



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة د الطاهر مولاي - سعيدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

تخصص: قانون اقتصادي

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

العنوان:

شرط التحكيم ودوره في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبية

تحت إشراف الأستاذ :

د. بن عيسى أحمد

من إعداد الطالب:

فريجة رمزي بهاء الدين

لجنة المناقشة :

- د. بن أحمد الحاج جامعة د. طاهر مولاي سعيدة رئيسا
- د. بن عيسى أحمد جامعة د. طاهر مولاي سعيدة مشرفا ومقررا
- د. طيطوس فتحي جامعة د. طاهر مولاي سعيدة عضوا مناقشا
- د. هني عبد اللطيف جامعة د. طاهر مولاي سعيدة عضوا مناقشا

السنة الجامعية : 2017 - 2018

إهداء

إلى من ساندتني بروحها وعقلها

إلى من غمرتني بحنانها ودعواتها

إلى من كانت ولا زالت الظل الذي آوي اليه

إنها أُمِّي حفظها الله.

إلى قدوتي ونبراسي الذي ينير دربي

إلى من علمني العلم وكان يشتري لي القلم والكتاب.

إلى من رفعت الرأس عالياً أفخر به.

إنه أباي الغالي حفظه الله.

إلى رفيقة دربي زوجتي العزيزة.

إلى أخي العزيز هشام و إلى جميع إخوتي وأخواتي

الطالب... فريجة رمزي بهاء الدين

شكرو وعرفان

أبدأ بالحمد والثناء لله عز وجل الذي أعانني على إتمام هذا البحث ووفقتني بفضلته وقدرته فلا حول ولا قوة إلا به، كما أتقدم بشكري الجزيل إلى الدكتور الفاضل بن عيسى أحمد على مساعدته لي في إنجاز هذا البحث العلمي، فقد أشرف عني رغم إلتزماته المتعددة .

فإني اقدم له كل عبارات الشكر والتقدير

عرفانا مني بالجميل.

كما لا أنسى بالذكر الدكتور بن احمد الحاج إذ كان فضله علي كبير جزاه الله خير الجزاء على كل ماقدمه لي.

وفي الأخير لا يسعني إلا أن أشكر كل أساتذة الكلية وكل الموظفين الذين رافقوني في الدراسة من بدايتها إلى نهايتها.

الطالب... فريجة رمزي بهاء الدين

قائمة المختصرات

- ق.إ.م.إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية
- (CIRDI أو ICSID) : المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار .
- CNUDCI : لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي .
- A.A.A- : هيئة التحكيم الأمريكية .
- ICC : غرفة التجارة الدولية .
- Rev.Arb- : مجلة التحكيم .
- op - cit : مرجع سابق.
- Cour d'appel : محكمة الاستئناف .
- Cass : طعن بالنقض .

مقدمة:

يتطلب الاستثمار فهم معانيه والاحاطة بجميع مكوناته وعناصره، فنشاطات الاستثمار الدولية المتعلقة بحركة رؤوس الأموال والبضائع والخدمات والأشخاص عبر الحدود الدولية يثير منازعات مختلفة ومتعددة، وبينما يكون المستثمر الوطني على معرفة بالقوانين، على عكس المستثمر الأجنبي الذي لا يكون مطلعاً بشكل كامل على هذه القوانين والتشريعات الداخلية فإنه سواء بالنسبة للإستثمار المباشر، أو الاستثمار غير المباشر فغالبا ما تثار نزاعات الاستثمار بين الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب لذلك يتم اللجوء إلى التحكيم بوصفه وسيلة ودية لفض النزاعات .

وهكذا أصبحت الدول تلجأ إلى إدراج شرط التحكيم في مجال عقود الاستثمار، وفي غياب تشريعات وطنية خاصة بالاستثمار وباستغلال الموارد الطبيعية، درج أصحاب عقود الإستثمار على قبول شرط التحكيم نظرا لأهميته وفعاليتها.

وبما أن عقود الاستثمار تبرم بين طرفين غير متكافئين هما الدولة والمستثمر الأجنبي فإن قضاء الدولة لا يقبله المستثمر الأجنبي بسبب نظرتة إليه أن لا يكون حيادي بصدد نظر النزاع، فيحرص المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة على إدراج شرط التحكيم لحل المنازعات التي تثيرها عقود الاستثمار، خوفا من استعمال الدولة لسيادتها عند نظر المنازعات في المحاكم.

كما أن ما تتمتع به الدولة من استقلال وسيادة يجعل من الصعوبة الفصل في المنازعات التي تكون طرفا فيها أمام القضاء الوطني دون إهدار الحقوق الخاصة بالمستثمر من أجل تحقيق اعتبارات سياسية واقتصادية لفائدتها على حساب المستثمر الأجنبي.

لذلك يحرص المستثمر الأجنبي على إدراج شرط التحكيم لعدم ثقته بتزاهة وعدالة قضاء الدولة المضيفة. فالقضاء الداخلي للدولة المضيفة وأيا كانت المزايا التي يتمتع بها من استقلال وحياد عن الدولة ذاتها فإنه في نهاية الأمر قضاء غير محايد بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها مع متعاقد أجنبي وتكون ناشئة عن عقد متصل بالمصالح الاقتصادية أو الاجتماعية بسيادة الدولة.

لذلك نجد المستثمر الأجنبي حريص على إدراج شرط التحكيم في عقده الاستثماري مع الدولة المضيفة ولو على حساب عدم إتمام العقد، وتشجيع الاستثمار الأجنبي يحتاج إلى ضمانات لحماية استثماراته، ومن هذه الضمانات قضاء التحكيم الذي من شأنه أن يبدد مخاوف المستثمرين الأجانب ومن هنا يبدو التفاعل والوصل بين التحكيم وتدفقات رؤوس الأموال. فقد صار التحكيم إحدى وسائل حماية الاستثمار الأجنبي كضمانة يؤمن ويحمي الاستثمارات. وحرصا من الدول وخاصة منها الدول النامية، على جلب الاستثمارات الأجنبية، فقد أقرت التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار.

إشكالية الموضوع :

إن العلاقة التي تقوم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، والخصوصية التي تتمتع بها عقود الاستثمار بكونها تبرم بين طرف عام يتمثل في الدولة أو إحدى المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها وبين طرف أجنبي خاص، وما يثور بينها من نزاعات تتعلق بالاستثمار ككل من أجل حماية مصالحه، تجعل الاستثمار الأجنبي يحتاج إلى ضمانات لحماية استثماراته، ومن هذه الضمانات قضاء التحكيم الذي من شأنه أن يبدد مخاوف المستثمرين الأجانب ومن هنا يبدو التفاعل والوصل بين التحكيم وتدفقات رؤوس الأموال⁽¹⁾، و هو ما يثير الإشكالية الأساسية التي تلازم هذه العقود، ومن ثم وجب طرح الإشكالية التالية:

مامدى كفاية وفعالية شرط التحكيم في حل منازعات الاستثمار الاجنبي ؟

كما تثار تساؤلات أخرى كثيرة ومتنوعة أهمها: ما مدى التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقها والمصالح والأهداف التي ينشدها المستثمر الأجنبي في حال نشوء نزاع ؟ وماهو موقف الدول من القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار و اثر التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي ؟

1 - د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، عمان

الاردن، 2006، ص33 .

أهداف الموضوع :

يهدف موضوع شرط التحكيم ودوره في تسوية منازعات الإستثمار إلى توضيح منازعات عقود الاستثمار وعلاقته بالتحكيم كأسلوب لحل المنازعات. بحيث أن منازعات الاستثمار الأجنبي تنشأ لأسباب مختلفة فإن كان مشروع المستثمر الأجنبي يحقق منافع اقتصادية للدولة المضييفة فإنها تحاول الحفاظ على جميع مكاسب المشروع، وإذا كان سلبيا تنشأ تغيرات في النتائج والتقديرات المرجوة من الاستثمار الأجنبي، وهنا تثار منازعات نتيجة التغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي قد ينتج عنها تضارب في المصالح تؤدي إلى تدخلات إدارية في الاستثمارات - مما قد يؤدي بدوره إلى نشوء المنازعات - كأن تهدف الدولة إلى حماية البيئة أو مصالحها الاقتصادية، وبطبيعة الحال فإن تدخل الإدارة في بعض القطاعات من أجل حماية مصالحها قد يؤدي بدوره إلى نشوء منازعات، وقد تفشل الاستثمارات الأجنبية نتيجة وقوع ضغوط خارجية أو اختلافات .

وأمام هذا كله فإنه كان لابد من إيجاد وسائل محايدة وفعالة لتسوية المنازعات التي

تنشأ عن هذه العقود بما يتلاءم مع طبيعتها.

أهمية الموضوع:

تعددت الوسائل التي من الممكن أن يلجأ إليها الأطراف في عقود الاستثمار لتسوية منازعاتهم الناشئة عنها فقد ظلت هناك خاصية ثابتة لهذه العقود وهي تتعلق على وجه الدقة

بالتحكيم كطريقة مهمة ومقبولة لحل المنازعات⁽¹⁾. ويعتبر التحكيم الأسلوب الأمثل لحل المنازعات التي تثيرها العلاقات التي تدخل الدولة طرفا فيها، حيث أن وجود الدولة في العقد يجعل المستثمر في حاجة إلى ضمانات قضائية لحماية استثماراته، وعادة ما يرتاح المستثمر إلى قضاء التحكيم الذي أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال، وهذا ما يثير الأهمية القصوى لدراسة هذا الموضوع، إذ أن التحكيم في منازعات الاستثمار يتسم بخصوصية كبيرة تميزه عن التحكيم في المنازعات الأخرى.

المنهج المتبع في الموضوع:

ومن أجل الإجابة على الإشكالية المطروحة وجب اتباع المنهج الوصفي التحليلي لمعالجة التحكيم كضمان لعقود الإستثمار الأجنبي، وكذا دراسة مختلف المشاكل التي يثيرها التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، كما تم الإستعانة بالمنهج المقارن في بعض جوانب الموضوع من أجل دراسة موقف كل من التشريع الجزائري والمصري والفرنسي والبعض من الإتفاقيات الدولية فيما يتعلق بكيفية التعامل ومعالجة المشاكل التي تثور بين أطراف عقود الإستثمار.

1 - د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية تأصيلية، دار

النهضة العربية، القاهرة 2001، ص 25 .

الخطة المتبعة :

لقد ارتأينا أن يتم تناول موضوع هذه الدراسة من خلال الخطة التالية :

الفصل الأول/ التحكيم كضمان للإستثمار الأجنبي

المبحث الأول: ماهية التحكيم وتمييزه عن غيره في عقود الإستثمار

المبحث الثاني: صور التحكيم وضمائنه في عقود الإستثمار

المبحث الثالث: ماهية عقود الاستثمار والمنازعات الناتجة عنها

الفصل الثاني/ اثر التحكيم في فض منازعات الإستثمار

المبحث الأول : مبررات وخصائص التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق في عقود الاستثمار

المبحث الثالث: الاشكاليات والحلول التي يثيرها التحكيم في منازعات عقود

الإستثمار

الفصل الأول

التحكيم كضمان للإستثمار الأجنبي

تعددت الوسائل التي يمكن أن يلجأ إليها الأطراف في عقود الإستثمار في تسوية منازعاتهم الناشئة عنها، فقد ظلت هناك خاصية ثابتة لهذه العقود، وهي تتعلق على وجه الدقة بالتحكيم كطريقة مقبولة لحل المنازعات⁽¹⁾.

ويعتبر التحكيم الأسلوب الأمثل لحل منازعات الإستثمار التي تثيرها العلاقات عندما تكون الدولة طرفاً فيها⁽²⁾، وهذا ما سنتناوله من خلال التعرض لماهية التحكيم وتمييزه عن غيره في عقود الإستثمار، ثم صور التحكيم وخصوصيته في عقود الإستثمار، وكذا ماهية عقود الإستثمار والمنازعات الناتجة عنها.

-
- 1 - د. بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية - دراسة في ضوء أحكام التحكيم والإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية - منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009، ص: 11.
 - 2 - أخذ المشرع الجزائري لتحديد دولية التحكيم بمعيارين هما:
 - المعيار الإقتصادي، لأن التحكيم يتعلّق بخلافات ناشئة عن عقود الإستثمار في إطار العلاقات بين الدول.
 - المعيار القانوني، نص المشرع الجزائري في المادة 1040 ق.إ.م.إ الصادر بموجب القانون 08-09 بتاريخ: 01 أفريل 2008، على أن: "تتم إتفاقية التحكيم في وثيقة مكتوبة أو أية وسيلة أخرى تجيز الإثبات، مثال: (كالتوقيع الإلكتروني أو الإتصال السريع عن طريق الفاكس... إلخ)".

المبحث الأول: ماهية التحكيم وتمييزه عن غيره في عقود الإستثمار

لم تتفق التشريعات والقوانين المقارنة على تعريف دقيق لإتفاق التحكيم، غير أنه يعدّ اتفاق رضائي بحيث أن اتفاق التحكيم يؤدي إلى توضيح الرؤية للمحكّمين، وهو ما سنتناوله في هذا المبحث من خلال مفهوم التحكيم وتمييزه عن غيره من الوسائل القانونية المستعملة لفض النزاعات.

المطلب الأول: مفهوم التحكيم

يعتبر التحكيم عقداً رضائياً تتبين أهميته في تحديد مضمون الإتفاق للمحكّمين عند معالجتهم لموضوع نزاع الإستثمار ، والتعريفات ربطت تعريف التحكيم بشروط صحته، وأن التحكيم يستمد مصدره من الإتفاق الذي يشكل عملاً قانونياً ملزماً⁽¹⁾.

الفرع الأول: تعريف التحكيم لغة واصطلاحاً

إن البحث في التحكيم والمقصود منه يقتضي بيان تعريفه لغة واصطلاحاً كما يلي:
التحكيم مصدر (حكم) بتشديد الكاف مع الفتح يقال: حكمت فلانا في مالي.

1- د. سيف الدين محمد البلعاوي، التحكيم الدولي، النظرية والتطبيق، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد 02، جامعة الجزائر ، مارس 1989، ص: 425.

فالتحكيم في المعنى اللغوي يفيد إطلاق اليد في الشيء، أو تفويض الأمر للغير⁽¹⁾ ،
وحكم الخصمان فلانا إذا جعلنا له النظر في منازعاتهما، والمفوض إليه النظر في الخصومة
يسمى حكماً أو محكماً أو محتكماً إليه⁽²⁾.

وفي القرآن الكريم: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا
يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾⁽³⁾ .. وأيضاً: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ
بَيْنِهِمَا فَاذْعَبُوا حُكْمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾⁽⁴⁾.

أما التعريف الاصطلاحي للتحكيم فلا يختلف عن المعنى اللغوي الذي يفيد إطلاق
اليد في الشيء، أو تفويض الغير. فالتحكيم اصطلاحاً: "اتخاذ الخصمين آخر حاكماً
برضاهما ليفصل في خصومتها ودعواهما"⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي للتحكيم

التحكيم هو: "اتفاق بين طرفين أو أكثر على إخراج نزاع أو عدد من النزاعات من

1- ابن منظور، لسان العرب، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر، القاهرة، بدون سنة، ص 31 - 32 .

2- زيد بن عبد الكريم الزيد، مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي. مقال منشور على الموقع:

<http://www.barasy.com/forum/showthread.php?t=8385>

بتاريخ: 2016/04/25 الساعة: 11:30 .

3- سورة النساء، الآية 65 .

4 - سورة النساء، الآية 35 .

5 - د . إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 21.

اختصاص القضاء العادي وأن يعهد به إلى هيئة تتكون من محكم أو أكثر للفصل فيه بقضاء ملزم بالنسبة للمنازعات المالية بين الأطراف".⁽¹⁾

غير أن هذا التعريف يظهر بأنه يشوبه نقص باعتبار أن التحكيم لا يكون في المنازعات المالية وإنما يتعداه إلى غيرها من الخصومات كالتحكيم في الأحوال الشخصية⁽²⁾.
والتحكيم هو: "الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به، فبمقتضى التحكيم يتزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصل فيه بحكم ملزم للخصوم"⁽³⁾.
ويلاحظ أن جميع التعريفات التي جاء بها الفقه متقاربة في معناها .

الفرع الثالث: التحكيم في القانون والقضاء

عرّف المشرع الجزائري اتفاق التحكيم في المادة 1011 من ق.إ.م. إ (الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم) يعني هذا قبول الأطراف

1 - د. محمد أبو العينين بحث بعنوان المبادئ القانونية التي يقوم عليها التحكيم في الدول العربية والإفريقية ، مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، 1999، ص 8 .

