

الفصل الثاني:

القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار

يسعى المستثمرين الأجانب إلى تدويل العقد وإخضاعه للقانون الوطني على اعتبار أنهم الطرف الضعيف في العقد الذي يتوجب حمايته وسواء تم ذلك بإخضاعه لقواعد القانون الدولي العام أو قواعد التجارة الدولية.

و يرجع السبب في تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار، إلى رؤية البعض أن القيام بالاستثمار في دولة معينة يشتمل ضمناً على الرضا بتطبيق قانون هذه الدولة، حيث أنه القانون الأوثق علاقة بالعقد، وذلك إعمالاً بنظرية التركيز، والتي مؤداها أن القانون واجب التطبيق على العقد، هو القانون الذي يتركز فيه العقد، و أن نظرية التركيز تقوم على مكان تنفيذ العقد، وهو إقليم الدولة المتعاقدة، وعلى ارتباط هذا الأخير بالمصالح الأساسية للدولة المتعاقدة.

إن للتحكيم مفهوم واسع، و لحصره و لو نسبياً فلا بد من التطرق إلى بعض العناصر، وهي ماهية التحكيم لتبيان مفهومه اللغوي والاصطلاحي، و كذا خصائصه والمسائل التي لايحوز فيها التحكيم و نتعرض لأنواع التحكيم وتميزه عما يشابهه لكي نتمكن من تصنيف التحكيم الذي نحن بصدد دراسته.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

وسنتناول في هذا الفصل المتمثل في القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار ما

يلي:

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق في حال عرض النزاع على التحكيم.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق في حال عرض النزاع على المركز الدولي

لتسوية منازعات الاستثمار.

المبحث الثالث: القانون الواجب التطبيق في حال عرض النزاع على القضاء الوطني.

المبحث الأول:

القانون الواجب التطبيق في حال عرض النزاع على التحكيم

سنتناول في هذا المبحث الخاص بالقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار في حال عرض النزاع على التحكيم، و سنتكلم عن مفهوم التحكيم (المطلب الأول)، ثم نتعرف على القانون الواجب التطبيق (الفرع الثاني) وذلك من خلال:

المطلب الأول: مفهوم التحكيم

عرف التحكيم منذ قديم الزمن و كان النظام السائد في المجتمعات القديمة حيث لم يكن يوجد نظام قضائي فالأفراد كانوا يلجؤون بإرادتهم إلى رب الأسرة أو رئيس القبيلة لعرض نزاعاتهم عليه والفصل فيها وكانوا يرتضون بما يصدر عن المحكم وينفذون حكمه. إذ كان التحكيم هو الشكل الأول للقضاء في المجتمعات الأولى، قد توارى أمام سيطرة واحتكار الدولة لمهمة القضاء ولكن إزاء المشاكل التي تواجه الأفراد في تعاملهم مع مرفق القضاء سواء من حيث بطء إجراءات التقاضي والحاجة الملحة لفرض السرية على المعاملات خاصة التجارية منها، فظهرت الحاجة للعودة إلى التحكيم، ومن ثم أدركت جميع الدول المعاصرة لهذه الأهمية خصوصا الدول النامية التي تسعى لجلب المستثمرين بالنص في تشريعاتها على التحكيم كوسيلة لحل منازعات العقود الدولية لبث الطمأنينة في نفوسهم وإبعاد هواجس التحيز و ميل القضاء الوطني لحماية مصالح دولته محل العلاقة العقدية و التي تجمع الأطراف في المستقبل.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

وسنتكلم في هذا المطلب على تعريف بالتحكيم (الفرع الأول)، ثم بيان أنواعه (الفرع

الثاني)،

الفرع الأول: تعريف التحكيم:

«الحَكْمُ» هو اسم من أسماء الله تعالى، وقد ورد ذكر التحكيم في القرآن الكريم في

كثير من الصور منها قوله تعالى: (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من

أهلها). (1)

كما عرفه جانب من الفقه بأنه الاتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين

ليفصلوا فيه دون المحاكم المختصة.

يقول الفيلسوف اليوناني أرسطو: " إن أطراف الخصومة يستطيعون تفضيل التحكيم

على القضاء ذلك أن المحكم يرى العدالة بينما لا يعتد القاضي إلا بالتشريع". (2)

أما التحكيم فهو : (عقد يتفق الأطراف بمقتضاه على طرح النزاع على محكم، أي

شخص أو أشخاص يختارونهم أو تعيينهم المحكمة في بعض الأحوال، وذلك للفصل دون

المحكمة المختصة في كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة

علاقة قانونية معينة على أن يتضمن هذا العقد تعيين المحكمين أو تحديد طريقة تعيينهم ،

1- سورة النساء الآية 35.

2 - كليبي حسان، محاضرات في التحكيم التجاري الدولي، ملقاة على طلبة السنة الثانية ماستر، فرع قانون أعمال جامعة

محمد خيضر بسكرة ، سنة 2016-2017 .

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

وقد يرد هذا الاتفاق في صورة شرط أو بند في العقد، ويذكر في صلبه ويسمى شرط التحكيم).

ويعرف الأستاذ فيليب فوشار التحكيم على أنه: (اتفاق أطراف على عرض منازعاتهم للفصل فيه على هيئة خاصة هم الذين يختارونها).

أما تعريف القانون الجزائري فعرفه المشرع الجزائري في المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بأنه (الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم).⁽¹⁾

الفرع الثاني: أنواع التحكيم

يمكن أن يتخذ التحكيم عدة صور عند الممارسة العملية ، قد يكون اختياريا أو إجباريا، تحكيما بالقانون أو تحكيما بالصلح، يكون أيضا تحكيما حرا أو تحكيما مؤسسيا، و من حيث الإقليمية يقسم الى تحكيم وطني و دولي. كل هذه الأنواع سيتم الحديث عنها اعتمادا على ثلاثة معايير هي: من حيث الإلزام، من حيث التنظيم، ومن حيث الأساس المعتمد لفض النزاع.

أولا- من حيث الإلزام:

يمكننا التمييز في هذه الحالة بين نوعين هما: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري.

1 - القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية جريدة رسمية عدد 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008 .

1_ التحكيم الاختياري:

هو التحكيم الذي يلجأ إليه الخصوم إرادياً، أي دون إلزام من جهة معينة، وهذا هو الأصل العام في التحكيم التجاري الدولي، الذي يتم بناء على تراضي الخصوم بمقتضى قبولهم شرط التحكيم الوارد في العقد، أو باتفاق بينهم بعد وقوع النزاع.

2 _ التحكيم الإجباري:

هو التحكيم الذي يجبر فيه الخصوم على اللجوء إليه في نزعاتهم، وهو الاستثناء من التحكيم الاختياري، ومن حالاته اتفاقية برن المبرمة سنة 1961 والمتعلقة بنقل البضائع بالسكك الحديدية بين رعايا الدول المتعاقدة وغير المتعاقدة⁽¹⁾

ويكون التحكيم إجبارياً لدى غرفة التجارة الدولية في عقود المنشآت الصناعية والتوريدات ذات الشكل النموذجي⁽²⁾.

ثانياً - من حيث التنظيم:

نتطرق إلى التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي.

1 - محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن الصلح و الوكالة والخبرة، ط1 ، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2002 ، ص 149.

2 - منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1995، ص8.

1_ التحكيم الحر:

يطلق عليه التحكيم الخاص أو تحكيم الحالات الخاصة، ويعرف بأنه: " التحكيم الذي يقوم بإدارته الأطراف المعنية أو مستشاروها القانونيين دون تدخل منظمة مختصة".(1)

أو هو ذلك التحكيم الذي يعطي حرية كاملة للخصوم في تحديد القواعد والإجراءات التي يتبعها المحكم الذي يختارونه لكي يفصل في النزاع المطروح عليه وفقا لهذه القواعد سواء كانت إجرائية أو موضوعية و في المكان الذي يحدده بما لا يتعارض مع القواعد الآمرة أو النظام العام.

فهو تحكيم لا يختار فيه الأطراف هيئة دائمة التحكيم، وإنما يجري في حالات فردية وفق مشيئة الخصوم من حيث اختيارهم للمحكمين، وكيفية مباشرة إجراءاته ومكان انعقاده والقانون الذي يسري على النزاع.(2)

ومن أبرز قواعد التحكيم الحر في الوقت الحاضر في المجال الدولي، نجد القواعد التي وضعتها لجنة قانون التجارة الدولية (unicitral) فتكفل للأطراف النزاع القواعد الإجرائية لإتباعها في التحكيم الحر.(3)

1- نبيل أنطاكي، التحكيم الحر والمؤسسي، واتفاقات التعاون بين مؤسسات التحكيم، ورقة عمل مقدم لندوة، ، سنة 2001، ص 3.

2- أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، ط1، القاهرة، دار الفكر العربي، 1981، ص 21.

3- عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، الطبعة الأولى، دار هومة، سنة 2007، ص 276، 277.

2_ التحكيم المؤسسي:

ويسمى أيضا التحكيم النظامي وهو التحكيم الذي يجري في إطار مراكز ومؤسسات

تحكيم دائمة.(1)

فيكفي وفقا لهذا التنظيم، اتفاق الأطراف المتنازعة على اللجوء إلى إحدى تلك الهيئات،

لتقوم تلك الهيئة بعد ذلك بتولي التحكيم وفقا لقواعد وإجراءات محددة تقوم بوضعها مسبقا.(2)

فالإحالة إلى أحد هذه المراكز تعني في الأصل الأخذ بقواعد موحدة، إلا إذا جاز

النظام مخالفتها، إضافة إلى إعفاء أطراف الاتفاق التحكيم من التصدي لكل التفاصيل في

شرط التحكيم و الاكتفاء بما ورد في شأنها في نظام التحكيم المختار.(3)

موقف المشرع الجزائري: تناول المشرع الجزائري التحكيم دون التفرقة بين التحكيم الحر

والتحكيم المؤسسي، إذ وضع تنظيما عاما للتحكيم الداخلي والدولي وترك للأطراف حرية

تبني أي نظام تحكيمي يروونه مناسباً، وهذا ما نصت عليه المادة (458) مكرر 2 من قانون

إجراءات مدنية: " يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي...".

