بسم الله الرحمن الرحيم

جمهورية السودان

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة شندي

كلية الدراسات العليا والبحث العلمي

قسم القانون

تسوية منازعات الاستثمار

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص

إعداد الطالب:

محمد الماحي صالح أحمد

إشراف البروفيسور:

عمر الجيلاني الأمين حماد

1440هـ - 2019م

إستهلال

قال تعالى:

﴿ وَأَطِيعُواْ اللّهَ وَرَسُولَهُ وَلاَ تَنَازَعُواْ فَتَفْشَلُواْ وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ وَاصْبِرُواْ إِنَّ اللّهَ مَعَ الصَّابِرِينَ ﴾

سورة الأنفال: 46

إهداء

أهدي ثمرة هذا البحث إلى من أحمل اسمهم بكل افتخار أبي العزيز

إلى معنى الحب والحنان والتفاني ، إلى بسمة الحياة وسر الوجود إلى من كان

دعائها سر نجاحنا ، وحنانها بلسم جراحنا ،،،

أمي الغالية

إلى أخواني وأخواتي .. جعلهم الله لي سندا في هذه الحياة

إلى أصدقائي

أهديكم جميعاً ثمرة هذا البحث

شكر وعرفان

الشكر لله عز وجل علي جليل نعمائه ان وفقني لإتمام هذه الرسالة ' والشكر من بعد لذلك الصرح الشامخ جامعة شندي والشكر موصول لكلية الدراسات العليا بالجامعة منارة العلم والمعرفة والبحث العلمي كما اتقدم بالشكر والتقدير للبروفيسور/عمر الجيلاني الامين حماد المشرف علي هذه الرسالة لسعه صدرهـ وصبرهـ ونصحه الدائم وتوجيهاته القيمة ، وأخص بالشكر الدكتور/احمد المصطفي محمد صالح لتشجيعه ووقوفه بجانبي وتقديم النصح والارشاد . كم أشكر كل من شجعني لمواصلة الدراسة من أسرتي الكريمة والاخوة الاعزاء والزملاء في العمل وخارج العمل.

والي كل الباحثين عن العدالة في اي مكان ...

مستخلص البحث

يهدف البحث إلى تسليط الضوء على تنسيق سلطات ومجهودات أجهزة الدولة التنفيذية والتشريعية والقضائية من أجل العمل بإنسجام في إطار فني وقانوني منظم للإستثمار.كمايهدف إلى تعريف واقعة المنازعة الإستثمارية ومعيار التفرقة بينها وبين المنازعات الأخرى. وأيضاً تغيير النظرة القائمة من الدول الغربية على عدم مقدرة المحاكم الوطنية المضيفة للإستثمار بتسوية منازعات الإستثمار.

تعتمد الدراسة على المنهج العلمي الحديث الذي يجمع بين التحليل والوصف بإعتباره أقرب مناهج البحث العلمي القانوني الحديث، حيث يتيح لنا عرض البيانات أفقياً ثم رأسياً والتحليل الدقيق.عقد مقارنة بين القانون السوداني وقوانين الدول العربية إضافة للإتفاقيات المعنية بموضوع الدراسة.

وتوصلت الدراسة إلى نتائج أبرزها الطبيعة المركبة للاستثمار فهو يؤثر ويتأثر بالقواعد القانونية والعوامل الاقتصادية لكل دولة لذا كان موضوع اهتمام رجال القانون والاقتصاد.كما ان قانون الاستثمار يفترض ان يأتي منسجماً ومطبوعاً بتلك الطبيعة. فتلعب في تكوينه واثاره قواعد القانون الخاص والعام وقواعد القانون الداخلي والدولي. كماتبين لنا أن أشكال أتفاق التحكيم يكون على شكلين هما شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، حيث أن أتفاق التحكيم يمكن أن يرد كشرط ضمن بنود عقد الاستثمار وهذا ما يسمى بشرط التحكيم ، أو يمكن أن يكون في أتفاق مستقلاً عن عقود الاستثمار وهذا ما يسمى (مشارطة التحكيم).

وأوصت الدراسة إلى أن على المشرع العمل على حلا لاشكاليات الحاصلة في مجال الاستثمار بالوسائل القانونية المطابقة للاتفاقيات الدوليةالمبرمة في هذاالمجال .ومعاقبه أي جهة تحاول إعاقة مشاريع الاستثمار بَّأية وَّسيلة كَّانت.

Abstract

The aim of the research is to highlight the coordination of the powers and efforts of the executive, legislative and judicial branches of the state in order to work in harmony in a structured technical and legal framework for investment. It also aims to define the reality of investment dispute and the criterion of distinction between it and other disputes. As well as changing the view of Western countries on the inability of national courts to invest in settling investment disputes.

The study is based on the modern scientific method, which combines analysis and description as the closest scientific research method of modern legal, allowing us to display data horizontally and vertically and accurate analysis. A comparison between the Sudanese law and the laws of the Arab countries in addition to the conventions concerned with the subject of the study.

The study reached the results of the most prominent nature of the complex investment is affected and affected by the legal rules and economic factors of each country so it was the subject of interest of law and economics. The investment law is supposed to come in line with that nature. Its composition and effects are governed by the rules of private and public law and the rules of domestic and international law. It is also clear to us that the forms of the arbitration agreement are in two forms: the arbitration clause and the arbitration agreement, since the arbitration agreement can be made as a condition of the investment contract. This is called the arbitration clause, or it can be in an agreement independent of the investment contracts.(.

The study recommended that the legislator should work to solve the problems in the field of investment by the legal means that conform to the international agreements concluded in this field. And punish any party trying to block investment projects by any means.

مقدمة:

تعد البيئة التشريعية من أهم العوامل الأساسية لتشجيع الإستثمار كضمانة هامة تسعى الدولة لتحسينها، وتمثل قوانين تشجيع الإستثمار إتجاهاً جديداً في بيان مراحل العملية الإستثمارية والإجراءات المطلوبة والمزايا والتسهيلات التي يمكن الحصول عليها وبيان سبل الحماية الموضوعية والإجرائية للإستثمارات الوطنية والأجنبية .

ومن هنا تبرز أهمية وجود قواعد إجرائية موحدة لتسوية منازعات الإستثمار، فغالباً ما تثار هذه المنازعات بين الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب في توفير وسائل محايدة وفعالة لحسم منازعات الإستثمار حافزاً أهم لإقدام المستثمرين على رؤوس أموالهم في دول أخرى، وقد أدت عولمة الاقتصاد إلى عولمة التشريعات، فأبرمت العديد من العقود الدولية في مجال الإستثمار، والتي تهدف إلى تشجيع الإستثمار وجذب رؤوس الأموال، فأقبلت دول العالم المختلفة إلى الإنضمام إليها.

لا شك إن للمنازعات الإستثمارية طابعاً خاصاً يميزها عن غيرها من المنازعات، وهو مايستتبع إخضاعها لنظام قانوني خاص للتقاضي يختلف في بعض جوانبه عن القواعد العامة.

أهمية البحث:

يعتبر في غاية الأهمية من حيث التطبيق الواقعي والقضائي في مسألة الإستثمار، حيث يحدد الجهات المعنية بفض منازعات الإستثمار وبين الطرق التي يتم الإلتجاء إليها لفض منازعات الإستثمار التي شأنها حماية المصالح الخاصة بالمستثمرين في البلاد المضيفة للإستثمار والمستثمرين والوطنيين على حد سواء ،

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى:

1. تنسيق سلطات ومجهودات أجهزة الدولة التنفيذية والتشريعية والقضائية من أجل العمل بإنسجام في إطار فني وقانوني منظم للإستثمار.
2. يهدف البحث إلى تعريف واقعة المنازعة الإستثمارية ومعيار التفرقة بينها وبين المنازعات الأخرى.

3. تغيير النظرة القائمة من الدول الغربية على عدم مقدرة المحاكم الوطنية المضيفة للإستثمار بتسوية منازعات الإستثمار.
4. الوقوف على القواعد المتعلقة بحقوق والتزامات المستثمر .

أسباب إختيار البحث:

1. شدني الموضوع للكتابة فيه لأن الموضوع يجمع بين أهم دعامات قيام الدولة الأولى الاقتصاد الإستثمار والثانية القانون، في الأولى تكون الدولة قوية ولها مركز إقتصادي بين الدول، والثانية تستطيع الدولة صياغة سياستها الخارجية والداخلية من أجل الوصول للدعامة الأولى.
2. غياب نظام قضائي متكامل متفق عليه من جميع دول العالم لفض منازعات الإستثمار نسبة لتعارض مصالح تلك الدول.
3. ظهور تكتلات إقتصادية في الشرق الأوسط وإفريقيا يفرض عليها حتمية إنسجامها مع النظام الاقتصادي العالمي وتشريعاته.
4. الدور المتعاطي الذي تلعبه عقود الاستثمار في سد الفجوه بين الموارد المحلية ومتطلبات التنمية الاقتصادية للدولة والبعد الاقتصادي الدولي للدولة المصدرة لرأس المال وهي تمثل الاولى مصدراً لبناء بنيتها التحتية .
5. الرغبة الجادة من قبل حكومة السودان في تطوير بيئة الاستثمار وجزب المستثمرين الأجانب .
6. معرفة كيف تساوى منازعات الاستثمار .

مشكلة البحث:

1. تزاحم القوانين التي تحكم المركز القانوني لمنازعات الإستثمار وتعدد الجهات المختصة بالإستثمار وصعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق؟
2. ماهو الاستثمار وتطوراته والحكمة من مشروعيته ؟
3. ما انواع الاستثمار ومجالاته وخصائصه ؟
4. ما مفهوم المنازعات الاستثمارية ؟
5. ما انواع الوسائل الودية لحل منازعات الاستثمار ؟

6. كيف تتم تسوية منازعات الاستثمار؟
7. هل القوانين الوطنية تفي بمتطلبات تشجيع وحماية الاستثمار ؟

(قانون التحكيم وقانون الاستثمار ما حد مقدراتهم على جزب رأس المال وتشجيع المستثمرين من خلال التسهيلات المقدمة لهم)

منهج البحث:

1. تعتمد الدراسة على المنهج العلمي الحديث الذي يجمع بين التحليل والوصف بإعتباره أقرب مناهج البحث العلمي القانوني الحديث ، حيث يتيح لنا عرض البيانات أفقياً ثم رأسياً والتحليل الدقيق.
2. عقد مقارنة بين القانون السوداني وقوانين الدول العربية إضافة للإتفاقيات المعنية بموضوع الدراسة.

هيكل البحث

الفصل الأول

ماهية الإستثمار النشأة والتطور والمشروعية .

المبحث الأول : تعريف الاستثمار

المبحث الثاني: تطور تشريعات الإستثمار

المبحث الثالث : مشروعية الاستثمار والحكمة من مشروعيته

الفصل الثاني

أنواع الاستثمار ومجالاته وادواته وضوابطه وخصائصه في المشروعات والانظمة الاقتصادية

المبحث الاول : أنواع الإستثمار

المبحث الثاني: مجالات الإستثمار وادواته وضوابطه وخصائصه في المشروعات و الأنظمة الاقتصادية .

الفصل الثالث

تطبيق النظم القانونية والقانون الدولي في منازعات الإستثمار

المبحث الاول : مفهوم المنازعات الإستثمارية

المبحث الثاني : دور النظم القانونية في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار

المبحث الثالث : تعهد القضاء بالمنازعات كطرف مراقب: تعهد غيرمباشر

الفصل الرابع

مفهوم الوسائل الودية لتسوية منازعات الإستثمار ومصادرها وخصائصها ومميزاتها وعلاقتها بالقضاء

المبحث الأول : مفهوم الوسائل الودية لفض النزاعات

المبحث الثاني: مصادر وخصائص ومميزات الوسائل الودية لحل النزاعات وعلاقتها بالقضاء

الفصل الخامس

أنواع الوسائل الودية لفض منازعات الإستثمار

المبحث الأول: المفاوضات

المبحث الثاني: التوفيق الوساطة والصلح التجاري الدولي

المبحث الثالث:التحكيم التجاري

النتائج

التوصيات

المراجع

الفصل الأول

مفهوم الإستثمار وتطور تشريعاته

المبحث الأول

تعريف الاستثمار

تمهيد:

يتحدد تعريف الاستثمار من خلال بعض التعاريف وكذا بعض الضوابط و المجالات التي ندرجها في ثلاث مطالب وقبل أن نعرف الإستثمار لابد لنا أن نتطرق إلى مدلول كلمة تسوية التي جاءت في عنوان البحث.

التسوية لغة: هي من الفعل سوى بمعنى عدل ووسط فيما بين لأمور، لذلك يقال سويت الشيء، ويقال أيضا رجل سوي الخلق أي مستو ومستقيم – .والتسوية في القانون: هي إجراء يطبق على المدين في حالة التوقف عن الدفع سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا خاضعا للقانون الخاص ولو لم يكن تاجرا وذلك قصد تسديد ديونه.

وكما تطرقنا للتسوية نتطرق إلى مدلول المنازعة :

اولاً: النزاع لغة

نزع الشيء ينزعه نزعاً، فهو منزوع ونزيع[1]، التنازع: التخاصم. وتنازع القوم: اختصموا. وبينهم نزاعة أي خصومة في حق.

وفي حديث: انه صلى الله عليه وسلم صلى يوماً فلما سلم من صلاته قال: مالى انزاع القرآن أى اجاذب في قراءته،وذلك ان بعض المأمومين جهر خلقه فنازعه قراءته فشغله فنهاه عن الجهر بالقراءة في الصلاة خلقة.[2]

[1] ابن منظور الافريقي المصرى،لسان العرب، المجلد الثامن،دارصادر،بيرت،بدونتاريخ،ص349.
[2] نفس المرجع،ص352

ثانياً:مفهوم النزاع في الفقه:-

هو اختلاف ينشأ من إختلاف بين افراد او مجموعه اودول او شعوب اوقارات على فكرة ما، او ظاهرة ما، او اسلوب اوارض ما تكون سبب في التصادم مع الفكر او التراث او الأرض او الوطن او العرض او الشرف او المال، وتتقاطع مع مفاهيم أحد طرفي النزاع المتوقع نشوبة[3].

هناك فرق بين النزاع بمعنىconflict)) والذى عبارة عن متابعة لأهداف متضاربة بواسطه جماعات متعددة تستخدم الوسائل السلمية او العنيفة، والنزاع بمعنى (Dispule) ولذي يدور حول مصالح لذا يمكن التفاوض حول تسويه.[4]

تعريف النزاع الدولي:-

يعرف النزاع الدولى: بأنه الإدعاءات المتناقضة بين شخصين قانونين دوليين، أو اكاثر ومن الناحية العملية فان المنازعات الدوليه هى منازعات بين مصالح دوليه فليس كل نزاع يقوم علي حق مطالب به، وقد تقدم هذه المصلحه على حق ثابت، او إدعاء لايستند على حق[1].

المطلب الأول:تعريف الإستثمار في اللغة:

عرف الإستثمار بأنه مصدر للفعل استثمر، الاستثمار مشتق من الثمر. والاستثمار هو استخدام المال أو تشغيله بقصد تحقيق ثمرة هذا الاستخدام، فيكثر المال وينمو على مدى الزمن.

وبناء على ذلك فان استثمار المال يعني طلب ثمره ، وأصل كلمة إستثمار في اللغة يقال ثمر الشجر ثموراً، ظهر ثمره قبل أن ينضج فهو مثمر ، وشجرة ثمراء: أي ذات ثمر ، والثامر الذي بلغ أوان الإستثمار ونضج ، والمثمر الذي فيه ثمر.[1]

---

[3] أ.د.فاليرى رود بكاتن، دارة المفاوضات، التقدم العلمي، الآدرن،2011م،ص35

[4] د. هويدا صلاح الدين العتبانى، الهويه والتعدد الآثني في الصراع بين شمال وجنوب السودان، مطابع السودان للعمله،الخرطوم 2012م، ص 38

[1] أ.د. سهيل حسين الفتلاوى، تسويه المنازعات الدولية،الذاكرة للنشر،بغداد،2014م،ص 21.

[1] إبن منظور ن لسان العرب ، دار صادر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، د.ت، 107/4.

يقال أثمر الرجل : كثر ماله ، وثمر الرجل ماله : أحسن القيام عليه ، مال ثمر: مال كثير ، وإستثمر المال:ثمره وجعله يثمر، وثمار المال: ماينتجه في أوقات دورية.[2]

وعلى العموم فان هذه الاطلاقات هي أهم معاني لفظ "الثمر"، لكن الأصل فيه عند إطلاقه مجردا :هوحمل الشجر[3] أما إطلاقه على المال فان ذلك من باب المجاز وليس الحقيقة ، وعليه الاستثمار لغة يراد به طلب النمو ،وأما استثمار المال لغة فيراد به طلب ثمر المال الذي هو نماؤه ونتاجه [1] .

وعندما نبحث في المعاجم، نجد أصل كلمة استثمار من جهة التركيب اللغوي هو (ثمر) على تفصيل فيها كما يلي:

•قال الأزهري [2]في تهذيب اللغة: [3]الثَّمر: حمل الشجرة... والثَّمر: أنواع المال... ثم قال: أثمر الرجل: كثُر مالُه، ونقل عن مجاهدٍ أنه قال: ما كان في القرآن من (ثُمُرٍ) فهو المال، وما كان من (ثَمَر) فهو الثِّمار، ويقال ثَمَّر الله مالَك.

• وقال في القاموس المحيط:[4]ثمَّر الرجلُ مالَه: نمَّاه وكثَّره، وأثمر: كثُر مالُه.

• قال ابن فارس في معجم مقاييس اللغة:[5]

---

[2] أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق عبد السلام محمد هرون ، دار الفكر العربي ، بيروت لبنان ، 84/1

[3] سهام بن ساهل :إستراتيجية الاستثمار بولاية بسكرة (مذكرة لنيل شهادة ليسانس في العلوم الاقتصادية ،المركز الجامعي محمد خيضر بسكرة ،1996)ص2

[1] *قطب مصطفى سانو :الاستثمار :أحكامه وضوابطه في الفقه الإسلامي(دار النفائس للنشر والتوزيع ،الأردن ،الطبعة الأولى ،2000)ص ص 15 ،16 .

2 هو أبو منصور محمد بن أحمد بن طلحة الأزهري الهَرَوي الشافعي، وُلِد في هَرَاة سنة 282، اشتغل بالفقه على المذهب الشافعي، وأخذ اللغة عن مشايخ بلده، تُوفِّي أبو منصور سنة 3700 هـ.

3 ط دار الكتاب العربي 83/15.

4 ط مؤسسة الرسالة ص459، وصاحب القاموس هو الإمام اللغوي الشهير مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم بن عمر الشِّيرازي الفيروزابادي، وُلِد بفارس سنة 7299، وحفِظ القرآن وهو ابن سبع سنين، ثم قرأ اللغة والأدب حتى فاق أقرانه، تُوفِّي في زبيد سنة 817.

5 ط/ دار الفكر، ت عبدالسلام محمد هارون 388/1.

)ثمر): الثاء والميم والراء، أصل واحد، وهو شيء يتولَّد عن شيء متجمعًا، ثم يحمل عليه غيره استعارةً... ثم قال: وثمر الرجلُ مالَه: أحسَن القيام عليه، ويقال في الدعاء: (ثَمَّر الله مالَه)؛ أي: نَمَّاه.

ويتلخَّص من مجمل كلامهم السابق أن لفظ الاستثمار أحدُ معانيه يدورُ حول تنمية الرجل ماله والقيام عليه وتكثيره، هذا هو المعنى اللغوي لكلمة الاستثمار.

المطلب الثاني: تعريف الإستثمار اصطلاحا:

يمكن أيضاً أن نعرّف الاستثمار اصطلاحياً على أنه : الإنفاق على الأصول الرأسمالية خلال فترة زمنية معينة ، وعلى هذا الأساس يكون تعريف الاستثمار هو الإضافة إلى أصول المؤسسة وتشمل العدد والآلات والمباني والأثاث ووسائل النقل وطرق الموصلات زائداً الإصلاحات الجوهرية" Significant" التي تؤدي إلى إطالة عمر الآلات وغيرها من الأصول أو إلى زيادة إنتاجيتها فهو بذلك يعتبر الزيادة الصافية في رأس المال الحقيقي للمجتمع .[1]وقد نفهم أيضاً بأن الاستثمار : إرتباط مالي بهدف تحقيق مكاسب يتوقع الحصول عليها على مدى مدة طويلة من الزمن في المستقبل . فالاستثمار بهذا المعنى إذن نوع من الإنفاق ولكنه إنفاق على أصول يتوقع منها تحقيق عائد على مدى فترة طويلة من الزمن وذلك يشابه ما يطلق عليه البعض اصطلاح «إنفاق رأسمالي» تمييزاً له عن المصروفات التشغيلية أو المصروفات الجارية.

أما من جهة معناه في الاصطلاح الفقهي الإسلامي، فهو كذلك لا يخرج عن أن يكون تنميةَ المال وتكثيرَه، والقيام عليه بأوجه مختلفة وأساليب متنوعة من أنواع التجارة المختلفة، كما في عقود المعاملات والشركات ونحوها.

1 قطب سانو :الاستثمار أحكامه وضوابطه في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، الأردن، ط20001 ,م، ص20.

ونجد أيضًا أن المعنى اللُّغوي السابق هو المعنى الاصطلاحي المعاصر لهذه الكلمة؛ أي: إن المرادَ من كلمةِ) استثمار (عند أهل التجارة والمصارف والبنوك التجارية الإسلامية ، هو نفسُ المعنى المراد من هذه الكلمة في اللغة؛ أي: تكثيرُ المالِ وتنميتُه والمحافظة عليه.

وهو المراد أيضًا في البنوك الإسلامية، وهو أمرٌ واضح.[2]

و الاستثمار هو ذلك النشاط الإنساني الهادف الذي يعمل على مضاعفة الخيرات المادية والمعنوية عن طريق توظيف الأموال في المشاريع الإنتاجية التي تراعي أولويات المجتمع في إطار قيم وأخلاقيات الأمة [2] .

[2] 3 نادي القصيم الأدبي، البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق ، دار عالم الكتب، ط/ ص 1677.

[2]* سهام بن ساهل :مرجع السابق ص 2

المطلب الثالث:تعريف الإستثمار في القانون

مثلما لم يجمع الإقتصاديون في وضع تعريف متفق عليه للإستثمار ، كذلك الحال بالنسبة للقانونيين في ذلك أيضاً، حيث تعددت تعريفاتهم للإستثمار دون أن يتفقوا على تعريف محدد له ونعرض بعض التعريفات التي وردت في التشريعات الوطنية والإتفاقيات:

1. **تعريف الجهات الدولية:** عرفه معهد القانون الدولى بأنه:توريد الأموال والخدمات بهدف تحقيق ربح مادي أو سياسي ، ويمكن أن يكون الإستثمار من أموال معنوية.[1]

2.في التشريعات الوطنية: عرف قانون تشجيع الإستثمار السوداني لسنة 1999 تعديل سنة 2003م المال المستثمر في المادة (2/5) منه بالقول: المال المستثمر يقصد به النقد الأجنبي القابل للتحويل ، المحول عن طريق أحد المصارف المسجلة لدى بنك السودان ، الذي يستخدم في إنشاء المشروع أو تشغيله أو تحديثه أو إعادة تعميره أو التوسع فيه .[2]

المطلب الرابع:تعريف الاستثمار في الإتفاقيات الدولية

لقد قامت الاتفاقيات الدولية بمحاولة إعطاء تعريف للإستثمار و لكنها اهتمت بتعريف الإستثمار الأجنبي و هذا ما سيتضح لنا من خلال تناولنا للفروع التالية .

اولا: تعريف الاستثمار في الاتفاقيات الدولية الشاملة :

من أهم الاتفاقيات الدولية التي تناولت موضوع الإستثمار لدينا معاهدة واشنطن لسنة 1965 التي انشىء بموجبها المركز الدولي لحل النزاعات الدولية بين الدول و رعايا دول أخرى في مجال الإستثمار (c.r.d.i) ، و هذه المعاهدة تناولت الإستثمار و لكنها لم تعرفه و ذلك بهدف ضمان المرونة لهذا المصطلح إذ يتوسع

[1] د. عبد العزيز سعد يحي، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1، 2002، ص 21، 22
[2] قانون تشجيع الإستثمار السوداني لسنة 1999 تعديل سنة 2003 ، المادة(2/5)

النص ليشمل أنواع عدة من الإستثمارات ، و عليه نجد أن هذه الاتفاقية تعمدت ترك عملية التعريف لمحاكم التحكيم لتعرفه حسب الحالات المعروضة عليها .

و لدينا أيضا في هذا السياق التعريف الذي جاءت به معاهدة سيول الدولية التي أنشأت الوكالة الدولية للإستثمار و عرفت هذه المعاهدة الإستثمار من خلال المادة 12 و اعتبرت أن عملية الإستثمار تشمل " الاستثمارات الصالحة لضمان حقوق الملكية و القروض المتوسطة او الطويلة الاجل التي يقدمها المشاركون في ملكية المشروع المعين و ما يحدده مجلس الادارة من صور للاستثمار المباشر "

و عليه نجد ان هذه المادة لا تعرف الاستثمارات و انما تصنفها الى:

- استثمارات مباشرة و غير مباشرة

-استثمارات مباشرة بطرق اخرى غير المساهمات

-الاستثمارات التي لا تدخل في الاصناف السابقة

ثانيا:تعريف الاستثمار في الاتفاقيات الثنائية

منها ما يعرف الاستثمار و مثالها التي تربط بين فرنسا و العديد من الدول النامية و التي تعطي الاستثمار معنى واسع و تنص على انه يشمل الاموال و الحقوق من اي طبيعة كانت و تتمثل عموما في: .[1]

-المنقولات و العقارات و الحقوق العينية و الاسهم و السندات و الديون

-حقوق التأليف و حقوق الملكية الصناعية

و يلاحظ من هذا التعريف و إن كان يأخذ بعين الإعتبار المساهمة إلا أنه لا يشترط أن تكون المساهمة متوسطة أو طويلة المدى و لا أن تكون العوائد مترتبة عن استغلال المشروع أو لا، و عليه فان مفهوم الإستثمار نجده موسع جدا يتبين من خلال هذه الاتفاقيات أنها لم تهتم فعلا بإيجاد تعريف للإستثمار و هذا بطبيعة

[1] د. عبد العزيز سعد يحي، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر، مرجع سابق ، ص24

الحال لأن مهمة ايجاد تعاريف للمصطلحات القانونية لا يعتبر من مهامها[1] .

المطلب الخامس: المفهوم القانوني للإستثمار في التشريع

بالرغم من أن عملية الاستثمار عملية اقتصادية بحتة، إلا أن رجل القانون حاول ايجاد تعريف لها، و ذلك لأنه ينظر في تنظيم هذه العملية، و لأن هذه الأخيرة تشتمل على جوانب قانونية و جوانب اقتصادية فقد صعب ايجاد تعريف لها ، و تختلف التعاريف التي وضعتها مختلف الدول بالرغم من أنها تهتم بتنظيم عملية واحدة و ذلك لاختلاف نظرة كل دولة إلى الإستثمار و لاختلاف اهتمام كل دولة به،ولاختلاف التعامل داخل كل دولة، فمثلا نجد الدول المتقدمة، التحررية لا تضع عراقيل أمام هذه العملية و ذلك اعتمادا على مبدأ عدم تدخل الدولة بتأ طير الاقتصاد و عليه فإن هذه الدول لا تهتم بوضع تعريف للاستثمار .

