التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار في التشريع الجزائري

د.ذبيح زهيرة

أستاذ محاضر "أ"

كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة يحيى فارس بالمدينة

ملخص

إن بطء التقاضي والتراخي في فض المنازعات في النظام القضائي الرسمي الذي تشرف عليه وتديره الدولة، يؤدي إلى التأخر في تحقيق العدل والعدالة. ومن ثم أصبح من الضروري إنشاء وسائل بديلة لفض المنازعات الاستثمارية، ويدخل في عداد هذه الوسائل التحكيم.

يعد التحكيم الطريقة الجيدة والمقبولة لحسم منازعات الاستثمار لأنه يأتي مناسباً مع طبيعة عقود الاستثمار، ويأتي منسجماً مع رغبة المستثمرين بالابتعاد عن القضاء الرسمي للدولة المستثمرة والتي عادة ما ينظر إليها نظرة الشك والريبة.

للتحكيم أهمية في المجال الاستثماري بين الدول، وهذه الأهمية تزداد يوماً بعد يوم، وذلك بسبب اللجوء إليه في المنازعات التجارية وفي منازعات العقود الدولية، حتى أنه أصبح يقال أن التحكيم في منازعات الاستثمار هو الأصل، وأن اللجوء إلى القضاء هو الاستثناء.

وحرصاً على جلب المستثمرين والابتعاد عن بطء التقاضي، أجاز المشرع الجزائري التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار لكن هذه الإجازة جاءت بعد تردد وأخذ ورد، نتيجة للتطورات والمتغيرات الاقتصادية الدولية.

الكلمات المفتاحية: التحكيم ، الاستثمار ، المنازعات ، المتغيرات الاقتصادية الدولية.

Abstract

The Slow litigation proceedings and Delay in conflict resolution in the formal judicial system, supervised and administered by State, lead to Disrupting the achievement of justice and justice that s why it is necessary to create alternative means of settling investment disputes, including arbitration

Arbitration is a good way to resolve investment disputes because it fits with the nature of investment contracts and investors desire to move away from the official judiciary of the investing state, which is usually seen as a look of suspicion

Arbitration is important in the field of investment between countries, and this importance is increasing day by day, because it is used in trade disputes and disputes of international contracts, so it has become said that arbitration in investment disputes is the origin, and that recourse to the judiciary is the exception.

In order to bring investors away from the slow litigation, the Algerian legislature approved arbitration as a means of settling investment disputes, but this leave came after hesitation, as a result of developments and international economic changes

مقدمة:

تعد مسألة وجود منازعات في أي مجال من مجالات الحياة ظاهرة طبيعية، نظرا لأن الاحتكاك والتعامل بين الأشخاص يولد خلافات نتيجة لتعارض مصالحهم.

وتبعاً لذلك فإن العلاقة في عقود الاستثمار بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، تثير لنا مشكلة أساسية، ألا وهي كيفية التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقها، وبين الأهداف الشخصية التي يسعى لتحقيقها الطرف الخاص المتعاقد معها (المستثمر الأجنبي).

هذا الأمر يجعل من المقال الموسوم بـ: "التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار في التشريع الجزائري"، موضوعاً في غاية الأهمية لأنه يدفعني للبحث عن كيفية تسوية منازعات عقود الاستثمار.

ورغم تعدد وسائل فض منازعات الاستثمار، فلقد أعتبر المشرع الجزائري التحكيم الوسيلة الجيدة والمقبولة لتسوية هذا النوع من المنازعات.

على هذا الأساس ونظراً للأهمية المتزايدة لهذا الموضوع أمام تطور التجارة الدولية وتنوع أشكال العقود أردت التصدي لهذا الموضوع في التشريع الجزائري بمقال متواضع يطرح إشكالية "موقف المشرع الجزائري من نظام التحكيم في منازعات الاستثمار".

