقود البناء و التشغيل و التملك و نقل الملكية, BOOT

-عقود البناء و التملك و التشغيل BOO .

-عقود البناء و التشغيل و تجديد الايجار BOR .

-عقود البناء و الاستئجار و التشغيل و التحويل BORT .

-عقود البناء و الايجار و نقل الملكية BLT .

-عقود البناء و نقل الملكية و التشغيل BTO .

أما أشكال عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية المنصبة على مشاريع قائمة، نذكر مايلي:

1 هاني صلاح سري الدين ، التنظيم القانوني و التعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع
الخاص، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001، ص 45 .

- عقود التحديث و التملك و التشغيل و التحويل. MOOT .

- عقود الايجار و التجديد و التشغيل و التحويل LRO .

-عقود التصميم والبناء والتمويل والتشغيل D.B.F.O

المطلب الثاني: النزاعات الناشئة عن عقود الاستثمار

الغالب في عقود الاستثمار أنها طويلة المدة ، كما تتسم بالسمة الدولية إذا كان المستثمر أجنبياً، وهذا يعني ضرورة التوفيق بين أهداف كال الطرفين (الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي لكي يؤدي العقد أهدافه المشروعة؛ لذلك فإن هذه العقود تثير مجموعة من المنازعات التي تنشأ نتيجة لتغير الظروف التي عاصرت مرحلة إبرام العقد، ويرجع ذلك لأسباب متنوعة منها تعود إلى الدولة المضيفة ومنها تعود إلى المستثمر .

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين: نتكلم في الأول عن الأسباب التي تعود إلى الدولة المضيفة، وفي الثاني نتكلم عن الأسباب التي تعود إلى المستثمر .

الفرع الأول: النزاعات التي ترجع إلى الدولة المضيفة

تتمتع الدولة المضيفة للاستثمار بسلطات استثنائية ناتجة عن كونها شخصاً عاماً صاحب مركز سيادي، والذي يعطيها مكنة اتخاذ بعض التصرفات أو الإجراءات التي تؤدي إلى خرقها لجميع أو بعض الالتزامات المفروضة عليها، وقيام الدولة بهذه التصرفات يؤدي إلى تضارب المصالح بينها وبين المستثمر والتي تكون سبباً لنشوء نزاع بينهما، وعليه يمكن توضيح أهم الأسباب التي ترجع إلى الدولة المضيفة في الآتي :

اولا نزع الملكية للمنفعة العامة: قد تقوم الدولة المضيفة للاستثمار أو أحد الأجهزة

التابعة لها بنزع ملكية المشروع الاستثماري لغرض الصالح العام للمجتمع، مما يؤدي إلى الإضرار بالمستثمر المتعاقد معها، والذي يعتبر سبباً لحدوث النزاع بينهما. وتعرف نزع الملكية بوجه عام بأنها الإجراء الذي تتخذه أجهزة الدولة يتم بموجب نقل الملكية الخاصة الى ملكية عمومية مقابل تعويض¹ ويكون قرار نزع الملكية قراراً إدارياً صادراً من جهة

¹ د عيبوط محند وعلي , الاستثمارات الاجنبية في القانون الجزائري, دار هومة , الطبعة الثانية 2014 , ص 267

مختصة طبقاً لنصوص القانون، ويعد هذا القرار من القرارات المتعلقة بأعمال السيادة التي تتوالها السلطة العامة في حدود اختصاصها، وبذلك فهو يطبق على كل من الوطنيين والأجانب وينصب هذه القرار دائماً على عقار وليس منقول، فلا يمكن أن يكون محل نزع الملكية منقول وإنما تكون المنقولات دائماً محالاً الاستيلاء.

إن نزع الملكية للمنفعة العامة يعتبر من أخطر القيود التي تلجأ إليها الإدارة لاستيفاء مطالبها واحتياجاتها؛ وذلك لما فيه من طابع الاعتداء على الملكية الخاصة؛ لذلك لا يحق لإدارة أن تتخذ قرارات نزع الملكية بإرادتها المنفردة إلا إذا أجاز لها القانون ذلك، وفي الحدود التي يرسمها لها، وان هذا التصرف يجب أن تتوفر فيه الشروط التي تسوغ للإدارة القيام به وهي المنفعة العامة والتعويض العادل.

وعليه يمكن القول بأن قيام الدولة بنزع ملكية المشروع الاستثماري من المستثمر دون أن يجيز لها القانون ذلك أو دون تحقيق الشروط اللازمة لنزع الملكية وهي المنفعة العامة التعويض العادل يعتبر سبباً لنشوء النزاع بين الطرفين.

ثانياً المصادرة Confiscation : تعرف المصادرة بوجه عام بأنها إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة تستولي بمقتضاه على ملكية كل أو بعض الأموال والحقوق المالية المملوكة ألد الأشخاص دون مقابل¹ وتنقسم المصادرة إلى قسمين: **مصادرة إدارية و مصادرة قضائية**، أما عن موقف قوانين الاستثمار من المصادرة، فإن الأصل العام في القوانين ، لكن أجازت التشريعات مصادرة المشروع الاستثماري كلياً أو جزئياً إذا كانت تلك المصادرة مستندة إلى حكم قضائي بات وهذا هو الاستثناء، وبالتالي فإن قيام السلطات الإدارية التابعة للدولة المضيفة للاستثمار بمصادرة المشروع الاستثماري من دون أن تستند إلى حكم قضائي يعتبر سبباً لنشوء النزاع بين أطراف العالقة الاستثمارية .

ثالثاً: التأميم : تقوم الدولة المضيفة للاستثمار أو أحد الأجهزة التابعة لها بتأميم المشروع الاستثماري من المستثمر مما يؤدي إلى نشوب النزاع بينهما، ويقصد بالتأميم الإجراء الذي يراد به نقل مشروع أو مجموعة من المشاريع الخاصة من ملكية الأفراد أو

¹ د عيبوط محند وعلي ، الا ستثمارات الاجنبية في القانون الجزائري ، مرجع سابق ،ص276

الشركات - الملكية الخاصة - إلى ملكية الأمة - الملكية العامة - ممثلة في الدولة بقصد تحقيق الصالح العام ويعتبر التأميم وسيلة قانونية تؤدي إلى سيطرة الدولة على وسائل الإنتاج المختلفة - كلها أو بعضها - التي توجد داخل إقليمها والتي تكون مملوكة للأشخاص الخاصة بحيث تصبح هذه المشروعات , وبالرغم من أن التأميم يخضع لإجراءات معينة في تشريعات الكثير من الدول بهدف إضفاء المشروعية عليه في ظروف معينة، إلا إنه تترتب عليه آثار سلبية متعددة تصل إلى حد النزاع بين المستثمر والدولة المضيفة. حيث يمثل اللجوء إليه هاجساً مزعجاً للمستثمرين الوطنيين والأجانب، مما قد يؤدي إلى عدم استقرارهم في الدولة وفرارهم منها

رابعاً اتخاذ الدولة إجراءات انفرادية: من حق المستثمر على الدولة المضيفة أن تحترم التزاماتها التعاقدية، ومن أهم هذه الالتزامات العمل على تنفيذ العقد بمجرد إبرامه، وتلتزم الدولة عند تنفيذ العقد باحترام كافة الشروط الواردة فيه وفقاً لمقتضيات حسن النية، وعليها أن تنفذ شروط العقد بأكملها بالإضافة إلى ذلك فإن من ضمن الالتزامات التي تقع على عاتق الدولة هو دفع المقابل للمستثمر، ويتجسد ذلك بصورة خاصة في عقود نقل التكنولوجيا، فيجب على الدولة عند إبرامها لمثل هذه العقود أن تقوم بدفع مقابل المعرفة الفنية باعتبارها محل عقد نقل التكنولوجيا لكن قد تتخذ الدولة المضيفة إجراءات انفرادية على عقد الاستثمار كإنهاء العقد أو عدم الالتزام ببعض الشروط المنصوص عليها في العقد، أو قد تتأخر في دفع المقابل، أو قد يمتد الأمر إلى أكثر من ذلك فقد يصل إلى الحد الذي تمتنع فيه الدولة امتناعاً كلياً عن أداء هذا المقابل؛ لذا نجد أن غالبية عقود نقل التكنولوجيا تتضمن نص يلزم الدولة بدفع فائدة محددة في حالة التأخير عن أداء المقابل في الميعاد المتفق عليه، أو قد ينص في العقد على أنه عند امتناع الدولة عن أداء المقابل يحق للمستثمر أن يقوم بفسخ العقد مع المطالبة بالتعويض وعليه فإن هذه الإجراءات الانفرادية الصادرة عن إرادة الدولة المنفردة تعتبر سبباً لحدوث النزاع بينها وبين المستثمر المتعاقد معها.

أخيراً فقد تقوم الدولة المضيفة بإحداث تغييرات تشريعية على القوانين المتعلقة بالاستثمار تؤدي إلى حرمان المستثمر المتعاقد معها من بعض أو جميع المزايا التي كان

يتمتع بها في ظل القوانين المعاصرة لإبرام العقد، ويترتب على ذلك ضرراً للمستثمر مما يؤدي إلى قيام النزاع بينهما،

الفرع الثاني: النزاعات التي ترجع إلى المستثمر

على الرغم من أن الدولة المضيفة للاستثمار تتمتع بمركز سيادي يجعلها أقوى من المستثمر والذي هو بطبيعة الحال شخص خاص ال يتمتع بأيّ من المزايا السيادية، وأن هذا المركز السيادي يعطي للدولة مكنة اتخاذ إجراءات انفرادية تؤدي إلى عرقلة المشروع الاستثماري وبالتالي نشوب نزاع بينها وبين المستثمر. إلا إنه لا يمكن القول أن جميع أسباب منازعات الاستثمار ترجع إلى قيام الدولة المضيفة بإخلالها بالتزاماتها مع المستثمر، سواء أكانت انتهاكاً لحقوق المستثمر أو خرقاً للتزامات الملقاة على عاتق هذه الدولة، فقد تعود تلك الأسباب إلى المستثمر بان يكون هو الذي أخل بالتزامات المفروضة عليه.

لذلك سنتكلم عن بعض الالتزامات المفروضة على المستثمر والذي يعد إخلالاً بها سبباً لقيام النزاع بينه وبين الدولة، وذلك كالآتي:

أولاً: عدم التزام المستثمر بالإعلام والإخبار: يحق للدولة أو أحد أجهزتها المتعاقدة مع المستثمر رقابة والمعرفة الدائمة على كيفية سير المشروع الاستثماري؛ لذلك يقع على عاتق المستثمر التزاماً متماثل بالإعلام والإخبار. فيجب على المستثمر أن يعطي للدولة المضيفة أو للجهاز التابع لها كل الأوراق والمستندات والخطط والوثائق التي تطلبها، مع تقديم تقارير دورية تفصيلية بالحالة التي تكون عليها المشاريع، وان هذه الأوراق أو الوثائق المتنوعة تصبح ملكاً خالصاً للدولة¹ فالمستثمر يلتزم بمكاشفة الدولة بكافة الظروف الفعلية للمشروع الاستثماري والحقيقة أن هذه الالتزامات تساعد بشكل كبير على تحقيق قدر من العدل بين أطراف العقد الاستثماري، كما تحقق قدراً من

¹ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الأجنبية تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 6001، ص 663.

التوازن في العالقة العقدية بينهما وأن إخلال المستثمر بها يؤدي إلى حدوث نزاع بينه وبين الدولة المتعاقد معها. ففي المنازعة التي حصلت بين حكومة الكامبيرون وشركة Klokner)، حيث أنه تم إبرام عقد الاستثمار بين الطرفين وأن تقوم الشركة المستثمرة بإنشاء مصنع في الكامبيرون متخصص في إنتاج السماد، وبعد إنشاء السماد امتنعت حكومة اليابان عن تسديد قيمة المصنع حسب ما هو متفق عليه في عقد الاستثمار المبرم بين الطرفين، وقامت الشركة بإحالة النزاع إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تطالب فيه الحكومة الكامبيرونية بسداد قيمة المصنع ووفقاً للاتفاق الذي بينهما لكن علل الجانب الكامبيروني سبب رفضه دفع قيمة المصنع بأن الشركة المستثمرة قد تصرفت على نحو يتسم بالتدليس والخداع وأخلت بالتزاماتها بإخبار وإعلام حكومة الكامبيرون بالظروف المحيطة بالعقد سواء أثناء مرحلة التعاقد أو بعدها. وهذا التصرف يؤدي إلى إعفاء حكومة الكامبيرون بالوفاء بقيمة المصنع الذي تطالب به الشركة المعنية، إضافة إلى ذلك فإن الشركة المستثمرة أخفت الكثير من المعلومات والحقائق التي لو علمت بها حكومة الكامبيرون لامتنعت عن الاستمرار في المشروع.

ثانياً: عدم تنفيذ المشروع الاستثماري في وقته المحدد: يتعين على المستثمر المرخص

له بالبدء بالإجراءات اللازمة لتنفيذ المشروع الاستثماري وفقاً للجدول الزمني المقدم من قبل الهيئة المختصة بذلك، وعليه الالتزام بالمواعيد التي حددها لأغراض تنفيذ المشروع الاستثماري. وعليه فإن تأخير المستثمر عن البدء في المشروع الاستثماري أو تأخيره عن إتمام تنفيذه في الوقت المحدد أو عدم البدء أصلاً في تنفيذ المشروع الاستثماري يعتبر سبباً رئيساً لنشوء النزاع بين الدولة المضيفة والمستثمر

ثالثاً: عدم التزام المستثمر بنقل التكنولوجيا وتدريب العاملين عليها:

تتضمن بعض عقود الاستثمار التزاماً يقع على عاتق المستثمر وهو نقل التكنولوجيا إلى الدولة المضيفة، فيجب على المستثمر اتخاذ كافة الوسائل التي تكفل النقل الفعلي للتكنولوجيا بحيث تصبح الدولة مالكة للعناصر المادية والمعنوية للتكنولوجيا وليس فقط منتفعة بها، أو تمنح حقاً استثنائياً كما في الترخيص باستعمال براءات الاختراع؛ لأن هذه الملكية تسمح

للدولة أن تتصرف فيها على نحو البنود العقدية التي نظمت من خلالها الحق الاستثنائي مع مراعاة احترام الشروط الواردة في ذات العقد كشرط المحافظة على السر التكنولوجي أو شرط عدم المنافسة¹ لذا فإن محل عقد نقل التكنولوجيا يتمثل في نقل المعرفة الفنية من المستثمر إلى الدولة المضيفة

وبناء على ما تقدم فإن امتناع المستثمر عن بعض أو جميع الالتزامات المتعلقة بنقل التكنولوجيا إلى الدولة المضيفة للاستثمار، يعتبر انتهاكاً واضحاً للالتزامات المفروضة عليه مما يؤدي بطبيعية الحال إلى نشوء النزاع بينه وبين الدول المضيفة للاستثمار.

الفرع الثالث: وسائل الوقاية من منازعات الاستثمار

عقود الاستثمار تتسم بخصوصية معينة، ألا وهي التفاوت في المراكز القانونية لأطرافها، والناجمة عن حقيقة مفادها أن أحد الأطراف هو شخص عام سيادي يتمتع بمزايا خاصة والذي يتمثل في الدولة والطرف الآخر هو شخص خاص لا يتمتع بأية سيادة أو ميزة وهو ما يتمثل في المستثمر سواء أكان مستثمراً وطنياً أم مستثمراً أجنبياً وهناك حقيقة يجب عدم إغفالها وهي أن الدولة المضيفة للاستثمار تتمتع بسلطة تتضح وتتمثل في ممارسة نفوذها على المستويات التشريعية والتنفيذية والقضائية، فإن مصدر القلق الأساس يتمثل في محاولة الدولة لاستغلال نفوذها وسلطاتها كحامية للمصلحة العامة إلى الحد الذي يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي بين الطرفين و توازن العقد الاستثماري يعتبر أمراً حاسماً لتجنب المنازعات ؛ لذلك فإن المشكلة الأساسية التي تثار بمناسبة عقود الاستثمار هي كيفية التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقها والأهداف التي ينشدها المستثمر، وعليه فإن من الضروري إيجاد وسائل معينة يستطيع من خلالها أطراف العقد الاستثماري الحد أو تجنب المنازعات التي قد تنشأ بينهم، وتتمثل هذه الوسائل في ما يلي:

أولاً شرط الثبات

¹ د.وليد عودة الهمشري، عقود نقل التكنولوجيا الالتزامات المتبادلة والشروط التقييدية، ط 3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2009، ص 88،

يعتبر التشريع الأداة التي تعبر بها الدولة المضيفة للاستثمار عن سياستها الاستثمارية ، وان استقرار الأحكام التشريعية في الدول المضيفة يعتبر أساساً ثابتاً لتوقعات المستثمر وحساباته والمقصود بشروط الثبات بالنظر لإمكانية الدولة الطرف في عقد الاستثمار بتعديل الحقوق التعاقدية ، وذلك عن طريق اتخاذها إجراءات معينة بوصفها سلطة عامة ، فإن من الطبيعي أن يتضمن عدد كبير من عقود الاستثمار شروطاً تعرف بشروط الثبات تمنع السلطات العامة في هذه الدولة من اتخاذ أية إجراءات أو إصدار أية قوانين أو لوائح تؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي وتعرض مصالح المستثمر للخطر .

ويتم التمييز في إطار شروط الثبات التي يتم إدراجها في عقود الاستثمار بين شروط الثبات التشريعي وشروط عدم المساس بالعقد ، وذلك كالاتي :

1 شروط الثبات التشريعي : يقصد بشروط الثبات التشريعي بأنها أداة قانونية تتم

من خلالها حماية المستثمر من مخاطر التشريع ، والتي تهدف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد في نفس الوقت ، بمنعها من تغيير القواعد القانونية النافذة وقت إبرامه، حيث تتعهد الدولة بمقتضاها بعدم إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين المستثمر المتعاقد معها على نحو يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد ، ويترتب عليه الإضرار بالطرف الآخر المتعاقد المستثمر وعليه فإن الاتفاق على إدراج مثل هذه الشروط يعتبر بمثابة تنازل من الدولة المضيفة لصالح المستثمر على جزء من سيادتها في مجال التشريع ، من خلال تعهدا بتحصينه من الخضوع لتطبيق أية تعديلات تشريعية لاحقة عليه قد تضر بمركزه الاقتصادي وبحيث يكون المستثمر الاجنبي على علم بالقواعد القانونية التي ستبقى تنظم علاقته مع الدولة ، مما يسمح له بضمان مردودية و امن الاستثمار الذي يبقى خاضعا للشروط التي انجز فيها¹

2 شرط عدم المساس بالعقد : يقصد بهذه الشرط هو تعهد الدولة بعدم إجراء أية

تغييرات في العقد بإرادتها المنفردة ، مستغلة في ذلك ما تتمتع به من مزايا يسبغها عليها قانونها الداخلي بوصفها سلطة تنفيذية او بوصفها سلطة إدارية ، حيث تشكل هذه الشروط نوعاً من الحصانة للطرف المستثمر المتعاقد مع الدولة ضد ما تتمتع به الدولة من سيادة

¹ د عيبوط محند وعلي ، مرجع سابق ، ص 217

وسلطان لصفقتها الإدارية ويهدف المستثمر من وراء شروط الثبات العقدي الحيلولة بين الدولة المضيفة للاستثمار وممارستها للأعمال ذات الطابع السيادي في تعديل العقد بإرادتها المنفردة ومن ثم حمايته من الأضرار التي تنجم عن تعديل العقد .

وبالرغم من أن شروط الثبات التشريعي تختلف من الناحية النظرية عن شروط عدم المساس بالعقد ، فإن العقد المبرم بين الدولة والمستثمر قد يتضمن كل من النوعين من الشروط في آن واحد فشرطي الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد يعتبران شرطين أساسيين للمستثمر المتعاقد مع الدولة ؛ وذلك لما يضيفانه من القدرة على التوقع للمستقبل ، فضلاً عن توفير قدر كبير من الحماية للمستثمر فهما يعتبران عنصراً مهماً من عناصر الأمان التي تبحث عنها الشركات المتعاقدة مع الدولة.

ثانياً: شرط إعادة التفاوض

إن ضخامة الأعمال التي تحتويها عقود الاستثمار كعقود نقل التكنولوجيا وعقود إنشاء المصانع الجاهزة والطرق الدولية وبناء الجسور وإنشاء المطارات تجعل مسألة تنفيذها تحتاج إلى وقت طويل ، مما يجعل هذه العقود عرضة لبعض الظروف والمتغيرات التي تطرأ على العقد الاستثماري وقد تؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي بين الطرفين ، خصوصاً وإن سلّمنا بأن أحد أطراف العقد الاستثماري هو دولة تتمتع بمركز سيادي يجعلها أقوى من المستثمر المتعاقد معها وبالتالي فإن هذا المركز السيادي يبيح للدولة باعتبارها حامية للمصلحة العامة ان تتخذ بعض الإجراءات من شأنها أن تؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي . ومن هنا تبرز أهمية إبراز شرط في العقد الاستثماري يسمى بشرط إعادة التفاوض . ويقصد به تلك الشروط التي يتم إدراجها من قبل أطراف العلاقة العقدية ، وتتضمن اتفاقهم على إعادة التفاوض بينهم بقصد تعديل أحكام العقد عندما تقع أحداث معينة يحددها الأطراف من شأنها الإخلال بتوازن العقد وإصابة أحد لمتعاقدين بضرر جسيم وإن هذه الشروط تمكّن أطراف العقد الاستثماري حال تغير الظروف التي واكبت إبرام العقد تغيراً يؤدي إلى خلل التوازن الذي رسمه له أطرافه من التفاوض فيما بينهم وملائمة هذا العقد مع الظروف الجديدة.

إن وجود مثل هكذا شرط في عقد الاستثمار لا يؤدي إلى تقديم حلول مباشرة لمواجهة التغيرات في الظروف التي سببت اختلالاً في توازن أداءات الأطراف فهو لا يطبق بشكل آلي ؛ لذا فإن الالتزام الذي يفرضه هذا الشرط عند حدوث تغير جوهري في الظروف التي تم التعاقد على أساسها يتمثل في جلوس الأطراف على مائدة التفاوض . وعليه فإن وجود شرط إعادة التفاوض في العقد الاستثماري يؤدي إلى أمرين :

- السماح للأطراف بالاقتراب بشكل مرن ، ومن ثم التفاوض لإيجاد حل مناسب لمعالجة الأضرار التي لحقت بأحدهما والتي سببها تغير الظروف.
- إن هذا الشرط يعطي للعقد فرصة للاستمرار والبقاء عن طريق تعديل بعض أحكامه

ثالثاً : التأمين على الاستثمار

يعتبر عقد الاستثمار الأجنبي من العقود الحديثة نسبياً التي نشأت نتيجة الحاجة الملحة لضرورة توفير الحماية الفعالة للمستثمر الأجنبي من المخاطر غير التجارية التي تصادف مشروعه الاستثماري في الدول المضيفة للاستثمار .

حيث قام المشرع الجزائري بتعريفه في المادة 619 من القانون المدني الجزائري بأنه " عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي إشتراط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقيق الخطر المبين بالعقد، وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن¹ ."

ولتلافي العقبات التي يصادفها المستثمر عند مطالبته للدولة المضيفة للاستثمار بتعويضه عن الأضرار الناجمة عن المخاطر غير التجارية . ولكي يتجنب التصادم مع الدولة المضيفة للاستثمار وما ينتج عنه من احتمالية حصول النزاع بينهم وبالتالي قد يكسب المستثمر النزاع أو قد يخسره ، وحتى في حالة كسب المستثمر للنزاع المنظور أمام هيئة قضائية أو تحكيمية يبقى التخوف قائماً من إمكانية تنفيذ هذه الأحكام بالأخص الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم في الدولة المضيفة للاستثمار ؛ لذلك يقوم المستثمر بإبرام عقد تأمين على مشروعه الاستثماري

¹ المادة 209 ، من قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 / 06 / 2005 ، المعدل والمتمم لأمر رقم (58-75) المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 44 ، الصادرة في 26 جوان 2005

مع مؤسسة دولية للتأمين ، بمقتضاه تقوم هذه المؤسسة بتعويض المستثمر عن الأضرار التي تصيبه جراء تحقق خطر غير تجاري ناجم عن الدولة المضيفة للاستثمار أو الغير يعرف عقد التأمين بصورة عامة بأنه اتفاق يتعهد بموجبه شخص يدعى المؤمن ، لشخص آخر يدعى المؤمن له ، بتعويضه عن المخاطر التي يتعرض لها ، لقاء وفاء المؤمن له إلى المؤمن مبلغ مسمى يدعى قسط التأمين . أما عقد التأمين على الاستثمار فيعرف بأنه ذلك العقد الذي تلتزم بموجبه مؤسسة دولية للتأمين على الاستثمار بتعويض المستثمر طالب التأمين على الاستثمار بتعويض المستثمر طالب التأمين عن الأضرار التي تصيبه من تحقق خطر غير تجاري ناتج عن تصرف قانوني أو أي عمل مادي صادر ضده من الدولة المضيفة للاستثمار أو الغير مقابل قسط معلوم يدفعه المستثمر .

والتأمين على الاستثمار يكون من خلال عدة قنوات ، فقد يكون عن طريق شركة التأمين الوطنية التابعة للدولة المضيفة للاستثمار ، أو عن طريق شركة تأمين أجنبية ، وأخيراً قد يكون عن طريق مؤسسات دولية لضمان الاستثمار ، وتعتبر الطريقة الأخيرة من أفضل طرق التأمين على الاستثمار ؛ وذلك لما تحققه من مزايا . فغالباً ما تضم هذه المؤسسات العديد من الدول المصدرة والمضيفة للاستثمار ، وهذا يعني أن العمل سيكون على وفق نظام قانوني موحد وملزم لجميع المستثمرين والدول الأعضاء في الاتفاقية ، وهذا ما لا يمكن تصوره في نظام التأمين الوطني .

الفصل الاول:

الطرق الودية لحل

المنازعات

الناشئة عن الاستثمار

الفصل الأول : الطرق الودية لحل المنازعات الناشئة عن الاستثمار

إذا تكلمنا عن الطرق الودية فإنه لا محالة أن نستبعد التحكيم كطريق ودي بل كطريق بديل تقليدي في فض النزاعات الناشئة عن الاستثمار، ما دام هذا الأخير ينتهي بقرار ملزم للطرفين والتي يكون فيها الحكم ذا طابع قضائي، حتى ولو تم اللجوء إلى التحكيم بإرادة الأطراف دون تدخل أي قوة أو جهة في ذلك، ونظرا لاختلاف القوانين والتشريعات ومفهوم العدالة من بلد إلى آخر، حسب كل نظرة من نظرات البلد واتجاهها، في كيفية التعامل مع الأشخاص والأفراد في المحاكم ولكثرة الشكليات في الخروج بحكم يرضي الأطراف مما يتطلب وقت كبيرة إجراءات مثقلة باحترام القانون خصوصا في البلدان التي تراعي حقوق الأطراف والأفراد وتكون أغلبها في البلدان المتقدمة اقتصاديا، دعت الحاجة إلى إيجاد حلول ودية تنهي الخلاف والنزاع في زمن قياسي وتراعي فيه المصلحة العامة والخاصة في آن واحد فالطرق البديلة أو الودية هي الوسائل التي تمكن من إيجاد حلول مقبولة من أطراف النزاع خارج إطار وإجراءات التقاضي التقليدية، وتمكن من إفراغ الخلاف من مضمونه ومحتواه، بتراضي الطرفين بقناعتها على أن صلحا مجحفا يكون في بعض الأحيان دائما خيرا من حكم منصف لأنه يوفر راحة الاطمئنان إلى الحل الذي وقعا التوصل إليه وتفادي مخاطر الحكم القضائي المجهول العواقب والغير مضمون.

تتميز هذه الوسائل بانها توفر الوقت و المال، بما يساهم في الوصول الى تسوية بين اطراف النزاع سريعة و مرضيه و غير مكلفة الى جانب المحافظة على سرية المعلومات الخاصة بالنزاع الخاصة بالأطراف اذا اصبح اللجوء للوسائل الودية لحل النزاعات في وقتنا الحالي أمرا ملحا، وذلك لتلبية متطلبات الاعمال الحديثة، والتي لم تعد المحاكم قادرة على التصدي لها بشكل منفرد، فمع التطور المستمر في التجارة والخدمات، وما نتج عن ذلك من تعقيد في المعاملات، وحاجة إلى السرعة والفعالية في بث الخلافات وتخصيصها من قبل من ينظر بهذه الخلافات أو يشهد في حالها، نشأت الحاجة لوجود آليات قانونية يمكن الأطراف من خلالها حل خلافاتهم بشكل سريع، وعادل وفعال، مع منحهم مرونة وحرية لا تتوفر عادة في المحاكم.

المبحث الاول: ماهية الوسائل الودية لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار

عرفت الوسائل الودية كل النزاعات اهتماما متزايدا، على صعيد مختلف الانظمة القانونية والقضائية، وذلك لما توفره هذه الاخيرة من مرونة وسرعة في البث والحفاظ على السرعة والسرية وما تضمنه من مشاركة الاطراف في ايجاد الحول لمنازعاتهم. فما هي الوسائل الودية لفض النزاعات الناشئة عن الاستثمار و ما هي مصادرها ؟ سنتناول كل هذا من مبحثنا التالي بالتطرق اولا الى تعريفها و من ثم الى نشأتها وتطورها وانتهاء بمصادرها.

