

## التحكيم ضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار الدولي

*Arbitration is a procedural safeguard for the settlement of international investment disputes*عزالدين بوجلطي<sup>1</sup>

جامعة الجزائر 1 - الجزائر

a-boudjelti @univ-alger. dz

تاريخ النشر: 2021/11/ 10

تاريخ القبول: 2021/06/ 30

تاريخ الاستلام: 2021/02/ 26

**ملخص:**

من المعروف أن النظم القانونية الوطنية للاستثمار أصبحت متشابهة إلى حد بعيد في مختلف دول العالم، رغم أن تطبيق قواعدها في كل دولة منوط بقبول السلطات المختصة لها، لذا فإن قوانين الاستثمار و التجارة الدولية اعتبرت قوانين مركبة ومعقدة من حيث أنه يمكن أن يحكم العلاقة التجارية الدولية أكثر من قانون وطني، بل أكثر من ذلك يمكن ألا تخضع العلاقة التجارية الدولية إلى أي قانون، مما أدى على ظهور نظرية "العقد بلا قانون" التي بدأت تجدد صداها في القوانين الوطنية رغم الانتقادات اللاذعة الموجهة لها. إن توافر العنصر الأجنبي - المتمثل في شخص المستثمر أو في رأسماله - وكذا قبول النظم القانونية الوطنية له، كونه عنصرا جالبا للتكنولوجيا ومساهما للتنمية، قد عقّد من مشاكل التجارة الدولية والاستثمار، بحيث أصبح الاهتمام بمحاولة البحث عن حلول لمشاكلها القانونية يشغل بال الباحثين القانونيين والاقتصاديين على المستويين الوطني و الدولي .

هذه الورقة البحثية تحاول إلقاء الضوء على التحكيم باعتباره الوسيلة الأكثر استعمالا لحل النزاعات الناشئة عن الاستثمار من جهة، ومن جهة أخرى باعتباره قضاءا بديلا ومكملا للقضاء الوطني في حماية الاستثمارات سيما الدولية منها .

**الكلمات المفتوحة:** استثمار - منازعة - تحكيم - ضمانات .

**Abstract:**

*It is well known that the national legal systems for investment have become very similar in different countries of the world although the application of their rules in each country depends on their acceptance by the national competent authorities. Therefore, the laws of investment and international trade are considered compound and complex laws in that the international commercial relationship could be governed by more than one national law, but more than that, the international commercial relationship might not be subject to any law. This led to the emergence of the "contract without law" theory, which began to find resonance in national laws despite the harsh criticism directed at it.*

*The availability of the foreign element - represented in the person of the investor or in his capital - as well as his acceptance by national legal systems, in respect of his importance in procuring technology and contributing to development, have complicated the problems of international trade and investment, so that the attention of jurists and economists has been concentrated in trying to search for Solutions to its problems at both national and international levels.*

*This research paper tries to shed light on arbitration as being the most widely used method for resolving disputes arising from investment, on the one hand, and on the other one, as an alternative and complementary judiciary to the national judiciary in protecting investments, especially international ones.*

**Key words:** investment - dispute - arbitration - guarantees.

**1- المقدمة:**

الواضح أن المجتمع التجاري الدولي الذي تؤيده منظمات وهيئات تجارية متخصصة ، يسعى إلى خلق قواعد موحدة تحكم النشاط التجاري الدولي ، بغض النظر عن طبيعة النظام الاقتصادي الذي تنتهجه الدول ، ودون اعتبار لطبيعة النظام القانوني الذي تتبعه ، فهي قواعد تنبع من العرف التجاري الدولي .

فإذا كان القانون التجاري الوطني هو مجموع القواعد والأسس والمبادئ المنظمة لعلاقة بين شخصين أو أكثر توصف على أنها تجارية ، فإن هذا المفهوم يبدو متطابق والى حد بعيد مع مفهوم قانون التجارة الدولية ، ولكن بإضافة العنصر الأجنبي ، الذي يتحدد بأحد العناصر التالية :

- من حيث أطراف العلاقة التعاقدية إذ كلما اختلفت جنسية الأطراف عن بعضها أمكننا القول بتوافر العنصر الأجنبي وبالتالي إمكانية تطبيق قانون غير القانون الوطني التقليدي ، فالأمر مرتبط من الناحية القانونية بالجنسية <sup>1</sup> .
  - من حيث سبب ومحل العلاقة التعاقدية : والمراد من ذلك أن العلاقة التعاقدية تنشأ في ظل نظام قانوني معين ، ليقع تنفيذها في ظل نظام قانوني آخر <sup>2</sup> ، فإذا كانت طبيعة التجارة الدولية هي التي أدت إلى تشابه النظم القانونية التي تحكمها في مختلف دول العالم ، فإن هذا لا يغير من أن تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية في كل دولة منوط بقبول السلطات المختصة لها .
- ان هذه العناصر هي التي جعلت من قانون التجارة الدولية قانوناً مركباً ومعقداً ، من حيث أنه يمكن أن يحكم العلاقة التجارية الدولية أكثر من قانون وطني ، بل أكثر من ذلك يمكن ألا تخضع العلاقة التجارية الدولية وبالأخص "العقد التجاري الدولي" إلى أي قانون ، وهذا ما يعرف بنظرية "العقد بلا قانون" .

إجمالاً لما سبق فإن مسألة توافر العنصر الاجنبي ، وكذا قبول النظم القانونية الوطنية له ، عقّد مشاكل التجارة الدولية، بحيث أصبح الاهتمام بمحاولة البحث عن حلول لمشاكلها القانونية يشغل بال الباحثين والمشرعين على المستويين الوطني و الدولي، الذين أوجدوا آليات عديدة لتسوية النزاعات الناجمة عن تشعب علاقات التجارة الدولية ، واستخدام واحدة أو أكثر من تلك الطرق، مرتبط بتوجهات الأطراف في الاختيار و بالظروف العامة للتعاقد، وأياً كان اختيار الأطراف للطريقة في تسوية النزاعات التجارية، فإنها تحتاج إلى قبول قوانينها الوطنية باليات التسوية والتي منها :

التفاوض : الذي يعتبر الأقل كلفة من الأساليب الأخرى لتسوية النزاعات، وربما يعتبر الطريقة المجدية تجارياً والأكثر قبولاً لدى الأطراف لكونها تتم بواسطةهم، وتكون أكثر قبولاً .

الوساطة : التي تقتضي أن تكون الأطراف مستعدة بشكل جيد وملزمة باحترام القائم بها، وخلافاً عن الآلية السابقة فإن الوساطة تعتمد على تقنية تعيين الخبراء لتسوية النزاع .

التحكيم : إن اختيار التحكيم يبقى الوسيلة الأكثر استعمالاً لحل النزاعات الناشئة عن التجارة الدولية ، وهو آلية تركزت بصفة رسمية في قوانين الاستثمار، الإجراءات المدنية والإدارية ، الصفقات العمومية... وفي الاتفاقيات- الثنائية أو المتعددة الأطراف -المتعلقة بالحماية المتبادلة للاستثمار <sup>3</sup> .

ومما لا شك فيه أن التحكيم هو القضاء الخاص الذي سيحاول تحقيق التوازن بين مصلحة الدولة في ترقية التجارة و استقطاب الاستثمارات ، ومصلحة المتعاقد الأجنبي الذي تملكه هواجس مساس الدولة بحياد قضائها ، وهذا ما يجعل تسوية منازعات عقود التجارة الدولية لا

تحقق إلا بضرورة البحث عن توفير وسائل محايدة وفعالة لتسوية المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود وذلك حسبما تقتضيه الطبيعة الخاصة لها

لأجل ذلك فقد كان من أن يكون التحكيم التجاري الدولي كأحد أهم الآليات القانونية لحل منازعات الاستثمار اذ عادة ما تلجأ الدول المضيفة للاستثمار إليه كضمانة لتشجيع وحماية الاستثمارات على أراضيها وهو الأمر الذي دفع كثير من الدول أن تدرج في صلب قوانينها الوطنية نصوصاً صريحة بقبول التحكيم كآلية إضافية لحسم منازعات الاستثمار بعد تلك الآليات القضائية، إضافة إلى ذلك سعي المستثمرين أن يدرجوا في عقود الاستثمار المبرمة مع الدولة الجاذبة للاستثمار شرطاً يفيد اللجوء إلى التحكيم، لما يحققه من فعالية مهمة في حسم منازعات الاستثمار باعتباره وسيلة محايدة ومستقلة الى حد ما عن القضاء الوطني.

ويستلزم لتحقيق فعالية التحكيم، لحسم منازعات الاستثمار تبني العديد من المبادئ القانونية والتي أهمها استقلال شرط التحكيم عن عقد الاستثمار، بالإضافة إلى الضمانات الإجرائية والتي أهمها اختصاص المحكمين بالفصل في النزاع (مبدأ الاختصاص بالاختصاص)، ثم عدم قبول دفع الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها بعدم أهليتها أو تمسكها بالسيادة للتحلل من التحكيم .

### يهدف البحث :

يهدف البحث الى توضيح فكرتين :

- أن عقود الاستثمار الدولية أوجدت لنا حلولاً بديلة لتسوية مختلف النزاعات المتعلقة بها ، وأن القوانين الوطنية قد اعترفت للأطراف بحرية واسعة في تنظيم عقودهم ، مما نتج عنها اقتناع الدول بضرورة الحد من احتكارها في انتاج القواعد القانونية هذا من جهة ،
- من جهة أخرى بهدف إلى إبراز أن التحكيم التجاري الدولي يتمتع بوزن حقيقي وواقعي قد يفوق في عديد الحالات وزن النصوص القانونية الوطنية .