الإجابة على هذه الإشكالية يتطلب الوقوف عند مفهوم التحكيم (المبحث الأول) ثم الوقوف عند موقف المشرع الجزائري من التحكيم في منازعات الاستثمار (المبحث الثاني)

المبحث الأول: مفهوم التحكيم

لاستيعاب فكرة التحكيم في منازعات الاستثمار، يكون من الضروري أن أتعرض في البداية للتعريف بالتحكيم (المطلب الأول) ثم أحدد أشكاله وتمييزه عن غيره من وسائل فض منازعات الاستثمار (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التعريف بالتحكيم

أمام تنامي أهمية التحكيم في مجال الاستثمار، ارتأيت أن أتعرض في أول مرحلة إلى تعريف التحكيم وتحديد أسسه وخصائصه (الفرع الأول) وأمام تعدد واختلاف الوسائل التي يلجأ إليها الأطراف في عقود الاستثمار فضلت أن أتعرض إلى تحديد أشكال التحكيم وتمييزه عن غيره من وسائل فض منازعات الاستثمار (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التحكيم وتحديد أسسه وخصائصه

في هذا الفرع سوف أتطرق إلى التعريف اللغوي والاصطلاحي (أولاً) ثم أحدد أسس التحكيم (ثانياً) وخصائصه (ثالثاً).

أولاً: التعريف اللغوي والاصطلاحي للتحكيم

أ- قال الله تعالى في كتابه الكريم: " فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا"⁽¹⁾.

" وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا" (2)

إنطلاقاً من هذين الآيتين نرى أن التحكيم في اللغة معناه التفويض في الحكم، وهو مأخوذ من حكم (بتشديد الكاف وفتح الميم)، وأحكمه فأستحكم أي صار محكماً في ماله تحكيماً إذا جعل إليه الحكم فيه فأحتكم عليه ذلك، وحكموه بينهم أي أمره أن يحكم (يفصل) بينهم. (3)

ب- **التعريف الاصطلاحي للتحكيم**

التحكيم إصطلاحاً يعرف على أنه الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص معينين يسمون "محكمين" ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة. (4)

التحكيم هو: تولية الخصمين حكماً يحكم بينهما أي اختيار ذوي الشأن شخصاً أو أكثر فيما تنازعا فيه دون أن يكون للمحكم ولاية القضاء بينهم. (5)

ويمكن تعريف التحكيم بأنه وسيلة خاصة للتقاضي تقوم على اتفاق يعهد بمقتضاه الأطراف إلى شخص أو عدة أشخاص بمهمة حسم المنازعات المتعلقة بهم عن طريق إصدار حكم ملزم يتمتع بحجية الأمر المقضي. (6)

تكون محل اهتمام علاقات بين شخصين أو أكثر يستمدون سلطتهم من إيقاف خاص يحكمون على أساسه دون أن تقلدهم الدولة هذه المهمة. (7)

ويعرف الأستاذ "أحمد مخلوف" التحكيم على أنه "نظام قضائي خاص مؤداه تسوية المنازعات التي تثور بين المتعاملين في التجارة الدولية بموجب اتفاق بينهم يقضي بذلك". (8)

أما القضاء فعرف التحكيم على أنه: "طريق استثنائي لفحص الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، وبالتالي فهو مقصود على ما تنصرف إليه إرادة الأطراف". (9)

بناءً على ما تقدم يصبح التحكيم نظام قضائي خاص، تركز فيه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، يختار فيه الأفراد بإرادتهم الحرة قضائهم يعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب مهمة تسوية المنازعات التي تنشأ بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية والتي تنتهي بصدور حكم حاسم بين الخصوم أنفسهم بدلاً من المحكمة المختصة. (10)

ثانياً: أسس التحكيم

يقوم التحكيم على الأسس التالية: (11)

- 1- اتفاق طرفي النزاع بإرادتهما الحرة على فض المنازعات التي قد تقع فيما بينهم عن طريق التحكيم (احترام مبدأ سلطات الإرادة).
- 2- اتفاق طرفي النزاع على اختيار المحكم أو المحكمين، وغالباً ما يكون المحكمين من غير رجال القضاء المتخصصين في المجال الذي يجري التحكيم في نطاقه.
- 3- اتفاق طرفي النزاع على إلزامية القرار الذي يصدر في النزاع من قبل هيئة التحكيم وقبولهما المسبق بتنفيذه كما يصدر، (تمتع القرار بحجية الأمر المقضي).

ثالثاً: خصائص التحكيم

يتميز التحكيم بمجموعة من الخصائص ويمكن إجمالها في النقاط التالية:

- 1- **السرعة في الإجراءات** (12):

إن سرعة ومرونة اجراءات التحكيم تؤدي إلى توفير الوقت، هذه السرعة التي لا وجود لها في النظم القضائية التقليدية.