أما البلدان النامية، فمنها الدول ذات التوجه الاشتراكي لا تخصص للإستثمار الأجنبي دورا كبيرا في التنمية الاقتصادية، و منها الدول التحررية و هي معظم الدول النامية الآن تشجع على الاستثمار الأجنبي و تضع له تقنينات تنظمه و تحتوي على تعريف له.[1]

أولاً : التشريع السوداني:

مفهوم الاستثمار وفقاً لقانون تشجيع الاستثمار لسنة 1999 تعديل 2003

تطبيقاً لمبدأ سيادة الدولة في ممارسة حقها في تنظيم الأنشطة الإقتصادية والاستثمارية في داخل إقليمها تقوم الدولة برسم السياسات التى توضح الوضع القانوني للمستثمر الأجنبي داخل الدولة وذلك بإصدارها للعديد من القوانين التى تهدف إلى تشجيع المستثمر الأجنبي لإستثمار أمواله في السودان وأهم هذه القوانين هو قانون تشجيع الاستثمار لسنة 1999 تعديل 2003 الذي يشجع

[1] حردان، طاهر،مبادئ الاستثمار. ط ١ .دار المستقبل للنشر والتوزيع .عمان، الأردن. ١٩٩٧ ، ص7

[1] حردان، طاهر،مبادئ الاستثمار، ص8

الاستثمار في جميع المجالات سواء كانت الزراعية، الحيوانية، الصناعية، الطاقة والتعدين، النقل والإتصالات، الخدمات الإستشارية، البنيات الأساسية، تقنية المعلومات أو أي من المجالات التي يحددها مجلس الوزراء .ولم يعرف قانون تشجيع الاستثمار لسنة 1999 تعديل 2003 كلمة استثمار وإنما عرف المال المستثمر والذي يعتبر الوجه الآخر للإستثمار بمدلوله الواسع حيث تضمنته الاتفاقيات الثنائية بتفاصيل أكثر دقة لتكمل المعنى الشامل لمفهوم الاستثمار، وفي ذات السياق نجد أن القانون المذكور قد عرف المشروع والمستثمر وذلك على الترتيب الآتي :

تعريف المال المستثمر –:أ) النقد المحلي المدفوع من المستثمر والذي يستخدم في إنشاء المشروع أو تشغيله، أو تحديثه، أو إعادة تعميره، أو التوسع فيه

.ب)النقد الأجنبي القابل للتحويل، المحول عن طريق أحد المصارف المسجلة لدى بنك السودان الذي يستخدم في إنشاء المشروع أو تشغيله، أو تحديثه، أو إعادة تعميره، أو التوسع فيه .ج) النقد المحلي، الذي يتم الوفاء به بموافقة الجهات المختصة لمقابلة التزامات مستحقة الأداء للمستثمر بنقد أجنبي وذلك إذا استخدم لإنشاء المشروع، أو تشغيله، أو تحديثه، أو إعادة تعميره، أو التوسع فيه.

د) رأس المال العيني وأي حقوق عينية أخرى مثل الرهونات وضمانات الدين وكافة الحقوق المماثلة، والحصص والأسهم والسندات الخاصة بالشركات وأي شكل من أشكال المشاركة فيها، والآلات والمعدات والأجهزة والمواد والمسلتزمات الأخرى، ووسائل النقل المستوردة من الخارج أو المحلية، لإنشاء المشروع أو تشغيله أو تحديثه أو إعادة تعميره أو التوسع فيه.

هـ) الحقوق المعنوية وحقوق الملكية الفكرية ويتضمن حقوق النشر والعلامات التجارية وبراءات الإختراع والتصميمات الصناعية التي تستخدم في المشروع على

أن تكون تلك الحقوق مسجلة وفقاً لأحكام القانون الخاص بكل منها، يملكها المستثمر، أو مرخص له باستخدامها من جانب من يملكها .و) الأرباح التي يحققها المشروع، إذا استكمل بها رأسمال المشروع أو زيد أو استثمر في أي مشروع آخر[1].

تعريف المستثمر :يقصد به الشخص الذي يستثمر أمواله وفقاً لأحكام هذا القانون في أي مشروع،) [2] سواء كان سودانياً أم غير سوداني .والشخص الذي يستثمر أمواله قد يكون شخص طبيعي أو اعتباري فالشخص الطبيعي إما أن يتمتع بالجنسية السودانية أو لا يتمتع بالجنسية السودانية فيكون في هذه الحالة أجنبياً ، أما فيما يتعلق بالشخص الاعتباري فهنالك عدة معايير لتحديد جنسية الشركة أو المؤسسة وهي مركز الإدارة، عنصر السيطرة، مقر التأسيس وقد تباينت تجارب الدول في تبني هذه المعايير فمثلاً نجد دول الكومنولث تطبق معيار مقر التأسيس لتحديد جنسية الشركة كما هو الحال في السودان بينما تطبق الولايات المتحدة الأمريكية معيار الحصة أو المصلحة الغالبة، وأما الدول الأوربية فقد درجت غالباً على تبني معيار مركز الإدارة الفعلي.[3]

في قانون 2013م جاء يهدف هذا القانون الى تشجيع الاستثمار في المشاريع التى تحقق اهداف الاستراتيجية القومية وخطط التنمية والمبادارت الاستثمارية من قبل القطاع الخاص السوداني وغير السوداني والقطاع التعاوني والمختلط والعام واعادة التأهيل والتوسع في المشارع الاستثمارية كما يشجع هذا القانون الاستثمار على المستوى القومي لتحقيق الهدف القومي للتنمية والاستثمارات في المجالات المختلفة حسب ما تحدده اللوائح ، هذا القانون حظر التمييز بين المستثمر بسبب

[1] قانون تشجيع الاستثمار لسنة 1999 تعديل 2003 – المادة (5.
[2] قانون تشجيع الاستثمار لسنة 1999 تعديل 2003 ، المادة (5.
[3] د. فتح الرحمن عبدالله الشيخ، حماية الاستثمارات الاجنبية الخاصة في القانون السوداني والقانون الدولي، 19 الكويت 2003 ، ص 45.

المستثمرين والمشاريع كونه سوداني او غير سوداني او بسبب كونه قطاع عاماً او خاصاً او قطاعاً تعاونياً او مشتركاً[1]

ثانياً: التشريع المصري:

فى تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بالكلمات والعبارات التالية المعاني المبينة قرين كل منها :**الاستثمار:** استخدام المال لإنشاء مشروع استثمار أو توسيعه أو تطويره أو تمويله أو تملكه أو إدارته بما يسهم في تحقيق التنمية الشاملة والمستدامة للبلاد.

المستثمر : استخدام كل شخص طبيعي أو اعتباري مصرياً كان أو اجنبيا أيا كان النظام القانوني الخاضع له يقوم بالإستثمار في جمهورية مصر العربية وفقاً لأحكام هذا القانون

المشروع الإستثمارى: مزاولة أحد الأنشطة الإستثمارية في قطاعات الصناعة والزراعة والتجارة والتعليم والصحة والنقل والسياحة والإسكان والتشييد والبناء والرياضة والكهرباء والطاقة والثروات الطبيعية والمياه والإتصالات والتكنولوجيا . ويجوز للوزير المختص بشئون الإستثمار بالتنسيق مع الوزارة أو الوزارت المعنية إضافة قطاعات أخرى وفقاً لخطة التنمية الأقتصادية للدولة، وتبين اللائحة التنفيذية لهذا القانون شروط ونطاق وضوابط مزاولة هذه الأنشطة.

الحوافز الخاصة: الحوافز المنصوص عليها في المادة "١١ "من هذا القانون . الأموال: جميع أنواع الأصول التي تدخل في المشروع الأستثمارى أياً كان نوعها وتكون لها قيمة مادية سواء كانت نقدية أو عينية أو معنوية.[1]

[1]قانون تشجيع الاستثمار القومي لسنة 2013م

[1] المادة 1 من قانون الإستثمار المصري قانون رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧

ثالثاً: التشريع التونسى

سعى المشرع التونسي [1] إلى ضبط بعض المفاهيم المتصلة بالاستثمار وبين المقصود منها بالفصل 3 من المشروع فعرف **الاستثمار** :

بأنه كل توظيف لأموال يقوم به شخص طبيعي أو معنوي، تونسي أو أجنبي، مقيم أو غير مقيم، لمدة معينة لانجاز مشروع بالبلاد التونسية من شأنه المساهمة في تنمية الاقتصاد التونسي مع تحمل مخاطره ويكون في شكل عمليات استثمار أو عمليات مساهمة.

وعرف **عمليات الاستثمار**:

بأنها كل إحداث لمشروع جديد مستقل بذاته بالبلاد التونسية بغرض إنتاج سلع أو إسداء خدمات أو كل عملية توسعة تقوم بها مؤسسة قائمة في إطار نفس المشروع من شأنها الرفع من قدرتها الإنتاجية[2].

يمكننا أن نخرج بمفهوم شامل للاستثمار، فنقول:"هو عملية يتم خلالها تشغيل أموال مختلفة المصادر في مختلف المجالات لفترة معينة من اجل تحقيق عوائد ومكاسب، هذه العوائد تتمثل في الأرباح بالنسبة للمشاريع الخاصة،والنمو الاقتصادي والاجتماعي للمجتمع ..."[(3)].

رابعاً: التشريع الجزائري:

تبنت الجزائر أول قانون للإستثمارات في سنة 1963 ، هذا القانون تضمن أساسا أهداف الإستثمار المتمثلة في تحديد الضمانات الخاصة و العامة للإستثمارات المنتجة في الجزائر، و الحقوق و الواجبات المرتبطة بها، و لم يتم

---

[1] من خلال مشروع المجلة الجديدة للاستثمار-مشروع المجلة الجديدة للاستثمار في صيغته الأولى مؤرخة في27فيفري 2013.

[2] يتجه التفريق بين الاستثمار والادخار فيعرف الادخار بكونه جملة الأموال الإضافية أو الجزء من الدخل غير المخصص للاستهلاك، غير أن الاستثمار يتمثل في إضافة هذا الجزء من الدخل إلى الطاقة الإنتاجية وإلى رأس المال.لهذا التفريق أثر في التشريع الوطني التونسي إذ ينص الفصل 23 من القانون 1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية إلى مفهوم " الادخار المستثمر"، وبالتالي فان التفرقة تبدو بارزة بين الادخار باعتباره سيولة مجمدة خالية من عنصر المخاطر وبين الاستثمار المتمثل في الإلقاء بهذه الوسيلة في الدورة الاقتصادية. كما يميز فقهاء القانون بين الاستثمار المباشر والاستثمار غير مباشر أو ما يعرف « L'investissement de porte feuille » إذ يفترض في الاستثمار المباشر زيادة عن توظيف الأموال مساهمة فعلية في رقابة المؤسسة التدخل في سياستها العامة بخلاف استثمارات الحافظة التي لا تؤدي إلى ممارسة سلطة مباشرة على إدارة المؤسسة.

[3] عبد العزيز ميلودي، محددات تمويل الاستثمار في البنوك الإسلامية ، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر،كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير،السنة الجامعية 2007/2006ص5.

تطبيق هذا القانون بسبب تخوف المستثمرين منه لأنه لم يتمتع بالمصداقية اللازمة لجلب الإستثمار الأجنبي بسبب عدم اتباعه بنصوص تطبيقية.

بعدها صدر القانون رقم 66-284 المتضمن قانون الاستثمارات ، و الذي اهتم بتحديد دور رأس المال في اطار التنمية الاقتصادية و مكانته و أشكاله و الضمانات الخاصة به .

لكنه فشل ايضا لأنه كان يهدف إلى التوفيق بين اعتبارين متعارضين، و المتمثلين في السعي وراء جلب رؤوس الأموال و الحرص على ابقاء مجال واسع لتدخل الدولة في النشاط الإقتصادي .

بعدها في سنة 1998 صدر قانون يتعلق بتأسيس الشركات المختلطة ثم شهد هذا القانون تعديلات في سنة 1986 بموجب ا لقانون 86-13 بهدف منح ضمانات أكثر للمستثمر الأجنبي.

و من خلال سلسلة التشريعات التي أصدرها المشرع الجزائري في الفترة الممتدة من سنة 1963 إلى سنة 1986 يتبين أنه كان يحاول إرساء المبادىء العامة للإستثمار و اهمل تماما فكرة تحديد المدلول القانوني لهذه العملية.

و عليه فوفقا للمشرع الجزائري فإن الإستثمار هو استحداث نشاطات جديدة و قدرات الإنتاج عن طريق الأصول أو المساهمة النقدية أو العينية في رأسمال المؤسسة و كذا استعادة النشاطات في إطار الخوصصة جزئية أو كلية و هذا في إطار ما يسمى بمنح الإمتياز لإنجاز المشاريع و النشاطات الإقتصادية المنتجة للسلع و الخدمات.

المطلب السادس:تعريف الاستثمار بصورة عامة:

*"هو كل اكتساب للأموال من أجل الحصول على منتوج ،أو استهلاكه "

*هو استغلال المنتوج المتمثل في تضاعف الذمة المالية للتجهيز "[1] .

* "هو التخلي عن أموال يمتلكها في لحظة معينة ولفترة معينة من الزمن قد تطول أو تقصر وربطها بأصل أو أكثر من الأصول التي يحتفظ بها لتلك الفترة الزمنية بقصد الحصول على تدفقات مالية مستقبلية تعوضه عن :

-القيمة الحالية لتلك الأموال التي تخلى عنها في سبيل الحصول على ذلك الأصل أو الأصول.

- النقص المتوقع في تلك الأموال الشرائية بفعل التضخم.

-المخاطرة الناشئة عن احتمال عدم حصول التدفقات المالية المرغوب فيها كما هو متوقع ."[2] .

والاستثمار المالي هو الذي يكون الجانب المالي فيه المتغلب على عملية الاستثمار ،أما الاستثمار التقني أو التكنولوجي هو :التكنولوجيا في حركية ،التكنولوجيا المعبأة داخل نمط إنتاجي ،الذي يؤدي إلى خلق قيم جديدة خدمة للتنمية [3] .

[1] * عليوش قربوع كمال :قانون الاستثمارات في الجزائر (ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ،1999) ص 2 .

[2] * رمضان زياد :مبادئ الاستثمار المالي والحقيقي (دار وائل للنشر والتوزيع ،الطبعة الأولى ،1998) ص 13

[3] * عليوش قربوع كمال :مرجع سايق ص5

المبحث الثاني

تطور تشريعات الإستثمار

تمهيد:

في إطار تشجيع الدولة لمشاركة القطاع الخاص في التنمية الاقتصادية والاجتماعية فقد استنت القوانين واتخذت الإجراءات التي من شأنها جذب وحماية وتشجيع الاستثمارات الخاصة المحلية والأجنبية تضمنت استصدار قوانين تشجيع الاستثمار وتطويرها عبر العقود السابقة مما يدل على الاهتمام المتزايد لخلق مناخ ملائم للاستثمار في السودان وكان آخر تلك القوانين قانون تشجيع الاستثمار لعام 1999 المعدل عام 2003م. وقد اعتمدت الدولة قبل الاستقلال وحتى عقد الثمانينات علي الاستثمار الأجنبي غير المباشر عن طريق تدفقات التمويل الرسمي (القروض/المنح) في تمويل مشروعات التنمية.[1]

المطلب الأول:تطور قوانين الاستثمار في السودان

كانت سياسة الحكومة بعد الإستقلال تهدف لتشجيع رأس المال الوطني والأجنبي في ميدان الصناعة وذلك بإهتمامها بالسكك الحديدية والخدمات العامة، وكانت الحكومة تعطي الأولوية لتوليد الطاقة الكهربائية لأنها هى الوسيلة الوحيدة للصناعة كالفحم والزيت، ومن ثم شجعت الجهود الفردية لإنشاء المشاريع الصناعية وحاولت أن تهيء الجو الملائم لإجتذاب رأس المال الأجنبي فكان أول قانون صدر بعد الإستقلال هو قانون الميزات الممنوحة لسنة 1956 الذي خول مهمة تنفيذه لوزير التجارة والصناعة والتموين والتعاون وكان يهدف القانون على تشجيع الاستثمار في القطاع الصناعي دون الإقتصادي وقد جاء اهتمام الحكومة بهذا القطاع إدراكاً بمخاطر الاستثمار في هذا المجال .هذا القانون لم يشجع

[1] دراسات حول قانون تشجيع الاستثمار، وزارة العدل، و ع/تشريع/645 /مجلد أ، ص 2

الاستثمارات بصورة جاذبة للمستثمر الأجنبي خوفاً من أن تأخذ هذه الاستثمارات صفة استعمارية جديدة علماً بأن البلاد كانت وقتها قد خرجت حديثاً من الاستعمار .وفي عام 1967 صدر قانون تنمية وتشجيع الاستثمار الصناعي مؤكداً عزم الدولة في تشجيع الاستثمار في قطاع الصناعة، واستجابت الكثير من الشركات الأجنبية لهذه السياسة وقامت صناعات عديدة مثل صناعة النسيج والحلويات والمشروبات الخفيفة والصابون والعطور وغيرها من الصناعات .وفي عام 1970 تعرضت الاستثمارات الأجنبية والوطنية لإجراءات وقرارات المصادرة والتأميم والحراسة وشملت الشركات الكبرى وذلك نتيجة للسياسة الاشتراكية المتطرفة التي انتهجتها حكومة مايو في ذلك الوقت.

وبعد عامين من صدور هذه القرارات صدر قانون التنمية وتشجيع الاستثمار الصناعي لسنة 1972 لإعادة الثقة لدى المستثمرين الوطنيين والأجانب وكان هذا أول قانون أكد على عدم المصادرة والتأميم للمشاريع الاستثمارية إلا بأمر قضائي . وفي عام 1973 صدر قانون تنمية وتشجيع الاستثمار في الخدمات الإقتصادية وأوكل مهمة تنفيذ هذا القانون لوزير المالية وكان يهدف القانون لتشجيع قطاع الخدمات الإقتصادية وقطاع النقل والصحة والفندقة والتعليم والثقافة. تلى هذا القانون قانون تنمية وتشجيع الاستثمار الصناعي لسنة 1974 بهدف معالجة القصور الموجود في قانون تنمية وتشجيع الاستثمار الصناعي لسنة 1972 .[1]

وفي عام 1976 صدر قانون تنمية وتشجيع الاستثمار الزراعي وأوكل مهمة تنفيذ هذا القانون لوزير الزراعة والموارد الطبيعية والثروة الحيوانية بهدف تشجيع القطاع الزراعي .وفي أوائل عام 1979 برز اتجاه عام لتوحيد قوانين الاستثمار وتوحيد الجهة التي تشرف عليها أسوة بالدول العربية فصدر نتيجة لذلك القانون الموحد

[1] دراسات حول قانون تشجيع الاستثمار، وزارة العدل، و ع/تشريع/645 /مجلد أ، ص 5

وهو قانون تشجيع الاستثمار لسنة 1980 وأوكل مهام تنفيذه لوزير المالية والإقتصاد الوطني بغرض تحقيق الأهداف التالية. :

-الإلتزام الدولي من قبل البلاد بتطبيق نصوص وأحكام الإتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية لعام 1982 .

- تحقيق النظرة الشمولية للاستثمار والتي كانت تفقدها القوانين القطاعية

-الإهتداء بتجارب الدول الرائدة في مجال الاستثمار

-وضع سياسة عامة وشاملة للاستثمار تغطي كافة القطاعات والمجالات مع .

)وضع أسبقيات في منح التراخيص والإمتيازات.[1]

وانحصرت أهم ملامح هذا القانون في الآتي :

- توحيد الجهة التي يتعامل معها المستثمر
- أعطى الحق للوزير لمنح الإمتيازات حسبما يراه .
- تسهيل إجراءات تنفيذ المشاريع الاستثمارية على المستثمر .
- موافقة الوزير في حالة أن يقترض أي مستثمر أجنبي من البنوك أو المؤسسات المالية العاملة بالسودان

أما فيما يتعلق بالميزات التي منحها هذا القانون فهي متمثلة في الآتي:

- إعفاء المشروع كلياً أو جزئياً من ضريبة أرباح الأعمال لمدة أقصاها خمس سنوات مع عدم جواز إمداد فترة الإعفاء لمدة أقصى من خمس سنوات أخري.
- إعفاء المشروع كلياً أو جزئياً من الرسوم الجمركية على الآلات والمعدات والأجهزة وقطع الغيار والمواد الخام والمواد المستوردة للمشروع
- الإعفاء من ضريبة الصادر للمشاريع التي تنتج سلع الصادر أو أي رسوم أو ضرائب أخرى تفرض على المشروع

1 دراسات حول قانون تشجيع الاستثمار، وزارة العدل، و ع/تشريع/645 /مجلد أ، ص 2.

- الإعفاء كلياً أو جزئياً من رسوم الإنتاج المفروضة على المواد أو السلع المنتجة محلياً
- تخصيص قطعة أرض للمشروع بالسعر التشجيعي
- لا يجوز فرض رسوم محلية على المشروع خلال سريان فترة الإعفاء من ضريبة أرباح الأعمال
- يجوز لوزير المالية تخفيض أسعار الطاقة الكهربائية وتخفيض رسوم النقل المفروضة على مدخلات الإنتاج
- يجوز لوزير المالية حماية المشروع بفرض رسوم جمركية إضافية على السلع المنافسة
- يجوز لوزير المالية منح تسهيلات تفضيلية للمشاريع التي تقام في المناطق الأقل نمواً.

وفي تطور لاحق للتعديلات الوزارية والدستورية وبهدف استقلالية الاستثمار أصدر رئيس الجمهورية المرسوم المؤقت لقانون تشجيع الاستثمار تعديل لسنة 1998 ثم لحقه قانون تشجيع الاستثمار لسنة 1999 تعديل 2003 وهو القانون الساري تطبيقه حالياً والذي سوف يتم التحدث عنه في فصول هذا البحث .وأخيراً نلاحظ أن التعديلات التى تدخل في القانون أساسها تغيير الجهاز القائم على أمر الاستثمار دون النظر إلى الاعفاءات والميزات التي تظل كما هي، كما وأن مسألة ثبات واستقرار السياسات الإقتصادية أو عدمه يؤثر إيجاباً وسلباً على تنفيذ تشريعات الاستثمار، فمن السهل أن تصدر الدولة القوانين المثالية من حيث الصياغة ولكن قبل كل شيئ لابد أن تتوفر للقانون البيئة الملائمة والأجهزة الفعالة لتطبيقه حتى يحقق الأغراض التي من أجلها صدر[1].

[1] دراسات حول قانون تشجيع الاستثمار، وزارة العدل، و ع/تشريع/645 /مجلد أ، ص 18

المطلب الثاني: تطور قوانين الاستثمار في مصر:

بدأ التطور التشريعي في مصر فيما يتعلق بمعاملة الاستثمارات الأجنبية بصدور المرسوم بقانون رقم 212 لسنة 1952 حيث أجاز الانتفاع برؤوس الأموال المصرية والأجنبية، ومن بعده جاء القانون رقم 156 لسنة 1953 لتشجيع الاستثمارات الأجنبية في مشروعات التنمية الإقتصادية سواء كان ذلك في الصناعة أو التجارة أو التعدين أو القوى المحركة أو النقل أو السياحة، وأجاز هذا القانون تحويل الربح إلى الخارج وبذات العملة التي ورد بها بما لا يجاوز 10 %من القيمة المسجلة بها، وأجاز أيضاً إعادة تحويل راس المال الأجنبي إلى الخارج بعد خمس سنوات بما لا يجاوز 20 %من القيمة المسجل بها وتم تعديل هذا البند ليسمح بتحويل الربح دون تحديد حد أقصى وبأكمله وتحويل إعادة رأس المال بالكامل بعد سنة واحدة وذلك وفقاً للقانون رقم 475 لسنة 1954 . نجد أن صدور التشريعات أعلاه لم تحقق الأهداف التي قصدها المشرع المصري لإغراء رؤوس الأموال الأجنبية للتدفق داخل البلاد حيث تشير الإحصاءات إلى أن قيمة الاستثمارات الأجنبية حتى نهاية عام 1960 لم تتجاوز ثمانية ملايين جنيهاً منها، خمس ملايين جنيه في مجال إستثمارات البترول والباقي في المجالات الأخرى وكان هذا الإحجام عن الإستثمار نتيجة لتأميم قناة السويس سنة 1956 والإعتداء الثلاثي على مصر أو ما يعرف بتمصير المصالح والإستثمارات الإنجليزية والفرنسية. [1]وجاء بعد ذلك القرار رقم 437 لسنة 1961 ليحظر قبول إي استثمار أجنبي داخل البلاد إلا بموجب قرار جمهوري .ثم جاء القانون رقم 51 لسنة 1966 بشأن المنطقة الحرة ببورسعيد لإستثمار رؤوس الأموال الأجنبية ونص على بعض الحوافز لتشجيع الاستثمار كالإستثناء من قانون الرقابة على النقد وعدم سريان

1 د .عبدالواحد الفار، الاستثمارات الأجنبية، مطابع دار المعارف، جمهورية مصر العربية، رقم الإيداع 1978/2601 .، ص 41

أحكام التأميم، ولم يوضع هذا القانون موضع التنفيذ بسبب العدوان الإسرائيلي على مصر في الخامس من يونيو لعام . 1967 وظلت الاستثمارات نتيجة لذلك قاصرة ومحدودة على البترول والدواء.

تلا ذلك صدور القانون رقم 65 لسنة 1971 بعد إعلان الدستور الدائم وذلك في شأن إستثمار المال العربي والمناطق الحرة وحماية رأس المال من التأميم والحراسة أو نزع الملكية إلا لمصلحة عامة ومقابل تعويض عادل، وقد نص القانون على عدة مزايا ضريبية وتسهيلات جمركية ونقدية ويرجع إليه الفضل في إنشاء الهيئة العامة للاستثمار للنظر في قبول طلبات الاستثمار ودراستها وإعتمادها.

نجد أن التطبيق العملي للقانون رقم 65 لسنة 1971 أسفر عن وجود قصور في صياغته وفي مضمونه، فمن جهة كان يتناول أساسًا استثمار رؤوس الأموال العربية أما الاستثمارات الأجنبية فكان الأمر يتطلب بالنسبة لها موافقة مجلس الوزراء واعتماد رئيس الجمهورية، ومن جهة أخرى كانت بعض النصوص غامضة وتحتاج إلى دقة في الصياغة والوضوح.[1]

ولتلافي ذلك القصور صدر القانون رقم 43 لسنة 1974الخاص باستثمار رأس المال العربي والأجنبي والمناطق الحرة ليحل محل التشريعات السابقة ولتحقيق المبادئ الآتية:

1. ضمان تحقيق مصلحة مشتركة للإقتصاد الوطني والمستثمرين العرب والأجانب على السواء.
2. إفساح المجال لرأس المال المحلي سواء العام أو الخاص للمشاركة مع رأس المال الأجنبي في المشروعات الإستثمارية.
3. تهيئة المناخ المناسب لتسهيل انتقال رؤوس الأموال العربية داخل البلاد.

1 د .عبدالواحد الفار، الاستثمارات الأجنبية، ، مرجع سابق، ص43

4. تهيئة المناخ المناسب لقيام مركز مالي ونقدي في مصر يتماشى واحتياجات المنطقة العربية لهذا النوع من النشاط، ويساعد على توفير فرص توظيف رؤوس الأموال العربية في المنطقة العربية ذاتها.