أما في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية فنصت المادة (1041) على أنه "

يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي..."، فمن هنا يتبين أن المشرع

1- كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، ط1، القاهرة، دار الفكر العربي، 199، ص 29.

2 - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، قواعد وإجراءات التحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، كلية الحقوق 1993، ص 59.

3 - محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 230.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

الجزائري لم يغير من موقفه السابق في ترك الحرية التامة للأطراف في تبني أي نظام تحكيمي يروونه مناسباً وملائماً لحل نزاعهم.⁽¹⁾

فالجزائر لا تملك أي مركز أو مكتب أو جمعية للتحكيم، إلا أنه بموجب المرسوم التنفيذي رقم (94-96) المتضمن إنشاء الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، و التي أعطى لها صلاحية إحداث مؤسسة للمصالحة والتحكيم، وذلك بموجب نص المادة (5) من هذا المرسوم.⁽²⁾

ثالثاً - من حيث الأساس المعتمد لفض النزاع:

هنا نقوم بدراسة التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح.

1_ التحكيم بالقانون:

هو التحكيم الذي يتم فيه الفصل في موضوع النزاع بناء على أحكام القانون، فيمارس المحكم سلطة القاضي في تطبيق أحكام القانون على النزاع.⁽³⁾

الأصل في التحكيم أن يكون تحكيمياً بالقانون ما لم يتفق الأطراف على تعويض هيئة التحكيم سلطة الفصل في المنازعة وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف.⁽¹⁾

1- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 21، الصادرة في 23 أبريل 2008.

2- مرسوم التنفيذي رقم 94-96، المؤرخ في 14 شوال 1416 الموافق ل 03 مارس 1996، يتضمن إنشاء الغرفة الجزائرية للتجارة و الصناعة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المؤرخة في 06 مارس 1996، عدد 16.

3 - عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، الطبعة الأولى، بيروت لبنان ، سنة 1998، ص 108.

2_ التحكيم بالصلح:

فهو تحكيم لا يتقيد فيه المحكم بقواعد القانون الموضوعي للفصل في النزاع المعروض عليه، بل يفصل فيه طبقا لقواعد العدالة.(2)

موقف المشرع الجزائري: إن مشرعنا تطرق لتحكيم بالصلح في المادة (972) مكرر من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث جاء في نصها: "يتم اجراء الصلح بسعي من الخصوم أو بمبادرة من رئيس تشكيلة الحكم بعد موافقة الخصوم"، وتعني أن المحكم يطلب من الأطراف اجراء هذه العملية برضى الطرفين .

أما في ظل قانون (08-09) المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد تولى المشرع الجزائري عن موقفه في مسألة المفوض بالصلح، فنصت المادة (1023) منه على أن يفصل المحكمون وفقا لقواعد القانون.

1 - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 118.

2- محمد محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، مصر، 1990، ص 39.

رابعاً- من حيث الإقليمية:

وهنا نفرق بين نوعين هما:

1_التحكيم الوطني:

هو التحكيم الذي يتعلق بنزاع وطني في جميع عناصره, حيث يعين له محكمين وطنيين يصدرون حكمهم داخل الدولة وفقاً لإجراءات وطنية مع تطبيق قانون وطني ولا يثير أية صعوبة لأنه يخضع للقانون الوطني ولا ينفذ خارج إقليم الدولة ولا يجوز للقاضي ان يتصدى لموضوع النزاع حيث يقتصر دوره على البحث عن مدى توافر الشروط اللازمة للتنفيذ و خصوصاً مدى اتفاق متطلبات التنفيذ مع النظام العام و الآداب العامة في الدولة.

2_التحكيم الدولي:

يكون بين أطراف ينتمون لدول مختلفة أو ينتمون لدولة واحدة ولكن يتعلق نزاعهم بأموال أو مشروعات موجودة في دول أخرى.

ويثير عدة صعوبات في تحديد القانون الواجب التطبيق مثلاً على اتفاق التحكيم وإجراءاته و موضوع النزاع و تحديد مكان التحكيم و كذا أسماء و جنسيات المحكمين حيث يصعب تحديد انتماء هذا النوع من التحكيم لدولة بعينها دون دولة أخرى(1).

1- كليبي حسان، المرجع السابق.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق

يقصد بالقانون الواجب التطبيق القانون الذي يلتزم بمقتضاه المحكم اصدار حكم للحسم في موضوع النزاع حيث يمكن ان يكون اتفاق التحكيم محددًا له فان لم يوجد اتفاق يطبق المحكم القانون الذي يراه مناسبًا وذلك حسب المادة 17 من نظام غرفة التجارة الدولية اما اذا كان العقد يدخل في نطاق اتفاقية دولية مثل اتفاقية فيينا فانه يلتزم بأحكام الاتفاقية .

كما يلتزم المحكم اصدار قرار في المدة المحددة للتحكيم كما يلتزم بمراعاة المبادئ الأساسية للتقاضي حيث يستوجب احترام مبادئ اساسية نذكر منها حق الدفاع وكذا المعاملة الحسنة للخصوم على قدر المساواة و اتخاذ اجراءات التحقيق بحضور جميع المحكمين .

والمقصود بدولية الحكم التحكيمي حسب المادة 1039 ق ا م اج التحكيم الدولي انه (يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل)

يتعلق بمجال التحكيم حيث ان الاخذ بحرفية النص تقتصر على المصالح الاقتصادية لدول او لدولتين على الاقل بحيث يستثنى من التحكيم الدولي المصالح الاقتصادية لأشخاص القانون الخاص كالشركات ذات الجنسيات المختلفة أو الأفراد التابعين لدول مختلفة بل و حتى اشخاص القانون العام غير الدول. غير أننا نعتقد بأن المشرع الجزائري لم يرد منح هذا المفهوم للتحكيم التجاري الدولي.

الفرع الأول: اختصاص محكمة التحكيم:

يستمد مبدأ اختصاص المحكم في الفصل في اختصاصه من مصادر عديدة سواء كانت معاهدات دولية، قوانين وطنية ومن لوائح التحكيم⁽¹⁾، وإذ تنص العديد من القوانين الوطنية منها المعاصرة والمنظمة للتحكيم على مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه ومن بينها القانون المصري، السويسري، والبلجيكي كما نص عليه المشرع الجزائري في القانون الإجراءات المدنية السابق في المادة (458) مكرر (7) و تقابلها المادة (1044) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد و التي تنص: " تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها و يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع. تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبط بموضوع النزاع " .

لا تتضمن اتفاق انشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار قواعد موضوعية لحل النزاعات فهي توفر فقط قواعد اجراءات لتسوية المنازعات.

ولقد لعبت مسائل اختيار القانون دورا هاما في ممارسات هيئات التحكيم فتطبيق النظام القانوني الصحيح هو مطلب اساسي لاصدار حكم تحكيمي شرعي ولفشل في تطبيق القانون الصحيح و المناسب يعد افراطا في استعمال السلطة و قد يؤدي الي ابطال الحكم الصادر .

1 - عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، دار هومه، الجزائر، ص42،41.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

وقد اوجبت الاتفاقية على هيئات تحكيم المركز الفصل في النزاع المطروح امامها بما يتفق مع قواعد القانون المتفق عليها بين الاطراف و في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق يقومون بتطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار بالاضافة الى القواعد المناسبة في القانون الدولي.

تتشكل لجنة التحكيم حسب الطلب من عضو واحد أو أكثر بعدد فردي و ذلك لترجيح الكفة لأحد اطراف موضوع النزاع و لتجنب المساواة بين أعضاء الهيئة التحكيمية .

إذا اتبع إجراء التحكيم توجه اللجنة الطرفين لحل يقبلانه و يقع على الطرفين التعاون بحسن النية في المركز في المكتب الرئيسي للبنك أو في أية مؤسسة أخرى نفس الشيء للتحكيم، وتحدد اللجنة نفقات ومصاريف تسوية النزاع التي تكون على عاتق أعضائها حسب المادة 60.

أما إذا اتبع إجراء التحكيم فمحكمة التحكيم تحدد اختصاصها و تفصل طبقا للمادة 42 بمبدأ سلطان الإرادة أي أعمال القواعد القانونية المتفق عليها، وعند غياب ذلك تفصل بقواعد مكملة هي القانون الداخلي للدولة ومبادئ القانون الدولي المادة 41، ليصدر حكم بأغلبية الأصوات المادة 48.

وليس للمحكمة رفض الفصل بداعي غياب القانون القابل للتطبيق عملا بنص المادة 42 ووضعت قواعد مكملة تتمثل في القانون الداخلي للدولة الطرف في النزاع ومبادئ القانون الدولي حسب المادة 41.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

يمكن للمحكمة أن تفصل في طلب تفسير مضمون حكم التحكيم المادة 50، ولها إعادة النظر فيه إذا اكتشفت واقعة مجهولة من شأنها التأثير على الحكم مع وقف تنفيذه لنفس الأسباب.

وهناك أسباب لإبطال الحكم بطلب إلى الأمين العام خلال 120 يوم من صدور وهي:

- عيب في تشكيل المحكمة.

- ارتشاء احد أعضاء المحكمة ويبدأ الميعاد من يوم اكتشاف الارتشاء.

- تجاوز المحكمة حدود سلطاتها بشكل واضح.

- مخالفة الإجراءات الأساسية مخالفة جسيمة.

وعملا بالمادة 54 فكل دولة متعاقدة ملزمة بالاعتراف وتنفيذ الحكم الصادر وما يتضمن من التزامات مالية بعد الحصول على صورة معتمدة للحكم من الأمين العام.

طبقا للمادة 59 من الاتفاقية فإن النفقات التي يتحملها الطرفان مقابل الاستفادة من خدمات المركز يحددها الأمين العام، و يكون لمحكمة التحكيم تحديد أتعاب و مصاريف أعضائها.

مع العلم أن الجزائر ترددت في الانضمام إلى هذا المركز و هذا لكونه:

- من وضع الدول المتطورة.