### أهمية البحث :

تتمثل أهمية البحث في التعرف على أن التحكيم التجاري الدولي لا يقف ضد مبدأ حرية الإرادة التعاقدية بل يشجعها ، ويسمح باجتهاد الأفراد في إيجاد قواعد تنظم العلاقة بينهم ، سواء بإتباع نموذج قانوني موجود في أي تشريع آخر غير تشريع الأطراف المتعاقدة ، أو بابتكار قواعد جديدة منظمة للعلاقة التجارية ، فليس هناك ما يمنع أن يختار الأطراف نمودجا قانونيا منظما للعلاقة التعاقدية في تشريع آخر غير تشريعهم المشترك ، وهذا الذي من شأنه ترقية العلاقات التجارية الدولية .

إشكالية البحث : تتمثل إشكالية البحث فيما يلي :

ما مدى نجاعة أحكام التحكيم التجاري الدولي في فض منازعات الاستثمار الدولي ؟

### مخطط الدراسة:

نتطرق في هذه الدراسة بتحليل التحكيم كآلية لتسوية منازعات الاستثمار من حيث الجوانب الآتية :

محور أول: التأصيل الفقهي والقانوني للتحكيم في مجال منازعات الاستثمار. ويشمل :

- خصوصية فكري "التنازع" و"الدولية" للمعاملات الاستثمارية:
- تكريس التحكيم في التنظيم الدولي وموقف المشرع الجزائري منه

**محور ثاني :** الضمانات الإجرائية لنجاعة التحكيم .وتقتصر الدراسة على الضمانات التالية :

- مبدأ استقلالية شرط التحكيم
- مبدأ الاختصاص بالاختصاص:
- عدم قبول دفع الدولة للتحلل من التحكيم

**منهجية البحث:**

بالنظر للخصوصية التي يتميز بها موضوع تنظيم العلاقات التجارية الدولية، واليات حل النزاعات المتعلقة بها من جهة ، وبالنظر الى الاهتمام الذي يحظى به التحكيم من طرف الاقتصاديين والقانونيين ، فإننا اعتمدنا على المنهجين الاستقرائي والتحليلي باعتبارهما الأنسب لعرض وتحليل مختلف النصوص القانونية الوطنية والدولية ذات العلاقة بالتحكيم وتحليلها بما يخدم البحث .

## 2- محور أول: التأصيل الفقهي والقانوني للتحكيم في مجال التجارة الدولية

من الثابت أن منازعات عقود الدولة تتمتع بخصوصية ناجمة عن طبيعة أطرافها غير المتجانسة ، فنجد الدولة باعتبارها شخصا من أشخاص القانون الدولي العام بما تمتلكه من سيادة ، أو إحدى المؤسسات العمومية التابعة لها من جهة ، و نجد من جهة أخرى طرفا أجنبيا خصوصا في غالب الأحوال ، وهذا ما يطرح المشكلة الأساسية المتمثلة في كيفية الموازنة والتوفيق بين مصالح الطرفين المتضاربة ، وعلى هذا نتطرق في الجانب الأول من المبحث الى بيان خصوصية فكريتي "التنازع" و"الدولية" للمعاملات الاستثمارية و التجارية ، وفي الجانب الثاني نبين تكريسه في الأنظمة القانونية الوطنية و الدولية .

### 1.2: خصوصية فكريتي " التنازع " و"الدولية " للمعاملات الاستثمارية:

إن هذا مفهوم الاستثمار على المستوي الوطني يبدو منطبقا والى حد بعيد على قانون التجارة الدولية ، ولكن بإضافة العنصر الأجنبي، فأحكام قوانين الاستثمارات الدولية تتجاوز حدود التشريعات التجارية الوطنية ، لذا كان أساس لجوء الأشخاص (طبيعية كانت أو معنوية) إلى التحكيم لحل المنازعات التي تكتنف معاملاتهم الاستثمارية، هو وجود نزاع يشوبها، وعلى هذا عبر الأستاذ علي بن شنب على أن: " كل عملية اقتصادية تتجاوز الحدود ستكون لا محالة عرضة للتنازع"<sup>4</sup>

**أولا : خصوصية المنازعة في مجال الاستثمارات الدولية :**

اختلف حول تحديد مفهوم المنازعة بصفة عامة وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة، فهناك في فقه القانون الوضعي المقارن من يقوم على تصور هذه الأخيرة تصور شكلي، وهناك جانب اخر من الفقه الوضعي من صورها تصورا موضوعيا، وهناك اتجاه ثالث قام بالجمع بين التصورين الشكلي والموضوعي في تعريفه للمنازعة.

1- التصور الشكلي لفكرة المنازعة : حاول جانب من فقه القانون الوضعي المقارن تقديم تعريف شكلي للمنازعة يعتمد على عناصر خارجية ، فالمنازعة وفق هذا التصور هي المواجهة أمام القضاء. والتي تتم بناء على إجراءات الخصومة القضائية، فوجود المنازعة يعتمد على توافر هذا الشكل بغض النظر عن وجودها الفعلي، وإذا كان توافر هذا الأخير يعتمد على إرادة المشرع وإرادة المتقاضين، فهذا سيرتب بالضرورة نتيجة هامة مفادها أن وجود فكرة المنازعة على الصعيد القانوني يتوقف على هاتين الإرادتين.

يعاب على هذا الاتجاه أن فكرة الشكل هي إجراءات خارجية عن المنازعة، ومن ثم لا يمكن أن يتم استنتاج وجودها منها بصفة عامة، لأن مسألة وجود منازعة تستلزم بالضرورة إتباع هذا الشكل وتطبيق الإجراءات، أي أن مسألة وجود المنازعة بصفة عامة سابق للشكل والإجراءات التي تنظر بواسطتها هذه الأخيرة.<sup>5</sup>

2- التصور الموضوعي لفكرة المنازعة: يستند هذا الاتجاه للمنازعة في حد ذاتها لاستخلاص عناصرها، فاعتمد البعض على العنصر الشخصي، واعتمد البعض الآخر على العنصر الموضوعي، وتتمثل المنازعة بصفة عامة في تنازع بين إرادات، ومن ثم فإن وجود المنازعة مرتبط بلحظة توافر هذا المضمون، دون اشتراط شروط خاصة أخرى في الشخص الذي تصدر عنه، أو في طبيعة المصلحة التي يدافع عنها، وإنما تلزم هذه الأخيرة فقط لتحديد الشكليات والإجراءات القضائية واجبة الاتباع للفصل في النزاع.

ووفق هذا الاتجاه المنازعة هي "عبارة عن تنازع في المصالح، يتخذ شكل تنازع بين إراديتين إدعاء من جانب، يقابله مقاومة من الجانب الآخر، وتتخذ هذه المقاومة صور الاعتداء على المصلحة المطلوب حمايتها"<sup>6</sup>.

هذا الاتجاه يبقى قاصراً لأن وجود منازعة يتطلب تدخل القضاء العام في الدولة للفصل فيه بشكل عادل، ومن ثم فإن أهمية الشكل والإجراءات تبرز بصفة أساسية لأنها أساس العمل القضائي.

03- التصور المختلط: وفق هذا الاتجاه تتحلل المنازعة إلى ثلاثة عناصر:

- تعارض بين ادعاءات خصمين على الأقل.

- قبول أطراف المنازعة الحل السلمي عن طريق عرضها على قضاء الدولة.

- وجود قاضي عام ينتمي إلى السلطة العامة وتنحصر مهمته في التوصل إلى حل ودي أو قضائي أو تحكيمي.<sup>7</sup>

ومن ثم فكل حالة لا يوجد فيها نزاع لا يمكن تصور وجود تحكيم، لذا اعتبرت محكمة العدل الدولية الدائمة النزاع بأنه: "كل خلاف على مسألة قانونية أو على واقعة، وكل تناقض ما بين المواقف القانونية أو مصالح الفقاء المتنازعين" ففكرة النزاع هي التي يجب أن تحدد طبيعة العمل الذي تقوم به هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه باعتبارها قضاء خاص، ومن ثم لا يجوز إبرام عقد تحكيم بالنسبة لنزاع انتهى بالفعل بين أطرافه، إما بحكم قضائي صادر من القضاء العام في الدولة يكون حاسماً له، أو بحكم تحكيمي صادر عن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ويكون نهائياً، و عليه فنظام التحكيم بناء قانوني مركب من ثلاثة إرادات:

- إرادة النظام القانوني الوضعي.

- إرادة الأطراف المحتمكين.

- إرادة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع.

ولإعمال هذه الارادات يجب تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خلال إعمال منهج النزاع، الذي يعد من أكثر الحلول قبولاً، سواء على صعيد الأنظمة القانونية الوطنية أو المعاهدات الدولية، إذ نصت العديد من الأنظمة القانونية المعاصرة المنظمة للتحكيم على خضوع اتفاق التحكيم صراحة للقانون الواجب التطبيق عليه من خلال إعمال قواعد الإسناد، وعليه فإن القوانين الداخلية التي تركز نية استمرارية قبول الدولة للتحكيم يؤكد انضمامها إلى الاتفاقيات المتعلقة بالاعتراف بالقرارات التحكيمية وتنفيذها<sup>8</sup>، ومن ناحية أخرى فإن الدولة تهيء للتحكيم مناخاً ملائماً، رغم الرقابة على قرارات التحكيم - قبل، أثناء، بعد صدور الحكم التحكيمي - وهكذا بدت تتضح دور قرارات التحكيم في تدويل أحكامه، ولذا كان تعريف الأستاذ Phillipe fouchard للتحكيم من أكثر التعاريف التي لاقت قبولاً من حيث أنه: "اتفاق الأطراف على أن يخضع نزاعهم إلى قضاء يختارونه"<sup>9</sup>.