2 - سليم رستم باز، شرح المجلة، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي بيروت 1350 هـ ص 1163؛ د . مهدي أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان 2005، ص 34 .

3 - د . أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، الطبعة الثانية، القاهرة، 1974، ص 15 .

عرض نزاع نشأ بينهما على التحكيم والمقصود بذلك الاتفاق المسبق بين الأطراف على اللجوء إلى التحكيم⁽¹⁾. أما المشرع المصري فقد عرفه كما يلي: "اتفاق التحكيم هو اتفاق بين طرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية".

من خلال هذه التعريفات أصبحت جميع الاتفاقيات أو القوانين تستعمل مصطلحات تدل على اختصاص التحكيم في المنازعات السابقة أو اللاحقة لإبرام عقد، ومعظمها تستمد روح نصوصها من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (CNUDCI) سنة 1985 و عدلته سنة 2006 حيث انتشرت انتشارا واسعا على مستوى التحكيم الدولي.

كما نص قانون التحكيم الجزائري على أن:

1- اتفاق التحكيم هو لجوء طرفين لتسوية المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة سواء كانت عقدية أو غير عقدية .

2- يمكن أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل المنازعات التي تنشأ بين الطرفين .

1 - سائح سنقوفة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الثاني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011،

وقد ذهب القضاء إلى أن التحكيم: " طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية وما تكلفه من ضمانات ومن ثم فهو مقصور حتما على ما تنصرف إرادة المحكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم ".

كما ذهبت على نفس الطريقة محكمة التمييز الأردنية بقولها على أن: "التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات ومقصور على ما تنصرف إليه إرادة الفريقين إلى عرضه على المحكم"⁽¹⁾ . ويتبين لنا من خلال استعراض تعريف التحكيم في الفقه والقضاء على أنه يتميز بالعناصر التالية:

- أن التحكيم يكون باتفاق الأطراف المتنازعة⁽²⁾ .
- أن محل التحكيم هو من أجل فض النزاع بين الخصوم ولسرعة الفصل في القضايا . و أن أطراف التحكيم هم الخصوم ، وأن هيئة التحكيم قد تكون محكما واحد أو أكثر⁽³⁾ .

الفرع الرابع: تعريف التحكيم في الإتفاقيات الدولية

نصت معظم الاتفاقيات على التعريف الذي ورد في المادة السابعة من القانون

1 - تمييز حقوق رقم 1774/94 ، مجلة النقابة، السنة الثالثة والأربعون، العدد السابع والثامن لعام 1955 ، ص

1985 (مشار إليه في د. مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق ، ص 37).

2 - نقض مدني، الطعن رقم 1004 لسنة 61 قضائية جلسة 1997/12/27 مشار إليه في (د. مهند أحمد

الصانوري، المرجع السابق، ص 35 - 36) .

3 - د . محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 11 .

النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985 في الفقرة الأولى " اتفاق التحكيم هو اتفاق بين طرفين على أن يجيلا جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة سواء كانت هذه العلاقة تعاقدية أو غير تعاقدية إلى التحكيم ، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل" (1).

وجاء في قانون الاتفاق الشائفي في المادة السابعة من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وليبيا حول تشجيع الاستثمار إذا لم تتم تسوية النزاع وديا في مدة ستة أشهر اعتبارا من الإشعار الكتابي لهذا النزاع، يتم عرضه بطلب من المستثمر إما على السلطة القضائية المختصة التابعة للطرف المتعاقد المعني بهذا النزاع أو التحكيم الدولي (2).

المطلب الثاني: تمييز التحكيم عما يشته به من وسائل قانونية

يجب تمييز التحكيم عن بعض النظم التي تختلط به والتي تستعمل لفض المنازعات الناشئة، ولما كان التحكيم وسيلة لتسوية منازعات الاستثمار ويتشابه مع غيره من النظم

1 - أنشأت الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب اللائحة رقم 2205 المؤرخة في 17 ديسمبر 1966 لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي . وقد اعتمدت هذه اللجنة القانون النموذجي للتحكيم التجاري والدولي في 21 جوان 1985 وقامت بتعديله في 7 جوان 2006 .

2 - اتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية الليبية بشأن تشجيع وحماية وضمان الاستثمار، الموقع في سرت بتاريخ 6 أوت 2001، المصادق عليه بمقتضى المرسوم رقم 2010 -03، المؤرخ في 5 ماي سنة 2003، الجريدة الرسمية، العدد 33، صادرة بتاريخ 11 ماي 2003 .

البديلة لحل منازعات الاستثمار كالصلح والخبرة والوكالة وقد يتشابه مع القضاء والوساطة، فإنه يتعين علينا أن نميز بين التحكيم وهذه النظم .

الفرع الأول: التمييز بين التحكيم والقضاء

في اللغة: يستعمل القضاء والحكم في معنى واحد، والحكم بالضم، القضاء جمعه أحكام، وقد حكم عليه بالأمر حكما.

في الاصطلاح: قال ابن خلدون: "القضاء، منصب الفصل بين الناس في الخصومات حسما للتداعي وقطعا للتنازع، بالأحكام الشرعية، المتلقاة من الكتاب والسنة" (1).
وقال ابن فرحون في (تبصرة الحكام) : " حقيقة القضاء، الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام ، ومعنى قولهم: (حكم القاضي)، أي ألزم الحق أهله (2).
ويختلف القضاء عن التحكيم من حيث أن:

1- أن القاضي معين بغير ارادة الخصوم و ليس له أن يرفض النظر في خصوماتهم، أما المحكم فيختاره المتخاصمين بإرادتهما ، والخيار له، فهو غير ملزم بالنظر في الخصومة.

1- عبد الرحمان ابن خلدون، مقدمة ابن خلدون، دار الفكر، الطبعة الأولى، 2004، ص 132.

2 - الإمام برهان الدين أبي الوفا إبراهيم بن الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون البصري المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت 1301 هـ، ص 44 .

2- أن المدعي، بعد رفع دعواه، أصبح المدعي عليه ملزماً بمخاضته والحضور إلى مجلس القاضي فإن لم يفعل، حكم عليه القاضي غيباً. أما في حالة التحكيم - فلا عبرة للتحكيم إلا إذا تراضى الفريقان على القبول به وحضرا إلى الحكم طائعين مختارين⁽¹⁾.

3- قضاء القاضي ملزم للمتخاصمين، فإذا أنكره أحدهما أكرهته الدولة على تنفيذها بالقوة، أما حكم المحكم فلا يصح إلا برضا الطرفين، كما تنتهي مهمة المحكم بالفصل في النزاع المعروض أمامه في كامل البلاد، أما سلطة القضاء فتتناول النظر في جميع القضايا التي تعرض على القاضي في حدود ولايته⁽²⁾.

الفرع الثاني: التمييز بين التحكيم والخبرة

تتميز مهمة الخبير عن مهمة المحكم، من حيث أن الخبير ينتدب لإبداء الرأي والمشورة في مسألة فنية، بخصوص الموضوع المتنازع عليه دون أن يكون رأيه ملزماً للمحتكمين أو لهيئة التحكيم، فهو لا يفصل في النزاع وإنما يعين لتوضيح جانب غامض⁽³⁾. من النزاع بناء على خبرته في الموضوع، ورأي الخبير لا يكون ملزماً⁽⁴⁾. ففي الخبرة يقوم

1 - د. مهنا أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص 36 .

2 - د. إسماعيل الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 30 .

3 - د. أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص 6 - 7 .

4 - د. محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 15 .

الخبير بإبداء رأيه، وينحصر دوره في تقديم تقرير يساعد المحكم ويعرض تقريره على المختكمين لإبداء رأيهم فيه، احتراماً لمبدأ المواجهة⁽¹⁾.

ويمكننا القول أن التحكيم يتميز عن الخبرة من حيث:

1- أن المحكم يقوم بوظيفة تتمثل في حسم النزاع بين الخصوم بالتحكيم، أما الخبير يكلف من المحكم بإبداء الرأي فيما يطرح عليه من مسائل فنية، و رأي المحكم يفرض على الخصوم، أما رأي الخبير لا يلزم الخصوم ولا يلزم المحكم.

2- الخبير يكتب تقريره ولا يتقيد إلا بالإجراءات والمواعيد المقررة له. ولا يجوز الطعن في قرار الخبير لأنه يصدر حكماً، بينما حكم التحكيم يجوز الطعن فيه بالطرق القانونية.⁽²⁾

الفرع الثالث: التمييز بين التحكيم والصلح

عرّف المشرع الجزائري الصلح في المادة 459 من القانون المدني بأنه: "عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه"، ولا شك بأن للصلح مزايا عديدة منها أنه لا يفض النزاع بالقوة، بل يحله بالتراضي. فبالصلح يتم حل النزاع بإرادة الطرفين، في حين التحكيم يبدأ باتفاق بين الطرفين، ولكن لا سيطرة لهما عليه بعد بدء إجراءاته وحتى صدور حكم التحكيم، وبواسطة الصلح يتم تنازل كل طرف عن جزء من ادعاءاته أما في التحكيم فإن المحكم يمكن

1 - د. مهند أحمد الصانوري، المرجع نفسه، ص 15.

2 - د. كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، حتمية التحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991 ص 75.

أن يحكم لكل طرف ما يدعيه⁽¹⁾.

والفرق بين الصلح والتحكيم هو :

1- أن محل عقد التحكيم هو التزام الخصوم بسلب الاختصاص من المحاكم المعنية وطرحه على محكم أو هيئة تحكيم، بحيث تصدر حكما فيه ينهي النزاع ، أما في حالة الصلح فهناك تنازل متبادل بين الخصوم فيما يتعلق بادعاءات كل واحد منهما⁽²⁾.

2- ينتهي نظام التحكيم بحكم حاسم للنزاع ، يكون قابلا للتنفيذ مباشرة بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه واستكمال باقي الإجراءات القانونية المطلوبة في القواعد العامة ، أما في نظام الصلح فإنه لا يقبل التنفيذ إلا بعد تصديق القضاء في الدولة والذي يجعله قابلا لإمكانية وضع الصيغة التنفيذية عليه.

3- لا يجوز للأطراف في المصالحة وعند لجوئهم إلى التحكيم أن يقدموا كدليل إثبات الآراء التي أبدوها الأطراف والاقتراحات التي تمت بصدد التسوية المحتملة للنزاع إلى المحكم. كما أن عقد الصلح ملزم للطرفين إذا انعقد صحيحا. أما عقد التحكيم فيجوز لكل طرفيه الرجوع عنه ما لم يصدر المحكم حكمه⁽³⁾.

1 - د. خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص 64 .

2 - د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 1998 ، ص 44 - 45 .

3 - د. محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 15 .

المبحث الثاني: صور التحكيم وضمائنه في عقود الإستثمار

يلعب التحكيم دورا في حسم منازعات عقود الاستثمار التي تتميز بخصوصية مستمدة من وجود الدولة كطرف فيها وكذلك تعلقها بمصالح حيوية للدولة المضيفة للاستثمار، والتي تتجسد في اتفاق التحكيم المبرم بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي على شكل عقد. بمقتضاه يتعهد الطرفان على اللجوء إلى التحكيم عند نشوء نزاع ما.

المطلب الأول: صور التحكيم

للاتفاق على التحكيم في منازعات الاستثمار ثلاثة صور هي : شرط التحكيم ومشاركة التحكيم وشرط التحكيم بالإحالة .
و تأتي الصورة التي يأخذها الاتفاق على التحكيم في عقود الاستثمار الدولي حسب نوع منها فإنه يجب أن يجري التحكيم أو يتم بهذا الاتفاق وبالتالي لابد من معرفة هذه الصور.

الفرع الأول: شرط التحكيم

هو ذلك الشرط الذي يرد في العقد الأصلي والمتفق عليه من طرف الأطراف قبل نشوء النزاع باللجوء إلى التحكيم .

أولاً: شرط التحكيم في القانون الجزائري

يقصد بشرط التحكيم هو ذلك الشرط الذي يرد ضمن عقد الاستثمار المبرم بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي الذي تتعهد بمقتضاه الأطراف قبل نشوء النزاع باللجوء إلى التحكيم لتسوية ما قد يثور بينهم من منازعات مستقبلاً بشأن هذا العقد فالعبرة هي إذا بلحظة إبرام اتفاق التحكيم فإذا جاءت هذه اللحظة قبل نشوء النزاع فذلك هو شرط التحكيم ومن خلال نص المادة 1007 من ق.إ.م.إ (شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم به بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم) فهذا الاتفاق ليس مستقلاً عن عقد الأطراف الأصلي وإنما يندرج ضمنه في شكل بند يذكر فيه صراحة أنه في حالة نشوء نزاع بينهم يعرض على التحكيم للفصل فيه حسب المادة 1008 من ق.إ.م.إ⁽¹⁾.

و سواء كان ضمن العقد الأصلي أو ضمن الوثيقة التي يستند إليها وتحت طائلة البطلان كذلك يتعين أن يتضمن شرط التحكيم تعيين المحكم إن كان فرداً أو إذا صدر حكم

1 - د. زهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة، 2012، ص 53-52 .

-المادة 1008.م.إ.م. تنص على : (يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها، يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كفاءات تعيينهم. ويتعين إثبات شرط التحكيم كتابة تحت طائلة البطلان).

هيئة التحكيم في الخارج، أو تحديد طريقة وكيفية تعيينهم في الداخل بالطريقة التي تنفذ بها الأحكام الأجنبية .

وفي العادة ما يجيل شرط التحكيم إلى الإجراءات السارية لدى منظمة دولية للتحكيم على سبيل المثال محكمة الغرفة التجارية الدولية بباريس و يحدد نظام هذه المحكمة كيفية عرض الأمر على التحكيم وكيفية اختيار المحكمين وكيفية سماع دفاع الطرفين واصدار الحكم في النزاع.

ولقد أكد استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي في المادة 1040 ق.إ.م.إ.⁽¹⁾

ثانيا / شرط التحكيم في القوانين الأخرى

عرف المشرع المصري شرط التحكيم في الفقرة الثالثة من المادة العاشرة من قانون التحكيم (يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء كان مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بين الطرفين).

1 - تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية. يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة. 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 ملائما. لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي.

والمادة 27 لسنة 1994 كرست مبدأ استقلالية شرط التحكيم وكذلك القانون الأردني رقم 31 لسنة 2001 المادة 22 ، وقد كرست الكثير من الاتفاقيات هذا المبدأ منها الاتفاقية الأوروبية لعام 1961 في المادة الخامسة ، الفقرة الثالثة واتفاقية واشنطن 1965 المادة 41/ 01 وكذلك نظام الغرفة التجارية العربية الأوربية قد أخذت بالمبدأ المذكور سابقاً⁽¹⁾.

ثالثاً: شروط اتفاق التحكيم في الاتفاقيات الدولية

اختلفت الاتفاقيات الدولية حول شرط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم ، فمنها من اعتبر عدم وجود الكتابة يؤدي إلى البطلان المطلق للاتفاقية وبعضها الآخر اعتبرته شرطاً للإثبات .

نصت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المراد بالاتفاقية الكتابية، هو الشرط المدرج في اتفاق التحكيم الموقع من الأطراف أو متضمن في رسائل أو برقيات متبادلة، فيتجلى من خلال هذا النص الغموض الذي ذكرناه سابقاً.

وتشترط اتفاقية واشنطن لسنة 1965 الكتابة في الاتفاقية عند اللجوء للمركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (CIRDI) حيث

جاء في المادة 36 في الاتفاقية:

1 - نجم رياض نجم ، ضمانات اطراف التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، 2002، ص: 32.

الدولة المتعاقدة أو أحد رعايا دولة متعاقدة الذي يرغب في الالتجاء إلى طريق

التحكيم

يتعين عليه أن يقدم طلبا كتابيا لهذا الغرض إلى السكرتير العام .

- يجب أن يشمل الطلب على بيانات تتعلق بموضوع النزاع وهوية الأطراف وموافقتهم على

تقديمه للتحكيم طبقا للائحة الإجراءات المتعلقة بطرح المنازعات على التوفيق والتحكيم .