5. تقديم ضمانات كافية ضد المخاطر غير التجارية وحوافز مناسبة لتشجيع الاستثمارات.

6. تخطي المعوقات الإدارية والإجرائية التي تؤثر على نمو حجم الاستثمار.

7.منح الاولوية لمشروعات الاستثمار التي تساعد على زيادة موارد البلاد من العملات الأجنبية، وكذلك المشروعات التي تجلب معها التكنولوجيا المتقدمة.[1]

أما فيما يتعلق بطبيعة المشروعات الاستثمارية في مصر وفقًا لقانون الاستثمار الأجنبي رقم 43 لسنة 1974 أو التعديلات الجوهرية التي تمت عليه يمكن تناولها من

خلال النقاط الآتية:

.1أن يكون الاستثمار في مشروع يحقق أهداف التنمية الإقتصادية والإجتماعية والتي تهدف إلى التصدير أو تنشيط السياحة أو تحتاج إلى خبرات فنية متقدمة أو الاستفادة من براءات الإختراع أو العلامات التجارية ذات الشهرة الخاصة.

.2موافقة مجلس إدارة الهيئة العامة للاستثمار على المشروع وذلك لعدم مخالفة الإطار العام المحدد للخطة.

أما فيما يتعلق بالشكل القانوني لهذه المشروعات الاستثمارية فقد أخذ مبدأ المشاركة حيث نصت المادة (4) من القانون على أن) يتم توظيف المال المستثمر في

1 د .عبدالواحد الفار، الاستثمارات الأجنبية، ، مرجع سابق، ص43

جمهورية مصر العربية طبقًا لأحكام هذا القانون في صورة مشاركة مع رأس المال المصري العام أو الخاص في المجالات وبالشروط والأوضاع المنصوص عليها.

أما فيما يتعلق بتحديد نسبة المشاركة فتركت لظروف كل حالة على حدة وذلك توخيًا للمرونة اللازمة .إلا أن المشرع المصري استثنى بعض الحالات وسمح بأن ينفرد رأس

المال الأجنبي بتملك وإدارة المشروع الاستثماري دون أن يشاركه في ذلك رأس المال الوطني بهدف جذب الاستثمارات العربية والأجنبية كمشاريع الإسكان ومجالات بنوك الاستثمار ، إلا أنه في حالة البنوك هنالك شرطين هما أو لا: أن يكون النشاط مقصورًا على العمليات التي تتم بالعملات الحرة وثانيا أن تكون تلك البنوك فروعًا تابعة لمؤسسات يكون مركزها الرئيسى بالخارج[1].

أما التسهيلات الإدارية والمزايا المالية الممنوحة للاستثمارات الأجنبية وفقًا لهذا القانون تتمثل في:

.1إنشاء الهيئة العامة للاستثمارات لتلقي طلبات المستثمرين.

.2تسهيل دخول المستثمرين الأجانب وتيسير الحصول على تراخيص الإقامة لرجال الأعمال والخبراء ورؤساء العمال.

.3السماح للمستثمرين الأجانب بإستخدام أشخاص أجانب في حدود نسبة معينة من جملة العاملين ويجوز لهؤلاء العمال تحويل جزء من مرتباتهم ومكافآتهم إلى الخارج.

.4السماح للمستثمرين الأجانب باستيراد الآلات والمعدات اللازمة للمشروع دون الحصول على تراخيص استيراد وبإجراءات جمركية مبسطة.

[1] د .عبدالواحد الفار، الاستثمارات الأجنبية، ، مرجع سابق، ص44

.5السماح بفتح حساب للمشروع بالنقد الأجنبي لدى البنوك المسجلة لدى البنك المركزي المصري.

.6السماح للمستثمرين بتحويل عائد المال المستثمر للخارج.

.7إعفاء أرباح المشروعات الاستثمارية من الضريبة على الأرباح التجارية والصناعية وملحقاتها لمدة خمس سنوات ويمكن زيادة مدة الإعفاء إلى ثماني سنوات أو عشر سنوات.

.8إعفاء المشروعات الاستثمارية من تطبيق القوانين والأحكام الخاصة بالقطاع العام وإعفاءها من بعض القيود التشريعية الأخرى خاصة بعض الأحكام . المنصوص عليها في قانون الشركات رقم 26 لسنة1954

هذا ما كان يتعلق بالقانون رقم 43 لسنة 1974 والذي صدر بعده قانون رقم 32 لسنة

1977الذي أتاح للاستثمار المحلي المزايا الممنوحة للاستثمار العربي والأجنبي. ومن ثم صدر القانون رقم 159 لسنة 1981 والذي يتضمن أحكام في شأنها تشجيع المستثمر المصري على إقامة الشركات المساهمة، وشركات التوصية بالأسهم، والشركات ذات المسئولية المحدودة، ويعد هذا القانون من أهم القوانين التي شجعت رأس المال المصري للاستثمار والتمتع بالإعفاءات والمزايا الممنوحة لرأس المال العربي والأجنبي فيما عدا تحويل الأرباح وهو أمر طبيعي بإعتبار أن المشروع برأس مال مصري .وفي عام 1989 صدر القانون رقم 230 لسنة 1989مضيفًا بعض الحوافز والأنشطة إلى القانون السابق له[1].

وفي أوائل التسعينات بدأ مسار عملية الإصلاح الإقتصادي يتسارع بعد الإتفاق مع صندوق النقد والبنك الدوليين وبداية إسقاط جزء من المديونية الخارجية حيث

1 د .سعيد عبدالخالق، التطور التشريعي للاستثمار الخاص في مصر، البوابة القانونية، شركة خدمات المعلومات التشريعية ومعلومات التنمية، شبكة النت.

أصبح المناخ مهيئًا بعد ذلك لإستصدار تشريعات أكثر ملائمة للمستثمرين، فقد صدر القانون رقم 8 لسنة 1997 بشأن ضمانات وحوافز الاستثمار تلبية للإحتياجات الجديدة لما طرأ على الساحة الإقتصادية من متغيرات، ومن أجل التأكيد على ضمانات وحوافز الاستثمار والتوسع فيها، لدفع معدلات النمو، وتطوير المناطق الأقل نموًا وزيادة فرص العمالة، ومن أهم ميزات هذا القانون أنه قام بتجميع كل الحوافز والإعفاءات في قانون واحد يسهل على المستثمر تحديد المجالات التي تمكنه من الاستفادة من هذه الحوافز، وهذا ما سوف يتم بحثه في فصول هذا البحث.

المبحث الثالث

مشروعية الإستثمار والحكمة من مشورعيته

المطلب الأول: مشروعية الإستثمار:

إن الناظر إلى نصوص القرآن الكريم والسنة الشريفة نظرة دقيقة متأملة، وإلى واقع الحياة خاصة المعاصرة، وإلى المفاسد الكبيرة الناشئة عن عدم استثمار الأموال والتي تلحق بالفرد والمجتمع على حد سواء ليخرج بنتيجة قاطعة على أن الاستثمار للأموال واجب شرعي لكل من ملك مالاً زائداً عن حاجته ما استطاع إلى ذلك سبيلاً وضمن استثماره وفق توجيهات الشرع وأوامره، والأدلة التي تثبت وتدل على هذا الحكم كثيرة ومتعددة وهذه أهمها.

أولاً: أدلة وجوب الاستثمار من القرآن:

1. قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذَلُولاً فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ﴾[1].

2. قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسَعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾[2].

ووجه الدلالة في الآية الأولى أنها أمرت بالمشي في الأرض في قوله تعالى: ﴿فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا﴾ مما دل على وجوب المشي في الأرض والتحرك فيها والذي هو أول خطوات الاستثمار، فلا يتم استثمار المال بدون مشي وتحرك، والأمر وإن كان حمله كثير من المفسرين على الإباحة [3] إلا أن احتمال كون الأمر على الوجوب يبقى قائماً خاصة إذا ما عرفنا أن الأصل في صيغة الأمر تدل على الوجوب، بالإضافة إلى ما يحققه الاستثمار من مصالح، وما يسببه عدمه من مفاسد.

([1])سورة الملك 15

(2)سورة الجمعة 9

([3]) الجامع لأحكام القرآن 214/18 في ظلال القرآن 196/8.

أما الآية الثانية فلعل الاستدلال بها على وجوب الاستثمار أكثر وضوحاً، حيث تدل الآية على أن الحالة الطبيعية للإنسان التي يجب أن يكون عليها هي الانتشار في الأرض والابتغاء من فضل آله وتبادل المنافع، وهذه كلها من وجوه الاستثمار، وأما الصلاة فلها أوقات محددة وكأنها بمثابة محطات استراحة من عناء المشي في الأرض والعمل والاستثمار.

فكأني بالآية وهي تأمر بالسعي للعبادة إذا نودي لها وجاء وقتها تهدف بذلك تذكيرك بأن المال على أهميته وعلى ضرورة استثماره إلا أنه يجب أن لا يسيطر على قلبك وأن لا يكون مبلغ علمك وكل همك.

لكنه رغم ذلك يجب استثماره لصلاح أمور الفرد والمجتمع في هذه الدنيا ولا أدل على ذلك من قوله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ فهذا أمر صريح بضرورة الانتشار في الأرض وطلب الارتزاق، وهل للاستثمار معنى إلا هذا[1].

ثانياً: الأدلة من السنة وفهم الصحابة:

1. ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما أخرجه الأمام أحمد رضي الله عنه قال: "**من باع داراً أو عقاراً فلم يجعل ثمنها في مثله كان قميناً أن لا يبارك له فيه**"[2] والحديث يدل بوضوح على وجوب استثمار المال محافظة عليه من الضياع وحرصاً على تنميته، ذلك أن بقاءه في يد صاحبه دون تنمية يسبب في تعجيل تبديده ونزع البركة منه.

واعتبار النبي صلى الله عليه وسلم من يملك المال ولو ببيع دار أو عقار ولم يستثمره يستحق بأن تنزع من ماله البركة إشارة واضحة إلى ضرورة استثماره وكأنه

([1]) لمزيد من الأدلة القرآنية انظر كتاب الاستثمار أحكامه وضوابطه د. قطب سانو ص37-48، حيث أسهب في عرض الأدلة والتعليق عليها.

([2]) أخرجه أحمد برقم 4799، وابن ماجة كتاب الأحكام رقم 2481، قال الألباني حديث حسن، السلسلة الصحيحة 427/5.

يطلب من صاحب كل مال فائض لديه بأن يشتري فيه ويبيع ويتجر، ولا يبقيه مكنوزاً ومعطلاً.

2. قوله صلى الله عليه وسلم لمن جاءه يسأله، وليس في بيته شيء سوى ثياب يلبس بعضها ويفترش بعضها، وإناء يشرب فيها، فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأتي بهما فأخذهما رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده وقال: "**من يشتري هذين؟ فقال رجل أنا آخذهما بدرهمين، فأعطاهما إياه، وأخذ الدرهمين، وأعطاهما الأنصارى** [1] وقال: **اشترِ بأحدهما طعاماً فانبذه إلى أهلك، واشترِ بالآخر قدوماً فأتني به، فأتاه به، فشد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عوداً بيده، ثم قال له: اذهب فاحتطب وبع، ولا أرينك خمسة عشر يوماً، فذهب الرجل يحتطب ويبيع، فجاء وقد أصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوباً وببعضها طعاماً، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: هذا خير لك من أن تجئ المسألة نكتة في وجهك يوم القيامة، إن المسألة لا تصح إلا لثلاثة: لذي فقر مدقع أو لذي غرم مفظع أو لذي ألم موجع**"[2].

والحديث يدل على تشجيع رسول الله صلى الله عليه وسلم على الاستثمار وعدم الركون للخمول وسؤال الناس، وتشجيعه في هذا الحديث يصل إلى درجة الوجوب ذلك أنه صلى الله عليه وسلم أمره ببيع ما عنده من مال ليشتري بثمنه ما يمكنه أن يعود بدخل عليه وينمي ماله.

ثم إن مما يؤكد على وجوب الاستثمار في هذا الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يترك الرجل السائل حتى دله على طريق الاستثمار، وكأنه من غير المقبول وغير الجائز أن يمتنع الإنسان عن الاستثمار لأمواله مادام قادراً على ذلك ومحتاجاً لذلك، ومما يؤكد ذلك أيضاً متابعة رسول الله صلى الله عليه وسلم للأمر وطلبه من الرجل أن يرجع إليه بعد خمسة عشر يوماً ليتأكد من أ نه قام بعملية

([1]) الرجل السائل.

([2]) إخراجه أبو داود كتاب لزكاة باب ما تجوز فيه المسألة 120/2، حديث رقم 1641، قال الألباني حديث ضعيف، صحيح وضعيف الجامع الصغير رقم 2198.

الاستثمار، ولو لم يكن الأمر هنا على سبيل الوجوب ومن الأهمية بمكان لما أرهق رسول الله صلى الله عليه وسلم نفسه مع الرجل ولسمح له ابتداء بأن يمد يده ويعطل استثمار ماله.

3. ومما يمكن أن يستدل به على وجوب الاستثمار قوله صلى الله عليه وسلم: "**إذا قامت الساعة وفي يد أحدكم فسيلة [1] فاستطاع أن ألاّ يقوم حتى يغرسها فليغرسها، فله بذلك أجر**"[2].

فقوله صلى الله عليه وسلم فليغرسها أمر لكل من استطاع الغرس أن يغرس وفي أي ظرف من الظروف، ويقاس عليه كل وجه من وجوه الاستثمار".

4. ولقد فهم أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وجوب الاستثمار للأموال فهذا عمر ابن الخطاب رضي الله عنه صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم وخليفة المسلمين يأمر بانتزاع الأرض ممن يعطلها أكثر من ثلاث سنوات حيث يقول: "**من أحيا أرضاً فهي له [3]، وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين**"[4].

وقال لبعض من أقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضاً (إن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقطعك لتحجزه عن الناس، إنما أقطعك لتعمل فخذ منها ما قدرت على عمارته ورد الباقي)[5].

ولو لم يكن يفهم عمر رضي اله عنه وجوب عملية استثمار الأموال وضرورته لما أمر بنزع أرض أقطعها رسول الله صلى الله عليه سلم لواحد من المسلمين، ولعمري إنه لفهم دقيق وعميق يدل على كمال الفهم ومزيد الحرص على مصالح المسلمين وروح التشريع الإسلامي ونصوصه، فإن تعطيل استثمار الأموال إيقاف لمسيرة تطور المجتمع

---

(1) شتلة نخل تقطع من أمها أم تقلع من الأرض فتغرس، المعجم الوسيط 689/2.

(2) أخرجه أحمد في سنده 184/3 برقم 12512، قال الألباني حديث صحيح، السلسلة الصحيحة 38/1.

(3) الأحياء للأرض يعني عمارتها بالزرع أو البناء، سبل السلام 82/3.

(4) الخراج لأبي يوسف ص67.

(5) الأموال للقاسم بن سلام ص267 (3) ص د/61.

وتدمير لاقتصاده وسببا من أسباب انتشار الفقر والبطالة وكل ذلك مما لا يتفق مع مقاصد الإسلام وأهدافه.

ثالثاً: الأدلة العقلية:

إن العقل السليم والفطرة السوية لتحكم بوجوب الاستثمار ذلك أن الله خلق الإنسان في هذه الدنيا وطلب منه عمارة الأرض كما قال ربنا سبحانه وتعالى: ﴿هُوَ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا﴾[1] وعمارة الأرض لا تتم بدون الاستثمار، لأن عمارة الأرض تحتاج إلى بناء وزرع وصناعة وكل ذلك يحتاج إلى استثمار للأموال وتشغيل لها في هذه المجال. [2] وعليه فيمكن القول بأن الأمر بعمارة الأرض وبطريق غير مباشر هو أمر بالاستثمار، لأن الإعمار لا يتم بدون استثمار.

المطلب الثاني: الحكمة من مشروعية الإستثمار:

الذي يظهر من النصوص الشرعية ومقاصدها العامة أن الاستثمار مباح ومشروع بأصله على مستوى الفرد.. بل نستطيع القول بأنه ترد عليه الأحكام التكليفية من حيث عوارضه ووسائله لكنه –من حيث المبدأ– واجب كفائي على الأمة في مجموعهم، أي أنه لا يجوز للأمة أن تترك الاستثمار.

ذلك لأن النصوص الشرعية متضافرة في أهمية المال في حياة الفرد والأمة، وتقديم المال على النفس في جميع الآيات التي ذكر فيها الجهاد والأموال والأنفس إلا في آية واحدة في سورة التوبة – الآية الحادية عشرة بعد المائة، حيث قدمت الأنفس؛ لأنها تتحدث عن الشراء، وامتنان الله تعالى بالمال، والمساواة بين المجاهدين، والساعين في سبيل الرزق كما في آخر سورة المزمل، وتسمية العامل والتاجر بالمجاهد في سبيل الله في أحاديث كثيرة... كل ذلك يدل بوضوح على وجوب العناية بالمال وتثميره وتقويته حتى تكون الأمة قادرة على الجهاد والبناء والمعرفة والتقدم والتطور والنهضة والحضارة،

([1]) سورة هود 61.

([2]) المعاملات المالية في الإسلام، مصطفى سلمان، وآخرون ص 20.

حيث إن ذلك لا يتحقق إلا بالمال كما يقول تعالى: {ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها}. [2]

فقد سمى الله تعالى المال بأنه قيام للمجتمع الإسلامي، وهذا يعني أن المجتمع لا يقوم إلا به ولا يتحرك ولا ينهض إلا به، كما أن قوله تعالى: {وارزقوهم فيها}، ولم يقل (منها) يدل بوضوح على وجوب الاستثمار حتى تكون نفقة هؤلاء المحجور عليهم (من الأطفال والمجانين) في الأرباح المتحققة من الاستثمار وليست من رأس المال نفسه.

يقول الإمام الرازي: "اعلم أنه تعالى أمر المكلفين في مواضع من كتابه بحفظ الأموال، قال تعالى: {وَلاَ تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا * إِنَّ الْمُبَذِّرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ} [3]، وقال تعالى: {وَلاَ تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَى عُنُقِكَ وَلاَ تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا} [4]، وقال تعالى: {وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا} (الفرقان:67).

وقد رغب الله تعالى في حفظ المال في آية المداينة حيث أمر بالكتابة والإشهاد والرهن، والعقل يؤيد ذلك؛ لأن الإنسان ما لم يكن فارغ البال لا يمكنه القيام بتحصيل مصالح الدنيا والآخرة، ولا يكون فارغ البال إلا بواسطة المال، ثم قال: وإنما قال (فيها) ولم يقل (منها) لئلا يكون ذلك أمراً بأن يجعلوا بعض أموالهم رزقاً، بل أمرهم أن يجعلوا أموالهم مكاناً لرزقهم بأن يتجروا فيها ويثمروها فيجعلوا أرزاقهم من الأرباح، لا من أصول الأموال. [1]

ومن الأدلة المعتبرة على ذلك أن وجوب الزكاة في الأموال يدفع أصحابها إلى التجارة؛ لأنهم إن لم يتاجروا فيها تأكلها الصدقة والنفقة، وهذا ما يؤيده الفكر الاقتصادي الحديث، حيث يفرض أنواعًا من الضرائب لدفع أصحاب الأموال إلى عدم اكتنازها، بل قد وردت أحاديث تصل بمجموعها إلى درجة الصحيح أو الحسن الذي ينهض به حجة على وجوب التجارة في أموال الصغار (اليتامى وغيرهم) والمحجور عليهم (السفهاء والمجانين وناقصي الأهلية)، فقد روى الشافعي بإسناده عن يوسف بن ماهك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ابتغوا في مال اليتيم –أو في أموال اليتامى– لا تذهبها – لا تستهلكها– الصدقة". وقال البيهقي والنووي في هذا الحديث: "إسناده صحيح، ولكنه

---

2 سورة (النساء: 5)

3 سورة (الإسراء: 26 - 27)

4 سورة (الإسراء:29)

1 التفسير الكبير، ط. دار إحياء التراث العربي، بيروت (186/9).

مرسل معضد بعموم النصوص الأخرى وبما صحّ عن الصحابة من إيجاب الزكاة في مال اليتيم". [2]

قال البيهقي: "وهذا –أي حديث ابن ماهك– مرسل إلا أن الشافعي –رحمه الله– أكده بالاستبدال بالخبر الأول –وهو عموم الحديث الصحيح في إيجاب الزكاة مطلقًا– وبما روي عن الصحابة في ذلك". [3]

وقال النووي: "ورواه البيهقي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه موقوفاً عليه بلفظ: "وابتغوا في أموال اليتامى لا تأكلها الصدقة" وقال إسناده صحيح، ورواه أيضاً علي بن مطرف". [4]

وروى الطبراني في الأوسط عن أنس بن مالك قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة"، قال الهيثمي في مجمع الزوائد نقلاً عن شيخه الحافظ العراقي: "إن إسناده صحيح". [5]

يقول الشيخ القرضاوي: "إن الأحاديث والآثار قد نبهت الأوصياء على وجوب تثمير أموال اليتامى حتى لا تلتهمها الزكاة..." فواجب على القائمين بأمر اليتامى أن ينموا أموالهم كما يجب عليهم أن يخرجوا الزكاة عنها، نعم إن في هذين الحديثين (أي حديث عمرو بن شعيب المرفوع وحديث يوسف بن ماهك) ضعفاً من جهة السند، أو الاتصال ولكن يقويهما عدة أمور، وذكر منها: "أنه يوافق منهج الإسلام العام في اقتصاده القائم على إيجاب التثمير وتحريم الكنز". [1]

وكذلك يدل على تثمير الأموال قوله تعالى: {كَيْ لاَ يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الأغْنِيَاءِ مِنْكُمْ} (الحشر: 7)، حيث إن الأموال لا تتداول إلا عن طريق توزيع الصدقات، والاستثمار الذي يؤدي إلى أن يستفيد منها الجميع من العمال والصنّاع والتجّار ونحوهم. وكذلك قوله تعالى: {وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَّا اسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ} (الأنفال: 60)، ومن القوة بلا شك قوة المال بل هي مقدمة في معظم الآيات على النفس، فإذا كانت قوة البدن والسلاح مطلوبة فإن قوة المال أشدُّ طلبًا ووجوبًا.

2 السنن الكبرى للبيهقي، ط. الهند (107/4)، والمجموع للنووي، ط. شركة كبار العلماء (329/5).

3 السنن الكبرى (107/4)، حيث ذكر عدداً من الأحاديث والآثار في هذا المعنى.

4 المجموع للنووي (329/5)، والسنن الكبرى (107/4).

5 الهيثمي، مجمع الزوائد (67/3).

1 فقه الزكاة للدكتور يوسف القرضاوي، ط. وهبه بالقاهرة (107/1).

ثم إن من مقاصد هذه الشريعة الحفاظ على الأموال، وذلك لا يتحقق إلا عن طريق استثمارها وتنميتها، كما أن من مقاصدها تعمير الكون على ضوء منهج الله تعالى: {هُوَ أَنشَأَكُم مِّنَ الأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا} (هود: 61). فقال المفسرون: "معناه أمركم بعمارة ما تحتاجون إليه فيها من بناء مساكن وغرس أشجار" ، وكذلك من مقاصدها الاستخلاف الذي يقتضي القيام بشئون الأرض وتدبيرها والإفادة منها وتعميرها، وكل ذلك لا يتحقق على وجهها الأكمل إلا عن طريق الاستثمار.[2]

2 تفسير الماوردي المسمى: النكت والعيون، ط. أوقاف الكويت (218/2).

الفصل الثاني

أنواع الإستثمار ومجالاته وأدواته وضوابطه وخصائصه في المشروعات والإقتصادية

المبحث الأول

أنواع الإستثمار

المطلب الأول:الإستثمارات المحلية:

تشير كل الدراسات وكل النظريات الاقتصادية والشواهد التطبيقية الحديثة بأن العناصر الأساسية لتوفير وتهيئة مناخ استثماري ملائم هي البيئة السليمة للاقتصاد الكلي وذلك من خلال إصلاحات اقتصادية جوهرية التي يظهر تأثيرها في المناخ الذي أحرزته البلدان التي استندت على سياسات إصلاحية قوية بدلا من تلك التي يسودها نوع من التردد. [1]

وفي نفس الهدف يجب تخفيف الضغوط التي شكلتها عوامل ظرفية كتقلبات أسعار الفائدة، أسعار البترول، المديونية، زيادة على ذلك المشاكل الناتجة عن عجز في ميزان المدفوعات كما يجب خلق إطار قانوني داعم يوفر حماية داخلية قوية للمستثمرين، من أجل تعظيم أرباحهم وتحقيق أهدافهم. لهذا تسعى كل المؤسسات الاقتصادية الكبرى إلى استغلال واستثمار مزاياها الخاصة النوعية من تكنولوجيا ورؤوس أموال ومهارات تسيير. على مستوى عالمي، حيث تستهدف بذلك كثيرا من الأسواق الأجنبية التي تتوفر على مزايا: الموقع، النوعية، الموارد الطبيعية، عمالة، وظروف بيئية مهيأة وغيرها من عوامل الجذب والاستقطاب. وبهذه المزايا النوعية يمكن للمؤسسات الاقتصادية الكبرى أن تزيد من مردوديتها وتنمي عائداتها وتطور

[1] غالم سعدية، غطاس منال، السياسة المالية ودورها في تفعيل الاستثمار المحلي - دراسة حالة الجزائر-،2001-2013 ،مذكرة ماستر في 1 العلوم الاقتصادية، جامعة البويرة، 2015 ،ص 42

إيرادتها بما يعزز مركزها ويدعم موقعها في بيئة عالمية محتدمة المنافسة والصراع. وبهذا ترفع من قدراتها التنافسية من أجل البقاء في السوق المحلي والعالمي.

أولاً:تعريف الاستثمار المحلي:

يأخذ الاستثمار المحلي مجموعة من التعاريف نتعرف على مجموعة منها فيما يلي التعريف الأول: الاستثمارات المحلية هي جميع الفرص المتاحة للاستثمار في السوق المحلية بغض النظر عن أداة الاستثمار المستعملة مثل العقارات والأوراق المالية والمشروعات التجارية .التعريف الثاني: الاستثمار المحلي هو الاستثمار الوطني الذي تكون فيه جنسية المستثمر وطنية أو المحلية سواء كانوا الأفراد أو مؤسسات، ولهذا الاستثمار المحلي أولوية على الاستثمارات الأجنبية في كثير من الدول والمجتمعات . [1]

ومن التعريف الأول والتعريف الثاني نستنتج أن الاستثمار المحلي هو استخدام رؤوس الأموال المحلية واستثمارها داخل الحدود الإقليمية للدولة.

ثانيا/ خصائص وأهمية الاستثمار المحلي :

خصائص الاستثمار المحلي : :تتمثل خصائص الاستثمار المحلي في النقاط التالية – يتعلق الاستثمار بتوجيه الأصول الرأسمالية بمختلف أشكالها المادية والمالية، البشرية والمعلوماتية واعتمادا على ذلك فإن الاستثمار يوجه لتحقيق عوائد متباينة ويتوقف نوع هذه العوائد على الهدف الرئيسي للمستثمر وعلى أبعاد التأثيرات الاستثمارية في الاقتصاد والمجتمع – .وجود قيم حالية تم التضحية بها .