عزالدين بوجلطي

إن مسألة اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق ليس مجرد تفضيل قانون على آخر ، إنما من الضرورة بأن يكون للقانون المختار صلة، بل الصلة الأقوى والأوثق بموضوع النزاع ، لذا أضحى مبدأ قانون الإرادة و ما ينتج عنه من حرية المتعاقدين في إخضاع عقدهم للقانون الذي يختارونه صراحة أو ضمناً، مبدأ ثابتاً في القانون المقارن، حيث تعترف به كافة التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية، و من تطبيقات هذا المبدأ نجد المشرع الجزائري في نص المادة 18 من القانون المدني قبل تعديل سنة 2005<sup>10</sup> تدلي بوجود قاعدي إسناد، والتي يبدو لنا أن القاعدة الأساسية هي قاعدة مكان إبرام العقد، والقاعدة الثانوية أو الاختيارية هي قاعدة سلطان الإرادة ، لكن بعد تعديله سنة 2005 بموجب القانون 05 - 10 نصت على أنه : " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وفي حالة عدم إمكان ذلك ، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حالة عدم إمكان ذلك ، يطبق قانون محل إبرام العقد. غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

ذهب الأستاذان : محمد إسعاد و علي بن شنب إلى اعتبار أن الإسناد الأساسي هو قانون سلطان الإرادة ، سيما في التعامل التجاري الدولي والإسناد الثانوي هو قانون مكان إبرام العقد . و يتوافق مع نص 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، التي أوضحت أن قاعدة الإسناد الأساسية هي قانون الإرادة ، بينما قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة ، و محل إبرام العقد هما قاعدي الإسناد الثانويين.<sup>11</sup>

### ثانيا : خصوصية فكرة الدولية في مجال الاستثمارات الدولية

يختلف معيار الدولية بحسب نوع العلاقة التي تنظمها قواعد قانون التجارة الدولية كمبدأ ، كما يمكن أن يتناولها القانون الوطني ، لذلك تحدد الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية - عادة المقصود بدولية العلاقة التي تحكمها ، وقد يختلف تبعاً لذلك معيار الدولية من حالة إلى أخرى ، فالمادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أن " يعد التحكيم دولياً ، بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل " .

ولقد ثار خلاف فقهي حول تحديد المعيار المميز للعقد الدولي بين اتجاه يتبنى المعيار القانوني لتحديد الصفة الدولية للعقد واتجاه يؤيد المعيار الاقتصادي لتحديد تلك الصفة ، واتجاه ثالث يحول التوفيق بين المعيارين ، فإذا ما تحددت الصفة التجارية الدولية للعقد فانه يخضع لقواعد الإسناد التي تعين القانون الواجب التطبيق عليه .

أ- معيار الدولية وفق القانون الوطني :

الاتجاه الأول الآخذ بالمعيار القانوني: طبقاً لهذا المعيار فان العقد يعد دولياً إذا ارتبطت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد ، وتمثل هذه العناصر إما في مكان إبرام العقد، أو تنفيذه ، أو جنسية المتعاقدين ، أو موطنهم ، وعلى ذلك فان إسباغ الصفة : " التجارية الدولية " على العقد تتوقف على مدى تطابق الصفة الأجنبية مع عناصره القانونية ، وقد تعرض المعيار القانوني للنقد على أساس أنه غير كافٍ لإسباغ صفة الدولية على بعض العقود التي لا تتضمن أي عنصر مؤثر من عناصر الصفة الأجنبية.

الاتجاه الثاني الآخذ بالمعيار الاقتصادي: طبقاً لهذا المعيار فان العقد يتسم بالصفة الدولية إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية أي إذا كان موضوعه تبادل السلع والخدمات عبر الحدود.

عزالدين بوجلطي

وقد كان هذا المعيار محل نقد على أساس أنه يتسم بالغموض وعدم التحديد ، فهو لا يضيف جديد ، وإنما هو مجرد تطبيق للمعيار القانوني ، حيث أن تبادل السلع والخدمات عن طريق العقد بين أكثر من دولة ، يسبغ عليه صفة الدولية لأنه يتضمن عنصراً أجنبياً مؤثراً في تحديد القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص. ويتمثل هذا العنصر في مكان تنفيذ العقد أو في آثاره والتي تمتد إلى خارج الدولة.

الاتجاه الثالث : وهو الذي يجمع بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي لتحديد الصفة الدولية للعقد ، فطبقاً للمعيار القانوني فإن العقد يكتسب الصفة الدولية بناء على مجموع الظروف والعناصر الإيجابية التي تحيط بالرابطات القانونية ، كما أنه طبقاً للمعيار الاقتصادي فإن الصفة الدولية تلحق العقد بناء على العنصر أو العناصر الإيجابية التي تطرقت إلى العقد فأصبح دولياً لارتباطه بأكثر من نظام قانوني ، وهذا الذي كان قد كرسه المشرع الجزائري بالمرسوم التشريعي 93-09 لسنة 1993 أين جمع المشرع بين المعيارين القانوني والاقتصادي من خلال نص المادة 454 منه ، على خلاف القانون الجديد للإجراءات المدنية والإدارية - المادة 1039 التي تنص على أنه "يعد التحكيم دولياً بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل"

وبناء عليه فإنه يبدو أن المشرع قد غلب المعيار الاقتصادي على المعيار القانوني لاعتبار العقد دولياً ، إلا أنه وفي كل الحالات نرى من جانبنا أنه لا يمكن أن تكون العلاقة الاقتصادية بمعزل عن القانون ، و مهما كانت السياسة الاقتصادية المنتهجة ، ذلك لأن القانون هو المؤطر لكل الأنشطة والعلاقات الاقتصادية داخلية كانت أم خارجية ، وهو نفس المبدأ الذي نجده في نص المادة 1006 من ذات القانون لما مكنت الأشخاص المعنوية العامة في إطار علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية طلب التحكيم ، وبالتالي فإنه ظاهرياً يبدو المشرع قد غلب المعيار الاقتصادي على المعيار القانوني لكن من الناحية الموضوعية نجد ان المشرع قد أخذ بالمعيارين معاً لأنه لا يمكن تصور مصالح اقتصادية لدولتين على الأقل بمعزل عن القانون ، سندا الى نص المادة 43 دستور 1996 المعدل المتمم :

" حرّية الاستثمار والتجارة معترف بها وتمارس في إطار القانون ، تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال ....."

ب- معيار الدولية وفق الاتفاقيات الدولية:

- معيار الدولية في اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق في : نطاق البيع الدولي سنة 1986 طبقاً لنص المادة الأولى منها يعتبر بيع المنقولات عقداً دولياً متى كان مركز أعمال طرفي العقد في دولتين مختلفتين ، أو عندما تكون السلع محلاً للنقل من دولة إلى أخرى.

- معيار الدولية في اتفاقية فيينا سنة 1980 نصت المادة 11 من الاتفاقية على أنه : " تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة وذلك عندما تكون هذه الدول دول متعاقدة ، أو عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة "

يتبين من هذا النص أن الاتفاقية قد تبنت معياراً أساسياً لإضفاء صفة الدولية على العقد ، وهو أن تكون مراكز أعمال الأطراف في دولتين مختلفتين.

ولما كانت أحكام الاتفاقية المذكورة لم تحدد المقصود بمركز الأعمال فقد اختلف الفقه بشأن تحديد مفهوم هذا المركز ، فذهب البعض إلى أن مفهوم مركز الأعمال يتسع ليشمل المكاتب والوكالات والفروع بشرط أن هذه الأخيرة حقيقية ، بينما ذهب البعض الآخر إلى أن المقصود بمركز الأعمال المكان الذي يباشر فيه أي من المتعاقدين أي جزء من نشاطه بشرط أن يتمتع بالاستقرار. 12 كما أن الاتفاقية لم تكنف بهذا المعيار الأساسي وإنما أضافت إليه معيارين تكميليين يتعين أن يضاف أحدهما إلى المعيار الأساسي .

أولهما وهو أن تكون كلا الدولتين اللتين يوجد بهما - الأشخاص أو أموالهما - دولة متعاقدة. وثانيهما أن تؤدي قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون إحدى الدول المتعاقدة. وعلى ذلك يتضح أن الاتفاقية قد تبنت المعيار القانوني لتحديد صفة الدولية في عقد البيع الذي يخضع لأحكامها ، وبذلك يكون العقد يكون دولياً إذا كان يأخذ في اعتباره مصالح التجارة الدولية ، أو كان يترتب عليه انتقال السلع من دولة إلى أخرى .

## 2.2- تكريس التحكيم في التنظيم الدولي وموقف المشرع الجزائري منه :

أولاً :تكريس التحكيم في التنظيم الدولي : نتطرق في هذا الجانب إلى دور التحكيم في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية ثم دور مراكز التحكيم الجهوية والدولية في ذلك .ولقد كان للمعاهدات دور ملموس وواضح في التنظيم التشريعي للتحكيم الدولي ، ووضع الأسس والضوابط التي تحكمه سواء من حيث الإجراءات الواجب إتباعها، أو من حيث القانون الواجب التطبيق ولعل أهمها :

### 1- اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية :

تتكون الاتفاقية من ستة عشرة مادة فقط ، وهي تقتصر على معالجة مسألة الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في إقليم الدولة المنظمة إليها ،وهي تأخذ بمعيار مكان إصدار الحكم لمعرفة الحكم الأجنبي بالنسبة للدول المراد الاعتراف وتنفيذ الحكم فيها ، عملاً بالفقرة الأولى من ذات المادة ، كما لا تشترط لتطبيقها أن يكون حكم التحكيم قد صدر في دولة منظمة إليها ولكن يراد الاعتراف وتنفيذ الحكم المذكور في دولة أخرى صادقت على الاتفاقية .