الفرع الثاني: مشاركة التحكيم

هو ذلك الاتفاق الذي تبرمه الأطراف بعد قيام النزاع باللجوء إلى التحكيم ويتضمن

موضوع النزاع وأسماء المحكمين ومكان إجراءات التحكيم والقانون الذي يطبقه المحكمون .

أولاً: مشاركة التحكيم في القانون الجزائري

أشار المشرع الجزائري إلى مشاركة التحكيم في المادة من ق.إ.م.إ 1040 على أن:

"التحكيم يكون في النزاعات القائمة أو المستقبلية " ويعني بالمستقبلية مشاركة التحكيم ،

ولابد أن يكون مجسدا في عقد مكتوب وباعتباره عقدا لاحقا ومستقلا عن العقد الأصلي

فلا بد أن تتوفر فيه الشروط العامة في العقود من رضا خال من العيوب ومحل وسبب

مشروعين كون شروط التحكيم لابد أن ينص من تحت طائلة البطلان موضوع النزاع

وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم وهذا ما حددته الفقرة الثانية من المادة 1012 من ق.إ.م.إ.

(يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا).

يجب أن يتضمن التحكيم تحت طائلة البطلان ، موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم إذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه ، يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة، وتصدر الإشارة إلى جواز اتفاق الأطراف على التحكيم ولو أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية بشأن العقد الذي يربطهما طبقاً لأحكام المادة 1013 من ق.إ.م.إ. انه يجوز للأطراف الاتفاق على التحكيم، حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية⁽¹⁾ .

ثانياً: مشاركة التحكيم في القوانين الأخرى

عالج المشرع المصري مشاركة التحكيم في الفقرة الثانية من المادة 10 من قانون التحكيم حيث نص على (كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ، ولو كانت أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية)⁽²⁾ . وهكذا فقد أجازت معظم التشريعات بجواز اللجوء للتحكيم عن طريق إبرام مشاركة التحكيم فالمشرع الأردني في المادة 11 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 نص على ما يلي: كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم

1 -نصوص المواد : 1040، 1012، 1013، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

2 - غسان علي علي ، الاستثمارات الاجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات، رسالة الدكتوراة جامعة عين شمس، 2004، ص: 56.

بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى قضائية ويجب في هذه الحالة أن يحدد موضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم تحديدا دقيقا وإلا كان الاتفاق باطلا⁽¹⁾.

كما أخذت الاتفاقيات الدولية بأسلوب مشاركة التحكيم وخاصة في مجال الاستثمارات الأجنبية سواء كانت بين شخص عام وآخر خاص ، غالبا ما يتخذ شرط التحكيم وارد في عقد الاستثمار ذاته، والذي يضمن للمستثمر سرعة تحريك الدعوى أمام جهة التحكيم⁽²⁾.

الفرع الثالث: شرط التحكيم بالإحالة

يعتبر شرط التحكيم بالإحالة من الصور المعاصرة لاتفاق التحكيم والغرض في هذه الصورة أن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرطا صريحا للتحكيم ، بل اكتفى الأطراف بالإشارة أو بلا حالة إلى عقد سابق بينهم أو إلى عقد نموذجي وذلك لتحمله أو بسد الثغرات التي تعترى عقدهم، وكان ذلك العقد النمطي من بين بنوده بندا أو شرطا يقضي بتسوية المنازعات التي تنشأ عنه بواسطة التحكيم ، وفي هذه الحالة يستجيب أثر هذا السند أو الشرط إلى العقد الأصلي ويلتزم الأطراف به بحيث يتم تسوية المنازعات الناشئة عن العقد التي تضمن الإحالة عن طريق التحكيم.

1 - د سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984 ص 47 .

2 - نريمان عبد القادر، إتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 221.

وقد نص قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 على شرط التحكيم بالإحالة في المادة 10 فقرة (ب) وهو حكم منقول عن الفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985 والتي جاء فيها وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط تحكيم بمثابة اتفاق تحكيم شريطة أن يكون العقد مكتوبا وأن تكون الإشارة قد وردت فيه بحيث تجعل ذلك الشرط جزء من العقد.

وكذلك القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 الذي نص في الفقرة الثالثة من المادة العاشرة منه على: "ويعتبر اتفاقا على التحكيم كل إجابة ترد في العقد ، إلى وثيقة تتضمن التحكيم إذا كانت الإجابة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزء من العقد"، غير أنه لا يجب على كل حال الاعتراف بصحة الإحالة بصورة مطلقة بل لابد من مراعاة عدة أمور منها أن يكون العقد الوارد بها لإحالة أي العقد الأصلي القائم بين الأطراف مكتوبا⁽¹⁾ .

المطلب الثاني: ضمانات اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار

جاء في أغلب اتفاقيات الاستثمار الثنائية ومتعددة الأطراف نصوص وملاحق خاصة بتسوية النزاعات تحوي شرط اللجوء للتحكيم بعد فشل المفاوضات بين الطرفين ، ومنها من تضع إجراءات أولية إجبارية قبل مباشرة إجراءات التحكيم ، ومنها من ربط ذلك بمدّة

1 - لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص 55 - 56.

زمنية معينة ، وكثيرا ما تحيل بنود التحكيم هذه المنازعات إلى الهيئات والمراكز الدولية ، خاصة المركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى ، حيث تضع هذه الهيئات شروطا ترتبط بالمستثمر وأخرى تتعلق بالاستثمار يجب توافرها حتى يقبل طلب التحكيم ، وشروط اللجوء إلى التحكيم في الاتفاقيات ذات العلاقة بالاستثمار تحدد الاتفاقيات الثنائية ومتعددة الأطراف الخاصة بتشجيع وحماية الاستثمار نظامها القانوني من مراحل تأسيس أو إنشاء المشروع الاستثماري إلى غاية إنهائه أو تصنيفه في سياق السياسة العامة المرتكزة على خيار تشجيع الاستثمار الأجنبي الذي تبنته غالبية الدول .

عادة ما تبدأ الاتفاقيات بوضع تعاريف لبعض المصطلحات الواردة في نصوصها⁽¹⁾ مثل "مستثمر، الاستثمار، الإقليم، المداخل"، ثم تعمل على تحديد نطاق تطبيقها من حيث الأشخاص ومن حيث الاستثمارات، تراعي قدر الإمكان ضمان معاملة ممتازة وحماية كافية

1 - د جابر فهمي عمران، الاستثمارات الأجنبية في المنظمة التجارية العالمية حمايتها- تسوية منازعاتها، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ، 2013.ص126 ؛ ومن خلال الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع مختلف الدول (العربية، الأوروبية الآسيوية، الأمريكية) لاحظنا بعض الاختلافات في المصطلحات المستعملة للتعبير عن رعايا الدول المتعاقدة، فقد جاء في بعض الاتفاقيات عبارة "نشير كلمة مواطن" إلى كل شخص طبيعي يتمتع بجنسية أحد الطرفين المتعاقدين، حيث استعمل مصطلح مواطن ثم عرف على أساس الجنسية. و ورد هذا التعريف في عدة اتفاقيات منها على سبيل المثال : الاتفاقية المبرمة بين الجزائر واليمن، الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وجمهورية التشيك ، كما أشارت اتفاقيات أخرى إلى معيار "جنسية أحد الطرفين المتعاقدين. بمقتضى قانون هذا الأخير" لكن بعض الاتفاقيات تميزت بخصوصية في تعريف المستثمر، حيث جاء في المادة الأولى من الاتفاقية الجزائرية الأردنية تعني كلمة مستثمر "أي شخص طبيعي يحمل جنسية طرف متعاقد أو إقامة دائمة فيه وفق قوانينه". أما الاتفاقية الجزائرية الماليزية فقد نصت المادة الأولى منها: (تعني عبارة "مستثمر" بالنسبة لكل طرف متعاقد كل شخص طبيعي يملك طبقا لقوانينه جنسية الجمهورية الجزائرية الديمقراطية).

من كل المخاطر غير التجارية للاستثمار في إطار الحماية والضمانات الواردة في مختلف الاتفاقيات، يأخذ التحكيم التجاري الدولي موقعا متميزا كوسيلة فعالة ومحيدة لفض النزاعات المحتمل نشوبها بين الأطراف المعنية.

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بأطراف النزاع

تكون الاستثمارات الأجنبية في إطار الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة محمية ، إلا إذا كانت تحت سلطة الأشخاص الطبيعية أو المعنوية التابعة لأحد أطراف المتعاقدة ، لذلك يجب تحديد القواعد التي تبين أطراف النزاع في أي خصومة تحكيمية.

أولاً: المستثمر الأجنبي

المقصود بالاتفاقيات ذات العلاقة بالاستثمار، الاتفاقيات الثنائية للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات والاتفاقيات متعددة الأطراف سواء تعلقت بحماية الاستثمار أو ضمان الاستثمار أو حل المنازعات المتعلقة بالاستثمار، وتشكل اتفاقيات الاستثمار ثنائية الإطار التي تحدد بطريقة حقيقية ودقيقة العلاقات الاقتصادية بين الدولتين المتعاقدين⁽¹⁾، حيث تعني هذه الاتفاقيات بتنظيم المركز القانوني لرعايا كل دولة متعاقدة في إقليم الدولة الأخرى من خلال تحديد جنسيتهم، وقد اتبعت الاتفاقيات أسلوب التمييز بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي.

1 - د . رواء يونس محمود النجار، النظام القانوني للاستثمار الاجنبي، دار الكتب القانونية مصر، 2012، ص142 .

1/ بالنسبة للشخص الطبيعي

أخذت معظم الاتفاقيات معيار الجنسية لتعريف المستثمر الفرد المشمول بالحماية والتشجيع مع الإحالة إلى القوانين الداخلية للدول المتعاقدة وهي بذلك لم تخرج عن القواعد العامة المعمول بها دوليا التي تدخل مسائل الجنسية ضمن الاختصاص الوطني المانع ، فلا يجوز أن تمنح جنسية الدولة إلا من طرف الدولة.

2/ بالنسبة للشخص المعنوي

عرفت اتفاقيات الاستثمار الثنائية المستثمر بأنه الشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي الذي يقيم استثمارا على إقليم إحدى الدولتين المتعاقدين وفق الشروط القانونية التي حددها الاتفاقية⁽¹⁾.

توسعت هذه الاتفاقيات في مفهوم الشخص المعنوي فلم تقتصر على الشركات فقط بل امتدت إلى الجمعيات والمؤسسات وكيانات قانونية أخرى ، فاعتبرت بعض الاتفاقيات أن المقصود "بالمستثمر" شركات طرف متعاقد وتتمثل في أي شخص اعتباري أو هيئة أو شركة أو جمعية مؤسسة أو منشأة وفقا لقانون هذا الطرف المتعاقد.

1 - وهو التعريف الذي أورده الاتفاقية الجزائرية الجنوب افريقية وغيرها من الاتفاقيات الثنائية. واستعملت بعض الاتفاقيات مصطلح "الكيان القانوني" كتعريف للشخص الاعتباري مثل ما جاء في المادة الأولى من الاتفاقية الجزائرية الكورية تعني عبارة "شخص اعتباري" بالنسبة لكل طرف متعاقد كل كيان تأسس طبقا لقوانينه ومعترف به كشخص اعتباري كالمؤسسات العمومية والشركات وجمعيات الشركات ، الكيانات القانونية بما فيها الشركات.

حاولت جميع الاتفاقيات الثنائية إدخال أكبر عدد ممكن من الأشخاص المعنوية في نطاق تطبيقها حتى تحقق الأهداف الاقتصادية التي تسعى إلى إدراكها ، وكل الكيانات القانونية المشار إليها يحق لها أن تكون طرفا في المنازعات التحكيمية ضد الدولة المضيفة للاستثمار وأن تؤسس دعواها على اتفاقيات الاستثمار .

وعرفه المشرع الجزائري في المادتين 49 و 50 من القانون المدني (المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الشركات المدنية والتجارية - الجمعيات والمؤسسات الوقف كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال يمنحها القانون شخصية قانونية وتكون له ذمة مالية وأهلية في الحدود التي يعود لها عقد إنشائها أو التي يقررها القانون) ، والموطن وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته.

ثانيا: الدولة كطرف في المنازعة التحكيمية المتعلقة بالاستثمار

أوضحت اتفاقيات الثنائية والمتعددة بأن الدولة المتعاقدة طرفا أساسيا في نزاعات الاستثمار بحيث اعتبره الفقه والقضاء هذه الاتفاقيات التي تبرمها الدول تنازلا منها على حصانتها لكن هذا التنازل يجب ألا يشمل الأموال العامة، بل يجب أن يقتصر على الأموال الخاصة المتعلقة بالأهداف التجارية فقط.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بموضوع نزاع الاستثمار

لكي تقبل الدعوى التحكيمية المؤسسة على اتفاق الاستثمار بين الدولة المستثمرة

والدولة المضيفة لاستثماره أمام الهيئة التحكيمية لمفهوم "الاستثمار" المنصوص عليه في

الاتفاقية وأن تكون المنازعة ذات طابع قانوني ولا تكون ذات طابع سياسي .

أولاً: مفهوم الاستثمار المشمول بالحماية.

أعطت الجزائر مفهوماً واسعاً للاستثمار والمستثمرين في قانونها الداخلي ، حيث

تنص المادة الثانية من الأمر 16-09 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم⁽¹⁾.

(1) - اقتناء أصول تدرج في إطار استحداث نشاطات جديدة أو توسيع قدرات الانتاج أو إعادة التأهيل أو إعادة الهيكلة .

(2) - المساهمة في رأسمال المؤسسة في شكل مساهمات نقدية أو عينية .

(3) - استعادة النشاطات في إطار حوصصة جزئية أو كلية .

ثانياً: طبيعة المنازعة التحكيمية الخاصة بالاستثمار

نصت اتفاقية واشنطن لسنة 1965 في المادة 25 على امتداد اختصاص المركز إلى

المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة أخرى لكن

الاتفاقية لم تفسر عبارة التراعات القانونية وهذا ما أثار إشكالا في بعض القضايا التحكيمية.

1 - أمر 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 ، ومعدل ومتمم بالقانون رقم: 09/16 مؤرخ في : 03 اوت

2016 يتعلق بتطوير الاستثمار ، الجريدة الرسمية عدد 47 الصادرة بتاريخ 22 أوت 2001 ، موافق عليه بمقتضى

القانون رقم 16-01 المؤرخ في 21 أكتوبر 2001 ، الجريدة الرسمية، العدد 62 الصادرة بتاريخ 24 أكتوبر

. 2001

المبحث الثالث: ماهية عقود الاستثمار والمنازعات الناتجة عنها

أدت الظروف الاقتصادية داخل الدولة أو بين الدول إلى قيام العديد من المشروعات الاقتصادية. وأدى ذلك إلى اتساع نطاق المعاملات التجارية وانتشار عقود الاستثمار وهي عقود دولية تتمتع بطبيعة خاصة لتعلقها بالخطط التنموية للدولة المضيئة للاستثمار، والمستثمر الأجنبي يلتزم بمقتضاها بنقل موارد اقتصادية إلى الدولة المضيئة لاستغلالها في مشروعات على أراضيها⁽¹⁾.

وتحظى عقود الاستثمار التي تبرمها الدول مع المستثمرين الأجانب بأهمية كبيرة⁽²⁾، ويرجع ذلك إلى الدور الذي تلعبه في الاقتصاد سواء بالنسبة للدولة المضيئة للاستثمار أو الدولة التي يتبعها المستثمر⁽³⁾.

وقد اعتبرت عقود الاستثمار بأنها تعبير يشير إلى العلاقات القانونية التي تدخل الدولة فيها والتي تكون عموماً من أقطار العالم الثالث أو شركات في اتفاق مستثمر أجنبي والذي عادة ما يكون شركة غير دولية مما يدخل تحت هذا التحديد من أجل إقامة مشروع

1 - د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، دون دار نشر، 2004، ص 88.

2 - د. خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2014، ص 81.

3 - المرجع نفسه، ص 81.

استثماري، كما عرفت بأنها: "كل العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي التي تتعلق بمباشرة الأنظمة التي تدخل في إطار التنمية الاقتصادية للبلاد" (1).

كذلك تعرضت بعض أحكام التحكيم لتحديد عقود الاستثمار بأنها: "عقد شركة وطنية تأخذ شكل المشروع العام وشركة أجنبية تقوم باستثمارات ومنشآت لها طابع الدوام" (2). ولتحديد بيان وماهية عقود الاستثمار يتطلب منا تعريف عقد الاستثمار وأطراف عقد الاستثمار والمنازعات الناشئة عنه .