-تكاليف التحكيم باهظة .

-البعد عن مقر المركز.

وسبب ذلك هو نص المادة 62 من الاتفاقية التي تنص على عملية التحكيم و تجري

في مقر المركز .

يعتبر تنفيذ الحكم هو الهدف النهائي من نظام التحكيم ككل فكل ما يمر به النظام

التحكيمي من مراحل تنصب في هذه المرحلة الأخيرة التي تترجم الحل النهائي للنزاع فيما

بين الأطراف.(1)

بعد صدور الحكم التحكيمي قد يقوم المحكوم عليه بتنفيذ اختياره و قد يمتنع عن ذلك ,

فيضطر المحكوم له إلى تنفيذه جبرا و اذا كان من المقرر انه لا يجري تنفيذ جبري بغير

سند تنفيذي فإن حكم التحكيم وحده لا يصلح سندا لإجراء التنفيذ الجبري و حتى و إن كان

يحوز حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدوره لأنه ليس من الأعمال القانونية التي أعطاه

القانون القوة التنفيذية فالقوة التنفيذية لا تلحق حكم المحكمين الا بصدور أمر خاص بها من

قضاء الدولة يسمى بأمر التنفيذ.

لقد اتجه القضاء الفرنسي إلى تقرير الاستقلالية التامة لاتفاق التحكيم عن طريق

استقلاليته عن كل قانون وطني وهذا بمناسبة الحكم في قضية " Gosset " وذلك بإبعاده

عن تطبيق منهج تنازع القوانين الذي يعد أقدم ظهورا، وبمقتضاه أن تحديد القانون الواجب

1 - أحمد إبراهيم إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية مصر، 1997 ص 345.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

التطبيق يتوقف على تحديد طبيعة المسألة المتنازعة عليها ثم تطبيق عليها ضابط الإسناد في قاعدة التنازع التي تم إدراجها فيها، وإحلال محل هذا المنهج منهاجاً آخر سمي بمنهج القواعد المادية، و الذي يتمثل في القواعد التي تقدم بصفة مباشرة وبشكل ملموس حلال لمسألة القانونية المطروحة، وهذه القواعد تسمح بتقدير وجود وصحة اتفاق التحكيم وهي عكس قواعد التنازع التي تقدم حلولاً غير مباشرة وبصفة مجردة. و سنتطرق الى دور المحكم في تطبيق القانون المختار من المتعاقدين و ذلك في حالة وجود ارادة صريحة و أخرى ضمنية و كيفية الفصل في كل من الارادتين.

انفرد مشرعنا الجزائري في ظل القانون القديم بالحل الذي خص به اتفاق التحكيم في مسألة القانون الواجب التطبيق عليه بالجمع بين القواعد المادية وطريقة تنازع القوانين وذلك من خلال نص المادة (458) مكرر، والذي قدم فيها ثلاثة حلول بالتناوب وهي:

- تقدير صحة اتفاق التحكيم وفقاً للقانون المختار وبذلك يكون قد كرس مبدأ سلطان

الإرادة المعترف به دولياً.

- إخضاعه للقانون المنظم لموضوع النزاع، أي لقانون العقد الأصلي.

- إخضاعه للقانون الجزائري.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

رغم أنه متوافق لما هو مقرر في اتفاقية نيويورك إلا أنه يتناقض مع نص المادة (458) مكرر 14 السالفة والتي تجعل للمحكم سلطة اللجوء مباشرة لتطبيق المبادئ العامة للقانون و أعراف التجارة الدولية.(1)

لكن المشرع الجزائري قد تظن في ظل القانون الإجراءات المدنية و الإدارية وذلك في الفقرة الثانية من المادة (1040) و التي تنص على أنه: " تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً".

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد غير الحل الثالث السابق بالقانون الذي يراه المحكم ملائماً، وبذلك يكون موفقاً.

الفرع الثاني: القواعد الإجرائية في ظل التشريع الجزائري:

سنقوم بدراسة القواعد الإجرائية، وكذا القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

أولاً- من حيث ضبط إجراءات التحكيم:

ففي ظل القانون القديم نصت عليها المادة (458) مكرر (9) أما في القانون الإجراءات المدنية والإدارية، فنصت المادة (1043) على انه يمكن أن يضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استناداً على نظام التحكيم،

1 - كمال سمية، تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار عن طريق التحكيم، محاضرة في الملتقى الدولي للتحكيم التجاري الدولي، جامعة بجاية.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

وكما يمكن إخضاعها إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم، وإذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم .

ثانياً_ القانون المطبق على موضوع النزاع:

إن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المعروض على التحكيم، يعد من المسائل الجوهرية، وذلك لما لهذا الأمر من أهمية في فض النزاع، فنصت عليه المادة (458) مكرر(14) من القانون القديم، أما في ظل قانون إجراءات المدنية والإدارية، فتناولته المادة (1050) وأخضعته للقانون المختار من

الأطراف، وهذا ما يجعل التحكيم كليا خاضعا لمبدأ سلطات الإدارية في هذا الجانب، وإذا لم يتفق على القانون الواجب التطبيق، فتفصل المحكمة حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة.⁽¹⁾

الفرع الثالث: أجال الفصل في الخصومة التحكيمية ونهايتها.

نتناول في هذا المقام أجال الفصل في الخصومة التحكيمية وثم نتطرق لحالات انتهاء التحكيم.

1 - مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص ، الطبعة رقم 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ص 103.

أولاً- ميعاد الفصل في الخصومة التحكيمية:

ينص القانون على صحة اتفاق التحكيم حتى إذا لم يحدد أجلا لإنهائه، وفي هذه الحالة يحدد أجل أربعة أشهر ابتداء من تعيين المحكمين أو من إخطار المحكمة التحكيمية، غير أنه تمديد هذا الأجل باتفاق الأطراف أو من قبل رئيس المحكمة، ولا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الأجل إلا بإجماع الأطراف وهذا ما نصت عليه المادة (1018) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانياً- نهاية الخصومة التحكيمية: نصت المادة (1024) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على انه تنتهي الخصومة بنهاية اجلها عندها يقرر المحكمين وضع حد للمرافعات ووضع القضية في المداولة، وعلى المحكمين أن يخبروا الأطراف مسبقا بهذا التاريخ ليتسنى لهم تقديم وسائل دفاعهم في الآجال المحددة قانونا وهذا احتراما لحقوق الدفاع.

كما تنتهي الخصومة بحدوث أسباب أخرى، كوفاة احد المحكمين، أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تنحيته أو حصول مانع له، ما لم يوجد شرط مخالف أو إذا اتفق الأطراف على استبداله أو تكليف المحكمين الآخرين بذلك، وفي حالة عدم وجود اتفاق يلجئ لرئيس المحكمة. (1)

1 - عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، دار الفكر للطباعة و النشر ، بيروت ، لبنان ، ص 426.

الفرع الرابع: صلاحيات المحكمة التحكيمية.

نتناول في هذا المطلب سلطات المحكمة التحكيمية ثم مجال تدخل القاضي فيها.

أولاً- سلطات المحكمة التحكيمية.

تظهر السلطات المحكمة خاصة من خلال إقرار الاختصاص من عدمه، وكذا من سلطة اتخاذ الإجراءات المؤقتة أو التحفظية أو كيفية تقديم الأدلة.

1- الفصل في الدفع المتعلق بالاختصاص:

ففي قانون الإجراءات المدنية نصت عليه المادة (458 مكرر 7 تقابلها المادة (1044) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي تنص : "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها ويجب اثاره الدفع بعدم الإختصاص قبل أي دفاع في الموضوع. وتفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الإختصاص مرتبطا بموضوع النزاع".

وهذه القاعدة ترمي إلى منح أقصى فعالية إلى هذا النوع من طرق فض النزاعات بإعطاء الحرية الكاملة للمحكم من اجل النظر في صلاحية محتوى و مدى اتفاقية التحكيم التي سيفصل في النزاع على أساسها.

2- اتخاذ الإجراءات المؤقتة أو التحفظية:

ورد في نص المادة 458 مكرر 9 أما في قانون الإجراءات المدنية وتقابلها المادة (1046) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص: " يمكن لمحكمة التحكيم أن

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك ."

وإذا لم يقر الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إرادياً، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي، حيث يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطالب.

3- سلطة هيئة التحكيم في مجال الإثبات:

نصت المادة (458 مكرر 10) من قانون الإجراءات المدنية على أنه : " محكمة التحكيم تباشر بنفسها تقديم الأدلة " في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية فتتص المادة (1047) على أنه : " تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة "

وبهذا يكون قد أعطي لمحكمة التحكيم سلطة واسعة وإيجابية في إيجاد الدليل ومنحها صلاحيات موسعة، وبكافة الطرق والوسائل القانونية الممكنة.

ثانياً- تدخل القاضي أثناء إجراءات التحكيم:

بمجرد بدء التحكيم تنتهي إمكانية تدخل القاضي الوطني وفقاً للطابع الليبرالي للنصوص التشريعية الجزائرية، غير أن المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تمنح القضاء إمكانية التدخل متى استلزم الأمر ذلك و نذكر :

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

1- إذا أمرت محكمة التحكيم بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك ولم يقر الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إرادياً جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي .

2- يمكن للقاضي كذلك إخضاع التدابير المؤقتة أو التحفظية إلى تقديم ضمانات ملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير .

3- الأصل أن تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة أما إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطات القضائية في تقديم أو تمديد مهلة المحكمة أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى، جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة أو للطرف الذي يهمله التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم أن يطلب بموجب عريضة تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي .

الفرع الخامس: مآل الخصومة التحكيمية في ظل التحكيم التجاري الدولي.

تنتهي الخصومة التحكيمية بصدور الحكم التحكيمي وتبليغه للأطراف وبهذا يدخل التحكيم مرحلته الأخيرة والمتمثلة في الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه وكذا طرق الطعن في هذه الأحكام .سنحاول الحديث عن الحكم التحكيمي ، ندرس فيه اعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي، نتحدث عن طرق الطعن فيه وكل هذا في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أولاً- تعريف الحكم التحكيمي:

يعد حكم التحكيم بمثابة قرار تتخذه المحكمة التحكيمية لإنهاء موضوع النزاع المطروح عليها فهو بذلك ثمرة عملية التحكيم.