–وجود فترة زمنية للاستثمار تقع ما بين لحظة البدء بالتضحية إلى حين الحصول على العوائد المستقبلية[2] .

[1] غالم سعدية، غطاس منال، السياسة المالية ودورها في تفعيل الاستثمار ، مرجع سابق ،ص 45

[2] غالم سعدية، غطاس منال، مرجع سابق، ص ص 45-47

ثمة مخاطر تصاحب الاستثمار نظرا لعدم تأكد تحقق العائد في المستقبل .إذا فالاستثمار مبني على توقعات معينة تخص تحقيق عوائد غير مؤكدة في المستقبل وهذا ما يتطلب إجراء دراسات معينة ترتكز على أسس ومبادئ علمية تسمح بتقليل درجة المخاطر ة وعدم التأكد ونوع من الرشادة و العقلانية في اتخاذ القرار الاستثماري .**أهمية الاستثمار المحلي** :وا أردنا أن تظهر الأشياء التي ء إن الاستثمار له أهمية كبيرة في الحياة الاقتصادية للمجتمع ذا تجعل من الاستثمار ظاهرة هامة فإننا نذكر ما يلي – :مساهمة الاستثمار في زيادة الدخل القومي وزيادة الثروة الوطنية وذلك لأن الاستثمار يمثل نوعا من الإضافة إلى الموارد المتاحة أو تعظيم هذه الموارد أو تعظيم درجة المنفعة التي تنجم عن الموارد المتاحة – .مساهمة الاستثمار في إحداث التطور التكنولوجي وذلك من خلال إدخال التكنولوجيات الحديثة والمتطورة، وتكيفها مع الظروف الموضوعية للمجتمع – .مساهمة الاستثمار في محاربة الفقر والجهل وبعض أشكال التخلف ومكافحة البطالة من خلال استخدام الأيدي العاملة، ذلك لان للعمل انعكاسات هامة على حياة الأفراد ومستقبلهم، فكلنا يعلم أن العمل يمكن العامل من الحصول على دخل يستطيع به أن يعيش من ناحية وأن ينفق على التعليم.[1]

المطلب الثاني:الاستثمارات الأجنبية المباشرة:

تحتل الاستثمارات المباشرة مكانة كبيرة وهامة في التحليل الاقتصادي الحديث وخاصة التحليل الرأسمالي وهذا بشأن الشركات المتعددة الجنسيات ،بحيث توصل المؤتمر الذي ضم اقتصاديين وكبار رجال الأعمال من الولايات المتحدة وكندا وأوربا في مارس 1921 على أن الاستثمارات الدولية المباشرة أصبحت القناة الرئيسية للعلاقات الاقتصادية الدولية ،أما الشركات متعددة الجنسيات فهي المعبر الأساسي عن هذه الظاهرة التي لم يسبق لها مثيل.

[1] غالم سعدية، غطاس منال، مرجع سابق، ص ص 45-47

ويجري تحليل العلاقة الموجودة بين الاستثمارات المباشرة والشركات متعددة الجنسيات من قبل إقتصاديين من بينهم ج دانينغ،ج كيندلبرغر،وج.بيرمان.

السؤال الذي يطرح بشدة وإلحاح ماهو المقصود بالاستثمارات الأجنبية المباشرة؟

وقبل الإجابة على هذا السؤال يجب معرفة خصائص هذه الاستثمارات الأجنبية، فمنهما ما هو خاص بتصدير رأس المال أو التكنولوجيا ومنها ما يسمى بالاستثمارات في المحفظة(portfolio investment) والتي تقصد بها ملكية الأوراق المالية على اختلاف أنواعها سندات ،أسهم ،ضمانات القروض التي يحصل عليها المقرضون مقابل رأس المال المستثمر، ويمكن أن يقترن هذا النوع من الاستثمارات في بعض الأحيان بتنقل الخبرات والتكنولوجيا أما الاستثمارات المباشرة فهي ذات طبيعة مختلفة من حيث المبدأ فهي لا تعني مجرد تصدير رأس المال الخالص في صورته المالية فحسب وإنما تعني عادة صفقة متكاملة تتضمن تنظيم إنشاء المشروعات وتوريد التكنولوجيا، والخبرات التنظيمية والإدارية وتأهيل الإطارات والعمال كما يؤكد دانينغ فإن الخاصية الفردية في حركة رأسمال الدولي الخاص تتركز في انه غالبا ما يكون مالكا للخبرات والقدرات التي لا يمكن أن تجتاز الحدود المحلية بطريقة أخرى. (1)

أما الاقتصادي " كليندلبرغر " يقول خصوص الاستثمار الأجنبي أنه عبارة عن انتقال رأس المال يرافقه إشراف مستمر من جانب المستثمر، ويثبت هذا قانونيا في بعض الأحيان وذلك تبعا للحصة التي يملكها المستثمر الأجنبي في أسهم الشركات أو الفروع الخارجية.

(1) DUNNING J.H. Studies in international investment, London 1970

كما تتميز الاستثمارات المباشرة بخصائص أنها تضمن تبعية الفرع في مجال الأبحاث والتصاميم التي تتولاها الشركة، وخضوع عملية تنظيم الإنتاج والتوريد، والتسويق والمبيعات إلى مصالح الشركة الأم.(2)

وتشير التحاليل الاقتصادية إلى وجود أنواع وأشكال كثيرة من الاستثمارات المباشرة غير أنه يمكن توحيدها في ثلاثة أنواع أساسية:

. النوع الأول :

يتميز هذا النمط من الاستثمار بتبعية الاقتصاد الكاملة للشركة الأم وخضوعها لحاجاتها ، نظرا لأن كافة القرارات تتخذ من قبل هذه الأخيرة وتتجلى في ملكية المستثمر الأجنبي لرأس مال الشركة في البلد المضيف.

. النوع الثاني:

هذا النوع من الاستثمارات المباشرة يتمثل في إقامة الطاقات الإنتاجية في بلد معين لإنتاج مواد مخصصة للبيع في سوق مغلقة في إطار البلد المضيف ، وقد تكون للشركة عدة فروع مختلفة في العالم، وتتصف العلاقات المتبادلة بين الشركة الرأسمالية والفروع التابعة لها بغياب التجارة الدولية. كما أن قرارات المقر الرئيسي يتحدد أساسا على ضوء ظروف السوق في البلد الذي يقيم فيه الفرع.

. النوع الثالث:

يتجلى هذا النوع من الاستثمارات التي تخدم السوق العالمية من خلال توريد المنتجات التي تنتجها الفروع. وتقام هذه الفروع في مختلف البلدان حسب مبدأ أدنى ما يمكن من التكاليف الإنتاجية وتتوحد الفروع ضمن مخطط هيكلي واحد يضم الشركة الأم.[1]

---

(2) Economie internationale P. LINDERT. KINELBERGER , Economica 1988

[1] DUNNING J.H. Studies in international investment, London 1970

يقول الاقتصادي" دنينغ " بأن الاستثمارات الأجنبية المباشرة تمثل توسعا إقليميا لفعاليات النشاط الخاص، وبعد الدراسات توصل إلى نتيجة مفادها أن القسم الأكبر من تنقلات رأس المال الخاص هو من نصيب الاستثمارات الخاصة للشركات متعددة الجنسيات التي تقوم في معظم الأحيان بالصفقات المألوفة في السوق المفتوحة وغير مرتبطة بتنقل قوة العمل. وتكمن السمة الخاصة بالاستثمارات المباشرة حسب دنينغ في أن الشركة المستثمرة " تشتري السلطة" التي تضمن لها الإشراف على القرارات المتخذة في الفرع الخارجي، كما يرى أن الاستثمار الأجنبي المباشر يساعد على تطور الاقتصاد العالمي بقدر أكبر من الاستثمارات في المحفظة لما تقدمه هذه الاستثمارات من رأس المال وتكنولوجيا عالمية وخبرات من أجل المنافسة. (1)

يتبنى كندلبرغر نفس وجهة نظر دنينغ من حيث الأساس فإنه يرى الجمع بين الاستثمارات المباشرة والأسواق مع مراعاة الوضع في الأسواق يقود إلى بلورة نظرة منسجمة لمجمل العمليات، فهكذا تكون النظرة واضحة.

إن الاستثمارات المباشرة ترتبط بالأسواق فإذا توسعت لابد أن تنمو الشركة ، ويتناول كندلبرغر الاستثمارات الخارجية المباشرة على ضوء الموضوعات التي تتضمنها نظرية تطور الشركات. وهو يقول في ا الصدد إن اقتصاديين عديدين يرون في الأرباح الغير المدفوعة رأسمال أرخص رأس المال الذي يتم الحصول عليه من خلال القروض أو بيع أسهم جديدة . ويؤكد كندلبرغر خصوصا على أهمية الميزة " المنافسة الاحتكارية " التي يجب أن تتمتع بها الشركة حتى تتحول إلى شركة متعددة الجنسيات، وهو يشير في هذا الجانب أن الشركة المستثمرة يجب أن لا تكسب في الخارج أكثر مما تكسبه في الداخل. كما يزيد كندلبرغر في تحليله بالقول أن الشركات متعددة الجنسيات تتطور عندما تكون منافسة. وهو يرى أن

(1) DNING J.H. Studies in international investment, London 1970.

الشركات متعددة الجنسيات لا يمكن أن تشعر في ظل المنافسة الدولية بالولاء لأي بلد من البلدان . وتعمل الشركات متعددة الجنسيات على المساواة بين الربح على رأس المال المستثمر على النطاق العالمي آخذة بعين الاعتبار مخاطر الاستثمار ولهذا السبب يعتقد كندلبرغر أن الشركات متعددة الجنسيات مستعدة للمضاربة حتى ضد عمال البلد الذي يقع فيه مقرها الرئيسي.(2)

أما فرنون فيربط بين الاستثمارات الخارجية المباشرة وما يدعى بدورة المنتوج بما يمكن الاستثمارات الأجنبية المباشرة أن تؤديه في الصناعات التحويلية لتكون وسيلة تضمن وضعا متفوقا لهذه السلع الجديدة من أجل التجارة الدولية . وهو يرى في اتجاه تدفق الاستثمارات الخارجية المباشرة ناتجا لتطور الطلب على المنتجات التي تنتج على أساس التكنولوجيا الأكثر تقدما . ويزيد فرنون ويقول أن الدافع المحرك للشركات هو ارتفاع معدل الربح سواء على رأس المال المصدر (المستثمر في الخارج) أو على أو رأس المال المتلقي.(3)

ويمكن إيجاد تعريف آخر للاستثمارات الأجنبية المباشرة وهو أنه الطريقة العملية لتحقيق سياسة استراتيجية للشركات الكبرى المكرسة لضمان التكامل العمودي وتوسيع نطاق الاستغلال على مستوى الاقتصاد الرأسمالي العالمي بهدف رفع درجة الاحتكار حفاظا على معدل الربح وزيادة كميته.

ويمكن لنا إيجاد تعريف آخر والذي يقترحه بعض الاقتصاديين وخاصة المحاسبين المكلفين بإعداد ميزان المدفوعات وهو أن هذا الاستثمار المباشر كل تحرك للأموال إلى مؤسسة أجنبية وأنه كل امتلاك جديد لجزء أو حصة ملكية لمؤسسة أجنبية بشرط أن يكون المقيم داخل البلد له حصة أكبر لهذه المؤسسة.

---

(2)أأمير نواف، الأطروحات الخاصة بتطوير الشركات الخاصة متعددة الجنسيات ص98-99

(3)أمير نواف الأطروحات الخاصة بتطوير الشركات الخاصة متعددة الجنسيات، المرجع السابق، ص.106

ومما يجب الإشارة إليه أن الاستثمار الأجنبي المباشر يتضمن كل أنواع الاستثمارات سواء كانت امتلاك حصص جديدة وهذا ما يسمى بالاستثمار المباشر أو مجرد تحرك رؤوس أموال وهذا ما يسمى بالاستثمار الغير مباشر، ويمكن التفريق بين الاستثمار المباشر والغير مباشر في تباين أشغال وسياسات وخصائص كل منها، ولهذا هناك تنوع في الشكل والاختيارات الدولة المضيفة.

المبحث الثاني

مجالات الإستثمار وأدواته وضوابطه وخصائصه في المشروعات والأنظمة الاقتصادية

المطلب الأول:مجالات الاستثمار وأدواته.

يقصد بمجال الاستثمار نوع أوطبيعة النشاط الاقتصادي الذي يوظف فيه المستثمر أمواله بقصد الحصول على عائد ومن الأمثلة عليها: مجال العقارات، مجال الصناعة، مجال الزراعة ومجال السياحة...الخ.

أما إدارة الاستثمار فهي الأصل المعين الذي يستثمر فيه المستثمر أمواله، أي أنه يمكن أن يكون في المجال الواحد أكثر من أداة للاستثمار مثل السندات، الأسهم، شراء وبيع الأراضي.[1]

أولا معايير تبويب مجالات الاستثمار:

هناك معياران هما:

*المعيار الجغرافي.

*المعيار النوعي: أي نوع الأصل محل الاستثمار حقيقي أم مالي.

المعيار الجغرافي:

ويمكن تبويب الاستثمارات إلى استثمارات محلية وأخرى خارجية.

*الاستثمارات المحلية:

هي جميع الفرص المتاحة للاستثمارات في السوق المحلية بغض النظر عن أداة الاستثمار المستعملة مثل العقارات والأوراق المالية والذهب والمشروعات التجارية ...الخ.

*الاستثمارات الخارجية:

[1] زياد رمضان ،مرجع سابق ص (من 35 إلى 39) بتصرف

هي جميع الفرص المتاحة للاستثمار في الأسواق الأجنبية مهما كانت الأدوات المستعملة وتتم هذه الاستثمارات إما بشكل مباشر أو غير مباشر.

المعيار النوعي:

*الاستثمارات الحقيقية (الاقتصادية):

يعتبر الاستثمار حقيقيا متى وفر للمستثمر الحق في حيازة أصل حقيقي كالعقار والسلع والذهب...الخ، والأصل الحقيقي هو كل أصل له قيمة اقتصادية في حد ذاته ويترتب على استخدامه منفعة اقتصادية إضافية تظهر على شكل سلعة أو على شكل خدمة فالعقار أصل حقيقي.

*الاستثمارات المالية:

الاستثمار المالي هو "شراء تكوين رأسمالي موجود " وهذا يعني شراء حصة في رأسمال (سهم) أو حصة قرض (سند أو شهادة إيداع أو أذن خزينة)تعطي مالكها حق المطالبة بالأرباح أو الفوائد وبالحقوق الأخرى التي تضمنها القوانين ذات العلاقة.وما يحدث في السوق المالية الثانوية من عمليات بيع وشراء للأسهم والسندات فهو لا يعدو كونه عملية نقل ملكية الأصل المالي حيث يتخلى البائع عن ملكيته لذلك الأصل (السهم أو السند..)مقابل حصوله على أصل آخر (هو الثمن الذي قد يكون أصلا حقيقيا مثل النقود) يتخلى عنه المشتري ، فخلال عملية التبادل هذه لاتنشأ أي منفعة اقتصادية إضافية أو قيمة اقتصادية مضافة لناتج القومي [1].

[1] *زياد رمضان ،مرجع سابق ص (من 35 إلى 39) بتصرف

المطلب الثاني: أدوات الاستثمار:

تعرف أداة الاستثمار بأنها الأصل الحقيقي أو المالي الذي يحصل عليه المستثمر لقاء المبلغ الذي يستثمره، و يطلق البعض على أدوات الاستثمار اصطلاح وسائط الاستثمار و أدوات الاستثمار المتاحة للمستثمر في المجالات المختلفة كثيرة جدا و نتناولها فيها يلي:

1/ أدوات الاستثمار الحقيقي:

.**العقار:** تحتل المتاجرة بالعقارات المركز الثاني في عالم الاستثمارات بعد الأوراق المالية و تتم بشكل مباشر عند شراء عقار حقيقي أو بشكل غير مباشر عند شراء سند عقاري صادر عن بنك عقاري .

.**السلع:** المتاجرة بالسلع تشبه المتاجرة بالأوراق المالية في كثير من الوجوه إلا أن الاتجار بالسلع يكون غالبا اكبر مخاطرة من الاتجار الأخر.

.**المشروعات الاقتصادية:** و تتنوع أنشطتها ما بين تجاري و صناعي و زراعي.

2/ أدوات الاستثمار المالي:

.أدوات دين مثل: شهادات الإيداع، أوراق تجارية، قبولات، سندات و أذونات الخزينة، وأدوات ملكية مثل: الأسهم الممتازة و الأسهم العادية.

.أدوات قصيرة الأجل مثل اذونات الخزينة، شهادات الإيداع و عقود العملات الأجنبية قصيرة الأجل و أدوات طويلة الأجل مثل الأسهم و السندات.

.أدوات ذات الدخل الثابت مثل: اذونات الخزينة و السندات ذات سعر فائدة ثابت و الأسهم الممتازة، وأدوات ذات الدخل المتغير مثل الأسهم العادية و السندات ذات سعر فائدة عائم[1].

[1]* زياد رمضان ،المرجع السابق، ص (من 42 إلى 46) بتصرف

المطلب الثالث: ضوابط وخصائص الاستثمار في المشروعات الاقتصادية:

إن للاستثمار ضوابط و خصائص نذكرها كما يلي:

- **الفرع الأول: الضوابط:**

لأجل النمو الحقيقي و دفع عجلة تطور الاستثمار وجب علينا تتبع الضوابط التالية:

1/ أن يكون الاستثمار نشاطا إنسانيا هادفا:

أي العمل على زيادة الثروة الوطنية دون الضرر بأفراد المجتمع.

2/ أن يعمل الاستثمار على مضاعفة الخيرات المادية و المعنوية:

الأموال التي توظف من اجل مضاعفة الأموال لا تعد استثمارا لأنها في حقيقة الأمر لم تضف شيئا للثروة الوطنية، و إنما قامت على أساس مبادلات خارجية المستفيد الأول منها الاقتصاد الأجنبي.

3/ أن توظف أموال الاستثمار في المشاريع الإنتاجية ذات الأولوية:

لكل مجتمع سلم و أولويات وعلى أفراده أن يتخذوا الوجهة السليمة للاستثمار، كما أن المشاريع التي لا يرجى منها إنتاجا جديدا يضاف إلى الإنتاج الوطني تخرج من إطار الاستثمار.

4/ يجب أن تراعي كل عملية استثمارية قيم و أخلاقيات المجتمع:

إن ضبط الاستثمار من الوهلة الأولى بقيم و أخلاقيات الأمة يعتبر الحصن المنيع الذي يحافظ به على قيم الأمة من الانسلاخ و التقليد الأعمى لنمط الاستهلاك المادي و الروحي للغرب[1]

- **الفرع الثاني: الخصائص:**

- . يحقق المستثمر عائدا معقولا مستمرا في المشروعات الاقتصادية.

[1] سهام بن ساهل، مرجع سابق ص 4،3،بتصرف

- *يتوفر للمستثمر في المشروعات الاقتصادية قدر كبير من الأمان ،أي درجة المخاطرة المتعلقة بالخسائر الرأسمالية منخفضة إلى حد كبير.
- توفر للمستثمر ميزة الملاءمة إذ يختار من المشروعات ما يتناسب وميوله.
- يتمتع المستثمر بحق إدارة أصوله ويقوم بإدارتها بنفسه أو يفوض الغير بإدارتها لحسابه.
- يؤدي الاستثمار في المشروعات الاقتصادية دورا اجتماعيا أكثر من غيره .[1]

للقيام باستثمارات ناجحة كان التمسك بضوابط الاستثمار حتما بمثابة القاعدة الأساسية التي تنطلق منها التنمية الاقتصادية المرجوة.

وللاستثمار مفاهيم أخرى على اختلاف مذاهب المدارس الاقتصادية ونظرتها الخاصة.

[1] *زياد رمضان:مرجع سابق ص ص 44 ،45 .

المطلب الرابع:الإستثمار في الأنظمة الإقتصادية

الفرع الأول:الاستثمار في النظام الاقتصادي الإسلامي:

انه لكل نظام اقتصادي خصائص ومفاهيم خاصة، فالنظام الاقتصادي الإسلامي يعتمد كليا على تجسيد ما جاءت به الشريعة المحمدية السمحاء، وفي هذا المبحث سنتطرق إلى خصائص هذا النظام الاقتصادي وكذا مفهوم الاستثمار داخل حدود الشريعة الإسلامية وكذا الضوابط التي يخضع لها الاستثمار في النظام الاقتصادي الإسلامي.

أولاً:مفهوم الاستثمار في النظام الاقتصادي الإسلامي:

إن النظام الاقتصادي الإسلامي يتماشى والشريعة الإسلامية، ومفهوم الاستثمار فيه متعدد. وفيما يلي نذكر مفهوما شاملا.

- **أولا: مفهوم الاستثمار:**

يطلق الاستثمار عموما على تنمية المال، بشرط مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية،فهو طلب ثمرة المال ونمائه في أي قطاع من القطاعات الإنتاجية سواء كانت زراعية،صناعية أو تجارية، أي هو "نشاط إنساني ايجابي مستمد من الشريعة الإسلامية ويؤدي إلى تحقيق وتدعيم أهداف النظام الاقتصادي الإسلامي من خلال الأولويات الإسلامية التي يعكسها واقع الأمة الإسلامية " وذلك بتوظيف المال للحصول على العائد منه وتنمية ثروة المجتمع بما يحقق مصلحة الفرد و الجماعة [1] .

خصائص النظام الاقتصادي الإسلامي:

مبادئ هذا النظام تقر بمصالح الفرد والجماعة، وأهم هذه الخصائص هي:

- **أولا: ازدواج ملكية وسائل الإنتاج :**

[1] –سهام بن ساهل ،مرجع سابق ص 15 .

كلا الملكيتين، عامة كانت أو خاصة، متواجدة ومتكاملة في المنهج الإسلامي، كلاهما مقيد بالقيم الشرعية والخلقية، فالملكية الخاصة هي تحقيق للفطرة الإنسانية في حب التملك، والملكية العامة تكمن في دور الدولة في تلبية الحاجيات والمتطلبات الضرورية، وتوفير العيش الكريم للفرد.

- **ثانيا: الحرية الاقتصادية**

تعد الملكية الخاصة وحرية التصرف في وسائل الإنتاج ؛ من أهم مميزات النظام الاقتصادي الإسلامي غير أن هذه الحرية مقيدة وتتماشى والشريعة الإسلامية.

- **ثالثا: تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي:**

والغاية من هذا التدخل هو الحفاظ على التوازن في سير النشاط الاقتصادي وتطبيق أحكام الشريعة على هذا النشاط.

- **رابعا: المنافسة الحرة الشريفة:**

وتكون بين المنتجين، وهذا ضمانا لتفاعل جيد بين قوى العرض والطلب في حرية تامة لتحديد الأسعار. وللمنافسة الحرة الشريفة ضوابط هي كالآتي:

- منع الاحتكار بجميع أنواعه.
- منع الغش والتدليس والتطفيف.
- منع الوساطة التي يترتب عليها التأثير في حرية الأسواق.
- ضمان الحقوق العادلة لكل من المنتجين والمستهلكين.
- منع التعامل بأي شكل من أشكال الربا، وكل مايؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل.
- ضرورة تحلي المنتجين بالصدق من جهة،ومراقبة الدولة المستمرة للأسواق من جهة أخرى[1]

[1] الطيب داودي : تمويل التنمية الاقتصادية من منظور إسلامي رسالة ماجستير ،معهد العلوم الاقتصادية،جامعة الجزائر، 1990، ص73،74.

ثالثاً: ضوابط الاستثمار في النظام الاقتصادي الإسلامي.

إن للاستثمار في النظام الاقتصادي الإسلامي ضوابط عدة نذكر منها الضوابط الخلقية، الاجتماعية والاقتصادية.

❖ *الضوابط الخلقية:*

وتعني مجموع المبادئ والقيم الأخلاقية و الخلقية الثابتة التي توجه السلوك للمستثمر، والتي أوجب الشارع الحكيم على المستثمر الالتزام بها عند استثماره لماله، وذلك بغية تحقيق مقاصد الشرع المتمثلة في الحفاظ على استدامة تنمية المال وعلى ديمومة تداوله وتحقيق الرفاهية الشاملة للفرد والجماعة تحقيقا للقيام بواجب الخلافة لله وعمارة الأرض.

إن تلك المبادئ الخلقية السامية تنظم مبدأ الالتزام بالصدق ومبدأ الالتزام بالأمانة و مبدأ الالتزام بالوفاء بالوعد، ومبدأ الالتزام بالعدل ، فضلا عن البعد عن نواقض الأخلاق المذكورة من كذب وغش وخيانة وخلف بالوعد وظلم وإضرار بالغير، ومن المفيد الإشارة إلى أن الإسلام ربط النشاط الاستثماري بهذه المبادئ ويعود سبب ذلك الربط إلى التصور الإسلامي الشمولي الذي يرى الجانب الخلقي مرآة عملية لجوانب أخرى، والذي يعد النظام الاقتصادي برمته جزءا لايتجزأ من نظامه العام ، بل و يرى أن أية عقيدة أو أي نشاط اقتصادي لابد له من أن يرتبط بأخلاق وقيم وآداب ، ولا مكانة للمثالية المجردة غير الواقعية في تشريعاته كمالا قيمة لعقيدة لا يصادق عليها العمل ولا يفعل بها الواقع ولذلك فان الأخلاق في الإسلام قيمة مطلقة وليست نسبية ولا نظرية [1].

❖ *الضوابط الاجتماعية:*

[1] قطب مصطفى سانو ، مرجع سابق ص129،130.

ويقصد بها مجموع المبادئ الاجتماعية التي أوجب الشرع على المستثمر المسلم الالتزام بها عند استثماره أمواله، لئلا يؤدي استثماره إلى الأضرار بالاجتماع الإنساني في مقوماته الأساسية، وإشاعة الكراهية و البغضاء بين أفراد المجتمع.

إذا كان من المقاصد الشرعية المعتبرة حماية المجتمع من كل ما من شأنه الإضرار به ، و اضطرابه وزعزعة أمنه و سلامته، فان كل عمل استثماري يقوم على إذكاء روح العداء و البغضاء بين الأفراد و الجماعات ،فانه يجب نبذه والابتعاد عنه، كما أن كل عمل استثماري يهدف إلى تربية مجتمع لا يقيم للقيم والأخلاق العامة وزنا ولايعترف بالمبادئ السامية ،فان ذلك العمل الاستثماري يعد منبوذا ومردودا من المنظور الإسلامي.

وان الإسلام قد حرم أنواعا عديدة من البيوع والتجارات لاشتمالها على خلال تفضي إلى إيقاع النزاعات و الصراعات بين الأفراد، ولأنها تقود إلى إصابة الأهم من مقوماتها الأساسية من صحة وحيوية وتساند وترابط وتعاون، وقد كان مقصد الإسلام الأعلى في كل هذا إيجاد مجتمع نظيف متحاب متآخ ومترابط.

وفي هذا ثلاث ضوابط هي:

- الابتعاد عن الاستثمار عن طريق الاحتكار حتى لا يغدو المجتمع مرتعا لشتى الجرائم الخلقية.
- الابتعاد عن الاستثمار عن طريق المعاملات الربوية بأصنافها للابتعاد عن إذكاء نار الطبقية.
- الابتعاد عن الاستثمار عن طريق الاتجار في السلع المحرمة المضرة تداولا واستهلاكا شرعا[1].

❖ *الضوابط الاقتصادية:*

[1] قطب مصطفى سانو ، مرجع سابق –ص 173–175 .