المطلب الأول: تعريف عقود الاستثمار وأطرافها

أدت التطورات الاقتصادية وما شهده العصر الحديث من سهولة الاتصالات بين المجتمعات إلى ظهور علاقات اقتصادية لم تكن معروفة مثل الاستثمارات الأجنبية والتي أعطتها التشريعات المختلفة معاملة خاصة (3).

1 - د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 25 .

2 - د. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 13 .

3 - د. هشام صادق، دروس في القانون الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999، ص 301 .

الفرع الأول: تعريف عقود الاستثمار

الاستثمار كلمة اقتصادية ومعناها زيادة أو إضافة جديدة في ثروة المجتمع، ويعرف بأنه: "إسهام غير الوطني في التنمية الاقتصادية أو الاجتماعية للدولة المضيفة بمال أو عمل أو خبرة في مشروع محدد بقصد الحصول على عوائد وفقاً للقانون"⁽¹⁾. وهو الإضافة الجديدة من المواد الانتاجية وهو تدخل إيجابي صادر عن أحد الأطراف يستهدف إيجاد مال دائم. وقد عرفته جمعية القانون الدولي بأنه: "تحركات رؤوس الأموال من البلد المستثمر نحو البلد المستفيد دون تنظيم مباشر كما عرفه معهد القانون الدولي بأنه: "توريد الأموال أو ربما الخدمات بهدف تحقيق ربح مادي أو سياسي ويمكن أن يكون الاستثمار من أموال معنوية"⁽²⁾.

ويظهر بأن عقود الاستثمار هي تلك العقود التي بمقتضاها يتم إيصال رأس المال الأجنبي إلى الدولة المضيفة على نحو مباشر وذلك بإقامة مشروع إنتاجي إما بنفسه أو بالمشاركة مع رأس المال الوطني.

1 - د. محمد عبد العزيز النعماني، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة،

2002، ص 22

2 - د. خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 87 .

الفرع الثاني: أطراف عقود الاستثمار

تهدف الدولة من الاستثمار إلى زيادة تدفق رؤوس الأموال باعتبارها مصدرا هاما من مصادر التمويل، ونتيجة لذلك تزايدت اتفاقيات التنمية الاقتصادية بين الدول ، مما حفز المستثمرين بالتنقل بأموالهم لاقامة مشروعاتهم الاستثمارية في الدول الراغبة في النمو والتي تعد بحاجة لتلك الاستثمارات وتنوعت مجالات الاستثمار فشملت الاستثمار في قطاع البترول والتعدين والخدمات والتكنولوجيا والتصنيع والزراعة إلى غير ذلك من المجالات التي تريدها الدولة المضيفة لهذه الاستثمارات⁽¹⁾. وأن التحكيم في منازعات عقود الاستثمار يكتسب هذه الدولية بطريقة التبعية وستعرض إلى الدولة بصفتها كطرف في عقد الاستثمار أولا ، ثم إلى المستثمر الأجنبي كطرف في هذا العقد .

أولاً: الدولة كطرف في عقد الاستثمار

تلجأ الدولة في سبيل تحقيق تنميتها الاقتصادية إلى إبرام العديد من العقود مع المستثمرين الأجانب وهي تقوم بذلك عن طريق ممثلها أو المؤسسات التابعة لها.

وتعتبر الدولة طرفا في عقد الاستثمار عندما تقوم بإبرام عقود استثمار أو تدخل في مشروعات مشتركة بينها أو بين الشركات الخاصة⁽²⁾. وقد نصت اتفاقية واشنطن الموقعة

1 - د. جلال وفاء محمد، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة

للنشر، الإسكندرية، دون تاريخ نشر، ص 81 .

2 - المرجع نفسه، ص 11 .

سنة 1965 على أن المركز الدولي لفض المنازعات الاستثمار يعد الهيئة المختصة في المنازعات التي تثور بين الدول المتعاقدة والمستثمرين الأجانب الأفراد أو الشركات الخاصة، والدولة كطرف في عقد الاستثمار هي الدولة بمفهومها المعروف في إطار القانون الدولي العام، وهي قد تتعاقد مع الطرف الأجنبي المستثمر إما بشكل مباشر بواسطة حكومتها أو تلجأ إلى التعاقد معه بواسطة مؤسستها⁽¹⁾.

ثانياً: المستثمر كطرف في عقد الإستثمار

يشترط في المستثمر أن يكون تابعا لدولة أخرى، وقد يكون هذا الشخص طبيعياً أو معنوياً، وقد اشترطت اتفاقية واشنطن لعام 1965 أن يكون المستثمر أجنبياً منتمياً لدولة أجنبية أخرى طرف في الاتفاقية، ويستوي في ذلك أن يكون هذا المستثمر شخصاً طبيعياً أو معنوياً، فقد نصت المادة 2/25 منها على أنه يقصد بعبارة أحد رعايا الدولة المتعاقدة ما يلي: كل شخص طبيعي أو معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة خلاف الدولة الطرف في النزاع⁽²⁾. وعليه فإن الطرف الأجنبي في عقد الاستثمار هو المستثمر الأجنبي سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً.

1 - د. خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 102 .

2 - د . بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 24 .

المطلب الثاني: منازعات عقود الاستثمار

ترتبط المنازعات التي تنشأ عن الاستثمار بالظروف الاقتصادية والسياسية ، مما يؤدي بالدولة المعنية إلى إجراءات أو إتخاذ أعمال صادرة عن سلطتها السيادية، كما تقوم بإحداث تغييرات في قوانينها وتشريعاتها بهدف التجاوب مع التطورات العالمية مما يؤدي إلى التأثير في السلطة التي تتمتع بها هي وأجهزتها لناحية لجوئها إلى التحكيم أو قد تؤدي إلى تعديل القواعد القانونية التي تحكم نزاعاتها أو قد تقوم بإلغاء أو فسخ عقد الاستثمار الذي يتضمن شرط التحكيم⁽¹⁾.

وعلى ضوء ما تقدم سنقوم بتناول هذا المطلب ، فتعرض إلى طبيعة منازعات عقود الاستثمار (الفرع الأول) والمنازعات الناتجة عن الاجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار (الفرع الثاني).

الفرع الأول: طبيعة منازعات عقود الاستثمار

تعد منازعات الاستثمار بأنها ذلك النوع من المنازعات التي تنشأ بين طرفي العقد الاستثماري الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي - نتيجة لانتهاك أحد الأطراف للالتزامات المنصوص عليها في العقد الاستثماري مما ينتج عنه أضرار جسيمة يستلزم عنها

1 - د . بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 91 .

تعويض الطرف المتضرر⁽¹⁾، وتتسم منازعات الاستثمار بطبيعة خاصة تنجم عن خصوصية عقود الاستثمار، وتكاد عقود الاستثمار تتميز بعدم التكافؤ في الوضع القانوني للأطراف المتعاقدة نتيجة لمظاهر السيادة التي تتمتع بها الدولة المتعاقدة مما يقوي المركز القانوني لها، وذلك نظرا لما تتمتع به من حرية التنظيم السياسي وحقها في التشريع والقضاء والتمتع بالشخصية القانونية⁽²⁾.

وتتصف عقود الاستثمار بطبيعة فنية، وذلك لارتباطها بالاستثمار وتنوعها إذ تشمل عقود امتياز البترول، عقود نقل التكنولوجيا وعقود البناء إلى غير ذلك من العقود التي تساهم في التنمية وتنطوي الطبيعة الفنية لهذه العقود من الطابع الخاص لكل مجال، فكل مجال من هذه المجالات ينطوي على طبيعة خاصة فالطبيعة الفنية لهذه العقود تنبع من تقديم خدمة ذات طابع فني⁽³⁾. ونظرا لتنوع عقود الاستثمار بسبب تنوع الاستثمار، وبالتالي تعددت أشكال المنازعات الاستثمارية الناجمة عنها مما يجعلها في حاجة ماسة إلى محكمين يتمتعون بالكفاءة والقدرة الفنية التي تتلاءم مع تنوع هذه المنازعات التي تغلب عليها الطبيعة الفنية

1 - د. خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 110.

2 - طه أحمد قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص 32.

3 - د. خالد كمال عكاشة، المرجع نفسه، ص 111.

المعقدة والمركبة، كما يغلب عليها الطابع الاقتصادي الذي يسير مع الطابع الفني للمنازعة⁽¹⁾.

فالهدف من عقود الاستثمار يهدف من خلال المستثمر الأجنبي إلى الربح من المشروعات الاستثمارية التي يقيمها الدولة المضيفة، كما تعتمد هذه الدولة على هذه المشروعات كمصدر هام من مصادر التمويل التي تساعد على التنمية.

الفرع الثاني: المنازعات الناتجة عن إجراءات الدولة المضيفة للاستثمار

قد تلجأ الدولة إلى تغيير قوانينها وتشريعاتها بهدف التجاوب مع التطورات الاقتصادية العالمية، مما يؤدي إلى التأثير في السلطة التي تتمتع بها هي وأجهزتها ، وقد تؤدي تعديل القواعد القانونية التي تحكم تسوية نزاعاتها التي تتم بواسطة التحكيم.

وقد تتخذ الدولة المضيفة للاستثمار في علاقاتها بالمستثمر الأجنبي تصرفات من شأنها أن تمس بحقوق المستثمر مما يجعل المستثمرين ينظرون إلى الدولة نظرة شك بسبب عدم إلتزام الدولة بتعهداتها، كما أنه في بعض الأحيان تلجأ الدولة إلى إنهاء عقود الاستثمار بإرادتها المنفردة والاستيلاء على المشروع الاستثماري دون تعويض وطرف المستثمر الأجنبي من أراضيها يعد في أسوأ التصرفات التي تقوم بها الدولة مما يجعل آثار هذه التصرفات تنصرف آثارها الضارة إلى الاستثمار داخل إقليم الدولة.

1 - د. طه أحمد قاسم، المرجع السابق، ص 94.

كما أن قيام الدولة المضيفة بتغيير تشريعاتها المنظمة للإستثمار على إقليمها يزيد من مخاوف المستثمر في تعامله مع الدولة المضيفة ويساهم في زعزعة الاستقرار المنشود لمناخ الإستثمار، إذ أن تغيير التشريعات الخاصة بالإستثمار وعدم الاستقرار التشريعي يزيد من تخوفات المستثمرين، الأمر الذي دفع بعض الدول إلى الاستجابة لرغبات المستثمرين في تضمين عقود الإستثمار شرطا خاصا يعرف بشرط الثبات التشريعي⁽¹⁾. والذي يتم بمقتضاه تجسيد الوضع التشريعي للدولة اتجاه العقد بمعنى جعل عقد الإستثمار بمنأى عن أي تغييرات قانونية تصدرها الدولة المضيفة للإستثمارات .

1 - د. خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 126 .

الفصل الثاني

دور التحكيم في فض منازعات الإستثمار

كثيراً ما تثور نزاعات الإستثمار بين الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب، مما يتم اللجوء إلى التحكيم بوصفه وسيلة لفض النزاعات، وهذا لما يتميز به التحكيم من خصائص ومبررات يتمتع بها نظراً للتغيرات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية التي تثور، مما يؤدي إلى تدخلات إدارية في الإستثمار، الأمر الذي يؤدي حتماً إلى نشوء منازعات، كأن تهدف الدولة إلى حماية مصالحها الاقتصادية، وبطبيعة الحال فإن تدخل الدولة في بعض القطاعات من أجل حماية مصالحها، ينجر عنه نشوء نزاعات. وأمام هذا فإنه كان لابد من إيجاد وسائل لتسوية المنازعات التي تنشأ عن عقود الإستثمار، بما يتلائم مع طبيعتها، ومن هذه الوسائل نجد التحكيم كطريقة مقبولة لحماية الإستثمار الأجنبي وهو ما سنتطرق اليه فيما يلي .

المبحث الأول : مبررات وخصائص التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

يتسم التحكيم في منازعات عقود الاستثمار بخصوصية تميزه عن الوسائل البديلة الأخرى لفض المنازعات كالوساطة والتوفيق. بحيث يمثل ملاذا لحسم المنازعات وذلك بسبب اتفاق الأطراف على مؤسسات التحكيم التي باتت منتشرة وبسبب التخصص الفني والمالي المتوفر لهذه الهيئات مما يجعلها أقدر على فهم مسائل النزاع المعروض عليها والفصل فيها⁽¹⁾. وخاصة إذا كان الأمر يتعلق بعقود الاستثمار.

وعلى هذا فإنه من الضروري لاستيعاب فكرة التحكيم في منازعات عقود الاستثمار أن نتعرض إلى المبررات التي جعلت منه الوسيلة الطبيعية لحسم المنازعات، وكذلك خصائص التحكيم في تسوية هذه المنازعات.

1 - هاني محمد اليولماني، الآليات والوسائل البديلة لحسم منازعات العقود التجارية - مداخلة ورشة العمل الوطنية

الثانية لمناقشة مسودة التقرير الوطني الخاص بإنفاذ العقود التجارية، واسترداد الديون في الجمهورية اليمنية (صنعاء)،

20 ديسمبر 2009 م .

المطلب الأول: مبررات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار.

يلعب التحكيم دورا فعالا في فض المنازعات التي تثيرها عقود الاستثمار إلى درجة أن البعض يرى فيه أمرا حتميا⁽¹⁾. وهو القضاء الطبيعي في هذا المجال، حيث يلجأ الأطراف في عقود الاستثمار إلى التحكيم في حل منازعاتهم، ويعود ذلك إلى أسباب منها ما يتعلق بما يتمتع به التحكيم من مزايا تتناسب مع طبيعة عقود الاستثمار، ومنها ما يتصل بمخاوف المستثمرين الأجانب من اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة للاستثمار، كما يتعلق التحكيم بكونه ضمانا لاجتذاب الاستثمار الأجنبي. وهذا ما سنتعرض له في الفروع التالية:

الفرع الأول: مزايا التحكيم تتماشى مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار.

تتميز عقود الاستثمار بطبيعة ناتجة عن أطراف هذه العقود، وهم الدولة من ناحية والمستثمر الأجنبي والعملية موضوع العقد، حيث أن العقد يتعلق بمشروع يكلف أموالا باهضة ويتطلب خبرات عالية، وعلى هذا فإن التحكيم يمثل المجال الخصب لفض المنازعات التي قد تثور في هذا المجال، وتتميز هذه المزايا فيما يلي:

1 - د. حفيظة الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب

التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 5.

أولاً: سرعة الإجراءات للفصل في النزاع.

يتميز التحكيم بمرونة تؤدي إلى توفير الكثير من الوقت، بحيث أن هذه السرعة لا تتوافر في النظم التقليدية التي تتنافى مع سرعة الفصل وبالتالي تبقى الاستثمارات والمبالغ النقدية الكبيرة مجمدة في انتظار صدور حكم القضاء، ومن ثم تكون الخسارة نتيجة تعطل تلك المبالغ التي تنتظر حتى يتم الفصل في النزاع المتعلق بها⁽¹⁾.

فالأطراف في عقود الاستثمار تحبذ التحكيم لما يقدمه من سرعة بالفصل في المنازعة المعروضة في زمن معين فقوانين التحكيم تحدد مدة لا يتجاوزها المحكم عند إصداره قراره في النزاع المعروض عليه⁽²⁾.

كما أن حكم التحكيم يتمتع بحجية الشيء المقضي فيه، مع مراعاة أن الطعن لا يوقف تنفيذ حكم التحكيم كأصل عام⁽³⁾.

كما أن سرعة تسوية المنازعات هي سمات تتميز بها عقود الاستثمار⁽⁴⁾.

1/ Paulsson (J): Arbitration without privity, Review- Vol 10, No2, 1995, p 05.

2 - د. إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفهومه في إطار "مركز حقوق عين شمس للتحكيم" مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد السابع، جويلية 2001، ص 127.

3 - د . حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 19 .

4 - د . مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، بيروت، 2005، ص 43 .

ثانيا: سرية وتخصص التحكيم.

من أهم المزايا التي تجذب المحكّمين في عقود الاستثمار الدولية هي سرية الإجراءات، حقيقة أن مبدأ العلانية يعد من أسس التقاضي العادية ومن ضمانات تحقيق العدالة إلا أنّها قد تمس بعقود الاستثمار إذا كان من شأنها إذاعة أسرار صناعية أو تكنولوجية أو اتفاقات خاصة يحرصون على إبقائها سرية .