وذهب جانب من التشريعات والفقهاء إلى تسميته بالقرار وجانب آخر إلى تسميته بالحكم وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري.

فإذا كان المحكم يصدر حكمه بعد إقفال باب المرافعة وهذا بعد دراسة معمقة لموضوع النزاع استنادا إلى القانون واجب التطبيق ، أما إذا كان التحكيم يجرى من قبل عدة محكمين فلا بد من إجراء مداولة بينهم قبل اصدار حكمهم⁽¹⁾

والمداولة عبارة عن مناقشة تتم بين أعضاء هيئة التحكيم إذا تعددوا للإتفاق على وجه الحكم في الدعوى، وتكون المداولة سرية ولا يجوز اشراك شخص آخر مع المحكمين، كالخبراء أو المستشارين، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 1025 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي تنص: " تكون مداولات المحكمين سرية " وكما تصدر بأغلبية الأصوات طبقا لنص المادة 1026 من نفس القانون.

1 - مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، قسم الوثائق و الدراسات القانونية و القضائية ، عدد 2 ، لسنة 2013 ص54.

ثانيا- شكليات الحكم التحكيمي.

قد اشترطت غالبية القوانين والأنظمة التحكيمية عدة شروط شكلية أو موضوعية يجب

توفرها في الحكم التحكيمي

1- الكتابة:

تنص الأنظمة التحكيمية الدولية على ضرورة إصدار حكم التحكيم كتابة لكي يتسنى

إيداعه لدى المحكم المختصة لإضفاء صيغة التنفيذ عليه، وهو ما نصت عليه صراحة

قواعد القانون النموذجي في مادته (31) وكذا في المادة (2/48) من اتفاقية واشنطن لتسوية

منازعات الاستثمار. (1)

أما المشرع الجزائري فنستخلص ذلك ضمن المادة (1027) من القانون لإجراءات

المدنية والإدارية و التي تنص: " يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا لإدعاءات

أطراف و أوجه دفاعهم " وكذا في المادة (1029) من نفس القانون و التي تنص : " توقع

أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين.... "

2- لغة تحرير الحكم:

لم تشر غالبية القوانين و الأنظمة التحكيمية إليها، إنما حددت لغة التي يتبعها

المحكّمين في إجراءات التحكيم، مؤكدة على مبدأ سلطان الإرادة للأطراف في هذا الشأن.

1 - فوزي محمد السامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، ص 301.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

هنا يستوجب على طالب التنفيذ إذا كان الحكم أو الإتفاق المشار إليهما غير المحرر

في لغة البلد الرسمية المطلوب إليها التنفيذ، أن يقدم ترجمة لهذه الأوراق بلغتها⁽¹⁾

3- المدة المقررة لصدور الحكم: نظرا لما يتميز به التحكيم من سرعة الفصل في

المنازعات فإن أغلبية القوانين الوطنية و الاتفاقيات الدولية التحكيمية تحديد مدة معينة على

المحكمة التي يصدر خلالها حكمهم الذي يضع حدا للنزاع، وهو ما نص عليه مشروع

الجزائري في المادة(1018) من نفس القانون، على أن المدة هي (4أشهر) تبدأ من تاريخ

تعيين المحكمة أو إخضاع محكمة التحكيم، وهذا في حالة عدم اتفاق أطراف على اجل

لإنهائه، و يكون هذا الأجل قابلا للتمديد لموافقة الأطراف أو وفقا لنظام التحكيم، وفي غياب

ذلك بأمر من رئيس المحكمة المختصة.

4- مشتملات الحكم التحكيمي:

تنص المادة (1027) من نفس القانون على : " يجب أن تتضمن أحكام التحكيم

عرضا موجزا لإدعاءات الأطراف وواجب دفاعهم، ويجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة "

أي يجب أن يتضمن حكم التحكيمي على منطوق الحكم و طلبات الحضور

ومستنداتهم وذكر أسباب الحكم.

وقد أوجبت التسبيب العد يد من التشريعات كالمصري في المادة (2/43) من قانون

التحكيم، والمادة (2) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

1 - عبد الفتاح مراد،، شرح تشريعات التحكيم، ط1 ،دار الوثائق، الإسكندرية ، مصر ص 333.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

وبناء على ما تقدم فإن عدم تسبب القرار التحكيمي يؤدي إلى بطلانه وهو بطلان متعلق بالنظام العام.

يجب أن يشمل قرار المحكمة على توقعاتهم، وذلك أن التوقيع يعد دليلا على الموافقة الحكم، في حالة امتناع أو تعذر على التوقيع عليه، فيجوز التوقيع من أغلبية.

5 - المحكمين

أما في التشريع الجزائري فنصت على ذلك المادة (1029) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، بقولها: " توقيع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين وفي حالة أقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك، ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين "

كما نصت المادة (1028) من نفس القانون على أن يتضمن حكم التحكيم على

البيانات التالية:

- اسم ولقب المحكم أو المحكمين.

- تاريخ صدور الحكم.

- مكان إصداره.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

- أسماء و وألقاب الأطراف، موطن كل منهم و تسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي.

- أسماء و الألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف عند الاقتضاء.

ثالثا- آثار الحكم التحكيمي:

تترتب على صدور الحكم التحكيمي أثارا بالنسبة لطرفي النزاع وكذا بالنسبة للمحكمة التحكيمية.

1- بالنسبة لطرفي النزاع:

إن أثر الحكم التحكيمي بين الخصوم كأثر الحكم القضائي، إن أول أثر للحكم التحكيمي هو التزام الطرفين بتنفيذه و أما الأثر الثاني هو اكتساب الحكم التحكيمي لدرجة القطعية معنى ذلك أن المسألة التي تم الفصل فيها لا يمكن بأي حال من الأحوال طرحها من جديد أمام القضاء و أمام المحكم بحيث يكتسب الحكم التحكيمي حجية الأمر المقضي منذ صدوره، وأن هذه الحجية تكون في حدود موضوع النزاع و بالنسبة للأطراف المتنازعة، و ذلك حسب المادة (1031) من نفس القانون تنص: " تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه " .

2- بالنسبة للمحكمة التحكيمية:

المحكم ليس كالقاضي، وذلك أن مهمته تنتهي بانتهاء ما أسند إليه من مهام تحكيمية، و لو صدر حكم بعد ذلك يقضي ببطلان حكمه، حيث تنص المادة (1039) من نفس القانون على : " يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه " .

كما نص التشريع الفرنسي على أن القرار ينهي ولاية الحكم على النزاع الذي تم حسمه و انتهاء الولاية تعني عدم إمكانية الرجوع مرة ثانية للنظر أو إعادة النظر في النزاع وفي قرار التحكيمي أي انتهاء ولاية المحكم بإصدار الحكم التحكيمي بالنسبة للموضوع وتنص على إمكانية تصحيح الأخطاء المادية أو إكمال النقص الذي قد يعتري الحكم، أو أن يقوم المحكم بتفسير القرار الذي اتخذه⁽¹⁾ وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة (1030) في فقرتها الثانية و التي تنص: " غير أنه يمكن للمحكم تفسير الحكم، أو تصحيح الأخطاء المادية أو الإغفالات التي تشوبه.....".

رابعاً- الاعتراف بالحكم التحكيم التجاري الدولي و تنفيذه:

لعل الاهتمام بتنفيذ حكم المحكمين من أولى الموضوعات أهمية ذلك أن المحك في نجاح نظام التحكيم و التسليم بأفضليته لكل المنازعات ذات الطابع الدولي، هو تنفيذ أحكام التحكيم خارج الدولة التي صدرت فيها، ورغم الجهود المبذولة في تنفيذها إلا أنه ظهرت اختلافات في الاتجاهات المتبعة له.

ويمكن إجمالها في اتجاهين:

الاتجاه الأول: أن الحكم التحكيمي مفاده لا ينتج أثره وإنما لا بد من رفع دعوى جديدة من أجل الحصول على الحق، ونظامهم هذا يسمى " **بنظام المراجعة** " .

الاتجاه الثاني: يأخذ بفكرة الأمر بالتنفيذ ، ويقصد به أن الحكم التحكيمي التجاري الدولي يمكن تنفيذه بتوافر شروط معينة و إتباع إجراءات محددة ، وهذا النظام سمي " **بنظام المراقبة** ". ونظرا لإيجابياته فقد اتبعته عدة دول منها فرنسا و الجزائر .

ويكاد يجمع المؤلفون على أن غالبية الأحكام التحكيمية يتم تنفيذها على الفور و بشكل رضائي، لكن أحيانا أمام تعنت الطرف الذي صدر حكم التحكيم ضده فكان من الضروري تدخل الدولة لضمان تنفيذه ويكون ذلك بالأمر بالتنفيذ الذي يعد الضوء الأخضر للاعتراف بالحكم و تنفيذه.

إن اتفاقية نيويورك المبرمة بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، والتي باءت بمثابة قانون عالمي تتبناه معظم الدول لذا سنحاول التركيز على قواعدها. (1)

تنص المادة(1031) من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أن الحكم التحكيمي بمجرد صدوره يحوز حجية الشيء المقضي فيه فيما يخص النزاع المفصول فيه.

ويقصد بهذه الحجية عدم جواز طرح نفس النزاع من جديد أمام القضاء أو أمام المحكمة التحكيمية وأن طرحه من جديد يتوجب على المحكمة أن تصرح بعدم قبول الدعوى

لسبق الفصل فيها.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

في حين يقصد بقوة الأمر المقضي به، تلك الدرجة من القوة التي يصل إليها الحكم القضائي، وتجعله قابلا للتنفيذ الجبري.