وفي هذا السياق صدرت توصية بشأن تفسير الفقرة (2) من المادة الثانية والفقرة (1) من المادة السابعة من اتفاقية نيويورك 1958، اعتمدها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 7 جويلية 2006 أثناء دورتها التاسعة والثلاثين والتي أهم ما جاء فيها :

" وإذ تأخذ في اعتبارها الفقرة (1) من المادة السابعة من الاتفاقية، التي كان من بين أغراضها التمكين من إنفاذ قرارات التحكيم الأجنبية إلى أقصى مدى ممكن، وخصوصاً من خلال الاعتراف بحق أي طرف ذي مصلحة في أن يستفيد من قانون أو معاهدات البلد الذي يُلتزم فيه الاعتماد على قرار التحكيم، بما في ذلك البلد الذي يوفّر فيه ذلك القانون أو توفر فيه تلك المعاهدات نظاماً أكثر موائمة من الاتفاقية..."

إن الهدف من التعديل هو منح مرونة أكثر في الممارسة التجارية بناء على أحكام التحكيم ، من خلال السماح لكل ذي مصلحة أن يستفيد مما قد يتمتع به، بمقتضى قانون أو معاهدات البلد الذي يُلتزم فيه الاعتماد على اتفاق التحكيم ، كما اشترطت الاتفاقية بان يكون شرط التحكيم أو مشارطه التحكيم مكتوباً ، كأن يكون في العقد نفسه أو في الرسائل المتبادلة بين الأطراف ، ومن ملامح الاتفاقية السهولة واليسر في الإجراءات الخاصة بطلب الاعتراف وتنفيذ الحكم الأجنبي في الدولة المنضمة إليها .

وقد عاجلت المادة الخامسة منها مسألة إيقاف ورفض التنفيذ ، وأوردت على سبيل الحصر الأسباب التي يمكن الاستناد إليها في رفض الاعتراف أو رفض التنفيذ .

### 2-اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى 1965 :

لقد تولى البنك الدولي للإنشاء والتعمير إعداد هذه الاتفاقية سنة 1965 بغية تشجيع الاستثمارات الدولية الخاصة في مجال التعاون الدولي ،و بموجها تم إنشاء مركز في واشنطن مهمته فض المنازعات المتعلقة بالاستثمارات ، لذا أفردت الاتفاقية الباب الأول للأحكام المتعلقة بالمركز ، والباب الثاني لاختصاصات المركز، والباب الثالث لطلبات التوفيق وتشكيل لجان التوفيق ، أما الباب الرابع فنص على كفاءات تحرير طلبات التحكيم وتشكيل محكمة التحكيم وسلطاتها ،بالإضافة إلى الحكم وكيفية صدوره والاعتراف به وتنفيذه .<sup>12</sup>

عزالدين بوجلطي

وبالنظر إلى أحكام الاتفاقية فإنه يمكن القول ان أحكامها لا تطبق على أطراف النزاع، إلا بمحض إرادتهم ، ، كما أخذت الاتفاقية بمبدأ سلطان الإرادة وحرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وعلى الإجراءات، كما أقرت الاتفاقية ان حكم التحكيم يكون ملزما للأطراف وغير قابل للطعن إلا في الحالات المنصوص عليها في الاتفاقية .

### 3 - القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي :

أنشئت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2205 في دورتها الحادية والعشرين بتاريخ 17 ديسمبر 1966 ، ولقد كان الأساس في إنشاء هذه اللجنة هو تحقيق التعاون التجاري الدولي ، باعتباره أهم عامل في تحقيق الأمن والسلم الدوليين ، تتكون من تسع وعشرين دولة تنتخب بواسطة الجمعية العامة للأمم المتحدة لفترة ست سنوات ، ولقد أوردت المادة الثامنة من الفصل الثاني من القرار ، إعداد وصياغة نماذج موحدة للقوانين المتعلقة بالتجارة الدولية ، وبناء على هذا الاختصاص عهدت لجنة الأمم المتحدة الاونسيترال إلى مجموعة عمل تكونت سنة 1981 لمهمة إعداد المشروع النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، وقد أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في سبتمبر 1985 هذا القانون الموحد للتحكيم التجاري الدولي ، داعية الدول الأخذ به في تشريعاتها الداخلية ، ومن أهم المبادئ التي تناولها القانون النموذجي شرط التحكيم وإجراءاته وطلب رد المحكمين ثم استقلالية شرط التحكيم .<sup>13</sup>

4- الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي سنة 1961 : هذه الاتفاقية لم تحذو حذو اتفاقية نيويورك التي اقتصر على معالجة مسألة الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم ، بل جاءت لتعالج كافة المسائل التي يثيرها التحكيم ، وتتسم بإطلاق حرية الأطراف في اختيار المحكمين ، وتنظيم عملية التحكيم ، وكذا الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع .

كما كان لمراكز التحكيم الدولية الأثر البالغ الأهمية في بلورة مبادئ وإجراءات التحكيم التجاري الدولي ولعل أهمها : قواعد تحكيم

لجنة الأمم المتحدة لعام 1976

- غرفة التجار الدولية بباريس .
- جمعية التحكيم الأمريكية .
- لجنة التحكيم التجاري الأمريكي .
- مركز تسوية منازعات الاستثمار بواشنطن .
- محكمة لندن للتحكيم الدولي .
- غرفة ستوكهولم للتجارة .
- مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي

### ثانيا - تبني المشرع الجزائري للتحكيم التجاري الدولي :

لقد اعتبرت الجزائر التحكيم التجاري الدولي مخالفا للسيادة منذ أمد بعيد، لذا كانت النزاعات بين الدول والأشخاص الأجنبية تختص بما يحاكمه الداخلية . ولقد امتدت مرحلة الإنكار ( التشريعي) إلى غاية مرحلة التأميمات ، إلا انه على الصعيد ألتفاقي فقد تبني المشرع الجزائري التحكيم كوسيلة لفض النزاعات الاقتصادية الدولية بين الجزائر وفرنسا، من خلال اتفاقية ايفيان حيث تقرر بموجبها اللجوء إلى التحكيم الدولي ، فرضت الجزائر إلى هذا الأسلوب و ذلك أمام غياب قضاء داخلي من شأنه منح الضمانات الكافية والفعالة للمستثمرين الأجانب، وقد استمرت مرحلة التحفظ هذه حتى بداية الثمانينيات أين كرس التحكيم بموجب الاتفاق بين فرنسا والجزائر سنة 1982 ، حيث أنه و في إطار المعاهدات الثنائية ، لأجل حل منازعات المؤسسات المختلطة بمقتضى هذا الاتفاق المبرم في 1983 ، قبلت الجزائر

التحكيم في إطار حل النزاعات التي تنشأ بين المؤسسات العمومية الجزائرية ، و شركائها العموميين أو الخواص الفرنسيين . لهذا فقد كانت الجزائر ولفترة طويلة تستبعد التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التي تنشأ بينها وبين الأطراف الأجنبية ، ولعل مرد هذا الاستبعاد كان مرتبطا بفكرة السيادة التي كانت أجواءها ريعية في تلك المرحلة<sup>14</sup> .

فص المادة 3-442 من قانون الإجراءات المدنية " لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم " إن المقصود بعبارة " دولة " هنا ، الدولة والجماعات المحلية والهيئات العامة ذات الطابع الإداري ، والمؤسسات العامة ذات الطابع الاقتصادي ، وهو ما لا يحتمله التفسير الضيق لهذه المادة، ولهذا فإن تبني القانون الجزائري لنظام التحكيم التجاري الدولي جاء في مرحلة متأخرة ، لتعديل الفقرة الأخيرة من هذه المادة سنة 1993 بموجب المرسوم التشريعي 93-25 ، حيث أصبحت صياغتها الجديدة " ..... و لا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقاتهم التجارية الدولية." يلاحظ إذن من خلال هذا التعديل أن المشرع الجزائري، قد عدل و بشكل جذري عن الموقف المانع للتحكيم التجاري الدولي على الدولة و أشخاص القانون العام الأخرى . و ذلك حينما أعلنت بشكل صريح عن إمكانية لجوء هذه الأشخاص العمومية إلى نظام التحكيم التجاري الدولي في المنازعات الخاصة بعلاقتها التجارية الدولية.

كما أضافت المادة الثانية 02 من المرسوم التشريعي المعدل فصلا كاملا بعنوان " في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي " يتضمن 29 مادة ( من 458 مكرر إلى 458 مكرر 28 )

ثم بعد ذلك القانون 08-09 الإجراءات المدنية والإدارية ، لينص في المادة 976 المحددة لممثل الدولة في التحكيم التجاري الدولي ، وينص في المادة 1006 على أنه: " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم. ولا يجوز للأشخاص المعنوية أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

و قد حدد المشرع الجزائري مفهوم التحكيم التجاري الدولي من خلال المادة 1039 من نفس القانون على أنه : " يعد التحكيم دوليا ، بمفهوم هذا القانون ، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل " .

كما تم تكريس التحكيم من خلال نص المشرع الجزائري في مقام الضمانات الممنوحة للمستثمرين من خلال المادة 17 من الأمر المتعلق بتطوير الاستثمار إذ تنص : " يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده ، للجهات القضائية المختصة ، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالتحكيم والمصالحة أو في حالة وجود اتفاق خاص يقر ببند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص".