والواقع أن طابع السرية وبخاصة في عقود الاستثمار الدولية مثل عقود التنقيب وعقود الأشغال العامة تقتضي مصالح أطرافها عدم الإعلان عن عقودهم، الأمر الذي يفسر ندرة الأحكام الصادرة والمنشورة مما يعوق الجانب العملي للدراسات النظرية في التحكيم.

كما ان المنازعات في مجال عقود الاستثمار الدولية كثيرا ما تثير صعوبات قانونية، الأمر الذي يثير قلق المتعاملين، ولعل في مقدمة هذه الصعوبات تعيين القانون الواجب التطبيق على منازعات هذه العقود والمحكمة المختصة، كما توجد اتفاقيات دولية تعين القانون واجب التطبيق، لذلك فإن التحكيم هو وسيلة مناسبة للخصوم تمكنهم من اختيار مكان التحكيم وزمانه⁽¹⁾.

والتحكيم في مجال عقود الاستثمار الدولية يتطلب معرفة وخبرة قانونية متخصصة لتسوية منازعات الاستثمار، لأنّ فض هذه المنازعات يتطلب معارف اقتصادية وخبرة تتلاءم

1 - د. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 20 .

مع توسع مجالات الاستثمار الأجنبي، حيث يكون المحكمون يتمتعون بكفاءة علمية وقانونية وخبرة تجعلهم يمتازون بالإحاطة بأعراف وعادات العقود محل النزاع، وكذلك اللغات التي تحرر بها العقود وتجري بها المراسلات بين الأطراف في عقود الاستثمار.

ثالثاً: حياد وعدالة التحكيم.

يمتاز التحكيم بعدم خضوعه لأية جهة رسمية، فضلاً عن عدم خضوعه لأي قانون غير الذي يختاره المحكمين، وهذا بعكس القضاة في المحاكم الذين يجب أن يلتزموا بنصوص القانون.

فالتحكيم أكثر قدرة على تحقيق العدالة وهو الهدف الذي يجب أن يسعى إليه المحكم للوصول إلى حكم عادل⁽¹⁾.

كما أن التحكيم من شأنه أن يحقق عدالة يهدف إليها الأطراف ولعل ما يساعد على ذلك هو أن الأطراف هم الذين يختارون المحكمين⁽²⁾. ونوع التحكيم الذي يرغبون في اتباعه سواء أكان تحكيم مؤسسي أو تحكيم حر تحكيم بالقانون أو تحكيم بالصلح.

1 - د . إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 9 .

2 / Boisard (M.A): Settling Foreign Investment Disputes: Unitar Training Programmes on Foreign Economic Relations, , Document No 04, Module VIII- Revised, 2001, p 07.

الفرع الثاني: تمسك المستثمر الأجنبي بالتحكيم.

بما أن عقود الاستثمار تبرم بين طرفين غير متكافئين هما الدولة والمستثمر الأجنبي فإن قضاء الدولة لا يقبله المستثمر الأجنبي بسبب نظرته إليه أن لا يكون حيادي بصدد نظر النزاع، لذلك يحرص المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة على إدراج شرط التحكيم لحل المنازعات التي تثيرها عقود الاستثمار، خوفا من استعمال الدولة لسيادتها عند نظر المنازعات في المحاكم.

حيث أن ما تتمتع به الدولة من استقلال وسيادة يجعل من الصعوبة الفصل في المنازعات التي تكون طرفا فيها أمام القضاء الوطني دون إهدار الحقوق الخاصة بالمستثمر من أجل تحقيق اعتبارات سياسية واقتصادية لفائدتها على حساب المستثمر الأجنبي، كما يحرص المستثمر الأجنبي على إدراج شرط التحكيم لعدم ثقته بتزاهة وعدالة قضاء الدولة المضيفة⁽¹⁾.

1 - (أنظر د. مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص 46 وما بعدها). حيث يقوم التحكيم على مبدأ سلطان الإرادة ، بمعنى أن اللجوء إليه يتم باختيار طرفي النزاع ، وبمحض إرادتهما الحرة وغالبا ما يلجأ المستثمر في عقد الاستثمار التحكيم المؤسسي باعتباره يملك إمكانات علمية وفنية ومادية مثل نظام هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية (ICC) الساري المفعول ابتداء من 1998/1/1 وهيئة التحكيم الأمريكية (A.A.A) أصبح حيز التنفيذ في 1992/5/1 ومحكمة لندن للتحكيم الدولي.

ففي فرنسا اشترط المستثمر الأمريكي حتى يمكنه الموافقة على الاستثمار الذي يجري بضواحي باريس أن تحال المنازعات المتعلقة بهذا الاستثمار إلى التحكيم. غير أن المشكلة التي اعترضت الحكومة الفرنسية هو رأي مجلس الدولة في شأن العقود المرتبطة بمصالح التجارة الدولية هو عدم اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرفا فيها نزولا على ما يفرضه الحفاظ على السيادة الفرنسية. ورغم تأخر توقيع العقد فإن فرنسا قبلت بشرط التحكيم. كما أن القانون الجزائري نص على أنه: " لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية"⁽¹⁾.

الفرع الثالث: التحكيم وسيلة لحماية الاستثمار.

لكي يثق المستثمر، لابد من توفر حماية كافية لتأمين استثماراته، فرأس المال يحتاج إلى الأمان والمستثمر قلق وخائف ويحتاج إلى طمأننته فتشجيع الاستثمارات الأجنبية يحتاج إلى ضمانات يرتاح معها المستثمر ويتزع القلق عن نفسه. ذلك أن عقود الاستثمار الدولية غالبا ما تربط دولة معينة بمستثمر أجنبي لا يثق في قضاء الدولة المتعاقدة، حيث يسهل أن يتأثر القاضي بالدوافع الوطنية التي تخالف مصالح المستثمر، كما أن القوانين في الدول النامية سهلة التعديل والإلغاء وتتسم بعدم الاستقرار.

1 - المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الصادر بموجب القانون رقم 09-08، المؤرخ

في 25 فبراير 2008 .

فتشجيع الاستثمار الأجنبي يحتاج إلى ضمانات لحماية استثماراته، ومن هذه الضمانات قضاء التحكيم الذي من شأنه أن يبدد مخاوف المستثمرين الأجانب ومن هنا يبدو التفاعل والوصل بين التحكيم وتدفقات رؤوس الأموال. فقد صار التحكيم إحدى وسائل حماية الاستثمار الأجنبي كضمانة يؤمن ويحمي الاستثمارات⁽¹⁾. وحرصا من الدول، وخاصة منها الدول النامية، على جلب الاستثمارات الأجنبية، فقد أقرت التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار.

وفي هذا الاتجاه فقد جاء قانون الاستثمار في بعض الدول ليكرس مبدأ التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، كما اعتمد المشرع الجزائري أيضا التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في عقود الاستثمار وعلى هذا الأساس فإن الدول لجأت إلى جذب الاستثمارات الأجنبية وذلك بقبول مبدأ عرض منازعات الاستثمار على جهاز يثق المستثمر في حياده مثل أجهزة التحكيم في إطار ما يقع الاتفاق عليه مع المستثمر أو في إطار الاتفاقيات الدولية .

المطلب الثاني: خصائص التحكيم في منازعات عقود الاستثمار.

إن التحكيم في منازعات عقود الاستثمار يتسم بخصوصية تميزه عن التحكيم في سائر المنازعات، نظرا لاختلاف نوعية المشاكل التي يجب على هيئات التحكيم التصدي لها، والتي تتمثل حقيقة أن أحد الأطراف هو شخص عام يتعامل مع شخص خاص وأن موضوع هذه

1 - د . عكاشة محمد عبد العال، الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية، المرجع السابق، ص 59 .

العقود يتمثل في تحقيق التنمية لموارد الدولة المضيئة. لذلك فإنه يتعين في تحكيم منازعات عقود الاستثمار اختيار نوع التحكيم، وكذلك اختيار المحكمين الذي تتوافر فيهم الخبرة الفنية والتكوين للفصل في مثل هذه المنازعات، والمحافظة على سرية إجراءات التحكيم في هذه العقود.

الفرع الأول: التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي.

التحكيم وسيلة خاصة لحسم المنازعات تعتمد على اتفاق الأطراف، وأمام هذا الطابع التعاقدى للتحكيم فإنه يمكن للأطراف عند الموافقة على اللجوء إليه لتسوية منازعاتهم الاتفاق على أن يستقلوا في إدارة العملية التحكيمية وهو ما يسمى (التحكيم الخاص) أو مؤسسة تحكيمية دائمة تتولى إدارة هذه العملية وهو ما يسمى (التحكيم المؤسسي).

وأمام خصوصية منازعات الاستثمار فإن التساؤل الذي يمكن طرحه: هل من الأحسن تسوية منازعات الاستثمار عن طريق اللجوء إلى التحكيم الخاص، أو المؤسسي؟.

أولاً/ التحكيم الخاص:

ويسمى التحكيم الحر وهذا النوع من التحكيم يحدد فيه أطراف النزاع المواعيد والمهل ويعينون المحكمين ويقومون بعزلهم أو ردهم وتحديد القواعد والإجراءات الخاصة بهم أو الإحالة إلى قواعد تحكيم توضع لأجل هذا الغرض، كما هو الحال في قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة لعام 1976، والتحكيم الخاص هو تحكيم أعد لحالة خاصة بذاتها من حيث

تشكيل هيئة التحكيم أو من حيث القواعد والإجراءات، وكمثال على اللجوء إلى التحكيم الخاص في اتفاقيات تحكيم منازعات عقود الاستثمار في العقد المبرم بتاريخ 1994/11/18 بين الحكومة اللبنانية وبعض الشركات الفرنسية الخاصة من أجل تنفيذ ما يسمى "الأوتوستراد العربي" من أجل فض هذه المنازعات يكون خاضعا للتحكيم وفقا للشروط، على أن يحصل التحكيم في بيروت باللغة الفرنسية⁽¹⁾.

وتوجد بعض المؤسسات تذهب بسهولة إلى تحكيم مراكز التحكيم، ولكن بعض المؤسسات الإدارية كالوزارات لا تقبل إلا التحكيم الذي تساهم في تنظيمه وتشكيل محكمته بحيث يختار محكميه ويختار هو وخصمه المحكم الثالث بحيث إذا لم يتوصل هو وخصمه إلى هذا الخيار توقف التحكيم، وينظم هو وخصمه إجراءات التحكيم وتتولى المحكمة التحكيمية حل المنازعات في عقود الاستثمار، من هنا فإن تحكيم مراكز التحكيم "Institutional" وتحكيم المحكمة التحكيمية التي ينشئها الأطراف خصيصا لحل النزاع "Adhoc" ويسمى تحكيم الحالات الخاصة كلاهما له مكانته ومنازعاته. ويمكن القول أن تحكيم الحالات الخاصة هو تحكيم على القياس، وتحكيم مراكز التحكيم هو تحكيم جاهز في مقاييسه ومعايره .

1 - د. محي الدين القيسي، العقود الإدارية وخصائصها وإمكانية التحكيم فيها دعما للاستثمار الدولي في ضوء القانون الجديد في منازعات العقود الإدارية في لبنان، التحكيم العربي في آفاق الألفية الثالثة، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، الطبعة الأولى، 2003، ص 104 .

ثانياً: التحكيم المؤسسي "Insitutional Arbitration".

التحكيم المؤسسي أو تحكيم هيئات التحكيم الدائمة، هو أن يختار الأطراف إدارة إجراءات التحكيم وفقاً لقواعد تحكيمية معينة وبمساعدها، وتكون أمام تحكيم مؤسسي: "متى جرى في ظل منظمة لم تكتمف بوضع لائحته وقواعدها التنظيمية أو وضع دورها ومكاتبها وخدماتها الإدارية تحت تصرف أطراف النزاع بل احتفظت لنفسها باختصاص معين في تطبيق لائحته المذكورة، ولا يهم أن تكون المنظمة تتناول مهمة النظر في النزاع⁽¹⁾ .

ويجب على الأطراف الاتفاق صراحة على المؤسسة التحكيمية التي يتم اللجوء إليها وقد ازداد عدد المؤسسات الدائمة بعد أن أصبح التحكيم من أكثر الوسائل قبولاً في حسم منازعات عقود الاستثمار وخاصة بعد إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار".

ومن أمثلة تحكيم منازعات عقود الاستثمار التي تحيل إلى التحكيم المؤسسي، ما نص عليه اتفاق التحكيم الوارد في المادة 21 من عقد امتياز البحث عن البترول المبرم سنة 1987 بين الشركة الألمانية "Deutsch-schachtbau" وشركة رأس الخيمة الوطنية للبترول "Rakoil" من أن: "جميع المنازعات التي تنشأ بخصوص تفسير هذه الاتفاقية أو

¹ - أحمد يوسف خلاوي، ورقة عمل مقدمة لورشة العمل التي تنظمها الهيئة العامة للتعليم والاستثمار لمناقشة مواضيع المنعقدة بصالة غرفة التجارة والصناعة بمدينة طرابلس، يوم 2009/12/8 : إن وضع التحكيم الدولي وتوظيفه في خدمة العلاقات الاقتصادية الدولية لا يجب أن يقتصر على تشجيع الاستثمار الأجنبي، وإنما يجب أن يتم من منظور المصلحة المتبادلة للطرفين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة وهو ما يقتضي الأخذ بعين الاعتبار الطبيعة الخاصة لمنازعات الاستثمار، وأمام التطورات الكبيرة للاستثمار وزيادة المنازعات فقد اتجهت المؤسسات التحكيمية الدائمة إلى تطوير قواعدها لمواكبة التطورات وقد زادت نسبة اللجوء إلى التحكيم المؤسسي نظراً لما يحققه من مزايا .

تطبيقها ستم تسويتها. بموجب قواعد التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية وذلك من قبل ثلاثة محكمين يعينون. بموجب هذه القواعد".

وقد يتم إحالة النزاعات إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) إذا اتفق الأطراف على ذلك. ويظهر بأن القضايا المفصلة عن طريق المركز هي أربع قضايا بأطراف عربية هي المغرب ومصر وتونس قد فصلت بعد عرضها على المركز، أما القضايا التي لازالت منظورة أمامه حاليا بأطراف عربية وهي: المغرب ودولة الإمارات ومصر.

الفرع الثاني: اختيار وسرية المحكمين في منازعات عقود الاستثمار.

سنتناول في هذا المطلب كيفية اختيار المحكمين في منازعات عقود الاستثمار، وكذا ضرورة الالتزام بسرية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار كشرط أساسي يجب اتباعه.

أولاً: اختيار المحكمين في منازعات عقود الاستثمار.

تتميز عقود الاستثمار الدولية بخصوصية ناتجة عن طبيعة هذه العقود والعملية محل العقد، إذ تنير هذه العقود مشاكل متعددة الأوجه منها القانونية ومنها الفنية لذلك فهي تتطلب في المحكم الذي يفصل في هذه المنازعات مؤهلات عالية.

فقد تتعلق منازعات هذه العقود بالبيئة أو بنقل التكنولوجيا، لذلك فإن هيئة التحكيم تتطلب أن تضم محام أو رجل قانون على دراية بأحكام القانون الدولي العام أو الخاص أو أحكام قانون البيئة أو أحكام عقود خاصة بنقل التكنولوجيا، حيث كثيراً ما يجد المحكم

نفسه مطالبا بالبحث في الفروع المختلفة للقانون لتنوع المشاكل التي تثيرها عقود الاستثمار وما تتطلبه من دراية فنية بالغة التعقيد، كأن تتعلق بالنواحي الخاصة باستغلال الحقل أو معدل الإنتاج في عقود البترول. أو بمشاكل هندسية تتعلق بكفاءة المنشآت في عقود الأشغال، أو تقنيات المحاسبة المالية، ومن ثم يكون من اللازم أن تضم هيئة التحكيم خبراء ومهندسين⁽¹⁾.

كما يجب توافر العنصر القانوني في تشكيل هيئة التحكيم بل أنه من الأفضل أن يتأسس هيئة التحكيم أحد رجال القانون حتى يضمن سلامة الإجراءات وسلامة حكم التحكيم من ناحية الإجراءات القانونية، وعلى هذا فإنه يجب عدم التسرع في وضع الشروط التي يجب توافرها في المحكمين في اتفاق التحكيم قبل قيام المنازعة، لكي يتسنى اختيار المحكمين ذوي الخبرة العالية والدراية الكاملة.

ثانيا: ضرورة الالتزام بسرية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار.