لذا نتساءل عن حكم التحكيم الذي يصل إلى هذه الدرجة من القوة بمجرد صدوره أم أنه يتعين عليه أن يستوفي شروطا معينة يحددها القانون؟

للإجابة على هذا التساؤل يقتضي منا الرجوع إلى أحكام القانون لا سيما أحكام اتفاقية نيويورك و التي انضمت إليها الجزائر، فقد نصت المادة (1/5) على أنه: " لا ينفذ حكم التحكيم إلا إذا أصبح ملزما" فما هو المقصود بحكم الإلزام؟

من الظاهر أن اتفاقية نيويورك تريد إخضاع حكم التحكيم إلى نفس القوة التي يتمتع بها العقد، و الذي يجب تنفيذه حتى ولو تم الطعن فيه مما يحق للمحكوم له طلب تنفيذه في دولة التنفيذ فور صدوره دون حاجة إلى استصدار أمر بتنفيذه. أو أن يشترط أن يصبح حكما نهائيا أو باتا.

وما يلفت الانتباه في اتفاقية نيويورك أنها لم تضع شروطا للاعتراف بالحكم التحكيمي الأجنبي أو تنفيذه وإنما تركت ذلك لقواعد قانون دولة التنفيذ . أي أنها تحيل بشأن إجراءات طلب الاعتراف و التنفيذ إلى القوانين الداخلية للدولة الموقعة عليها فهي تلقي على عاتقها التزاما بعدم التفرقة في معاملة أحكام التحكيم الداخلية عن أحكام التحكيم الدولية.

لقد وضع المشرع الجزائري شروطا شكلية لأجل اعتبار الحكم التحكيمي الصادر في الجزائر أو خارجها قابلا للتنفيذ على ترابها حيث يقوم القاضي المكلف بالأمر بالتنفيذ

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

بالرقابة والتأكد من الوجود الفعلي للحكم⁽¹⁾ نص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في تنفيذ أحكام التحكيم الدولي على تطبيق أحكام المواد من(1035) إلى (1038) منه. ونتطرق للإجراءات المتبعة في هذا الشأن المتمثلة في:

1- إيداع حكم التحكيم لدى أمانة الضبط:

بعد صدور حكم التحكيم في الجزائر أو خارجها و التوقيع عليه من قبل المحكمين و يجب إيداعه لدى أمانة ضبط الجهة القضائية المختصة طبقا المادة (1053) من نفس القانون إذ جاء فيها " تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 أعلاه، بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من طرف المعني بالتعجيل".

ويقوم بالإيداع الطرف المعني بالتعجيل و هو من صدر الحكم لمصلحته ولكن لا مانع أن يتم الإيداع من طرف المحكوم عليه.

- ويتم إيداع أصل حكم التحكيم أو نسخة منها باللغة التي صدر بها، مرفقا باتفاقية التحكيم أو نسخة منها، وإذا صدر بغير اللغة العربية، فيجب أن تكون الوثيقتان مصحوبتين بالترجمة إلى العربية.⁽³⁾

- وهو ما تقضي به المادة (4/2) من الاتفاقية و المادة (8) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية والتي تنص: " أن تتم المصادقة على الترجمة من الجهة المعتمدة ".

1- حسين نواره ، مداخلة التحكيم التجاري الدولي كضمان لاستثمارات الأجنبية ،الملتقى الدولي.

2 - عليوش قربوع كمال ، قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ،2014، ص63.

3 - كليبي حسان، المرجع السابق.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

كما يجب على أمين الضبط أن يقوم بتحرير محضر عن هذا الإيداع و هو ما تقضي به المادة (1053) من نفس القانون على أن يتحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض و الوثائق وأصل حكم التحكيم. فإيداع حكم التحكيم أمر ضروري لتمكين القاضي المختص من إصدار الأمر بالتنفيذ و بدونه لا يمكن للقاضي مراقبة حكم التحكيم و التحقق من شروطه.(3)

2- تقديم طلب التنفيذ:

لا يمكن تنفيذ حكم التحكيم جبرا لمجرد إيداعه، وإنما يجب إلحاقه بطلب التنفيذ و ذلك أن الإيداع فعل مادي يتمثل في تسليم الحكم التحكيمي للمحكمة للإطلاع عليه والتأكد من استيفاء شروطه. انتظارا لطلب التنفيذ الذي هو عبارة عن عمل قانوني يحرك المحكمة كي تصدر أمرا بالتنفيذ. (1)

و يجب أن يرفق طلب التنفيذ بالوثائق التالية :

- أصل حكم التحكيم أو نسخة منها .
- أصل اتفاقية التحكيم أو نسخة منها.
- أن تكون الوثيقتان المذكورتان أعلاه مصحوبتين بالترجمة إلى العربية .
- نسخة من محضر إيداع الوثائق المذكورة سالفًا.
- يجب التمييز بين الوثائق التي يتم إيداعها لدى أمانة ضبط المحكمة المختصة، و بين المستندات التي يجب أن تكون مرفقة بطلب التنفيذ.

3- المحكمة المختصة بمنح الاعتراف أو الأمر بالتنفيذ:

ما هي المحكمة المختصة للنظر في طلب الاعتراف أو الأمر بالتنفيذ ؟

إن الجهة المختصة بمنح الاعتراف هي ذات الجهة المختصة بالأمر بالتنفيذ و نصت على ذلك المادة (458) مكرر 17 من القانون الإجراءات المدنية السابق و تقابلها المادة (1051) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية و التي تنص: " يتم الاعتراف بأحكام التحكم الدولي في الجزائر اذا أثبت من تمسك بها وجودها و كان ذلك غير مخالف للنظام العام الدولي.

وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر و بنفس الشروط بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني " ، وعلى هذا الأساس فتحدد المحكمة المختصة مرتبط بمقر التحكيم إذا كان التحكيم في الجزائر فرئيس المحكمة التي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصها هو المختص ، وإذا كان مقر التحكيم موجودا خارج الجزائر فرئيس المحكمة محل التنفيذ هو المختص.

4- سلطات القاضي الأمر بالتنفيذ:

يجب على القاضي الأمر بالتنفيذ التأكد من المسائل التالية:

- أن طالب التنفيذ قام بإيداع أصل أو نسخة من حكم التحكيم و اتفاقية التحكيم.

- أن يكون طلب التنفيذ مرفقا بالمستندات المشار إليها سابقا.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

- التأكيد من توافر الشروط الأساسية لمنح الأمر بالتنفيذ، و تقتضي تلك الشروط ألا يتضمن حكم التحكيم ما يخالف النظام العام الدولي في الجزائر.

فسلطات القاضي الأمر بالتنفيذ تنحصر في التأكيد من أن حكم التحكيم خال من العيوب الإجرائية دون البحث في موضوع النزاع من حيث مدى صحة قضاء التحكيم، إذ تنحصر سلطات القاضي بإصدار الأمر بالتنفيذ أو الرفض دون أن تتجاوز ذلك المساس بحكم التحكيم أو أن يقوم بتعديله، غير أنه يجوز إصدار أمر بالتنفيذ في شق من حكم التحكيم دون الشق الآخر و ترتيبا على ذلك فإنه لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم إلا بموجب الأمر بالتنفيذ.

5- طبيعة الأمر بالتنفيذ:

يجب التمييز بين أحكام التحكيم التي تعد أحكام قضائية و التي تحوز حجية الشيء المقضي فيه و بين الأمر بالتنفيذ فهي من قبيل الأوامر الولاية فلا تحوز حجية الشيء المقضي فيه، و يجوز للقاضي العدول عنه و إصدار أمرا مخالفا طبقا لنص المادة (312) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و يجب أن ينفذ خلال (3) أشهر و إلا تعرض للسقوط.

خامسا- طرق الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي:

يأخذ المشرع الجزائري على غرار التشريعات الدولية طريقا خاصا للطعن في القرارات التحكيمية الدولية الصادرة في الجزائر ، بحيث تكون موضوع دعوى الطعن بالبطلان ، ومن جهة أخرى تقبل الاستئناف والطعن بالنقض ، هذا ما سنبينه التعرض خلال الفروع التالية :

1- الطعن بالاستئناف :

في هذا المقام يثار التساؤل الآتي:

هل الطعن بالاستئناف يكون ضد الأحكام التحكيمية الأجنبية بذاتها؟ أم هو طعن يمارس ضد الأوامر التي تقضي بالاعتراف أو التنفيذ للحكم التحكيمي الدولي وكذا ضد الأوامر الراضية للاعتراف والتنفيذ ؟
وهذا ما سنحاول الإجابة عنه .

أ- بالنسبة لأوامر رفض الاعتراف والتنفيذ : ففي جميع الحالات يمكن الطعن بالاستئناف فيها وهذا طبقا للمادة (1055) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص " يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للاستئناف "

ب- بالنسبة لأوامر الاعتراف والتنفيذ : فالأصل أن هذه الأوامر التي تعترف بالحكم التحكيمي أو التي تأمر بتنفيذها لا يجوز الاستئناف فيها وهذا طبقا لنص المادة (1056) من نفس القانون ولكن استثناء يجوز استئنافها في حالات محددة في المادة (1056) وهي:

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

_ انعدام اتفاقية التحكيم أو بطلانها أو انقضائها ، ومعنى ذلك أنه في الحالة هذه يقع عبء إثبات وجود الاتفاقية على عاتق المستأنف عليه ، أما البطلان فيتعين إثباته من طرف المستأنف تأسيساً على مانع من الموانع التي سبق ذكرها أو لعدم كتابتها أو لسبب من الأسباب القانونية المتصلة بأهلية الأطراف .

_ عدم صحة تشكيل المحكمة كأن تكون زوجية أو عدم صحة تعيين المحكم الوحيد .

- عدم احترام المحكمة التحكيمية للمهمة المسندة إليها بالخروج عنها والحكم بما لم

يطلب منها.

_ عدم احترام الوجاهة.

- عدم تسبب الحكم التحكيمي أو احتوائه على أسباب متناقضة .

_ مخالفة الحكم للنظام العام الدولي، ويلاحظ هنا أن المشرع أعتمد النظام العام الدولي،

وليس الجزائري، وهو ما قد يغير من نظرة القاضي للمسألة .