ويراد بها مجموع المبادئ الاقتصادية العامة التي تؤدي التزام المستثمر المسلم بها إلى تحقيق مقاصد الشرع المتمثلة في استدامة تداول المال، وفي تحقيق الرفاهية الشاملة للفرد والمجتمع، والقيام بمهمة الخلافة لله وعمارة الأرض وهذه المبادئ في طبيعتها مرنة، ودوائرها خاضعة للظروف والأزمنة والأمكنة والأحوال، وذلك لان ضبطها يتأثر بجملة من العوامل الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والفكرية، وأهم هذه المبادئ هي:

*ضرورة التزام المستثمر بمبدأ حسن التخطيط عند استثماره أمواله بحيث لا يقدم على الاستثمار دون استعاب للمجال الذي يروم الاستثمار فيه.

*ضرورة التزام المستثمر بمبدأ المفاضلة بين مجالات الاستثمار المتنوعة في عصره بحيث يراعي عند الاستثمار الفرق بين الضروريات والحاجيات والتحسينات.

*ضرورة التزام المستثمر بمبدأ أقوم الطرق وأرشدها عند الاستثمار، فيبتعد عن الاستثمار بالطرق البالية غير المؤثرة ويتجنب التلبيس بوسيلة استثمارية تبين عدم جدواها في عصره أو بيئته.

هذه هي مجمل المبادئ والأسس الاقتصادية التي ينبغي لمستثمر الأموال استحضارها عند استثماره، وما يمكن قوله عدم الاستغناء عن أي ضابط لأنها متداخلة ومترابطة ومتماسكة [1].

الفرع الثاني:الاستثمار في النظام الاقتصادي الرأسمالي:

ينفرد النظام الاقتصادي الرأسمالي بميزة خاصة في مفهومه للاستثمار، حيث يتميز هذا النظام بخصائص تختلف عن الأنظمة الاقتصادية الأخرى.

[1] قطب مصطفى سانو ، مرجع سابق.ص201،202.

أولاً:مفهوم الاستثمار في النظام الاقتصادي الرأسمالي:

خصائص النظام الاقتصادي الرأسمالي لها تأثير في مفهوم الاستثمار، فهي تعتبر الحدود التي تقيد سير النشاط. فمفهوم الاستثمار عند الرأسماليين يختلف عن مفاهيم الأنظمة الأخرى.

- **أولا: مفهوم الاستثمار:**

اختلف العديد من المفكرين الرأسماليين في تعريفهم للاستثمار، إلا أنهم اشتركوا في المعنى الذي يهدف إليه، ومن بينهم الاقتصادي كينز الذي يعرف الاستثمار بأنه "عبارة عن أداة لتحقيق مستوى مرتفع من العمالة المباشرة وغير المباشرة".

- **ثانيا: خصائص الاستثمار:**

ويمتاز الاستثمار في النظام الاقتصادي الرأسمالي بخاصيتين هما

❖ *الكفاية الحدية لرأس المال:*

وهي عبارة عن نسبة الإيرادات المتوقعة في الإنتاج أي الدخل، نتيجة لتوظيف أصل استثماري إضافي، وهي عند كينز تعادل سعر الخصم الذي يجعل القيمة الحالية للغلات السنوية المتوقعة من الأصل الاستثماري مساوية للتكلفة من إحلال هذا الأصل.

❖ *سعر الفائدة:*

يعرفه كينز بأنه ليس الذي يحقق توازن طلب موارد الاستثمار وقابلية الامتناع عن الاستهلاك المباشر.وإنما هو السعر الذي تتفق عنده الرغبة في إبقاء الثروة في شكل سائل مع كمية العملة المتاحة[1].

[1] سهام بن ساهل، مرجع سابق ص،ص 7,8 .

ثانياً:خصائص النظام الاقتصادي الرأسمالي:

وله عدة خصائص نذكر منها:

- **أولا: الحرية الاقتصادية.**

والمقصود بها الحرية الاقتصادية للأفراد والمشروعات في مباشرة الاستثمارات واختيار الأنشطة الملائمة والمدرة للأرباح، حيث نجد أن كبار مفكري هذا النظام ينادون بعدم تدخل الدولة في الشؤون الاقتصادية من خلال شعارهم "دعه يعمل أتركه يمر ".

مبينين أن الدوافع الذاتية لدى الفرد تؤدي إلى تحقيق المصلحة العامة عن طريق فتح مجال التنافس الحر بين المستثمرين في شتى مجالات الإنتاج مما يؤدي إلى تحسين وزيادة الكفاءة الإنتاجية للمشروعات وبالتالي رفع مستوى الإنتاج وتحقيق المصلحة العامة للمجتمع.

- **ثانيا: الملكية الخاصة لوسائل الإنتاج.**

لهذه الخاصية مقام الروح من الجسد في النظام الرأسمالي فهو يمنح الحرية التامة في امتلاك مختلف وسائل الإنتاج وهذا ما أدى إلى ظهور نتائج اقتصادية كتنشيط الحافز على نمو وتراكم الثروة وحب تجميع الأموال وتراكمها وزيادة الثروة وتنميتها وكذا حفاظ الأفراد على وسائل الإنتاج من التلف[1].

- **ثالثا: المنافسة الكاملة.**

إن هذه المنافسة التي تؤدي إلى توازن السوق تعيش هي الأخرى في ظل الحرية الاقتصادية،فالمنتجون لهم كامل الحرية في اختيار المجالات التي يستثمرون فيها أموالهم، وأنواع السلع التي تنتجها مصانعهم دون اعتبار لبقية العوامل الاجتماعية، كما لهم الحرية التامة في عرض سلعهم في الأسواق الداخلية أو الخارجية.

[1] الطيب داودي ،مرجع سابق ،ص 47.

ومن أهم ايجابيات النظام الرأسمالي الاقتصادي مايلي فيما يخص المنافسة الحرة:

❖ الحرية الاختيارية لنوعية الاستثمارات وحرية اختيار عوامل الإنتاج الأنسب، والمهن وجهات العمل، الأمر الذي يؤدى إلى رفع الكفاية الإنتاجية للمشروعات الاقتصادية.

❖ تشجيع المنافسة على زيادة البحث العلمي وتساهم في الاستقرار الاقتصادي وتقلل من التضخم.

تحمي اليد العاملة من الاستغلال وذلك بالتنافس عليها [1].

الاستثمار في النظام الاقتصادي الاشتراكي.

الملكية العامة لوسائل الإنتاج والتخطيط الاقتصادي خاصيتان مميزتان لهذا النظام تنعكسان على مختلف الأنشطة الاقتصادية بما فيها الاستثمار.

الفرع الثالث:مفهوم الاستثمار في النظام الاقتصادي الاشتراكي.

يختلف مفهوم الاستثمار من مفكر إلى آخر.

- **أولاً:مفهوم الاستثمار في النظام الاقتصادي الاشتراكي:**

من أهم رواد الفكر الاشتراكي نجد المفكر الألماني كارل ماركس والذي عرف الاستثمار بأنه:" هو توظيف الناتج الصافي قصد تحقيق الزيادة في الثروة دون تغيير طابعها الاجتماعي وتوزيعها".

فالمنظرون الاشتراكيون يرون بأن الاستثمارالذي يستمد مصدره من الفائض الاقتصادي يؤدي إلى تجديد طاقات إنتاجية قديمة للمجتمع ويوسع جهاز إنتاجه في مختلف القطاعات كالزراعة، الصناعة والتجارة وغيرها [2].

---

[1] الطيب داودي ،مرجع سابق ،ص 50.

[2] محمد بلقا سم حسن بهلول، الاستثمار وإشكالية التوازن الجهوي –مثال الجزائر– (الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب 1990) ص ص15،16.

ثانياً::خصائص النظام الاقتصادي الاشتراكي:

وتتمثل في خاصيتين هما:

- **أولا: الملكية العامة لوسائل الإنتاج.**

وتعني هذه الخاصية أن كافة وسائل الإنتاج مادية أو معنوية هي ملك لسائر أفراد المجتمع، وتعتبر هذه الخاصية جوهر الاشتراكية، فالملكية الخاصة في هذا المنهج استثناء لايجوز الرجوع إليه إلا في الظروف الاجتماعية القاهرة، ذلك أن المنهج الاشتراكي يرى أن الملكية الخاصة هي سبب تعاسة الإنسان واستغلاله ونهب حقوقه من قبل أصحاب رؤوس الأموال، كما يرون بأنه ما دامت الملكية العامة اشتراك لسائر أفراد المجتمع، فعائدها يعود عليهم لامحالة.

- **ثانيا: التخطيط الاقتصادي.**

في هذا المفهوم يمكن أن نميز بين فكرتين أساسيتين، تعتمد الأولى على تخمين دقيق لما سيأتي في المستقبل، والثانية ترتكز على ناحية السيطرة والرقابة، فالهيئة المركزية تسهر على وضع الخطة التي تقوم على توزيع عوامل الإنتاج على سائر أوجه النشاط الاقتصادي، الأمر الذي يؤدي إلى تحقيق أهداف كل قطاع[1].

- **ثالثاً: أهم أفكار كارل ماركس في الإنتاج والاستثمار:**

هي أفكار حاول من خلالها كارل ماركس توضيح المقولة كيف أن الغني الرأسمالي يزداد غنا والعامل الفقير يزداد فقرا. فقد تناول عدة نظريات منها:

- *نظرية القيمة:*

اعتبر كارل ماركس أن قيمة سلعة ما تقاس بالعمل الذي تتضمنه تلك السلعة، أو تقاس بالزمن الاجتماعي لا بالزمن الحقيقي، أي الزمن الذي يقضيه العامل

[1] الطيب داودي ،مرجع سابق ، ص 52.

المتوسط في إنتاج المادة على أساس توفير مستوى معين من وسائل الإنتاج، فكل المواد كيفما كانت ماهي إلا مجرد تراكم العمل البشري الذي يعتبر أساس الإنتاج.

❖ *نظرية فائض القيمة:*

مفاد هذه النظرية أن العمال يعملون لحساب صاحب الأرض أو صاحب رأس المال بأجر متدني وفي نفس الوقت ينتجون لصاحب المال أو صاحب الأرض سلعا أو موادا قيمتها تساوي مقدار العمل المتراكم لصناعة هذه السلع.

والفرق الموجود بين قيمة المادة أي العمل وقيمة الأجر يسمى بفائض القيمة.

❖ *نظرية تراكم رأس المال:*

ماركس يرى أن أصحاب رؤوس الأموال يجمعون المال عن طريق الأرباح المتحصل عليها في شراء رأس المال سواء كان ثابتا (آلات، معدات، مواد أولية)أو متغيرا ت(الذي تدفع منه الأجور وهو مصدر فائض القيمة)

❖ *نظرية التفقير:*

ويترتب عن ظاهرة التفقير انخفاض في مستوى الأجور داخل مجموع المداخيل في حين نسبة الأرباح تتزايد. أي أن مستوى المعيشة للعمال في انخفاض وأرباح أصحاب رؤوس الأموال في ارتفاع.

❖ *نظرية الأزمات:*

ماركس يرى من خلال هذه النظرية أن الانخفاض في مستوى الأجور يعود بالضرر على الاستهلاك (أي نقص في الاستهلاك) وبالتالي يحدث كساد السلع، ومن ثمة توقيف الإنتاج وإقفال المصانع وبالتالي تعطيل الاستثمارات.

❖ *نظرية التركيز:*

وضح كارل ماكس من خلال هذه النظرية أن كبار الرأسماليين يعملون للاستيلاء على الأسواق وتوسيع معاملهم على حساب المنظمين الصغار الذين يضطرون إلى

الانسحاب من دورة الإنتاج، في حين يرتكز رأس المال في أيدي أقلية قليلة، مما يؤدي إلى إعاقة الاستثمار[1]

للاستثمار مفاهيم متعددة ومختلفة، فهو ذلك النشاط الإنساني الهادف إلى مضاعفة الخيرات المادية والمعنوية عن طريق توظيف الأموال، وهو كل اكتساب للأموال من أجل الحصول على منتوج أو استهلاكه.

وللاستثمار مجالات وأدوات وضوابط تحكمه وتختلف هذه الأخيرة باختلاف الأنظمة الاقتصادية كلها تنصب في بوتقة واحدة هي التنمية الشاملة ومواكبة العصر.

إذن للاستثمار أهمية بالغة في الاقتصاديات الوطنية ولذلك وجب على كل دولة مسايرة هذه الاستثمارات والتطلع أكثر في هذا المجال لأجل تنمية مستديمة وفعالة.

[1] سهام بن ساهل ،مرجع سابق،ص ص 12،11. بتصرف .

الفصل الثالث

تطبيق النظم القانونية والقانون الدولي في منازعات الإستثمار

المبحث الأول

مفهوم المنازعات الإستثمارية

حرص المشرع على توفير الأرضية القانونية اللازمة لتشجيع الاستثمار، باعتباره أحسن وسيلة لإنماء المكاسب وتحقيق التطور الاقتصادي والاجتماعي[1]، دون أن يعرفه رغم كونه من أهم المصطلحات الرائجة ليس فقط في علم الاقتصاد،وإنما في غيرها من العلوم السياسية، والاجتماعية.

ونذكر أنه في إطار تقرير أنجز حول إعادة هيكلة الحوافز المتعلقة بالاستثمار في تونس [2] أعطى خبراء البنك الدولي مجالا واسعا للإطار القانوني للاستثمار معتبرين إياه يهم التشريع المتعلق بالصرف، والتجارة الخارجية، والقوانين الجبائية والبنكية، وتلك المتعلقة بالائتمان عامة، والتشريع المنظم للسوق المالية.

وقد سعى المشرع [3] إلى ضبط بعض المفاهيم المتصلة بالاستثمار وبين المقصود منها بالفصل 3 من المشروع

فعرف **عمليات الاستثمار**:

بأنها كل إحداث لمشروع جديد مستقل بذاته بالبلاد التونسية بغرض إنتاج سلع أو إسداء خدمات أو كل عملية توسعة تقوم بها مؤسسة قائمة في إطار نفس المشروع من شأنها الرفع من قدرتها الإنتاجية[4].

من خلال ما سبق يمكن أن نستخلص خصائص عديدة للاستثمار منها:

---

[1] Neji Baccouche , Incitations aux investissements et concurrence entre Etats .In OU VA le droit de l investissement ?Désordre normatif et recherche d équilibre ;Actes du colloque organise a Tunis les 3et4 mars2006 .Editions A. PEDONE-Paris page61 »l investissement est a la base de la croissance économique et du bien –être social »

[2] يراجع الموقع الالكتروني الخاص بالبنك الدولي www.worldbank.com

[3]من خلال مشروع المجلة الجديدة للاستثمار-مشروع المجلة الجديدة للاستثمار في صيغته الأولى مؤرخة في27فيفري 2013.

[4] يتجه التفريق بين الاستثمار والادخار فيعرف الادخار بكونه جملة الأموال الإضافية أو الجزء من الدخل غير المخصص للاستهلاك، غير أن الاستثمار يتمثل في إضافة هذا الجزء من الدخل إلى الطاقة الإنتاجية وإلى رأس المال.لهذا التفريق أثر في التشريع الوطني التونسي إذ ينص الفصل 23 من القانون 1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق المالية إلى مفهوم " الادخار المستثمر"، وبالتالي فان التفرقة تبدو بارزة بين الادخار باعتباره سيولة مجمدة خالية من عنصر المخاطر وبين الاستثمار المتمثل في الإلقاء بهذه الوسيلة في الدورة الاقتصادية. كما يميز فقهاء القانون بين الاستثمار المباشر والاستثمار غير مباشر أو ما يعرف « L'investissement de porte feuille » إذ يفترض في الاستثمار المباشر زيادة عن توظيف الأموال مساهمة فعلية في رقابة المؤسسة التدخل في سياستها العامة بخلاف استثمارات الحافظة التي لا تؤدي إلى ممارسة سلطة مباشرة على إدارة المؤسسة.

ومما لاشك أن الدول التي لا تتفاعل مع هذا النمط الجديد في العلاقات الدولية ستظل معزولة سياسيا، واقتصاديا عن كافة المجتمع الدولي بما يحتم عليها:

***الانضمام** إلى أحلاف أو **إنشاء** أحلاف مثل تنظيم السوق الأوروبية المشتركة ،والتكتل الاقتصادي الأمريكي، وتكتل دول شرق آسيا، والتكتلات العربية مثل السوق العربية المشتركة واتحاد دول المغرب العربي (الجزائر–تونس–ليبيا –موريتانيا–المغرب).

***تنظيم علاقتها** وفق اتفاقيات ثنائية أو جماعية في مختلف المعاملات الاقتصادية والتجارية سواء اتصلت بعمليات البيع الدولية أو بالاستثمارات التجارية الدولية أو عقود الاستيراد والتصدير[1].

***تطوير تشريعها** الوطني لطمأنة المستثمر ففي تونس مثلا رغم الحوافز التي أقرتها الدولة فإنها لا تزال ساعية إلى تطوير تشريع الاستثمار حتى تكون في صيغة تطمئن المستثمر.[2]

ولكن هذه التكتلات لا يمكن أن تدفع الاستثمار وتجلب المستثمرين إلا بحسن تطبيق أحكام الاتفاقيات لأنه تنشأ عن علاقات الاستثمار منازعات بين أطرافها سواء في مرحلة إنشاء العلاقة أو في طور سريانها أو عند تنفيذها.

ترجع أسباب تلك المنازعات إلى أمرين هامين يتمثلان في :

***الاختلاف** في مضمون الاتفاقيات و تأويل الحقوق والالتزامات .

***نقض الدولة** المستضيفة للاستثمار لتعهداتها إزاء المستثمر.

و تتعدد في أطرافها وفي مضمونها.

*فعلى مستوى **الأطراف** تنشا المنازعات بين الدولة المضيفة للاستثمار و المستثمر الأجنبي ،وبين المستثمرين ومؤسسات الضمان،وبين الدولة المضيفة للاستثمار ومؤسسات ضمان الاستثمار ضد المخاطر التجارية.

*أما على مستوى **مضمون نزاعات** الاستثمار فهي يمكن أن تطال المعاملة في حد ذاتها،أو تفسير بنود الاتفاقية وتطبيقها،أو خرق بنودها.[1]

---

[1] يمكن أن نحصي عدد كبير من الاتفاقيات الجماعية والثنائية وهي تعد بالآلاف ولا يتعلق الإشكال بذلك وإنما بتفعيلها عمليا لأنها لا تتفق مع مناخ الاستثمار أحيانا. وتتعدد النزاعات بالتالي بما يتطلب تدخلات أخرى و هو ما يولد حلقة مفرغة : يراجع في هذا المعنى، OU VA L INVESTISSEMENT. Opcit Rapport introductif, p5et6.

[2] حسب تصريح وزير الاستثمار والتعاون الدولي بجريدة الصباح التونسية بعددها الصادر بتاريخ 7نوفبر 2012حيث أكد الوزير أن الدولة تسعى إلى إدخال عدة تعديلات على قوانين الاستثمار وان المجلة الجديدة هي رسالة طمأنة للمستثمر.

تعريف المنازعات الاستثمارية:

يقصد بالنزاع الدولي خلاف بين دولتين على مسألة قانونية أو حادث معين، او بسبب تعارض وجهات نظرهما القانونية او مصالحهما.

وعرَّفت المحكمة الدائمة للعدل الدولي ، النزاع على انه خلاف حول نقطة قانونية او واقعية او تناقض وتعارض للطروحات القانونية او المنافع بين دولتين.

المنازعة وتعني المعارضة او ابداء الراي المناقض لوجهة نظر الطرف الاخر في المسألة محل النزاع . أو انكارها اصلا او تفسيرها تفسيرا يعاكس او يغاير او يناقض او يزيد على تفسير الطرف الاول، او استعمال الوسائل المادية أو القانونية او كلاهما لإثبات ذلك.

والمنازعة كركن جوهري في المنازعات الدولية، قد تتخذ اشكالا متعددة منها:

_عدم الاتفاق في وجهات النظر بين الطرفين المتنازعين،

_ اعتراض طرف من الاطراف على اجراء او رأي لطرف آخر بخصوص موضوع النزاع،

_ انكار ادعاء طرف من الاطراف من جانب الطرف الثاني،

_ تفسير احد الاطراف موضوع النزاع تفسيرا يغاير تفسير الطرف الاخر

وتعريف فض المنازعات الاستثمارية، هو تسوية الخلافات الناشئة او المحتمل نشوئها بين اطراف الاتفاقية الثنائية الاستثمارية او اطراف عقد الاستثمار او عقد الامتياز، بالطرق والسبل المحددة بإرادتهم بالاتفاقية الدولية او الثنائية او العقد من خلال القضاء الوطني او الطرق الودية أو التحكيم الداخلي او الدولي.

تختلف اسباب منازعات الاستثمار بحسب قانون الدولة المرخصة للاستثمار ، وبحسب طبيعة ونوع العلاقة التي تربط المستثمر مع الطرف الاخر (الدولة المضيفة للاستثمار، جهات حكومية ، مستثمر اخر ،مواطن من الدولة المضيفة للاستثمار)

1_ <u>النزاع بين المستثمر والدول المضيفة للاستثمار، تظهر في حالتين:</u>

الحالة الاولى:

[1] عبد العزيز ميلودي، محددات تمويل الاستثمار في البنوك الإسلامية ، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر،كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير،السنة الجامعية 2007/2006ص5

في حال تعذر منح المستثمر الامتيازات والضمانات والاعفاءات المقررة بموجب الاتفاقية، او القانون الاستثماري او العقد.

– قيام الدولة بالحجز على اموال المشروع أو مصادرتها، بدون أمر قضائي، او التأميم بدون مسوغ قانوني.

_ اعلان حالة طوارئ التي يقع فيها المشروع الاستثماري، مما يؤدي الى تضرر عمل المشروع.

الحالة الثانية:

أ_ مخالفة المستثمر لشروط الترخيص او العقد او الاتفاقية ، الامر الذي يؤدي الى قيام السلطة المرخصة بإصدار قرارات ضد المستثمر

– تقصير مدة أي من الميزات الممنوحة للمشروع او حجمها(من كهرباء ، ضرائب الخ)،

الغاء الميزات كليا او جزئيا ،

– الغاء ترخيص الاستثمار

ب– مخالفة المستثمر لواجباته وفق الترخيص لجهة عدم مباشرة العمل بالمشروع خلال المدة المحددة قانونا ، او مثلا اخفاقه في رفع تقارير دورية عن سير عمل تنفيذ المشروع للسلطة المرخصة المختصة خلال المدة المحددة قانونا، او عدم مسك سجل منظم يدون فيه اصول المشروع والمواد المستوردة المعفاة من الرسوم والضرائب.

2– النزاع بين مستثمر ومستثمر.

يحدث هذا النزاع غالبا في المشاريع الاستثمارية العائدة لاكثر من شخص سواء تم الترخيص من البداية لاكثر من شخص او لاحقا قام احد الاشخاص المرخص لهم بابرام عقد مع شريك او شركاء اخرون ووافقت السلطة المرخصة على ذلك. ومن خلال التنفيذ تقوم منازعات كثيرة تتعلق بكيفية ادارة المشروع الاستثماري او التصرف فيه، او اقتسام ارباحه او الرغبة في زيادة الشركاء او خروج احدهم.

3– النزاع بين الجهة المرخصة للمستثمر ومواطنين:

المشاريع الاستثمارية المصدقة بواسطة السلطات المختصة ، والعقود والاتفاقيات الموقعة يمتد اثرها الى جهات حكومية اخرى كالجمارك والمالية والدوائر العقارية وغيرها، ومن المعلوم ان هذه المشاريع تحتاج الى اراض لإقامة المشاريع عليها ، وغالبا ما تظهر نزاعات بين المشاريع الاستثمارية

ومواطنين حول ملكية اراض المشروع المخصص من قبل السلطة المختصة بترخيص المشروع الاستثماري، او نطاق حدوده . وعادة ما تظهر المنازعات بين سلطات الدولة المضيفة للاستثمار والمواطنين بسبب نزع ملكية الاراضي وتخصيصها للمستثمرين قبل حسم النزاع مع صاحب الارض ."[1].

4- نزاع بين دولة ودولة:

وهذا يتعلق بوجود اتفاقية ثنائية استثمارية ، ويحدث نزاع بشأن اخلال احد الطرفين ببنودها ، او نزاع بشأن عقد استثمار لمواطن في دولة مضيفة للاستثمار، وفي حال فشلت الدولة المضيفة للاستثمار في تسوية النزاع او رفضت الدولة المضيفة للاستثمار تنفيذ الحكم التحكيمي، في هذه الحالة تستطيع الدولة –دولة المستثمر وفقا لنظرية الحماية الدبلوماسية ان تدعي على الدولة المضيفة للاستثمار(عملا بالمادة 27 الفقرة 1 من الاكسيد).

[1] عبد العزيز ميلودي، محددات تمويل الاستثمار في البنوك الإسلامية ، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر،كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير،السنة الجامعية 2007/2006ص5.

المبحث الثاني

دور النظم القانونية في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار

لإيجاد الحلول القانونية لفض هذه المنازعات فقد نص القانون على وسيلتين قانونيتين في ذلك تكون ودية وقضائية تشمل الأولى تقنيات المصالحة ،والاستعانة بأهل الخبرة وما يتم إنشاؤه من مجالس في اتفاقيات الاستثمار..أما الثانية فهي تتمثل في الوسائل القضائية الاتفاقية وتعني التحكيم و غير الاتفاقية وتعني التقاضي المؤسساتي سواء كان دوليا أو إقليميا أو وطنيا.

***التحكيم:** يعتبر التحكيم وسيلة قضائية اتفاقية قديمة خاصة لفض المنازعات سواء عند نشوء المنازعة أو بعد نشوئها ،معترف بها سواء على مستوى القانون الدولي العام أو القانون الدولي الخاص أو قواعد القانون الوطني.

وهو من الوسائل البديلة عن قضاء الدولة وأصبحت في حاضرنا من القضاء الخاص الأكثر انتشارا لحسم النزاعات التجارية ،يلجا إليه أطراف النزاع بإرادة حرة لحل ما قد يطرأ من خلاف أو نزاع بينهما.

كما انه وسيلة مثلى لفض النزاع لما يتميز به من سرعة فصل الخلافات فيحافظ تبعا له على رؤوس الأموال من خلال إعادة تشغيلها في أقرب الآجال خلافا إلى القضاء العادي الذي يستغرق زمنا طويلا لإنهاء الخصومة تظل فيها العلاقة التجارية مجمدة.

***اللجوء إلى القضاء**

يبقى اللجوء إلى القضاء لإنهاء منازعات الاستثمار الدولية رهين عدم اتفاق أطرافها على اللجوء للتحكيم ، فهو وسيلة غير اتفاقية لإنهاء الخصومة عكس ما هو سائد في التحكيم.

ويبرز دوره في إنفاذ وحسن تطبيق اتفاقيات الاستثمار وفهم معانيها وذلك عند التعهد مباشرة كجهة أصلية بالمنازعة وعند التعهد بمراقبة قرارات التحكيم الصادرة في تلك المنازعات دون أن يتخلى عن دوره في حماية الاستثمار.