وان كانت المصالحة المسبقة آلية استباقية للتحكيم التجاري الدولي لا يسعنا البحث لتفصيلها ، إلا انه تجدر الملاحظة أن المشرع الجزائري قد ارتقى بهذه الآلية إلى القانون الدولي ، ولعل ابرز مثال في هذا الجانب التصديق على مذكرة تفاهم وتعاون مع اسبانيا في مجال الطاقة في 2013<sup>15</sup> ، فتنص المادة العاشرة من مذكرة تفاهم " يتم تسوية أي نزاع ينشأ بين الموقعين حول تأويل أو تنفيذ بنود هذا الاتفاق بطرق ودية " .

ويبدو أن الطرفان قد اقتنعا بأهمية الطرق الودية في حل النزاعات التي نشأت بينهما والمتعلقة بالأخص بنسبة الزيادة في سعر الغاز الذي أقرته الشركة سنة 2007 وكذا مشاركتها في أسهم الشركة الاسبانية لتسويق الغاز في اسبانيا " غاز ناتورال " بعد تشغيل مشروع ميدغاز - انبوب الغاز المار عبر المغرب .

### 3- محور ثاني: الضمانات الإجرائية لنجاعة التحكيم

بالرجوع إلى مبررات الأخذ بالتحكيم التجاري الدولي فإنه يمكننا القول إن تلك المبررات تجد أساسها في أمرين هما : إرادة الخصوم ، وإقرار المشرع لهذه الإرادة مما ينتج عنه استقلال عقد التحكيم عن عقد الاستثمار ، كما أن الدولة تميز التحكيم وتمنح الخصوم الحق باللجوء إليه واختيار المحكمين بل وتعترف بسلطة هؤلاء الفصل في بعض النزاعات وبذلك يحلون محل القضاء الوطني وهو ما يسمى بالية " الاختصاص بالاختصاص " التي جسدها مختلف الأنظمة القانونية كآلية لضمان تحقيق الفعالية من التحكيم وبالتالي ضمان الحماية للاستثمارات المطلوبة .

#### 1.3: مبدأ استقلالية شرط التحكيم :

ويعني ذلك أن صحة وجود وسريان اتفاق التحكيم لا يتوقف و لا يتأثر بمصير العقد الأصلي الذي يشير إليه هذا الاتفاق ، و بالتالي فإن الادعاء بأن العقد الأصلي لم يتم إبرامه في الفرض الذي يتضمن شرط التحكيم تم توقيعه ولكن لم يدخل في مرحلة النفاذ ، أو أنه باطل ، أو تم فسخه ، أو أن الالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي تم تجديدها ، لا يؤدي إلى عدم فعالية اتفاق التحكيم أو المساس به . فمجرد الادعاء بانعدام العقد الأصلي لا يكف في حد ذاته إلى استبعاد اختصاص المحكم ، إذ أن للمحكم أن يقدر مدى صحة هذا الادعاء . و إذا لاحظ فعلا أن العقد الأصلي غير قائم و لا وجود له قانونا ، وذلك في حالة الانعدام الكامل للرضا المتبادل بين أطراف العقد ، فإنه لا يستخلص من هذا الانعدام ، بطلان اتفاق التحكيم لبطلان العقد الاصيلي .<sup>16</sup>

فمعاهدة نيويورك الموقعة سنة 1958 لا تشير إلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بطريقة مباشرة ، إذ اقتضت هذه المعاهدة في المادة 5 الفقرة الأولى على الإشارة إلى إمكانية رفض الاعتراف بحكم المحكم وتنفيذه إذا أثبت الطرف المطلوب الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم ضده أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقا للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم. أما بالنسبة لمعاهدة واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965 ، و التي أنشأت المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار ، فقد اقتضت في المادة 41 الفقرة الأولى منها على التأكيد على أن محكمة التحكيم هي " القاضي " بالنسبة لمسألة اختصاصها .

لقد نص القانون الجزائري في المادة 458 مكرر 1 الفقرة الرابعة منها من المرسوم التشريعي 09/93 الصادر في 1993 ، على أنه " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح " و يكون بهذا المشرع الجزائري قد أخذ بالقانون السويسري المادة 3/178 منه . وبالقضاء الفرنسي في مسألة استقلال اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأساسي<sup>17</sup> ، وهو نفس المبدأ الذي كرسته المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الأخيرة بقولها : " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم ، بسبب عدم صحة العقد الأصلي "

وبالنتيجة يكون لهذا المبدأ أثرا إيجابيا بانعقاد الاختصاص للمحكم بالفصل في النزاع في حالة عدم صحة العقد الأصلي . لقد كرس المشرع الجزائري مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأساسي، ولم يقل استقلالية اتفاق التحكيم عن أي قانون كما ذهب إليه القضاء الفرنسي لذا يتساءل الأستاذ ايسعد عن عدم اخذ المشرع الجزائري بما طبقه القضاء الفرنسي في مسألة عدم إخضاع اتفاقية التحكيم إلى أي قانون وطني ، اذ يرى في ذلك تسهيل في مهمة المحكم الذي يصبح غير ملزم بالبحث عن قانون يحكم صلاحية اتفاق التحكيم على ان يكون وجود اتفاق التحكيم مؤكدا ولا يتعارض مع النظام العام الدولي ، لذ ا فان ما ذهب إليه المشرع الجزائري فإنما هو في الحقيقة تكريس للمذهب الليبرالي في مجال التحكيم التجاري الدولي

### 2.3- مبدأ الاختصاص بالاختصاص :

**أولاً: مضمون مبدأ الاختصاص بالاختصاص :** ويقصد بمبدأ الاختصاص بالاختصاص هو أن يختص المحكم بتحديد اختصاصه والنظر في المنازعات، بل حتى تحديد نطاق سلطته وتقرير فيما إذا كان النزاع صحيحاً أم لا . ونتيجة لذلك لو أعترض أحد أطراف النزاع بعدم اختصاص محكمة التحكيم في الفصل في النزاع أو بعدم وجود اتفاق يشير اللجوء إلى التحكيم فإن الذي يفصل في ذلك هم المحكمين أنفسهم وليس للمحكمة القضائية أن تفصل في مسألة اختصاص المحكمين وهذا ما يؤدي إلى أبرز فعالية التحكيم كوسيلة ضامنة لحسم منازعات الاستثمار من خلال السرعة في حسم المنازعات بعيداً عن طريق المماطلة وإضاعة الوقت ، وبالتالي فإن هذا المبدأ ينطوي في الحقيقة على جانبين: إيجابي يهدف للاعتراف للمحكم بسلطة الفصل في مسألة اختصاصه، وجانب سلبي يمنع القضاء الوطني من النظر في مسألة الاختصاص حتى يفصل فيها المحكم بالأولوية<sup>18</sup> .

ولقد أثبتت التجربة أن عدم تبني هذا المبدأ وإعماله يفقد التحكيم فعاليته ، فالسلطة التي تتمتع بها المحكمة التحكيمية تجد تبريرها في أن إثارة عدم اختصاصها أمام المحاكم الوطنية كانت تسبب في الماضي كثيراً من الاضطراب في إخضاع الطرفين للتحكيم ، تنفيذاً لاتفاق التحكيم مما يصيب نظام التحكيم بالضعف .

والواقع أن هذا المبدأ يلتقي مع مبدأ الاستقلالية لاعتبار هذا الأخير يلغي ويستبعد أي تأثير مباشر على اتفاق التحكيم وبالتالي على اختصاص المحكم بالاستناد إلى أن العقد الأصلي أصابه البطلان أو الانقضاء ، أي كان سببه وطبيعته ، كما أن هذا المبدأ يسمح بالفصل في مسألة إنكار اختصاص المحكم المستند على عدم فعالية العقد محل المنازعة .

ورغم هذا الارتباط إلا أن المبدأين يختلفان من حيث الطبيعة، فبينما يتعلق مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بمسألة موضوعية فإن مبدأ اختصاص المحكم يتعلق بمسألة إجرائية، وعلى هذا فإن أساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص هو النص القانوني الذي يكرسه في دولة مقر التحكيم أو في قوانين الدول المحتمل عرض حكم التحكيم الصادر عن المحكم والذي يفصل في مسألة اختصاص هذا الأخير للاعتراف به أمام محاكمها .

**ثانياً: الأساس القانوني للمبدأ** بالنسبة للاتفاقيات الدولية المختصة بالتحكيم فقد أقرت بعض هذه الاتفاقيات مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه. لذلك نجد أن الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 قد أشارت إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص في نص المادة/5 ف 3 من الاتفاقية فقد نصت على أنه " مع التحفظ لجهة المراقبة القضائية اللاحقة المحددة بموجب قانون القاضي فإنه يقضي على المحكم المطعون بصلاحيته إلا يتخلى عن القضية ، وهو له سلطة تقرير اختصاصه وتقرير صحة اتفاق التحكيم أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءاً منه"

يبدو لنا من نص الاتفاقية أعلاه قد أرادت تقرير مبدأ الاختصاص بالاختصاص وجعلته مبدأ إلزامياً على المحكم إذ أوجبت عليه عدم التخلي عن الدعوى عند المنازعة في اختصاصه. كما أشارت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965 على مبدأ الاختصاص بالاختصاص وذلك في نص المادة/1 ف 1 منها.

أما بالنسبة لقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 قد أشار إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص وذلك في نص المادة 16 /ف 1 حيث أشارت على أنه : " يجوز لمحكمة التحكيم أن تفصل في اختصاصها بما في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود أو صحة اتفاق التحكيم...."