ويلاحظ من نص المادة (1055) من نفس القانون أن المشرع الجزائري قلص من

عدد الحالات التي يمكن من خلالها استئناف الأمر وقد حددها ب(6) حالات بينما حددتها

المادة(458)مكرر (23) من القانون القديم ب(8) حالات ، فلم ينص القانون الجديد على

حالة تمسك محكمة التحكيم اختصاصها أو بعدمه، وكذا حالة فصل محكمة التحكيم بأكثر

مما طلب أو لم تفصل في وجه من وجوه الطلب ، كما تم استبدال حالة عدم مراعاة مبدأ

حضور الأطراف بحالة عدم مراعاة -مبدأ الوجاهية - وبخصوص تبليغ الأمر المستأنف

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

فقد نصت المادة (1056) على التأكيد التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة وبينما كان شرط الرسمية غائبا بنص المادة (458) مكرر. (2)

2- في الطعن ببطلان الحكم التحكيمي :

يكن الطعن بالبطلان إلا في الحكم التحكيمي الصادر في الجزائر أمام المجلس القضائي الذي صدر الحكم بدائرة اختصاصه ، ومعنى ذلك أن الحكم التحكيمي الصادر بالخارج لا يقبل الطعن بالبطلان ويخرج عن سلطة مراقبة القاضي الجزائري ، غير أنه بمناسبة النظر في استئناف الأمر الرفض للتنفيذ أو الأمر القابل للتنفيذ، يقدر القاضي الجزائري بصفة غير مباشرة وبالاتماد على الحالات الستة المذكورة سابقا مدى مطابقة هذا الحكم للقواعد المنصوص عليها في القانون الجزائري .

لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ الحكم الدولي الصادر بالجزائر أي طعن ، غير أن الطعن بالبطلان الموجه ضد الحكم التحكيمي يرتب بقوة القانون الطعن ضد الأمر بالتنفيذ، وعندما تكون المحكمة لم تفصل بعد في طلب التنفيذ تتخلى عن الفصل .

3 - آجال وآثار الطعن :

يمكن الطعن في الحكم التحكيمي بالبطلان بمجرد صدوره وفي أجل شهر من التبليغ الرسمي للأمر بالتنفيذ .

يوقف التنفيذ خلال سريان آجال إستئناف الأمر بالاعتراف وبالتنفيذ وآجال الطعن بالبطلان ، كما يوقف التنفيذ أثناء الطعن المقدم خلال هذه الآجال .

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

وتكون القرارات الصادرة بشأن هذه الطعون قابلة للطعن بالنقض حسب القواعد العادية،

وهو ما نصت عليه المادة (1061) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المبحث الثاني:

المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار

سوف نتناول في هذا المبحث نبذة موجزة على المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار وكذا القانون الواجب التطبيق في حال عرض موضوع الخصومة على ذات المركز وطرق فض المنازعات المطروحة أمامهن وستعرض إلى نبذة عن المركز (المطلب الأول)، ثم القانون الواجب التطبيق (المطلب الثاني)

المطلب الأول: نبذة عن المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار:

تأسيس هذا المركز بموجب معاهدة تسوية منازعات الإستثمار والتي تعرف ب (معاهدة واشنطن) المؤرخة في 18-03-1965 بين الدول و مواطني الدول الأخرى. ويوجد بالمركز مجموعة من المحكمين والوسطاء المستقلين وفق الأنظمة و اللوائح.

صلاحيات هذا المركز تنحصر في تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار فقط دون غيرها وذلك عبر التحكيم أو الوساطة وهذا يجعل المركز متخصصا في مثل هذه المنازعات، وإضافة لهذا فان أطراف النزاع يجب أن يكونوا من بين الدول الموقعة "لمعاهدة واشنطن" أو من الأشخاص أو الهيئات التابعة لهذه الدول، كما يجب أن يوافق الأطراف أصحاب الشأن كتابة على إحالة النزاع للمركز للتحكيم أو المصالحة. وبالرغم من أن سلطات المركز ضيقة، لأنها غير مفتوحة لكل المنازعات، إلا أن نسبة القضايا المحالة للمركز في ارتفاع نظرا لقناعة العديد من المستثمرين أن إجراءات تنفيذ أحكام هيئات التحكيم، وفق النصوص الواردة

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

في اتفاقيات الاستثمار الثنائية المشتركة بين الدول، سهلة وغير معقدة بل وتجد التنفيذ من الدول لاعتمادها لاتفاقيات الاستثمار الثنائية. وهذه نقطة هامة لأن دعم الدول لتنفيذ الأحكام يعطي مصداقية عالية لأعمال المركز.

وتجدر الإشارة هنا أن الجزائر صادقت على هذه الاتفاقية ولم تنظم إليها إلا بعد سنة 1995 وهذا بموجب المرسوم الرئاسي 95-346 المؤرخ في 30-10-1995 أي بعد مرور 30 سنة عن إنشائها، مع العلم أنها أبرمت العديد من الاتفاقيات الثنائية وتعترف من خلالها باختصاص المركز في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار.

لذا يعد مركز تسوية منازعات الاستثمار في واشنطن المركز الوحيد في العالم والذي يختص بالفصل في منازعات الاستثمار المباشر التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار. كما يساهم المركز بدوره في تشجيع الاستثمار الأجنبي عن طريق إتاحة سبل للتحكيم والمصالحة في النزاعات الدولية المتعلقة بالاستثمار بين الحكومات والمستثمرين الأجانب من القطاع الخاص في البلدان المضيفة. ومن الجدير بالذكر أن المركز المذكور قد أحدث وضعاً جديداً في مجال التحكيم الدولي، إذ أنه لأول مرة يعطي أشخاص القانون الخاص (الطبيعية والمعنوية) الحق في اللجوء مباشرة إلى جهاز دولي للتقاضي دون الحاجة للجوء إلى الحماية الدبلوماسية لدولهم.⁽¹⁾

1 - شرف الدين وردة، تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الإستثمار التكنولوجي في التشريع الجزائري، المؤتمر الدولي حول الضمانات القانونية للاستثمار في الدول المغاربية، يومي 22 و 23 فيفري 2016.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار

تعتبر اتفاقية واشنطن والتي نشأ بموجبها المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، لأطراف النزاع بحرية كاملة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من قبل محكمة التحكيم بمعنى أنها تفصل في النزاع وفق القواعد القانونية التي يتفق طرفا النزاع على تطبيقها، وذلك احتراماً لحرية الإرادة باعتبارها أحد المبادئ الأساسية التي تحكم العقود و كذلك القانون الواجب التطبيق، وهو ما تجسد في أحكامها(1).

نصت المادة (42) في فقرتها الأولى على أن: " تفصل المحكمة في النزاع المعروض عليها وفقاً للقواعد القانونية التي اتفق عليها الأطراف، وإن لم يوجد اتفاق، فللمحكمة أن تطبق قانون الدولة الطرف في النزاع شاملاً قواعد تنازع القوانين، وقواعد القانون الدولي".(2)

لقد أوجبت الاتفاقية على هيئات تحكيم المركز الفصل في النزاع المطروح امامها بما يتفق مع قواعد القانون المتفق عليها بين الاطراف و في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق يقومون بتطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار بالإضافة الى القواعد المناسبة في القانون الدولي .

1 - بقنيش عثمان، القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة التحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، مجلة منازعات الأعمال العدد 5، ص45.

1 - هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية، منشورات حلي الحقوقية، ص305.

1 - بقنيش عثمان، المرجع السابق، ص45.

2 - هاني محمود حمزة، المرجع السابق، ص305.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

وعند تطبيق القانون الدولي فان هيئات التحكيم تطبق المعاهدات خاصة معاهدات الاستثمار ثنائية الاطراف و كذلك القانون الدولي العرفي هذا فضلا عن الدور البارز الذي تلعبه المبادئ العامة للقانون و الممارسات القضائية خاصة منها تلك الصادرة عن هيئات تحكيم المركز.⁽¹⁾

تعتبر اتفاقية واشنطن لعام 1965 المتضمنة إنشاء مركز تسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات الاتفاقية الوحيدة التي تشير الى القانون الواجب التطبيق، ولقد نصت المادة 42، من الاتفاقية على ذلك، وفقا لما يلي:

الفرع الأول: القانون الذي يتفق عليه الطرفان:

إن الاتفاقية أعطت لأطراف النزاع حرية كاملة في اختيار القانون الذي يطبق على النزاع بينهما من قبل هيئة التحكيم، وذلك إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة باعتباره أحد المبادئ التي تحكم القانون الواجب التطبيق.

واستنادا إلى هذا المبدأ وإلى نص المادة (1/42) من الاتفاقية فإن في قدرة الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع الناشئ بينهم سواء كان هذا القانون هو قانون الدولة المضيفة للاستثمار باعتباره القانون الأكثر صلة بالعلاقة التعاقدية بينهم، أو القانون الدولي إضافة إلى المبادئ العامة للقانون، مع إمكانية تطبيق مبادئ العدل والإنصاف حسب الاتفاق بينهم.

1 - بشار محمد الاسعد ، المرجع السابق، ص 452.

الفرع الثاني: خلو العقد من القانون الواجب التطبيق

في حالة خلو الاتفاقية المبرمة بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار من النص على القانون الواجب التطبيق، وذلك بإيراد قاعدة احتياطية ألزمت فيها هيئة التحكيم بتطبيق إما قانون الدولة المضيفة للاستثمار شاملا قواعده الخاصة بتنازع القوانين، وإما قواعد القانون الدولي الواجبة التطبيق على الوقائع المعروضة.

أولا- تطبيق قانون الدولة المضيفة:

إن الأساس القانوني في تفضيل واختيار قانون الدولة المضيفة حسب ما ذهب إليه الفقه يرجع إلى أنه القانون الأكثر صلة بالعلاقة موضوع النزاع، حيث أن الاستثمار وما ينتج عنه يتواجدان ماديا على إقليم الدولة المضيفة، كما أن هذه الدولة غالبا هي مكان إبرام العقد ولعل من الحكمة عند نشوب أي نزاع عن هذا العقد أن تبحث المحكمة أولا عن مدى ارتباطه بقانون الدولة المضيفة، إضافة إلى أن المستثمر عندما أقدم على الاستثمار في هذه الدولة فقد رضى ضمنا تطبيق قوانينها الخاصة بالجوانب المتعلقة بالعملية الاستثمارية.