الأطراف في عقود الاستثمار تفضل اللجوء إلى التحكيم لما يقدمه للأطراف من عدالة سريعة والتي ترجع إلى عاملين: الأول هو إلزام المحكم بالفصل في زمن معين يحدده الأطراف كأصل عام، وقد تحدده الموثيق، والأمر يذهب إلى أبعد من ذلك بحيث يسمح للأطراف بالتعديل في المدة التي تم الاتفاق عليها.

أما العامل الثاني: فإنه يتعلق بأن التحكيم نظام للتقاضي من درجة واحدة، فالحكم الصادر من المحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي، ولا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية.

2- سرية التحكيم(13):

إذا كانت العلنية التي تحيط بالقضاء الرسمي، وتشكل ضمانات للمتقاضي، فإنها في التحكيم تشكل وبالأعلى التجاري والمستثمرين فالأطراف في عقود الاستثمار لما وقع اختيارهم على التحكيم لما يتميز به من سرية، فجلسات التحكيم غير علنية، والأحكام الصادرة بشأنه غير منشورة وهذا ما يفضله المستثمر، فكم من تاجر يفضل خسر دعواه على كشف أسرار تجارية تمثل في نظره قيمة أعلى من قيمة الحق الذي يناضل من أجله، وذلك نظراً إلى ما قد تؤدي إليه تلك المعرفة من المساس بمراكزهم المالية أو الاقتصادية.

3- حرية الأطراف في ظل التحكيم:

تتلخص هذه الحرية فيما يملك الأطراف من حرية في اختيار نوع التحكيم، فلهم أن يختاروا بين التحكيم الخاص أو التحكيم المؤسسي كما لهم أن يختاروا بين أن يكون التحكيم بالقانون أو بالصلح، ومكان انعقاد التحكيم وزمانه، والقانون الذي يطبقه المحكمون على اتفاق و اجراءات التحكيم وموضوع المنازعة محل التحكيم.

4- التحكيم قضاء متخصص:

ويقصد بذلك أن يكون المحكمون في أغلب الحالات على أعلى مستوى من الكفاءة العلمية والقانونية هذا فضلاً عن تمتعهم بالخبرة العلمية والعملية في المنازعات المسندة إليهم للفصل فيها، ولعله مما يساعد على ذلك أن الأطراف عموماً هم الذين يختارون المحكمين، وهم بالتأكيد سيعمدون إلى الاختيار الأنسب ونتيجة لذلك لو اعترض أحد الأطراف النزاع بعدم اختصاص محكمة التحكيم في الفصل في النزاع، أو بعدم وجود اتفاق يشير إلى اللجوء إلى التحكيم، فإن الذي يفضل في ذلك هم المحكمين أنفسهم وليس للمحكمة القضائية أن تفصل في مسألة اختصاص المحكمين(14).

المطلب الثاني: أنواع التحكيم وتميزه عن غيره من وسائل فض منازعات الاستثمار

أما تعدد الوسائل التي يمكن أن يلجأ إليها الأطراف في عقود الاستثمار لتسوية منازعاتهم، وأمام اختلاف وأهمية كل نوع ارتأيت أن اخصص (الفرع الأول) لأنواع التحكيم وتميزه هذا النوع عن الأنواع الأخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أنواع التحكم

تتعدد أنواع التحكيم بين الحر والمؤسسي، وتطبيق وتحكيم بالقانون وإلى تحكيم دولي و وطني.

أولاً: التحكيم الحر والمؤسسي:

التحكيم الحر يكون بناء على إرادة الأطراف التي تتجه إلى إقامته في نزاع معين وإلى اختيار المحكمين والقواعد الموضوعية والاجرائية التي تطبق على النزاع المطروح، فأساس التحكيم الحر مبدأ سلطان الإدارة. (15)

أما التحكيم المؤسسي فهو الذي تتولاه مؤسسة تحكيمية معينة، ووفقاً لقواعد وإجراءات موضوعية مسبقاً، يتفق هذا النوع من التحكيم وظروف التجارة الدولية، وهو التحكيم الأنسب لفض النزاعات المتعلقة بالعقود الدولية للاستثمار هذا وما يميز النوعين أنهما يقومان على إرادة الخصوم. (16)

ثانياً: التحكيم الطليق والتحكيم بالقانون: (17)

يقصد بالتحكيم بالقانون التحكيم الذي لا يكون للمحكم فيه إلا سلطة القضاء في النزاع المعروف عليه مقيداً بحكمة بقواعد القانون الموضوعية.