محاكم منازعات الإستثمار:

إن إنشاء مثل هذه المحاكم سيعود بالنتيجة إلى تدعيم ثقة المستثمرين بالمناخ الاستثماري في السودان بما ينعكس إيجاباً على الاقتصاد الوطني. ولهذا أصدر السيد رئيس القضاء بما له من

سلطة بموجب المادة 10 (هـ) من قانون السلطة القضائية لسنة 1986م " أمراً بتاريخ 2011/11/13م بتشكيل محاكم منازعات الاستثمار في كل ولايات السودان. وقد حدد أمر التشكيل اختصاصات تلك المحاكم والذي جاء على النحو التالي:

أ- النظر والفصل في منازعات الاستثمار وفقاً لأحكام قانون الاستثمار لسنة 1999م وتعديله لسنة 2007م وأي قوانين ولائية أخرى ذات صلة حسبما يقتضيه الحال.

ب- النظر والفصل في الطعون المقدمة بشأن أحكام هيئات التحكيم الخاصة بالاستثمار وفقاً لأحكام المادة (41) من قانون التحكيم لسنة 2005م.

ج- النظر والفصل في الطعون الإدارية المتعلقة بالمشروعات الاستثمارية وفقاً لأحكام المادة (2/1/4) من قانون القضاء الإداري لسنة 2005م.

د- النظر والفصل في الدعاوى المدنية المتعلقة بالمشاريع الاستثمارية الممنوحة وفقاً لقوانين تشجيع الاستثمار.

هـ- على محاكم منازعات الاستثمار مراعاة الاتفاقيات المنصوص عليها بالبند {2} من المادة (32) من قانون تشجيع الاستثمار لسنة 1999م وذلك عند النظر والفصل في أي نزاع ينشأ مباشرةً عن أيٍ من تلك الاتفاقيات.

و- تراعى محاكم منازعات الاستثمار الالتزام بالضمانات المنصوص عليها بالمنشورات القضائية الصادرة في الموضوع ، مع مراعاة ما نص عليه بالمنشور رقم { 1990/1م} الصادر في 1990/8/21م وعدم اللجوء إلى إصدار أمر بالقبض على المستثمر أو الحجز على أموال وعقارات المشروعات الاستثمارية إلا بإذن من رئيس القضاء.

ز- تخصص دوائر في محاكم الاستثمار والمحكمة العليا لنظر الطعون في الأحكام الصادرة في منازعات الاستثمار.

ك- تعتبر الدعاوى المتعلقة بمنازعات الاستثمار ذات طبيعة مستعجلة ويجب مراعاة ذلك عند البت في الدفوع القانونية أو الموضوعية عند النظر في مراحل الطعون[1].

المطلب الأول :

تعهد القضاء كجهة أصلية لفض المنازعات:تعهد مباشر

نظرا لما يميز عقود الاستثمار- خاصة الضخمة منها- من تعقيدات بسبب تعدد أطرافها، فان معالجتها تحتاج إلى اتفاقات توفر بيئة استثمارية تطمئن المستثمر بما تقره من ضمانات قانونية

[1]المحاكم المتخصصة / مولانا محمد حمد احمد ابو سن رئيس القضاء ورئيس المحكمة القومية العليا بجمهورية السودان سابقاً/

واقتصادية ، و تحقق التوازن بين مصالح أطرافها، ومنه تتبين أهمية الاتفاقيات الدولية والإقليمية الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار **(القسم الأول)** والدور الحاسم للقضاء في تفعيل أحكامها **(القسم الثاني)**

القسم الأول: أهمية الاتفاقات في تسوية منازعات الاستثمار [1]

تتبين أهمية الاتفاقات في أنها تمثل الصيغة المحبذة من المستثمر لفض النزاعات **(الفقرة الأولى)** وفي أنها تنص على وسائل ودية أخذت بها الاتفاقيات العربية لفض النزاعات **(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الأولى : تفضيل المستثمر فض النزاعات الاستثمارية عن طريق الاتفاقيات

تتمثل الاتفاقيات الدولية الخاصة بتسوية المنازعات الاستثمارية في اتفاقية البنك الدولي لعام 1965 (اتفاقية واشنطن) والتي أنشأت المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار .وفي الاتفاقية المبرمة بين الدول العربية عام 1974 والتي أنشأت المجلس العربي لتسوية المنازعات ويضاف إليهما اتفاقيات جماعية دولية أو ثنائية تعقدها الدول المضيفة للاستثمار مع الدول المصدرة لها .

تتسم منازعات الاستثمار بالتعقيد، خاصة تلك التي تكون الدولة طرفا فيها،اذ تضفي على المنازعة مسالة السيادة الوطنية ويغلب فيها عدم رغبة المستثمر الأجنبي اللجوء إلى القضاء الوطني لجهله بإجراءات التقاضي أو عدم اطمئنانه لحيادية واستقلالية قضاء الدولة المضيفة للاستثمار وحرصه على الاحتكام إلى القضاء الدولي لان الاتفاقيات الدولية والإقليمية تقدم ضمانات قانونية لكل من المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار لتسوية المنازعات التي تطرأ بينهما، ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية واشنطن لعام 1965 التي أنشأ ت المركز الدولي لتسوية منازعات وكذلك اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني الدول العربية الأخرى لعام 1974[(1)]. يخضع تفعيل الاتفاقيات توفر بعض الشروط إذ يجب :

1/أن يكون أحد الطرفين دولا متعاقدة والطرف الآخر مواطنا من دولة أخرى متعاقدة

2/أن يتوافق طرفا المنازعة الاستثمارية صراحة على إحالتها إلى المراكز.

[1] اتفاقية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة والمواطنين العرب بتاريخ 1974/06/10 التي دخلت حيز التنفيذ في 20 أوت 1976 بعد أن صادق عليها مجلس الوحدة الاقتصادية العربية التابع لجامعة الدول العربية في ديسمبر 1974.

[1] اتفاقية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة والمواطنين العرب بتاريخ 1974/06/10 التي دخلت حيز التنفيذ في 20 أوت 1976 بعد أن صادق عليها مجلس الوحدة الاقتصادية العربية التابع لجامعة الدول العربية في ديسمبر 1974.

3/أن تكون المنازعات قانونية ومتعلقة بالاستثمار.

أما عن الوسائل المفضلة لفض المنازعات فهي ذات الصبغة الودية و تتمثل في:

***المصالحة** : تقتصر هذه الوسيلة على دعوة أطراف النزاع للتفاوض فيما بينهم للتقريب بين وجهات نظرهم. ففيها يتلقى المباشر لأعمال المصالحة طلبات الخصوم وردودهم ،ويدعوهم للاجتماع به، سواء بصورة منفردة أو بحضورهم جميعا ،ويستمع لأقوالهم ويحاول أن يقرب بين وجهات نظرهم ما أمكن، دون أي تدخل، إلى حين وصولهم إلى اتفاق.

***الاستعانة بأهل الخبرة** : يمكن لأطراف النزاع تعيين خبير لتشخيص القضية محل الخلاف ،وذلك بتوفير التفاصيل الفنية المتعلقة بالوقائع والأحداث وتحرير تقرير بهذه الأعمال لإنارة المحكمة عند الاقتضاء بشأن بعض وقائع الدعوى.ومثاله ما قضت به محكمة الاستثمار العربية في القضية **عدد2/7بتاريخ 27افريل 2011** فقد صرحت المحكمة انه يتعذر عليها فصل النزاع على حاله وقضت بتكليف هيئة من الخبراء لسماع الأطراف ومن ترى لزوما لسماعه وإجراء ما يلزم من استقصاءات ميدانية وإظهار الأخطاء المرتكبة والأضرار الحاصلة.[1]

***مجلس النزاعات** : هي هيئة دائمة تتمثل مهمتها في إيجاد الحلول لكل خلاف ينشأ بين الأطراف عند تنفيذ العقد. يتم إنشاء مثل هذه الهيئات عادة عند إبرام العقد وهي تتكون من عضو أو ثلاثة أعضاء.[2]

تتميز الوسائل المذكورة بطابعها السلمي أو التفاوضي وهي مقارنة بالطرق القضائية تتسم ب:

***مرونة** الإجراءات من حيث انعقاد الجلسات وتنظيمها.

***السرعة** في فض النزاعات.

***سرية** الإجراءات.

***مساهمة** الأطراف في فض منازعاتهم.

---

[1] وتعليقا عنه نرى انه وان كان من حق القضاء الاستعانة بأهل الخبرة في المسائل التقنية والفنية فانه ليس له أن يتخلى عن صلاحياته للخبراء حتى يقوم كل طرف بدوره ،إذ يبقى للمحكمة مراقبة أعمال الخبراء ولها أن لا تتقيد بآرائهم ،فهي وفق ما استقر عليه فقه القضاء التونسي خبيرة الخبراء بالاستناد إلى الفصل 112من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية.

[2] اتفاقية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة والمواطنين العرب بتاريخ 1974/06/10 التي دخلت حيز التنفيذ في 20 أوت 1976 بعد أن صادق عليها مجلس الوحدة الاقتصادية العربية التابع لجامعة الدول العربية في ديسمبر 1974.

الفقرة الثانية: الوسائل الاتفاقية التي تضمنتها الاتفاقيات العربية لفض المنازعات

نستعرض في هذه الفقرة الوسائل التي تضمنتها الاتفاقيات العربية من خلال

اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني الدول الأخرى ومن خلال اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية لسنة2001.

1/المجلس العربي لتسوية منازعات الاستثمار

تولد عن الاتفاقية الأولى التي أبرمت سنة1974 في إطار مجلس الوحدة الاقتصادية العربية المجلس العربي لتسوية منازعات الاستثمار و يختص بالفصل في المنازعات القانونية الناشئة مباشرة عن الاستثمار بين دولة متعاقدة ومستثمر يحمل جنسية دولة متعاقدة أخرى وذلك عن طريق التوفيق أولا ثم التحكيم. ووفقا للمادة 89 من هذه الاتفاقية فإنها تهدف إلى إيجاد بيئة استثمارية سليمة ومؤهلة لجلب واستثمار رأس المال العربي وتوطينه في الدول الأعضاء في هذه الاتفاقية.

أما الاتفاقية المبرمة في 6ديسمبر 2000 التي وافق عليها مجلس الوحدة الاقتصادية العربية بقراره رقم72/1138بتاريخ6ديسمبر 2000،وصادقت عليها بعض الدول العربية منها الأردن والسودان وسوريا والعراق وليبيا ومصر واليمن وموريتانيا.[1]

النافذة بين أطرافها فهي تهدف حسب فصلها **الثاني**" إلى حل أي نزاع ينشا عن احد الاستثمارات بين الدول العربية الأطراف المضيفة للاستثمار ...وبين إحدى الدول العربية الأخرى الأطراف بما يضمن إيجاد مناخ ملائم يسهم في تشجيع قيام الاستثمارات العربية بصورة متزايدة داخل الدول العربية.. "

تماثل اتفاقية سنة 1974 اتفاقية واشنطن من حيث مضمونها وأحكامها وقواعدها ومعظم قواعدها الإجرائية، وتختلف عنها في صبغتها الإقليمية فهي تهدف إلى جلب الاستثمارات العربية وتقتصر على مستثمري الدول الأعضاء في مجلس الوحدة الاقتصادية العربية.

و بالرجوع إلى بعض بنود الاتفاقية نتبين هدفها وإجراءاتها فقد نصت بالمادة **2** على أن : الاتفاقية تهدف إلى حل أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات بين الدول العربية المضيفة

[1] اتفاقية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة والمواطنين العرب بتاريخ 1974/06/10 التي دخلت حيز التنفيذ في 20 أوت 1976 بعد أن صادق عليها مجلس الوحدة الاقتصادية العربية التابع لجامعة الدول العربية في ديسمبر 1974.

أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها العامة وبين مواطني الدول العربية الأخرى سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا بما يضمن إيجاد مناخ ملائم يسهم في تشجيع قيام الاستثمارات العربية....

ونصت بالمادة **3:**على أن يبدأ حل المنازعات عن طريق التوفيق بين الأطراف المنازعة ويصير إلى التحكيم وفقا لقواعده المنصوص عليها في هذه الاتفاقية إذا لم يتسن حل النزاع بطريق التوفيق.

يضطلع المجلس بتسوية منازعات الاستثمار عن طريق المصالحة أو التحكيم وهي وسائل بديلة لحل النزاعات ، يلجأ إليها الأطراف بغية التوصل لحل الخلافات عوضا عن القضاء العادي الذي يعد وسيلة أصيلة لحل المنازعات إذ أن الأصل هو اللجوء إلى المحاكم ومحاولة حل الخلافات عبر التقاضي.

ومن المهم بيان أن وسائل حل المنازعات البديلة التي تنص عليها الاتفاقيات تكون ذات طابع حر (ADHOC) أو مؤسساتي.

1/وسائل حل النزاعات البديلة الحرة:

هي الوسائل التي يحدد بموجبها أطراف النزاع المواعيد والمهل ويعينون المحكمين أو الخبراء أو الموفق ، ويقومون بتحديد الإجراءات اللازمة للفصل في النزاعات.. تتسم هذه الوسائل البديلة الحرة –الغير خاضعة للإدارة والإشراف – بالمرونة وانخفاض تكلفة مصاريفها، و بسرعتها في نفس الوقت، كل ذلك في حال تعاون أطراف النزاع مع بعضها البعض.

2/وسائل حل النزاعات البديلة المؤسساتية

فرضت وسائل حل النزاعات البديلة أهميتها وجدواها بل ضرورتها خصوصا في مجال علاقات التجارة الدولية، مما اقتضى قيام مؤسسات وهيئات ومراكز متخصصة في مجال وسائل حل النزاعات البديلة بما تملكه من إمكانات علمية وفنية مادية وعملية ولوائح وأنظمة خاصة في حل النزاعات ، ولقد أنشئت العديد من تلك الهيئات على المستويات الدولية نذكر منها نظام هيئة التحكيم لغرفة

التجارة الدولية الذي حدد مهام هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية في حل النزاعات ذات الطابع الدولي في مجال الأعمال عن طريق التحكيم.[1]

ولكن رغم أهمية الاتفاقيات فإنها تبقى دون جدوى إذا لم يتم تفعيل أحكامها.

القسم الثاني : تفعيل الاتفاقيات من طرف القضاء لفض منازعات الاستثمار

نتطرق إلى دور كل من القضاء الدولي والإقليمي و الوطني في تسوية منازعات الاستثمار.

الفقرة الأولى :دور القضاء الدولي

يتبين من خلال التطبيقات تفضيل المستثمر الأجنبي اللجوء إلى القضاء الدولي لاعتقاده بأنه يتميز بالحيادية والاستقلالية وتوفير الضمانات القانونية للحفاظ على حقوقه، ودون أن تمانع الدول المضيفة في ذلك طالما أن الاختيار يطمئن المستثمر الأجنبي ويشجعه على توظيف أمواله في الدولة المضيفة للاستثمار.

يتمثل القضاء الدولي في كل من محكمة العدل الدولية التي أنشئت بموجب ميثاق الأمم المتحدة ،وفي محكمة التحكيم الدائمة والتي تتعهد منذ سنة1962 بمهمة تسوية المنازعات التي تقوم بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي.

تدرك معظم الدول بأن اللجوء إلى الوسائل الدولية لتسوية المنازعات تطمئن المستثمر الأجنبي ولذلك فإن أغلب قوانينها الاستثمارية الوطنية تجيز هذا اللجوء .فالفصل 67مثلا من مجلة تشجيع الاستثمارات في تونس ينص على اختصاص المحاكم التونسية بالنظر في الخلافات التي تطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة التونسية ولكنه يجيز في نفس الوقت الاتفاق على فض النزاعات بالتحكيم سواء عن طريق إجراءات تحكيم خاصة أو تطبيق للإجراءات المنصوص عليها ب:

*الاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمارات المبرمة بين الدولة التونسية والدولة التي ينتمي إليها المستثمر.

* الاتفاقية المتعلقة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات والمصادق عليها بالمرسوم عدد 4 لسنة 1972 المؤرخة في 17 أكتوبر 1972 والمصادق عليه بالقانون ع71دد لسنة 1972 المؤرخ في 11 نوفمبر .1972[1]

[1] اتفاقية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة والمواطنين العرب بتاريخ 1974/06/10 التي دخلت حيز التنفيذ في 20 أوت 1976 بعد أن صادق عليها مجلس الوحدة الاقتصادية العربية التابع لجامعة الدول العربية في ديسمبر 1974.

كما يجيز القانون المصري للاستثمار رقم 8 لعام 1997 تسوية منازعات الاستثمار بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر أو في إطار الاتفاقيات السارية بين مصر ودولة المستثمر.

ويؤكد قانون الاستثمار اليميني رقم 22 لسنة 1991 على هذا الاتجاه ومثله قانون تشجيع الاستثمار الأردني رقم 16 لسنة 1995 والمعدل بالقانون رقم 13 لسنة 2000.

يتمثل القضاء الدولي في كل من محكمة العدل الدولية ومحكمة التحكيم الدائمة.

أولا : محكمة العدل الدولية :

تعد هذه المحكمة الأداة القضائية الرئيسية للأمم المتحدة وفق المادة الأولى من نظامها الأساسي ووفق المادة 92 من ميثاق الأمم المتحدة ، وتتألف من خمسة عشر قاضيا يمثلون ثقافات قانونية متنوعة ويتم انتخابهم بناء على ترشيح مجلس الأمن وموافقة الجمعية العامة للأمم المتحدة.

وتتمثل وظيفتها وفق المادة 38من نظامها الأساسي "في فصل المنازعات التي ترفع إليها وفقا لأحكام القانون الدولي ،وهي تطبق في هذا الشأن :**ا**-الاتفاقات الدولية العامة والخاصة..**ب**-العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال....**ج** -مبادئ القانون .

د-أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين..."

ولكن لا يترتب عما ذكر نزع سلطة الفصل في النزاع وفقا لمبادئ العدل والإنصاف متى وافق الأطراف على ذلك.

وفيما يتعلق بدورها في فض منازعات الاستثمار يتبين وفقا للمادة 34 من نظامها الأساسي أن اختصاصها ينحصر في فصل المنازعات التي تنشأ بين الدول ف"للدول وحدها الحق في أن تكون أطرافا في الدعاوى التي ترفع للمحكمة" بما يمنع المستثمر الأجنبي الفرد حق المثول مباشرة أمامها باعتباره لا يتمتع بالشخصية الدولية، وبالتالي لا يملك الأهلية القانونية للمطالبة بتعويض ضرره من عمل غير مشروع تسببت فيه الدولة المضيفة للاستثمار.

وتبعا له فان السبيل الوحيد لإثارة مسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار هو طلب المستثمر من الدولة التي يحمل جنسيتها حمايته وهي "الحماية الدبلوماسية" ذلك إن الوسيلة الوحيدة لتعهيد المحكمة المذكورة يكون بقيام دولة المستثمر الأجنبي بعرض النزاع عليها انطلاقا من حماية حقوق

1 اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات لسنة 1972

ومصالح رعاياها بما يعطيها الأهلية والصفة في رفع دعوى أمام القضاء الدولي عند حصول اعتداء على هذه الحقوق[1].

يعتبر نظام الحماية الدبلوماسية تبعا لما ذكر ضمانا مهما لحماية الاستثمار [2] في حالة تعرضه لأضرار من قبل الدولة المضيفة للاستثمار خاصة إذا كان يتعذر على المستثمر اللجوء إلى القضاء الوطني في تلك الدولة.

يخضع نشر الدعوى أمام محكمة العدل الدولية إلى الشروط التالية :

1/وجود رابطة قانونية وسياسية بين المستثمر (الفرد أو الشركة) مدعي الضرر وبين الدولة التي تحميه.

2/أن يكون المستثمر قد استنفذ طرق التقاضي الداخلية المنصوص عليها في قوانين الدولة المطلوبة لجبر ضرره وفق تشريعات الدولة المضيفة للاستثمار[3].

3/أن لا يكون المستثمر قد ساهم بدوره في إحداث الضرر الذي أصابه [4].

ومن الجدير بالذكر أن استناد المستثمر إلى نظام الحماية الدبلوماسية لا يضمن له أحيانا مصالحه تجاه الدولة المضيفة للاستثمار ولا يعطي نتائج عملية هامة [5] بسبب تداخل الاعتبارات السياسية والاقتصادية وتعارض وتوافق المصالح بين الدول إذ قد تتوقف دولة المستثمر عن متابعة الدعوى القضائية أمام محكمة العدل الدولية، وقد تعقد اتفاق لإنهاء الدعوى وقبول تعويض معين.

كما أن التوسع في استعمال هذا المبدأ قد يتعارض مع مبدأ سيادة الدولة على الأشخاص الذين يمارسون نشاطا في إقليمها،ويثير المخاوف من تسييس علاقات الاستثمار، وقد يرتب أزمة سياسية بين الدولة المضيفة للاستثمار ودولة المستثمر.

والجدير بالذكر أن الحكم الذي تصدره المحكمة له قوة إلزامية نسبية من جهة أطرافه ومن جهة موضوعه ،فلا يكون للحكم وفق المادة **59**"قوة الإلزام إلا بالنسبة لمن صدر بينهم وفي خصوص

---

[1] فرحات الحرشاني، تقديم وسائل تسوية المنازعات، أعمال ورشة عمل وطنية حول تسوية المنازعات في إطار اتفاقيات الاستثمار الثنائية.الأمم المتحدة – اللجنة الاقتصادية و الاجتماعية لغرب آسيا.

[2] عبد العزيز محمد سرحان، المبادئ العامة للقانون العام، القاهرة، دار النهضة العربية 1968 ص 418.

[3] عصام العطية، القانون الدولي العام، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد ص 357.

[4] إبراهيم محمد العناني، اللجوء إلى التحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة 1875، ص54.

[5] فرحات الحرشاني، مرجع سابق.

النزاع الذي فصل فيه"ولا يقبل الطعن بالاستئناف ويرجع للقضاة مهمة تفسير كل نزاع يحصل في معناه او في مدلوله(**المادة60**) .

ولئن كان الحكم لا يقبل الطعن بالطرق العادية فانه يقبل التماس إعادة النظر فيه وفق المادة **61** بشرط اكتشاف "واقعة حاسمة في الدعوى كان يجهلها عند صدور الحكم كل من المحكمة والطرف الذي يلتمس إعادة النظر"

بقي أن نشير بان للمحكمة دورا إفتائيا فهي تفتي في أية مسالة قانونية بطلب من أية هيئة مرخص لها بميثاق الأمم المتحدة (**المادة65**).

ثانيا : محكمة التحكيم الدائمة

يرجع تاريخ هذه المحكمة إلى مؤتمر السلام الدولي في لاهاي سنة 1899 وإلى مؤتمر السلام الثاني الذي عقد في لاهاي سنة 1907 حيث تم تعديل بعض بنودها.

لا ينظر لهذه المحكمة بالمعنى الفني الكلاسيكي الدقيق، لأنها تختص بالنظر في المنازعات بين الدول المتعاقدة دون غيرها.

وقد سبق لهذه المحكمة وأن وافقت على الاحتكام لقواعد التوفيق والتحكيم لتسوية المنازعات التي تقوم بين الدولة واحد أشخاص القانون الخاص وذلك عن طريق محكمين يختارهم أطراف النزاع، وبذلك أصبح بإمكان المحكمة أن تفصل في المنازعات بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمرين الأجانب،غير أن دورها يبقى محدودا فلا يفسح مجالها إلا أمام المستثمر التي تكون دولته طرفا في اتفاقية 907 .[1]

الفقرة الثانية : القضاء الإقليمي :محكمة الاستثمار العربية أنموذجا

أنشئت محكمة الاستثمار العربية بموجب الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية عام 1980 و تختص بتسوية المنازعات المتعلقة بتطبيق أحكام الاتفاقيات الاستثمار في البلدان العربية.فما هو موقعها المحكمة في فض منازعات الاستثمار؟وما هي المبادئ التي يمكن استخلاصها من فقه قضاءها؟

1-موقع المحكمة في فض منازعات الاستثمار

[1] فرحات الحرشاني، تقديم وسائل تسوية المنازعات، أعمال ورشة عمل وطنية حول تسوية المنازعات في إطار اتفاقيات الاستثمار الثنائية.الأمم المتحدة – اللجنة الاقتصادية و الاجتماعية لغرب آسيا.

يندرج صنف هذه المحكمة ضمن القضاء الإقليمي المتخصص في مادة الاستثمارات وهي أنشئت بموجب الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية عام 1980،- وهي التي تمثل هيكلا قضائيا إقليميا مختصا- وقد وضع نظامها الأساسي من قبل الهيئة العربية للاستثمار عام 1985 وتم تشكيلها بموجب قرار المجلس الاقتصادي في سنة 1991 .[1]

تتشكل المحكمة من خمسة قضاة أصليين وعدد من الاحتياطيين ينتمون إلى جنسيات عربية مختلفة، وهي تختص بتسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام الاتفاقية الموحدة.

كما تنص بعض الاتفاقيات العربية على اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية قولا بأنه تتم تسوية الخلافات المتعلقة بمختلف أوجه الاستثمار عن طريق التوفيق أو التحكيم أو القضاء المتخصص في البلد المضيف للاستثمار أو اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية المشكلة وفق الفصل 6من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية التي وافق عليها المجلس الاقتصادي والاجتماعي العربي بقراره عدد 841نتاريخ 1970/09/10.

تتمتع المحكمة بصلاحيات واسعة في مرحلتي الإجراءات الكتابية والشفاهية ، ولكل طرف في الدعوى إبداء دفوعاته شفا هيا أو كتابيا،وتجرى المرافعات في المبدأ عمومية إلا إذا رأت المحكمة خلاف ذلك بطلب من الأطراف أو احدهم أو بدونه فإنها تكون سرية.

وبموجب هذه الاتفاقية يمكن للمستثمر العربي اللجوء إلى القضاء الوطني أو إلى هذه المحكمة دون إقامة الدعوى في نفس الوقت أمام كل مهما وذلك استنادا إلى المادة 31 من الاتفاقية الموحدة، وعليه إذا أقام الدعوى أمام جهة معينة فإنه لا يستطيع إقامتها أمام الجهة الأخرى.

تصدر أحكام هذه المحكمة نهائيا بأغلبية الأصوات وهي غير قابلة للطعن ولا تقبل إلا تصحيح الخطأ المادي في الحساب أو الأسماء ،أو طلب شرح يعتريه بعض الغموض، أو طلب التماس إعادة النظر في حالات مضبوطة، وتنفذ في الدول العربية الأعضاء في الاتفاقية ولها حكم الأحكام الصادرة من محاكمها الوطنية، إلا أنه استنادا على المادة 35 من الاتفاقية الموحدة فإن المحكمة تستطيع إعادة النظر في الأحكام التي تصدرها إذا ما تضمنت انتهاكا جسيما وخطيرا لقاعدة أساسية

1 الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية عام 1980

في الاتفاقية الموحدة أو لإجراءات التقاضي أو عند اكتشاف وقائع جديدة، ويمكنها وقف تنفيذ حكمها لحين البت في التماس إعادة النظر وذلك وفق المادة 60 من الاتفاقية الموحدة.[1]

أما فيما يتعلق بالطبيعة القانونية لاختصاص المحكمة فنلاحظ وفق المادة 36 من الاتفاقية الموحدة أنها تختص في جانب بالنظر كهيئة قضائية في المنازعات الاستثمارية الخاصة بتطبيق أحكام الاتفاقية، وتنص صراحة على اختصاص المحكمة بالفصل فيما يعرضه عليها احد طرفي الاستثمار من النزاعات المتعلقة بتطبيق أحكام الاتفاقية أو الناتجة عنها، وفي جانب آخر فهي تقدم الاستشارات القانونية بناء على طلب إحدى الدول الأعضاء في الاتفاقية، أو بناء على طلب الأمين العام لجامعة الدول العربية، أو المجلس الاقتصادي والاجتماعي للجامعة.والمهم هنا أن المستثمر العربي يمكنه اللجوء مباشرة إلى هذه المحكمة وبصفته الشخصية لفض النزاع بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار وهو أمر يعتبره بعض الفقهاء في القانون تطورا ملموسا في المجتمع العربي في حسم منازعات الاستثمار ومنح المستثمر العربي الثقة والاطمئنان وبالتالي تشجيعه في توظيف أمواله في أعمال استثمارية [(1)].