يمثل الحفاظ على سرية إجراءات التحكيم مبدأ جوهريا، فميزة سرية التحكيم تعد عنصرا أساسيا وهذه الميزة هي التي تدفع المستثمرين إلى اختياره كوسيلة لحل المنازعات فالتحكيم يتميز بالسرية.

1 - د . محمد أبو العينين، الطبيعة الخاصة والتميزة لصناعة التشييد والبناء وأثرها على وسائل حسم المنازعات، مجلة التحكيم العربي، العدد 5، سبتمبر 2002، ص 136 .

وتزداد أهمية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، وذلك لما يترتب على هذه العقود من آثار سياسية واقتصادية كبيرة تؤثر في مصالح الدول وكذلك الشركات الكبرى القائمة بالاستثمار، نظرا لحساسية المعلومات والوثائق والأسرار المتعلقة بهذه العقود⁽¹⁾. لذلك أطراف عقود الاستثمار تحاول الحفاظ على سريتها. وأن الالتزام بالسرية يقوم على طبيعة التحكيم باعتباره وسيلة خاصة لحسم المنازعات، وأنه عبارة عن التزام ضمني بين الأطراف، حيث تفرض أخلاقيات على المحكم الالتزام بالسرية. ويعتبر عنصر السرية سببا من أهم الأسباب لاختيار المحكمين للتحكيم لتسوية منازعاتهم. وهذا ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 18 فيفري 1986 بقولها: " يتماشى مع طبيعة التحكيم وإجراءاته ضمان سرية حل المنازعات ذات الطابع الخاص وهو ما يستجيب لأطراف المنازعة"⁽²⁾. ويتضح بأن سرية التحكيم تعتبر أمرا هاما في منازعات عقود الاستثمار، وهذا ما ذهبت إليه التشريعات الحديثة وضمنته قوانينها⁽³⁾.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق في عقود الاستثمار.

تتمتع مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في منازعات عقود

1 - د . حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 22 .

2 / Arrêt Cour d'appel- Paris-, 18/02/1986, Revue Arbitrage, 1986, P 583,

Note Flecheux.

3 - نصت المادة 1025 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أن: "تكون مداوات المحكمين سرية".

الاستثمار الدولي بأهمية كبيرة، ذلك أن اتفاق التحكيم شأن سائر العقود يجب اسناده إلى قانون معين يحكم شروط انعقاده وصحته ونفاذه.

ويعرف القانون الواجب التطبيق: " بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تصل المحكمة إلى أنها المناسبة للتطبيق على النزاع، إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد هي ضابط الاسناد الأصيل في قاعدة النزاع الخاصة بالعقود الدولية وقانون الإرادة ليس بالضرورة أن يحكم جميع المسائل المتصلة بالعقد"⁽¹⁾. وعلى الأطراف ألا تغفل على تحديد القانون الذي يحكم اتفاقهم لأن ذلك يثير خلافات كثيرة بينهم مستقبلاً، ولمعالجة هذه المسائل قمنا بتوضيح القانون الدولي من القانون الواجب التطبيق (المطلب الأول) وموقف القانون الوطني والمقارن من القانون الواجب التطبيق (المطلب الثاني) ونطاق القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم (المطلب الثالث).

المطلب الأول: موقف القانون الدولي من القانون الواجب التطبيق.

هو قانون الإرادة المستقلة بحجة أنه لا يمكن أن تتصور وجود أي اتفاق أو عقد له إلزامية ذاتية، إذ لا بد أن يرتبط بنظام قانوني يعطيه قوته الملزمة وينظم وجوده وصحته واتفاق التحكيم سواء كان شرطاً أو مشاركة لا ينبغي أن يعامل في إطار القانون الخاص معاملة

1 - د محمد براهيم موسى، التوثيق التجاري الدولي والنظرة السائدة حول سبل التسوية في منازعات التجارة الدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية، 2005، ص 196.

مختلفة عن بقية العقود، أما الاتجاه الثاني فيرمي تطبيق الدولة مقر التحكيم مستنديين على كون الإجراءات تخضع لقانون محل القاضي وأن مقر التحكيم تركز فيها العملية التحكيمية.

الفرع الأول: حسب اتفاقية نيويورك لعام 1958.

تطرقت الاتفاقية في المادة 5/1 إلى مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم على أنه: يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يبحث عليه الحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على وجود إحدى الحالات المذكورة (1).

1 - أ) - أن أطراف الاتفاق المنصوص عليهم في المادة الثانية كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عددي الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم .

ب) - أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلانا صحيحا بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه .

ج) - أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشاركة التحكيم أو في عقد التحكيم أو تجاوز حدودهما فيما قضى به، ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلا للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم غير المتفق على حلها بهذا الطريق .

د) - أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو قانون البلد الذي فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق .

يتضح من نص الاتفاقية أن قانون الواجب التطبيق هو قانون إرادة أي القانون الذي تخضع له سائر العقود ذات الطابع الدولي، وبالتالي تكون قد حسمت الخلاف بين أنصار نظرية خضوع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة وأنصار قانون مقر التحكيم وتبقى الثانية كمصدر احتياطي.

الفرع الثاني: حسب اتفاقية جنيف في 21 أبريل 1961.

قد أخذت بالاتجاه السائد لدى الفقه وهو اختصار اتفاق التحكيم في قانون الإرادة وفي حالة تخلف الإرادة لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم غالباً ما يكون هو نفسه قانون الدولة التي يجرى على إقليمها التحكيم أي قانون مكان التحكيم.

إن هذا الحل قد تبناه القانون النموذجي الصادر في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري 1985 المادة 34 فقرة 2 فإن القانون النموذجي قد أخذ بقانون الإرادة أولاً ثم أخذ بقانون الدولة التي صدر بها الحكم⁽¹⁾.

الفرع الثالث: حسب اتفاقية واشنطن لسنة 1965 .

أخذت الاتفاقية في المقام الأول بمبدأ سلطان الإرادة وفي المقام الثاني اختيار النظام القانوني لأي من الطرفين أو كليهما أو حتى قانون دولة ثالثة وعلاوة على ذلك يمكنهم

1 - خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة في بعض الدول العربية والأجنبية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014، ص 225 .

الاتفاق على تطبيق المبادئ العامة للقانون أو بعض القواعد السائدة في نظام قانوني معين .
والنتيجة أن أغلب الاتفاقيات الدولية قد أخذت بالاتجاه السائد وهو الخضوع
لسلطان الإرادة وفي مجال عدم الاتفاق على قانون الإرادة يتم الرجوع إلى قانون الدولة
التي يتم فيها التحكيم على إقليمها⁽¹⁾ .

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة.

يعرف القانون الواجب التطبيق بأنه مجموعة القواعد القانونية التي يختارها الأطراف
للتطبيق على النزاع عملاً بمبدأ قانون الإرادة في العقود الدولية ويرى الاتجاه الثاني تطبيق
قانون الدولة مقر التحكيم استناداً بمبدأ خضوع الإجراءات لمحل القاضي إلا أن هذا الرأي
هجر استناداً إلى أن اتفاق التحكيم يرم في مرحلة سابقة على تشكيل هيئة التحكيم ، وعلى
تحديد مقر التحكيم وبالتالي فإنه يجب أن يعرف مقدماً القانون الذي يحكم الاتفاق .

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري.

نص المشرع الجزائري في المادة 1050 من ق.إ.م.إ. في القانون 09-08 على أنه:
"تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشرط الذي يضعها إما
القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي

1 - خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 229 - 224 .

يراه المحكم ملائماً".⁽¹⁾.

والملاحظ أن المشرع الجزائري كرس مبدأ سلطان الإرادة أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً أي استبعد قانون البلد أي أن المشرع أعطى أكثر مرونة للتحكيم من أجل تحقيق غايته .

الفرع الثاني: موقف التشريعات المقارنة.

لقد أخذت معظم القوانين الوطنية بقاعدة خضوع موضوع النزاع لقانون الإرادة فنجد أن المادة 1477 من قانون المرافعات الفرنسي تنص أنه يتولى المحكم حل النزاع طبقاً لقواعد القانون الذي اختارته الأطراف أو طبقاً للقواعد التي يقدر ملاءمتها في حالة عدم اتفاقهم وفي جميع الأحوال بأخذ العادات التجارية في الحسبان ويطابق هذا النص حكم الفقرة الثالثة من المادة (13) من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية، وهو نفس الحكم الذي تقضي به الفقرة الثالثة من المادة (1054) من قانون المرافعات الهولندي مع ذلك فإن هناك بعض التشريعات تضع قيوداً على حرية الأطراف كقانون التحكيم الإسباني الصادر لسنة 1988 على أن: "يقضي المحكمون طبقاً للقانون الذي عينته الأطراف صراحة ، بشرط أن

1 - تؤكد على جعل إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في المقام الأول المادة 1050 من القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (الجريدة الرسمية رقم 21 بتاريخ 04-23-2008). والتي نصت على: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

تربطه صلة بالتعامل الأصلي أو بموضوع النزاع وإلا طبقا للقانون واجب التطبيق على التعامل الذي أثار النزاع وأخيرا تطبيق القانون الأكثر ملاءمة"⁽¹⁾.

وهناك فريق ثالث من هذه القوانين على سبيل المثال قانون التحكيم المصري رقم 27 سنة 1994 المادة 39 يعطي الأطراف الحرية الكاملة في اختيار أي قانون ليطبق على موضوع النزاع دون تقييد لإرادتهما.

المطلب الثالث: نطاق القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

يسري القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم كافة إجراءاته ويحدد كيفية بدء خصومة التحكيم وتنظيم قواعد سير المرافعات ومنها تقديم المستندات وسماع الشهود والخبرة والإجابة وتنظيم حقوق الدفاع ومراعاة مبدأ المساواة والمواجهة وتشكيل هيئة التحكيم ورد المحكم وهذا ما استنتجناه من خلال ما جاء في لوائح مؤسسات التحكيم الدولية وقواعد "الاونيسترال" والقانون النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية .

ولقد حدد المشرع الجزائري القانون الواجب التطبيق من زمن بداية إجراءات التحكيم إلى غاية نهايته باستقراء المادة 1015 و 1018 من ق.إ.م.إ. تبدأ من تاريخ إعلان المحكمين قبول المهمة المسندة إليهم وتنتهي بصدر حكم التحكيم⁽²⁾.

1 - خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص ص 230 - 231 .

2 - د. لزهرة بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 270.

أما الأشخاص المعنوية العامة والمقصود بها الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية التي عدتها أحكام المادة 800 ق.إ.م.إ. فإنها تطالب التحكيم وتلجأ إليه فقط فيما تعلق بعلاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية طبقا للفقرة الثانية من المادة 1006 ق.إ.م.إ. وتماما وأحكام المادة 975 من ذات القانون =

الفرع الأول: نطاق القانون الواجب التطبيق في القانون الجزائري.

لقد أكدت المادة 1006 من ق.إ.م.إ. على أن لكل شخص الحق في اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق الحرية في التصرف فيها وهذا كأصل عام واستثناء عنه أورد المشرع بعض المسائل التي لا ينبغي أن تكون محلا للتحكيم ويتعلق الأمر بمسائل النظام العام وكمثال عنها النزاع بشأن قواعد القروض بين الأفراد التي نص القانون المدني صراحة على بطلانها المطلق بموجب أحكام المادة 454 منه كما استثني المشرع المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم لا سيما ما تعلق منها بالنزاع حول الزواج والطلاق والنفقة والحضانة

=علما وأن أحكام التحكيم بشأنها الواردة بالكتاب الخامس من ق.إ.م.إ. تطبق أمام جهات القضاء الإداري وليس القضاء العادي ، كما أن التحكيم المتعلق بالدولة يتم اللجوء إليه بمبادرة على التوالي من طرف الوالي أو رئيس المجالس الشعبي البلدي وعند تعلق الأمر بموسسة عمومية ذات صبغة إدارية فإن المبادرة إلى التحكيم يتخذها ممثلها أو ممثل السلطة الوصية التي يتبعها . = وما تجدر الإشارة إليه أن القانون 90/02 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل قد نص على التحكيم من خلال مادته 13 التي أكدت على أنه في حالة اتفاق الأطراف على خلافهما على التحكيم تطبق المواد من 1006 إلى 1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

في جميع الحالات يشترط لصحة التحكيم التراضي وأهلية الأطراف ومشروعية المحل حسب المادة 1006 من ق.إ.م.إ. لا يجوز التحكيم في مسائل النظام العام أو في حالة الأشخاص وأهليتهم حتى الاتفاقيات الدولية لم تجز الاعتراف باتفاقيات التحكيم إذا كان موضوعها يمس بالنظام العام ، كما يشترط لصحة التحكيم مشروعية السبب عندما يكون الهدف منه تضييع الوقت أو التهرب من القانون الواجب التطبيق في حالة اللجوء إلى التحكيم.

والحقوق المتعلقة بالإرث والمسكن والملبس والجنسية والحالة المدنية وغيرها ، هذا عن الأشخاص الطبيعية وكذا الأشخاص المعنوية الاقتصادية .

الفرع الثاني: نطاق القانون الواجب التطبيق في التشريعات المقارنة.

هناك العديد من القوانين الوطنية التي أجازت للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة بالأهلية لإبرام اتفاقات التحكيم وبصفة خاصة في مجال المعاملات الدولية الخاصة وقد أقرت بذلك معظم الدول الأوروبية مثل إسبانيا، الدنمارك، السويد، النرويج، فلندا وإيطاليا كما تضمنت العديد من القوانين الاستثمار في العديد من الدول نصوصا صريحة بشأن التحكيم وبمقتضاها يتم حسم المنازعات التي يمكن أن تثور بين الدولة والأشخاص العامة من ناحية والمستثمر الأجنبي من ناحية أخرى .

كما قامت العديد من الدول العربية بتعديل قوانينها الوطنية من أجل الاعتراف صراحة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة لإبرام اتفاقات التحكيم .

ففي جمهورية مصر العربية، قام المشرع بإدخال تعديل على قانون التحكيم رقم 27 لعام 1994. بموجب القانون رقم 9 لسنة 1997 وذلك بإضافة فقرة ثانية للمادة الأولى حيث جاء نصها على النحو التالي (في جميع الحالات يجوز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وذلك بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك، وتعتمد الجهة الإدارية الاتفاق

وضبطه تحقيقا للصالح العام بهدف تشجيع الاستثمار ودفع عجلة التنمية لكي تحقق أهدافها⁽¹⁾.

المبحث الثالث: الإشكاليات والحلول التي يثيرها التحكيم في منازعات عقود الإستثمار

يصادف التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الكثير من المشاكل باعتبار أن أحد أطراف العقد وهو الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة يتمتع بوضع مميز يسعى للحفاظ عليه سواء قبل إجراءات التحقيق أو بعد صدور الحكم إذ أن وجود الدولة كأحد أطراف النزاع يصعب عملية التحكيم بصيغة خاصة. ويواجه التحكيم عدة مشاكل وخاصة عندما تتمسك الدولة بحصانتها سواء في مواجهة القضاء أو في مواجهة حكم التحكيم الصادر في مواجهتها⁽²⁾.

وترتبط بعض التشريعات اعترافها بالحكم التحكيمي بشرط عدم خرقه للنظام العام الدولي والمقصود بالنظام العام الدولي، ليس النظام العام الوطني الذي لا يتم إلا في الحالات التي يكون فيها التحكيم وطنيا بحتا، وإنما المقصود به هو تلك الصورة المخففة من النظام الذي يتماشى مع مقتضيات المرونة التي تتسم بها التجارة الدولية. سواء تعلق الأمر بالقواعد الموضوعية أو الإجرائية، وبذلك يقع على عاتق الجهة القضائية المكلفة بتنفيذ الحكم فحصه

1 - د. خالد عكاشة، المرجع السابق، ص 237.

2 - د. حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 485.

للتأكد من عدم خرق الهيئة التحكيمية قواعد ومبادئ النظام العام الدولي، ومن ثم الاعتراف به والأمر بتنفيذه أو رفض تنفيذه دون الامتداد لمراجعة الحكم⁽¹⁾، فالدولة تنظر إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات وتفقد فيه حريتها وتقبل بقيود هي متحررة منها.

وستعرض في هذا المبحث إلى المشاكل التي قد يثيرها التحكيم في منازعات عقود

الاستثمار وذلك من خلال المطلبين التاليين .

المطلب الأول: المشاكل الناتجة عن التحكيم في عقود الاستثمار.