المطلب الاول: تعريف الوسائل الودية وتطورها

عرفت الوسائل الودية كل النزاعات اهتماما متزايدا، على صعيد مختلف الانظمة القانونية والقضائية ومرت بتطورات زادت من اهميتها وتأثيرها على الحياة الاجتماعية و الاقتصادية و القانونية للأفراد ولتعدد مجالات استعمالها تعددت التعريفات التي سنتناول بعضها في التالي:

الفرع الاول : تعريف الوسائل الودية

الوسائل البديلة أو الطرق الودية لحل النزاعات بصفة عامة طرق تمكن من اجتناب،خلافات مستقبلية أو أنية بإدخال طرف ثالث في النزاع وذلك بدون اللجوء إلى التحكيم والابتعاد عن التقاضي، وذلك كسبا للوقت والمال وسعيا لديمومة روابطهم التجارية وحل نزاعاتهم بشكل غير معلن كما أنها تعد الوسائل الملائمة لطائفة من منازعات التجارة الدولية والمنازعات الناشئة في بيئة الإنترنت والتجارة الإلكترونية والملكية الفكرية وغيرها من معاملات عصر تغلب عليه المعاملات الرقمية وانطلاقا ذلك لأن الأسلوب القضائي في هذه الدول كان يتسم بالشكليات والتعقيدات الإجرائية مما جعله بطيئا للغاية وبعيدا عن طموح الذين يرغبون في الوصول إلى حقوقهم بأقصر وقت ممكن وبأقل جهد وتكلفة مع الحفاظ على سرية خلافاتهم واستمرار نشاطهم بالحفاظ على علاقاتهم التجارية¹

من هذا المعنى فإن التقاضي يخرج عن هذا التعريف ولا يعتبر طريقا بديلا لتسوية النزاع وإنما طريقا أصليا مادام الأصل في النزاعات أن يلجأ أصحابها إلى الجهاز القضائي الذي يتولى مهمة حسم النزاع وفق ما هو مسطر له في أحكام القانون واللب الأساسي فيها ببقية واحد وهو

¹ أحمد بوخلخال، نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون الدولي العام، جامعة الجزائر كلية الحقوق "بن عنون"،الجزائر، 2012-2013 ص42

حل الودي بين المتنازعين بعيدا عن التعقيدات والإجراءات والشكليات القانونية المعقدة، وذلك باللجوء إلى الآليات المختصرة والسهلة من وساطة أو المفاوضات أو التوفيق من طرف هيئة لها دراية ونزاهة في إيجاد حل نهائي يرضي الأطراف بنتيجة ايجابية وفعالة وعلى العموم فان هذه الطرق وان اختلفت تسمياتها

إلا أنها تدور حول فكرة واحدة هي حل النزاع بطريق ودي أو حبي فيه رضا الطرفان، لان الأعراف وتقاليد الشعوب مختلفة في كيفية التسمية، ولكن معنى إيجادها ينصب في اتجاه واحد لما لها من عدة ألقاب ولكن المغزى هو واحد تسوية الخلاف دون اللجوء إلى المحاكم فباختلاف مفهوم العدالة من بلد إلى آخر، بمعنى أن وظيفة القضاء ونزاعته وتنظيمه ليست واحدة في جميع بلدان العالم، فوظيفة القاضي تختلف نسبيا من بلد إلى آخر، لذا فقد ظهرت هذه الوسائل كل النزاعات وأخذت مكانها عن طريق مواجهة مع القضاء التقليدي² خصوصا في الدول المتقدمة صناعيا والمزدهرة اقتصاديا، ذلك ألن الأسلوب القضائي في هذه الدول يتصف بالاهتمام المتزايد بدقائق القانون وكثرة الشكليات والصعوبات والتعقيدات الناتجة عنها مما جعله بطيئا للغاية عن منال وطموح الذين يرغبون الوصول إلى حقوقهم بأقرب وقت ممكن وبأقل جهد وتكلفة مع الحفاظ على سرية خلافاتهم واستمرار نشاطهم وحفظ علاقاتهم التجارية فالطرق البديمة لحل النزاعات عرفت بأسماء مختلفة ومتنوعة . وعلى سبيل المثال لا الحصر اعتبرها البعض بأنها قضاء غير رسمي *informelle justice* ، قضاء اتفاقي *justice amiable* قضي قضا ، *1convenue justice*

فظهرت هذه الوسائل بأسماء مختلفة ومتنوعة ال تخلوا من الغرابة وغير واضحة المعالم أحيانا وال يمكن تعريفها بشكل دقيق، وقد أطلق عليها الفقه تسميات متعددة بحيث أصبحت تفوق الثمانين إسما ، وعلى سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، فاعتبرها البعض بأنها قضاء غير رسمي *informelle Justice* ،قضاء اتفاقي *Justice G. Cconvenue* ،قضاء ودي *amiable Justice*، والبعض اعتبرها عدالة غير رسمية، عدالة فعالة.

ولكن التسمية الأكثر استعمال وشيوعا في اللغة الإنجليزية والمختصرة *R.D.A* والتي تدل على مختصر *Résolution Dispute Alternative* وفي اللغة الفرنسية تعرف بالـ *Modes Alternatifs de Règlement des Conflits* مختصر وهي *M.A.R.C* وتعرف أيضا

¹ علاء أباريان ، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية ، " دراسة مقارنة " ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2008 ، ص 52

بـ SORREL كما هو الدارج والمستعمل في كندا وهي اختصاراً لـ حول تدور التسميات هذه وجميع، Solutions de Rechage au Règlement Litiges فكرة واحدة هو البديل أو الخيار Alternative عن النظام القضائي الكلاسيكي أو اللجوء إلى الطرق الودية Amiables التي يختارها المتنازعون أجل حل نزاعاتهم بعيداً عن القضاء الكلاسيكي، ذلك كسباً للوقت والمال لديمومة روابطهم التجارية وحل نزاعاتهم بشكل غير معلن. فقد جاء تعريف هذه الوسائل لدى بعض الفقهاء مقارياً إلى حد ما، فقد عرفها الأستاذ Amistelis Lokes بأنها " مجموعة من الإجراءات التي تشكل بديلاً عن المحاكم في حسم النزاعات وغالباً ما تستوجب تدخل شخص ثالث نزيه وحيادي وعرفها الأستاذ Jarrosson بأنها " مجموعة غير محددة من الإجراءات لحل النزاعات، بحيث تتم في أغلب الأحيان بواسطة تدخل شخص ثالث بهدف إيجاد حل غير قضائي لهذه النزاعات

أما الأستاذ Marriott و Brown فقد عرفها بأنها " مجموعة من الإجراءات تهدف إلى حل النزاع بطريق غير قضائي أو غير تحكيمي ولكن ليس بالضرورة تقتضي تدخل أو مساعدة من شخص ثالث محايد يسعى إلى مساعدة الأطراف بغية تسهيل الوصول إلى حل النزاع . " فقد عرف المركز التجاري لحل النزاعات في أستراليا ACDC هذه الوسائل بأنها " العمليات التي تهدف إلى تشجيع المتنازعين بغرض الوصول إلى حل خالفاتهم بأنفسهم، وذلك بواسطة شخص ثالث حيادي لتسهيل عملهم . "كلمة البديل Alternative استعملت في معنى حرية اختيار الطرق غير القضائية وهذه الوسائل هي وسائل إضافية أو ودية وذلك العطاء مجال أوسع للمتنازعين على الاتفاق ن كانت عبارة الوسائل باللجوء غليها في أي مرحلة من مراحل النزاع، والودية تؤخذ عن الأحرف المختصرة R.D.A الا أن مدلولها لم يعد محصوراً بتعبير الودية أي Alternative بل اعتبر الكثيرون وعلى رأسهم غرفة التجارة الدولية ICC بأن الحرف الاول A يقابل كلمة Amiable بدال من Alternative أي بمعنى الوسائل الودية بدال من الوسائل الودية، ومنهم من يفضل استعمال عبارة Additional أي بمعنى الوسائل الإضافية الملائمة أو المناسبة لحل النزاعات، وذلك لترجيح هذه الوسائل لحل النزاعات، بالمقارنة مع القضاء التقليدي والتحكيم¹.

إن جميع هذه التسميات تدور حول فكرة أساسية واحدة وهي " البديل " عن القضاء . أي الآليات التي يلجأ إليها الأطراف عوضاً أو بدالاً عن القضاء العادي عند نشوء خالف بينهم . بغية

¹ .د. سامي سرقيس، ندوة المحامين لألفية الجديدة، إتحاد المحامون العرب، سورية، دمشق، 2003، ص 12

التوصل لحل لذلك الخالف ، بهدف تقادي التعقيدات اللصيقة بإجراءات التقاضي . تقوم على تدخل طرف ثالث محايد قبل أو عند أو بعد نشوء خالف بينهم، بغية التوصل لحل ذلك الخالف، وهي تختلف عن التقاضي، الذي يعد وسيلة أصيلة لحل النزاعات¹ واستعمل المشرع الجزائري مصطلح النزاعات بدل الخلافات بما يفهم منه أن هذه الطرق يتم اللجوء إليها لحل النزاعات المطروحة أمام القضاء وعليه فإن هذه الطرق لا تمثل بديلا للقضاء بل إن دورها مكتملا تسير جنبا إلى جنب معه من أجل تحقيق العدالة بشكل ودي بعيدا عن التعقيدات والإجراءات الرسمية وعليه يمكن تسميتها " الطرق أو الوسائل الأخرى لحل النزاعات"

الفرع الثاني: تطور الوسائل الودية

من غير البديهي أو المنطقي أن نقول إن هذه الطرق هي حديثة النشأة، وإنما هي ضاربة في التاريخ البشري وقديمة قدم الخلافات التي كانت تنثور في المجتمعات القديمة، ان فكرة تسوية الخلافات بالطرق الودية هي سمة كانت تميز اغلب المجتمعات عبر التاريخ، فهي منبثقة من حكمة الشعوب ولها علاقة وطيدة ووثيقة بالثقافات والتقاليد والعادات الاجتماعية والروابط التجارية لكل بلد، حيث أن العديد من الشعوب العربية والغربية كانت تلجأ إلى هذه الطرق، بصورة ودية وهادئة قبل اللجوء إلى التحكيم والقضاء، وخير دليل على قدم هذه الوسائل هي التراث الشعبي والأقوال والحكم التي كانت الشعوب تتداولها، في كل مناطق العالم وعبر قرون طويلة حتى يومنا هذا، خصوصا في المجتمعات التي مازالت تحافظ على تراثها وعاداتها وتقاليدها، كالشعوب الآسيوية والشعوب الإفريقية، فمثلا في آسيا وتحديدا في الهند التي كانت تلجأ ومازالت تلجأ إلى هذه الطرق حتى يومنا هذا، ولله ند تاريخ طويل في سلك الطرق الحبية عندهم، وتعود اغلب الحالات إلى عدة قرون قبل المسيح حيث هناك العديد من هذه الأشكال ومنها هيئات البانشيات وهي مجموعة من كبار القوم وذوي النفوذ في القرية توكل إليهم الخلافات والنزاعات بين القرويين حيث تتم التسوية حالات النزاع بين الأشخاص من قريتين مختلفة وهي قرية الثالثة وكان يسمى Disputants villages للخروج بحل نهائي

¹ رولا نقي سليم الاحمد ، الوساطة لتسوية النزاعات المدنية في القانون الأردني " دراسة مقارنة " رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون

الخاص ، كمية الدراسات القانونية العليا ، جامعة عمان ، 2008 ، ص 10

يرضي كل الطرفين وذلك اجتنابا للصراعات القبائلية وخلق الفتنة وعدم اللجوء إلى التحكيم وإلى القضاء حتى لا يمتد الصراع إلى أجيال متواترة بين القريتين أو القبليتين وأما في إفريقيا وتحديدًا في السنغال يوجد عندهم وسيلة تعرف بالـ *palabre* وهي قريبة من الوساطة والمصالحة والتوفيق، حيث اعتادوا اللجوء إلى هذه الوسيلة في حل نزاعاتهم التجارية والمدنية وأيضًا في حال تعذر الوصول إلى حل يرضي المتنازعين يلجأون إلى القضاء أو التحكيم، وقد عرفت أيضًا الشعوب والقبائل العربية هذه الطرق، قبل مجيء الإسلام، حيث كان يتم الاحتكام إلى شيوخ القبيلة الذين كانوا يتسمون بالعدالة والنزاهة والمصداقية في مجالس الصلح، سوا كانت القضايا تتداول قضايا جسام أو فيما بين الأفراد. فمثلًا في دول الخليج وتحديدًا في الكويت، كانوا يذهبون إلى زعماء القبائل في مجلس يسمى البرزة أو السلة، محاولين تجنب المحاكم، ثم تعززت هذه الوسائل والطرق بنزول الشريعة السمحاء وتم تنقيح الكثير من هذه الطرق بعد اعتناقهم للإسلام التي أقرت مبدأ الصلح بين الإخوة والعشائر والقبائل وحتى الأمم مصداقًا لقوله تعالى "إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم"¹ وهناك الكثير من الآيات الكريمة التي تحبب الأطراف إلى اللجوء إلى تسوية ودية حبية للنزاع دون الدخول في متاهات تعرقل سير الحياة البشرية ومسايرة الأسس النبيلة التي من أجلها خلق الإنسان.

أما في الجزائر رغم حداثة هذه الآليات التي أوجدها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، إلا أن أصولها متجذرة في أعماق وتقاليد المجتمع كوساطة شيخ الزاوية، أو شخص ذو جاه حسن بين الأفراد ليتوسط في الخلافات الناشئة ويقوم بعملية الصلح والتوفيق، وقد تتم غالبًا في الأمور العائلية ومن خلال ما تقدم نرى أن هذه الوسائل وجدت مع وجود الخلافات التي كانت تتشا لدى مختلف الشعوب والقبائل تحيا للذهاب إلى المحاكم، إلا أن كرسى قانونيا في بعض البلدان الغربية، فقد كانت مطبقة في العهد القديم بمفهوم المصالحة واستخدمت من جديد بعد الثورة الفرنسية عام 1789 وقد ظهرت في الولايات المتحدة الأمريكية خلال الأعوام 1965-1970- وأدخلت الوساطة العائلية إلى فرنسا بتأثير من سطاء مقاطعة الكيبك في كندا، واعد القانون العام أول قانون يتعلق في هذا الموضوع في 1973 وبعده قانون 24 / 12 / 1976 الذي تم بموجبه تعيين وسيط الجمهورية .

¹ سورة الحجرات، الآية، 10

وكذلك في أمريكا استخدمت الكنيسة الكاثوليكية الوساطة لفض النزاعات بواسطة رجال الدين، ومع ظهور السلطة الحكومية في الولايات المتحدة اعتمدت بشكل مؤسسي في 1900 ، ثم بعد ذلك أنشئت في ولاية ماساتسوستس ونيويورك وكالات خاصة مثل مجلس الوساطة والتوفيق لعمال السكك الحديدية 1913 ، ثم من بعد ذلك تلتها المجلس الوطني للوساطة 1943، والذي كان ينظر في نزاعات العمل الجماعي بين العمال وأرباب العمل .

كما عرفت الشعوب والقبائل العربية هذه الوسائل، فالحكمة لديهم كانت تحت المتنازعين على تجنب اللجوء إلى المحاكم وخير دليل على تلك الأقوال والأمثال الشعبية فيقال " صلح خسران أفضل من دعوى رابحة " أو " صلح مجحف خير من دعوى رابحة " ¹

وأخذت بوادر التسوية من وساطة وتوفيق تنتشر في الميدان التجاري لما راقت عليه من خصائص بسيطة وسهلة والسرعة في الخروج بحكم يرضي الأطراف فاعتمدها أنظمة التحكيم الدولية وتبنتها ووضعت لها نظاما يسمى التسوية الحبية . فعمدت غرفة التجارة الدولية إلى وضع قواعد مستقلة عن نظام المصالحة والتحكيم، سميت بالقواعد البديلة لحل النزاعات " ADR Rules " ، حيث يمكن للمتنازعين اللجوء إليها وتسوية خلافاتهم وديا وحبيا، قبل

اللجوء إلى

التحكيم أو القضاء، سواء أكان النزاع محليا أو دوليا، وكذلك وضعت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية، قواعد للتوفيق كان لها وقع في المنازعات الدولية وكان لها اثر في نشر التوفيق كوسيلة وطريق ودي لحل النزاعات التجارية ، وكذلك فعلت اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى.

المطلب الثاني: مصادر ومميزات الوسائل الودية

سنتطرق لدراسة هذا المبحث في المطلب الاول مصادر الوسائل الودية وفي المطلب الثاني مميزات الوسائل الودية.

الفرع الأول: مصادر الوسائل الودية:

نظرا لارتفاع حجم المبادلات التجارية وتشعبها باستمرار وتسارع عقد الاتفاقات في الحقول التجارية والاقتصادية لاسيما الدولية منها، ازدادت المنازعات التجارية تبعا لذلك الأمر

¹ أحمد بوخلخال، نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر، ص 44

الذي أفضى إلى الاهتمام بهذه الوسائل خصوصا لدى رجال الفقه والباحثين في المجال القانوني وتناولها بجدية وجعلوا منها موضوع الساعة في الوقت الحاضر الأمر الذي أدى إلى الأخذ بها لدى بعض التشريعات الحديثة وكذلك تبنيتها العديد من مراكز التحكيم الدولية وعلى رأسها غرفة التجارة الدولية، وكذلك المتنازعين بأنفسهم وبموجب اتفاقيات خاصة يتم من خلالها اللجوء إلى هذه الوسائل.

أولاً: التشريعات الحديثة:

لقد أصبحت الوسائل الودية لحسم النزاعات التجارية وعلى رأسها الوساطة، جزءا من الأنظمة القانونية الحديثة، فعلى سبيل المثال أنشئت الوساطة في الولايات المتحدة الأمريكية بموجب النظام الفيدرالي للوساطة والمصالحة وذلك عام 1947 وطبقت في العديد من ولاياتها وبانت وسيلة فعالة يتم اللجوء إليها في الكثير من النزاعات التجارية¹، وكذلك هو الحال في فرنسا حيث طبقت الوساطة والمصالحة بموجب قانون 125/95 لعام 1995 ونصت المادة 21 من قانون أصول المحاكمات الفرنسي على ذلك، حيث يتم اللجوء إلى هذه الوسائل في المنازعات التجارية، وفي بريطانيا ظهرت مؤخرا بدائل للنظام القانوني فقد برزت تعديلات هامة في هذا المجال وأهمها كان "التدخل في القضاء" Access to Justice إذ بدأت المحاكم التجارية تحت المتنازعين على اللجوء لهذه الوسائل قبل اللجوء إلى القضاء والتحكيم، فبموجب النظام القانوني الإنجليزي لعام 1996 أصبحت الوساطة تأخذ حيزا واسعا في حسم المنازعات التجارية كذلك هو الحال بالنسبة للخبرة حيث أخذ القانون المذكور بشرعية بنود الخبرة كأسلوب بديل لحل النزاعات التجارية واعطائها الفعالية التامة شريطة أن يكون البند واضحا ولا يشوبه أي غموض كما أصبح الـ Adjudication جزءا من هذا القانون كما تم الإشارة عليه سابقا وفي بلجيكا فقد لحظ قانون 1991 باللجوء إلى الوساطة خاصة في مجال النزاعات الناشئة بين المصارف وعملائه وفي مجال البورصة والتأمين أيضا حيث حدد القانون المذكور إجراءات وشروط اللجوء إلى الوساطة بهدف حسم المنازعات التي تحصل بين المتنازعين.

¹هوادف حدة، التسوية الودية لمنازعات التجارة الدولية، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر تخصص إدارة أعمال، جامعة الجبالي بونعامة خميس مليانة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014-2015، ص31

وكما تبين فإن هذه الوسائل بدأت تأخذ طريقها في العديد من التشريعات الحديثة لاسيما في الدول المتطورة إلا انها لم تجد طريقها في العديد من دول العالم الثالث فالأنظمة القانونية في هذه الدول اکتفت بالتحكيم كوسيلة بديلة، ومنها لبنان فقد نص القانون اللبناني على طرق حصرية كخصم النزاعات فحق المتنازعين باللجوء إلى القضاء مكرس بالدستور وفق المادة 07، وقد حددت المادة 762 باعتبار إن التحكيم طريق بديل يمكن للمتنازعين اللجوء إليه احسم النزاعات التجارية والمدنية، وكذلك هو الحال في القانون الإيراني فقد حصر حق المتنازعين باللجوء إلى القضاء والتحكيم كوسيلة بديلة لحسم النزاعات التجارية، إلا أن المشرع الإيراني ونظرا لكثرة الدعاوى وللتخفيف من العبء على المحاكم خطى خطوة مهمة مؤخرا في هذا المجال حيث أصدر بتاريخ 2002/8/27 قانون رقم 189 تم بموجبه إنشاء مجالس لحل الخلافات البسيطة وعلى الصعيد الداخلي وتعرف باسم " شوراي حل اختلاف" حيث تم اللجوء إلى هذه المجالس والذي باتت منتشرة في جميع المحافظات والمدن، بغية حل جميع الخلافات ولاسيما منها التجارية قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم، ويتم حل النزاع بواسطة أشخاص ذوي خبرة وسمعة طيبة وبمشاركة المتنازعين أنفسهم وذلك عن طريق الوساطة والتوفيق، حيث لا يتبع فيها اصول المحاكمات وإجراءاتها مبسطة وسهلة ولا تخضع إلى شكليات معقدة وتهدف إلى الوصول إلى حل يرضي المتنازعين وفي حال تعذر الوصول إلى حل يتم اللجوء إلى القضاء أو التحكيم¹.

ثانيا: أنظمة التحكيم الدولية:

حرصت العديد من أنظمة التحكيم الدولية لتبني هذه الوسائل ووضعت نظاما للتسوية الودية إلى جانب نظام التحكيم الذي تعتمد، أو جمعت في نظام واحد الإجراءات المطبقة على كل من التسوية الودية والتحكيم، فإذا تبني المتنازعين النظام المذكور خضعوا لأحكامه، فقد أخذت كل من المصالحة والتوفيق مكانا بارزا في العديد من مراكز التحكيم الدولية والإقليمية، على سبيل المثال اهتمت غرفة التجارة الدولية بالتوفيق والمصالحة بصورة متوازنة لاهتمامها بنظام التحكيم، وقد كانت قواعد الصلح والتوفيق تصدر عنها مجتمعة مع قواعد التحكيم بدءا

¹ هوادف حدة، التسوية الودية لمنازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص32

من عام 1923، وفي عام 1988 وضعت نظام المصالحة الاختيارية، وكان لها بالغ الأثر في المنازعات الدولية خصوصا في نشر وتعميم التوفيق والمصالحة كوسيلة بديلة لحسم النزاعات وديا، وفي ظل التطور الهائل في عالم التجارة والأعمال، كثرت وتتنوع المنازعات التجارية خصوصا الدولية منها، فعمدت غرفة التجارة الدولية إلى وضع قواعد مستقلة عن نظام المصالحة والتحكيم، سميت بالقواعد الودية لحل النزاعات (A.D.R Rules) وذلك بتاريخ 2001/7/1 ويمكن للمتازعين اللجوء إلى هذه القواعد والحلول في سبيل إيجاد آلية أو صيغة لإنهاء نزاعهم وديا، قبل اللجوء إلى التحكيم أو القضاء سواء كان النزاع محليا أو دوليا، وكذلك تبني المركز التجاري لحل النزاعات في أستراليا (A.C.D.C) ، هذه القواعد ووضع أحكاما وإجراءات شبيهة بما هو عليه الحال في غرفة التجارة الدولية (ADRAA) تشجع المتنازعين على اللجوء إليها قبل التحكيم وحل النزاع بطريقة ودية كسبا للوقت والنفقات وحرصا على استمرار علاقاتهم التجارية وكذلك وضعت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية UNICITRAL قواعد للتوفيق كان لها وقع في المنازعات الدولية وكان لها دور وأثر في نشر التوفيق كوسيلة بديلة لحل النزاعات التجارية.

وكذلك البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول الأخرى (ICSID) وضعت وسائل لحسم المنازعات بطريقة ودية، وذلك في المواد 28 إلى 35 من هذه الاتفاقية. أما على الصعيد العربي الإقليمي فقد تقدمت مصر على بقية الدول العربية في هذا المجال، حيث وضع مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، قواعدا للوساطة والتوفيق والخبرة الفنية وبدأ العمل بها منذ عام 1990 تحت عنوان مركز الوساطة والمصالحة، وأنشئ المركز كفرع من فروع مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم ليتولى إدارة الوساطة وغيرها من الوسائل الودية الأخيرة لحسم منازعات التجارة والاستثمار¹. وكذلك وضعت المؤسسة العربية لضمان الاستثمار مفاوضات الوساطة والتوفيق كوسيلة بديلة لحسم النزاع في المواد 2 و3 من الاتفاقية المذكورة أعلاه حيث يلجأ إليها المتنازعون لحل النزاع قبل اللجوء إلى التحكيم.

¹ د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 628.

وتبنت الهيئة الأمريكية للتحكيم (A.A.A) قواعد للوساطة (CAMCA) والمحاكم المصغرة (A.A.A Mini-Trial) في عام 1996 حيث يلجأ إليها المتنازعون في حل خلافاتهم التجارية.

وكذلك تبني المركز التجاري في سويسرا قواعدا وأحكاما للنزاعات التجارية يلجأ إليها في حسم خلافاتهم التجارية أم الوساطة فقد أخذ بها كثير من المراكز التحكيم الدولية كمركز لحل الخلافات في لندن (CEDR) وقد تبني الكثير من مراكز التحكيم الدولية الوساطة كوسيلة بديلة قبل التحكيم يلجأ إليها المتنازعون لحل خلافاتهم ففي كندا تعتبر الوساطة هي الوسيلة الودية التي لا تضاهى في حل الخلافات التجارية وتبنيها معظم الدول مثل مونتريال وتورنتو وغيرها.

ففي مونتريال التي تعتبر الرائد في هذا المضمار تبنت غرفة التجارة فيها الوساطة وأصبحت تدرس في جامعة مونتريال كما شاع استعمال الوساطة كوسيلة بديلة وتبنتها شركات خاصة مهمتها هو حل النزاعات التجارية ويشرف على هذه الشركات أساتذة ومحامين ومن قدامى القضاة.

وفي دول آسيا كالصين واليابان وهونغ كونغ وكوريا الشمالية تبنت مراكز التحكيم الوساطة كوسيلة بديلة لحل النزاعات التجارية، وكذلك تبنت المنظمة العالمية لحماية الملكية الفكرية (WIPO) الوساطة كوسيلة بديلة لحل الخلافات التجارية ووضعت نظاما وأحكاما لها، إذ بدأ العمل به في الأول من تشرين الأول عام 1994 أما دول الاتحاد الأوربي فقد تقدمت في عام 2004 بتوجيه اقتراح للبرلمان الأوربي يتعلق ببعض جوانب الوساطة في المواد المدنية والتجارية⁽¹⁴⁾، أما الدول العربية وباستثناء مصر كما أشرنا سابقا، لم يأخذ لبنان وبقية الدول العربية بهذه الوسائل البديل لحسم النزاعات التجارية، فعلى سبيل المثال اعتمدت غرفة التجارة والصناعة في بيروت نظام المصالحة كوسيلة بديلة يمكن اللجوء إليها قبل التحكيم في حسم النزاعات التجارية.

ثالثا: الاتفاقات الخاصة:

إلى جانب التشريعات الحديثة ومراكز التحكيم الدولية والمحلية التي تشكل المصدر الأساسي لقواعد حسم النزاعات التجارية لاسيما منها الوساطة والتوفيق هناك مصادر أخرى

¹ د. نايلة قمر عبيد، ورقة بعنوان عمل حول مشروع القانون العربي الموحد للتوفيق والمصالحة، بيروت في 2006/02/28، غير منشور.

تنبثق منها قواعد من خلالها تحل المنازعات التجارية كالاتفاقيات الخاصة والتي لا تقل أهمية عن غيرها سيما من حيث انتشارها واستعمالها، فقد تلجأ الأطراف المتنازعة إلى إبرام اتفاق خاص بغية تسوية النزاعات التجارية بينهما وديا دون اللجوء إلى مراكز الوسائل الودية لحل النزاعات أو إلى مؤسسات التحكيم أو إلى القضاء المحلي، فقد يلجأ الأطراف إلى إدراج بند في العقد الأساسي قبل نشوء النزاع، يهدف إلى تسوية نزاعاتهم المستقبلية فيما إذا حصلت، وذلك بواسطة خبير أو وسيط يتم الاتفاق على دوره ومهامه وتعيين أتعابه.

الفرع الثاني: خصائص ومميزات الوسائل الودية :

للحديث عن الوسائل الودية كان لابد من التطرق الى خصائص الوسائل الودية اولا ومميزاتها في ثانيا.

اولا: خصائص الوسائل الودية:

للسائل الودية مميزات وخصائص تميزها عن باقي الوسائل الاخرى لتسوية النزاعات بين المستثمرين و الدول المضيفة للاستثمار :

1. خضوعها لمبدأ الحرية التعاقدية:

يؤسس القانون اللبناني والمقارن نظرية العقد على مبدأ سلطان الإرادة *Autonomie de la Volonté* وهذا المبدأ يحكم العقد في جميع مراحلها، سواء في مرحلة إنشائه أو في مرحلة تنفيذية، وفي مرحلة إنشاء العقد يتخذ مبدأ سلطان الإرادة ثلاثة أشكال مبدأ الرضائية في العقود يعني ذلك أن وجود الرضى شرط ضروري وكاف لإنشاء العقود، ومبدأ حرية التعاقد أو عدمها ويعني ذلك أن لكل إنسان الحرية في أن يتعاقد متى شاء ومع من يشاء وهذه الحرية لا تسقط بمرور الزمن، وأن مبدأ الحرية التعاقدية ويعني حرية التعاقد أن يدرج في العقد ما يشاء من شروط وبنود شريطة عدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة وهذه الحرية تشمل مضمون العقد.¹

¹ هوداف حدة، التسوية الودية لمنازعات التجارة الدولية 2014-2015، ، المرجع السابق، ص36

وفي مرحلة تنفيذ العقد ينشئ العقد أثرين، أولاً مبدأ إلزامية العقود ويعني ذلك أن العقد شريعة المتعاقدين وأن المتعاقد ألزم نفسه بشريعة أنشأها بإرادته، وثانياً، مبدأ نسبية العقود بمعنى لا يمكن أن نجعل شخصاً ثالثاً غريباً عن العقد، فالمشرع لا يتدخل في علاقات الفراق ليحل محلهم فهم يحددون موضوع العلاقات التي يريدون الالتزام بها إذا ما حددوها ووافقوا عليها والتمروا بها، وذلك لأن العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين، ويجب تفهم وتفسر وتنفذ وفقاً لحسن النية والانصاف والعرف والمقصود بالإرادة هي الإرادة الحرة التي لا تعترىها عيوب كالغبن والإكراه وغيرها من عيوب الرضى التي قد تعترى العقد أي يجب أن تكون الإرادة حرة، فالإنسان يحدد حريته بالمدى الذي يشاء شريطة عدم التعدي على حقوق الغير، فالقاعدة الأفضل هي التي تنشأ عن الاتفاق الحر الذي يصدر عن أشخاص أحرار إذ تكون عندها قاعدة موضوعية ممن أرادوا الالتزام بها وأعطوها الصيغة التي تتلاءم مع الغرض المعول عليه منها، فتتحقق بها العدالة وتتوفر معها على الصعيد الاقتصادي الوسيلة الفعلية لتأمين الصالح المشترك، وكما يقول الفقيه Kant أن من التزم بشيء وكان حراً في التزامه لم يظلم نفسه، لأن الإنسان السوي والحر لا يظلم نفسه ولا يلتزم إلا بما يجده نافعا وصحيحا وعادلا⁽¹⁾.

وبالعودة إلى الوسائل الودية فإن أغلب الفقهاء يرون أن هذه الوسائل هي بالأساس ذات مصدر تعاقدية وهي موجودة في الإجراءات المتعارف عليها والشائعة في قانون العقود وفي النتيجة هي ذات طبيعة تعاقدية.

فإن اللجوء إلى هذه الوسائل أساسه حرية الإرادة، فالإرادة الفردية للأطراف تلزم نفسها دون تدخل القضاء، لذي نرى أن الطبيعة التعاقدية للوسائل الودية هي الراجحة في تكييف طبيعتها سواء في علاقة الأطراف فيما بينهم أو مع الغير الذي يمثل الطرف الثالث المكلف بحل النزاع المعروض أمامه سواء كان وسيطاً أو مصلحاً أو موفقاً، وبدون شك أن علاقة الأطراف بالغير فيما يتعلق بالوسائل الودية الاتفاقية هي أساساً ذات طبيعة تعاقدية، فإن احترام سلطان الإرادة ضروري إن من جهة القبول باللجوء إلى هذه الوسائل وتنفيذها أو من جهة القبول بنتائجها، فاللجوء إلى هذه الوسائل وتنفيذها وإن في أرض الواقع أعمال قانونية تتطلب التقاء الإدارتين: الإيجاب والقبول، وهكذا فإن وجود الغير أو اختياره سواء كانت لوسيطاً أو مصلحاً هو بمثابة الإيجاب، وفي الغالب العام أن طالبي الوساطة يحضرون معا ويتفقون على

¹ د. عاطف النقيب، نظرية العقد، منشورات عويدات، بيروت، الطبعة الأولى، ص 148.