أما التحكيم الطليق فهو التحكيم الذي لا يتقيد في المحكم بقواعد قانونية موضوعية، أي أن المحكم معفى من إتباع قواعد قانونية معينة، فالمحكم أو المحكمين في هذا النوع يقوم بالفض في النزاعات عن طريق الترخيص، وبموجب قواعد العدالة والانصاف.

ثالثاً: التحكيم الوطني والتحكيم الدولي

التحكيم الوطني هو التحكيم التي تكون كل مقوماته وعناصره من موضوع النزاع والمكان الذي يجري فيه التحكيم، والقانون الواجب التطبيق – متصلة بدولة معينة. (18)

هذا النوع من التحكيم يتعلق بمعاملات وطنية بين وطنيين ويفصل بينهم محكمون وطنيون وينفذ حكمه في ذات الدولة.

أما التحكيم الدولي فهو التحكيم الذي يشتمل على عنصر النزاع، أو عدة عناصر أجنبية سواء تعلق بجنسية الأطراف أو بموضوع النزاع أو إجراءات التحكيم. (19)

الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن غيره من وسائل فض منازعات الاستثمار

إلى جانب التحكيم هناك وسائل أخرى لفض منازعات الاستثمار والمتمثلة في الوساطة – التوفيق – التفاوض – الخبرة الفنية – المحاكمات المصغرة.

أولاً: الوساطة

الوساطة هي وسيلة اختيارية غير ملزمة لحسم الخلافات، يلجأ بموجبها الأطراف إلى طرف ثالث محايد يسمى الوسيط، الذي يقوم بحسم الخلاف عن طريق فحص الطلبات والادعاءات، ويشترط في الوسيط المختار الحياد والاستقلال، والقدرة على الحوار والاقتناع، وأن يكون له خبرة علمية وكافية في موضوع النزاع.

يعمل الوسيط على جمع المعلومات على النزاع المطروح ويهدف إلى تقريب وجهات نظر الطرفين للوصول إلى حلول تحقق أهداف الأطراف المنازعة.

ثانياً: التوفيق:

ومقتضاه مثل الأطراف أمام طرف محايد يتم اختياره من قبل الأطراف بغرض تسوية منازعاتهم.

يسعى الموفق إلى التوفيق بين وجهات النظر المختلفة وبين المواقف المتعارضة، كما يقدم التوصيات التي يمكن أخذها بعين الاعتبار في تسوية النزاع، ويدير الموفق عملية التوفيق لما يراه مناسباً مع مبادئ الحيطة والعدل والإنصاف.

ثالثاً: التفاوض

هو نتيجة طبيعة لوجود اختلاف في المصالح الاجتماعية والاقتصادية لذلك فهو مرتبط بالمجتمع الانساني وبالعلاقات الاجتماعية بين الأفراد، وفي تحديد معناه يمكن القول بأنه نوع من الحوار بين طرفين أو أكثر حول موضوع أو مسألة معنية وقع فيها خلاف، فهو يهدف إلى تقريب وجهات النظر والوصول إلى حل للمشكل المطروح.

رابعاً: الخبرة الفنية

غالباً ما يحدث نزاع ذو طابع فني عندئذ يلجأ الأطراف إلى تعيين خبير فني محكماً وذلك لإبداء رأيه في المسائل محل النزاع، وتقديم تقرير بصدد الجوانب الفنية في الموضوع سواء إن كانت زراعية طبية وهندسية.. الخ ما يميز هذا النوع أن ما يقدمه الخبير من تقارير فهي غير ملزمة للقاضي.

خامساً: المحاكمات المصغرة

يقوم على إحالة النزاع إلى هيئة إدارية محايدة تتولى حل المنازعات بدون محاكمة، ولقد اثبت هذا النوع نجاحاً في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث استطاع أن يحل الكثير من المشاكل المعقدة، يتميز هذا الأسلوب ببساطة وبقدرته على حل المشاكل بسهولة وبدون تكلفة.

وكخلاصة نقول أن هناك اختلاف بارز بين التحكيم وهذه الوسائل المختلفة وذلك بكون أن للتحكيم وجهان أحدهما اتفاقي وهو ما يتفق مع الأنواع الأخرى، والوجه الآخر القضائي الملزم الذي يميز التحكيم عن تلك الوسائل.