وقد تبين أن المحكمة لم تقدم الإضافات المرجوة في فض منازعات الاستثمار ،فرغم إحداثها منذ سنة 1985فانها تعهدت بأول منازعة في سنة 2004 [(2)]،وهي حسب المعطيات المستخرجة من الموقع الالكتروني للجامعة العربية لم تفصل إلى حد شهر افريل من سنة2011 إلا عدد 9 قضايا تناولت فيها مسائل قانونية بشان اختصاص المحكمة وبشان مبدأ الحق في التقاضي وغيرها من المواضيع التي تؤكد أهمية دور القضاء في تفسير مضمون الاتفاقيات وكيفية تجسيمها وإنفاذها بصفة عملية.

ولكي تقوم بدورها بكل نجاعة وفاعلية لابد من توسيع اختصاصها لتنظر في مختلف منازعات الاستثمار التي يكون احد أطرافها عربيا بقطع النظر إن كان مستثمرا خاصا أو دولة أو إحدى مؤسساتها لان ذلك يخول المحكمة حسم النزاعات التي تطرأ بين مستثمر أجنبي ودولة عربية أو تلك

---

[1] المادة 35 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية عام 1980

[1]انظر الدكتور كامران الصالحي ، دور القضاء الدولي والاتفاقيات الدولية والإقليمية في تسوية المنازعات الاستثمارية .دراسة في إطار كلية القانون –جامعة الإمارات العربية المتحدة.

[2] فرحات الحرشاني ،المرجع المذكور.

التي تقوم بين مستثمر عربي ودولة أجنبية. وربما يكون من المستحسن أن تتضمن الاتفاقات الاستثمارية التي تبرم بين الدول العربية إسناد الاختصاص لحل المنازعات المتعلقة بالاستثمار إلى محكمة الاستثمار العربية وذلك لمزيد تفعيل دورها .[1]

2 :بعض المبادئ من فقه قضاء المحكمة

تضمنت قرارات بعض المبادئ القضائية العامة وبعض الأحكام الخاصة بالتقاضي أمامها نستعرضها من خلال النوازل التي تطرقت إليها.

بينت المحكمة في القضية عـ1/1**دد بتاريخ **12 أكتوبر 2004 الأسس القانونية التي تستند عليها في إصدار أحكامها :**

تتمثل الدعوى في قيام المدعو عادل صالح المداح ضد الدولة التونسية ولجنة تنظيم العاب البحر الأبيض المتوسط لطلب التعويض عما لحقه من خسائر ناجمة عن أخطاء البث الإذاعي والتلفزي والإعلامي والإشهاري لدورة العاب البحر الأبيض المتوسط تونس2001.

وكانت فرصه للمحكمة في بيان **الأسس** التي تحكم النزاع أمامها **وتستند** عليها في فصل القضايا وهي المادة 4 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية قولا بما يلي :

" يستهدى في استخلاص الأحكام المتعلقة بهذه الاتفاقية وفي تفسيرها **بالمبادئ التي تقوم عليها والأهداف التي استلهمتها** ثم بالقواعد **والمبادئ المشتركة** في تشريعات الدول الأعضاء في جامعة الدول العربية ثم **بالمبادئ المعترف** بها في القانون الدولي".[1]

وأضافت "انه من المقرر في كافة تشريعات الدول الأعضاء في الاتفاقية الموحدة أن حقوق والتزامات كل من طرفي العقد يحددها ذات العقد وأنه يتعين تنفيذ العقد وفق مقتضيات حسن النية."

ولما رفض مطلبه التمس المدعي إعادة النظر فيه وأسس طلبه على قاعدة الفصل 35 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية وفي المادة 44 من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية التي تنص على " يقبل التماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة

[1] انظر الدكتور كامران الصالحي، مرجع سابق.

[1] مجلة الأحكام القضائية 2001

من المحكمة إذا تضمن الحكم تجاوزا خطيرا لقاعدة أساسية في الاتفاقية أو في إجراءات التقاضي" لأن الحكم صدر من عدد ثلاثة قضاة في حين أن الحد الأدنى أن تتكون المحكمة من خمسة قضاة وفق المادة 28 من الاتفاقية الموحدة و المادة الأولى من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية و المادة الثانية من اللائحة الداخلية لمحكمة الاستثمار العربية وهو ما " اعتبره الطاعن تجاوزا خطيرا".

ورفضت المحكمة الالتماس في حكمها **عدد 1/6بتاريخ2010/12/06** وأجابت بصفة عامة حول تشكيلها وتركيبتها وعدد القضاة استنادا إلى المادة 7 من النظام الأساسي للمحكمة وأقرت المبدأ العام في ذلك قولا:" وهذا يدل على أنه يجوز للمحكمة أن **تنعقد بكامل أعضائها في دائرة واحدة** فضلا عن **جواز انعقادها في أكثر من دائرة** والشرط الوحيد هو ألا يقل عدد أعضاء المحكمة أو الدائرة عن ثلاثة أعضاء...".

ثم كان للمحكمة في نفس النزاع أن بينت رأيها في **عدم جواز الالتماس ثانية** بحكمها عدد **2/6 بتاريخ 2008/101/26** قولا " ليس في نظام محكمة الاستثمار رؤوس الأموال العربية ما يجيز الالتماس لمرة ثانية" ورفضت تبعا له مطلب الالتماس الثاني الذي رفعه الطالب.

كما بينت بالقضية عدد2/1 تاريخ21-08-2007** حول مفهوم **المستثمر العربي** قولا

"حيث عرفت المادة الأولى من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية المقصود بعبارة " المستثمر العربي" وذلك تحديدا بالفقرة السابعة بأنه هو **المواطن العربي الذي يملك رأس مال عربي ويقوم باستثماره في إقليم دولة طرف لا يتمتع بجنسيتها.**[1]

أما بخصوص التقاضي أمام المحكمة فقد أوردت معطيين إجرائيين هامين يهم الأول إجراءات التقاضي والثاني مفهوم التعسف فيه قولا بما يلي :

1/" وحيث أن إجراءات التقاضي لدى محكمة الاستثمار العربية منظمة بقواعد وآليات موجودة بصفة **حصرية في نظامها الأساسي وفي لائحتها الداخلية....**" وتأسيسا عليه " فإن الاحتجاج بعدم احترام إجراء أوجبه قانون وطني عند التقاضي أمام هذه المحكمة يكون في غير طريقه ويتعين بالتالي رفضه ".

[1] مجلة الأحكام القضائية 2001

2/ كما أنها وضعت المبدأ العام في التقاضي و فسرت مفهوم التعسف فيه

"وحيث أن حق التقاضي من **الحقوق الأساسية** المقررة بجميع التشريعات العربية يقابل هذا الحق بواجب يتمثل في كون المتقاضي هو محمول **مبدئيا على الجدية وعلى حسن النية** والقول بخلاف ذلك يعتبر من قبيل التعسف في استعمال هذا الحق ويعطي الحق للغير المتضرر في تعويضات مالـ ية".

كما أنها حددت **ضوابط الاختصاص أمامها في الدعوى **رقم 7/1 في 2010/02/06** من جهة أطراف النزاع وردتها لان احد أطرافها لا تنطبق عليه الاتفاقية وذلك في الدعوى الموجهة من رئيس اتحاد المقاولين ضد الأمانة العامة لجامعة الدول العربية يطلب بموجبها تصفية حقوق الشركة في مشروع إنشاء جامعة الدولة دول العربية في الجمهورية التونسية وانتهت المحكمة إلى القول بعدم اختصاصها لأن الأمانة العامة لجامعة الدول العربية **ليست دولة في مفهوم الاتفاقية الموحدة.**[1]

وفي نفس إطار الاختصاص أقرت المحكمة بحكمها عدد **4/2 بتاريخ **2007/08/21** (التماس)

" أن لكل دولة عضو في الاتفاقية اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية أمنها كلها أمور داخلية لا شان لهذه المحكمة بها".

****القضية عدد** **7/2** التامة بتاريخ **27افريل 2011** تفيد وقائعها أن ممثل شركة أفق للمشروعات السياحية رفع دعواه أمام المحكمة ضد عدد 5 مصالح وإدارات مصرية (محافظ البحر الأحمر ورئيس مدينة الغردقة وغيرهما) يعرض أن الشركة ضخت أموالا للاستثمار داخل مصرفي الميدان السياحي وبدأت بموجب عقود ثابتة في بناء 7 وحدات فندقية وتواصل العمل من سنة 1997 إلى 2005 غير أنها لقيت عدة عراقيل وصعوبات ولم تتحصل على التراخيص الإدارية لإتمام كافة المباني زيادة على التعديات الحاصلة على المساحات المقتناة وهو ما ألحق بها ضررا ماديا فيما أنفقته لإنشاء المباني السياحية وفيما بذلته للخبراء والمهندسين ولتحضير آلات وأدوات العمل وزيادة أيضا لما فاتها من كسب بسبب عدم تمكنها من تنفيذ المشروع وردت الجهات المطلوبة بأن الشركة خالفت التراتيب الإدارية والإجراءات القانونية وليس لها المطالبة بالتعويض.

[1] مجلة الأحكام القضائية 2001

عرفت المحكمة في هذه الدعوى المستثمر **أولا** لان الشركة المدعية مصرية وأن المدعى عليهم مصريون وأكدت بأن المادة 7 من الاتفاقية الموحدة تعرف المستثمر العربي بأنه ذلك المواطن العربي الذي **يملك رأسمال عربي** ويقوم باستثماره في إقليم دولة **طرف لا يتمتع بجنسيتها**.

ثم تطرقت **ثانيا** إلى النزاعات مناط اختصاصها وفق المادة 23 من النظام الأساسي للمحكمة و المادة 29 من الاتفاقية والتي تجتمع في عناصر أساسية وهي:

***وجود طرف عربي استثماري في المنازعة** وذلك بقطع النظر من شكل الشركة وتسجيلها في سجل الشركات الاستثمارية.[1]

*فالمنظور **ليس التسجيل بالبلاد المستضيفة** وإنما هو **جنسية المستثمر أولا ومصدر رأس المال المستثمر ثانيا** وقد اتضح للمحكمة في النزاع الحالي أن صاحب الشركة سعودي وأن رأس المال المستمر هو رأس مال سعودي عربي بالإضافة **ثالثا** إلى **معيار النشاط** الذي يجب أن يكون استثماريا عربيا.

الفقرة الثالثة: تعهيد القضاء الوطني

يعتبر الاحتكام إلى القضاء الوطني لتسوية منازعات الاستثمار من أهم مظاهر ممارسة السيادة الوطنية.فمن المقرر في القانون الدولي العرفي أن أي استثمار في دولة ما يخضع لسيادة تلك الدولة التي تمارس جميع سلطتها السيادية داخل أراضيها.

ولذلك تحرص جميع الدول على إخضاع المنازعات التي تنشأ على ترابها إلى محاكمها وقوانينها –بما فيما منازعات عقود الاستثمار– للقضاء الوطني أسوة بالمنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقود داخل إقليم هذه الدولة[(1)].

ويمكن تبعا لذلك للسلطة ذات السيادة في الدولة أن تصدر القوانين واللوائح المنظمة لأنشطة المستثمرين الأجانب وشروط قبول المشاريع الاستثمارية الأجنبية وأنواعها.

ومن المقبول أيضا في العرف الدولي ان تشترط الدولة إحالة كل منازعات الاستثمار الأجنبي التي تنشا او تثار في أراضيها إلى محاكم هذه الدولة للفصل فيها.

---

[1] مجلة الأحكام القضائية 2001

[1] د.محمد يوسف علوان، النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية الكويت 1983،ص 491.

غير أن الواقع العملي يصطدم بعراقيل قانونية مردها أن القواعد السابقة غير مطلقة ولذلك تشترط بعض الدول أحيانا أن يتنازل المستثمر الأجنبي عن الحماية الدبلوماسية لدولته ،وفي أحيان أخرى تتردد في تبني قضايا مواطنيها ضد دولة أخرى على المستوى الدولي أو ترفض تبنيها لأسباب مختلفة .

كما يصطدم بعراقيل عملية ولاسيما في عقود الاستثمارات التي يتفوق فيها نفوذ الشركات الاقتصادية الاستثمارية على الدول المضيفة للاستثمار إذ تتردد هذه الشركات في الغالب في قبول التقاضي أمام القضاء الوطني بعلة أن إجراءات التقاضي في الدولة المضيفة للاستثمار غير مألوفة لديها ،الى جانب الخشية من عدم حماية حقوقهم ومصالحهم بقوانين الدولة المستضيفة لانه قد لا تتوافق مع مستوى الحماية المطلوبة،او لأنه يمكن تغيير هذه القوانين من وقت لأخر بواسطة السلطة السياسية .بالإضافة إلى تخوفها من تأثر القاضي الوطني بمصالح دولته وعدم التزامه بالحياد وبالتالي عدم توفر نظام قضائي مستقل يمكنه التصدي بطريقة محايدة لقضايا ومنازعات المستثمرين الأجانب، زيادة عن تخوف المستثمر الأجنبي من بطء إجراءات التقاضي أمام القضاء الوطني.

يمثل اللجوء إلى المحاكم الوطنية الفكرة الأولى التي تتبادر إلى الذهن [1] وهي الآلية الأولى التي تنص عليها عدة اتفاقيات ثنائية والتي عادة ما تصيغ البند في أنه إذا ما تعذر على الطرف المتعاقد وكذلك المستثمر الوصول إلى اتفاق خلال ستة أشهر فيمكن أن يطلب المستثمر وباختياره عرض الخلاف للحل عن طريق محكمة مختصة للطرف المتعاقد الذي أُنجر الاستثمار في إقليمه.

ولكن رغم بعض الاتفاقات التي تنص على اللجوء الإجباري للمحاكم الوطنية فإن المستثمر هو الذي يختار هذا الحل أو اللجوء إلى التحكيم الدولي وهو اختيار ممنوح للمستثمر دون غيره ويمثل ضمانا أساسيا للاستثمار لأن المحاكم الوطنية عادة –على الأقل في نظر المستثمرين الأجانب– لا توفر الضمانات الضرورية لمحاكمة يعامل فيها الطرفان على قدم المساواة زيادة عن إشكالية حياد القضاء الوطني وعدم تخصصه أحيانا وبطء الإجراءات في إصدار الأحكام أو تعدد

[1] FERHAT HORCHANI, L’investissement inter- arabe CERP Tunis 1992, p.390, n°613.

طرق الطعن [1] أو أحيانا الشك في قدرة المحاكم الوطنية لاسيما في الدول النامية في البت في المنازعات التقنية والقانونية المعقدة الناشئة عن عقود الاستثمارات.

ولذلك لا تصر الدول على جعل القضاء الوطني الوسيلة الوحيدة لحسم وتسوية منازعات الاستثمار .كما أنها قد لا ترغب في انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة المستثمر الأجنبي. ولذا قلما يلجأ أطراف النزاع إلى حسم المنازعات عن طريق محاكم دولة طالبة الاستثمار أو المضيفة للاستثمار أو محاكم دولة ثالثة ويفضلان في الغالب إناطة مهمة الفصل في المنازعات إلى إحدى الهياكل القضائية الدولية باعتبارها أكثر حيادية، واستقلالية، خاصة وأنها تلقى قبولا واسعا من لدن المستثمرين الأجانب و من قبل الدول المضيفة للاستثمار والساعية إلى جلب رأس المال الأجنبي لتحقيق أهدافها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية. [1]

سعت الاتفاقية الموحدة إلى تفادي التعهد المزدوج للمحاكم الوطنية ومحكمة الاستثمار العربية حتى لا تتضارب الأحكام ولذلك نصت بالفصل **31** ان "للمستثمر العربي أن يلجا إلى قضاء الدولة التي يقع فيها الاستثمار طبقا لقواعد الاختصاص فيها وذلك في الأمور التي تدخل في اختصاص المحكمة على انه إذا رفع المستثمر العربي الدعوى أمام إحدى الجهتين امتنع عليه رفعها أمام الجهة الأخرى".

فسرت المحكمة مقتضيات الفصل المذكور ردا عن الدفع الذي أثير أمامها من عدم جواز نظرها في الدعوى المتعهدة بها لسبق لجوء الشركة المدعية إلى القضاء المصري –المحاكم الوطنية–

وهذا يعني وفق رأي المحكمة أنه ليس المستثمر الحق في رفع دعواه أمام محكمة الاستثمار وأمام المحاكم الوطنية للدولة التي يقع فيها هذا الاستثمار في آن واحد وإلا تكون دعواه غير مقبولة واستبعدت من نظرها بناءً على ذلك جزاءً من النزاع هو محل نظر أمام المحكمة الوطنية.

و يطرح السؤال حول وجوبيه اتحاد الموضوع والأطراف لتطبيق الفصل **31** من الاتفاقية الموحدة ف هل تتخلى محكمة الاستثمار مهما كان وجه تعهد المحاكم الوطنية ؟ يستخلص من رأي المحكمة وجوبيه اتحاد طبيعة الموضوع المتنازع فيه عندما قبلت النظر في أحد أجزاء النزاع

[1] عبد الواحد الفار، الجوانب القانونية للاستثمارات العربية والأجنبية في مصر، عالم الكتب ، ص 173.
[1] عبد الواحد الفار، الجوانب القانونية للاستثمارات العربية والأجنبية ، مرجع سابق ص176

بصبغته المدنية وردت الدفع بتعهد جهة قضائية أخرى لأنها جهة إدارية تنظر في بعض القرارات الإدارية دون موضوع الدعوى الذي هو في تعويض عن أضرار مادية وأدبية .

غير أن تعهد المحكمة لا ينحصر في تعهدها المباشر إذ انه يأخذ شكلا آخر وهو التعهد الرقابي .

المبحث الثالث

تعهد القضاء بالمنازعات كطرف مراقب: تعهد غير مباشر

يتولى القضاء، إلى جانب تعهده أصالة بفض منازعات الاستثمار، مراقبة ما يصدر بشأنها بموجب القرارات التحكيمية في حالات مضبوطة **(القسم الأول)** ويتدخل لحماية الاستثمار **(القسم الثاني)**

القسم الأول : مبدأ الطعن وأسبابه

يتداول البعض في قبول مبدأ الطعن**(الفقرة الأولى)**وفي أسبابه **(الفقرة الثانية)**

الفقرة الأولى: مبدأ الطعن

نتحدث عن المبدأ بوجه عام **(1)**وعن تفعيله**(2)**

1:المبدأ

تختلف الدول في اعتماد طرق الطعن فبعضها يتيح للخصوم اللجوء إلى طرق متعددة ومختلفة، وفق شروط وقيود محددة، أو اللجوء إلى بعضها أو إلى أحداها دون بعضها الآخر.[1]

ومن المعلوم أن طرق الطعن المتعارف عليها في الأنظمة الإجرائية هي الاستئناف والاعتراض من الغير، والتماس إعادة النظر، والتعقيب .

أما الطعن في الأحكام التحكيمية فانه يخضع لأحكام خاصة. ذلك أن بعض التشريعات لا تأخذ بالطرق العادية وتربطه في أحيان بصور خاصة فاستئناف الحكم التحكيمي مثلا في تونس مقيد بشرط التنصيص عليه في اتفاقية التحكيم لان الفصل 39من مجلة التحكيم ينص على ما يلي :"لا يجوز الطعن بالاستئناف1/في أحكام المحكمين المصالحين.

2/في أحكام التحكيم ما لم تنص اتفاقية التحكيم على خلاف ذلك"

يعكس التضييق في الطعن الاتجاه التشريعي الذي يرغب في المحافظة على مزايا التحكيم وخاصة منها السرعة في فصل النزاعات ،وحتى يكون مستقلا عن القضاء العدلي.

[1] امجلة القضاء والتشريع عدد4،القرارعدد 33 الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 26اكتوبر 2001،1999الصفحة205و222.

ومن المفيد بيان انه لا يجوز الطعن بالاستئناف في مجال التحكيم الدولي،فالمشرع في تونس لم يأخذ إلا بوسيلة طعن وحيدة وهي الإبطال التي يجوز استبعادها من الأطراف وفق شروط الفصل 6/78من مجلة التحكيم.

يمكن تفسير الحد من الطعون بقاعدة منطقية مفادها أن ميدان التحكيم يتسم بخصوصية تمتع الأطراف بحرية كبيرة في تنظيم التحكيم وهي خصوصية تبرر التقليص في حق الطعن في القرارات الصادرة في مادة التحكيم.[1]

وعلى هذا الأساس ينتقد البعض مبدأ الطعن والرقابة اللاحقة للقرارات التحكيمية قولا بأنها:

*تعيق التنفيذ وتطيل إجراءاته

*تشكل نوعا من الازدواجية في العدالة (التحكيمية والقضائية) التي قد تنتهي إلى تغليب القضائية منها على التحكيمية.

ومما لاشك فيه أن طرق الطعن في القرارات التحكيمية، تظل رغم انتقاداتها أمرا طبيعيا تمليه المبادئ العامة للتقاضي بشكل عام، وضرورات الرقابة القضائية على أحكام المحكمين لتأمين حسن سير العدالة.

ولذلك لا ينظر إلى الرقابة كآلية طعن تؤدي إلى إفراغ التحكيم من مقصده الأساسي، وهو استبعاد القضاء العدلي من النظر في أصل النزاع، وإنما كصيغة توفيقية بين موقفين موقف الخصوم الذين تخلوا منذ البداية عن ولاية المحاكم القضائية بإرادتهم وبترخيص من المشرع، وبين دور القضاء في استعادة سلطته على النزاع في مرحلة لاحقة لمراقبة مدى تطابق الفصل فيه مع الإجراءات والشكليات المستوجبة في الحكم التحكيمي.[2]

وباعتبار ان الطعن في القرارات التحكيمية يمثل نوعا من الرقابة القضائية اللاحقة لها، فان بعض الدول تتشدد في ممارسته في حين تتساهل أخرى في تحديد شروطه وإجراءاته.

---

[1] مجلة القضاء والتشريع عدد4،القرار عدد 33 الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 26اكتوبر 2001،1999الصفحة205و222.

[2] وبموجب الحق في ممارسة الطعن يمكن للخصوم سلوك طريق الطعن بالإبطال في القرار التحكيمي الدولي ، ولأسباب تتصل بحالات التعهد ،وتشكل الهيئة،والنظام العام...وهي لا تتعلق بالوقائع وبأصل النزاع .

ويمكن القول حاليا: إن دعوى بطلان حكم المحكمين أصبحت في كثير من الدول، ولاسيما العربية، هي السبيل الوحيد المتاح للطعن بهذه الأحكام، ولاسيما تلك المتأثرة بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي كليا أو جزئيا، سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي.

2-تفعيل مبدأ الطعن

يختلف تفعيل المبدأ بحسب طبيعة التحكيم إن كان داخليا أو دوليا[1]

أ-الطعن في القرارات الصادرة في التحكيم الداخلي :

يمكن التمييز في هذا الشأن بين عدة اتجاهات في التشريعات العربية المقارنة:

1-في تونس:

أخذ المشرع بمبدأ عدم قابلية القرار التحكيمي للاستئناف ما لم تنص اتفاقية التحكيم على خلاف ذلك صراحة (الفقرة 2 من المادة 39 من مجلة التحكيم التونسية لعام 1993). واستبعد الطعن بالإبطال ضد قرارات التحكيم القابلة للاستئناف (المادة 40 من هذه المجلة). ولكنه أجاز الطعن في أحكام هيئة التحكيم بطريق اعتراض الغير وفق المادة 41 ويرمي بذلك إلى تحقيق العدل وتكريس حق الدفاع حتى لا يضار إنسان من حكم لم يبد فيه دفوعه .

كما أجاز للخصوم طلب إبطال حكم هيئة التحكيم الصادر نهائيا ولو اتفقوا على خلاف ذلك في الحالات المشار إليها في المادة 42 من الباب الثاني المتعلق بالتحكيم الداخلي وهي تتعلق بصدور القرار التحكيمي دون الاعتماد على اتفاقية تحكيم أو صدوره خارج نطاق اتفاقية التحكيم أو على اتفاقية باطلة أو خارج أجال التحكيم او شاملا لأمور لم تكن موضوع طلب أو كان خارقا للنظام العام او صدر من هيئة غير متركبة بصفة قانونية.

وعليه لا يمكن قبول إبطال قرار تحكيمي إذا لم يكن مندرجا ضمن الحالات المنصوص عليها حصرا بالفصل 42 المذكور كما لا يمكن الاتفاق مسبقا على استبعاد الطعن بالإبطال وذلك خلافا لما ورد في مجال التحكيم الدولي.إذ مكن الفصل 6/78الاطراف الذين ليس لهم مقرا بتونس أو محل إقامة أصلي أو محل عمل الاتفاق على استبعاد الطعن بصفة كلية أو جزئية.[2]

---

[1]فؤاد ديب ، تنفيذ أحكام التحكيم الدولي بين البطلان والكساء في الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية الحديثة،مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية-المجلد 27-العدد ا لثالث، 2011 ،ص 55 وما يليها.

[2] نور الدين قارة ، قانون التحكيم (مقدمة عامة-التحكيم الداخلي)مركز النشر الجامعي تونس2007 الصفحة206.

وفي إطار تفعيل التضييق في الطعن فان الطعن بالأبطال لا يجيز للمحكمة مراجعة القرار التحكيمي لان دور القضاء في هذه المرحلة يقتصر على مراقبة صحة القرار من الوجهة الشكلية فالقاضي المتعهد لا ينتصب كمحكمة استئناف تعيد النظر في وقائع النزاع ولا كمحكمة تعقيب تراقب مدى سلامة تأويل القانون وتطبيقه وإنما تسلط رقابة شكلية على الحكم الصادر عن هيئة التحكيم ووفق الحالات المنصوص عليها بالفصل 42من القانون التي يتأكد من تأملها أنها تتعلق بمسائل شكلية كسلامة تركيبة الهيئة ومدى احترام الآجال وقواعد النظام العام..[1]

وقد أبدت محكمة التعقيب التونسية رأيها قائلة بوجوب احترام القضاء الخاص والاعتراف باستقلاليته ورفضت توسيع دور القاضي ليتحول إلى مراجعة موضوعية وأصلية للحكم التحكيمي.[2]

2-في لبنان :

يميز قانون الأصول المدنية المعدل سنة 1983 بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي ويجيز الطعن في القرار التحكيمي بطريق اعتراض الغير أمام المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع (المادة 2-798) كما يجيز استئنافه أيضا ما لم يكن الخصوم قد تخلوا عن ذلك في اتفاقية التحكيم (المادة 799). وإذا كان الخصوم قد عدلوا عن الاستئناف أو لم يحتفظوا صراحة بحق الاستئناف (المقرر في المادة 799) يبقى لهم الحق في الطعن في القرار الصادر عن المحكمين بطريق الإبطال على الرغم من أي اتفاق مخالف، وذلك في حالات محددة، وفضلا عن الطرق السابقة أخذ المشرع اللبناني أيضا بطريق إعادة المحاكمة للأسباب والشروط المعينة للطعن في الأحكام القضائية (المادة 808).