تحديد مهمة الوسيط لحل النزاع بعد تعيينه من قبلهم وقد يتم تعيين الوسيط لحل النزاع من قبل طرف واحد وبكلتا الحالتين فإن الطرف الثالث له كامل الحرية في قبول هذه الالتزامات أو رفضها وهذه الإمكانية في الرفض بأن يكون وسيطا في حل النزاع بشكل إحدى الخصائص المهمة التي تميز عمل القاضي عن عمل الوسيط أو المصلح، ولا يمكن إكراه الوسيط أو المصلح على قبول هذه المهمة بحل النزاع وكل إكراه من هذا النوع يفسد طبيعة الوساطة أو المصالحة ويؤثر سلبا على نتائجها

ويتمتع الوسيط بحرية واسعة لدراسة النزاع المعروض أمامه وإطلاع المتنازعين على تفاصيله والتقريب بينهم واقناعهم بمزايا الحلول التي يقترحها فإذا وافقوا عليها يقوم الوسيط أحيانا بمساعدة المتنازعين في وضع صيغة المصالحة التي يعدها المستشارون فالوسيط كما أشرنا سابقا ليس له سلطة إصدار القرارات عموما بل أن سلطته تتجسد في خلق الثقة لدى المتنازعين وتسهيل الاتصالات فيما بينهم بهدف الوصول إلى حل ودي ينهي النزاع ويفترض هذه الوسائل بغية نجاحها توافر حسن النية لدى أصحاب العلاقة أي المتنازعين أنفسهم في الوصول إلى حلول سريعة ومرضية، ويتجسد ذلك بالمشاركة فعلا فإذا امتنع أحدهما انتهى المسعى للتوافق والتصالح، وهذا خلاف ما يجري في التحكيم، حتى لا يؤدي امتناع أحد المتنازعين عن المشاركة إلى وقف الاجراءات ولا يحول دون صدور قدر تحكيمي.

II. : قلة الشكليات

من خصائص هذه الوسائل هو قلة الشكليات والجراءات المطولة والمعقدة كما هو الحال عليه في القضاء التقليدي والتحكيم، حيث أن إجراءات هذه الوسائل مبسطة، ومرنة وطوعية وتوافقية على اعتبار أنها معدة أصلا لفتح الباب أماما المتنازعين للسعي وبحسن نية إلى تحقيق حلول ملائمة وفعالة لجهة حل النزاع وديا وحفظ مصالحهم واستمرار نشاطهم فالإطار غير الرسمي لهذه الوسائل وقلة الشكليات يشكل الميزة الأساسية من الوسائل مقارنة مع التحكيم والقضاء، فعلى مستوى الوساطة وغيرها من الوسائل الودية فالمبدأ هو استبعاد اي شرط شكلي، فمجرد اللجوء إلى هذه الوسائل يحقق مكاسب لكلا المتنازعين لأنه في النهاية لا يوجد طرف رابح وآخر خاسر، والحل الذي تقدمه هذه الوسائل لا تخضع لتطبيق الإجراءات القانونية والقواعد التشريعية الأخرى، مما يعزز دور وفعالية هذه الوسائل في حسم

النزاعات فالحل الودي الي يقترحه الشخص الثالث سواء كان وسيطا أو مصلحا، بشكل مخرجا مقبولا أكثر مما هو مفروضا بقوة القضاء التقليدي أو التحكيم.

١١١. : مبدأ الوجاهية إضافة كما ذكر فإن هذه الوسائل قد تفترض العمل بمبدأ

الوجاهية كما هو الحال في التحكيم والقضاء، فالمحكومون والقضاة ملزمون باحترام حقوق الاطراف في الدفاع، وهذا المبدأ مكرس في القانون اللبناني، وبقية القوانين المقارنة ويعتبر اساس الدعوى القضائية والتحكيمية¹⁵.

ففي الوسائل الودية لا تستوجب على الوسيط أو الموقف.. دعوة الطرفين المتنازعين للاجتماع معا ولا يجوز احاطة أحد المتنازعين علما بما سمعه واستمله من الآخر بدون موافقة هذا الاخير، كما لا يفترض أن يكون اجتماع الوسيط أو من يحل محله مواجهة الاطراف أو حتى بالطرفين المتنازعين بل قد تتم الاتصالات والاجتماعات بالهاتف أو الفيديو أو بالتواصل بأي وسيلة، وتمارس هذه الوسائل حتى عند تعدد الاطراف وهو متعذر في التحكيم بالنسبة للطرف الذي لم ينضم إلى اتفاقية التحكيم، إضافة إلى ما تقدم فإن هذه الوسائل تقوم على التراضي بينما التحكيم يبدأ بالتراضي ولكنه بعد توقيع العقد لا يعود للتراضي دور فيه بل يأخذ التحكيم مجراه وفقا لإجراءات إلزامية في حين أن ليس لهذه الوسائل وجه إلزامي وطالما أن هذه الوسائل طوعية واختيارية، فهي تنتهي في اي وقت سواء من قبل الوسيط أو أي طرف ثالث أو حتى من قبل المتنازعين أنفسهم وإذا حددت لها مدة زمنية، فإنها تنتهي بانتهاء هذه المدة ما لم يتفق على تمديدتها فقلة الشكليات ومرونة اجراءات الوسائل الودية في تحديد المهل والمكان وعدم ارتباطها اجمالا بشكليات محمة واصول محكمات، يعزز من مكانه وفعالية هذه الوسائل فقد أصبحت عوامل اساسية في تأثيرها على حل النزاعات ويجاد حلول ذات طبيعة توافقية ودية، مما جعل منها بدائل إضافية ومناسبة في سبيل الوصول إلى نتائج ايجابية بالنسبة للمتنازعين، وهذا الأمر أدى إلى تفوق هذه الحلول على الوسائل الأساسية التقليدية وياتت تتمتع بميزات أخرى.

¹ د. عبد الحميد الاحدب، موسوعة التحكيم الجزائري، الجزء الثاني، سنة 1998، دار المعارف، بيروت، ص 49.

ثانياً: مميزات الوسائل الودية:

ثمة مميزات وخصائص تتمتع بها هذه الوسائل جعلتها متقدمة على الوسائل الأساسية كلى الخلافات التجارية لا سيما القضاء، وهذه المميزات باتت مقبولة وفعالة في حسم النزاعات إن كان ذلك من حيث السعة وقلة التكاليف أو من حيث السرية التي تحيط بكافة إجراءاتها.

1. : السرعة في حل النزاعات

باتت السرعة تشكل سمة من سمات العصر الحديث ولا شك ان العدالة البطيئة هي إنكار للعدالة justice délaye is justice denid وحيث أن السرعة تعد من دعائم العمل التجاري، لا بل من المقومات الأساسية سواء نم من حيث التعامل أو من حيث النزاعات، وذلك لأن التأخير في حسم النزاعات يذهب بحقوق المنازعين أدراج الرياح ويفوت عليهم فرصة لا تعوض في التعامل لا سيما إذا تم حسم منازعاتهم بعد أمد طويل تتوالى فيه المتغيرات الاقتصادية وتنخفض فيه القوة الشرائية للنقود¹، فالعلاقات والمعاملات التجارية قائمة على الأسعار والأسعار تتغير من لحظة إلى أخرى في ظل الظروف الراهنة وما كان يرمي إليه التاجر أو الشركة التجارية من ربح قد ينقلب إلى خسارة مع تقلب الأسعار سيما إن تعلق الامر بالعملات والسندات فالوقت لدى رجال الأعمال وأصحاب المشاريع والشركات الكبرى بمثابة المال money time is وعليه لا بد من إيجاد حلول فعالة وسريعة بغية حل نزاعاتهم خصوصا بعد ظهور العولمة وانفتاح الأسواق العالمية على بعضها بحيث أصبح العالم شبه قرية كونية وصار بالإمكان في لحظات أن تختصر العالم خصوصا بعد مجموع التجارة الإلكترونية، وإزاء هذا التطور المذهل في العالم التجاري بدا البحث في إيجاد حلول سريعة وأكثر فعالية تواكب التطور الحاصل في ظل المتغيرات والتطورات، فجاءت هذه الوسائل لتحل محال القضاء فكثير من بلدان العالم يتأخر فيها حسم النزاعات أمام القضاء ويستغرق سنوات طويلة يتكبد فيها المتنازعون نفقات باهظة نتيجة هذا التأخير الحاصل وهذا هو الحال والذي بات مقرونا ببطء القضاء، فقد راينا هناك كثيرا من القرارات يستغرق صدورها سنينا طويلة كما أشرنا، فجاءت هذه الحلول مواكبة وموازية لعجلة التطور الحاصل في التعامل التجاري، لنقدم نموذجا آخر لحسم النزاعات وبديل أكثر جدوى ومناسبا في ايجاد صيغة توافقية وحلول عملية بغية انهاء النزاع

¹ هوداف حدة، التسوية الودية لمنازعات التجارة الدولية 2014-2015، المرجع السابق، ص41

الحاصل بأسرع وقت، فأطول وساطة لا تستغرق مدة تتراوح بين ثلاثة أشهر حتى ستة أشهر¹ وأما بقية الوسائل الودية قد لا تستغرق حتى ثلاثة أشهر في حسم النزاع ويعزي ذلك بمرونة وبساطة هذه الوسائل وغياب الشكليات فيها على عكس ما نراه في القضاء ولطالك هذه الوسائل الودية مفضلة لا سيما في العقود ذات الأجل الطويل كما هو الحال في عقود الأشغال الدولية التي يستمر تنفيذ العقد فيها لمدة طويلة.

II. : قلة التكاليف في حل النزاعات

من الانتقادات التي وجهت إلى القضاء في الآونة الأخيرة، هي الكلفة الباهظة التي بتطلبها من حيث النفقات الإدارية وأتعاب الذين بدأوا يتقاضون أتعابا خيالية ومرتفعة نتيجة القيام بعملهم في حسم النزاع في حين أن الميزة الأساسية التي تتمتع بها هذه الوسائل الودية إضافة إلى مرونتها وغياب الشكليات فيها، هو قلة التكاليف مقارنة مع الوسائل التقليدية الأخرى.

وعلى سبيل المثال تبدأ الرسوم الإدارية في فرقة التجارة الدولية (ICC) من 2500 دولار أمريكي، حيث تعتمد الأتعاب على مقدار النزاع وفي بعض الحالات الاستثنائية قد لا تلزم غرفة التجارة الدولية بالأرقام المنشورة وذلك حسب التعقيد في القضايا موضوع النزاع وأيضا بحسب مدة الإجراءات أو مقدار الوقت الذي استهلكه ونبداً هذه الرسوم كما اثرتنا سابقا من 2500 دولار أمريكي لكل القضايا التي تبلغ قيمتها 50000 دولار أمريكي، وما دون أما القضايا التي يكون فيها النزاع بشأن أموال أكثر فنتفاوت الرسوم وفقا لذلك فمثلا في القضايا التي تصل قيمتها إلى 05 مليون دولار أمريكي تتراوح الرسوم من بين 750.32 دولار أميركي إلى 600.114 دولار أمريكي

في حين نرى أن الرسوم الإدارية وأتعاب الوسيط المكلف بحل النزاع تبدأ من 1500 دولار أمريكي، وتزداد هذه التكاليف حسب القضايا موضوع النزاع ومدة الإجراءات ومقدار الوقت المستغرق في سحم النزاع بحيث لا تتجاوز نبلغ 000010 دولار أمريكي² فهناك فرق واضح من حيث قلة التكاليف بين هذه الوسائل والوسائل التقليدية الأخرى، هذا العامل شجع المتنازعين إلى اللجوء لهذه الوسائل، ويرى البعض عكس ذلك، لأنه إلى جانب القضاء والذي

¹ د. عبد الحميد الاحدب، المرجع السابق، ص 25

² أنظر، المادة الرابعة من قواعد الحل الودية لحل النزاعات لدى غرفة التجارة الدولية لعام 2001

يطلق عليه جانب العدالة الخاصة للأغنياء، يوجد عدالة خاصة أيضا بالفقراء وتتمثل في الوسائل الودية وذلك نظرا لقلّة تكاليفها ومرونة وبساطة إجراءاتها.

III. : سرية إجراءات الوسائل الودية.

من الخصائص المميزة لقضاء الدولة وما يعرف بمبدأ علنية الجلسات التي تعتبر من الضمانات الأساسية للثقافي. وهذه الميزة التي يتميز بها قضاء تقليدي تعد أحد أسباب عزوف الفقراء والشركات التجارية التي تحرص على سمعتها عن اللجوء إلى قضاء الدولة، واختيارهم التحكيم كوسيلة بديلة لحسم النزاعات الناشئة عن العلاقات التجارية والدولي، وسبب ذلك هو ما يتميز به التحكيم من سرية فعلى خلاف قضاء الدولة الذي تعد العلانية به من أحد خصائصه المميزة وتعد السرية ميزة خاصة ينفرد بها قضاء التحكيم عن قضاء الدولة، فمبدأ سرية جلسات التحكيم من الأمور اللصيقة بهذا النظام، وتتفرد غالبية أنظمة التحكيم الدولية نصوصا خاصة تقتضي هذه السرية وتحض عليها. فمبدأ السرية يعد أحد أهم الركائز الأساسية في الوسائل الودية فالمتعاملون على صعيد التجارة وخصوصا الدولية منها يرحبون بعدم معرفة النزاعات الناشئة بينهم وأسبابها ودوافعها، نظرا لما قد تؤدي إليه هذه الوسائل المعرفة من المساس بالمراكز المالية أو الاقتصادية لهؤلاء المتعاملين فمبدأ العلانية الذي يحيط بالقضاء العادي والذي يشكل ضمانا من ضمانات العدالة قد ينقلب عليهم إذ من شأنه إذاعة أسرار صناعية أو اتفاقات خاصة يحرصون على إبقائها سرا مكتوما، وكم من تاجر أو شركة عالمية يفضلون خسارة دعواهم على كشف أسرار تجارتهم أو صناعاتهم التي تمثل في نظرهم قيمة أعلى من قيمة الحق الذي يناضلون من أجله في الدعوى، وذلك لأن موضوع المنازعة القضائية والإعلان وتشهره قد يؤدي إلى فشل المشروع التجاري برمته مما يؤدي إلى اضرار في حين أن السرية المطلقة فإنها تحيط بكافة جوانب وإجراءات الوسائل الودية، حيث أن الشخص المكلف بحل النزاع سواء كان وسيطا أو مفاوضا، أو له أي صفة أخرى يحظر عليه أخذ محاضر جلسات للوساطة مهما كان نوعها وأينما وجدت¹⁶ وعليه أن يلتزم بالسرية، المطلقة وأن لا يفشي المعلومات التي يحمل عليها في جلسات الوساطة لأشخاص آخرين إلى موافقة المتنازعين وخلاصة مما تقدم فثمة خصائص مشتركة، تجمع بين إجراءات هذه الوسائل، فهي من ناحية أولى تتسم جميعا بالطبيعة الرضائية، فلا يمكن إلزام أحد المتنازعين باللجوء إليها أو

¹ أنظر المادة 07 من قواعد الحلول الودية لحل النزاعات التجارية في مركز التجارة الدولية في الملحق.

إلزامه بقرارتها ما لم يرتضي ذلك بداية، وقد يتفق المتنازعون على ان يكون اللجوء إلى هذه الوسائل شرط مسبق قبل اللجوء إلى حسم النزاع في تنفيذ العقد ودون المساس بحقوق المتنازعين والعلاقة الودية بينهم طوال تنفيذ العقد.

ومن ناحية ثالثة قد تستخدم هذه الوسائل الودية، ليس فقط بهدف حسم النزاع قبل اللجوء إلى القضاء بل قد يستخدمها المتنازعون من الناحية الاستراتيجية كوسيلة التقييم موفقهم القانوني في حال اللجوء إلى التحكيم، فقرارات الوسيط أو المواقف قد يعطي انطباعا أو إشارة عما يحكم به المحكمون إذا ما تم إحالة النزاع إلى التحكيم.

المبحث الثاني: انواع الوسائل الودية لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار

إن كانت الوسائل الودية لحل المنازعات الاستثمارية ترجع في اعتمادها أصلاً إلى إرادية وحرية الأطراف المتعاقدة قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم فإن أغلب الحالات في إصدارها كنتيجة الحل في شكل توصيات أو الفشل في الوصول إلى تل النتيجة المرجوة فإن تلك المحاولة الودية كما ورد في التعاريف المختلفة قد يعتمد إجرائها على تدخل الغير الخارج عن أطراف النزاع أو تباشر دون ذلك التدخل، مباشرة باختصاص الأطراف المتنازعة وهو ما سنأتي على توضيحه في التالي:

المطلب الاول: الوسائل التي تقتصر على الأطراف

إن الوسائل التي تقتصر على الأطراف في مباشرة حل النزاع تتحدد في إجراءين وهما التشاور والتفاوض.

الفرع الاول: التفاوض

التفاوض هو أسلوب إنساني يمارسه الانسان في مختلف جوانب الحياة و على كافة المستويات و يكون التفاوض بين ذوي المصالح المتعارضة سواء كانوا دول او منظمات او افراد من اجل التوصل الى حلول تناسب كل الاطراف لقد تطور التفاوض مع تطور الانسان و اصبح هذا الاخير يعتمد عليه لحل مختلف مشاكله و بحكم التطور الحاصل في مجار التجاري العالمي فقد اعتمد على التفاوض لحل المنازعات الناتجة عن المعاملات التجارية.

اولا : مفهوم التفاوض و عناصره

هناك العديد من التعريفات للتفاوض و ذلك حسب نوع و مجال و الظروف التي يتشأ فيه و طبيعة الشيء محل التفاوض لذلك نجد هناك العديد من التعريفات لمصطلح التفاوض لذلك سوف نحاول في هذا المطلب ان نحدد مفهوم التفاوض كاحد وسائل التسوية الودية لحل المنازعات الناتجة عن الاستثمار في الفرع الاول و نتطرق لعناصر التفاوض في الفرع الثاني .

1. : مفهوم التفاوض (Négociation)

التفاوض لغة: تبادل الرأي بين ذوي الشأن بغية الوصول الى اتفاق او تسوية و يقال تفاوضنا ، أي فاوض كلا صاحبه، و التفاوض من فوض إليه الأمر صيره إليه وجعله الحاكم فيه ، و فاوضه في أمره اي جراه ، وتفاوضوا الحديث : أخذوا فيه ¹.

¹ ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير، محمد أحمد حسب الله، هاشم محمد الشاذلي، المجلد الثاني، دار المعرفة، القاهرة، بدون سنة طبع، ص 3485 و ما بعدها

و المفاوضات لغة هي المساواة و المشاركة و هي مفاعله من التفويض و كأن كل واحد منهما رد ما عنده الى صاحبه ، و في حديث متساوي قال لدغفل بن حنظلة : بما ضبطت ما أرى؟ قال : بمفاوضة العلماء قال : و ما مفاوضة العلماء ، قال : كنت إذا التقيت عالما أخذت ما عنده و أعطيته ما عندي.

التفاوض اصطلاحا :

أن مصطلح المفاوضات يكون في الغالب مقارب لمفهوم عدم الاتفاق او النزاع ، و قد يعني في مرحلة منه عدم التفاهم لان المفاوضات بدايتها هي صراع ما بين مصالح الطرفين كل واحد يسعى للحصول على اكبر قدر منها.

التفاوض يسعى اطراف النزاع من خلاله للتحويل من مرحلة المواجهة و الصراع الى

مرحلة نقاش المشكل للوصول الى حل و توجد العديد من التعريفات له من بينها : يعرف التفاوض على انه عملية يتم بموجبها وضع مقترحات محددة و واضحة بهدف التوصل إلى اتفاق لتبادل او تحقيق مصلحة مشتركة مع وجود مصالح متعارضة¹.

إنه عملية ديناميكية بالغة الدقة و الحساسية تتم بين طرفين أو فردين أو فريقين

يتعاونان على ايجاد حلول مرضية لما بينهما من مشكلات خلافية أو صراع و تناقض على تحقيق الإحتياجات و الإهتمامات او المصالح و الأهداف².

ويعرف التفاوض ايضا على أنها آلية ووسيلة مباشرة بين الأطراف لحل الخلافات العالقة بينهم بتبادل الحوار والآراء والطلبات وإكمال الحوار للخروج بحل يرضي الطرفين

من ما سبق ذكره يمكن أن نستنتج أن المفاوضات أو التفاوض هو الية لحل نزاع ،

يقوم على اساس الحوار المباشر بين الطرفين المتنازعين هدفه الوصول إلى حل الخلاف ، و لا يحتاج إلى أي طرف ثالث ، بل يعتمد على الحوار بين الطرفين مباشرة ، غير أنه لا يوجد مانع من تمثيل المتنازعين بواسطة محامين أو وكلاء لهم ، كون هذا لا يغير من طبيعة التفاوض ما دام الوكلاء يملكون سلطة إتخاذ القرار عن موكلهم .

II. : عناصر التفاوض.

¹ مصطفى محمود ابو بكر ، المرجع في وظيفة الإحتياجات و إدارة الأنشطة اللوجستية في المنظمات المعاصرة ، مصر ، 2003-2004، ص 420 .
² الأستاذة جعيح نبيلة. محاضرات التفاوض الدولي ، ، جامعة محمد بوضياف ،مسيلة ، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير – قسم العلوم التجارية LMD – سنة الثالثة مالية و تجارة دولية ، 2015/2016 ، ص 5 .

1- الموقف التفاوضي : يعد التفاوض موقف ديناميكي أي حركي يقوم على الحركة و الفعل و رد الفعل إيجابا و سلبا و تأثيرا أو تأثر . و التفاوض موقف مرن يتطلب قدرات هائلة للتكيف السريع و المستمر مع المتغيرات المحيطة بالعملية التفاوضية¹

2-أطراف التفاوض : في العادة يكون التفاوض بين طرفين ، و قد يتسع نطاقه ليشمل أكثر من طرفين نظرا لتشابك المصالح و تعارضها بين الاطراف المتفاوضة . و من هنا فإن أطراف التفاوض يمكن تقسيمها أيضا إلى أطراف مباشرة ، و هي الاطراف التي تجلس فعلا إلى مائدة المفاوضات و تباشر عملية التفاوض ، و إلى اطراف غير مباشرة و هي الاطراف التي تشكل قوى الضاغطة لاعتبارات المصلحة أو التي لها علاقة قريبة أو بعيدة بعملية التفاوض.

3-القضية التفاوضية : يجب أن يكون التفاوض حول قضية أو موضوع معين تكون هي محور العملية التفاوضية التي تدور حولها المفاوضات ، والقضية التفاوضية هي من تحدد مراحل المفاوضات و اساليبها و الاستراتيجيات التي ستستخدم و ما سيتم تناوله من اجزاء في كل مرحلة و الهدف المراد الوصول اليه.

4-الهدف التفاوضي : تسعى دائما الاطراف المتفاوضة الى تحقيق أهداف معينة و محدده و من اجل الوصول اليها دخلوا في مفاوضات ، و بناء على هذا الهدف يتم قياس مدى التقدم في التفاوض و مدى نجاعة الاساليب و المنتهجة فيها ، و يقسم الهدف التفاوضي العام الى أهداف جزئية او مرحلية حسب اهميتها ومدى اتصالها بتحقيق الهدف الرئيسي ، و في اغلب الاحيان يدور الهدف التفاوضي حول تحقيق أي من الاتي :

- إنجاز عمل محدد يتفق عليه الاطراف.

- إتفاق الاطراف على عدم القيام بعمل معين .

- تحقيق مزيج من الهدفين السابقين .

ثانيا: خطوات وخصائص التفاوض

إن العملية التفاوضية تمر بخطوات يجب القيام بها و لكل خطوة منها هدف معين و بناء على الاهداف المحققة في كل خطوة يتم اعداد و التخطيط للخطوة المقبلة و عليه فإن كل ما يتم تحقيقه من نتائج في المرحلة السابقة يتم الاعتماد عليه و العمل على اساسه في المرحلة

¹ محاضرات التفاوض الدولي ، الاستاذة جعيجع نبيلة ، المرجع نفسه ، ص 8

الحالية ، و كما ان للتفاوض خطوات فان له خصائص تميزه عن غيره من الانشطة الانسانية التي تتشابه معه مثل الاجتماعات المشاورات و غيرها ، لذا سنتناول في قسمين :

ا. : خطوات التفاوض

1-تحديد و تشخيص القضية التفاوضية: و هي اول خطوات العملية التفاوضية من وتمتاز تلك المفاوضات بأنها لا تتقيد بأي نوع من الشكليات أو القواعد الموضوعية بل تقتصر على مجرد تعيين المكان والزمان والمواضيع التي تحتاج حوار ونقا شجدي. وتتم في صورة شفوية أو في صورة كتابية، ويترتب على الدخول في مرحلة التفاوض التزامات على كل من الطرفين وأثار معينة¹ خلالها يتم معرفة و تحديد القضية التي ستتم المفاوضات حولها و جميع عناصرها و عواملها المتغيرة و مرتكزاتها الثابتة ، و يتم تحديد اطراف القضية و الاطراف الذين سيتم التفاوض معهم و موقف كل طرف في المفاوضات و ما اهداف التي يريد الوصول اليها من خلال المفاوضات.

2-تهيئة المناخ للتفاوض : تتم بمحاولة كل طرف لخلق جو من تفاهم و تجاوب مع الطرف الاخر و تمكنه من المعرفة المبدئية للاستراتيجيات و اساليب التي سيتبعها في المفاوضات و ردود افعاله.

3-قبول الخصم للتفاوض : و هي قبول الطرف الاخر الجلوس على مائدة المفاوضات وهذا ما يسهل العملية خاصة إذا وصل الى قناعة بان المفاوضات هي الطريقة الفعالة و ايسر و الاسرع لتسوية النزاع القائم .

4-التمهيد لعملية التفاوض الفعلية و الاعداد لها تنفيذا : خلال هذه الخطوة يتم اختيار الفريق التفاوضي و تدريبه و اعطائه خطاب تفويض يحدد صلاحياته ، و تحديد الاستراتيجيات و السياسات التي سيتم اعتمادها في كل مرحلة من مراحل المفاوضات ثم يتم الاتفاق على الاجندة المفاوضات التي تحدد مواضيع التي ستدور حولها المفاوضات ، لنصل الى تحديد مكان التفاوض .

5-بدء جلسات التفاوض الفعلية : و هذه هي الخطوة الاساسية و فيها يتم تبادل وجهات النظر والاقتراحات و العروض المقترحة لتسوية الموضوع المتفاوض حوله بالاستعانة

¹أحمد بوخلخال، نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر، المرجع السابق

بالادوات التفاوضية و خاصة فيما يتعلق بالمستندات و الحجج و البيانات التي تؤيد وجهة نظر الطرف المفاوض في المعارضة لوجهة نظر الطرف الاخر، في هذه الجلسات سيسعى كل طرف متفاوض لكسب القضية التفاوضية .

6-الوصول الى اتفاق نهائي و توقيعه : لا قيمة لاي اتفاق من الناحية القانونية اذا لم يتم

توقيعه في شكل اتفاقية موقعة و ملزمة للطرفين المتفاوضين ، بحيث يجب أن تكون الاتفاقية شاملة و تفصيلية تحتوي على كل الجوانب ، و يراعى فيها اعتبارات الشكل و المضمون ، و من حيث جودة و صحة و دقة اختيار الالفاظ و التعبيرات كي لا تنشأ أي عقبات اثناء التنفيذ الفعلي للاتفاق ¹.

II . : خصائص التفاوض

تتمثل خصائص التفاوض فيما يأتي :

- لكون التفاوض عملية متكاملة مترابطة ، فإنه يتطلب وجود ادارة منظمة و واعية كي تقوم بالاعداد و التخطيط و التنظيم و المتابعة و التقييم للعملية التفاوضية.
- التفاوض عملية مستمرة و ليس حدثا طارئا و لا موقفا عارضا او نشاطا مؤقتا و بعبارة أخرى فإنه لا يجب التعامل مع التفاوض على أنه موقف طارئ أو مأزق نسعى للخروج منه بأية وسيلة بل هو من أهم مهام المدير المعاصر ².
- الهدف من وراء التفاوض هو حل النزاع القائم أو الوصول الى اتفاق حول مسألة معينة لكن بيقية استمراره مشروط باستمرار وجود مصالح مشتركة بين اطراف التفاوض .
- التفاوض هو عملية احتمالية معقدة و تتأثر بالغة و العادات و التقاليد و العلاقات الاجتماعية للطرف المتفاوضة .
- و لان العملية التفاوضية نفسية فإن لمفاهيم و ادراكات و شخصيات الاطراف المتفاوضة .
- يترتب على التفاوض اثار مستقبلية فالعملية التفاوضية لا تعالج النزاع القائم بين الاطراف فقط بل تأخذ في اعتبارها ما ينتج عن هذا الاتفاق من اثار في مستقبله.
- تعتمد عملية التفاوض على براعة و مهارة و كفاءة الفريق المتفاوض في مجال الاتصال و اللباقة و حسن التصرف مع الطرف الاخر.

¹ محاضرات التفاوض الدولي ، الأستاذة جعيج نبيلة ، المرجع السابق ، ص 30 .
² محاضرات تقنيات التفاوض الدولي ، الأستاذة جعيج نبيلة ، المرجع نفسه ، ص 18 .

- تتصف عملية التفاوض بالعمومية من حيث المبادئ و عناصر و الاستراتيجيات التي تنطبق على مختلف انواع النزاع.

الفرع الثاني: التشاور

إن التشاور قد يقوم تلقائياً بناء على اقتراح من الغير، أو من أحد أطراف النزاع قد يستمد مرجعيته في بعض الحالات من النصوص، الاتفاقيات الثنائية، أو العقود الاستثمارية ذاتها التي تتضمنه¹. إذ ينعقد اللقاء التشاوري في جو دبلوماسي عادي دون إتباع إجراءات شكلية وبعيدا عن الإشراف عليه من أية جهة أخرى بقصد الوصول إلى اتفاق ينهي النزاع أو على الأقل، إذ لم يفلح في ذلك، يتوصل إلى تحديد معالمه وإزالة العقبات تمهيدا لعرضه على الحل بوسيلة أخرى سواء كانت ودية أو قضائية أو تحكيمية وقد يكون التشاور قائماً تحت مظلة الرعاية والإشراف من جهة أخرى قد تكون منظمة دولية تتوصل من إجراء التشاور إلى الظفر بحل النزاع مباشرة وفي هذه الحالة يكون غير ملزم لطرفي النزاع .

وفي هذا السياق قد استحدث هذا الإجراء الودي في تسوية المنازعات الاستثمارية ، إحداهت جهاز تقوم بالإشراف عليه هيئة حل عند إنشاء منظمة التجارة العالمية المنازعات التي جاءت اتفاقيات الجولة الثامنة بالأوروغواي 1994 التي نصت على أنها تدير القواعد والإجراءات بأحكام تسوية منازعات وإلى جانب إشرافه على المشاورات كما أنه يتمتع بسلطة إنشاء فرق تحكيم واعتماد تقارير جهاز الاستئناف ومراقبة تنفيذ القرارات والتوصيات. كما يقوم باخطار المجلس واللجان المتخصصة بالمنظمة لتطورات أي من المنازعات التي تتصل بالاتفاقيات المشمولة.

لا نقاش في أنه لا يكفي تقرير الحقوق بل يجب ان يكون هناك نظام يمكن صاحب

الحق من ارغام كل من ينتهك هذا الحق على إحترامه ، و لكون التبادل التجاري بين الدول ينتج عنه نزاعات و خلافات سعت منظمة التجارة الدولية لايجاد نظام لتسوية النزاعات التجارية التي تنشأ من تطبيق دولة ما اجراء مخالف لاحكام و مفاهيم و اتفاقيات منظمة التجارة الدولية ،و يتسبب هذا في تعطيل مصالح الطرف الاخر ، فتم الاتفاق على وثيقة التفاهم على القواعد و الاجراءات المتعلقة بتسوية المنازعات

¹ أحمد بوخلخال، نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر، المرجع السابق

نظمت المادة الرابعة من وثيقة التفاهم كيفية تسوية المنازعات التجارية بموجب هذه الوسيلة في إطار منظمة التجارة الدولية على ما يلي:

"تؤكد الأعضاء تصميمها على تقرير وتحسين فعالية إجراءات التشاور التي تتبعها".