إلا أنه قد تثور الصعوبة في حالة عدم وجود نص يحكم العلاقة موضوع النزاع في قانون الدولة المضيفة للاستثمار، وقد بدا ذلك في بعض أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات البترولية، حيث انتهى المحكم إلى تطبيق مبادئ العدل والإنصاف.

ثانيا- تطبيق القانون الدولي:

بالرجوع إلى ما قررته الاتفاقية في المادة 2/42 من عدم جواز رفض المحكمة الحكم في النزاع بحجة عدم وجود نصوص قانونية صالحة للتطبيق على النزاع أو نتيجة قصور هذه القواعد على حكم العلاقة التعاقدية بين الطرفين، وذلك من اجل تجنب إنكار العدالة وإصدار الحكم العادل في النزاع.

ومن اجل ذلك فقد أضافت المادة 1/42 من الاتفاقية قواعد ومبادئ القانون الدولي الصالحة للتطبيق لترجع إليها المحكمة بعد البحث في قانون الدولة الطرف في النزاع، وذلك لتكملة النقص والقصور وسد الثغرات الموجودة في قانون الدولة المضيفة.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة التحكيم في قضية بقولها إن المادة 1/42 من اتفاقية واشنطن، تخول محكمة التحكيم الحق في تطبيق مبادئ القانون الدولي، لسد النقص في القوانين الداخلية، وله الأولوية في حالة وجود تنازع بين تلك المبادئ والقانون الداخلي، وتسمو أحكامه على قوانين الدولة الطرف في النزاع، وحكمت على إندونيسيا بالتعويض لأنها أنكرت العدالة وأثرت بلا سبب وكلا المبدأين من مبادئ القانون الدولي.

إن تطبيق القانون الدولي على النزاع فيه حماية لمصلحة المستثمر في حالة قيام الدولة المضيفة بإصدار قانون تجيز فيه تأميم ومصادرة المشروعات الاستثمارية طبقا لهذا القانون، فالقانون الدولي يعمل على ضمان احترام الدولة المضيفة لاتفاقية الاستثمار التي أبرمتها مع

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

المستثمر الأجنبي، وعدم مخالفتها إعمالاً للقاعدة المعروفة في القانون الدولي وهي أن (العقد شريعة المتعاقدين).⁽¹⁾

1 _ وردة شرف الدين، المرجع السابق.

المبحث الثالث:

القانون الواجب التطبيق في حال عرض النزاع على المحاكم الوطنية.

تعد مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود من المسائل العملية المعقدة في مجال التجارة الدولية، نظرا للاختلاف القائم بين قوانين الدول وأنظمتها و مما لا يمكن استبعاده وقوع نزاع مستقبليا بينها. مما يزيد الأمر حدة بصدد عقود الدولة، ذلك أن الدولة أو الجهاز العام التابع لها، ينفر من إخضاع العقد لقانون آخر غير قانونها الوطني وخصوصا قانون الدولة التي تنتمي إليها الشركة الأجنبية المتعاقدة، ومن ناحية أخرى فإن هذه الأخيرة تسعى جاهدة إلى استبعاد تطبيق القانون الوطني للدولة الطرف في العقد خوفا من أن يكون مضرا بمصالحها ومحققا لمصالح الدولة المتعاقدة.⁽¹⁾

وعلى الرغم من أن التطبيق العادي لقواعد تنازع القوانين في غياب اختيار الأطراف في عقود الاستثمار للقانون الواجب التطبيق سوف يقود المحكمة في كل حالة تقريبا الى اختيار القانون الوطني للدولة المضيفة على أنه القانون الأساسي الحاكم للعقد .

فقد ذهب جانب من الفقه من أجل تطبيق هذا القانون الى الاستناد على حجج التي أثارت بدورها كثيرا من الاعتراضات. و أقر البعض الآخر على أن القانون الوطني للدولة

1 - عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 192 .

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

المضيفة هو القانون الطبيعي الواجب التطبيق على عقود الاستثمار والتي تبرمها مع الأجانب و ذلك بناء على تكييفها كعقود ادارية استنادا الى فكرة السيادة التي تقتضي عدم خضوع الدولة لقانون اخر غير قانونها.(1)

المطلب الأول: اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق

يعتبر قانون الإرادة بصفة عامة العنصر الاساسي في كل المسائل المتعلقة بتكوين العقود،حيث ينشأ اثر توافق اللايجاب و القبول من كلا الطرفين و كذا توافر الاركان الموضوعية العامة و الخاصة كل ذلك من أجل انشاء مركز قانوني و في نفس السياق المحافظة على الحقوق كما يرتب جملة من آثار وأوصاف الالتزام.

وإذا كان تحديد القانون الواجب التطبيق يستند إلى اختيار الأطراف، فإن هذا الاختيار يمكن أن يكون صريحاً، وقد لا يعبر أطراف النزاع صراحة عن إرادتهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، لذا يلجأ المحكم أو هيئة التحكيم أو القاضي إلى البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح أمامه.

إن تطبيق تعديلات على المتعاقدين يشكل مخالفة لإرادتهم الفعلية؛ لأن اختيار الأطراف كان قد انصب على قواعد معينة التي كانت تحكم العقد دون القواعد لأخرى.

1 - بشار محمد الاسعد، المرجع السابق، ص 209.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

وعليه يتعين احترام إرادتهم التي اتجهت نحو تطبيق القانون الذي تم الاتفاق عليه وقت إبرام العقد.

الفرع الأول: الإرادة الصريحة

و يكون الاختيار صريحا إذا ما تم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق بموجب شرط صريح يدرج ضمن شروط عقد الاستثمار أو بمقتضى اتفاق مستقل عنه مدرج في العقد بإرادة صريحة و نجد من هذا الأخير مجموعة من الآراء التي تتساءل عن مدى اشتراط توافر الصلة بالعقد بالقانون المختار من عدمه.

فهناك من يذهب إلى أنه يشترط أن يكون القانون المختار ذا صلة بالعقد إذ لا يعقل أن ينصاع القاضي وراء أهواء الخصوم أو رغباتهم غير المشروعة ليبارك اختيارهم المخطئ الذي خرجوا به عن أهداف قاعدة الإسناد التي منحتهم حق الاختيار مقيدا بضرورة تحقيق غايتها وإدراك مقاصدها في حل مشكلة تنازع القوانين الموضوعية للعقد، كمحل الإبرام أو محل التنفيذ أو قانون موطن الأطراف أو قانون جنسيتهم.

كما يذهب اتجاه آخر إلى القول بأن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق هي حرية مطلقة، وليس للقاضي تغيير القانون المختار بادعاء أنه يفقد الصلة المزعومة بينه وبين الرابطة العقدية⁽¹⁾. و من غير صلاحيات القاضي بأن يحكم بأكثر مما طلب منه أي مما هو مدون في العقد صراحة.

1_ شرف الدين وردة، المرجع السابق.

الفرع الثاني: الإرادة الضمنية

من الطبيعي أن اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف يمكن أن يكون صريحا. كما يمكن عدم تعبير أطراف النزاع صراحة عن إرادتهم في اختيار القانون المطبق على العقد حيث تقع على القاضي مهمة تحديد القانون من خلال دراسة واضحة لطبيعة العقد وظروف التعاقد حتى يتسنى له استخلاص تلك الإرادة بطريقة مؤكدة، وان الطريقة المؤكدة تعني أن تكون هناك جملة من مؤشرات أو قرائن تدل بما لا يقبل الشك على اتجاه الإرادة نحو قانون معين يكون واجب التطبيق على عقدهم.

ويمكن القول بوجود عدد من المؤشرات العامة التي يتفق الفقه والقضاء على الأخذ بها في هذا الصدد، ومنها وجود اختيار للمحكمة المختصة أو وجود شرط للتحكيم يشير إلى دولة بعينها كمكان للتحكيم، وكذلك مكان تنفيذ العقد، أو استخدام لغة معينة في العقد أو مكان إقامة الطرفين وأحيانا جنسيتهم المشتركة، ومن المؤشرات الأخرى تضمين العقد أحكام مستمدة من قانون دولة معينة لتنظيم جانب مهم من العقد، وهي في كل الأحوال مسألة وقائع يقدرها قاضي الموضوع وتمارس عليه المحكمة العليا (التمييز) رقابة للتأكد من صحة الاستخلاص.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الإدارة

إذا سكت المتعاقدان عن الاختيار الصريح لقانون العقد و تعذر عن القاضي أن يستخلص إرادتهم الضمنية على نحو مؤكد فلم يعد هناك مبرر للجوء إلى ما يدعي بالإرادة المفترضة و إنما عليه أن يتصدى للبحث عن القانون الواجب التطبيق على العقد والواقع أن هذا الأمر يتنازع نظريتان الأولى نظرية التركيز الموضوعي للعقد للكشف عن القانون الأوثق صلة به على الأقل طالما لم يأخذ المشرع على عاتقه القيام بهذه المهمة بواسطة ضوابط اسناد محددة مسبقا و اسناد العقد عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الذي يحكمه إلى القانون الأوثق صلة به هو القانون السائد في المكان الذي يشكل مركز الثقل في الرابطة العقدية يعني خضوع العقد لهذا القانون بناء على قاعدة اسناد مزدوجة في قانون القاضي و هي تختلف عن قاعدة التنازع التي تشير باختصار قانون الإرادة و التي لا يتصور اعمالها إلا اذا تصدى المتعاقدان لاختيار قانون العقد صراحة أو ضمنيا أما الثانية فهي نظرية الأداء المميز تلك التي تركز على محل الأداء الرئيسي في العقد كما نبينه في الآتي:

الفرع الأول: نظرية التركيز الموضوعي

يتمثل هذا الاتجاه في ضرورة البحث عن القانون الواجب التطبيق عن طريق اسناد العلاقة إلى الدولة التي يكون قانونها أوثق صلة بها إذ يتم إسناد العقد للقانون الأوثق صلة به في ضوء التعاقد و ملابساته في كل حالة على حدى سعيا إلى إدراك العدالة على أحسن

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

وجهه فينحصر دور القاضي في التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في اطار نظام قانوني معين يرتبط به في ضوء مقتضيات التعاقد و ظروفه و ملابساته فإذا تم هذا التركيز قام القاضي بتطبيق القانون السائد في المكان الذي يشكل مركز الثقل في الرابطة العقدية و يعبر عن هذا النحو عن أوثق الصلات بها .