عموماً ما يميز هذه الأنواع بما فيها التحكيم بسيطرة الأطراف على الإجراءات، وتميزها بالسرعة والمرونة، والسرية (سبق شرحها..). كما أنها لا تنتمي بقرار غير ملزم للأطراف.

المبحث الثاني: التحكيم في التشريع الجزائري

الجزائر كغيرها من الدول أدركت أهمية وجود نظام التحكيم في إطار قوانينها كوسيلة لتسوية الخلافات بينها وبين المستثمر الأجنبي، لذلك أجازت اللجوء إليه، لكن هذه الإجازة جاءت بعد أخذ ورد وبعد تردد المشرع الجزائري، وهذا ما تم تجسيده في قانون الاستثمار الجزائري (المطلب الأول) إلى جانب إقرار اللجوء إليه بموجب قانون الاجراءات المدنية والإدارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التحكيم في قانون الاستثمار الجزائري

اتخذت الجزائر غداة الاستقلال موقفاً معادياً لنظام التحكيم وهذا ما يفهم بصريح عبارات نص المادة 3/442 من الأمر 154/66 لكن بدخولها اقتصاد السوق استجابت للمتغيرات الدولية تحت لواء تنمية الاقتصاد الوطني، أقرت التحكيم في قانون الاستثمار (الفرع الأول) وأقرت اختصاص القاضي الوطني – كأصل عام – في منازعات الاستثمار (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إقرار إمكانية اللجوء إلى التحكيم الدولي

بإعلان الجزائر عن انفتاحها على الأسواق الدولية حرصت على إقامة مناخ استثماري جذاب للمستثمر الأجنبي، وذلك بإصدار المرسوم التشريعي 93-12 (أولاً)، والأمر 03/01 (ثانياً)

أولاً: إقرار التحكيم في المرسوم التشريعي 12-93

في الأمر 154/66 تبني المشرع الجزائري قاعدة أساسية وهي الرفض التام لنظام التحكيم⁽²⁰⁾، واعتبار أشخاص القانون العام ليست مؤهلة للاحتكام، حيث جاء نص المادة 3/42 أنه:

"لا يجوز للدولة وللأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم".

ولما كان الاستثمار الاجنبي يشكل الوسيلة الفعالة لتمويل الاقتصاد الوطني، لتحقيق التنمية الاقتصادية، الامر الذي دفع بالمشرع الجزائري إلى إصدار المرسوم التشريعي 12-93 وإقرار إمكانية اللجوء إلى التحكيم الدولي لتسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمار.⁽²¹⁾

ثانياً: إقرار التحكيم في الأمر 03/01

تماشياً مع رغبة الدولة في تحقيق التنمية الاقتصادية وتأكيداً على أهمية الاستثمار أصدر المشرع الأمر رقم 03/01⁽²²⁾، وأقر في مادة من مواده التحكيم وذلك بإجازته في منازعات الاستثمار التي قد تحدث بين الجزائر كدولة صاحبة سيادة والتي تسعى لتحقيق التنمية الاقتصادية ولإدراك المشرع الجزائري لأهمية التحكيم.

الفرع الثاني: إقرار اختصاص القاضي الوطني كأصل عام في منازعات الاستثمار

الجزائر حرصاً منها على إقامة مناخ استثماري ملائم، اعطت الأولوية للتحكيم الدولي رغم ما يشكله من مساس بسيادتها الوطنية، هذا ما سوف نتولاه بالتفصيل في هذا الفرع من خلال تحديد الأصل العام (أولاً) والاستثناء (ثانياً).

أولاً: الأصل العام (قضاء الدولة المضيفة هو المختص)

صرح المشرع الجزائري في نص المادة (04) من القانون المدني المعدل والمتمم على أنه: "تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من يوم نشرها في الجريدة الرسمية".

كما نصت المادة (18) على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان المختار من المتعاقدين..."

تبعاً لذلك فإن الأصل العام أن قضاء الدولة هو المختص بالنظر في جميع النزاعات المعروضة أمامه، وعلى جميع الأشخاص الموجودين على إقليم الدولة سواء كانوا وطنيين أم اجانب وذلك طبقاً لمبدأ اقليمية القوانين الذي أصبح من المبادئ المستقرة.