حيث أكد الأعضاء في الفقرة الأولى من هذه المادة على تصميمهم على تعزيز وتحسين فعالية إجراءات التشاور التي يجب إتباعها فيما بينهم وفي هذا الصدد فإنه من المتعين على كل دولة عضو أن تبدي اهتمام ملحوظاً وتتيح الفرص الملائمة للتشاور مع غيرها من الدول الأعضاء في حالة تلقيها طلباً أو شكوى بالتضرر من أي إجراء أو تدبير تكون قد قامت باتخاذها على أرضها ويكون من شأنه التأثير في التنفيذ أو تطبيق أي اتفاقية تجارية من الاتفاقات المشمولة ولأن التشاور لا يخرج عن كونه إجراء دبلوماسياً يتمثل فيطلب تبادل وجهات النظر بين الدول المعنية لذا فإنه وسيلة سريعة يمكن أن تحقق نتائج ملموسة لإزالة أسباب الشكوى وقد وضعه وثيقة التفاهم كإجراء أولى وضروري قبل أن يتم الانتقال الى المراحل الاخرى لتسوية المنازعات ، و لقد حددت وثيقة التفاهم ظوابط و ضمانات لعملية المشاورات للمساهمة في حل الخلاف :

1- نصت الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من القواعد السالفة الذكر على انه : " إذا قدم

طلب المشاورات عملاً باتفاق مشمول ، يجب على العضو الذي يقدم إليه الطلب ما لم يجر اتفاق متبادل على عكس ذلك ، أن يجيب على الطلب في غضون 10 أيام من تاريخ تسلمه و أن يدخل بحسن نية في مشاورات ضمن فترة لا تتجاوز 30 يوماً بعد تسلم الطلب ، بهدف التوصل إلى حل مرض للطرفين . و إذا لم يرسل العضو رداً في غضون 10 ايام من تسلم الطلب ، أو لم يدخل في مشاورات ضمن فترة لا تتجاوز 30 يوماً بعد تسلم الطلب ، حق للعضو الذي طلب المشاورات أن ينتقل مباشرة إلى طلب إنشاء فريق لحسم النزاع"¹.

2- التزام الدولة مقدمة طلب التشاور بإخطار جهاز تسوية المنازعات وكذا المجالس واللجان ذات الصلة موضحة فيه كافة الأمور كتابةً المتعلقة بالإجراء الذي تنظم منه مع ذكر الاساس القانوني للشكوى (المادة 4 الفقرة 4).

¹ السيد حسن البدر اوي ،مستشار في قسم التشريع وزارة العدل القاهرة ، تسوية المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية ،ندوة الويبو الوطنية المتخصصة للقضاة و المدعين العامين و المحامين ،تنظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع وزارة الصناعة و التجارة صنعاء ، جمهورية اليمن ، 12 و 13 يوليو 2004 ص 5 .

3- على الاعضاء ان يسعوا الى الوصول الى تسوية مرضية للنزاع ، قبل اللجوء الى اي اجراء اخر (المادة 4 الفقرة 5).

4- إذا أخفقت المشاورات في تسوية النزاع خلال الستين يوم من تاريخ تقديم الطلب أو إذا أعلن الطرفان المتشاوران معاً إن المشاورات قد أخفقت في تسوية النزاع قبل انقضاء الستين يوماً يجوز للطرف الشاكي أن يطلب تشكيل لجنة تحكيم لعرض النزاع عليها (المادة 4 الفقرة 7).

5- يجوز للطرف في الحالات المستعجلة بما فيها تلك المتعلقة بالسلع سريعة التلف أن تدخل في مشاورات خلال مدة لا تزيد عن عشرة أيام من تاريخ تسلم الطلب وإذا أخفقت المشاورات في حل النزاع خلال فترة عشرين يوماً بعد تسلم الطلب جاز للطرف الشاكي أن يطلب إنشاء لجنة التحكيم (المادة 4 الفقرة 8).

6- يجوز لأي عضو له مصلحة تجارية جوهرية في مشاورات دائرة أن يطلب من الأطراف المتشاوره وجهاز تسوية المنازعات الانضمام إلى المشاورات و في حالة عدم قبول طلب الانضمام يكون من حق العضو طالب للانضمام أن يتقدم بطلب مستقل للتشاور .

7- على الاطراف المتشاوره ان تأخذ بعين الاعتبار المصالح التجارية ذات الاهمية للدول النامية الاعضاء خلال التشاور .

8- يتعين الاستجابة للتشاور خلال مدة لا تتجاوز عشرة أيام من تاريخ تسلم الطلب كما يتعين بدأ التشاور بحسن النية خلال فترة لا تتجاوز ثلاثون يوماً من يوم تسلم الطلب والعمل على حل مرضي للطرفين¹

9- مرحلة المفاوضات تبقى مستمرة حتى بعد أنجاز مجالس التحكيم حتى يتم اعداد تقرير حول النزاع القائم .

المطلب الثاني: الوسائل التي تتضمن تدخل الغير

¹ هوادف حدة، التسوية الودية لمنازعات التجارة الدولية 2014-2015، ، المرجع السابق، ص58

ان الوسائل التي تعتمد في حل النزاع وديا تعتمد على تدخل الغير كالمصالحة أو (التوفيق) أو الوساطة والمساعي الحميدة فهي بدورها أيضا تتأصل إلى حرية وإرادة الأطراف في العلاقة الاستثمارية قد حتمتها عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي وهي بدورها تتأصل أيضا في مرجعيتها إلى الرسمية والزامية التنفيذ في حالة توصلها إلى الحل إلا أن هذه الأخيرة لا تلزم الأطراف بوجوب اللجوء إليها قبل اللجوء إلى التحكيم أو القضاء ، بل يترك الخيار في اتباعها لأطراف النزاع،

الفرع الاول: التوفيق:

التوفيق ، هو أحد الوسائل والأساليب البديلة لتسوية المنازعات خارج ساحة القضاء الرسمي (قضاء الدولة) ، بل هو من أهم تلك الوسائل التي أصبح لها مكانة واضحة ، ودورا بارزا في حسم المنازعات الناشئة بين أطراف العلاقات والاتفاقات والعقود التجارية والاستثمارية، وهو ما جعل نظام التوفيق يحظى باهتمام كبير في الآونة الأخيرة ، على الرغم من أنه أحد أقدم أساليب حل الخلافات والمنازعات في تاريخ البشرية ، إذ لجأ الناس منذ البدء إلى الصلح في حل خلافاتهم ومنازعاتهم إلى جانب التحكيم قبل ظهور القضاء الرسمي¹ ، وتولي الدولة لمهمة فض المنازعات بين أفرادها . وتتمثل عملية التوفيق في اتفاق أطراف النزاع على تسوية نزاعهم عن طريق التوفيق واختيار الموفق الذي ستوكل إليه مهمة حسم النزاع ، كمرحلة أولى . ثم تتوالى بعد ذلك إجراءات التوفيق بواسطة الموفق المختار من الأطراف المتنازعة وفق تقديره الخاص ، متوخيا في ذلك مبادئ العدالة والحيدة والإنصاف ، وهي المرحلة الثانية في عملية التوفيق . وكما هو معلوم ، فإن دور الموفق يقتصر فقط على تقريب وجهات نظر أطراف النزاع، وإبداء وتقديم المقترحات لهم ، بما يكفل توصلهم إلى حلول مرضية لإنهاء نزاعهم . وقد يقوم الموفق ما لم يكن التوفيق مؤسسياً بتحديد مكان جلسات التوفيق ، ما لم يكن قد تم تحديده من قبل الأطراف في اتفاق هم طبعاً . ويتعين على أطراف النزاع خلال عملية التوفيق وإجراءاته تزويد الموفق وموافاته بالبيانات والوثائق والمستندات التي تؤيد طلبات كل منهم . المرحلة الثالثة والأخيرة في عملية التوفيق هي المرحلة المتمثلة في إنتهاء الموفق من مهمته، والتي لن تخرج عن إحدى حالات ثلاث، إما التوصل إلى اتفاق توفيق لتسوية النزاع؛ أو فشل الموفق في التوصل إلى حلول ترضي أطراف النزاع؛ أو قيام طرفا النزاع أو أحدهما بإبلاغ

¹ هاني محمد الباعوني ، مستشار قانوني ، مداخلة حول : الآليات و الوسائل البديلة لحسم منازعات العقود التجارية مقدمة لـ (ورشة العمل الوطنية الثانية لمناقشة مسودة التقرير الوطني الخاص بإنفاذ العقود التجارية ، و استرداد الديون في الجمهورية اليمنية) صنعاء ، فندق موفنبيك ، 20 ديسمبر 2009 ، ص 5

الموفق بعدم الرغبة بالاستمرار في إجراءات التوفيق . وعلى ذلك فإن التوفيق كطريق بديل لحل وتسوية المنازعات ، هو طريق ودي ، باعتباره وسيلة يستطيع الخصوم من خلالها بأنفسهم أو بمساعدة شخص من الغير ، الاجتماع والتشاور للوصول إلى حل منهي للنزاع يرضى عنه الطرفان . فهو اتفاق من الأطراف على محاولة إجراء تسوية ودية عن طريق الموفق أو الموفقين الذين يقع عليهم اختيار الأطراف ، ويتولى الموفق تحديد مواضع النزاع ، ويقدم مقترحاته التي قد تحظى بقبول الأطراف أو لا تلقى قبولا منهم ، فهو لا يصدر قرارات ، وإنما يقدم مقترحات يظل أمرها معلقاً على قبول الأطراف ، حيث أن الحل الذي يقدمه الموفق للأطراف لا يلزمهم ، فقد يوافقون عليه وقد لا يوافقون ، ويبحثون عن وسيلة بديلة لفض نزاعهم كالاتجاه إلى التحكيم أو إلى القضاء العادي (قضاء الدولة) ولا تؤثر عملية التوفيق الفاشلة على ما لهم من حقوق . بمعنى آخر فإن عمل من يقوم بالتوفيق بين الخصوم ، هو تقريب وجهات النظر بين الخصوم واقتراح الحلول المناسبة لهذا النزاع . الجدير بالذكر هنا ، أن كثيراً من المنظمات والمؤسسات ومراكز التحكيم تتولى وتنظم إجراءات التوفيق

و مما سبق نخلص الى ان التوفيق و تبعا لما جاء في تعريفه و مراحلته :

- فالتوفيق وسيلة ودية لتسوية النزاع يتفق عليه الاطراف و بذلك فما يقوم به الموفق لا يخضع لرقابة القضاء بصفة عامة.
- يتميز التوفيق بطابعه الاختياري كون أطراف النزاع هم من يختارون التوفيق كوسيلة لحل النزاع فإن التوفيق يعتمد أساسا على رضا الاطراف به كوسيلة لحل النزاع بينهم سواء أعبروا عن هذا الرضا بالقبول بالتوفيق او المشاركة في الجادة خلال مراحل التوفيق لذا لا يمكن ان يفرض على الاطراف انتهاج سبيل التوفيق لحل نزاعهم.

فالتوفيق ينشأ نتيجة لاتفاق الأطراف على تدخل شخص من الغير لتسوية النزاع، فعلى الرغم من تنظيم قواعد للتسوية الودية إلا أن سلوك هذا الطريق يعتمد على رغبة الأطراف في ولوجه وتجمع هذه الصفة كافة الوسائل الحديثة لتسوية المنازعات، فإن كان التوفيق يبدأ بطلب من احد الأطراف من عدمه، فإن التحكيم يجد مصدره في اتفاق الأطراف الذي يستمد منه المحكم سلطاته وتبدأ هذه الصفة الاختيارية بوضوح في الوقت الذي يمكن الاتفاق فيه إلى اللجوء إليها، فكما يكون الاتفاق سابقا على نشأة النزاع يجوز أن يكون تاليا له، ولو كانت قد أقيمت بشأنه دعوى قضائية أو تحكيمية، فبدأ إجراءات التوفيق إما يكون بناءً على مبادرة أحد

الطرفين بعد نشأة النزاع وإما امتثالاً لاتفاق متبادل بين الطرفين قبل نشأته¹ ، فالاتفاق على اللجوء إلى التوفيق قد يكون سابق على رفع الدعوى أو أثناء نظراً للنزاع.

قد يفضل البعض اللجوء إلى التوفيق كمرحلة ثانية أثناء نظر الدعوى لان في هذه المرحلة يصبح النزاع اكثر وضوحاً مما يسهل الوصول الى حل من خلال اللجوء للتوفيق كما يرى البعض ان اختيار التوفيق كطريق لحل النزاع قبل رفع الدعوى ما هو الى تضييع للوقت لأنه لا يوصل الى حل النزاع .

لكن يفضل دائماً ان يلجأ اطراف النزاع إلى التوفيق كأول طريق لحل النزاع ودياً لانه يحافظ على العلاقات بين الاطراف كما يختصر الوقت ، لانهم قد يتمكنوا من التوصل إلى حل مرضي لهم بأسرع وقت و بأقل التكاليف مقارنة بالطرق الاخرى لحل النزاع .

الفرع الثاني: الوساطة:

■ كأحد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات تأتي الوساطة ، باعتبارها أحد البدائل التي يمكن أن يلجأ إليها أطراف النزاع لحسم منازعاتهم، وهي وإن كانت تشبه إلى حد ما التوفيق، إلا أنها تختلف عنه في بعض الحالات، فالوسيط، يكون عادة شخصاً محايداً ويكون له دور أكثر إيجابية في حسم النزاع فهو لا يجمع الأطراف دائماً في لقاءات مشتركة كالموفق، ولكنه يعمل في الغالب متردداً بينهم منفرداً بكل طرف على حدة لمحاولة التوصل إلى صيغة مرضية لطرفي النزاع، محاولاً إقناع كل طرف بأن التسوية لصالحه . والوساطة ، على الرغم من أنها لا تنتهي بقرار ملزم إلا أنها تحظى بقبول من قبل كثير من أطراف المنازعات الذين يفضلون حسم منازعاتهم عبر الوسائل الودية ، فيقومون بقبول وسيط محايد على قدر كبير من الخبرة في مجال النزاع ، لحل الخلاف ربما رغبة منهم في استمرار العلاقة فيما بينهم لاحقاً ، خاصة في الحالات المتعلقة بنزاع تجاري .والحقيقة ، أن هناك ما يكفي من العوامل التي تشجع على حل الخلافات عبر هذه الوسيلة ، والتي منها السرعة وقلة التكاليف إلى جانب ما تتميز به الوساطة من شفافية وخلوها من تعقيدات الإجراءات والدعاوى والردود . والوساطة كغيرها من وسائل تسوية المنازعات لها أيضاً قواعدها الخاصة بها، فعلى اعتبار أن للوسيط دور محوري كبير وهام في إتمام عملية الوساطة، يكون من المهم بداية أن يتوافق السلوك المهني لهذا الوسيط المختار من

¹ د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية 1984، ص 488، د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الخامسة، 1988، ص 21.

الأطراف أو المعين من الغير (مركز تحكيم على سبيل المثال) مع قواعد سلوكيات المحكم، فليس لأي شخص القيام بدور الوسيط في أي نزاع الا اذا تحققت فيه بعض الشروط و التي منها:

- إذا كانت له أي مصلحة شخصية كانت أو مالية نتيجة لهذه الوساطة .
 - يفترض في الوسيط أن يكون شخصاً ذا مقدرة على الحوار والإقناع وله خبرة كافية في مجال النزاع.
 - أن يعمل على جمع المعلومات اللازمة عن النزاع والتفاوض مع الأطراف بشأنه .
- أن تكون لديه القدرة على تقريب وجهات نظر الأطراف ومساعدتهم على تفهم مواقف ووجهات نظر بعضهم البعض .

ولعل دور الوسيط ببساطة هو تشجيع الأطراف على تسوية المسائل موضع النزاع بينهما بأي طريقة يراها مناسبة دون أن يكون له ل أي سلطة لفرض تسوية على الطرفين . فإذا رأى الوسيط أن أي من مسائل النزاع بين الطرفين لا تحتل تسوية عن طريق الوساطة فله أن يقترح على الطرفين الإجراءات أو السبل التي يرحب أن تؤدي، على ضوء ظروف النزاع وأي علاقة عمل بين الطرفين، إلى تسوية تلك المسائل بأكبر قدر من الفاعلية وأقل قدر من التكاليف وبصورة خاصة، فللوسيط أن يقترح على سبيل المثال ، الأخذ بقرار خبير في أي مسألة من مسائل الخلاف ، أو أن يقدم كل طرف عرضاً أخيراً للتسوية ، فان استحالت التسوية عن طريق الوساطة ، يمكن اللجوء إلى ال تحكيم على أساس تلك العروض وبحيث تقتصر فيه مهمة المحكم على تحديد العرض المرجح لحل النزاع . أخيراً ، فإن عملية الوساطة قد تنتهي بتوقيع الطرفين على محضر بالتسوية يشمل كل المسائل موضع النزاع بينهما أو أي مسألة منها . أو قرار الوسيط بالإنهاء إذا كان من غير الممكن حسب تقديره أن تؤدي مواصلة الوساطة إلى تسوية النزاع . أو إنهاءها من قبل أحد الطرفين في أي وقت بعد بدء إجراءات الوساطة وقبل التوقيع على أي اتفاق بشأن تسوية النزاع.

تعتبر الوساطة من أهم الوسائل الودية البديلة التي يلجأ إليها اطراف النزاع لحل نزاعهم ، هي وسيلة اختيارية يتم اللجوء إليها برغبة الاطراف خلال أي مرحلة من مراحل النزاع ، فهي تقوم على ايجاد حل ودي للنزاع دون دخوله اروقة القضاء ، بمساعدة شخص محايد

يسمى الوسيط في إنجاز عملية الوساطة في حدود قدرته¹ اذا تعد الوساطة وسيلة جديدة من وسائل تسوية منازعات الاستثمار، فالوساطة هي عملية مرنة تتم بسرية ويقوم خلالها شخص محايد هو الوسيط بمساعدة الأطراف (في هذه الحالة المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار) بطريقة مرنة للوصول إلى تسوية لخلافهم أو نزاعهم، وتغلب على الوساطة صفة الرضائية فالأطراف يختارون تسوية نزاعهم عن طريق الوساطة، ويقوم الوسيط بمساعدة الأطراف للوصول إلى تسوية ودية للنزاع، إلا أن الأطراف هم الذين يقررون محتوى اتفاق التسوية. و الوساطة تعد وسيلة اختيارية لتسوية منازعات الاستثمار، و عادة ما يحتوى شرط تسوية المنازعات الوارد بالاتفاقيات الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار على أنه في حالة نشوء نزاع بين الطرفين يمتنع على المستثمر اللجوء إلى التحكيم إلا بعد انقضاء فترة معينة تسمى "فترة التهدئة" مما يفتح المجال للطرفين لمحاولة تسوية نزاعهما بطريقة ودية ومن بينها الوساطة، وقد تكون الإشارة إلى الوساطة صريحة أو ضمنية، على سبيل المثال فقد أشارت المادة العاشرة فقرة واحد من الاتفاق بين مصر وموريشيوس بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمار المبرم في 2014 إلى تسوية المنازعات "بقدر الإمكان عن طريق المشاورات أو المفاوضات أو الوساطة أو التوفيق". بينما بعض الصياغات الأخرى تنص على محاولة التسوية الودية للنزاع بدون ذكر صريح للوسائل، الأمر الذي قد يفهم منه الإشارة إلى الوساطة ضمنا ، ورغم سهولة الوساطة كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار فإن اللجوء إليها مازال محدود جدا فوفقا لإحصائية البنك الدولي فإن التوفيق وفقا لقواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (الإكسيد) تم في تسع قضايا فقط. ويرجع ذلك لقلة الدول التي لديها قوانين تنظم الوساطة بصفة ذلك إلى العديد من الصعوبات التي تواجه الوساطة منها.:

- قلة الدول التي لديها قوانين تنظم الوساطة بصفة ذلك إلى العديد من الصعوبات التي تواجه الوساطة منها : أولا عامة والوساطة في مجال تسوية منازعات الاستثمار بصفة خاصة، وكذلك قلة القواعد الدولية المنظمة للوساطة أو التوفيق في منازعات الاستثمار، فلا يوجد سوى قواعد نقابة المحامين الدولية المتعلقة بمنازعات المستثمر ICSID بالإكسيد الخاصة التوفيق وقواعد IBA Rules on

¹ أستاذ نهيي محمد ، ماجيستر قانون خاص تخصص قانون الاعمال ،كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، الطرق الودية لتسوية النزاعات في الميدان التجاري بالنسبة للتشريع الجزائري و التشريعات المقارنة. ص 8.

Investor State Mediation والدولة Rules Conciliation ، علما بأن

الوساطة والتوفيق مفاهيم متقاربة للغاية

- ثانياً:، قلة وعى المعنيين بالموضوع سواء من حيث وجوده أو اللجوء الفعلي له أو عملية الوساطة أو السمات الأساسية لنتيجة الوساطة. فتلك الوسيلة لم تختبر بشكل كاف و حتى في الحن نتیجتها نادرا
- ثالثاً:، قلة عدد الوسطاء المتخصصين في مجال تسويةً ما تعرف بسبب السرية التي تعد أحد شروطها. منازعات الاستثمار. والتغلب على الصعوبات التي تواجه الوساطة يكون برفع مستوى الوعي لدى المعنيين بتلك المسألة وزيادة ثقهم بالوساطة، ويمكن تحقيق ذلك بتضافر جهود الفقه و الممارسين، واستعداد الأطراف للمشاركة بتجربتهم دون الإخلال بسرية عملية الوساطة ، وهي وإن كانت تشبه إلى حد ما التوفيق، إلا أنها تختلف عنه في بعض الحالات، فالوسيط، يكون عادة شخصاً محايداً ويكون له دور أكثر إيجابية في حسم النزاع فهو لا يجمع الأطراف دائماً في لقاءت مشتركة كالموفق، ولكنه يعمل في الغالب متردداً بينهم منفرداً بكل طرف على حدة لمحاولة التوصل إلى صيغة مرضية لطرفي النزاع، محاولاً إقناع كل طرف بأن التسوية لصالحه¹
- كما يمكننا تعريف الوساطة بأنها: "عبارة عن عملية مفاوضات غير ملزمة يقوم بها طرف ثالث محايد يهدف إلى مساعدة أطراف النزاع للتوصل إلى حل النزاع القائم بينهم وذلك من خلال إتباع واستخدام فنون مستحدثة في الحوار لتقريب وجهات النظر وتقييم المراكز القانونية لطرفي النزاع تحت غطاء السرية"²³.
- و برغم أن الوساطة لا تنتهي بقرار ملزم إلا ان الكثير من اطراف المنازعات يفضلونها كطريق ودي يحل من خلاله النزاع القائم ، فيقبلون وسيط محايد يكون على قدر كبير من الخبرة في مجال النزاع الذي يتوسط فيه ، و هناك ما يكفي من العوامل التي تجهل الاطراف يفضلون الوساطة كونها سريعة و قليلة التكاليف كما تتسم بالشفافية و حلوها من اجراءات الدعاوي و الردود.

¹ هاني محمد الباعوني ، مستشار قانوني ، مداخلة حول : الآليات و الوسائل البديلة لحسم منازعات العقود التجارية ، المرجع السابق ، ص 6 .

² د.أنور محمد صدقي، المساعدة والدكتور بشير سعد زغول الوساطة في انهاء الخصومة الجنائية "دراسة تحليلية نقدية" مجلة الشريعة والقانون، العدد الأربعون، أكتوبر، 2009، ص 294 وما بعدها

و لكون دور الوسيط له أهمية في إتمام عملية الوساطة فيجب أن لا يكون له أي مصلحة شخصية أو مالية نتيجة هذه الوساطة.

و يفترض في الوسيط ان يتمتع بالقدرة على الحوا و الاقناع و الخبرة اللازمة في مجال النزاع، و أن يعمل على جمع معلومات حول النزاع و يتفاوض مع الاطراف بشأنه كما تكون له قدره على تقريب و جهات نظر أطراف النزاع للوصول الى تفهم كل طرف لموقف الطرف الاخر، كما يجب عليه المحافظة على قدر من السرية و عدم تسريب كل ما يتعلق بالنزاع ،و على أطراف الوساطة أن يقوموا بذكر شرط السرية في اتفاق الوساطة .

ليكون بذلك دور الوسيط هو تشجيع الاطراف على تسوية المسائل موضوع النزاع بأي طريق يراها هو مناسبة لحل النزاع مع عدم امتلاكه أي سلطة على اطراف النزاع لفرض تسوية بينهما .

فإذا رأى الوسيط أن أي من مسائل النزاع بين الطرفين لا تحتمل تسوية عن طريق الوساطة فله أن يقترح على الطرفين الإجراءات أو السبل التي يرحب أن تؤدي، على ضوء ظروف النزاع وأي علاقة عمل بين الطرفين، إلى تسوية تلك المسائل بأكبر قدر من الفاعلية وأقل قدر من التكاليف وبصورة خاصة، فللوسيط أن يقترح على سبيل المثال ، الأخذ بقرار خبير في أي مسألة من مسائل الخلاف ،أو أن يقدم كل طرف عروضاً أخيرة للتسوية¹ . و تنتهي عملية الوساطة إما بتوقيع الطرفين على محضر بالتسوية يشمل جميع المسائل موضوع النزاع بينهما ، او بقرار الوسيط بإنهاء الوساطة كونها حسب رأيه لن تؤدي مواصلة عملية الوساطة الى وصول لحل لنزاع بين أطرافه، و قد يقرر احد أطراف النزاع انهاء الوساطة في أي وقت بعد البدء في اجراءات الوساطة و قبل التوقيع على اتفاق التسوية.

الفرع الثالث: الصلح:

نظر للدور المهم و البارز للصلح في تسوية النزاعات و انائها فقد تعدد و اختلفت تعريفات و مفاهيم الصلح و قد اختلف التعريف القانوني للصلح من دولة لأخرى لكون جميع التشريعات قد اجازت للمتخاصمين انهاء نزاعهم عن طريق الصلح مما يخفف عليهم تكاليف و الوقت لحل هذا النزاع فيكون بذلك الصلح هو طريق اختياري ينتج عنه حل النهائي للنزاع .

¹ هاني محمد الباعوني ، مستشار قانوني ، مداخلة حول : الآليات و الوسائل البديلة لحسم منازعات العقود التجارية ، المرجع السابق ،ص7 .

يعرف :

الصلح لغة: هو إنهاء الخصومة فنقول صالحه وصالحا إذن صالحه وصافاه ونقول صالحه على الشيء أي سلك معه مسلك المسالمة في الاتفاق، و صلح الشيء إذا زال عنه الفساد¹.

الصلح فقها :

وعرفته الأستاذة ابتسام الفرام في مؤلفاتها "المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري بان الصلح (المصالحة) عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو محتملا وذلك من خلال التنازل المتبادل".

وقد عرف القانون الفرنسي عقد الصلح بأنه "عقد ينهي الفريقان فيه نزاع قائما أو محتمل الوقوع".

التشريع الجزائري: عرف المشرع الجزائري الصلح في المادة 459 من القانون المدني " الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه"².

أولاً: شروط الصلح

و لكون الصلح من العقود الرضائية الملزمة للجانبين فإنه أولاً يجب أن يتوفر على اركان العقد العمامة من الرضا و المحل و السبب كما يجب ان يتوفر على ثلاث شروط سنتناولها فيما يلي :

أ. **وجود نزاع قائم او محتمل :** أي ان يكون هنا النزاع جدي و ليس هزلي ، و ليس ضروريا أن يكون النزاع قائما بل يكفي أن يكون النزاع محتمل الوقوع بين الطرفين فيكون عقد الصلح لتوخي هذا النزاع .

ب. **نية حسم النزاع :** أي توفر نية حسم النزاع اذا كان موجودا أو توخيه إذا كان محتملا لدى الطرفين ، وقد يتم الصلح على بعض المسائل في النزاع و ليس كلها و هنا تكون نية الحسم على هذا الجزء فقط و يترك الباقي للقضاء للحسم فيه .

¹ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الخامس، المجلد الثاني، دار احياء التراث العربي، بيروت، ص 509.
² أنظر الأمر 58/75 المؤرخ 20 رمضان 1395 الموافق لـ 20 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم بالأمر 05/07، ج ر العدد 31، الصادرة بـ 13 ماي 2007 .

111. تنازل كل طرف على جزء من حقه: يكون هذا بنزول إرادة كل من المتصالحين علة وجه التبادل عن الحق في مواجهة الآخر ، فإذا تنازل طرف على كل ما يدعيه من حق لصالح الطرف الآخر لم يكن هذا صلحا بل تسليم بحق الخصم، كما أنه لا يشترط ان يكون التنازل متعادلا بين الطرفين فقد ينزل أحدهما عن جزء كبير من ادعائه ويتنازل الآخر عن بعض من ادعائه ، فيكون هذا صلحا .

و لقد كرس قانون المنافسة والممارسات التجارية شروطا للمصالحة حيث أنه لا يمكن أن تتحقق تسوية النزاع وديا بالمصالحة إلا إذا توفرت فيها شروط تتمثل في : ألا يكون مرتكب المخالفة في حالة العود، وأن لا تكون الغرامة المقررة قانونا للمخالفة تزيد عن ثلاثة ملايين دينار وأن تكون الجهة التي أبرمت المصالحة مختصة، حيث يختص المدير الولائي المكلف بالتجارة بإجراء المصالحة، إذا كانت المخالفة في حدود غرامة تقل أو تساوي مليون دينار، استنادا إلى المحضر المعد من طرف الموظفين المؤهلين.

ويكون الوزير المكلف بالتجارة مختصا بإجراء المصالحة إذا كانت المخالفة المسجلة في حدود غرامة تفوق مليون دينار، وتقل عن ثلاثة ملايين دينار أما إذا كانت المخالفة معاقبا عليها بغرامة تساوي ثلاثة ملايين دينار فقد سكت المشرع عما يملك الاختصاص بإجراء المصالحة مما يعد في رأينا فراغا قانونيا يجب سده.

ثانيا : تمييز الصلح عن غيره من النظم المشابهة.

إن الهدف من الصلح هو فض النزاع بصفة الودية ما يجعله يتقارب مع بعض الوسائل للتسوية النزاعات سنتطرق إلى تمييزه عن غيره من النظم المشابهة له بغرض رفع اللبس.

1. تمييز الصلح الوجوبي عن الصلح الاتفاقي (الودي): الصلح الوجوبي هو صلح قضائي يأمر به القاضي من تلقاء نفس كما نصت المادة 439 من قانون الاجراءات المدنية ، و لا يمكن للخصوم إستبعاده كونه مفروض من قانونا ، و يكون مصادق عليه من طرف المحكمة ، و يختلف الصلح القضائي عن الصلح الاتفاقي في :

• من حيث نطاقه الصلح غير القضائي لا يشمل إلا الاتفاقات التي يتنازل فيها كل طرف عن جزء من حقه والتي نص القانون على جوازه فيها، في حين أن الصلح القضائي

يشمل جميع الاتفاقات التي تحسم النزاع سواء تضمن الاتفاق تنازل متبادل عن الحقوق أو كان التنازل من طرف واحد ، و ذلك لكون الصلح مفروض قانونا .