ويرى الفقيه (باتيفول) ان العقد كتصرف قانوني في حد ذاته هو حدث غير مادي فلا يشغل حيزا مكانيا مما يصعب معه على هذا النحو التركيز المكاني للرابطة العقدية الا انه يحيط بالعقد احداث مادة خارجية يمكن تركيزها مكانيا . و لهذا فان تركيز العقد يعني اختيار مقره استنادا لما يحيطه من احداث خارجية ثم اختيار احد هذه الاحداث و ترجيحه على باقي الاحداث الاخرى و اعتبار ان محل وقوع هذا الحدث هو مقر العقد .

و يتفق هذا الاسناد المرن مع ما تسيير عليه المحاكم في البلاد الانكلوسكسونية في تحديد القانون الملائم عند غياب الاختيار الصريح او الضمني لهذا القانون اذ يعمل القاضي في هذه البلاد على تحديد القانون الملائم من خلال وضع نفسه محل الشخص المعقول ثم يحاول التحقق ليس فقط من نية الطرفين و انما بما يحمله الشخص المعقول من اهتمام لحل المشكلة والى مجمل المسائل التي يأخذها بالحسبان و بصفة اساسية محل التعاقد محل التنفيذ و محل الاقامة او محل اعمال الطرفين و طبيعة و محل العقد . كما يعتمد ايضا على اسس الاقناع و أن يكون القانون الملائم هو القانون الذي يضمن على العقد الصفة العملية فيكون هذا القانون الأوثق ارتباطا و الأكثر جدية بالتعامل المعني . فإذا لم يختار أطراف عقد

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

الاستثمار التكنولوجي القانون الواجب التطبيق على العقد كان لهيأة التحكيم البحث عن قانون لتطبيقه على النزاع المعروف و لمعرفة القانون الواجب التطبيق ينبغي التعرف الي قاعدة الاسناد في القانون الذي يرى المحكم أنه على صلة حقيقية بالعقد. لكن ماهو القانون الذي يبحث فيه المحكم عن هذه القاعدة ??

اختلف الفقهاء في الاجابة عن هذا التساؤل فمنهم من ذهب الى تطبيق قواعد تنازع القوانين للبلد الذي يجري فيه التحكيم و هذا الاتجاه ناتج عن الطبيعة القضائية للتحكيم. بيد أن تحديد قانون بلد التحكيم قد لا يكون له علاقة بموضوع النزاع فضلا عن عدم تحديد مكان واحد للتحكيم مثل التحكيم الذي يجري بالمراسلة. (1)

وذهب اتجاه آخر إلى تطبيق قواعد تنازع القوانين لبلد المحكم و هذا مرجعه الى ان اطراف عقد الاستثمار التكنولوجي عند اختيار هيأة التحكيم او المحكم يكونون قد اختاروا ضمنا قانون بلد المحكم و لعل هذا الرأي يمثل تحايلا على قواعد تنازع القوانين عندما يتم اختيار بلد المحكم و من ثم اختيار قانون لا علاقة له بالعقد و لم يخطر ببال أطراف عقد الاستثمار التكنولوجي.

وذهب اتجاه ثالث إلى تطبيق قانون الإقامة او الجنسية المشتركة للأطراف (المستثمر و طالب الاستثمار) و يحصل ذلك في حالة انتقاء الارادة الصريحة أو الضمنية .و يعتبر

1_ مقتضى جمعة عاشور، عقد الإستثمار التكنولوجي، المرجع السابق - ص 502.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

هذا الرأي نادر لا سيم في عقود الاستثمار التكنولوجي فضلا عن تعدد جنسيات بالنسبة للأطراف .

وذهب آخرون الى تطبيق قواعد التنازع في بلد التنفيذ لاعتبارات عملية تتعلق بتنفيذ الحكم التحكيمي ووجوب مراعاته للقواعد الآمرة فيه بيد أن اتصال تنفيذ الحكم 97 بأكثر من دولة يجعل من الصعوبة تحديد مكان التنفيذ.

الفرع الثاني: نظرية الأداء المميز

أولاً- المدين بالأداء المميز (المستثمر):

وفي تحديد المدين بالأداء المميز في عقد الاستثمار التكنولوجي، يذهب الرأي السائد في الدول الصناعية المتقدمة إلى القول بأنه هو المالك الأصلي للمعرفة التكنولوجية، أي المستثمر ورتب على ذلك إن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة موطن أو محل الإقامة العادية أو مركز إدارة منشأة المستثمر التكنولوجي.

ثانياً- مكان تنفيذ الأداء المميز (طالب الاستثمار):

ونذهب مع جانب من الفقه إلى أن الأداء المميز في عقد الاستثمار التكنولوجي يجب النظر إليه في المكان الذي يتجسد فيه، ويرتب آثاره الاقتصادية ومنافعه بالنسبة لأطرافه، فضلا عن كون الدولة طالبة الاستثمار غالبا ما تكون من الدول النامية مما يجعلها في موقف الطرف الضعيف والمستحق للحماية وتشريعاتها، في هذا الخصوص تهدف إلى

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

حمايتها اقتصاديا، ولا تسمح باستيراد المعرفة التكنولوجية إلا في الحدود التي تساهم فيها في خطة التنمية، وبما لا يمس تشجيع وحماية التكنولوجيا المحلية وبما يحمي الاقتصاد وميزان المدفوعات الوطني من الشروط الباهظة والمقيدة لحرية طالب الاستثمار والتي يفرضها الطرف الآخر (المستثمر). وبالتالي يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي بها مركز نشاط أو موطن أو محل الإقامة العادية لطالب الاستثمار، وهو الحل الذي يؤيده أن طالب الاستثمار هو الطرف الأضعف اقتصاديا فضلا عن وجوب مراعاة حماية النظام الاقتصادي للدولة التي يتبعها هذا الأخير ومراعاة سياستها التكنولوجية.

وبهذا الصدد نص المشرع الجزائري في المادة 18 من قانون المدني على أنه (يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك ، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد).

لم يواجه المشرع الجزائري في المادة 18 من القانون المدني سوى الالتزامات التعاقدية. فهو بذلك قد اقتدى بالمشرع المصري في المادة 19 من القانون المدني.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

وقد اعتبر جانب من الفقه المصري أن الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها تمثل فقط آثار العقد دون تكوينه. مما يفيد أن المشرع لم يحرص على وحدة القانون الذي يحكم العقد الأمر الذي يمكن القول معه أن العقد يمكن أن يخضع لأكثر من قانون.⁽¹⁾

كما أن مشرعنا الجزائري في نفس المادة 18 من القانون المدني و مقارنة مع نظيراتها في القوانين العربية نجدها أنها لا تشمل على الفقرة التي تقرر الاعتماد بالإرادة الضمنية للمتعاقدين في حالة عدم وجود إرادة صريحة مما يفيد أن المشرع الجزائري لا يعتد إلا بالإرادة الصريحة للمتعاقدين خلافا لغيره من المشرعين العرب الذين يعتدون أيضا بالإرادة الضمنية. و هذه الإرادة الضمنية تستفاد مثلا في القانون السوري من عبارة (هذا ما لم يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه) و نجد نفس هذه العبارات في قانون كل من مصر و الكويت و العراق و الأردن و السودان و اليمن.

ووفقا لنفس المادة فان قانون بلد الإبرام لا يرجع إليه إلا في حالة عدم اتفاق أطراف العقد على قانون معين فيكون المشرع الجزائري قد جعل بذلك مكان إبرام العقد ضابطا احتياطيا.

وجاء في الفقرة الثانية من المادة 18 من القانون المدني "غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه"

1 - أعراب بالقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول ، دار هومه، 2013 ص 308.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

فالمشرع الجزائري يكون بهذه الفقرة قد استثنى العقود المتعلقة بالعقار من الخضوع للقاعدة العامة الواردة في الفقرة الأولى من نفس المادة و التي تقضي بخضوع العقود الى قانون مكان ابرامها اذا لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون اخر.(1)

و يطبق قانون موقع العقار بالنسبة للعقود المتعلقة به على جميع جوانبها. فهو لا يقتصر على حكم فقط الأثر العيني للعقد من حيث انشاء الحق العيني أو نقله أو زواله بل يمتد ليحكم أيضا الشروط الأربعة لانعقاده و لا يخرج من نطاق تطبيقه سوى الأهلية اللازمة للانعقاد. فهي تخضع وفقا للمادة 10 من القانون المدني لقانون الجنسية و شكل العقد الذي تخضعه المادة 19 قانون مدني للقوانين التي حددتها. فلا مفر حينئذ من تطبيق في هذه الحالة قانون مركز إدارة الأعمال و يوجد من الفقه من يقول بتطبيق في هذه الحالة قانون البلد الذي تم فيه التعاقد مع العامل مع إمكانية استبعاده في الحالة التي يرى فيها القاضي بأن للعقد صلة أكبر بدولة أخرى.(2)

وتنص المادة 23 مكرر 1 من قانون الإجراءات المدنية (إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص).

1 - أعراب بالقاسم، المرجع السابق، ص311

2 - المرجع نفسه، ص 313-314.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

وفي المادة 23 مكرر 2 قانون مدني على أنه (تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين).

أما المادة 24 من القانون المدني فتتص: (لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة).

من هذا الأخير نلاحظ أن المشرع الجزائري أعطى أولوية كبيرة للتشريع الوطني و خاصة للمشاريع التي تتعارض منها مع النظام العام و الآداب العامة.