وباستقراء نص المادة (17) من الأمر 03/01 نجد أنها تؤكد ما جاء في نص المادتين، وعليه فإن الجهات القضائية الجزائرية هي المختصة بنزاعات عقود الاستثمار التي تقع في اقليمها على أساس مبدأ سيادة الدولة على إقليمها كأصل عام.

بالمقابل فإن هذا الأصل العام يشكل نقطة الخلاف بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، والذي قد يبعده عن الاستثمار في تلك الدولة، لأنه لا يثق في النظام القضائي للدولة المضيفة للاستثمار، وذلك بعدم حياده بحيث ذلك الأصل يجعل من الدولة المضيفة خصماً وحكماً في نفس الوقت، لهذه الأسباب ثم نزاع الاختصاص في مثل هذه المنازعات من القضاء الرسمي (الوطني) وهذا هو الاستثناء الوارد على الأصل العام.

ثانياً: الاستثناء

التحكيم (كاستثناء) كطريق بديل لحل النزاعات الاستثمار على الرغم من أن القضاء الوطني للدولة المضيفة هو الجهة المختصة أصلاً بتسوية المنازعات الناجمة عن عقود الاستثمار (مالم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك).

فإن هذا المبدأ قد تعرض للعديد من الانتقادات التي تشكك في قدرته على حسم منازعات الاستثمار، حيث أصبحت هناك قناعة لدى المستثمرين بأن القضاء الوطني غير كفاء للفصل في المنازعات الاستثمارات الضخمة، كما أن القضاء الوطني مهم بلغت حيدتهم و موضوعيتهم فإنه لا يمكنهم التخلص من وجهة نظرهم، خاصة إذا ما تعلق الأمر بالاقتصاد والتنمية الوطنية.⁽²³⁾

أمام هذه الوضعية لا يرتاح المستثمرون الأجانب للقضاء الوطني، لذلك يفضلون عرض منازعاتهم على التحكيم، إذن يشكل التحكيم الطريق البديل لحل نزاعات الاستثمار، وهو بذلك امتياز تمنحه الدول المضيفة للمستثمر الأجنبي المتخوف من الوقوف أمام القضاء الوطني وقد دفعت رغبة الدول في جذب الاستثمارات الأجنبية إلى إقليمها إلى مساندة المستثمر الأجنبي في هذا الاتجاه، على الرغم من أن ذلك لا يتماشى مع مقتضيات سيادتها على إقليمها⁽²⁴⁾، هذه السيادة التي حافظت وتحافظ عليها عند حصولها على الاستغلال.

تبعاً لذلك نزع المشرع الجزائري الاختصاص من القضاء الوطني على سبيل الاستثناء في حال وجود اتفاق ثنائي أو متعدد الأطراف، يسمح باللجوء إلى الوسائل الودية للتسوية أو اللجوء إلى التحكيم كطريق بديل لحل النزاعات أو أي بند تسوية آخر يتفق عليه الطرفين، ينص على شرط التحكيم.

هكذا رغبت الدولة الجزائرية في جذب وتشجيع الاستثمار على إقليمها، واستجابة للمتغيرات الدولية، ألزمتها بأن تراعي رغبة ومصصلحة المستثمر الأجنبي، حتى ولو كان نزع الاختصاص من النظام القضائي الوطني تعتبر تخلي عن مبدأ السيادة، وذلك لأجل تشجيع الاستثمار الأجنبي.

المطلب الثاني: التحكيم في إطار قانون الإجراءات المدنية والإدارية

بهدف تكييف الاقتصاد الوطني مع التوجهات الاقتصادية الدولية قامت الجزائر بإدراج باب خاص بالتحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (الفرع الأول) كما تضمن هذا القانون الإجراءات الخاصة بالعملية التحكيمية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تكريس التحكيم في القوانين الإجرائية

غداة الاستغلال اتخذت الجزائر موقفاً معادياً وصريحاً لنظام التحكيم التجاري، لكن سرعان مع التسعينيات تراجعت عن رأيها وهذا ما سوف نوضحه.

أولاً: تكريس التحكيم في القانون 09/93

بعد صدور دستور 1989 تبنت الجزائر نظام الاقتصاد الحر، فكسرت بذلك العزلة التي عاشتها لفترة من الزمن، قامت بإجراء تعديلات على منظومتها القانونية حتى تكييفها مع التوجهات الحديثة، فتم إصدار المرسوم التشريعي 09/93⁽²⁵⁾، المتعلق بتعديل قانون الإجراءات المدنية 1966، وتم إدراج باب خاص بالتحكيم التجاري الدولي، تضمن التعريف بالتحكيم وأنواعه وإجراءاته.