- يشترط في الصلح القضائي و الاتفاقي أن تتوفر فيهما أهلية التصرف و ان تخلوا ارادتهما من العيوب التي تبطلها ، غير أنه لصحة الصلح القضائي يتوجب حضور الطرفين امام المحكمة و اقرارهما بالتصالح و توقيعهما على محضر التصالح ،مع تأشير و تصديق القاضي على هذا المحضر و في حالة رفض احد الاطراف التوقيع على المحضر أو عدم تصديق القاضي عليه فإنه يعتبر باطلا كونه صلحا قضائيا .
- يجب إبتات الصلح الغير قضائي بالكتابة ، في حين الصلح القضائي الكتابه ضرورية لصحته و إكتسابته الصفة القضائية.
- تختلف اثار التي تترتب عن كل صلح للاختلاف طبيعتهما فالصلح القضائي يعتبر من اعمال القضاء ، في حين ان الصلح الاتفاقي فهو عمل أطراف فقط .

II. **تمييز الصلح عن تحكيم:** يشترك كل من الصلح التحكيم في أن كل منهما يستند إلى الإيرادات الخاصة، كما يتفقا في أن كل منهما يؤدي إلى حسم النزاع فكل من الصلح والتحكيم يستند على عقد يبرمه أطراف النزاع، فأساس كل منهما تصرف قانوني، فعقد الصلح هو أساس العمل التصالحي وعقد التحكيم هو أساس حكم المحكم، ولذلك فإن كل من العمل التصالحي وحكم المحكم يتأثر بما يصيب العقد من عيوب، فبطلان عقد الصلح يؤدي على بطلان العمل التصالحي، و بطلان اتفاق التحكيم يؤدي إلى بطلان حكم المحكم وانعدامه ، في عملية الصلح يتنازل كلا الطرفين عن جزء أو كل الحق ، أما في التحكيم لا يشترط ذلك ، التحكيم يحترم مبدئ العقد شريعة المتعاقدين و يلزم هذا الاحترام الاطراف و حتى القضاء في حين ان الصلح مرن فهو يعتمد على نظام مبادئ العدالة .

بحسب المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الساري المفعول تنص في باب لاختصاص النوعي للمحاكم¹، على تشكيل ما استحدث من الأقطاب المتخصصة تتشكل من هيئة قضائية تختص بنظر المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، فان المنازعات المتعلقة

¹ المادة 32 من القانون 08- 09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية "...تختص الأقطاب المتخصصة المنعقدة في بعض المحاكم بالنظر دون سواها في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية ، والإفلاس والتسوية القضائية ، والمنازعات المتعلقة بالبنوك ، ومنازعات الملكية الفكرية ، والمنازعات البحرية والنقل الجوي، ومنازعات التأمينات ..."

بعقود الاستثمار بين الطرف الوطني سواء كان الحكومة أو إحدى مؤسساتها وبين المستثمر الأجنبي على الإقليم الوطني يؤول الاختصاص النوعي بنظرها إلى القطب المتخصص، استنادا إلى تحديد الاختصاص النوعي في نظر منازعات التجارة الدولية من جهة، ومن جهة أخرى استنادا إلى المصدر التشريعي الاستثماري الذي يحيل حل المنازعات في هذه الاستثمارات الأجنبية إلى اختصاص القضاء الوطني طبقا لما ورد في المادة 41 من قانون ترقية الاستثمار لسنة 1993. وكذا بعض الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين كل من الجزائر وإيطاليا أو فرنسا التي تنص على إمكانية عرض النزاع القائم بين إحدى الدول المتعاقدة ومواطني الدولة المتعاقدة الأخرى على القضاء الوطني للدولة التي يقوم الاستثمار على إقليمها وكذا الاتفاقية المبرمة الوكالة الوطنية للاستثمار وشركة "كهرماء" المشتركة الموقعة بالجزائر في: 2006/02/15 التي نصت في مادتها. 4/2 على أنه في حالة استمرار الخلاف بعد مرور شهرين من محاولة أو فشل التسوية الودية فان المحاكم الجزائرية تكون المختصة وتفصل فيه نهائيا. كما كانت أغلب تلك التشريعات الاستثمارية قد نصت في باب تسوية النزاعات بين الطرفين يكون ابتداء وخلال مدة ستة أشهر بالتراضي والروح الموضوعية والودية، فان صيغة التراضي تتجلى على إجراء المصالحة أو التوفيق وقد تكون تلقائيا قبل اللجوء إلى القضاء أو أثناء اللجوء إليه مادام أن مفهوم التراضي يعتبر من مشتقات الوسائل الودية كالمصالحة وغيرها قبل اللجوء إلى التحكيم أيضا أو يكون أثناء اللجوء إلى القضاء إذا ما تم اختياره من الطرفين في حل النزاع باقتراح من القضاء.

الفصل الثاني:

الوسائل القضائية

و

التحكيم

لتسوية المنازعات

الناشئة عن الاستثمار

الفصل الثاني: الوسائل القضائية والتحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن

الاستثمار

ان من بين اهم الضمانات الممنوحة للمستثمرين الاجانب هو توفير المناخ المناسب الذي يشعر المستثمر بالامان و الثقة, لذلك عملت التشريعات و من بينها المشرع الجزائري على توفير الحماية اللازمة لضمان حقوق المستثمرين في حالة النزاع و هو طريق القضاء و طريق التحكيم هذا الاخير الذي ارتاينا ضمه مع الوسائل القضائية لما لاهمية القضاء في تنفيذ احكام التحكيم التي سنتناولها تفصيلا لاحقا

المبحث الاول : الوسائل القضائية لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار

ان من بين اهم الوسائل الي تمنح للمستثمرين في حالة النزاع هو ضمانة اللجوء للقضاء سواء الداخلي منه او الدولي.

المطلب الاول: القضاء الداخلي في تسوية منازعات الاستثمار

يعتبر القضاء الوطني هو الجهة الأصلية المختصة بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، حيث أن تلك النزاعات سوف تنشأ داخل الدولة المضيفة للاستثمار وهو ما يعطي بالتالي قضائها اختصاصا أصليا للفصل في تلك المنازعات وذلك في ظل غياب النظم والتشريعات للوسائل الأخرى المتفق عليها. وفي هذا السياق تتضمن كثير من التشريعات المتعلقة بالاستثمار النص على اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات العالقة به أو التي قد تنشأ عن تنفيذ الاستثمارات الأجنبية داخل إقليم الدولة المضيفة

الفرع الاول: تنظيم الاختصاص في التشريع الداخلي و الدولي

يعتبر حق اللجوء للقضاء حقا دستوريا طبقا لنص المادة 140 من دستور 1996 و كذا نص المادة 3 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري وبالنظر الى المادتين 41 42 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري يؤكد تمسك الدولة الجزائرية بسيادتها الوطنية على اقليمها بتطبيق القانون الجزائري عن طريق جهاز

القضاء الداخلي على كل التزام كان احد اطرافه اجنبي وعلى كافة الالتزامات التي ينشئها المواطنين الجزائريون حتى و لو كانت خارج اقليم الجزائر: "يجوز أن يكلف بالحضور كل ج ازري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين" ¹

وقد احال قانون الاستثمار صراحة المنازعات الناشئة بين الدولة الجزائرية و المستثمر الاجنبي الى القضاء الجزائري صراحة وذلك وفق ما جاء في نص المادة 24 من القانون رقم (16-09) صراحة على الاختصاص الاصيل للقضاء الداخلي لمنازعات الاستثمار: "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية، يتسبب فيه المستثمر او يكون بسبب اجراء اتخذه الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية المختصة اقليميا، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية، تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص" ¹.

والملاحظ ان التشريع الجزائري لم ينص على اجراءات خاصة بشأن منازعات الاستثمار مما يحيل اجراءات منازعات الاستثمار الى قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري هذا في الاصل العام لكن المشرع وضع شروطا ليخرج الاختصاص من القضاء الداخلي وهي حسب المادة اعلاه:

- وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية، تتعلق بالمصالحة والتحكيم لتسوية منازعات الاستثمار الناشئة بين الدولة الجزائرية و بين المستثمر الاجنبي الحامل لجنسية الدولة الطرف في الاتفاقيات.
- وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص

¹ المادة 42 من القانون رقم، 08-09 المؤرخ في 25 فبراير، 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (الجريدة الرسمية، العدد، 21، المؤرخة في 23 أبريل، 2008، ص 8
¹ المادة 27 من القانون رقم 16-09 المؤرخ في 3 اوت، 2016، المتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية، العدد رقم 46 الصادرة بتاريخ 03 اوت 2016، ص 22.

فالعقد شريعة المتعاقدين فان اتفق الطرفان اثناء ابرام العقد او باتفاق لاحق على شرط التحكيم الخاص في حالة النزاع فان الاختصاص يخرج من اختصاص القضاء الداخلي.

اذا يمكننا ان نستخلص أن النزاعات تكون موضوع المحاكم الجزائرية المتخصصة مبدئياً إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الجزائر تقرر مبدأ التحكيم الدولي بدليل انضمامها إلى:

■ اتفاقية واشنطن التي بموجبها تم لإنشاء المركز الدولي لتسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمارات في 30 أكتوبر 1995.

■ اتفاقية الاتحاد المغاربي لإنشاء مركز مغاربي للتحكيم في 27 جوان 1994.

إذن بما أن الجزائر فرضت نفسها على المستوى الدولي بمشاركتها ومصادقتها على عدة اتفاقيات إقليمية ودولية ذات طابع رسمي فهي تعطي بذلك الارتياح للمستثمر الأجنبي وتحفزه من الناحية القانونية على استثمار أمواله في الجزائر في دون خوف في حالة وجود خلاف أو نزاع متعلق باستثمار

الفرع الثاني: موقف المستثمر الأجنبي من القضاء الوطني

إن اللجوء إلى القضاء الوطني في مجال الاستثمارات الأجنبية قد يعترضه العديد من المآخذ لاسيما من جانب المستثمر الأجنبي الذي يقابله بعدم الرضا وذلك بسبب الصعوبات التي قد يواجهها في اللجوء إليه وتوقعه أن موقف قضاء محاكم الدولة لا يكون حياديا بشكل كامل في مواجهة المستثمر الأجنبي كما أن المستثمر الأجنبي يتحجج دائما بجهله وعدم درايته وعلمه بالقوانين واجراءات التقاضي في الدولة المضيفة، فضلا عن بطء الإجراءات القضائية وذلك نتيجة لتراكم القضايا المعروضة على القاضي بالإضافة إلى تعدد درجات التقاضي، وهو لا يتناسب مع طبيعة منازعات الاستثمار التي تقضي السرعة في فصل النزاع.¹ كما أن محاكم الدولة المضيفة تفتقر إلى الخبرة اللازمة لحسم منازعات الاستثمارات الأجنبية

¹ قداري فاطمة الزهرة، ضمانات الاستثمار في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق و العلوم السياسية. قسم الحقوق. بسكرة، 2015-2016، ص89

التي تحتاج عادة إلى خبراء ذوي تقنيات عالية في هذا المجال خاصة في الدول النامية. وأياً كانت الأسباب التي يقدمها المستثمر الأجنبي لتبرير موقفه المعارض والمتردد تجاه القضاء الوطني كوسيلة لحسم المنازعات التي يكون فيها كطرف إلى جانب الدولة المضيفة له، فإن ذلك لا ينفي أن هناك عدة عوامل داخلية وخارجية ساهمت في تعزيز هذا الموقف السلبي

تجاه القضاء الوطني على الرغم من الأهمية التي كان يحتلها كوسيلة لحسم المنازعات¹

المطلب الثاني: القضاء الدولي في تسوية منازعات الاستثمار

يفضل المستثمر الأجنبي أن تسند مهمة الفصل في المنازعات التي قد تثور بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار إلى إحدى الوسائل القضائية الدولية، لما تتمتع به هذه من حيادية واستقلالية أكثر مما للوسائل الداخلية، وهو ما ذهب بمختلف الدول إلى العمل على جذب رأس المال لأجنبي، بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وفي سبيل ذلك سمحت باللجوء للوسائل الدولية لفض المنازعات الاستثمارية، لما تشييعه من ثقة واطمئنان لدى المستثمر الأجنبي، وهذا السماح أصبحت تتضمنه قوانين الاستثمار الوطنية وكذا عقود الاستثمار المبرمة بين الدول والمستثمرين والشركات الأجنبية.

وهذه الوسائل الدولية هي القضاء الدولي والاتفاقيات الدولية المتعلقة بتسوية هذا النوع من المنازعات.

الفرع الاول : القضاء الدولي

يتجلى هذا القضاء في محكمة العدل الدولية، ومحكمة التحكيم الدائمة ومحكمة الاستثمار العربية.

اولا محكمة العدل الدولية

بالرغم من ان النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية يجيز تشكيل لجنة من ثلاث قضاة لفحص أشكال معينة من القضايا، بيد أن المادة 34 منه تحدد اختصاصها في الفصل في المنازعات بين الدول فقط، ومن ثم لا يستطيع المستثمر الظهور بصفته الشخصية أمام اللجان القضائية المقترحة للبت في نزاعه ، لاعتبارات خارجة عن إراداته ، تتجلى في إمكانية قبول دولة

المستثمر تبني قضيته ، لذلك لا ينبغي اللجوء المباشر لهذه المحكمة لعدم ملاءمة أسلوبها وإجراءاتها لحسم قضايا الأفراد الاستثمارية.

ثانيا - محكمة التحكيم الدائمة

أنشأت محكمة التحكيم الدائمة بموجب اتفاقية التسوية السلمية للمنازعات الدولية، التي توصل إليها مؤتمر السلام الدولي الذي عقد بلاهاي في 29 يوليو 1899، وغايتها حل نزاعات الدول المسجلة بالطريقة الدبلوماسية وإن فشلت يتم اللجوء للتحكيم المنعقد داخلها. ومنذ عقد الخمسينات أصبحت المحكمة تنظر حتى في النزاعات القائمة بين الدول والشركات في دول أخرى، إذ أضحي من حق هذين الطرفين الإشارة في شرط التحكيم المضمن بعقد معاملة رابط بينهما الى إسناد الاختصاص لهذه المحكمة للبت فيما قد ينشب بينهما من نزاع بخصوصه، والهدف من التحكيم في هذا النوع من الاستثمارات هو حصول الشركات المتعاقدة على دعم دولها، بالضغط دبلوماسيا للوصول لما لها من حقوق، كما ولو أن النزاع قائم بين دولتين، وبهذا التغيير تم الرفع من عدد القضايا المعروضة لتصل الى حوالي 300 قضية استثمار منذ سنة 1950.

والملاحظ أن قرارات هذه المحكمة ملزمة، غير أنه لا توجد وسائل إنفاذ لقراراتها، بينما يتم إكساؤها بالصيغة التنفيذية حسب اتفاقية نيويورك لسنة 1958.

ثالثا: محكمة الاستثمار العربية

أنشئت محكمة الاستثمار العربية بموجب الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية سنة 1980، وتم وضع نظامها الأساسي من طرف الهيئة العربية للاستثمار سنة 1985، وتم تشكيلها بمقتضى قرار المجلس الاقتصادي عام 1991، وتتخذ من الأمانة العامة لجامعة الدول العربية بالقاهرة مقرا لها، وتتكون من خمسة قضاة أصليين على الأقل، وعدد من الاحتياطيين ينتمي كل واحد منهم الى جنسية عربية مختلفة، يختارهم المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع لجماعة الدول العربية من بين القانونيين العرب الذين ترشحهم دولهم ممن يتمتعون بالكفاءة العلمية المتميزة.

ومن بين صلاحيات هذه المحكمة، إمكانية نظر المنازعات التي قد تنشأ بين المؤسسة العربية للاستثمار وبين المستثمرين المؤمنين على استثماراتهم لديها.

ومن حيث طبيعتها القانونية، فهي تختص بصفقتها القضائية في المنازعات الاستثمارية الخاصة بتطبيق أحكام الاتفاقية، ومن جانب آخر تعمل كهيئة فتوى، على تقديم الآراء الاستشارية في المسائل القانونية الداخلة في اختصاصها.

وتعتبر أحكام هذه المحكمة نهائية وغير قابلة للطعن، وتنفذ في الدول الأعضاء في الاتفاقية، مثل ما يعمل به بالنسبة لتنفيذ أحكام محاكمها الوطنية، واللافت للنظر هو أن المستثمر العربي يستطيع اللجوء المباشر إلى هذه المحكمة بصفته الشخصية في المنازعات التي تنشأ بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار، وهي إمكانية تمنح للمستثمر الثقة لاستثمار أمواله في العالم العربي، سواء كان مستثمرا خاصا أو دولة أو إحدى مؤسساتها، وبصرف النظر عن جنسيته، أي أنه يجوز للمحكمة نظر حتى المنازعات التي تقوم بين مستثمر أجنبي ودولة عربية، أو تلك التي تثار بين مستثمر عربي ودولة أجنبية.

ومادامت أحكام هذه المحكمة نافذة مثل الأحكام الوطنية، فإن دور القاضي الوطني يبقى قاصرا في تطبيقها وإنفاذها، اللهم إلا ما يتعلق بممارسة إجراءات التنفيذ الجبري والإجراءات التحفظية السارية على كل الأحكام القابلة للتنفيذ.

الفرع الثاني : الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار

نظرا لعدم الإقبال على القضاء الدولي لفض منازعات الاستثمار، سعى البنك الدولي للتنمية والإعمار إلى إنشاء اتفاقية دولية متعددة الأطراف بتاريخ 18 مارس 1965، أحدثت مركزا دوليا لتسوية منازعات الاستثمار عن طريق التوفيق والتحكيم. وعلى المستوى العربي، أبرمت الدول العربية بتاريخ 10 يونيو 1974 اتفاقية " تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني الدول العربية الأخرى " وهذه الاتفاقية نشأ عنها مجلس عربي لتسوية المنازعات الاستثمارية. وعليه سأعرض لدراسة الهيئتين المذكورتين كل على حدة:

أولا: المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (اتفاقية واشنطن المؤرخة في 18 مارس 1965)

دخلت اتفاقية واشنطن حيز التنفيذ بتاريخ 14 أكتوبر 1966 بعد أن صادقت عليها عشرون دولة، والملاحظ أن أولى الدول المتعاقدة كانت في غالبيتها دولاً في طور النمو من بينها دول أفريقية كالجائر.

ثم تلتها وثيرة الانضمام إلى الاتفاقية مع مرور السنوات، بحيث ارتفع عدد الدول الأعضاء إلى 135 دولة سنة 2002، وانضمت إليها 17 دولة أخرى قامت بالتوقيع على الاتفاقية ومازالت لم تصادق عليها بعد إلى حينه.

والملاحظ أن المركز بت في أول نزاع عرض عليه سنة 1974، ثم تغيرت الأمور بشكل ملحوظ، وبالضبط منذ تسعينات القرن الماضي، حيث لوحظ تزايد كبير في عدد القضايا المعروضة على المركز، بحيث يلاحظ حالياً أنه يحال عليه ملف جديد في كل شهر. والملاحظ أنه لا تطبق اتفاقية واشنطن إلا في النزاعات التي تجمع دولة منظمة للاتفاقية بأحد رعايا دولة أخرى منظمة بدورها للاتفاقية المذكورة، ويبقى المشكل مطروحاً بالنسبة للنزاعات التي لا تتوفر فيها شرط الانضمام للاتفاقية في الدولة المتلقية للاستثمار أو في الدولة التي ينتمي إليها المستثمر.

أمام هذا الواقع، فقد تم إحداث آلية جديدة في سنة 1978 قصد تقديم وسائل تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات في الحالة التي تكون فيها الدولة المتلقية للاستثمار أو الدولة التي ينتمي إليها المستثمر وحدها دون الأخرى، قد أنظمت إلى الاتفاقية.

وتوفر اتفاقية واشنطن مزايا عديدة مقارنة مع التحكيم الخاص، لأنها تمكن من إجراء التحكيم عن طريق جهاز منظم يطبق قواعد إجرائية محددة للفصل في النزاعات، كما أنها تضمن، من جهة أخرى، تسيير المسطرة والاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه.

كما يضمن تحكيم المركز عدداً من المزايا سواء بالنسبة للمستثمر أم بالنسبة للدولة المتلقية للاستثمار، بحيث يمكن لأي من الطرفين أن يحيل النزاع على المركز، ويشير تقرير مديري البنك الدولي المرفق بالاتفاقية إلى توازن المصالح بما نصه: "إذا كان الغرض الأساسي من الاتفاقية هو تشجيع الاستثمارات الدولية الخاصة، فإن مقتضيات الاتفاقية تصب في اتجاه المحافظة على التوازن بين مصالح المستثمرين والدول المتلقية للاستثمار، فضلاً عن أن الاتفاقية تبيح لكل من المستثمر ودولة الاستثمار أن يفتتح مسطرة التحكيم على حد سواء" وتظهر المزايا بالنسبة للمستثمر في تمكينه من اللجوء إلى منتدى دولي فعال في حالة نشوب أي نزاع بينه وبين الدولة المتعاقدة معها.

أما فيما يخص الدولة المتلقية للاستثمار، فإن فتح باب اللجوء إلى المركز يزيد من إمكانية ستقطاب الاستثمارات الدولية، من جهة، ويحمي الدولة المعنية من باقي وسائل تسوية النزاعات الدولية ومن الحماية الدبلوماسية التي توفرها دولة المستثمر المتعاقد معه لهذا الأخير، من جهة ثانية.

وتعتمد اتفاقية واشنطن على كل من التحكيم والتوفيق من أجل تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات.

ثانيا - المجلس العربي لتسوية منازعات الاستثمار

أبرمت سنة 1974 في إطار مجلس الوحدة الاقتصادية العربية اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني الدول الأخرى، تمخضت عن ميلاد المجلس العربي لتسوية منازعات الاستثمار، التي تنشأ بين دولة متعاقدة، ومستثمر يحمل جنسية دولة متعاقدة أخرى، وذلك عن طريق التوفيق أولاً ثم التحكيم. والملاحظ أن هذه الاتفاقية تشبه في قواعدها ومضمونها اتفاقية واشنطن، غير أن هدفها يقتصر على جذب مستثمري الدول الأعضاء في مجلس الوحدة الاقتصادية العربية. ويتطلب اللجوء لهذا المجلس رضى الأطراف، ولا يترتب عن مصادقة الدولة على الاتفاقية، إلزامها بضرورة تسوية منازعاتها الاستثمارية أمامه، بل لابد من موافقة الدولة والمستثمر. ولولوج المجلس يلزم تقديم طلب من أحد أطراف النزاع لأمينه، ويبلغ الطلب للطرف الآخر للحصول على موافقته على عرض النزاع أمام هذه الجهة، ثم تشكل لجنة للتوفيق خلال 45 يوماً من تاريخ تسجيل الطلب، على أن يكون عددها فردياً، وإن تعذر قيامها بالمطلوب، تشكل هيئة للتحكيم داخل أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الطلب. اتفاق التحكيم، أو بتوا في أمر لم يتفق عليه، وأن لا تكون هناك مخالفة في تشكل هيئة التحكيم، أو مخالفة إجراءاته للقانون أو الاتفاق، وأن لا يكون حكم التحكيم غير نهائي. وفي غير الحالات المذكورة الواردة باتفاقية نيويورك، فإنه يجوز لقضاء الدولة بسط رقابته على المقررات التحكيمية الأجنبية، في حالتين وهما إن كان قانون الدولة لا يجيز حسم النزاع عن طريق التحكيم في مسألة معينة، وثانيهما إن خالف الحكم التحكيمي النظام العام الوطني. من خلال هذا العرض المختصر يتبين الدور المحوري الذي يضطلع له القضاء الوطني في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في مجال منازعات الاستثمار، خاصة ما يتعلق برقابته على

الأحكام التحكيمية الصادرة في هذا الميدان ودعم إنفاذها، وفي ذلك فهو يمارس مهامه بكل مسؤولية واقتدار.

المبحث الثاني : التحكيم كوسيلة لفض النزاعات الناشئة عن الاستثمار

إن التحكيم وسيلة قديمة لحل منازعات بين الأفراد وهو مسألة معترف بها سواء على مستوى قانون الدولي العام أو القانون الدولي خاص او قواعد القانون الوطني. وكقاعدة عامة فإن يجوز للأطراف المشاركة اللجوء إلى التحكيم سواء كان المتنازعان أفراد طبيعية أو هيئات معنوية.

ويجب أن نشير إلى أنّ التحكيم وسيلة قضائية بمعنى أنه ليس لأي طرف أن يسير طرفاً آخر إلى اللجوء إلى التحكيم ويتم الاتفاق بين الأطراف سواء فصل نشوء المنازعة أو بعد نشوئها كأن ينص في بنود العقد أو الاتفاقية أنه في حالة وقوع منازعة فإنها تحل بواسطة التحكيم

وطالما حصل الاتفاق المسبق أو المعاصر لوقوع المنازعة فإنّ التحكيم يصبح ملزماً للطرفين. والواقع أنّ اللجوء إلى التحكيم وسيلة كل المنازعات العلاقة التجارية الدولية.

المطلب الأول: ماهية التحكيم التجاري الدولي:

لقد أصبح اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في الوقت الحاضر الوسيلة أو الطريقة الشائعة لفض المنازعات، حيث انشأت فيها هيئات ومراكز عديدة للتحكيم على الصعيدين الوطني والدولي.

وقد ساهمت المنظمات الدولية والمؤسسات المعنية بالتحكيم بوضع قواعد خاصة بالإجراءات التي تتبع في سير عملية التحكيم، كما أصدرت دول عديدة قوانين حديثة تعالج مسائل التحكيم الدولي، بعد ان كانت قوانينها، تقتصر على معالجة قضايا التحكيم الداخلي¹. والذي تبلورت قواعده وإجراءاته بشكل نسبيا كما يلاحظ في الوقت الحالي، لذا سنحاول في المطلب الأول تعريف التحكيم التجاري الدولي وفي المطلب الثاني الاساس القانوني للتحكيم التجاري الدولي.

الفرع الأول: مفهوم التحكيم التجاري الدولي واسباسه القانوني:

اولا: تعريف التحكيم التجاري الدولي

من حيث المبدأ لا يجوز للشخص أن يقتضي حقه بنفسه بل يتوجب عليه التوجه إلى القضاء واستثناء على هذا المبدأ يعترف المشرع ايضا بالتحكيم كوسيلة بديلة كل النزاعات أي أنه يمكن القول بأنه إلى جانب العدالة العامة *public justice* يوجد عدالة خاصة *justice*.

ويقصد بالتحكيم هو اختيار المتنازعين لقاضيهم

لقد تعددت تعاريف التحكيم التجاري الدولي:

1. : التعريف اللغوي:

1. التحكيم في اللغة العربية: فهو مشتق من (حَكَمَ) بالأمر حُكماً: أي قضى، يقال: حكم له، وحكم عليه، وحكم بينهم ، وَحَكَمَ فلاناً : منعه عما يريد وردّه، و(حَكَمَ) فلاناً في الشيء والأمر : جعله حكماً² ، قال تعالى : "قُلْ أَرَأَيْتُمْ إِنْ كُنْتُمْ تُحِبُّونَ اللَّهَ فَاتَّبِعُوا أَمْرَهُ وَطُوبَىٰ لِلَّذِينَ يُحِزُّونَ بَيْنَ يَدَيْهِمْ شُرَكَاءَ لَهُمْ سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ" وقال تعالى: "أَفَعَبَّرَ اللَّهُ أَلْبَنِي" و(احتكَمَ) الخصمان إلى الحاكم: رفعا خصومتها إليه، و(تحاكَمَا) : احتكما و(تَحَكَّم) في الأمر: احتكم، و(الحَكَمُ): من أسماء الله تعالى، و(الحَكَمُ) الحاكم، قال تعالى: "أَفَعَبَّرَ اللَّهُ أَلْبَنِي"

¹ - أنظر، د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 6.

² ابن منظور، لسان العرب المحيط، المجلد الأول، بيروت، دار لسان العرب، دون تاريخ نشر، ص 688-689 . المعجم الوسيط، أخرجه إبراهيم مصطفى وآخرون، ج1، القاهرة، مطبعة مصر، 1960، ص189

حَكَمًا... "، (الحَكْمُ) من يُختار للفصل بين المتنازعين، قال تعالى: "وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا...".

2. أما في اللغة الفرنسية: فان كلمة التحكيم (Arbitrage) هي من فعل حكم

(Arbitrer) وهي من الأصل اللاتيني مشتقة من كلمة (Arbitrare) وتعني التدخل، والحكم بصفته حكم والتحكيم في خلاف، أو نزاع والفصل فيه ومن ثم فانه يعني تسوية الخلاف، أو الحكم التحكيمي صادر من شخص، أو أكثر الذي قرر أطراف النزاع اللجوء اليه لحسمه⁽³⁾.

II. ثانيا: التعريف الاصطلاحي والفهمي:

فالتحكيم هو نظام العدالة الخاص، وبفضله بأخذ اختصاص حل النزاعات من قضاء الدولة ويوكل إلى اشخاص معروفين بحيادهم واستقلالهم ونزاهتهم.

يعرف البعض التحكيم بأنه: "النظام الذي بمقتضاه يخول أطراف النزاع مهمة الفصل فيه إلى محكمين يعينونهم بمحض مشيئتهم"¹

كما يعرف التحكيم بأنه الطريقة التي تختارها الاطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع، والبحث فيه أمام شخص أو أكثر يطلق عليهم اسم "المحكم أو المحكمين" دون اللجوء إلى القضاء².

كما يعرف التحكيم بأنه أحد وسائل حل نزاعات التجارة الدولية الودية، التي تقوم على اتفاق ما بين فريقين أو أكثر على تسوية منازعاتهم بالإحالة إلى التحكيم، كما يقصد به اتفاق أطراف العقود التجارية على إحالة النزاع إلى شخص واحد أو عدد من الأشخاص ليقوموا بإيجاد حل لهذا النزاع، يلزم أطرافه جميعا ويمكن اعتباره اتفاق، أي عقد ما بين فريقين أو أكثر

¹ - راجع، د. حسن المصري التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، 2006، ص 03.

² - انظر: د. فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 13.

على حل منازعاتهم التجارية خلال مدة معينة يحدونها سلفاً ومن خلال إجراءات يختارونها وقانون يرتضون تطبيقه حتى يصدر حكماً يلتزمون به

كما أن تعريف التحكيم في الاصطلاح الفقهي فهو توليه الخصمين حاكماً يحكم بينهما وقد يصار إلى التحكيم لفض نزاع معين أو لفض جميع المنازعات الناشئة عن العقد وهذا ما نصت عليه المادة 251 من قانون المرافقات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين، وعلى هذا الأساس فقد يرد في عقد معين شرط يصار موجه إلى التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ مستقبلاً أو لفض نزاع قد يحدث في قضية معينة شرط يصار بموجه إلى فض النزاع الذي يتعلق بتحديد نوع البضاعة إلى التحكيم ففي هذه الحالة يقال أن هناك شرطاً للتحكيم clause compromissaire المذكور في العقد.

ولقد عرف الأستاذ Jean Robert التحكيم بأنه: "يقصد بالتحكيم تحقيق العدالة

الخاصة، وهي إليه وفقاً لما يتم سلب المنازعات من الخضوع لولاية القضاء العام لكي يتم الفصل فيها بواسطة أفراد عهد إليهم بهذه المهمة في واقعة الحال¹.