وقد أشارت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 15 جانفي 1999 بأنه: " يترتب على مبدأ صحة شرط التحكيم الدولي... إن المحكم يقضي في شأن مدى اختصاصه، وأن قضاء الدولة غير مختص بصفة أساسية في شأن صحة شرط التحكيم" <sup>19</sup>

لقد استغل المشرع الجزائري إصدار قانون الإجراءات المدنية والإدارية ليعيد النظر في بعض قواعد التحكيم التجاري الدولي منها ما يتعلق بمبدأ عدم اختصاص القضاء الوطني بالفصل في النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق التحكيم معترفاً بذلك للانتقادات الموجهة لنص المادة 458 مكرر 8. <sup>20</sup> فقد نص القانون الجديد على عدم اختصاص القاضي الوطني حتى قبل الشروع في إجراءات تشكيل المحكمة التحكيمية .

ومن هنا يمكننا القول أن المشرع الجزائري تبع المشرع الفرنسي، ولكنه لم يعتمد فكرة البطلان الظاهر، بل اعتمد على فكرة الوجود الشكلي بناءً على المادة 1040 التي تشترط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم دون البحث في مدى توفر الأركان المادية لهذا الاتفاق، وبالتالي فإن هذه الرقابة هي رقابة سطحية، لأنها تتعلق بالوجود الشكلي لاتفاق التحكيم وان الرقابة الشاملة مؤجلة إلى ما بعد صدور حكم التحكيم الأولي الفاصل في الاختصاص أو الحكم الفاصل في الموضوع، إذا رأت هذه الأخيرة أن مسألة اختصاصها مرتبطة بموضوع النزاع .

وعليه يمكن القول أن ((مبدأ الاختصاص بالاختصاص)) ينسجم مع فعالية التحكيم كوسيلة لحسم منازعات الاستثمار ويأتي متماشياً مع سرعة الإجراءات التي تعتبر من أسباب اللجوء إلى التحكيم وخصوصاً في عقود الاستثمارات حيث أن إعطاء فرصة الطعن في اختصاص المحكمين أمام القضاء سوف يتعارض مع الميزة التي يتمتع بها التحكيم في السرعة في حسم المنازعات. وكذلك أن تقرير مبدأ الاختصاص بالاختصاص يقطع الطريق بوجه الطرف الذي يحمل سوء النية والذي يهدف إلى تعطيل إجراءات التحكيم فيما لو أجاز له الطعن في اختصاص المحكمين أمام القضاء .

### 3-3: عدم قبول دفع الدولة للتحلل من التحكيم

يقصد بذلك أن الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها لا يمكن أن تدفع بعدم أهليتها لإبرام اتفاق التحكيم حتى تمنع أو تتخلص من اتفاق التحكيم مع المستثمر الذي سبقت وأن وافقت عليه بإرادتها .

ويذهب رأي في الفقه أن مبدأ عدم قبول دفع الدولة أو الأشخاص المعنوية التابعة لها بعدم أهليتها للتحكيم بعد موافقتها على اللجوء إلى التحكيم يعتبر من المبادئ المستقرة في التحكيم الدولي <sup>21</sup>.

وقد أجازت أغلب التشريعات للدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها بأن تكون طرفاً في اتفاق التحكيم. <sup>22</sup>

كما أشارت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 على أهلية الأشخاص المعنوية العامة في اللجوء إلى التحكيم وهذا ما أشارت إليه نص المادة الأولى ف 1 من الاتفاقية، وأخذت نفس الاتجاه اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار لسنة 1965 وذلك في نص المادة 25 من الاتفاقية فقد أشارت إلى أهلية الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها في اللجوء إلى التحكيم.

و عليه يمكن القول أن عدم قبول دفع الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها بعدم أهليتها للتحكيم سوف يجعل من التحكيم ذو فعالية كبيرة لحسم منازعات الاستثمار، والوقوف بوجه ممانعة الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها، من التمسك ببطلان اتفاق التحكيم للتهرب من اللجوء إليه، بحجة أن قانونها الوطني لا يجيز لها التحكيم في عقود الاستثمار وهذا يعد ضمانة مهمة للمستثمرين الذين يتعاقدون مع الدولة الجاذبة للاستثمار أو الأشخاص المعنوية التابعة لها.

## دراسة تطبيقية لعدم قبول دفع الدولة للتدخل من التحكيم :

يتعلق الأمر المنازعة رقم ARB/03/08 المرفوعة من طرف الكونسورسيوم الايطالي L.E.S.I.- Consorzio Groupement DIPENTA ضد الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الممثلة من طرف وزارة الموارد المائية، بشأن النزاع الذي نشأ عن فسخ الصفقة المبرمة بين الوكالة الوطنية للسدود ANB وبين المدعية الكونسورسيوم الايطالي L.E.S.I.-DIPENTA حول انجاز سد "كدية أسردون" بولاية البويرة وتسوية النفقات المحققة وتعويض عن القاعدة التقنية المنجزة .<sup>23</sup>

و الأهم ما جاء في هذا حكم تحكيم الصادر عن بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، المكونة من الرئيس الأستاذ بيار ترسي، وأندري فوراز وإمانويل جايار بصفتهم محكمين، التي أعلنت بعدم اختصاصها بسبب انعدام الصفة التقاضي في المدعية، هو موقف القانوني للمحكمة إزاء دفع الأطراف من خلال وقائع القضية إلى جانب ما احتوى الحكم من تفاصيل قانونية هامة، وكذلك تعرض الحكم لدراسة الوصف القانوني للصفقة في ظل وجود اتفاق ثنائي بين الجزائر وإيطاليا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 18 مايو سنة 1991 المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91-346 المؤرخ في 5 أكتوبر سنة 1991، الأمر الذي لا يخلو من فائدة علمية في بحث حول موضوع الصفقات العمومية والاستثمار الأجنبي المباشر. حيث يتناول هذا الحكم كافة التفاصيل القانونية الإجرائية والموضوعية التي تصدت لها المحكمة.

حيث تتلخص الوقائع في أن الوكالة الوطنية للسدود بصفتها صاحبة المشروع المنتدب أعلنت بتاريخ 14 سبتمبر 1992 عن طلب العروض لاجاز سد "كدية أسردون" بولاية البويرة، وكان بين المشاركين فيها المدعية، حيث أصدرت الوكالة الوطنية للسدود في أكتوبر 1993 قرار منح الصفقة إلى المدعية بأجل انجاز خمسون (50) شهر، تحت شرط موافقة هيكل المراقبة المالية على الصفقة، وأمرت الوكالة المدعية ببدء الأشغال يوم 20 ديسمبر 1993 وبتاريخ 31 ديسمبر 1996 تم إدراج في الصفقة بموجب ملحق رقم 01 بند الرسم على قيمة المضافة وقد ابرم ما بين فترة 4 أكتوبر 1997 إلى 02 نوفمبر 1997 اقتراح ملحق رقم 02 الخاص بالرسم على القيمة المضافة ، وبتاريخ 28 أكتوبر 1997، حسب ما جاء في عريضة المدعية، قامت الوكالة بتبليغها بأمر وقف الأشغال الذي يسري ابتداء من الفاتح نوفمبر 1997

أودعت الدولة الجزائرية بتاريخ 5 مايو سنة 2004 مذكرة للرد حول الاختصاص مع التمسك بما جاء في كتابتها السابقة، وأهم ما جاء فيها: أن محكمة التحكيم غير مختصة للفصل في النزاع لكون أن دعوى الحال لا تتوفر على الشروط المقررة في المادة 25 فقرة الأولى من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 حتى تتدخل في نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار .

ناقشت محكمة التحكيم طلبات ودفع الأطراف على أساس المبادئ الذي يحكم النزاعات الخاضعة للمادة 25 الفقرة الأولى من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى وهي: إذا كان النزاع ذات الطابع القانوني، وإذا كان متصل اتصالا مباشرا بأحد الاستثمارات، وإذا نشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، وإذا وافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز. وفي هذا الإطار سنبرز موقف محكمة التحكيم دون ذكر مناقشات الأطراف حول كل مسألة.

ت- موقف محكمة التحكيم :

1/ هل النزاع ذا طبيعة قانونية؟ : حيث توصلت محكمة التحكيم أن النزاع يتعلق بالتزام تعاقدية بحيث تدعي الطالبة أنها تضررت بفعل فسخ الصفقة وتطالب بتعويض هذا من جهة، ومن جهة لا تنازع المدعى عليها في طلب التعويض لكن يبقى مبلغ المطالب به محل نقاش، ومنه لا يتعلق موضوع النزاع بمسائل سياسية أو اقتصادية وبالنتيجة فإن الخلاف ذو طابع قانوني.

2/ هل يتعلق النزاع باستثمار؟ : حيث اعتبرت المحكمة لاعتبار العقد استثمار في مفهوم الاتفاقية واشنطن لسنة 1965 لتسوية منازعات الاستثمار يجب توفر ثلاثة شروط :

(أ) يجب على المتعاقد أن يقوم بمساهمة في البلد المعني،

(ب) أن تبقى هذه المساهمة لمدة معينة،

(ت) و أن يتحمل الشخص الذي يقوم به الخطر أو بتعبير آخر تحمل التبعة .

ولا يشترط بالضرورة استحابة بالخصوص للترقية الاقتصادية للبلاد وهو شرط صعب تحديده وهو ما توفره الشروط الثلاث بصفة ضمنية . أما موقفها فيما يخص إذا كان النزاع مع الدولة : فإن محكمة التحكيم ترى أنه من خلال وثائق الملف هناك عنصر يبين أن الدولة لها تدخل غير مباشر في عملية التفاوض، وتؤثر في قرارات الوكالة الوطنية للسود ولعب دور في تلاشي العلاقة التي كانت بين المستثمر والوكالة، ومنه لا يمكن استبعاد عنصر تدخل الدولة وبالنتيجة فإن النزاع يتعلق بين المدعية والدولة في مفهوم الاتفاقية.