لذلك فرض التحكيم نفسه على المشرع الجزائري وتم اعتماده كمرجع أساسي لحسم منازعات التجارة الدولية.

ثانياً: الإجراءات المتعلقة بالتحكيم

إذا اتفق الأطراف على إحالة نزاعهم إلى التحكيم فإنهم يمنحون بذلك هيئة التحكيم إختصاص في الفصل

في النزاع وبالتالي لا تكون محاكم الدولة مختصة بالفصل فيه، حيث يمتنع على الأطراف اللجوء إلى القضاء الوطني لطلب الفصل في المنازعة محل التحكيم، وإذا فعل الأطراف وذلك فإنه يتعين على محاكم الدولة أن تمتنع عن الفصل في النزاع المعروض.⁽²⁶⁾

وواقع أن الاعتراف لهيئة التحكيم بالاستثمار في تسوية النزاع، والذي جاء به المشرع الجزائري، نابع من الطبيعة الاتفاقية للتحكيم، ومن قوتها الملزمة، فالتحكيم يستند على إرادة الأطراف التي تختار هذا الأسلوب لحل المنازعات الناشئة بينهم.

بعد التأكد من الاختصاص تتولى محكمة التحكيم الفصل في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي أختاره الأطراف كأصل عام⁽²⁷⁾، ولا يتدخل القاضي الوطني إلا بتقديم المساعدة عن طريق تقديم الأدلة، أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات.⁽²⁸⁾

هذا ولقد ذهب المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى تقرير للأطراف الحق في اللجوء إلى محكمة التحكيم من أجل إلتماس تدابير مؤقتة أو تحفظية، قبل إجراءات التحكيم أو حثاً أثناء عملية التحكيم، مع عدم استبعاد امكانية اللجوء إلى محاكم الدولة لاتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية.⁽²⁹⁾

أولاً: تكريس وتأكيد التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية

في إطار السياسة المنتهجة من قبل الجزائر والمتعلقة بإعادة النظر في المنظومة القانونية لكي تتماشى في التطورات والتحويلات الجديدة شرعت السلطات المختصة بإجراء تعديل على قانون الإجراءات المدنية وذلك بإلغاء القانون رقم 09/93، وإصدار قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث أدرج هذا القانون أحكام خاصة بالتحكيم التجاري الدولي.

وهذا ما يفهم من نص المادة (1039)، كما أن المشرع في تحديده لهذا النوع من التحكيم اعتمد على المعيار الاقتصادي فقط، على خلاف المرسوم التشريعي 09/93 الملغى والذي في تحديده للتحكيم التجاري الدولي اعتمد على المعيار الاقتصادي والقانوني، وفي تعيين المحكمين فقد ذهب المشرع الجزائري إلى وضع الحول لتفادي التعطيل، وذلك من خلال تحديد هيئة قضائية تتولى مهمة تعيين المحكم بدلا من الطرف الذي تقاعس أو امتنع.⁽³⁰⁾

كما ذهب المشرع الجزائري إلى أن إمتناع أحد الأطراف عن تعيين محكمة لا يؤدي إلى إعاقة إجراءات التحكيم فقرر في المادة (1042) الحق إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ.

هكذا تظهر أهمية التحكيم كوسيلة لفصل منازعات عقود الاستثمار من خلال فرض نفسه في العقود التجارية الدولية، حتى أنه أمكن القول بأن عقود الاستثمار أصبحت لا تتم بغير وجود اتفاق تحكيم.

وإذا كان التحكيم الدولي قد أصبح المرجع الأساسي في حسم منازعات عقود الاستثمار بما تمثله من ضمان للاستثمار الدولي، فإن الأهم في التحكيم هو تنفيذ الحكم التحكيمي، الذي يشكل ثمرة للتحكيم.

لقد حرص المشرع الجزائري على الاهتمام بتنفيذ أحكام التحكيم والاعتراف بها، لضمان الفعالية للحكم التحكيمي، وذلك بوضع القواعد اللازمة لضمان تنفيذه مع الاقرار بالحق للقضاء الوطني في الرقابة على أحكام التحكيم من خلال الاعتراف بإمكانية الطعن بالبطلان أمام قضاء الدولة الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاص.