III. ثالثاً: التعريف القانوني

تعريفه وفق القانون الفرنسي:

تعرف المادة 492 من قانون المرافعات المدنية الجدية الفرنسي التحكيم التجاري الدولي بأنه: "يكون التحكيم التجاري دولياً عندما يكون موضوعه ذا علاقة بمصالح التجارة الدولية². كما عالج المشرع اللبناني موضوع التحكيم كغيره من التشريعات المقارنة وجاءت أحكامه في قانون أصول المحاكمات المدنية لعام 1983 متبنياً الكثير من نصوص التحكيم الدولي الفرنسي وقليلاً من نصوص التحكيم الداخلي الفرنسي وأفراد له باباً وجاءت مواده من المواد 762 إلى 821 من القانون المذكور ولكنه لم يعرفه كغيره من بعض التشريعات المقارنة وميز

¹ أ.د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق 2004، ص 42.

² أ. د، طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، طبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1429هـ - 2008م، ص

بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، أما المشرع الإيراني تناول موضوع التحكيم في قانون أصول المحاكمات المدنية الصادر عام 1950 وجاءت مواده من المادة 632 إلى المادة 680 وصادر بتاريخ 1997/09/07 قانون التحكيم التجاري الدولي مقتبسا معظم احكامه من القانون النموذجي الذي أعدته الامم المتحدة لعام 1985 والمعروف بـ *uncitral* وقد جاء تعريف التحكيم في الفقرة (أ) من الفصل الاول من القانون الجديد لعام 1997 حيث نصت على أن التحكيم "هو عبارة عن حل النزاع بين المتنازعين خارج نطاق المحكمة وذلك بواسطة شخص أو اشخاص طبيعيين أو معنويين على أن يتم اختيارهم بالتراضي أو بالتعيين"¹.

كما نجد أن القانون المصري رقم 27 سنة 1994 على الرغم أنه استوحى من القانون النموذجي للتحكيم حيث نجد أنه تعرض لتحديد المقصود بالتحكيم حيث نصت المادة الرابعة الفقرة الاولى من قانون التحكيم المصري على أنه "يتصرف لفظ التحكيم إلى حكم هذا القانون على التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين مؤسسة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك

كما أن المشرع الجزائري لم يعطي تعريف دقيق وواضح من طرف المشرع الجزائري رغم أنه تناول مختلف أحكام التحكيم التجاري الدولي من خلال المواد المدرجة ضمن المرسوم التشريعي 93-09

ولا حتى في القانون الجديد 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية² الذي نظم في المشرع الجزائري التحكيم بنوعيه الداخلي والدولي. وقد عرفته المادة 458 من قانون الإجراءات المدنية للتحكيم الدولي بأنه يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يختص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية، والذي يكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج فيكون إذن معيار التحكيم الدولي هو مقر أو موطن المحكم الذي يكون في الخارج.

¹ - أنظر، د. علاء آباريان، المرجع السابق، ص 24-25.

² - القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة الرسمية العدد 21 سنة 2008.

ثانيا: الأساس القانوني للتحكيم التجاري الدولي

سنتناول هذا في مختلف الاتفاقيات الدولية والإقليمية والتشريعات الوطنية التي عالجت موضوع التحكيم التجاري الدولي وهذا ما سوف نوضحه في الآتي:

1. : اساسه في الاتفاقيات الدولية المتصلة بالتحكيم التجاري الدولي:

1. : اتفاقية نيويورك عام 1958

وهي الاتفاقية الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الاجنبية والتي أقرها مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم الدولي المنعقد في نيويورك في الفترة 20 مايو - 10 يونيو عام 1958 وهي تنص على تطبيق الاتفاقية للاعتراف وتنفيذ

2. : اتفاقية واشنطن عام 1972

وهي اتفاقية دولية خاصة بتسوية النزاعات الناشئة من الاستثمارية الدول ورعايا الدول الأخرى والموقعة في واشنطن في 11-02-1972 التي أقرت فيها التحكيم التجاري الدولي والتي نصت في مادتها الاولى بالباب الأول "يتم إنشاء المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار والتحكيم لفض المنازعات الخاصة بالاستثمار بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول المتعاقدة ورعايا الدول المتعاقدة الاخرى طبقا لأحكام هذه الاتفاقية"

3. : قواعد التحكيم الخاص بلجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونسترال

1976

وقد أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 15-12-1976 وهو المعمول به في مركز القاهرة الإقليمي التحكيم الدولي وهو أيضا مقر مؤقت للمركز العرب للتحكيم التجاري وقد نصت المادة الاولى من اليوستترال uncestral على ما يتفق الطرفان عقد ما كتابة على أن تحال المنازعات التي تتعلق بذلك العقد إلى التحكيم وفقا لقواعد اليوسنترال للتحكيم، فإن للتحكيم، فإن تلك المنازعات ستسوي وفقا لهذه القواعد مع مراعات تعديلات التي قد يتفق الطرفان عليها كتابة نحكم هذه القواعد التحكيم، إلا إذا كان اي منها يتعارض مع النص في القانون الواجب التطبيق على التحكيم والذي لا يمكن للطرفين مخالفته، فعندئذ يغلب النص.

4. : القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي عام 1985 (1985/06/30)

ترجع نشأة القانون النموذجي إلى طلب اللجنة الاستشارية القانونية الإفريقية الآسيوية عام 1977 للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي "اليوستترال" إلى إعادة النظر في القواعد اتفاقية نيويورك لعام 1958 وقد اقترحت اللجنة المذكورة تعديل اتفاقية نيويورك بحيث تتناول مسائل إضافية مثل الرقابة القضائية على سير العدالة ومحاكمة العادلة وحصانات الدولة وبعد أن بدأت السكرتارية لجنة الأمم المتحدة القانون التجاري الدولي "اليوستترال" دراسة الموضوع وجدت أن الأمر يحتاج إلى وضع قانون نموذجي شامل للتحكيم التجاري الدولي.

الأهداف التي تبناها القانون النموذجي تتلخص في:

- 1- قيام التحكيم التجاري على مبدأ سلطان الإدارة والحد من دور المحاكم
- 2- وضع قواعد إلزامية تكفي العدالة وضمانات الدفاع
- 3- وضع إطار الإدارة التحكيم التجاري بحيث يكون من الممكن استكمال التحكيم حتى إذا لم تستطيع الأطراف الاتفاق على المسائل الإجرائية حتى لا تستطيع أي طرف عرقلة الإجراءات.
- 4- وضع بعض القواعد الإضافية التي تساعد على تنفيذ أحكام التحكيم
- 5 أساسه في الاتفاقيات الإقليمية والتشريعات الوطنية:

بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية نجد أيضا اتفاقيات اقليمية أقرت بالتحكيم منها حيث أنه هناك اتفاقيات عديدة عقدت على المستوى الإقليمي منها ما تم بين دول أمريكا اللاتينية ومنها ما تم بين الدول الأوروبية والخاصة بالقانون الموحد للتحكيم، والتي أعدها المجلس الاوربي عام 1966 كذلك هناك اتفاقية موسكو لعام 1972 الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن علاقة التعاون الاقتصادي المتبادل "comicon"

أما بالنسبة لوطن العربي هناك اتفاقيات عديدة نصت على اتخاذ التحكيم وسيلة لحل الخلافات التي تنشأ بين الدول المتعاقدة أو بين مواطن تلك الدول.

1. : اتفاقية موسكو لعام 1972

عقدت في 26 مارس 1972 بين دول مجلس التعاضد الاقتصادي المتبادل واصبحت نافذة وسارية المفعول منذ 03 آب 1973، وتختلف هذه الاتفاقية عن الاتفاقيات الدولية التي سبق ذكرها فهي لا تعالج مسائل الاتفاق الخاص بالتحكيم أو صحته أو تنفيذ حكم التحكيم وإنما تقرر تحكيما إجباريا لجميع المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن العلاقات الخاصة بالتعاون

بين الدول الأعضاء في الكوميكون⁽¹⁾، وعليه يجب عرض جميع هذه المنازعات على التحكيم وعدم اللجوء إلى المحاكم بمعنى أساس التحكيم هنا ليس الاتفاق أو الشرط في العقد وغنما نصوص الاتفاقية، وقد وضعت عام 1974 قواعد موحدة لإجراءات التحكيم في جميع هيئات التحكيم في بلدان مجلس التعاضد الاقتصادي.

علما أن هذه الشروط قد تم تعديلها عدة مرات وآخرها كان قبل اللجنة التنفيذية للمجلس في 18 كانون الثاني عام 1979 كما نصت المادة "03" من هذه الشروط على أن جميع الخلافات التي تنشأ عن الاتفاق يجب عرضها على هيئة التحكيم في غرفة تجارة بلد المدعى عليه، أو في بلد ثالث مشارك في الاتفاقية الخاصة بحسم النزاعات بالتحكيم في قضايا القانون المدني التي تنشأ عن العلاقات الاقتصادية والعلمية والتعاون في 26 مارس 1972 (اتفاقية موسكو) ويبدو أن عدد القضايا التي تحال سنويا لتسويتها بطرق التحكيم تزيد على 200 قضية.⁽¹⁾

2. : اتفاقية تنفيذ الأحكام لجامعة الدول العربية لعام 1952 لقد وافق على هذه الاتفاقية مجلس الجامعة العربية في دورته السادسة عشر بتاريخ 14 أيلول 1952 وتجد الإشارة إلى أن هذه الاتفاقية تنسم بطابعه الإقليمي ولا مجال لدولة غير عربية للانضمام إليها ومن أهم الأحكام التي جاءت بها هذه الاتفاقية. تعالج هذه الاتفاقية مسألة تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في إحدى الدول العربية كما تعالج أحكام التحكيم الصادرة في إحدى الدول العربية ويراد تنفيذها في دولة عربية أخرى من الدول المنظمة إلى الاتفاقية . وأخيرا نلاحظ أن هذه الاتفاقية في تنفيذ الأحكام التي وضعتها عام 1952 فيها تشابه كبير مع نصوص اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.
3. : الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام 1980

¹ - الكوميكون: هي كلمة مختصرة شائعة في اللغة الانجليزية ويسمى بالفرنسية

conseil d'assistance économique mutuel

² د. فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 70 - 74

لقد تم التوقيع على هذه الاتفاقية في عمان بتاريخ 27 تشرين الثاني عام 1980 وأصبحت نافذة المفعول منذ السابع من أيلول 1981 وانضمت إليها جميع الدول عدا مصر وعمان والجزائر، وقد نصت في المادة 25 من الاتفاقية حيث بينت ثلاث طرق لحسم النزاع من قبل الأطراف وهي " تتم تسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق هذه الاتفاقية عن طريق التوفيق أو التحكيم أو اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية ".

4. : اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام 1983

لقد تم التوقيع عليها من قبل 21 دولة عربية وأصبحت نافذة المفعول في 1985 وتعتبر هذه الاتفاقية أحدث اتفاقية في نطاق جامعة الدول العربية، كما تعالج بشكل رئيسي الأمور المتعلقة بالأحكام والإنابة القضائية والمساعدة وإعلان الوثائق القضائية وغير القضائية وتبليغها وتسليم المتهمين والمحكومين ومنها أمور أخرى تتعلق بالقضايا المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والجزائية كما أفردت في مادتها 37 الأمور التي تتعلق بأحكام التحكيم وأطلقت على ذلك مصطلح أحكام المحكمين

5. : الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987

انعقدت في عمان في 14/11/1987 وهي أول اتفاقية عربية تعني بشؤون التحكيم التجاري وتتص على إنشاء مركز للتحكيم على صعيد الوطن العربي كما أنها جاءت لشعور الدول العربية المتزايد بضرورة قبول التحكيم كوسيلة فعالة لفض المنازعات التجارية، وقد جاء في المادة الثانية للاتفاقية أن نطاق تطبيقها يقع فقط على المنازعات التجارية الدولية وفي المادة الثالثة كيفية اللجوء إلى التحكيم الفقرة الأولى نصت على أنه " يتم الخضوع للتحكيم بإحدى طريقتين: الأولى بإدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بين ذوي العلاقة، والثانية باتفاق لاحق على نشوء النزاع " وهي ما يشترط أو يعبر عنها التحكيم

II. : أساسه في التشريعات الوطنية:

لقد عني كلا من القانون الفرنسي والمصري بوضع قواعد خاصة بالتحكيم التجاري

الدولي، إلى جانب القواعد الخاصة بالتحكيم الوطني البحث.¹

¹ فضلا على قواعد التحكيم الفرنسية الوطني البحث المقررة في قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر في 12 مايو 1980

عالج المشرع الفرنسي التحكيم التجاري الدولي في المرسوم الصادر في 12 مايو 1981 وفي مصر عالج القانون رقم 27

لسنة 1994 التحكيم التجاري الدولي إلى جانب التحكيم الوطني البحث تجاريا كان أو مدنيا وذلك فضلا على إبقاء المشرع¹¹

في القانون الفرنسي:

لقد عالجت الفصول الأولى من الكتاب من قانون المرافعات الفرنسي الجديد لعام 1980 التحكيم الداخلي L'arbitrage interne ونظمت بصفة خاصة تنفيذ أحكام فرنسية Sentences françaises، أما بالنسبة للفصل السادس المضاف بمرسوم عام 1981 قد عالج الاعتراف بأحكام التحكيم غير الفرنسية Sentences non françaises وتنفيذها في فرنسا ويقصد بأحكام التحكيم غير الفرنسية طائفتان من الأحكام هما أحكام التحكيم الصادرة في نطاق التحكيم الدولي arbitrage international أيا كان المكان الذي جرت فيه إجراءات التحكيم وأحكام التحكيم الصادرة في خارج فرنسا a l'étranger سواء صدرت في نطاق التحكيم الدولي المذكور أو صدرت وفقا لقانون أجنبي un droit étranger .

في القانون المصري:

نصت المادة 55 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنه تجوز أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمراعات الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون. ويقصد بأحكام التحكيم المنصوص عليها في هذه المادة التحكيم الوطني تجاريا كان أو مدنيا، كما يقصد بها أحكام التحكيم التجاري الدولي الصادر طبقا للقانون المذكور وهو ما يعني اعتراف المشرع المصري بهذه الطائفة الأخيرة من الأحكام وأجازته تنفيذها في مصر طبقا للشروط المقررة في هذا القانون¹.

في القانون الجزائري:

بالنسبة للقانون الجزائري التحكيم التجاري الدولي المؤسس من خلال المرسوم التشريعي 93-09 حيث رفضت الجزائر طيلة 30 سنة مضت الخضوع للتحكيم التجاري الدولي حيث تم تقنين التحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية الجزائري لأول مرة صراحة وبوضوح، إن المرسوم التشريعي 93-09 هو قانون عام يسمح للأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام أن تطلب التحكيم في علاقاتها التجارية الدولية.

1 المصري على العمل بالمواد 296-3000 من قانون المرافعات المصدر رقم 13 لسنة 1928 بشأن تنفيذ الأحكام والأوامر وأحكام التحكيم الأجنبية التي لا تصدر وفقا للقانون رقم 27 لسنة 1994

وبصدور القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاء بأحكام جديدة عالج فيها التحكيم بنوعية الداخلي والدولي في الباب الثاني بعنوان " في التحكيم " من الكتاب الخامس المعنون " الطرق الودية لحل النزاع"، في المواد من 1006 إلى 1061 أي في 55 مادة حيث تناول التحكيم الداخلي في خمس فصول من المواد 1006 إلى 1038 كما تناول في الفصل السادس التحكيم التجاري الدولي.¹

كما نصت اتفاقية نيويورك 1957 بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها بحيث تشكل هيئة التحكيم وتكون غير مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو القانون الدولة التي تم فيها التحكيم عند عدم وجود هذا الاتفاق.

وتظهر أهمية قانون الدولة التي يجرى فيها التحكيم على أنه في غالب الأحيان ما

يتضمن الإجراء الواجب

ثالثا: أهمية التحكيم بوصفه وسيلة لتسوية المنازعات الاستثمارية

يعد التحكيم من أقدم الوسائل لحل المنازعات سواء في القانون الوطني أم في القانون الدولي العام.

وقد ازداد انتشار نظام التحكيم مع توسع وزيادة معدلات التجارة الدولية فعقدت الاتفاقيات الدولية والإقليمية والثنائية لتنظيم إجراءاته وأحكامه وآثاره، كما ازداد انتشار مراكز التحكيم في مختلف دول العالم ويرجع ذلك أساسا إلى المزايا المهمة التي يختص بها نظام التحكيم، وتتمثل هذه المزايا في التالي:

1. **السرعة في الإجراءات:** يتميز التحكيم بسرعة الإجراءات اللازمة لمفصل في النزاع في أقل وقت، إذ إن مرونة إجراءات التحكيم تؤدي إلى توفير كثير من الوقت، وهذه السرعة عادة لا تتوافر في النظم القضائية التقليدية المقيدة ببعض النصوص القانونية المعوقة للفصل السريع في النزاع، وهو ما يحتاجه الفصل في منازعات عقود الاستثمار، و تكون هناك استثمارات ومبالغ نقدية كبيرة مجمدة في انتظار صدور حكم قضائي، ثم سوف تكون هناك خسارة مؤكدة نتيجة تعطل المبالغ التي تنتظر حتى يتم الفصل في النزاعات

¹ - د. عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 2004، ص 21-25.

بشأنها.¹

فأطراف النزاع يفضلون اللجوء إلى التحكيم لما يمكن ان يقدمه لهم من ما يمكن ان نطلق عليه عدالة سريعة .

II. سرية التحكيم: إذا كانت العلانية تعد من الضمانات الجوهرية التي ينفرد بها القضاء العادي فإن الأمر على عكس ذلك في مجال التجارة الدولية والاستثمار، إذ تعتبر السرية أم أمر بالغ الأهمية ، لأن الأمر قد يتعلق بأسرار مهنية أو اقتصادية يترتب على علانيتها الإضرار بمركز أطراف العلاقة، كما أن هذه السرية قد تؤدي إلى الحد من تضخيم النزاع، وقد تؤدي أيضاً إلى التسوية الودية، ومن ثم استمرار العلاقة بين الأطراف المتنازعة ويتجسد السرية في ان أن جلسات التحكيم يجب أن تكون غير علنية وعدم نشر الأحكام الصادرة عن المحكم.

III. حرية الأطراف في ظل التحكيم: مرونة التحكيم تسمح للمتنازعين بتشكيله على النحو المناسب لهم، فيملك الأطراف اختيار نوع التحكيم، فمهم أن يختاروا إما التحكيم الخاص أو التحكيم المؤسسي، وسنقوم بتوضيحهما في فقرة مستقلة، كما يفسح التحكيم لأطراف النزاع اختيار مكان انعقاد التحكيم وزمانه،

IV. خبرة المحكمين: إن الفصل في المنازعات الناشئة عن الاستثمارات الأجنبية يحتاج إلى مؤهلات علمية وفنية خاصة نظراً لتعلقها بمسائل فنية بحتة . لذا فإن أطراف المنازعة يفضلون أسلوب التحكيم لأنه يمكن الاستعانة بخبراء أكفاء لتسوية هذه المنازعات على عكس القضاء، إذ يتمتع المحكمون في الأغلب الأعم بأعلى مستوى من الكفاءة العملية والقانونية في المنازعات التي جرى اختيارهم للفصل فيها، وكذلك إحاطتهم بأعراف وعادات العقود محل النزاع.

الفرع الثاني: أنواع التحكيم وتميزه عن غيره من الوسائل لحل النزاعات التجارية الدولية:

¹ د علي الجاسم جميل الحوشان، تسوية المنازعات بين الشركة المتعددة الجنسيات والدول المضيفة، مجلة جامعة تشرين لمبحوث والدراسات العلمية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية المجلد 37 العدد 3 سنة 2015، ص 245

نظرا لازدياد الطلب لحل النزاعات التجارية عن طريق التحكيم ولأنه ضرورة ملحة كان لابد من تحديد انواعه ومميزاته وابرار اوجه التفرقة بينه وبين هذه الوسائل سنتطرق اليها من خلال هذا الفرع

اولا :أنواع التحكيم: تتعدد أنواع التحكيم تبعا للمعيار معتمد في تفرقه بينهما، فمن حيث طبيعة التحكيم، من حيث مدى وجود مؤسسة تحكيمية ومن حيث سلطة المحكم في تطبيق القانون وكذا من حيث عدد محكمين ومن حيث الاتفاق ذاته:

ا. : من حيث طبيعة التحكيم

ينقسم إلى تحكيم داخلي أو وطني وتحكيم دولي

فالتحكيم يكون دوليا لمجرد تعلق الرابطة القانونية محل النزاع بالتجارة الدولية وأيضا فإن جنسية الأطراف ليست ذات شأن وقد أخذت بهذا بمعيار مصالح التجارة الدولية وذلك من خلال اتفاقية الاوربية خاصة بالتحكيم الدولي لعام 1961 في المادة الأولى منها. وكذلك اتفاقية واشنطن لعام 1965 والمتعلق بتسوية النزاعات الخاصة بالاستشارات ذات الطبيعة الدولية¹.

وبمفهوم المخالفة يمكن القول بأن التحكيم الداخلي هو الذي لا يتعلق بمصالح دولة معينة سواء من حيث مواطن الفريقين أو مركز عملهما أو مكان إبرام العقد وتنفيذه وحدث آثاره أو قانون المطبق عليه أي أنه يتعلق بعلاقة وطنية فقد أجاز المشرع جزائري اللجوء إلى التحكيم في كل حق يملك صاحبه مطلق التصرف فيه باستثناء ما ورد حصر في المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على ما يلي: "يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق تصرف ولا يجوز التحكيم... التجارية الدولية"².

اا. : من حيث التنظيم:

ينقسم التحكيم من حيث مدى وجود مؤسسة تدبره إلى تحكيم حر ومؤسساتي.

¹ أ.د. علاء آباريان، المرجع السابق، ص 28.

² علاء آباريان، المرجع نفسه، ص 28.

أ-التحكيم الحر: النزاع الحر هو الذي يتم تحت إدارة وإشراف أطراف النزاع فيتم اختيار المحكم أو محكين من طرفهم ويتولون في الوقت نفسه تحديد الإجراءات والقواعد تطبق فيه دون إشراف من مؤسسة تحكيم وغالبا ما يخضع إشراف مؤسسة تحكيم وغالبا ما يخضع هذا النوع من التحكيم لقواعد يونسترال للتحكيم⁽¹⁾

ب-التحكيم مؤسساتي: فهو الذي يتم تحت إشراف مؤسسة دولية مختصة بالتحكيم وتقتصر مهمتها على وضع قوائم بأسماء المحكمين، لكي يتولى المتنازعون بأنفسهم اختيار من يريدون القيام بالمهمة وتوجد حاليا عدة مؤسسات وهيئات تحكيم كمركز تحكيم غرفة تجارة باريس ومركز تحكيم مجلس التعاون الخليجي⁽²⁾

III. : التحكيم العادي او المطلق

وهو مدى تقيد المحكم بالقواعد القانونية، فعندما يكون المحكم ملزما بحسم النزاع وفقا لقواعد القانون فإن التحكيم يكون عاديا ويعرف التحكيم بالقانون أيضا. أما عندما يعفى المحكم من تطبيق هذه القواعد ويحكم بمقتضى قواعد العدالة وانصاف، فإن التحكيم يكون مطلقا وهو ما يعرف أيضا بالتحكيم بالصلح في بعض البلدان العربية. في القانون المصري مادة 4/39 من قانون التحكيم والفرنسية المواد 1474 و 1479 من قانون مرافعات الفرنسي ونص المعاهدات الدولية في المادة 420 من معاهدة واشنطن. والأصل هو التحكيم العادي أما التحكيم المطلق فهو استثناء⁽³⁾

IV. : من حيث الاتفاق ذاته

ينقسمه إلى:

- تحكيم منصوص عليه فيما يسمى بشرط التحكيم: ويقصد به الشرط الذي يرد في العقد بإحالة المنازعات المستقبلية وهو الغالب في الحياة العملية كما لا يمنع أن يرد شرط التحكيم في اتفاق مستقل أو بعد العقد الأصلي مثال العقد الأصلي الخالي من شرط التحكيم، وعقد آخر خاص بتسوية المنازعات عن طريق التحكيم

¹ - محمد شهاب، أساسيات التحكيم التجاري الدولي "القوانين والاتفاقيات المنظمة للتحكيم عربيا وعالميا"، الطبعة الاولى، الناشر مكتبة الوفاء القانونية، 2009، ص 16.

² - أ. د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 90.

³ - أنظر، أ. د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، 92.

- تحكيم غير منصوص عليه فيما يسمى بمشارطة التحكيم: ويقصد به الاتفاق الذي يبرمه طرفا العقد الأصلي بعد وقوع النزاع الخاص بذاك العقد، والفرق بين الامرين هو الأول يتعلق بنزاع مستقبلي غير محدد أما الثاني يتعلق بنزاع وقع فعلا وأصبح محددًا واضحًا، فأهمية التفرقة يبرز في شكل خاص أن بعض القوانين الوطنية تتطلب في مشاركة التحكيم، تحديد طبيعة النزاع الذي وقع فعلا تحت طائلة بطلان الاتفاق، بخلاف شرط التحكيم.

كذلك يوجد نوع آخر من التحكيم يسمى التحكيم بالمستندات كما ظهر في السنوات الأخيرة التحكيم الإلكتروني باستخدام الأنترنت أو الفاكس أو التلفون أو أي وسيلة إلكترونية أخرى.¹

: التحكيم الإلكتروني

عرف التحكيم بأنه آلية أو وسيلة لفض المنازعات بطريقة بديلة عن القضاء، بحيث يتفق أطراف العلاقة التجارية على تسوية ما يثار من منازعات، أو سوف يثور فيها بعد تعيين أشخاص يحكمون فيما بينهم ويفصلون في النزاع بحكم يلزم لكليهما وهم بهذا المعنى وسيلة بديلة لحل منازعات في علاقات تعاقدية داخلية أو دولية تجارية ومدنية.

ويعرف التحكيم بأنه اتفاق أطراف علاقة قانونية، عقدية أو غير عقدية على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي يحتمل أن نثور عن طريق اشخاص يتم اختيارهم كمحكمين، ويتولى الاطراف تحديد الاشخاص المحكمين، أو أن يعهد والهيئة أو مركز تحكيمي ليتولى تنظيم عملية التحكيم وفقا للقواعد واللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز.

إذا كانت العقود التي تتم في إطار تلك العلاقة في مجال التجارة الإلكترونية تختلف عن العقود التي تتعلق في ظل التجارة الإلكترونية، فكان لزاما البحث عن التحكيم يتفق مع الصيغة الإلكترونية لتلك العقود التي يثور النزاع بشأنها.

ويتضافر الجهود الوطنية والدولية، أمكن التعريف بالتحكيم الإلكتروني بأنه ذلك التحكيم الذي يتفق بموجبه الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة عن صفقات أبرمت في الغالب الأعم بوسائل إلكترونية إلى شخص خالص يفصل فيها بموجب سلطة مستتدة من اتفاق

¹ راجع، محمد شهاب، المرجع السابق، ص 17.

اطراق النزاع، وباستخدام وسائل اتصال حديثة تختلف عن الوسائل التقليدية المستخدمة في التحكيم التقليدي وبذلك يكون التحكيم إلكترونيًا لاستخدام وسيلة إلكترونية عند إبرام اتفاق التحكيم أو أثناء سريان الخصومة¹.

المطلب الثاني: اتفاق التحكيم وشروط صحته وآثاره:

اللجوء للتحكيم يجب أن يكون اتفاقًا بين أطراف المعاملة أو العقد في حالة نشوب نزاع بينهما و اتفاق التحكيم هو تصرف قانوني يتخذ شكل اتفاق مكتوب، ويحدد فيه الطرفان موضوع النزاع وأسماء المحكمين ومكان إجراءات التحكيم، وقد يحدد كذلك القانون الذي يطبقه المحكمون، وعادة ما يكون اتفاق التحكيم لاحقًا على نشوء النزاع² وعرفه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية إن المادة 1011 من قانون كما يلي " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل بموجبه الأطراف عرض النزاع سبق نشوؤه على التحكيم".

ويتخذ اتفاق التحكيم شكلين، فاما أن يرد في شكل عقد يتفق بموجبه الأطراف على حل النزاع الناشئ بينهم عن طريق التحكيم و يخضع هذا العقد إلى القواعد العامة التي تحكم العقود إضافة إلى القواعد الخاصة بالتحكيم و منها وجوب إثبات العقد بالكتابة سواء في سند عادي أي رسمي أو مستند آخر له قيمة السند، و يستوجب تحديد موضوع النزاع في عقد التحكيم تحت طائلة بطلانه، على أن يكون هذا التحديد بشكل واضح كما يجب تعيين المحكم أو المحكمين بأسمائهم و صفاتهم، أو تبيان الطريقة التي يعينون بها هؤلاء، و قد نصت المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على أنه يحصل اتفاق التحكيم كتابيا ويجب أن يتضمن تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم، وإذا رفض المحكم المعين القيام بالمهام المسندة إليه، يستبدل بأمر من رئيس المحكمة المختصة. و قد أجازت المادة 1013 من نفس القانون اللجوء إلى إبرام عقد التحكيم حتى أثناء سير الخصومة أمام الجهة القضائية.

أما الشكل الثاني من اتفاق التحكيم يمكنه أن يتأتى في شكل بند يجوز للمتعاقدين أن يدرجوه

¹ د. هيثم عبد الرحمن البغلي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية المنازعات التجارية الدولية، الطبعة الأولى، دار العلوم نشر وتوزيع، 2013، ص 61.

² د. عبد الحميد عشوش التحكيم كوسيلة لفض النزاعات في مجال الاستثمار. دراسة مقارنة مؤسسة شهاب القاهرة 1990 ص

في العقد الاستثماري وينص على أن تحل بطريقة التحكيم جميع المنازعات القابلة للصلح و التي تنشأ عن تنفيذ العقد أو تفسيره، و يتجلى على صحة البند التحكيمي شرط كتابته في العقد، أو في وثيقة يحيل إليها هذا العقد، و يجب أن يشتمل تحت طائلة بطلانه على تعيين المحكم أو المحكمين أو صفتهم أو على الطريقة التي يعينون بها هؤلاء ولا يشترط أن يشتمل البند التحكيمي على تحديد دقيق لموضوع النزاع وكما هو الشأن بالنسبة لارتباط عقد التحكيم بالعقد الأصلي (الاستثماري) فإن بند التحكيم يعتبر أيضا مستقلا عن العقد الأصلي، فان ورد باطلا فلا يؤثر على العقد الأساسي هذا البطلان، ففي شرط التحكيم تنص المادة 1007 على شرط التحكيم لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم.

وبمفهوم المخالفة فقد نصت المادة 1040 بفقرتها الأخيرة على أنه لا يمكن الاحتجاج على عدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي.¹

ويتخذ اتفاق التحكيم صورا واشكالا مختلفة تحكمها شروط لصحتها نتناولها في التالي:

الفرع الاول صور اتفاق التحكيم وشروط صحته

اولا: صور اتفاق التحكيم

1. شرط التحكيم

هو عبارة عن نص وارد ضمن نصوص عقد معين يقرر اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي قد تثور مستقبلا بين المتعاقدين حول العقد أو تنفيذه. أو الاتفاق الذي يتعهد الأطراف بمقتضاه - في العقد المبرم بينهم - على أن يتم الفصل في المنازعات المحتملة النشوء بينهم بسبب هذا العقد من خلال التحكيم و يأتي شرط التحكيم بصيغة عامة، بحيث لا يتطرق إلى التفصيلات ولكن يشير إلى عرض النزاعات التي قد تنشأ في المستقبل على التحكيم وهذا لا يمنع من تحديد الإجراءات الأخرى، وقد يرد الشرط في العقد أوفي وثيقة مستقلة، ويجب أن يرد قبل نشوء النزاع.