إن الطرف الذي ليس من مصلحته اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود الاستثمار يحاول أن يثير مشاكل حول بنود الاتفاق على التحكيم، وذلك عملاً على إعاقة هيئة التحكيم أن تصدر حكمها، وتقوم هذه المحاولات في الغالب على التشكيك في صحة اتفاق التحكيم، فهناك بعض الأشخاص يثور بصددهم متى جواز خضوعهم للتحكيم، وهناك بعض الموضوعات لا يجوز أن تكون محلاً للتحكيم⁽²⁾.

1 - حسين نواره، تكريس التحكيم التجاري الدولي كضمان للاستثمارات الأجنبية، مداخلة أقيمت بالملتقى الوطني حول: "التحكيم الدولي في الجزائر"، أيام 14-15 جوان 2006، جامعة عبد الرحمان، ميرة، بجاية، الجزائر، 2006، ص 7 .

2 - د. حسام الدين الأهواني، المسائل القابلة للتحكيم، بحث مقدم إلى الدورة العامة لإعداد المحكم التي نظمها مركز تحكيم حقوق عين شمس من 15 إلى 20 مارس 2003، ص 38 .

وقد تستند الدولة أو الحكومة إلى القانون الوطني باعتبار أن القانون لا يعطي للدولة الحق في الدخول في اتفاق التحكيم. أو أن الموضوع محل النزاع لا يمكن النظر فيه أمام التحكيم.

الفرع الأول: عدم قدرة الدولة اللجوء إلى التحكيم.

تلجأ بعض الدول أو الحكومات إلى التخلص من اللجوء إلى التحكيم متذرعة بعدم أهليتها أو عدم توافر القدرة الكافية لها للجوء إلى التحكيم في عقود منازعات الاستثمار، مستندة في ذلك إما إلى قانونها الوطني الذي لا يعترف بشرط التحكيم في هذا النوع من العقود، أو أن أحكام القانون الوطني الذي تم تعديله بعد الاتفاق على التحكيم أصبح لا يجيز لجوء الدولة إلى التحكيم في مثل هذه العقود.

أولاً: القانون الوطني يحظر على الدولة أو هيئاتها اللجوء إلى التحكيم.

توجد لدى العديد من الأنظمة القانونية نصوصاً تقيد المنازعات التي تكون الدولة ذاتها أو مؤسسة عامة طرفاً فيها من الخضوع للتحكيم إلا إذا وافقت عليه الجهة المختصة، وتجعل الاختصاص بنظر المنازعات التي تكون هذه الأشخاص طرفاً فيها للقضاء الوطني، وقد أثبت العمل الدولي في عدد غير قليل من إنكار الدولة إلى شرط التحكيم الذي

سبق قبوله بحجة عدم جواز التحكيم وفقا لقوانينها الداخلية وهو ما جعل المحاكم وكذلك هيئات التحكيم ترفضه⁽¹⁾.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 2 ماي 1966 في قضية "San Carlo" إلى عدم سريان الحظر الوارد في قانون المرافعات الفرنسي على الدولة والوحدات العامة في قبول شرط التحكيم في إطار العلاقات الدولية⁽²⁾.

كما أكد القضاء الفرنسي أن الحظر الوارد على الدولة ومؤسساتها في قبول شرط التحكيم يعمل به في إطار العلاقات الوطنية البحتة دون العلاقات الدولية.

كما ذهب القضاء الفرنسي بشأن المنازعة بين الشركة الإيطالية "Icori Estero" والشركة الكويتية للتجارة والاستثمار⁽³⁾. والذي يقضي بصحة شروط التحكيم فيما يتعلق باتفاق التحكيم المتعلق بالنظام العام الدولي وبالتالي يمتنع على الدولة أن تستفيد من أحكام

1 - تنص المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: "عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين عندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء على التوالي بمبادرة من الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي عندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثلها القانوني، أو ممثل السلطة الوصية التي يتبعها".

2 - Cass.02/05/1966, Rev, Crim, 1967, p 553, Note Goldman.

3 - Cour d'appel -Paris-, 13/06/1996, Rev.Arb.1997.p 251.Note E.Gaillard.

قانونها الوطني للتخلص فيما بعد من اتفاق التحكيم فما دام الاتفاق قد تم في إطار عقد دولي فهو صحيح.

ولقد تعرضت محكمة استئناف باريس لمثل هذه الحالة في حكمها الصادر في 17 ديسمبر 1991 في القضية المرفوعة من شركة "CATOIL" ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبتروول ببطان حكم التحكيم الصادر لصالح الشركة الإيرانية. وعلى هذا فإن المحكمة لا تعترف بالحظر الوارد على التحكيم في عقود الاستثمار سواء تمسكت به الدولة المضيفة أو المستثمر الأجنبي⁽¹⁾.

ثانياً: القانون الجديد بعد الاتفاق على التحكيم أصبح لا يميزه.

وهنا يمكن للدولة أن تنهزب من شرط التحكيم في عقود الاستثمار، وتتمسك بأن قانونها الوطني الذي تم تعديله أصبح لا يميز التحكيم فقد توصلت هيئة التحكيم إلى عدم تأثر اتفاق التحكيم بما يطراً على قوانين الدولة، فلا يجوز للدولة أو إحدى هيئتها التخلص من التزاماتها عن طريق تعديل قوانينها الوطنية .

وهكذا يتضح أن الدولة بعد موافقتها على التحكيم في عقود الاستثمار لا يمكنها التهرب منه بحجة أن قانونها الوطني لا يعترف بالتحكيم، باعتبار أن مبدأ استقلالية شرط التحكيم في العلاقات الدولية يجعل اتفاق التحكيم خاضع للنظام العام الدولي، ومن مبادئ

1 - Cour d'appel -Paris-, 17/12/1991, Rev,Arb.1993, p 281, Note H.

هذا النظام العام أنه لا يجوز للمشرع الوطني التمسك بأحكام قانونه الوطني للتخلص من اتفاق التحكيم، كما لا يجوز التخلص من اتفاق التحكيم بحجة صدور قانون جديد يبطل التحكيم صدر بعد توقيع عقد الاستثمار. فالقيود التي تصدر تكون مشوبة بالغش بقصد التهرب من شرط التحكيم لسبب أو لآخر ارتأته الدولة، وقامت بإصدار التعديل لخدمة مصلحتها في الدعاوى القائمة.

وعلى هذا فإن مجرد وجود اتفاق التحكيم يكفي لقابلية النزاع للتحكيم، حتى ولو كان القانون الوطني الذي تم الاتفاق على التحكيم في ظله لا يجيز لجوء الدولة إلى التحكيم في هذا النوع من العقود، أو أن أحكام القانون الذي تم تعديله لا يجيز ذلك، حيث لا يمكن للدولة الاحتجاج بقانونها للتخلص من اتفاقها، وقد اتجهت عدة تشريعات إلى الاعتراف صراحة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة لإبرام اتفاقيات التحكيم⁽¹⁾.

الفرع الثاني: عدم قابلية موضوع النزاع للتحكيم.

قد تسعى الدولة لوضع العقبات أمام التحكيم وذلك يجعله عدم قابلية موضوع النزاع الناشئ عن عقود الاستثمار للفصل فيه بواسطة المحكمين، باعتبار المنازعة تتعلق

1 - نصت المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: "يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم في علاقاتها الاقتصادية وفي إطار الصفقات العمومية". كما نص قانون التحكيم في فرنسا الصادر بتاريخ 19 أوت 1986 على أنه يجوز للدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود الدولية المبرمة مع شركات أجنبية".

بأعمال صادرة عن الدولة بصفقتها سلطة عامة سيادية. غير أنه يمكن الرد أن الآثار المالية المترتبة عن عقود الاستثمار تقبل الفصل فيها بواسطة التحكيم، طالما أنه لا توجد قاعدة أمرية في النظام العام الدولي تحظر على الدولة اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار⁽¹⁾.
فبدون شك أنه يجوز التحكيم بشأن طلب التعويض عن اتخاذ الدولة لإجراء من إجراءات نزع الملكية للمشروع الاستثماري، إذا تم ذلك وفقا للقانون أو الدستور، فإذا كانت اعتبارات السيادة لا تحول دون تأميم المشروع الاستثماري، فإنها لا تقف عائقا أمام التحكيم بشأن طلب التعويض⁽²⁾.

ففي قضية "Framatone" وهيئة الطاقة الإيرانية، تمسكت إيران بعدم خضوع المسائل المتنازع عليها للتحكيم، حيث دفعت بعدم اختصاص محكمة التحكيم، لأن النظر في النزاع سيؤدي بالمحكمة إلى المساس بالسيادة الوطنية الإيرانية غير أن هذا الدفع لم تلتفت إليه المحكمة، واعتبرت أن الآثار المالية في حد ذاتها قابلة للفصل فيها بواسطة التحكيم⁽³⁾.

1 - د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، (تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 289.

2- B. Oppetit: Arbitrage et Contrats d'Etat, L'Arbitrage Framatone et Autres. c Atomic Energy Organization of Iran., 1984, p 37.

3 - B. Oppetit, op-cit, p 38

وهكذا فإنه لا يحق للدولة المضيفة التنصل من التحكيم في منازعات عقود الاستثمار بحجة عدم قابلية موضوع النزاع للفصل فيه بواسطة التحكيم .

المطلب الثاني: أثر مبدأ سيادة الدولة على اتفاق التحكيم.

تستغل الدولة مبدأ السيادة لعرقلة عملية التحكيم، بحيث تلجأ الدولة المضيفة في منازعات الاستثمار إلى سيادتها كدرع واق، وستعرض فيما يلي، إلى أثر اتفاق التحكيم الذي تبرمه الدولة على حصانتها القضائية وحصانتها ضد التنفيذ بعد صدور حكم التحكيم.

الفرع الأول: حصانة الدولة القضائية في منازعات عقود الاستثمار.

من المبادئ المستقرة عن القانون الدولي العام، أن كل دولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة الدول الأجنبية الأمر الذي يعني عدم اختصاص قضاء دولة أجنبية بنظر المنازعات⁽¹⁾.

غير أن اتفاق التحكيم له طابع خاص يتمثل في أنه يجد أساسه في إرادة الأطراف الحرة، حيث تلجأ الدولة إلى إدراج شرط التحكيم بعقد الاستثمار بإرادتها الحرة، وهنا فإن الدولة ارتضت مبدأ التحكيم وبالتالي فهي تعتبر متنازلة ضمناً عن حصانتها القضائية إذا قبلت بشرط التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في عقود الاستثمار⁽²⁾. وخاصة إذا ما عرفنا

1 - د. احمد شرف الدين، مضمون بنود التحكيم وصياغتها في العقود الدولية، مجلة ادارة الفتوى والتشريع الكويت العدد الخامس، السنة الخامسة، 1985، ص65.

2 - د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 122.

بأن المحكم لا يصدر حكمه باسم الدولة، وإنما ينفذ مهمة عهد بها الأطراف إليه وبالتالي لا يمثل التحكيم اعتداء على سيادة الدولة، كما أن الدولة تدخل في علاقة التحكيم بإرادتها الحرة وبراءة مسبق منها، كما أن مبدأ تمسك الدولة بحصانتها القضائية لا يتماشى مع مبدأ حسن النية في تنفيذ الدولة لالتزاماتها، ذلك أن قبول الدولة باتفاق التحكيم يفرض عليها تسوية المنازعات التي تنشأ عن عقود الاستثمار أمام التحكيم. ولو أن الدولة أحجمت عن مبدأ التحكيم لكان المستثمر الأجنبي قد نأى بنفسه وخاصة إذا كان يشك في قضاء الدولة وحياده. فالدولة بقبولها التحكيم تكون قد قبلت بإرادتها الحرة والمطلقة المثل أمام هيئة التحكيم. فالدولة عندما تقبل بالتحكيم إنما تحقق القبول بإجراء خاص بذاته هو التحكيم، ومن ثم فلا أثر له خارج نطاق التحكيم .

الفرع الثاني: الحصانة ضد تنفيذ أحكام التحكيم.

اتفاق التحكيم الذي قبلته الدولة في مجال منازعات عقود الاستثمار يجب تنفيذه وبالتالي فإن هذا التنفيذ يمثل تحقيقاً لاستقرار المعاملات وتحقيقاً لقبول الدولة بشرط التحكيم، وتنفيذ حكم التحكيم لا يمثل اعتداء على حصانة الدولة القضائية وإنما يمثل خطوة كبيرة لضمان تنفيذ أحكام التحكيم، مما يكون له أثر كبير على تطور التحكيم الدولي .

كما يعتبر اتفاق التحكيم الذي تورده الدول في عقودها مع المستثمرين الأجانب يفيد تنازلها عن حصانتها ضد تنفيذ حكم التحكيم.

ففي قضية ترتبط بمسألة الحصانة ضد التنفيذ، ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن دخول الدولة في اتفاق التحكيم يعتبر تنازلاً ضمناً عن حصانتها ضد التنفيذ.

ففي قضية "Creighton" عقداً قد أبرم بين الشركة المذكورة والحكومة القطرية تقوم بمقتضاه الشركة الأمريكية ببناء مستشفى لحساب دولة قطر. ونشأ نزاع بين الطرفين حول أداء الشركة الأمر الذي دفع بالحكومة القطرية إلى طلب وقف العمل، وقد رفضت الشركة ولجأت إلى التحكيم وفقاً لاتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين. والذي يقضي أن يتم التحكيم وفقاً لقواعد التجارة الدولية، وتم التحكيم بباريس وانتهى الحكم لصالح شركة "Creighton" تحصلت بمقتضاه على تعويض ثمانية ملايين دولار⁽¹⁾.

وقد أعلنت محكمة النقض الفرنسية أنه: "استناداً إلى توقيع دولة قطر على اتفاق التحكيم الذي نص على الاحتكام إلى قواعد غرفة التجارة الدولية، فإنها بذلك تكون قد تنازلت ضمناً عن حصانتها ضد التنفيذ فهذا هو ما تنص عليه المادة 24 من قواعد غرفة التجارة الدولية والتي تجري على أنه:

أ- تكون أحكام التحكيم نهائية؛

1 - Boivin(R), International Arbitration With States, An Overview of the Risks, J.A, Vol, 19 No 04, 2002, p 296.

ب- قبول الأطراف التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية يلزمهم بتنفيذ أي حكم تحكيم دون تأخير، ويعدون بذلك أنهم قد تنازلوا عن كل طرق الطعن الممكن التنازل عنها قانونا⁽¹⁾.

1 - حكم محكمة النقض الفرنسية، مشار إليه في د. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 70 .

الخلاصة

إن نجاح أسلوب التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار الدولية منوط بمدى تحقيقه للتوازن المنشود بين حقوق المستثمر الأجنبي و ضماناته وبين متطلبات خطط التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، ومن هنا بات من الضروري تطوير التحكيم الدولي بما يتماشى مع طبيعة عقود الاستثمار وخصوصية ما تفرزه من منازعات. ولا زال البحث قائما لتطوير التحكيم الدولي في مجال منازعات الاستثمار وإيجاد صيغة دولية قادرة على تقنين القواعد الكفيلة بحماية رأس المال الأجنبي وإقامة العدالة المتوازنة التي تتطلع إليها الدول.

وقد اعتبرت عقود الاستثمار بأنها تعبير يشير إلى العلاقات القانونية التي تدخل الدولة فيها والتي تكون عموما من أقطار العالم الثالث أو شركات في اتفاق مستثمر أجنبي والذي عادة ما يكون شركة غير دولية مما يدخل تحت هذا التحديد من أجل إقامة مشروع استثماري، كما عرفت بأنها: "كل العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي التي تتعلق بمباشرة الأنظمة التي تدخل في إطار التنمية الاقتصادية للبلاد

وفي هذا الاتجاه فقد جاء قانون الاستثمار في بعض الدول ليكرس مبدأ التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، كما اعتمد المشرع الجزائري أيضا التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في عقود الاستثمار وعلى هذا الأساس فإن الدول لجأت إلى جذب الاستثمارات

الأجنبية وذلك بقبول مبدأ عرض منازعات الاستثمار على جهاز يثق المستثمر في حياده مثل أجهزة التحكيم في إطار ما يقع الاتفاق عليه مع المستثمر أو في إطار الاتفاقيات الدولية . وهكذا يتضح أن الدولة بعد موافقتها على التحكيم في عقود الاستثمار لا يمكنها التهرب منه بحجة أن قانونها الوطني لا يعترف بالتحكيم، باعتبار أن مبدأ استقلالية شرط التحكيم في العلاقات الدولية يجعل اتفاق التحكيم خاضع للنظام العام الدولي، ومن مبادئ هذا النظام العام أنه لا يجوز للمشرع الوطني التمسك بأحكام قانونه الوطني للتخلص من اتفاق التحكيم، كما لا يجوز التخلص من اتفاق التحكيم بحجة صدور قانون جديد يبطل التحكيم صدر بعد توقيع عقد الاستثمار. فالقيود التي تصدر تكون مشوبة بالغش بقصد التهرب من شرط التحكيم لسبب أو لآخر ارتأته الدولة، وقامت بإصدار التعديل لخدمة مصلحتها في الدعاوى القائمة.