كما أن موقف محكمة التحكيم حول موافقة الدولة كتابة على طرح النزاع على المركز: فالمسألة مرتبطة بتفسير الاتفاق الثنائي المبرم بين الجزائر وإيطاليا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 18 مايو سنة 1991 حيث أن موافقة الدولة الجزائرية لاختصاص قضاء المركز كالعنصر الوحيد الذي يؤسس اختصاص محكمة التحكيم مرتبطة بمفهوم الاستثمار. حيث ان تعريف الاستثمار الوارد في الاتفاق الثنائي هو تعريف عام وجاء بتعبير واسع : " كل عنصر من الأصول مهما كان نوعه، وكل إسهام نقدي أو عيني أو خدمات، مستثمرة أو أعيد استثمارها، في كل قطاع نشاط اقتصادي مهما كان نوعه". وتعمد أطراف الاتفاق إلى تقديم صيغة واسعة لمفهوم الاستثمار تغطي، حسب رأي محكمة التحكيم، المعنى العام المقدم عادة للمصطلح عند تفسير الاتفاقية.

## 5- الخاتمة:

في ظل الاهتمام الدولي بموضوع الاستثمارات الدولية المتضمنة في الغالب عنصرا أجنبيا ، الامر الذي انتج اشكالات قانونية معقدة بات الامر ضروريا للبحث عن اليات من شأنها يمكن تحديد ضوابط استناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع أو على شكل المعاملة الدولية ، وبالأخص على موضوع التحكيم الذي اختاره الاطراف ، وبالنتيجة اقتناع التشريعات الوطنية بالنظرية الحديثة في مجال المال والأعمال، وهي أن التحكيم التجاري الدولي في نطاق التجارة الدولية والاستثمار يعتبر قضاء أصيلا في الاختصاص بالفصل في منازعاتها ، وليس استثناء على القضاء الداخلي ، لأنه صار أمرا ضروريا لا مناص منه .

ان التخطيط لتسوية المنازعات التي قد تنشأ في اتفاقيات تشجيع الاستثمار والحماية المتبادلة له ، أصبح أمر ضروري لنجاح هذه الاتفاقيات ، فالأطراف بحاجة منذ البداية في حاجة إلى وضع خطة مستقبلية في معالجة النزاعات التي قد تنشأ من صياغة اتفاقياتها ، واختيار آليات تسويتها بالطريقة التي يرغبونها والأشخاص الذين يتولون إدارتها ، ولا شك أن المعرفة بهذه المسائل والاتفاق على وضع الحلول لها باتفاق الأطراف منذ البداية تعني الفرق بين النجاح والفشل لأي مشروع من مشاريع التجارة الدولية .

وإذا كان هناك نجاح إلى حد ما قد تحقق بالفعل باعتماد نظام التحكيم ، حيث أصبحت هناك تشريعات وطنية صدرت حديثا تحمل قواعد موضوعية خاصة بمنازعات التجارة الدولية والاستثمار ، واتفاقيات دولية أبرمت لهذا الغرض وتقنيات لما هو سائد من أعراف وعادات التجارة الدولية تمت بواسطة المؤسسات المعنية، فأصبح بالتالي تأكيد وجود نظام تحكيمي تجاري دولي ، خاص بمجتمع التجار ورجال الأعمال ، ووجب توحيدده على غرار التوحيد - النسبي - لضوابط الاسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على المعاملات التجارية الدولية .

## نتائج الدراسة:

- ان التطورات المتسارعة للاستثمارات الدولية والمتغيرات الحاصلة بشأنها تحتمل بعض المظاهر الإيجابية اتجاه الدول النامية بالخصوص ، من بينها تنامي الوعي بالمقتضيات التي تلقى بظلالها على التشريعات الوطنية، لاسيما في الأنشطة التجارية والاقتصادية. حيث إن الأنظمة الاقتصادية متداخلة فيما بينها وغير مستقلة، بفعل ظاهرة الاعتمادات المتبادلة ، ذلك لان القوانين التي تنظمها لا يمكنها أن تنتكر لبعضها بعضا، وأول ما يمكن تسجيله هنا، كمعطى صحي في حق عملة القانون الليبرالي ، هو التلاقح القانوني فيما بين الأنظمة القانونية، وبالتالي لا يمكن أن يتطور قانون بمعزل عن القوانين الوطنية الأخرى، أو بمعزل عن القانون الدولي - أحكام التحكيم نموذجاً - وبالتالي فأحكام التحكيم التجاري الدولي يشكل مجالا خصبا لمسالة توحيد القوانين .
- مع تطور السياسة التشريعية لمعظم الأنظمة القانونية والتي أصبحت تشجع التحكيم في نطاق العلاقات الاستثمارية الدولية تماشيا مع التطورات التي لحقت بهذه الأخيرة، حلّ مفهوم جديد لتجارية التحكيم، حيث أصبح يكفي في ظل تلك الأنظمة أن تتعلق المنازعة بتبادل قيم اقتصادية ، حتى يكون التحكيم تحكيما تجاريا دوليا، فالتجارة الدولية تتسع لتشمل كل العلاقات الاقتصادية التي تهدف إلى إنتاج أو تحويل و تداول للبضائع أو أداء للخدمات والتي تتجاوز حدود الدولة الواحدة .
- اقتناع الدول بضرورة الحد من احتكارها في إنتاج القواعد القانونية " بعدما اعترفت قوانينها الوطنية للأطراف بجرية واسعة في تنظيم عقودهم ، مما نتج عنها ان التحكيم التجاري الدولي يتمتع بوزن حقيقي وواقعي يفوق بالضرورة وزن النصوص القانونية الوطنية وفي كثير من الحالات .

## توصيات :

- إن السمة الدولية للعقود التجارية تقتضي من الدول وضع قواعد قانونية موحدة في إطار مشروع توحيد القوانين المدنية و التجارية و السعي الى إزالة العقبات التي قد تتولد عن دولية المعاملات التجارية .
- نظرا للسلطات والصلاحيات التي يتمتع بها المحكم فإن أخلاقيات التحكيم يجب أن تجمع بين مجموعة من القيم والسلوكيات التي يجب على الجهات الفاعلة المختلفة المشاركة في الإجراءات أن تحترمها ، أو أن تكفل احترامها، من أجل حماية التحكيم في منازعاتها، أي كفالة آلية عدلية بديلة متكاملة و يمكن لمن يلجأون إليها أن يثقوا بها.
- انّ التحكيم التجاري الدولي هو تعبير عن المبادئ الرامية إلى إيجاد عالم حر، ويمثّل أيضا حرية الاختيار فيما يتعلق بطريقة تسوية المنازعات، فنوصي بجعله مقابلا للعدالة التي توفرها الدولة، لأنه ينبغي ببساطة أن يفهم على أنه شكل من أشكال التسوية القانونية للمنازعات يحترم حرية المجتمعات التجارية والقوانين الوطنية، ويتيح لهم، ضمن ما يتيح، اختيار القاضي، وهو عنصر أساسي من عناصر الثقة التي تبني عليها الممارسة التجارية وطنية كانت أم دولية .

## 6- المراجع:

### باللغة العربية :

#### 1 - كتب

- أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية: دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001،

- أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1981،

- الأحمد عبد الحميد موسوعة التحكيم - التحكيم الدولي - دار المعارف، القاهرة 2002

- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 1، 2006

- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1992،

- سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004،

#### 2 - ملتقيات :

- أحمد محمد الهواري، موقف التشريعات العربية من الاتجاهات الحديثة في التحكيم، ورقة مقدمة ضمن المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي الامارات 2016.

- عائض سلطان البقمي، تسوية المنازعات الدولية في النفط والغاز ورقة مقدمة في المؤتمر السنوي الحادي والعشرين الطاقة بين القانون والاقتصاد يومي 20 - 21 ماي 2013 الإمارات العربية المتحدة.

#### 3- أطروحات :

- قبائلي الطيب التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الاخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، جامعة تيزي وزو، سنة 2012

- دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، حدادن طاهر، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو : 2012.