ويتميز شرط التحكيم بكونه له فائدة وقائية إذ يستبعد الاختلاف والتعطيل في مسار عرض النزاع الذي ينشأ عند إبرام مشاركة التحكيم، لأنه يرد قبل نشوء النزاع وينقسم شرط التحكيم إلى:

¹ أحمد بوخلخال، نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون الدولي العام، جامعة الجزائر كلية الحقوق "بن عكنون"، الجزائر، 2012-2013،

شرط تحكيم عام: حيث يحال إلى التحكيم جميع المنازعات التي ستنشأ في المستقبل دون استثناء و المتعلقة بتفسير أو تنفيذ العقد.

شرط تحكيم خاص وذلك ما يظهر من خلال النص على إحالات بعض النزاعات إلى التحكيم دون البعض الآخر قبل نشوء النزاع .

والجدير بالذكر أيضا انه لا يمكن للأطراف التراجع عن شرط التحكيم بشكل انفرادي بل ان انهاء العمل بشرط التحكيم يتصف بخصوصية مقارنة بالبند الأخرى لعقد الاستثمار¹

II. مشاركة التحكيم:

هي عبارة عن اتفاق يبرمه الأطراف استقلالا عن العقد الأصلي بعد نشوء نزاع فعلي بينهما بهدف اللجوء إلى طريق التحكيم لفض هذا النزاع ،⁴فهي تكون في حالة مجيء العقد المبرم بين الأطراف خاليا - عند نشوء النزاع - من شرط التحكيم فيتم إبرام مشاركة تحكيم من أجل عرض هذا النزاع عن التحكيم لحله، لذلك فهي اتفاق بينهم بمناسبة نزاع قائم فعلا .

و تعد المشاركة عقدا في موضوع النزاع نشأ فعلا و لذلك يشترط لصحة عقد المشاركة ما يشترط لصحة العقود الأخرى، و تعد من العقود المسماة، و قد تبطل المشاركة بسبب

من الأسباب الواقعية باعتبارها عقد مستقلا ومادام أن المشاركة عقدا فهذا لا يمنع الأطراف من إبرامها حتى قبل نشوء النزاع.

كما أنه يجوز إبرام مشاركة التحكيم بعد قيام النزاع فمن الجائز إبرامها بعد أن يلجأ الأطراف إلى القضاء العادي حتى لو تبين لهم -بعد إقامة الدعوى إن مصالحهم تنفق مع ترك النزاع أمام القضاء وإبرام اتفاق التحكيم بينهم. كما يجب تحديد المسائل المتنازع عليها، والتي يرغب الأطراف في عرضها على المحكمين في صلب مشاركة التحكيم ،لذلك فان من مميزات المشاركة أنها تتضمن الكثير من التفاصيل، أما شرط التحكيم فهو يأتي بشكل مجمل في الغالب ولا يعدو أن يكون إلا بنود العقد.

¹ . دقادي عبد العزيز، الاستثمارات الدولية(التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات)، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر،ص261

III

الإحالة إلى وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم: شترط أن تكون الإحالة واضحة وأن يكون شرط التحكيم الوارد في هذه الوثيقة - المحال إليها - جزء من الإتفاق المبرم بين الطرفين.

17. المراسلات المتبادلة إذا تضمنت اتفاق تحكيم: عرفت المادة (12) من قانون التحكيم المصري شكلا رابعا من أشكال الاتفاق علي التحكيم وهو الاتفاق المكتوب الذي تضمنه محرر موقع بين الطرفين إذا تضمنه ما يتبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة.

ثانيا: شروط صحة اتفاق التحكيم:

إن شروط اتفاق التحكيم بدورها تنقسم إلى قسمين شكلية وموضوعية.

1. : الشروط الموضوعية:

تتمثل هذه الشروط في ضرورة توافر التراضي الصحيح وأن يرد هذا التراضي على

محل ممكن ومشروع، وأن يستند إلى سبب مشروع. ونعرض لأركان الاتفاق تباعا:

1. التراضي :

ويعني تطابق إرادتين واتجاههما إلى ترتيب آثار قانونية تبعا لمضمون ما اتفقا عليه، فلا بد من إيجاب وقبول يتلاقيان على اختيار التحكيم اختيارا حرا كوسيلة لحسم المنازعات التي تنور بشأن العلاقة الأصلية وإذا تعلق الأمر بشرط التحكيم، سيكون مدار الأمر على التحقق من تطابق إرادة الأطراف بشأن شرط التحكيم كأحد شروط العقد، أما إذا تعلق الأمر بمشارطة، فسيكون التحكيم هو محل هذا الاتفاق، وليس مجرد بند أو شرط في العقد أو العلاقة القانونية الأصلية ويلزم أن تتوفر الأهلية لدى الأطراف وهي أهلية التصرف في الحق، حيث كما يصح للأشخاص الطبيعيين الاتفاق على التحكيم، كذلك يصح للأشخاص الاعتبارية كالشركات مدنية أو تجارية عامة أو خاصة أو الهيئات أو المؤسسات العامة يجدر التنبيه إلى أن اتفاق التحكيم - شرطا أو مشارطة قد يخضع لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم الاتفاق الأصلي، ولذا يكون المرجع في توفر التراضي وصحته وخلوه من العيوب كالغلط والتدليس أو الإكرام للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم وإذا كان الاتفاق بشأن التحكيم يدخل في نطاق نصوص اتفاقية نيويورك، فالتراضي يخضع أيضا لقانون الإدارة وإلا خضع لقانون البلد الذي يصدر فيه حكم

التحكيم و الأولوية في حالة تعارض لأحكام الاتفاقية بحكم نص المادة الأولى. كما قد يتعلق الأمر بقدرة أو صلاحية أشخاص القانون العام لإبرام اتفاقات تحكيم أو إبرام عقود تتضمن شرط التحكيم، حيث تنص المادة (2060) مدني من القانون الفرنسي على حظر التحكيم بشأن المنازعات التي تتعلق بالجماعات العامة والمؤسسات العامة وكل ما يتعلق بالنظام العام، ولم يستثنى سوى المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري فأتاح لها إمكانية الاتفاق على التحكيم بشرط صدور مرسوم يسمح لها بذلك، أما إذا تعلق الأمر بعلاقة الأشخاص العامة بشركات أجنبية فقد ورد استثناء على الحظر بمقتضى المادة التاسع من القانون الصادر في 1986.08.19 ومؤدى هذا الاستثناء السماح للأشخاص بإدراج شرط التحكيم في عقودها مع الشركات الأجنبية إذا تعلق الأمر بمشروعات قومية.

- كما ذهب المشرع الجزائري في المادة (1006) الفقرة الأخيرة إلى القول إنه "لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

2. - قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم: (محل التحكيم):

المعيار الذي يحسم الأمر هنا هو هل حدث إخلال بالنظام العام أم لا؟، فقد نصت نصوص اتفاقية نيويورك على حق الدولة في منع تنفيذ حكم التحكيم إذا كان تنفيذه يؤدي إلى المساس بالنظام العام، وهو ما يتوفر في حالات مخالفة الاختصاص لدى المشرع المصري، إذا أدت إلى صدور أحكام تصطدم بالقوانين التي تحمي المصالح الأساسية في الدولة سياسة كانت أو اقتصادية أو اجتماعية¹.

3. السبب:

إن اتفاق الأطراف على التحكيم يجد سببه في إرادة الأطراف استبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر للمحكمن، وهذا سبب مشروع دائما، ولا تتصور عدم مشروعيته إلا إذا ثبت أن المقصود بالتحكيم التهرب من أحكام القانون الذي سيتعين تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء نظرا لما يتضمنه هذا القانون من قيود أو التزامات يراد التحلل منها، و بالتالي نكون

¹ د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، 1981، ص 87.

أمام حالة من الغش نحو القانون فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد بها الاستفادة من حرية الأطراف وحرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق، ولا يختلط السبب غير المشروع بالمحل غير الممكن أو غير المشروع، فالأول يقتضي البحث عن إجابة السؤال لماذا لجأ الأطراف للتحكم؟ أما الثاني فيتعلق بتحديد الموضوع المراد تسويته بطريق التحكيم وهل هو ممكن ومشروع أم لا؟

II. : الشروط الشكلية:

ذهب المشرع الجزائري في المادة (1008) في فقرتها الأولى أنه " يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها." كما بينت المادة (1040) ذلك أكثر حيث قالت أنه " يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة" حيث يجب في جميع الأحوال التوقيع على اتفاق التحكيم شرطا كان أو مشاركة ولكن لا يلزم أن يوقع الأطراف توقيعاً خاصاً بجوار حكم التحكيم إذا ورد بندا من بنود العقد الأصلي، ويكفي التوقيع على العقد، إذ ينصرف هذا التوقيع إلى كافة بنود العقد كما تتحقق الكتابة وفقاً لنص القانون، إذا ورد شرط التحكيم في رسائل أو برقيات متبادلة بين الطرفين، ويمتد ذلك إلى كل وسائل الاتصال المكتوبة ولكن يجب تحقق تبادل الإيجاب والقبول بشأن التحكيم¹ ويعتبر شرط متحققاً، إذا تم النص في العقد الأصلي على الإحالة على وثيقة تتضمن شرط تحكيم كالإحالة على عقد نموذجي في مجال النقل البحري أو بيع البضائع أو عقد تشييد ولكن لا يلزم أن تتضمن الإحالة ما يفيد " اعتبار شرط التحكيم " الذي تتضمنه هذه الوثيقة جزءاً من العقد الأصلي حيث الإحالة التي قد يتضح منها عدم دراية أو علم أحد الأطراف بوجود شرط التحكيم ينتفي فيها إمكانية القول بوجود اتفاق وتراضي مكتوب على شرط التحكيم ينفي فيها إمكانية القول بوجود اتفاق وتراضي مكتوب على شرط التحكيم

يستلزم القانون الفرنسي الكتابة كشرط لوجود شرط تحكيم وإلا كان باطلاً، ولكن يستوي أن ترد كتابة شرط التحكيم في العقد الأصلي أو في وثيقة يحيل إليها هذا العقد. أما بالنسبة لمشاركة التحكيم في العقد الأصلي فالكتابة شرط لإثباتها وليس لوجودها، ولذلك يمكن إثباتها بمحضر يوقعه المحكم والأطراف (المادة 1949 مرافعات فرنسي) وعادة يتضمن شرط التحكيم الإشارة

¹ د. سميحة القليوبي، التحكيم التجاري، دار النهضة العربية، 2009، ص 56.

إلى جريان التحكيم وفقا لقانون معين مع تحديد عدد المحكمين وكيفية اختيارهم ومواجهة احتمالات تعذر تنفيذ ما تم الاتفاق عليه.

تشكيل هيئة التحكيم:

أ- حرية الأطراف والعون القضائي في عملية اختيار المحكمين:

- تنص المادة (1008) على وجوب تضمن شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديد كفيات تعيينهم حتى يكون هناك اتفاق أولي على هذه الهيئة المكلفة بالتحكيم، وكذا اتفاق الأطراف فيما بعد وبمحض إرادتهم على تشكيل هذه الهيئة وفقا لحريرتهم حيث يمكن أن تتكون من شخص أو عدة أشخاص، وهنا يتدخل المشرع بنص أمر في نص المادة (1017) "تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي" وهو نفس ما ذهب إليه المشرع المصري وعالجه المشرع الفرنسي صراحة، فنصت المادة (1454) مرافعات على أنه في حالة تحديد عدد زوجي، فلمحكمة التحكيم أن تختار محكما، سواء اتفق الأطراف على ذلك، أو يتولى الأمر المحكمون الذين تم اختيارهم، وإذا اختلفوا فيتولى ذلك رئيس المحكمة الابتدائية أما بالنسبة للمشرع الجزائري في هاته النقطة فإنه في حالة صعوبة تعيين المحكمين تنص المادة (1009) على أنه: "إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه."

- ويلزم أن يكون المحكم متمتعا بالأهلية، وألا يعرض له عارض يؤدي إلى الحجر عليه وألا يكون محروما من حقوقه المدنية للحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو شهر إفلاسه طالما لم يسترد اعتباره وهو ما ذهبت إليه المادة (1014) حيث تقول "لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية". كما أنه يتحتم على المحكم إعلان قبوله القيام بالمهمة المسندة إليها حيث ظهر هذا في المادة (1015) إذ "لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا، إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم."

- كما نظم القانون الأحكام الخاصة برد المحكمين إذا قامت ظروف تثير شكوكهم وهو ما ذهبت في تفصيله المادة (1016): "يجوز رد المحكم في الحالات الآتية:

1- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف.

2- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف.

3- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليتها، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه، أو شارك في تعيينه، إلا لسبب علم بعد التعيين". فمن خلال هاته النقطة الأخيرة يتبين أنه منعا للتلاعب حظر على أي طرف، طلب رد المحكم الذي اختاره بنفسه إلا إذا أثبت وجود أسباب طرأت بعد تعيينه كما تبلغ محكمة التحكيم والطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد، وفي حالة النزاع إذا لم يتضمن نظام التحكيم كليات تسويته ولم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناءً على طلب من يهمه التعجيل. وهذا الأمر غير قابل لأي طعن وهو ما تضمنته المادة الأخيرة الذكر.

أما في حالة عزل أو استبدال المحكمين إلى جانب صعوبة التعيين فإنه يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل حسب المادة (1041) القيام بما يأتي:

1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر

ب . تشكيل هيئة التحكيم في ظل قواعد اليونسترال والقانون النموذجي:

تكتسب قواعد اليونسترال أهمية خاصة نظرا لما تتمتع به من قبول عالمي سواء في دول العالم الصناعي المتقدمة أو الدول النامية.

إذا اتفق الأطراف على تعيين محكم فرد، فلكل منهما أن يقترح على الآخر أسماء عدة أشخاص أو عدة مؤسسات أو هيئات تتولى سلطة تعيين المحكم الفرد. وإذا تعذر اتفاق الأطراف ولم يتم تحديد هيئة تتولى تعيين المحكم، أو رفضت هذه الهيئة إجراء هذا التعيين خلال الستين يوما التالية للطلب المقدم إليها من أحد الأطراف، فلكل طرف الحق في تقديم طلب السكرتير العام لمحكمة التحكيم الدائمة بلاهاي لتحديد الجهة التي تتولى التعيين ويتم هذا التعيين وفقا لنظام القوائم المتطابقة التي ترسل للأطراف والمتضمنة على الأقل لثلاثة أسماء،

ووفقا للقواعد التي تضمنتها المادة السادسة إلا إذا اتفق الأطراف على استبعاد هذه القواعد، أو رأت الجهة المنوط بها أمر تعيين المحكم الفرد، استخدام سلطتها التقديرية دون التقييد بهذه القواعد¹ أما إذا كان التشكيل ثلاثيا، فوفقا لنص المادة السابعة، يختار كل طرف محكما، ويتولى المحكمان المختاران، اختيار الثالث الذي يتولى رئاسة محكمة التحكيم. وإذا تقاعس طرف، فنتولى الجهة المتفق عليها أو التي تم تحديدها على النحو السابق ذكره في حالة الحكم الفرد، تعيين الحكم الثالث، وتتبع القواعد نفسها في حالة فشل الحكيم المختارين من الأطراف في اختيار المحكم الثالث، (المادة السابعة).

الفرع الثاني: آثار اتفاق التحكيم

كما أشرنا سابقا فإن لاتفاق التحكيم آثار نستعرضها فيما يأتي.

أولاً: الأثر المانع لاتفاق التحكيم

يقدم القانون الفرنسي أحكاما مشابهة بخصوص تحديد آثار اتفاق التحكيم، فتتص المادة (1458) على أنه اذا رفع أمام قضاء الدولة نزاع اتصلت به محكمة تحكيم بمقتضى اتفاق تحكيم، فيجب على هذا القضاء إعلان عدم اختصاصه أما إذا كان النزاع لم يتصل بعد بهيئة التحكيم فعلى القضاء إعلان عدم اختصاصه طالما أن اتفاق التحكيم ليس واضحا بطلانه.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فيقول انه ليس من اختصاص القاضي الفصل في النزاعات التي اتفق فيها على التحكيم كما أشارت المادة 1045 "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، اذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن يثار من أحد الأطراف ". على أن يكون موضوع النزاع من اختصاصها أي محكمة التحكيم فادا لم يكن كذلك فيجب الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع وهو ما بينته المادة 1044 "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع.

¹ د.سميحة قلوبوي، ضوابط التحكيم التجاري، مقال منشور، لمجلة قانون والاقتصاد 1987، العدد 3، ص 72.

تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا اذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطاً بموضوع النزاع.

أما فيما يخص المشرع المصري فهو أكثر دقة من نظيره الفرنسي لأن اتفاق التحكيم عنده لا ينزع اختصاص القاضي وإنما يحجبه في نظر النزاع، ويلاحظ أن تم فارقا هاما بين القانون المصري والفرنسي إذ لا يفرق القانون المصري بين حالة رفع الدعوى أمام القضاء بعد أو قبل اتصال هيئة التحكيم بالنزاع موضوع اتفاق التحكيم ففي الحالتين يتحتم الحكم بعد قبول الدعوى أما القانون الفرنسي و إذا كان يحتم الحكم بعدم الاختصاص في حالة رفع الدعوى بعد اتصال هيئة التحكيم بالنزاع فإنه يخول القاضي إمكانية عدم الحكم بعدم الاختصاص و التصدي للموضوع، إذا تبين له البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم كحالة خلو شرط التحكيم من تسمية المحكمين أو بيان أسلوب اختيارهم أو خلو المشاركة من تحديد موضوع النزاع.

ثانياً: العلاقة بين اتفاق التحكيم، والعلاقة بين الأطراف (مبدأ استقلالية شرط التحكيم):

يثار التساؤل عن مصير شرط التحكيم الذي تضمنه العقد الأصلي، إذا تعرض هذا العقد لسبب أدى إلى بطلانه أو فسخه أو إنهائه. فالمتصور منطقياً أن العقد إذا تعرض لأحد هذه العوارض. فإنه يزول بكل ما تضمنه وبالتالي ينتهي أثر شرط التحكيم بالتبعية ولكن تطور قضاء وقفه التحكيم خاصة التحكيم التجاري الدولي انتهى إلى عكس ذلك، إذ كرس مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فلا يؤدي بطلان أو فسخ أو إنهاء هذا العقد إلى التأثير على شرط التحكيم. فالشرط يظل صحيحاً، طالما استكمل شروط صحته الخاصة به. وكما أشرنا آنفاً قد يخضع هذا الشرط لقانون مختلف عن القانون الذي يخضع له موضوع العقد الأصلي، لذلك من المتصور أن يستوفي الشرط شروط صحته رغم ما أصاب العقد الأصلي من عوارض. وترتيباً على ذلك ينتج الشرط أثره، ويكون للمحكمين سلطة النظر في أي منازعات تنشأ عن فسخ أو إنهاء العقد الأصلي ولم يتضمن القانون الفرنسي نصاً صريحاً يكرس استقلالية شرط التحكيم و لكنه كرس في المادة (1466) مبدأ الاختصاص ويستند الفقه إلى هذا النص للقول بأنه يؤدي إلى تقرير مبدأ استقلالية شرط التحكيم من الناحية العملية إذ طالما أن المحكم له سلطة البت في بطلان أو صحة العقد الأصلي، بمقتضى اتفاق التحكيم، فإن هذا يعني أن هذا الاتفاق. أي اتفاق التحكيم. بوصفه اتفاقاً على الإجراءات، يكون ممكناً نزعاً أو فصله عن العقد الأصلي، و بالتالي يكون متمتعاً بالاستقلالية. و الواقع أننا نجد

صعوبة إلى حد ما في الربط بين مبدأ الاختصاص بالاختصاص ومبدأ الاستقلالية، و الأكثر قبولاً القول بأن مبدأ الاستقلالية يعد من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام التحكيم سواء على الصعيد الوطني أو الدولي، قد كرسه القضاء الفرنسي بصدد التحكيم التجاري الدولي على نحو قاطع و متواتر مما يصلح أساساً للقول بوجوده أيضاً في التحكيم الداخلي بدلاً من محاولة التعسف في تفسير النصوص وتحميلها ما لا تحتمله¹.

ثالثاً: نطاق الأثر الملزم لاتفاق التحكيم من حيث الأشخاص:

إن مبدأ نسبية الاتفاقات، يؤدي إلى القول بأن اتفاق التحكيم لا تمتد آثاره إلى أشخاص لم يوقعوا على الاتفاق سواء بأنفسهم أو عن طريق ممثل لهم، أي أطراف الاتفاق ولكن هناك حالات عملية قد تدق أحياناً، فضلاً عن أن فكرة "الطرف" لا تعني فقط "الشخص الموقع" على الاتفاق، وإنما تشمل أيضاً خلفه العام أو الخاص.

¹ حسن المشرع المصري الجدل في الفقه في القانون الجديد، فنص المادة 23 على أن "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقراً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته".

المطلب الثالث: حكم التحكيم وطرق الطعن فيه.

يعتبر حكم التحكيم من أهم المراحل التي يمر بها تظلم التحكيم، بدءاً من اتفاق الأطراف على حل نزاعهم بالتحكيم، وحتى إنهاء النزاع وتنفيذ حكم التحكيم. فالوصول على حكم التحكيم هو غاية المتنازعين، فيه يتم الفصل في النزاع، ويفضله يحصل كل ذي حق على حقه وتنص المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه". ويقصد بالحجية في قانون الإجراءات أن الحكم الصادر يحمل عنوان الحقيقة بخصوص ما فصل فيه بالنسبة لأطراف الدعوى وفي حدود الأساس الذي قدمت عليه هذه الدعوى. ومفاد ذلك أنه لا يمكن إثارة النزاع نفسه تأسيسياً على السبب ذاته بين الأطراف الذين صدر الحكم في مواجهتهم فاصلاً فيما نشب بينهم من نزاع¹

الفرع الأول: إصدار حكم التحكيم:

إن حكم التحكيم شأنه شأن حكم القضاء يصدر متمتعاً بالحجية، فإنه يتميز عن أحكام القضاء بصدوره حائزاً لقوة الأمر المقضي، مما يجعله حكماً واجب النفاذ وذلك لعدم جواز الطعن فيه. أما أحكام القضاء فهي لا تكتسب قوة الأمر المقضي إلا بعد رفض الطعن فيها أو فوات مواعيد الطعن بطرق الطعن العادية أي المعارضة والاستئناف. وحكم التحكيم يصدر حائزاً للحجية وهو لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن، ومؤدى ذلك أنه يصدر متمتعاً بالحجية وقوة الأمر المقضي، و يكون واجب النفاذ.

ويجب على هيئة التحكيم أن تصدر الحكم المنهي للخصومة خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان، فالمشرع وإن ترك الأمر لإرادة الأطراف، إلا أنه قرر على أن المحكمين قد يكونون أقدر من غيرهم على معرفة ظروف النزاع، فاستعمل بعض المرونة في مد الميعاد الذي حدده عند عدم اتفاق الأطراف.

أوجب المشرع على المحكمين بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم. غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف، وفي حالة

¹ د محمود مختار أحمد بريوي: التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، 2007، ص 255

عدم الموافقة عليه يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم، وفي غياب ذلك يتم التحديد من طرف رئيس المحكمة المختصة¹.

وإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم واحد، فإنه يتعين أن تكون هناك المداولة بين المحكمين قبل إصدار الحكم، ولقد ترك المشرع للمحكمين تنظيم قواعد المداولة، ما لم يتفق الأطراف على تطبيق قانون معين، ويجب أن تصدر أحكام التحكيم بأغلبية الأصوات وفقا للمادة 1026 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويجب أن تكون مداولة المحكمين سرية، باعتبارها قاعدة لازمة لضمان استقلال المحكم وعدم تأثير من اختاره عليه، وإن كان من الناحية العملية يمكن أن تنكشف السرية عند توقيع المحكمين على الحكم.

اولا-تسبب حكم التحكيم:

أخذ المشرع الجزائري بالقاعدة التي توجب تسبب حكم التحكيم، فنص في الفقرة الثانية من المادة 1027 من قانون الإجراءات المدنية على أنه " يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة ". فيتعين أن تكون أحكام التحكيم كافية متعلقة بموضوع النزاع وغير متناقضة، وبالتالي يمكن بطلان الحكم لقصور في التسبب أو لغموض الأسباب وعموميتها أو لعدم التسبب أصلا، حيث تقضي المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه " لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية :إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذ وجد تناقض في الأسباب."

ا. بيانات حكم التحكيم:

أوجب المشرع تضمن حكم التحكيم بيانات معينة حددها على سبيل الحصر، فضلا عن تضمن الحكم عرض موجز لإدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم، تنص المادة 1028 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه "يتضمن حكم التحكيم البيانات الآتية:

- اسم ولقب المحكم أو المحكمين.
- تاريخ صدور الحكم.
- مكان إصداره.
- أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي.

¹أنظر المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

▪ أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف عند الاقتضاء".

ثانيا: طرق الطعن في حكم التحكيم:

عند صدور حكم التحكيم، فإن من صدر الحكم ضده سيحاول إثارة العقبات في طريق تنفيذ الحكم عن طريق الطعن فيه، وتختلف التشريعات في إجازتها للطعن في حكم المحكمين أو في عدم إجازتها.

ووفقا لقواعد القانون الدولي الخاص يخضع الطعن في حكم التحكيم لقانون الدولة التي يصدر فيها الحكم، ذلك أن مدى نهائية الحكم ترتبط بما يقرره قانون الدولة التي صدر فيها هذا الحكم. وقد أكدت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 م المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها هذه القاعدة إذ تقضي الفقرة الخامسة من الاتفاقية "للسلطة المختصة في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها، رفض التنفيذ لعدم صيرورة الحكم ملزما أو لإبطاله أو إيقاف تنفيذه من جانب سلطات الدولة التي صدر الحكم فيها، أو التي صدر الحكم وفقا لقانونها، والدولة على مختلف تشريعاتها تلجأ إلى الطعن في أحكام التحكيم إلى إحدى الطريقتين:

- إخضاع أحكام التحكيم لنفس طرق الطعن في الأحكام القضائية كما هو الحال في فرنسا قبل تعديل قانون المرافعات سنة 1980م. وقد أدى هذا إلى إجازات استئناف أحكام التحكيم الصادرة في فرنسا في التحكيم الداخلي، وكذلك يجوز الطعن بالاستئناف في القرار الصادر بالاعتراف بحكم التحكيم الصادر في الخارج أو تنفيذه.

وعلى غرار التشريع الفرنسي السابق، فإن المشرع الجزائري يجيز الطعن في أحكام التحكيم عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم وذلك طبقا لنص المادة 1032 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. كما يجوز استئناف أحكام التحكيم في أجل شهر واحد من تاريخ النطق بها أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم، ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم.¹

- هناك بعض الدول التي وضعت نظام مستقل ومتميز للطعن في أحكام التحكيم يختلف عن طرق الطعن في الأحكام القضائية، ويظهر هذا النظام في بعض التشريعات التي أجازت تعديل حكم التحكيم أو تصحيح ما به من أخطاء أو تفسيره. وأجاز المشرع الجزائري الطعن بالنقض في

¹المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية

القرارات الفاصلة في الاستئناف، وذلك طبقا لنص المادة 1034 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

الفرع الثاني - الطعن في حكم التحكيم في التشريع الجزائري:

رغم أن حكم التحكيم يعتبر عملا قضائيا، مما يستبعد عدم جواز المساس به إلا بواسطة طريق من طرق الطعن التي ينص عليها القانون بالنسبة له، فإن تأثير الطبيعة التعاقدية للاتفاق مصدر سلطة المحكمين قد أدى إلى فتح سبيل دعوى بطلان أحكام التحكيم، والذي أجازته مختلف التشريعات.

ولقد فرق المشرع الجزائري بخصوص الطعن في حكم التحكيم بين التحكيم الداخلي والدولي مسائرا في ذلك الاتجاه الذي نهجه المشرع الفرنسي. والأصل أن التحكيم الداخلي كما بينا سابقا يقبل الاستئناف¹ إلا إذا تضمن اتفاق التحكيم تنازل الطرفين عن حق الاستئناف. أما فيما يتعلق بحكم التحكيم الدولي فلا تسري عليه هذه الأحكام لذلك لا يجوز استئناف حكم التحكيم الصادر في الخارج أو الصادر في منازعة دولية، ويكون متاحا فقط طلب البطلان بالنسبة لأحكام التحكيم الدولية الصادرة في الجزائر، وذلك طبقا لنص المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث تنص الفقرة الأولى على أنه "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه."

أما الأحكام الصادرة في الخارج فلا تخضع للاستئناف أو طلب البطلان وإنما يمكن استئناف الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ، وذلك وفقا لنص المادة 1055 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على أنه "يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للاستئناف."

أما الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ المتعلق بحكم التحكيم الدولي فيمكن استئنافه وذلك بناء على أسباب وأسس حصرية نصت عليها المادة 1056 وهذه الحالات هي:

▪ إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.

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

¹.أنظر المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.
 - إذا لم يراعي مبدأ الوجاهية.
 - إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب.
 - إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.
- ويرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي خلال أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر المحكمة، ويوقف تنفيذ أحكام التنفيذ عند تقديم الطعون.

دعوى البطلان:

الأصل أن حكم التحكيم شأنه شأن الحكم الصادر من المحاكم العادية لا يمكن التظلم منه إلا باتباع طرق الطعن التي حددها القانون والتي وردت فيه على سبيل الحصر، إلا أن هذا الحكم لا يستمد قوته إلا من اتفاق الأطراف على التحكيم. وعلى ذلك إذا انعدم هذا الاتفاق أو كان باطلا أو إذا تجاوز المحكوم حدود سلطتهم فلا يوجد ثمة حكم، ومن ثم أجاز المشرع الحق في رفع دعوى ببطلان حكم التحكيم.

فالدعوى ببطلان حكم المحكمين تتميز عن طرق الطعن في أنها يقصد بها إنكار كل سلطة له، بينما في طرق الطعن يسلم الطاعن كقاعدة عند الطعن في حكم المحكم بسلطته في الفصل في النزاع.¹

وعلى هذا الأساس فإن الطرف الذي يبتغي إنكار سلطة المحكم فيما فصل فيه، عليه أن يرفع الدعوى بطلب الحكم ولا يلجأ إلى الطعن فيه، حيث أنه إذا طعن فيه أولا بالاستئناف فمعنى ذلك أنه يعترف بسلطة المحكم و يعترف بكيان قانوني لحكمه.

ولا تقبل دعوى البطلان بالنسبة لأي حكم يصدر من غير هيئة التحكيم ويلاحظ أن دعوى البطلان ليس طريقا من طرق الطعن في الأحكام، إلا أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية قد أوردها في الفرع الثالث المتعلق بطرق الطعن في أحكام التحكيم الدولي في المادتين **1058** و **1059** من نفس القانون.

وقد أتاح المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي حق رفع دعوى البطلان ضد حكم التحكيم، ولكن المشرع الجزائري لم يسمح برفع دعوى البطلان إلا في مجال أحكام التحكيم الدولية الصادرة في الجزائر وهنا بناء على الحالات الواردة في المادة **1056** السالفة الذكر.