إن المرونة التي يقدمها التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمار، والمستثمرين سيبقى آلية ضرورية وفاعلة تحقق المصلحة والفائدة المرتقبة منه. وسيبقى بالتأكيد الوسيلة المثلى لفض منازعات عقود الاستثمار خصوصا في ظل ما يشهده العالم من تغيرات متتابة.

النتائج والمقترحات :

(1) - من الضروري النص في اتفاق التحكيم على القانون واجب التطبيق على منازعات عقود الاستثمار، بعبارة واضحة ودقيقة سواء أكان القانون المختار قانون الدولة المضيفة للاستثمار أو أي قانون آخر، وذلك بدلا من ترك هذه المسألة للتعسف أو للتحكم فيها من قبل المحكمين.

(2) - ضرورة توضيح سلطات المحكمين بصورة جلية وذلك قبل قيام النزاع، وأن يتم توضيحها بصورة جد دقيقة، حتى لا تجابه المحكم أية مصاعب أثناء سير العملية التحكيمية بالإضافة إلى تحديد مكان التحكيم لما له من أهمية في التنفيذ.

(3) - من المهم على الدول العربية وضع تشريعات واتفاقيات لحماية الاستثمار وجلبه والمحافظة عليه، وتشجيع اللجوء إلى التحكيم كوسيلة مثلى من أجل حماية عقود الاستثمار.

(4) - يجب على الدولة بعد موافقتها على التحكيم أن لا تتصل منه بحجة عدم قابلية موضوع النزاع للفصل فيه بواسطة التحكيم أو أن التحكيم يمس بسيادتها.

(5) - إن التحكيم هو علم قائم بذاته، وبالتالي يجب أن يدرس في الجامعات العربية كمادة فرضتها ضرورة العصر كما يجب تشجيع الشركات والمؤسسات الكبرى على ضرورة اللجوء إلى التحكيم وتعميمه والتعريف به وجعله في متناول الجميع.

قائمة المراجع

القرآن الكريم .

I / المراجع العامة :

1- المعاجم والقواميس:

- ابن منظور، لسان العرب، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر، القاهرة، بدون سنة .

2- القوانين:

- القانون المدني الجزائري.

- قانون الإجراءات المدنية والإدارية . بموجب القانون 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، صادر في الجريدة الرسمية رقم 21 بتاريخ 23/04/2008.

- أمر 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 ، ومعدل ومتمم بالقانون رقم :09/16 مؤرخ في : 03 اوت 2016 ، يتعلق بتطوير الاستثمار ، الجريدة الرسمية عدد 47 الصادرة بتاريخ 22 أوت 2001 ، موافق عليه بمقتضى القانون رقم 16-01 المؤرخ في 21 أكتوبر 2001 ، الجريدة الرسمية، العدد 62 الصادرة بتاريخ 24 أكتوبر 2001 ومعدل ومتمم بالقانون رقم :09/16 مؤرخ في : 03 اوت 2016.

3/الكتب والمؤلفات :

- الإمام برهان الدين أبي الوفا إبراهيم بن الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون البصري المالكي (توفي 779 هـ) تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت 1301 هـ .

- د . إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

- د. أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.
- د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي تنظيم وتطبيق مقارن، بدون ناشر، 2003.
- د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، القاهرة 2001.
- د. أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، صيدا، لبنان 2011.
- د. بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية - دراسة في ضوء أحكام التحكيم والإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية - منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009.
- د جابر فهمي عمران، الاستثمارات الاجنبية في المنظمة التجارة العالمية حمايتها- تسوية منازعاتها، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ، 2013.
- د. جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، دون تاريخ نشر.
- د. حسين فريجه، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- د. حفيظة الحداد : - العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.

- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة في بعض الدول العربية والأجنبية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014.
- د. رواء يونس محمود النجار، النظام القانوني للاستثمار الاجنبي، دار الكتب القانونية مصر، 2012.
- د سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.
- سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الثاني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011.
- سليم رستم باز، شرح المجلة، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي بيروت 1350 هـ.
- د سميحة القيلوبي، دراسات قانونية في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، 2002.
- طه أحمد قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.
- عبد الرحمان ابن خلدون، مقدمة ابن خلدون، دار الفكر، الطبعة الأولى، 2004.
- د. عصام الدين القصي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، عمان الاردن، 2006.
- د. كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، حتمية التحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991.

- د. لزهرة بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة، 2012 .
- د محمد براهيم موسى، التوثيق التجاري الدولي والنظرة السائدة حول سبل التسوية في منازعات التجارة الدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية، 2005.
- د. محمد عبد العزيز النعماني، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- د. محمود علي السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، الطبعة الأولى، عمان، 2007.
- د. محي الدين القيسي، العقود الإدارية وخصائصها وإمكانية التحكيم فيها دعما للاستثمار الدولي في ضوء القانون الجديد في منازعات العقود الإدارية في لبنان، التحكيم العربي في آفاق الألفية الثالثة، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، الطبعة الأولى، 2003.
- د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية .
- د . مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، بيروت، 2005 .
- نريمان عبد القادر، إتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- د. هشام صادق، دروس في القانون الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999.

II / المراجع المتخصصة :

1/ المذكرات والرسائل العلمية :

- د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، دون دار نشر، 2004.
- غسان علي علي ، الاستثمارات الاجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات، رسالة الدكتوراه جامعة عين شمس ، 2004..
- نجم رياض نجم ، ضمانات اطراف التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2002.
- نورة حليلة، التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماستر، تخصص إدارة أعمال، جامعة خميس مليانة، 2014.

2/ المجلات والمقالات :

- د. إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفهومه في إطار "مركز حقوق عين شمس للتحكيم" مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد السابع، جويلية 2001.
- أحمد يوسف خلاوي، ورقة عمل مقدمة لورشة العمل التي تنظمها الهيئة العامة للتعليم والاستثمار لمناقشة مواضيع بصالة غرفة التجارة والصناعة بمدينة طرابلس، يوم 2009/12/8.
- د احمد شرف الدين، مضمون بنود التحكيم وصياغتها في العقود الدولية، مجلة ادارة الفتوى والتشريع الكويت العدد الخامس، السنة الخامسة، 1985.

- حسين نوار، تكريس التحكيم التجاري الدولي كضمان للاستثمارات الأجنبية، مداخلة أقيمت بالملتقى الوطني حول: "التحكيم الدولي في الجزائر"، أيام 14-15 جوان 2006، جامعة عبد الرحمان، ميرة، بجاية، الجزائر.
- د. حسام الدين الأهواني، المسائل القابلة للتحكيم، بحث مقدم إلى الدورة العامة لإعداد المحكم التي نظمها مركز تحكيم حقوق عين شمس من 15 إلى 20 مارس 2003.
- زيد بن عبد الكريم الزيد، مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي. مقال منشور على الموقع:

<http://www.barasy.com/forum/showthread.php?t=8385>

بتاريخ: 2016/04/25 الساعة: 11:30 .

- د. سيف الدين محمد البلعاوي، التحكيم الدولي، النظرية والتطبيق، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد 02، جامعة الجزائر، مارس 1989.
- د. محمد أبو العينين، بحث بعنوان المبادئ القانونية التي يقوم عليها التحكيم في الدول العربية والإفريقية، مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، 1999.
- هاني محمد اليولاني، الآليات والوسائل البديلة لحسم منازعات العقود التجارية - مداخلة ورشة العمل الوطنية الثانية لمناقشة مسودة التقرير الوطني الخاص بإنفاذ العقود التجارية، واسترداد الديون في الجمهورية اليمنية (صنعاء)، 20 ديسمبر 2009 م .

3/ الاتفاقيات والقرارات:

- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في 21 جوان 1985 و في 7 جوان 2006 التي أنشأتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بلجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي بموجب اللائحة رقم 2205 المؤرخة في 17 ديسمبر 1966.

- اتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية الليبية بشأن تشجيع وحماية وضمان الاستثمار، الموقع في سرت بتاريخ 6 أوت 2001، المصادق عليه بمقتضى المرسوم رقم 2010-03، المؤرخ في 5 ماي سنة 2003، الجريدة الرسمية، العدد 33، صادرة بتاريخ 11 ماي 2003
- الاتفاق بين حكومة الجزائر والمجلس الفدرالي السويسري، الجريدة الرسمية، عدد 45، صادرة بتاريخ 29 جوان 2005.
- نقض مدني، الطعن رقم 1004 لسنة 61 قضائية جلسة 1997/12/27 .
- المادة 36 من اتفاقية واشنطن الصادرة في: 18 مارس 1965.

المراجع الأجنبية :

1 /Ouvrages:

- Boisard (M.A): Settling Foreign Investment Disputes: Unitar Training Programmes on Foreign Economic Relations, UNITAR, Document No 04, Module VIII- Revised
- Boivin(R), International Arbitration With States, An Overview of the Risks, J.I.A, Vol, 19 No 04, 2002.
- Bruno Oppetit: Arbitrage et Contrats d'Etat, L'Arbitrage Framatone et Autres. c Atomic Energy Organization of Iran. J.D.I, 1984.

2/ Arêtes juridiques :

- Cass.02/05/1966, Rev, Crim, 1967, Note Goldman. 1/ Paulsson (J): Arbitration without privity, I C S I D Review-F.I.L.J, Vol 10, No2, 1995.
- Arrêt Cour d'appel- Paris-, 18/02/1986, Revue Arbitrage, 1986,, Note Flecheux.
- Y.B.Com.Arb.Vol 14, 1989.
- Cour d'appel –Paris-, 17/12/1991, Rev,Arb.1993, Note Herve Synvet.
- Cour d'appel /Paris 13/06/1996.1997.Note E.Gaillard.

الفهرس

الصفحة

الموضوع

- قائمة المختصرات.....(04)
- مقدمة.....(05)

الفصل الأول: التحكيم لضمان الإستثمار الأجنبي

- المبحث الأول: ماهية التحكيم وتمييزه عن غيره في عقود الإستثمار.....(12)
- المطلب الأول: مفهوم التحكيم.....(12)
- الفرع الأول: تعريف التحكيم لغة واصطلاحاً.....(12)
- الفرع الثاني: التعريف الفقهي للتحكيم.....(13)
- الفرع الثالث: التحكيم في القانون والقضاء.....(14)
- الفرع الرابع: تعريف التحكيم في الإتفاقيات الدولية.....(16)
- المطلب الثاني: تمييز التحكيم عما يشبهه به من وسائل قانونية.....(17)
- الفرع الأول: التمييز بين التحكيم والقضاء.....(18)
- الفرع الثاني: التمييز بين التحكيم والخبرة.....(19)
- الفرع الثالث: التمييز بين التحكيم والصلح.....(20)
- المبحث الثاني: صور التحكيم وضمائنه في عقود الإستثمار.....(22)
- المطلب الأول: صور اتفاق التحكيم.....(22)
- الفرع الأول: شرط التحكيم.....(22)
- أولاً: شرط التحكيم في القانون الجزائري.....(24)
- ثانياً: شرط التحكيم في القوانين الأخرى.....(24)
- ثالثاً: شروط اتفاق التحكيم في الاتفاقيات الدولية.....(25)
- الفرع الثاني: مشاركة التحكيم.....(26)

- أولاً: مشاركة التحكيم في القانون الجزائري.....(26)
- ثانياً: مشاركة التحكيم في القوانين الأخرى(27)
- الفرع الثالث: شرط التحكيم بالإحالة.....(28)
- المطلب الثاني: ضمانات اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار.....(29)
- الفرع الأول: الشروط المتعلقة بأطراف النزاع(31)
- أولاً: المستثمر الأجنبي(31)
- ثانياً: الدولة كطرف في المنازعة التحكيمية المتعلقة بالاستثمار.....(33)
- الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بموضوع نزاع الاستثمار.....(33)
- أولاً: مفهوم الاستثمار المشمول بالحماية.....(34)
- ثانياً: طبيعة المنازعة التحكيمية الخاصة بالاستثمار.....(34)
- المبحث الثالث: ماهية عقود الاستثمار والمنازعات الناتجة عنها.....(35)
- المطلب الأول: تعريف عقود الاستثمار وأطرافها.....(36)
- الفرع الأول: تعريف عقود الاستثمار.....(37)
- الفرع الثاني: أطراف عقود الاستثمار.....(38)
- أولاً: الدولة كطرف في عقد الاستثمار.....(38)
- ثانياً: المستثمر كطرف في عقد الاستثمار.....(39)
- المطلب الثاني: منازعات عقود الاستثمار.....(40)
- الفرع الأول: طبيعة منازعات عقود الاستثمار.....(40)
- الفرع الثاني: المنازعات الناتجة عن إجراءات الدولة المضيفة للاستثمار.....(42)

الفصل الثاني: أثر التحكيم في فض منازعات الاستثمار

- المبحث الأول : مبررات وخصائص التحكيم في منازعات عقود الاستثمار.....(45)
- المطلب الأول: مبررات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار.....(46)
- الفرع الأول: مزايا التحكيم تتماشى مع طبيعة منازعات الاستثمار... (46)

- (47).....أولا: سرعة الإجراءات للفصل في النزاع.
- (48).....ثانيا: سرية وتخصص التحكيم.
- (49).....ثالثا: حياد وعدالة التحكيم.
- (50).....الفرع الثاني: تمسك المستثمر الأجنبي بالتحكيم.
- (51).....الفرع الثالث: التحكيم وسيلة لحماية الاستثمار.
- (52).....المطلب الثاني: خصائص التحكيم في منازعات عقود الاستثمار.
- (53).....الفرع الأول: التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي.
- (53).....أولا: التحكيم الخاص.
- (55).....ثانيا: التحكيم المؤسسي.
- (56).....الفرع الثاني: اختيار وسرية المحكمين في منازعات عقود الاستثمار.
- (56).....أولا: اختيار المحكمين في منازعات عقود الاستثمار.
- (57).....ثانيا: ضرورة الالتزام بسرية التحكيم في منازعات الاستثمار.
- (58).....المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق في عقود الاستثمار.
- (59).....المطلب الأول: موقف القانون الدولي من القانون الواجب التطبيق.
- (60).....الفرع الأول: حسب اتفاقية نيويورك لعام 1958.
- (61).....الفرع الثاني: حسب اتفاقية جنيف في 21 أبريل 1961.
- (61).....الفرع الثالث: حسب اتفاقية واشنطن لسنة 1965.
- (62).....المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة.
- (62).....الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري.
- (63).....الفرع الثاني: موقف التشريعات المقارنة.
- (64).....المطلب الثالث: نطاق القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.
- (65).....الفرع الأول: نطاق القانون الواجب التطبيق في القانون الجزائري.
- (66).....الفرع الثاني: نطاق القانون الواجب التطبيق في التشريعات المقارنة.
- (67).....المبحث الثالث: الاشكاليات والحلول التي يثيرها التحكيم في منازعات الإستثمار.

- (68).....المطلب الأول: المشاكل الناتجة عن التحكيم في عقود الاستثمار.....
- (69).....الفرع الأول: عدم قدرة الدولة من اللجوء إلى التحكيم.....
- (69).....أولاً: القانون الوطني يحظر على الدولة اللجوء إلى التحكيم....
- (71).....ثانياً: القانون الجديد بعد الاتفاق على التحكيم أصبح لا يميزه
- (72).....الفرع الثاني: عدم قابلية موضوع النزاع للتحكيم.....
- (74).....المطلب الثاني: أثر مبدأ سيادة الدولة على اتفاق التحكيم.....
- (74).....الفرع الأول: حصانة الدولة القضائية في منازعات عقود الاستثمار....
- (75).....الفرع الثاني: الحصانة ضد تنفيذ أحكام التحكيم.....
- (78).....الخاتمة.....
- (80).....النتائج والمقترحات.....
- (81).....قائمة المراجع.....
- (89).....الفهرس.....