أحمد عبد الغفار، " التحكيم في منازعات البترول والغاز والطاقة"، مركز الاسكندرية للتحكيم الدولي والوسائل البديلة لحل المنازعات، الإسكندرية مصر، 6 نوفمبر 2013، منشور على الموقع الالكتروني التالي:

<https://www.facebook.com/Aiacadr/posts/765948410098531>

- عبد الرحمان خلفي، "التحكيم التجاري الدولي في عقود البترول (مع الإشارة إلى التشريع الجزائري)" مداخلة مقدمة في المؤتمر السنوي الحادي والعشرين تحت عنوان " الطاقة بين القانون والاقتصاد" كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنظم يومي 20/21/ ماي 2013، ص 1398، وما يليها. منشور على الموقع الالكتروني التالي:

ميره-2020%الرحمان20%-20%عبد/.../slconf.uaeu.ac.ae/

### باللغة الاجنبية

#### Livres

-Terki Noureddine : L'arbitrage commercial international en Algérie O.P.U, Alger, Algérie , 1999

- Issad. M : Droit international privé. Les règles matérielles, OPU, Alger, 1983

-Mohamed Bedjaoui et Ali Mebroukine « Le nouveau droit de l'arbitrage en Algérie clounet 1993

عزالدين بوجلطي

## Thèse

- Mahdi Haroun : le régime des investissements en Algérie a la lumière des conventions franco-algériennes thèse doctorat LITEC PARIS 2000

## Revues

Trari-tani Mostefa : Autonomie de l'entreprise publique et arbitrage commercial en Algérie ,Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques . volume XXXIV , N 02 ,1996, Séminaires

-Ali BENCHENEB" La conciliation et la médiation en droit des affaires internationales " In « les modes alternatifs de règlement des conflits, colloque de l'Université d'Alger des 6 et 7 mai 2014

- MABROUKINE (Ali) : Quelques remarques à propos de l'institution d'une cour d'arbitrage au sein de la chambre nationale de commerce (CNC) Actes du séminaire sur l'arbitrage commercial organisé par la chambre nationale du commerce , Alger , 14 et 15 décembre 1992 , ed chambre nationale du commerce, pp 149-170

## 7-الهوامش:

1 تتحدد جنسية الأطراف في التشريع الجزائري وفقا لقانون الجنسية فنجد المادتان 06 و 07 متعلقتان بالجنسية الأصلية ، في حين المادتان 08 و 09 متعلقتان بالجنسية المكتسبة . ويتحقق هذا الأمر سواء في علاقة الأشخاص الطبيعيين ألعباريين

2 أما من حيث المكان لقد أشارت المادة 18 من القانون المدني الجزائري إلى إخضاع موضوع العقد لقانون المكان الذي وقع فيه إبرام العقد بقولها : " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي ينبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر "

3القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي أشار صراحة في المادة 975 إلى إمكانية اللجوء إلى التحكيم كأحد الوسائل البديلة من طرف الدولة أو الولاية أو البلدية أو أحد المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية في مجال الصفقات العمومية أو في حالة الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر. كما أشار أيضا في المادة 1006 إلى جواز طلب التحكيم من طرف الأشخاص المعنوية العامة في إطار علاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية. أما قانون الصفقات العمومية الجديد المرسوم الرئاسي 15-247 لسنة 2015، وفي إطار التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن التنفيذ مع المتعامل الأجنبي أخضع لجوء المصالح المتعاقدة إلى التحكيم إلى بعض الضوابط التي استحدثت بموجبه ،و سنفصل هذه النقطة في الجزء الثاني من هذا المقال أين نبين تطور موقف المشرع الجزائري في تبني التحكيم التجاري الدولي بين قانون الإجراءات المدنية و الإدارية من جهة، وقانون الاستثمار من جهة ثانية بالإضافة إلى بعض الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف المتعلقة بالحماية المتبادلة لترقية التجارة و الاستثمار.

4 Ali BENCHENEB « Toute opération économique transfrontière est susceptible de déboucher sur un contentieux. Compte tenu des incertitudes qui pèsent sur la détermination de la compétence juridictionnelle internationale directe et de celles inhérentes au contentieux de l'exequatur des jugements étrangers, le mieux est donc de prévoir le mode de règlement des différends par une clause appropriée pour le cas où surviendrait un litige durable entre les parties à un contrat donné »: La conciliation et la médiation en droit des affaires internationales " In « les modes alternatifs de règlement des conflits, colloque de l'Université d'Alger des 6 et 7 mai 2014

5 أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، 1981، ص 76

6 فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1992، ص 17

7 لمزيد من التفاصيل بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 1، 2006، ص 398.

8 من بين تلك الاتفاقيات اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بالقرارات التحكيمية و تنفيذها المعتمدة من مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك المؤرخة في جوان 1958، المصادق عليها بالمرسوم رقم 88/233 الموافق ل 05 نوفمبر 1988، كذلك اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول

- الأخرى بواشنطن والموقعة في 18 مارس سنة 1965 المصادقة عليها بالمرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ 30 أكتوبر 1995 ، ج ر عدد 66 ، سنة 1995
- 9 نقلا من أطروحة دكتوراة في العلوم قبايلي الطيب " التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن " ، جامعة تيزي وزو ، سنة 2012 ، ص 15 ، نقلا عن : د: عبد الحميد الأحمد موسوعة التحكيم -التحكيم الدولي - دار المعارف، القاهرة 2002
- 10 حيث كانت المادة 18 من القانون المدني الجزائري قبل تعديلها تنص في فقرتها الأولى على أنه: " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي ينبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر". وهي نفس الفكرة في القانون المدني المصري في المادة 19 حيث نصت على أن : " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا تحدا موطناً فإن اختلفا موطناً سري قانون الدولة التي فيها العقد
- 11 تنص المادة 1050 ق ا م ا : " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وفي حالة غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة "
- 12 أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية: دراسة تحليلية تأسيسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 321
- 13 أحمد عبد الغفار، " التحكيم في منازعات البترول والغاز والطاقة"، مركز الاسكندرية للتحكيم الدولي والوسائل البديلة لحل المنازعات، الإسكندرية مصر، 6 نوفمبر 2013 ، منشور على الموقع الإلكتروني التالي: <https://www.facebook.com/Aiacadr/posts/765948410098531>
- 14 عبد الرحمان خلفي، "التحكيم التجاري الدولي في عقود البترول (مع الإشارة إلى التشريع الجزائري)" مداخلة مقدمة في المؤتمر السنوي الحادي والعشرين تحت عنوان " الطاقة بين القانون والاقتصاد" كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنظم يومي 20/21/2013، ص 1398، وما يليها. منشور على الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.sicconf.uaeu.ac.ae/.../> -20%عبد20%الرحمان20%ميرد-2
- 15 المرسوم الرئاسي 13-270 مؤرخ في 24 جويلية 2013 يتضمن التصديق على مذكرة تفاهم وتعاون مع اسبانيا في مجال الطاقة الموقعة بالجزائر في جانفي 2013 ج ر عدد 38 لسنة 2013 للإشارة فان مذكرة التفاهم لا تشكل التزاما لأبي من الموقعين لتخصيص معاملة تفضيلية للموقع
- 16 Issad. M : Droit international privé. Les règles matérielles, OPU, Alger, 1983 p21
- 17 سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 189
- 18 إذا كان الجانب الأول المتعلق بالأثر الإيجابي مكرس في جل القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية فان الجانب الثاني الخاص بالأثر السلبي يشكل إلى حد الساعة خصوصية فرنسية كرسها محكمة النقض الفرنسية عن طريق منح أولوية الفصل في مسألة الاختصاص للمحكم تحت الرقابة القضائية اللاحقة بمناسبة رقابة البطلان او التنفيذ
- 19 كريم تعويلت : رقابة القاضي على اختصاص المحكم بين مقتضيات الفعالية وضرورة الرقابة مداخلة للملتف الوطني منظم بجامعة تيزي وزو يومي 08-09 ماي 2014 : التحكيم التجاري الدولي
- 20 لان تفسير هذه المادة يؤدي بنا الى القول انه في الحالة التي تكون فيها دعوى التحكيم غير مغلقة لا تشتت مبالاة صحة اتفاق التحكيم لتطبيق القاعدة المذكورة لانه حتى ولو كان هذا الاتفاق صحيح فهذا لا يمنع المحكمة القضائية من التصدي لموضوع النزاع
- 21- د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مصدر سابق، ص 405
- 22 نجد أن قانون الاستثمار العراقي قد أشار في نص المادة- 27 ف 5 على أنه : " المنازعات الناشئة بين الهيئة أو أي جهة حكومية وبين أي من الخاضعين لأحكام هذا القانون في غير المسائل المتعلقة بمخالفة أحكام هذا القانون تخضع للقانون والمحاكم العراقية في المسائل المدنية ، أما في المنازعات التجارية فيجوز للأطراف اللجوء للتحكيم ،على أن ينص على ذلك في العقد المنظم للعلاقة بين الأطراف"
- أما القانون المصري فنجد أن قانون التحكيم المصري قد أشار إلى أهلية الدولة والأشخاص المعنوية العامة التابعة لها في إبرام اتفاقات التحكيم ،وذلك في نص المادة الأولى من هذا القانون. أما القانون السعودي فأن نظام التحكيم السعودي لم يميز في الأصل للدولة أو هيئاتها الحكومية العامة اللجوء إلى التحكيم ولكنها استثنت من ذلك في حالة الموافقة من رئيس مجلس الوزراء وأيضا في حالة تعديل الحكم المتقدم بقرار مجلس الوزراء.
- أما القانون الفرنسي فلم يشر قانون المرافعات الفرنسي إلى نص بشأن أهلية الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها في اللجوء إلى التحكيم . وبالرغم من أن المادتين 1004 و 83 من قانون المرافعات الفرنسي القديم لم يميز للدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها في اللجوء إلى التحكيم ، إلا أننا نجد أن القضاء الفرنسي قد

قرر من دون نص يستند إليه بحصر منع الدولة أو هيئاتها العامة، في الاتفاقات التحكيمية الداخلية، بحيث لا يمتد المنع للدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها إلى الاتفاقات التحكيمية الدولية

23 CRDI n°ARB/03/08 Sentence du Tribunal Arbitral [Pierre Tercier (Président), André Faurès (Arbitre), Emmanuel Gaillard (Arbitre)], le 27/12/2004, Consorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA c/ République Algérienne Démocratique et Populaire. 42 pages.

مع الإشارة أن المتعامل الايطالي قام بإعادة طرح النزاع مرة ثانية أمام نفس المحكمة تحت التسمية LESI ,Sp.a and Astaldi, S.p.a و صدر فيها قرار تحت رقم ARB/05/03 بالرفض. أنظر إلى الرابط الآتي:

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/05/3>