ومن أجل المساهمة في استقرار التحكيم وتدعيمه وضمان فعاليته نظم المشرع الجزائري حالات قبول دعوى البطلان ضد الحكم التحكيمي وحصرها في ستة حالات.⁽³¹⁾

نخلص مما تقدم أن التحكيم عبارة عن تكريس لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وكنظام يشكل التحكيم القضاء الخاص، لا ينافس قضاء الدولة بل هو مكمل له.

وإذا قبلت الدولة مقدما اللجوء إلى التحكيم فإنها لا تستطيع فيما بعد التمسك لا بقانونها الوطني، ولا باختصاص قضائها، لأنه من المفترض أن اتفاق التحكيم تضمن تنازلا عن حصانتها القضائية، كما يمتد ذلك التنازل إلى موافقة الدولة لحكم التحكيم وقبول تنفيذه.

ورغم ما يتضمنه التحكيم من تنازل الدولة عن سيادتها، فإنه يشكل الوسيلة الأكثر قبولا لحسم منازعات عقود الاستثمار لأنه يشكل الضمانة القضائية لتحقيق المناخ الاستثماري المناسب.

هذا ما أدركته الدولة الجزائرية وجسدته بتقرير التحكيم كوسيلة لتسوية الخلافات التي قد تطرأ بينها وبين المستثمر الأجنبي، غير أن إصدار ترسانة من النصوص القانونية ليست كافية للتعبير عن اهتمام السلطات بالتحكيم، وبتحفيز الاستثمار الأجنبي، لذلك نقترح وبكل تواضع:

- استئثار هيئة التحكيم فعليا بتسوية النزاع وابعاد كل ما من شأنه يعطل التحكيم.
- عدم جواز التمسك بالمركز السيادي للدولة للتدخل من الاتفاق على التحكيم.
- التزام الدقة والوضوح في صياغة النصوص القانونية الخاصة بالتحكيم لتتجنب صعوبات ومشاكل تطبيق النص.

1- سورة النساء الآية 65

2- سورة النساء الآية 35

3- لسان العرب لابن منظور، الجزء الثاني، دار المعارف، ص 952.

4- محمد السيد عمر التخيوي، الصيغة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، القاهرة، 2003، ص 5.

5- أحمد حساب مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، 2008، ص 19.

6- 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 126.

7- أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2005، ص 08.

8- نفس المرجع، ص 10.

9- معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى 1997، ص 11.

10- إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 2000، ص 85 - 86.

11- إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفهومه، المرجع السابق، ص 126.

12- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2006، ص 351.

13- هشام خالد، التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، 2007، ص 32.

14- إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 121.

15- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، دار الشروق، الطبعة الأولى، القاهرة 2002، ص 117.

16- أحمد حسان مطاوع، المرجع السابق، ص 50.

17- أحمد حسان مطاوع، المرجع السابق، ص 44.

18- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات الاستثمار، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2014، ص 56.

19- أحمد حستن مطاوع، المرجع السابق، ص 54.

20- أنظر المادة 442 من الأمر 154/66، المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن لقانون الإجراءات المدنية، المعدل والمتمم، ج.ر العدد 47.

21- أنظر المادة 41 من الأمر رقم 12/93، المتعلق بترقية الاستثمار

22- أنظر المادة 17 من الأمر 03/01، المتعلق بتطوير الاستثمار، المؤرخ في 23 أوت 2001، المعدل والمتمم، ج.ر 47.

23- حازم حسن جهة، القانون الدولي الاقتصادي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 190.

24- إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 124.

-
- 25- المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 1993/04/25، المتضمن قانون الاجراءات المدنية، المعدل والمتمم.
- 26- أنظر المادتين 1044 و1045 قانون الاجراءات المدنية والادارية 09/08 المؤرخ في 2008/02/25.
- 27- أنظر المادة 1050 من قانون الاجراءات المدنية والادارية 09/08.
- 28- أنظر المادة 1048 من قانون الاجراءات المدنية والادارية 09/08.
- 29- أنظر المادة 1046 من قانون الاجراءات المدنية والادارية 09/08.
- 30- أنظر المادة 1041 من قانون الاجراءات المدنية والادارية 09/08.
- 31- أنظر المواد من 1051 إلى 1059 من قانون الاجراءات المدنية والادارية 09/08.