¹ د حفيفة السيد الحداد: مرجع سابق، ص 325

وتقضي الفقرة الأولى من المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه “يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة .”1056 أما أحكام التحكيم الدولي الصادرة خارج الجزائر فلا يمكن أن تخضع للطعن بالبطلان، وإنما يمكن فقط استئناف الأمر القاضي بالاعتراف بها أو تنفيذها وذلك طبقا للحالات الواردة في المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، أو الأمر القاضي برفض الاعتراف أو التنفيذ وذلك وفقا للمادة 1055 من نفس القانون . وعليه يظهر أن الدعوى ببطلان حكم التحكيم الصادر في الجزائر هو نفسه استئناف أمر تنفيذ حكم تحكيم صادر خارج الجزائر .

غير أن الأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي لا يقبل أي طعن، إلا أن الطعن بالبطلان في حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ، إذ لم يتم الفصل فيه “الفقرة 02 المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.”

ثانيا: حالات قبول البطلان:

باعتبار دعوى البطلان طريق استثنائي لإلغاء حكم التحكيم، كما أنه لا يعد من طرف الطعن في الأحكام التحكيمية، فقد عالجته المشرع في إطار محدد فلم يجز الالتجاء إليه في أي حالة، وإنما وضع حالات محددة على سبيل الحصر، لا يمكن رفع دعوى البطلان في غيرها وقد صرح المشرع الجزائري بذلك في المادة 1058 والتي أحالتنا إلى المادة 1056 السالفة الذكر .

ثالثا - تحديد المحكمة المختصة:

يكون لذي المصلحة الذي كان طرفا في خصومة التحكيم رفع دعوى البطلان إذا توفر سبب من الأسباب الواردة في المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. ويجب رفع دعوى البطلان أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه في أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ .والطعن بالبطلان له نفس أثر الاستئناف المتعلق بأمر التنفيذ أو أمر رفض التنفيذ فيوقف بذلك تنفيذ حكم التحكيم¹. كما أن القرار الفاصل في دعوى البطلان هو الآخر قابل للطعن فيه بالنقض مثله مثل القرار الفاصل في الاستئناف أو أمر التنفيذ أو رفض التنفيذ.

¹ المادة 1060 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

الفرع الثالث: تنفيذ حكم التحكيم.

تنفيذ الحكم هو الهدف النهائي من نظام التحكيم، ولا شك أن الطرف الذي صدر حكم التحكيم لصالحه هو الذي يسعى للتنفيذ وقد يقبل الطرف الآخر تنفيذ الحكم إلا أنه قد يحاول استئناف كل الوسائل لعرقلة هذا التنفيذ. ولقد أتى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بتسهيلات جوهرية عند إجراء التنفيذ في الجزائر، فبسط الشروط اللازمة بالتنفيذ وإجراءاتها. وإذا كان من المقرر أنه لا يجري تنفيذ جبري بغير سند تنفيذه¹ فإن حكم التحكيم وحده لا يصلح سندا لإجراء التنفيذ الجبري، فهو ليس من الأعمال القانونية التي أعطاها القانون القوة التنفيذية

فالمشرع الجزائري قد أجاز الالتجاء إلى التحكيم، إلا أنه لم يذهب إلى إعطاء حكم التحكيم القوة التنفيذية، فحكم المحكمين وإن كان يحوز حجية الأمر المقضي بمجرد صدوره إلا أنه ليس له القوة التنفيذية التي تمكن المحكوم له من اقتضاء حقه جبرا. فالقوة التنفيذية لا تلحق حكم المحكمين إلا بصور أمر خاص بها يسمى أمر التنفيذ].
وتختلف أحكام وإجراءات تنفيذ حكم التحكيم وفقا لما إذا كانت تنظم هذه الأحكام اتفاقيات دولية أو ثنائية أو تشريعات وطنية.

أولا : تنفيذ حكم التحكيم وفقا للاتفاقيات الدولية الجماعية أو الثنائية:

بدل المجتمع الدولي جهدا كبيرا في توحيد أحكام الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، حيث عقدت عدت اتفاقيات دولية تتعلق بكيفية تنفيذ حكم التحكيم. وكان لهذه الاتفاقيات أثر فعال على القواعد الوطنية في توحيد الأحكام في هذا الخصوص، وسوف نتعرض إلى أهم هذه الاتفاقيات.

-1 بروتوكول جنيف في 24/09/1923.

إن أول محاولة في هذا الخصوص هو إبرام بروتوكول جنيف في شأن شرط التحكيم في 24/09/1923 م من طرف عصبة الأمم المتحدة، وصادقت عليه 53 دولة. ويتميز هذا البروتوكول بالاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة في شأن تحديد القانون الواجب التطبيق علي

¹ تنص المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه " لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي والسندات التنفيذية هي: 9 - أحكام التحكيم المأمور بتنفيذها من قبل رؤساء الجهات القضائية المودعة بأمانة الضبط "

إجراءات التحكيم، وتتعهد الدول المتعاقدة بتنفيذ أحكام التحكيم طالما تم هذا التحكيم بناء على اتفاق التحكيم.

2- اتفاق جنيف في 26/09/1927:

تمكنت عصبة الأمم من إبرام اتفاق جنيف في خصوص تنفيذ أحكام التحكيم الدولية والمبرم في 26/09/1927 م، وصادقت على هذا الاتفاق ما يقرب من 34 دولة.

3-الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي في 21/04/1961 م.

بتاريخ 21/04/1961 أبرمت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي بمجهودات منظمة الأمم المتحدة، والتي صادقت عليها 29 دولة أوروبية. والقصد من هذه الاتفاقية إيجاد تحكيم دولي على المستوى الأوروبي يتعلق بمنازعات التجارة الدولية فيما بين أطراف يقيمون أو تتركز أعمالهم في دول مختلفة من الدول الموقعة.

وخصت هذه الاتفاقية لوضع قواعد الاعتراف و تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، ونصت على هذا الأمر المادة التاسعة، حيث حظرت على الدول المتعاقدة الامتناع على الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي على سند صدور حكم ببطلانه في دولة متعاقدة أخرى إلا إذا توافر شرطان لعدم الاعتراف والتنفيذ هما:¹

1- أن تكون الدولة التي صدر فيها الحكم ببطلان حكم التحكيم إحدى الدول المتعاقدة في الاتفاقيات الأوروبية، وأن تكون هذه الدولة المتعاقدة هي التي صدر فيها حكم التحكيم أو الدولة التي صدر الحكم وفقا لقانونها.

2- أن يكون بطلان الحكم مؤسسا على أحد الأسباب المحددة على سبيل الحصر وهي:

أ-نقص أهلية أحد أطراف اتفاق التحكيم.

ب-بطلان اتفاق التحكيم طبقا لأحكام قانون الإدارة، أو قانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق.

ج-عدم إعلان طالب البطلان بتعيين المحكم، أو بإجراءات التحكيم أو عدم تمكينه من إعداد دفاع هـ.

¹ د حفيظة السيد الحداد:مرجع سابق، ص 505

د-الفصل في مسألة لا يتضمنها اتفاق التحكيم أو شروط التحكيم أو تجاوز مضمون اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم.

ه-تشكيل محكمة التحكيم بالمخالفة مع اتفاق الأطراف أو عدم مطابقة الإجراءات لما اتفق عليه الأطراف، أو لما تنص عليه المادة 04 من الاتفاقية عند عدم وجود اتفاق بين الأطراف.

4-اتفاقية الرياض العربية للتعاون الدولي في 06/04/1983:

أبرمت اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي بتاريخ 06/04/1983 ، لتحل محل اتفاقية الأحكام في 14/09/1952 والتي نظمتها جامعة الدول العربية بالنسبة للدول الموقعة عليها. تقضي اتفاقية الرياض بالاعتراف بالأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم أي دولة عربية هي طرف في الاتفاقية، وتقضي المادة 37 منها على أنه "مع عدم الإخلال بنص المادتين (28،30) من هذه الاتفاقية، يعترف بأحكام المحكمين وتنفيذها لدى أي طرف من الأطراف المتعاقدة بنفس الكيفية المنصوص عليها في هذا الباب مع مراعاة القواعد القانونية لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ¹".

ومن خلال النص يتضح أنه يقتصر على معالجة تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في داخل إحدى الدول الأعضاء بالاتفاقية. ويترتب على تطبيق نص المادة 37 السالفة الذكر هو حرمان السلطة القضائية في الدولة المراد تنفيذ الحكم بداخله من التعرض لموضوع النزاع محل حكم التحكيم، ذلك أن ما تملكه السلطة القضائية المختصة هو مجرد مراجعة الشروط الشكلية لحكم التحكيم

والجدير بالذكر أن حالات رفض تنفيذ حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 28 من اتفاقية الرياض، هي ذاتها الواردة باتفاقية نيويورك عام 1958 م كما سيتم تبيانها، إلا أن اتفاقية الرياض أضافت حالة جديدة من حالات رفض تنفيذ الحكم، هو عدم تنفيذ حكم التحكيم إذا كان مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية.

5-اتفاقية نيويورك المبرمة في 10/6/1958 م.

¹ اتفاقية الرياض لا تعترف بالأحكام التي تصدر على حكومة الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف بالحكم أو تنفيذه. وكذلك الأحكام التي تصدر على موظفي تلك الحكومة عن أعمال قام بها بسبب وظيفته أو في معرض القيام بها- الأحكام الوقتية والتحفظية-الأحكام الصادرة في قضايا الإفلاس والضرائب والرسوم.

تعتبر اتفاقية نيويورك أفضل ما توصل إليه المجتمع الدولي في مجال الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية. والجدير بالذكر أن اتفاقية نيويورك حلت محل اتفاقية جنيف لعام 1927 م، وبروتوكول جنيف لعام 1923 م.

وطبقا لنص المادة الأولى من اتفاقية نيويورك تسري القواعد التي تضمنتها علي أحكام التحكيم الصادرة في إقليم دولة غير الدولة التي يطلب إليها الاعتراف و تنفيذ الأحكام علي إقليمها. كما تسري أحكام اتفاقية نيويورك علي أحكام التحكيم التي لا تعتبر وطنية في الدولة التي يطلب الاعتراف وتنفيذ الحكم فيها.

ولا يشترط لتطبيق اتفاقية نيويورك صدور حكم التحكيم في دولة متعاقدة، بل يمتد حكمها إلي أحكام التحكيم الصادرة في دولة غير موقعة علي الاتفاقية، الأمر الذي أدى إلي توسيع نطاق تطبيقها في شأن مفهوم حكم التحكيم الأجنبي.

وتطبيقا لهذه الاتفاقية، فإن الحكم الصادر في نزاع بين أطراف أجنبية وتعلق بمعاملات تجارية دولية يجري تنفيذها في الخارج، فإن هذا الحكم يعد أجنبيا خاضعا لحكم اتفاقية نيويورك.¹ وتسمح الاتفاقية للدول الموقعة بالتحفظ بصدد نصوصها المنظمة للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وذلك باشتراط عدم إعمالها إلا بالنسبة لأحكام المحكمين الصادرة في دولة أخرى متعاقدة أي اشتراط المعاملة بالمثل، أو أن تقصر التزامها بالاعتراف وتنفيذ الأحكام علي ما يصدر في منازعات ناشئة عن علاقات قانونية عقدية بشرط أن تكون تجارية وفقا لقانونها الوطني.

ولعل أهم ما تضمنته اتفاقية نيويورك إقرارها مبدأ المعاملة الوطنية في شأن معاملة أحكام التحكيم الأجنبية معاملة الأحكام الوطنية. وهذا المبدأ يؤدي إلي التزام الدول المتعاقدة، الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم وفقا لقوانين المرافعات الوطنية السارية التطبيق داخل هذه الدول دون تمييز.

كما يترتب علي هذا المبدأ عدم إمكان الدول الموقعة علي الاتفاقية تطبيق أحكام أكثر تشددا علي أحكام التحكيم الأجنبية عن مثيلتها الوطنية.

¹ د حفيفة السيد الحداد: مرجع سابق، 504

ونصت المادة الثالثة من الإتفاقية على أنه " تعترف كل من الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وتأمر بتنفيذه طبقا لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ طبقا للشروط المنصوص عليها في المواد التالية.

ولا تفرض للاعتراف أو تنفيذ أحكام المحكمين التي تطبق عليها أحكام الاتفاقية الحالية شروط أكثر شدة ولأرسوم قضائية أكثر ارتفاعا بدرجة ملحوظة من تلك التي تفرض الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الوطنيين.

وتتبع إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم وفقا لقانون القاضي أي قانون الدولة التي يطلب تنفيذ الحكم فيها، مع مراعاة الحالات المحددة الموجبة لرفض التنفيذ. مع الإشارة إلى أن هذه الاتفاقية رغم ما قررته من التزامات على الدول المتعاقدة من التوفيق بين أحكام التحكيم الوطنية والأجنبية لم تقم بتسوية الأحكام بينها.

واشترطت المادة الرابعة من الاتفاقية أن يرفق طلب تنفيذ حكم التحكيم بالوثائق الآتية:

-أصل حكم التحكيم أو نسخة معتمدة منه.

-أصل اتفاق التحكيم أو نسخة معتمدة منه.

-ترجمة رسمية أو معتمدة، في حالة صدور حكم التحكيم المراد تنفيذه بلغة غير لغة الدولة المراد تنفيذ الحكم بداخلها.

وتتميز اتفاقية نيويورك بمرونة أحكامها ووضوحها، حيث أجازت لأي دولة متعاقدة التحفظ في تطبيق نصوصها الداخلية دون إهمالها في شأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية. بالإضافة إلى سهولة إتباع إجراءاتها، مما أدى إلى الإقبال على الانضمام لها من طرف الدول.

ثانيا: تنفيذ حكم التحكيم في التشريع الجزائري.

لقد قررت اتفاقية نيويورك السالفة الذكر على أن الدول المتعاقدة تعترف بحجية التحكيم وتأمر بتنفيذه طبقا للقواعد والأصول المتبعة في إقليم الدولة المطلوب التنفيذ على أرضها. وطبقا لنص المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فإن أحكام التحكيم تحوز حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه.

من حيث المحكمة المختصة:

وفقا للمادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فإن المحكمة المختصة بتنفيذ حكم التحكيم هي المحكمة التي يتلقى رئيسها بتلقي طلب الأمر بالتنفيذ، وهي المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها حكم التحكيم ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهيمه التعجيل.

حقيقة المقصود من الأمر بالتنفيذ: لا يعد بالأمر بالتنفيذ دليلا على صلاحية الحكم للتنفيذ الفوري، إنما وضع الصيغة التنفيذية عليه هي وحدها دليل هذه الصلاحية. وعليه لا ينظر في صلاحية الحكم للتنفيذ إلا عند تسليم صورته التنفيذية إلى المحكوم له بعد تذييلها بصيغة التنفيذ.

يجب على طالب التنفيذ أن يودع بأمانة ضبط المحكمة حكم التحكيم ونسخة من اتفاق التحكيم، وتوضح الصيغة التنفيذية على الحكم. وفي حالة رفض طلب التنفيذ يمكن للخصوم استئنائه في أجل 15 يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي وذلك وفقا للمادة 1035 الفقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويمارس القاضي وهو ينظر في إصدار أمر التنفيذ سلطة ولائية يباشرها دون مواجهة، وعليه بداية التحقيق من أن المستند المقدم له هو حكم تحكيم بالمعنى الصحيح، وليس عملا قانونيا آخر. وإذا تأكد من هذا فإنه ينظر في إصدار المر بالتنفيذ، ولا يتولى تحقيق القضية التي صدر فيها حكم التحكيم، وإنما تقتصر سلطته على التأكد من المشروعية الظاهرة للحكم. ويكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للاستئناف، أما الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ فلا يمكن استئنائه إلا في الحالات المحددة في المادة 1056 السالفة الذكر، وهذا إذا تعلق الأمر بأحكام التحكيم الأجنبية أو الصادرة في تحكيم دولي. ويلاحظ أن المشرع الجزائري فتح الباب لاستئناف الأمر الصادر بالتنفيذ، كما أنه توسع في الأسباب التي تبرر ذلك وهو في ذلك نهج ما اتبعه المشرع الفرنسي. فالمشرع فتح باب لاستئناف القرار الصادر بالتنفيذ في كل الحالات التي تبرر طلب البطلان.

-المستندات الواجب تقديمها: طبقا لحكم المادة 1052 من قانون الإجراءات المدنية و

الإدارية يتعين على طالب التنفيذ أن يرفق بطلبه مستندات محددة هي:

- أصل الحكم الصادر من هيئة التحكيم.

- صورة من اتفاق التحكيم وتودع الوثائق بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل.

- شروط تنفيذ حكم التحكيم:

لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم إلا بعد التحقق أنه:

- لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم الجزائرية في موضوع النزاع.

- أن لا يخالف النظام العام في الجزائر.

- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

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

- أن تكون المحاكم الجزائرية غير مختصة أصلاً بنظر النزاع محل حكم التحكيم.¹

¹ المادة 1053 من قانون الإجراءات المدنية

خاتمة

لقد أثار اللجوء إلى تسوية منازعات عقود الاستثمار التي تعبر استثنائية وذات طبيعة خاصة بالنظر إلى أطرافها وموضوعها وغاياتها واهدافها إلى المحاكم الوطنية للدولة المضيفة العديد من الصعوبات بالنظر إلى طبيعة المحاكم المحكم التي لم تكن متخصصة في المسائل الفنية المعقدة التي تبرز علاقات الاستثمار بالإضافة إلى هذا كان يسود القلق الذي يشعر به المستثمرون الأجانب اتجاه حيادية القضاء الوطني.

لذلك لا يحبذ المستثمرون الأجانب في الغالب عرض منازعاتهم على القضاء المحلي و إنما يفضلون الوسائل الدولية في تسويتها، لما تتسم به هذه الأخيرة من الحيادية و الانفتاح والتخصص و الالمام بالتقنية.

بين هذا وذاك وبين رغبة الدول النامية في جذب الاستثمارات الأجنبية ، سايرت هذه الأخيرة المستثمر الأجنبي في هذا الاتجاه رغبة منها في طمأنة المستثمرين وتكوين مناخ استثماري ملائم وجذب أكبر عدد منهم في ظل التنافسية العالمية في هذا المجال.

في انتظار نتيجة الحلول الإصلاحية التي انتهجتها في إصلاح أجهزة العدالة في الجزائر التي اعتمدت إنشاء قطب متخصص على مستوى المحكمة الابتدائية يتكون من قضاة متخصصين في منازعات التجارة الدولية و لما يرتبط بها من منازعات كالتأمين والبنوك إلا أن نتيجة هذه الإصلاحات لم تتطور بعد نظرا لضعف الإقبال على الاستثمار من الأجانب في ظل الضبابية التي تسود سياسة الاستثمار في الجزائر التي تعتبر سياسة تخوف وسياسة غير منفتحة مقارنة بسياسات الجيران .

إن لجوء المستثمر الأجنبي في حسم منازعاته مع الدولة المضيفة إلى القضاء الدولي لم يسجل تفعيله وتناسه مع حجم المنازعات الاستثمارية القائمة، بل انعدم في التوجه إليه في حالة قيام المنازعات مع البلدان النامية و ذلك نظرا لاختلاف الأطراف المتنازعة و تعلق ذلك الاختلاف

بالاعتبارات السياسية و الاقتصادية في العلاقة بين طرفي النزاع، بالإضافة إلى ارتباط حق الحماية الدبلوماسية بشرط توافر الجنسية لسيط مظلة الحماية من جهة، ووجوب استنفاد طرق التقاضي الداخلية من جهة أخرى، و لذلك تمخضت حتمية اختيار وتفضيل المستثمرين الأجانب اللجوء إلى التحكيم.

و لذلك يستوجب على البلدان أن تحتزز منه عند التعاقد و اللجوء إليه بفرض بنودها الاشتراكية التي تخدم مصالحها هي أيضا حتى يكون هناك توازن في معادلة المعاملة و المصالح المتبادلة بالتساوي بين طرفي العلاقة الاستثمارية أو في منازعاتها و لذلك يكون من الأجدر و الأفضل للبلدان النامية أن تراجع تشريعاتها الاستثمارية فيما يخص منازعاتها وفقا لتطبيق مبدأ المصلحة المشتركة و المتبادلة و العمل على إنشاء هيئة تحكيمية إقليمية خاصة يمكن اللجوء إليها عند قيام النزاع كبديل عن الهيئات المتواجدة حاليا.

قائمة المراجع و المصادر

المصادر

ا. القرآن الكريم

اا. المعاجم

1. ابن منظور ،لسان العرب ،تحقيق عبد الله علي الكبير ،محمد أحمد حسب الله

،هاشم محمد الشاذلي ، المجلد الثاني ، دار المعرفة ،القاهرة

ااا. القوانين والأوامر والقرارات والمراسيم

1. مرسوم رئاسي رقم 346 -

96 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995 ،تتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية واشنطن لسنة 1965

2. القانون رقم ،08-09 المؤرخ في 25 فبراير ،2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية

والإدارية، (الجريدة الرسمية، العدد ،21 المؤرخة في 23 أبريل ،2008

3. قانون رقم 16-09 المؤرخ في 3 أوت ،2016 المتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة

الرسمية، العدد رقم 46 الصادرة بتاريخ 03 أوت 2016م

4. قانون النقد والقرض رقم 90-10 المؤرخ في 14 أبريل 1990. الجريدة الرسمية،العدد

16 الصادرة في 27 أبريل 1990.

5. قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 / 06 / 2005 ،، المعدل والمتمم لأمر رقم (58-75

المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ،المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة

الرسمية عدد 44 ،الصادرة في 26 جوان 2005

6. الأمر رقم،01-03 المؤرخ في 20 أوت،2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، الجريدة

الرسمية، العدد رقم،47 الصادرة بتاريخ 22 أوت 2001م.

7. الأمر 58/75 المؤرخ 20 رمضان 1395 الموافق لـ 20 سبتمبر 1975 المتضمن

القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم بالأمر 05/07 ،ج ر العدد 31 ،الصادرة بـ

13 ماي 2007 .

8. اللائحة التنظيمية رقم 90-04 المتخذة في 08/09/1990 من طرف مجلس النقد و
القرض و الخاصة باعتماد الولاية و تجار الجملة
9. قواعد الحلول الودية لحل النزاعات لدى غرفة التجارة الدولية لعام

المراجع

I. الكتب المتخصصة:

1. أزداد شكور صالح، الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الإستثمار الدولية، الطبعة 1 الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان
2. حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار، دار هومة، الجزائر، 2010
3. د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية 1984، ص 488، د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الخامسة، 1988،
4. د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003
5. علاء أباريان ، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية ، " دراسة مقارنة " ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2008
6. د محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، 2007،
- 7.

II. الكتب العامة

1. د. عبد الرسول عبد الرضا، الاستثمار بين أجنبية رأس المال وجنسية المستثمر في ظل قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 المعدل ، جامعة بابل كلية القانون
2. أسعد طاهر أحمد، الوجيز في المالية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001

3. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان
4. د عيبوط محند وعلي ، الاستثمارات الاجنبية في القانون الجزائري، دار هومة ، الطبعة الثانية 2014
5. د. حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الأجنبية تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكمها، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، 6001 ،
6. د. عاطف النقيب، نظرية العقد، منشورات عويدات، بيروت، الطبعة الأولى.
7. د. عبد الحميد الاحدب، موسوعة التحكيم الجزائري، الجزء الثاني، سنة 1998، دار المعارف، بيروت
8. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الخامس، المجلد الثاني، دار احياء التراث العربي، بيروت
9. د. وليد عودة الهمشري، عقود نقل التكنولوجيا للالتزامات المتبادلة والشروط التقيدية، ط 3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2009
10. عبد الله عبد الكريم، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، ص 1 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان 2008
11. عبد القادر محمد عطية، دراسات الجدوى الاقتصادية والاجتماعية لمشروعات T.O.B، الطبعة الثانية 2000 ،الدار الجامعية، الاسكندرية،
12. عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008
13. ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار الأجنبي، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان،

14. مصطفى محمود ابو بكر ، المرجع في وظيفة الاحتياجات و إدارة الأنشطة اللوجستية في المنظمات المعاصرة ، مصر ، 2003-

15. هاني صلاح سري الدين ، التنظيم القانوني و التعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001

III. الرسائل والأطروحات

1. أحمد بوخلخال، نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون الدولي العام، جامعة الجزائر كلية الحقوق "بن عكنون"، الجزائر، 2012-2013،
 2. أستاذ نبهي محمد ، ماجيستر قانون خاص تخصص قانون الاعمال ،كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، الطرق الودية لتسوية النزاعات في الميدان التجاري بالنسبة للتشريع الجزائري و التشريعات المقارنة.
 3. الأستاذة جعيجع نبيلة. محاضرات التفاوض الدولي ، ، جامعة محمد بوضياف ،مسيلة ، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير - قسم العلوم التجارية LMD- سنة الثالثة مالية و تجارة دولية ، 2015/2016
 4. رولا تقي سليم الاحمد ، الوساطة لتسوية النزاعات المدنية في القانون الأردني " دراسة مقارنة " رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص ، كمية الدراسات القانونية العليا ، جامعة عمان ، 2008
 5. قداري فاطمة الزهرة، ضمانات الاستثمار في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال، جامعة محمد خيضر ، كلية الحقوقو العلوم السياسية. قسم الحقوق. بسكرة، 2015-
- 2016.

.IV. المجلات

1. دأنور محمد صدقي، المساعدة والدكتور بشير سعد زغول الوساطة في إنهاء الخصومة الجنائية "دراسة تحليلية نقدية" مجلة الشريعة والقانون، العدد الأربعون، أكتوبر، 2009
2. د علي الجاسم جميل الحوشان، تسوية المنازعات بين الشركة المتعددة الجنسيات والدول المضيفة، مجلة جامعة تشرين لمبحوث والدراسات العلمية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية المجلد 37 العدد 3 سنة 2015

3. محمد يونس الصائغ، "أنماط عقود الاستثمار النفطية في ظل القانون الدولي المالي" مجلة الرافدين للحقوق، العدد 46، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2010،

.V. الملتقيات

1. السيد حسن البدرابي، مستشار في قسم التشريع وزارة العدل القاهرة ، تسوية المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية ،ندوة الويبو الوطنية المتخصصة للقضاة و المدعين العامين و المحامين ،تنظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع وزارة الصناعة و التجارة صنعاء ، جمهورية اليمن ،12 و 13 يوليو 2004
2. د. سامي سرقيس، ندوة المحامين لألفية الجديدة، إتحاد المحامون العرب، سورية، دمشق، 2003
3. د. نايلة قمر عبيد، ورقة بعنوان عمل حول مشروع القانون العربي الموحد للتوفيق والمصالحة، بيروت في 28/02/2006، غير منشور

4. هاني محمد الباعوني ، مستشار قانوني ، مداخلة حول : الآليات و الوسائل

البديلة لحسم منازعات العقود التجارية

VI. المراجع الاجنبية

1. H. Broun & A. Marriott, A.D.R principales and practice, and see. K. mackie. Damille. W.march.T.Allen." the A.P.R Practice Guid " Commercial Dispute Resolutions – econdedition Butter Worths 2000
2. Lo.A. Mistelis, A.D. in England and Wales, Op.cit

فهرس

5.....مقدمة

مبحث تمهيدي: عقود الاستثمار و النزاعات الناشئة عنها

8.....المطلب الاول: ماهية عقود الاستثمار

8.....الفرع الاول: مفهوم عقود الاستثمار

14.....الفرع الثاني: اطراف عقود الاستثمار

17.....الفرع الثالث: انواع عقود الاستثمار

22.....المطلب الثاني: النزاعات الناشئة عن عقود الاستثمار

22.....الفرع الاول: النزاعات التي ترجع إلى الدولة المضيفة

25.....الفرع الثاني: النزاعات التي ترجع إلى المستثمر

27.....الفرع الثالث: وسائل الوقاية من منازعات الاستثمار

الفصل الاول: الوسائل الودية لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار

33.....المبحث الاول: ماهية الوسائل الودية لتسوية المنازعات الناشئة عنها

33.....المطلب الاول: تعريف الوسائل الودية وتطورها

33.....الفرع الاول: تعريف الوسائل الودية

36.....الفرع الثاني: تطور الوسائل الودية

38.....المطلب الثاني: مصادر ومميزات الوسائل الودية

38.....الفرع الاول: مصادر الوسائل الودية

43	الفرع الثاني: خصائص ومميزات الوسائل الودية.....
51	المبحث الثاني: انواع الوسائل الودية لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار.....
51	المطلب الاول: الوسائل التي تقتصر على الأطراف
51	الفرع الاول: التفاوض
56	الفرع الثاني: التشاور
58	المطلب الثاني الوسائل التي تتضمن تدخل الغير.....
59	الفرع الاول: التوفيق
61	الفرع الثاني: الوساطة
65	الفرع الثالث: الصلح.....

الفصل الثاني: الوسائل القضائية والتحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار

70	المبحث الاول: الوسائل القضائية لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار.....
70	المطلب الاول: القضاء الداخلي في تسوية منازعات الاستثمار
70	الفرع الاول: تنظيم الاختصاص في التشريع الداخلي و الدولي.....
72	الفرع الثاني: موقف المستثمر الأجنبي من القضاء الوطني.....
73	المطلب الثاني: القضاء الدولي في تسوية منازعات الاستثمار
73	الفرع الاول: القضاء الدولي
75	الفرع الثاني: الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار
78	المبحث الثاني: التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار.....
78	المطلب الاول: ماهية التحكيم التجاري الدولي.....
79	الفرع الاول: مفهوم التحكيم التجاري الدولي واساسه القانوني.....
89	الفرع الثاني: انواع التحكيم وتميزه عن غيره من الوسائل لحل النزاعات التجارية الدولية

93	المطلب الثاني: اتفاق التحكيم و شروط صحته واثاره
94	الفرع الاول: صور اتفاق التحكيم و شروط صحته
101	الفرع الثاني: اثار اتفاق التحكيم
104	المطلب الثالث: حكم التحكيم و طرق الطعن فيه
104	الفرع الاول: اصدار حكم التحكيم
107	الفرع الثاني: الطعن في حكم التحكيم في التشريع الجزائري
114	الفرع الثاني: تنفيذ حكم التحكيم في التشريع الجزائري
117	خاتمة
119	قائمة المراجع
125	الفهرس

ملفص

ان الاستثمار بالأهمية بما كان حاليا، حيث يعتبر من اهم ركائز التنمية التي تراهن عليها الدول خصوصا النامية منها لجلب اكبر عدد من المستثمرين واموالهم، لكن الامر ليس بالسهولة بما كان خصوصا في ظل البيروقراطية المستفحلة و الفساد في النظام القضائي وفي ظل هيمنة الشركات متعددة الجنسيات من جهة و الرغبة في الحفاظ على الثروات الوطنية و السيادة لهذه الدول، فالمستثمر الاجنبي يحتاج الى امان خصوصا في حال النزاع فيرغب في الوسائل الدولية لفض النزاع، و الدول المضيفة تحتاج هي ايضا الى امان و المحافظة على سيادتها فتترغب في بسط سيادتها على الاستثمار داخل حدودها فتترغب في فض النزاع داخليا وفق قانونها،

وبين المد و الجزر و تضارب المصالح يجب على الدول النامية ان تتوسط كل هذا لجلب اكبر عدد من المستثمرين وذلك بتطوير نظامها القضائي وتفعيل سبل الحلول الودية داخليا وبشكل مستقل و كذا التحكيم، واصلاح النظام القضائي واعادة هيكلته ليكون مواكبا للتطورات الحاصلة في العالم .