3- في الجزائر:

نص المشرع الجزائري في المواد 1032و1033و1034 من قانون الطرق البديلة لحل المنازعات لعام 2008 على ما يأتي:

*عدم قابلية حكم التحكيم للاعتراض.

---

[1] قرارعدد 25 في 10فيفري 1998 مجلة القضاء والتشريع عدد5ماي 1999الصفحة227و227ومثله القرار عدد39في15جوان 1999 مجلة القضاء والتشريع افريل2001الصفحة129

24 قرار تعقيبي مدني عدد7560مؤرخ في 13افريل 2005(غير منشور)،أورده الأستاذ نور الدين قارة مرجع سابق الصفحة203

[2] قرار تعقيبي مدني عدد7560مؤرخ في 13افريل 2005(غير منشور)،أورده الأستاذ نور الدين قارة، مرجع سابق، الصفحة203

*قابلية الحكم المذكور للطعن فيه بطريق اعتراض الغير (المادة 1032) وبطريق الاستئناف إلا إذا اتفق الخصوم باتفاق التحكيم على التخلي عنه.

4-في المغرب:

أقر المشرع المغربي في المادة 327/34 من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية لعام 2007 أن لا يقبل حكم التحكيم لأي طريق من طرق الطعن، على ان تراعى أحكام المادتين (35/327) التي تنص على إمكانية الطعن فيه عن طريق اعتراض الغير أمام المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع والمادة 36/327 التي جعلت هذا الحكم قابلا للطعن فيه بطريق الإلغاء على الرغم من كل اتفاق مخالف بين الخصوم.

5-وعلى الرغم من أن **المشرع الفلسطيني** قد ميّز بين التحكيم المحلي والتحكيم الدولي إلا أنه أجاز بشكل عام لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قررا التحكيم لدى المحكمة المختصة بناء على أحد الأسباب المشار إليها في المادة 43 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

ب-طرق الطعن في القرارات التحكيمية الصادرة في التحكيم الدولي

تخضع القرارات التحكيمية الصادرة في التحكيم الدولي لدى كثير من التشريعات العربية والأجنبية لمعاملة خاصة، ولنظام مختلف من جهة طرق الطعن باختلاف الدول، ويعود ذلك إلى خصوصية هذا التحكيم أو إلى استقلاليته التي يتمتع بها في نظر بعض التشريعات.

1 – جعل المشرع التونسي، من الطعن بطريق الإبطال طريقا وحيدا للطعن في الأحكام التحكيمية الصادرة في التحكيم **الدولي** حسب الفصل1/78 من مجلة التحكيم التونسية. واستلزم في أسباب إبطال حكم المحكمين في التحكيم الدولي حسب الفقرة 2 من الفصل78 متطلبات خاصة تمليها مبادئ القانون الدولي الخاص في التحكيم الدولي، وذلك في أمرين اثنين:[1]

الأول يتعلق بصحة اتفاق التحكيم. إذ جعلها المشرع التونسي خاضعة لقانون الإرادة أي للقانون الذي اختاره أطراف هذا الاتفاق أو للقانون الذي تحدده قواعد القانون الدولي الخاص إن لم يعينوا القانون المنطبق.

[1] نور الدين قارة ، قانون التحكيم (مقدمة عامة-التحكيم الداخلي) ، مرجع سابق ، 208

والثاني يتعلق بمفهوم النظام العام، فقد ميز المشرع التونسي بين مسألة خرق قاعدة من قواعد النظام العام كسبب لإبطال حكم المحكمين الداخلي وبين مخالفة حكم التحكيم للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص.

والنظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص هو بالضرورة مجموعة القواعد والمفاهيم الأساسية المؤهلة لحكم العلاقات الاقتصادية الدولية ولاسيما العقود الدولية التي تتطلب بالضرورة تنظيم التعايش والتنسيق بين مختلف النظم القانونية واستبعاد القواعد المعرقلة لهذه المتطلبات.

وما يميز نظام إبطال حكم المحكمين في القانون التونسي :

أولا إمكانية اتفاق الأطراف على استبعاد الطعن بالإبطال في التحكيم الدولي إذا لم يكن للأطراف مقرا بالبلاد التونسية وذلك وفقا للفصل 6/78من مجلة التحكيم. **وثانيا** أن المحكمة المختصة تتمتع بإمكانية إبطال حكم المحكمين كليا وجزئيا. و**ثالثا** ان الدفوع التي يمكن إثارتها في دعوى الإبطال تتقيد وفق الفصل 50من المجلة المذكورة بالمبدأ الأصولي الذي يقتضي عدم الأخذ بالاحتراز الذي لا يثار في الإبان أمام هيئة التحكيم.[1]

2- في لبنان ،على غرار المشرع التونسي ، وبموجب المادة 819 من قانون أصول المدنية اللبناني، "المتضمن قانون التحكيم" يقبل القرار التحكيمي الدولي الصادر في لبنان الطعن بطريق الإبطال فقط، دون غيره من طرق الطعن التي يخضع لها القرار التحكيمي الداخلي المشار إليها سابقا وذلك وفق الشروط التالية :

* صدور القرار التحكيمي دون اتفاق تحكيمي أو بناء على اتفاق تحكيمي باطل أو ساقط بانقضاء المهلة.

* صدور القرار التحكيمي عن محكمين لم يعينوا طبقا للقانون.

* خروج القرار التحكيمي عن حدود المهمة المعينة للمحكم أو المحكمين.

* صدور القرار دون مراعاة حق الدفاع للخصوم.

[1] نور الدين قارة ، قانون التحكيم (مقدمة عامة-التحكيم الداخلي) ، مرجع سابق ، 209

3- والطعن بالبطلان هو أيضا الطريق الوحيد للطعن بحكم المحكمين الصادر في التحكيم الدولي في **القانون المغربي** للتحكيم والوساطة الاتفاقية لعام 2007، وفق ما نصت عليه المادة (51/327).

4- وفي **الجزائر**، حيث يُستبعد البطلان كطريق للطعن بأحكام المحكمين الداخلية، أخذ المشرع بهذا الطريق، كسبيل وحيد للطعن بحكم التحكيم الصادر في الجزائر في التحكيم الدولي، وذلك بموجب أحكام المادة 1085 من القانون الجزائري والمتعلق بالطرق البديلة لحل المنازعات لعام 2008.

ومما يتفرد به التشريع الجزائري، في مجال تنظيم دعوى بطلان حكم المحكمين، إخضاع القرار الصادر عن المحكمة المتعهدة بدعوى البطلان للطعن بطريق النقض، عملا بالمادة 1061 من قانون الوسائل البديلة لحل المنازعات، سواء كان القرار ينطوي على قبول طلب الإبطال أو رفضه.

5- أما في **مملكة البحرين** التي تأخذ بنظام قانون مزدوج للتحكيم أحدهما للتحكيم الداخلي والثاني للتحكيم الدولي ويحكمه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، ويخضع حكم التحكيم الدولي للطعن أو (الإلغاء) وفق أحكام المادة 34 من هذا القانون، وللأسباب المحددة في الفقرتين 1 و 2 منها.

6- ومن القواعد المعمول بها في التشريعات العربية احترام حق المحكوم عليه بممارسة دعوى البطلان ولو سبق له التنازل عنها قبل صدور حكم التحكيم، كما هو الحال في قانون التحكيم السوري (المادة 1/51) والمصري.[1]

الفقرة الثانية :أسباب الطعن

أما فيما يتعلق بأسباب الطعن في قرار التحكيم فإن القوانين الوطنية تختلف في تعداد أسبابها ، وإجمالا يمكن تصنيف الأسباب التي بموجبها يتم الطعن في قرار التحكيم إلى أربع أقسام:

[1] نور الدين قارة ، قانون التحكيم (مقدمة عامة-التحكيم الداخلي) ، مرجع سابق ، 212

أولا: الأسباب التي تتعلق بمضمون القرار، فالطرف الذي يقدم طلب الطعن يستند إلى أن قرار التحكيم لا يتفق مع ما يطلبه قانون البلد الذي صدر فيه أو قانون الإجراءات الواجب التطبيق.

ثانيا : الأسباب التي تتعلق باختصاص هيئة التحكيم ، فهذه الهيئة هي التي تملك سلطة النظر في النزاع و إصدار القرار الخاص بشأنه.

فإذا كان النزاع غير داخل في سلطة الهيئة وفقا لقانون بلد التحكيم، والقانون الواجب التطبيق فانه يجوز الطعن في القرار الذي تصدره [1].

ثالثا : الأسباب التي تتصل بإجراءات التحكيم ، في هذه الحالة يبنى الطعن على أن هيئة التحكيم لم تحترم القواعد الإجرائية التي تضمن صحة تشكيل هيئة التحكيم ،وتضمن الحفاظ على حقوق الطرفين المتنازعين ، ومن الأمور الإجرائية التي يمكن الاستناد عليها للطعن في القرار التحكيمي خرق إجراءات التبليغ ،أو عدم معاملة الطرفين على قدم المساواة، في المرافعة أو في التبليغات أو عدم ضمان حق الدفاع لأحد الطرفين وذلك بإعطائه الفرصة الكافية لتقديم طلباته ودفاعه. وهو أمر تكاد تجمع عليه كافة الاتفاقيات الدولية، باعتباره من الحالات التي يمكن الاستناد إليها للطعن في قرار التحكيم[2].[3]

رابعا : الأسباب التي تستند إلى مخالفة قواعد النظام العام،اذ تجمع القواعد الدولية والتشريعات الوطنية على أن مخالفة القرار لقاعدة من قواعد النظام العام يوجب بطلانه وعدم تنفيذه، ويحق للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان الحكم إذا كان مخالفا للنظام العام [3]،فتقضى بالبطلان استنادا إلى مخالفة النظام العام وحده حتى لو استند مثير البطلان على سبب آخر غير متحقق فعلا [4].

القسم الثاني : دور القضاء في حماية الاستثمار

---

[1] يثار عادة الدفع بعدم اختصاص الهيئة أثناء إجراءات التحكيم وأحيانا يطعن احد الأطراف في القرار لطلب إبطال جزء منه لتجاوز هيئة التحكيم سلطاتها واختصاصها كأن تقرر في أمور لم يتفق على تسويتها بالتحكيم. وفي هذه الحالة يجوز للمحكمة التي تنظر بالطعن أن تبطل الجزء المذكور من القرار إذا كان يقبل التجزئة..

[2] فيما يتعلق باتفاقية نيويورك لعام 1958 فقد جاء في المادة الخامسة منها إمكانية إبطال القرار التحكيمي من قبل محاكم الدولة التي صدر فيها القرار ومن قبل الدولة التي صدر القرار بموجبها قانونا، وهذا يفهم من المادة المذكورة حيث نصت على حالة أن القرار لم يصبح بعد إلزاميا بالنسبة للأطراف أو انه كان قد تم إبطاله أو إيقافه من قبل السلطة المختصة في البلد الذي صدر فيه أو من قبل سلطة البلد الذي كان القرار قد صدر بموجب قانونه.

[3] نور الدين قارة ، قانون التحكيم (مقدمة عامة-التحكيم الداخلي) ، مرجع سابق ، 220

[3] بركات علي، الطعن في أحكام التحكيم، دون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003، ص 92.

[4] عمر نبيل إسماعيل، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، ط.1.الإسكندرية دار الجامعة الجديدة، 2004، 276-277.

يساهم القضاء من خلال حماية الاستثمار في التوفيق بين المصالح المشروعة للمستثمرين وحاجة المستثمر الأجنبي للضمان ومصالح الدول المستقطبة للاستثمار وحاجتها إلى رأس المال الأجنبي.

ويتبين دوره الى جانب تعهده مباشرة في النزاعات قصد تسويتها ورقابة أحكام المحكمين في تسليط جزاء مدني على من يخرق الاتفاقات **(الفقرة الأولى)** ويتجاوزه أحيانا لتسليط عقوبات جزائية **(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الأولى : تفعيل الدور الحمائي على الصعيد المدني

يبرز دور القاضي –في المسائل ذات الصبغة المدنية والتجارية المتعقلة بالاستثمار– عند نظره في النزاعات القائمة بين المستثمر الأجنبي والدولة التونسية، وعند نظره في النزاعات القائمة بين المستثمرين عامة سواء كانوا أجانب أو تونسيين.

1–البت في النزاعات القائمة بين المستثمر الأجنبي والدولة التونسية

نص المشرع على هذا الدور الفصل 67 من مجلة التشجيع على الاستثمارات قولا " تختص المحاكم التونسية بالنظر في كل خلاف يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة التونسية إلا في حالة اتفاق ينص عليه شرط التحكيم أو يخول لأحد الطرفين اللجوء إلى التحكيم عن طريق إجراءات تحكيم خاصة أو تطبيقا للإجراءات الصلحية أو التحكيمية المنصوص عليها بإحدى الاتفاقيات التالية ...".

أخذ المشرع التونسي في هذا النص بمبدأ اختصاص المحاكم التونسية للنظر في النزاعات التي تنشأ بين الدولة التونسية والمستثمر الأجنبي نظرا للثقة التي يوليها لقضائه الوطني، غير أنه اقر له عدة استثناءات أفرغته من محتواه خاصة عند اشتراط المستثمر اللجوء إلى التحكيم كآلية لفض النزاعات التي تنشأ بينه وبين الدولة المستقبلة سواء كان تحكيما مؤسساتيا أو تحكيما حرا لما يتسم به التحكيم من سرعة في فصل النزاعات.

لكن يبقى دور القاضي هاما في مراقبة القرارات التحكيمية الداخلية أو الدولية والإشراف على سير إجراءات التحكيم و النظر في تنفيذ تلك القرارات.

فالقاضي وفقا لما سبق بيانه له سلطة إبطال القرارات التحكيمية في صورة وجود عقد تحكيمي غير صحيح، أو مخالفة تشكيل المحكمة التحكيمية، أو عدم التقيد بالمهمة الموكولة للمحكمين، أو

عدم احترام قاعدة المواجهة أمام المحكمة وحق الدفاع ، أو كان الحكم التحكيمي مخالفا للنظام العام في مفهومه الدولي وهو ما كرسه الفصل 78 من مجلة التحكيم.

2-فض النزاعات القائمة بين المستثمرين عامة

عهد المشرع التونسي للقاضي سلطة فض النزاعات التي تنشئ بين المستثمرين والمستقبلين، فقد عهد للقضاء مهمة مراقبة إجراءات تكوين الشركات التجارية وتسييرها (سواء كانت شركات استثمار أو غيرها) نظرا لما تحتله الشركات التجارية من أهمية داخل في النسيج الاقتصادي باعتبارها أهم وسيلة للاستثمار. ولذلك خصه بمهمة تصحيح تكوين الشركة وإصلاح الوضعية الباطلة « La régularisation de la nullité » وفقا لمقتضيات الفصل 17 من مجلة الشركات التجارية حتى تتمتع هذه الذات بوجود شرعي داخل الدورة الاقتصادية، فللقاضي سلطة تقويم العقود والاتفاقات وإخراجها من العدم إلى الوجود بتسوية بعض الوضعيات المنصوص عليها بأحكام المجلة.

كما أنه في صورة الإخلال بالقواعد المنظمة للشركات ذات المسؤولية المحدودة فإنه يمكن للقاضي المختص أن يمنح أجلا إضافيا لتمكين الشركاء من تلافي الخلل .ويعد الفصل 107 من مجلة الشركات التجارية القاعدة العامة لتصحيح قيام الشركة ذات المسؤولية المحدودة، فيزول كل بطلان بزوال سببه وتنقرض دعوى البطلان بانتفاء سببه، إلا إذا كان البطلان مؤسسا على عدم مشروعية موضوع الشركة.

ونظرا لتطور مفهوم الشركة فإن المشرع مكن القاضي من مراقبة إجراءات تسيير الشركات التجارية وعيا منه بان القاضي في كثير من الأحيان مطالب بإعطاء رأي اقتصادي بحت حول إمكانية إنقاذ الشركة والحكم باستمرارها أو بتفليسها.

يبرز هنا الدور الفعال للقاضي في إخراج مؤسسات الاستثمار من وضعية التعثر إلى وضعية الاستقرار وهي "العلاقة الجدلية بين القاضي والحدث الاقتصادي" التي دفعت الأستاذ ميشال كبرياك إلى القول بتطور العلاقات بين القاضي التجاري والحدث الاقتصادي.

وهكذا يتضح أن دور القاضي في إنفاذ الاتفاقيات الدولية ينبني على نجاعة الحلول التي يتخذها لحل المشاكل والنزاعات التي تعوق السير العادي و الطبيعي للنشاط الاستثماري ومدى

قابليتها للتجسيم وقد ذهب بعض الشراح [1] إلى اعتبار رجل القضاء مراقبا تفرضه صفته كممثل للدولة أو مبعوث لها أمام ما تكتسبه الشركة من قيمة اقتصادية.

كما لم يكتف المشرع بتعهد القاضي بمهمة مراقبة تكوين وسير الشركات التجارية بل منحه دورا عاجلا متمثلا في اتخاذ التدابير اللازمة في صورة مرور المؤسسة بصعوبات اقتصادية وذلك من خلال إعداد برنامج إنقاذها طبقا لقانون 17افريل1995[(2)]حول "إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية "سواء بالمصادقة على مواصلة المؤسسة لنشاطها بنفسها ،أو كرائها، أو إحالتها للغير في إطار وكالة حرة أو إحالتها للغير قصد محاولة إنقاذ وإعادة إدماجها في الدورة الاقتصادية خدمة وتشجيعا للاستثمار.

وإلى جانب الدور العلاجي للقضاء في حماية الاستثمار من خلال تدخله على الصعيد المدني، فقد مكنه المشرع من عديد الصلاحيات عند نظره في المسائل ذات الصبغة الجزائية و المتعقلة بالاستثمار.

الفقرة الثانية : تفعيل الدور العلاجي على الصعيد الجزائي

لم يكتف المشرع عند تنظيمه للإطار القانوني للاستثمار بإقرار جزاء وحلول مدنية وتجارية بل تجاوزها بإقرار عقوبات جزائية ضد كل مرتكب لأي فعل قد يمس سواء بالقرار الاستثماري أو بالمال المستثمر رغم وجود اتجاه فقهي [(3)] ينادي بعدم وضع قواعد جنائية خاصة معتبرا أن عالم التجار لا مجال فيه للأخلاقيات السامية حتى يتدخل قانون العقوبات.

لا يتوقف دور القاضي الجزائي في حماية الاستثمار في تكييف الأفعال موضوع التجريم بل بتجاوزه للنظر في تسليط العقوبة المناسبة على مرتكب ذلك الفعل بما يتماشى وروح النص لأن المشرع يمنحه سلطة تقديرية واسعة في تسليط العقوبة المناسبة وذلك من خلال وضع الحد الأدنى والحد الأقصى للعقوبة كما خوله مراعاة ظروف التخفيف المنصوص عليها بالفصل 53 م.ج. خاصة أن هذه الجرائم تعتبر ذات صبغة اقتصادية ويغلب عليها الطابع المالي.

---

[1] عبد الله الهلالي، دور القاضي في الشركات التجارية، مداخلة ألقيت بمناسبة الملتقى الدولي الذي نظم حول مجلة الشركات التجارية يومي 5و6 أفريل 2000، مركز الدراسات القانونية والقضائية.

[2] هو القانون عدد 35 لسنة1995 المؤرخ في 17افريل 1995المنقح بالقانون عدد63لسنة1999مؤرخ في 15جويلية1999ثم بالقانون عدد79لسنة 2003مؤرخفي 29ديسمبر 2003 يتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية

[3] Touffait et JB Herzog, Observation sur l’évolution du droit pénal des sociétés. Revu .Sc. .Crime .p.777,

وبذلك فإن دور القضاء الجزائي في حماية الاستثمار يتأكد كلما طبق العقوبة المناسبة ضد مرتكب الفعل المجرم وذلك من شأنه أن يحقق النجاعة المطلوبة خاصة في ظل اقتصاد يقوم على المنافسة، فنشر مضامين الأحكام مثلا بالصحف أو بالمؤسسات الاقتصادية كعقوبة تكميلية طبق قانون المنافسة والملكية يمكن أن يكون له دور هام وناجع.

الفصل الرابع

مفهوم الوسائل الودية لتسوية منازعات الإستثمار ومصادرها وخصائصها ومميزاتها وعلاقتها بالقضاء

المبحث الأول

مفهوم الوسائل الودية لفض النزاعات

أصبح اللجوء للوسائل الودية لحل النزاعات في وقتنا الحالي أمرا ملحا، وذلك لتلبية متطلبات الأعمال الحديثة، والتي لم تعد المحاكم قادرة على التصدي لها بشكل منفرد، فمع التطور المستمر في التجارة والخدمات، وما نتج عن ذلك من تعقيد في المعاملات، وحاجة إلى السرعة والفعالية في بث الخلافات وتخصيصها من قبل من ينظر بهذه الخلافات أو يشهد في حالها، نشأت الحاجة لوجود آليات قانونية يمكن للأطراف من خلالها حل خلافاتهم بشكل سريع، وعادل وفعال، مع منحهم مرونة وحرية لا تتوفر عادة في المحاكم.

وقد عرفت الوسائل الودية كل النزاعات اهتماما متزايدا، على صعيد مختلف الأنظمة القانونية والقضائية، وذلك لما توفره هذه الأخيرة من مرونة وسرعة في البث والحفاظ على السرعة والسرية وما تضمنه من مشاركة الاطراف في ايجاد الحول لمنازعاتهم.

ونظرا لما تحتله الوسائل الودية لحل النزاعات اهتمام متزايدا ومكانة بارزة في الفكر القانوني والاقتصادي على المستوى العالمي، وما شهده العالم منذ نصف قرن ويزيد من حركة فقهية وتشريعية لتنظيم الوسائل الودية وما تمثله في الحاضر من فعل مؤثر على صعيد التقاضي كان من الطبيعي أن تعمل الدول جاهدة في اجاد إطار ملائم يضمن لهذه الوسائل تقنيتها ثم تطبيقها لتكون بذلك أداة فعالة لتحقيق وتثبيت العدالة وصيانة الحقوق

المطلب الأول: نشأة الوسائل الودية ومراحل تطورها

تمهيد:

ان التطور المستمر الذي شهده قطاعي التجارة والخدمات ومنتج عنهما من معاملات عديدة ومعقدة تكون سببا في غالب الاحيان في نشأة نزاعات بين الاطراف، وفي ظل عدم قدرت المحاكم

على مواكبة النسق التصاعدي لهذه النزاعات بحلها بسرعة وفعالية اصبح اللجوء الى الوسائل الودية لحسم النزاعات كآلية قانونية امرا ضروريا.

إذا كان التحكيم وجد مع وجود البشرية، فهو إحدى الوسائل الودية لحل النزاعات وهذا زمانه، وبحق هذا هو عصر التحكيم[1]

ولكنه لا يلبي جميع مطالب أطراف النزاعات، فهو أسلوب شبه قضائي ، ويفرض حلوله على الاطراف في نهاية الدعوى، وينشئ قانون يلزم المتنازعين كما بينا سابقاً، هذا من جهة، ومن جهة اخرى وفي ظل التطور الحاصل في عالم التجارة وسرعة وسهولة الاتصالات وثورة التكنولوجيا وفي ظل التطور الاقتصادي وتكاثر وتشعب العلاقات التجارية وضخامة العقود التجارية الداخلية والدولية خصوصا، نرى أن التحكيم بدا يتراجع في تلبية جميع مطالب المتنازعين، لذلك بدا المتنازعون بالبحث عن وسائل أخرى لحل خلافاتهم خصوصا في العقود الأخيرة من القرن المنصرم، ولكن من الخطأ التشبث بحداثة هذه الوسائل، ولو بحثنا وتمعنا في الجانب التاريخي والاجتماعي لهذه الوسائل لوجدنا أنها كانت موجودة منذ القدم، ولكن اغلبية الفقهاء تناولوها باهتمام وجعلوها موضوع الساعة.

إن هذه الوسائل كانت موجودة وهي اصلا منبثقة من قانون الشعوب ولها علاقة وطيدة ووثيقة بالثقافة والتقاليد والعادات الاجتماعية والروابط التجارية لكل بلد، حيث أن العديد من الشعوب الأسيوية والإفريقية كانت تلجا إلى هذه الوسائل بصورة ودية وصامتة قبل اللجوء إلى التحكيم أو القضاء[2]، وخير دليل على قدم هذه الوسائل هي الأقوال المأثورة والشعبية التي كانت تتداولها الشعوب القديمة وفي أماكن مختلفة، وعبر قرون طويلة حتى يومنا هذا، بل انها موجودة في الإنجيل والتوراة وحتى في القرآن الكريم، فالآية الشريفة التي تحث المتنازعين على الإبراء الطوعي من الدين أو إعطاء مهلة نظرا لسوء وضع المدين تعتبر وسيلة من وسائل حل النزاعات وذلك باسم التسامح الديني والإسلامي، حيث يتدخل طرف ثالث مصلح أو وسيط فيطلب من الدائن المتنازل عن دينه مراعات لوضع المدين المعسر، حيث جاء في الآية الشريفة: **(وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُواْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ)** [3] أي بمعنى إذا كان المدين معسرا فعليكم أن تمهلوه إلى

---

[1] B. Oppett, Les modes alternatifs des règlement des différends de la vie économique, chronique justices, 1995, P 55.

[2] J. El Hakim, Les modes alternatifs des règlement des conftits dans les droit des contrats, R.I.D.C, 1997, P 351.

[3] سورة البقرة، الآية 280.

وقت يسير، وإن تجاوزتهم كل ما لكم عليه فهو أكرم وافضل إن كنتم تعلمون ما لذلك من أجر عظيم.

كما أشرنا فإن الشعوب الأسيوية القديمة كانت ولا تزال تلجا إلى هذه الوسائل في يومنا هذا ففي الحضارة الصينية مثلا يعتبر أن اللجوء إلى المحاكم عامل يزعزع النظام العام ويخل بالروابط الاجتماعية والتعامل التجاري لديهم مقولة معروفة وهي أن دعوى رابحة تكلف نقودا أو خسارة نقودا "procès gagne argent" وذلك لأنهم يعتبرون أن اللجوء إلى المحاكم سوف يكلفهم مصاريف واتعاب ورسوم اضافية أن اللجوء إلى المحاكم سوف يكلفهم مصاريف واتعاب ورسوم اضافية، بالإضافة إلى أنها تؤدي إلى الإخلال بالروابط الاجتماعية والتجارية في الحضارة اليابانية وجدت هذه الوسائل وعلى نطاق واسع في العلاقات الاجتماعية والتجارية حيث يعتبر الغالبية العظمى من الشهب الياباني أن التسويات القضائية أمر غير مرغوب فيه ويجب الابتعاد عنها كلما أمكن، ويعتبرون أن ملاحقة شخص امام المحكمة حتى في القضايا المدنية أمر معيب، ومفهوم العيب بشكل حجر الزاوية في نظام الحضارة اليابانية ومصدره يعود إلى المبادئ الاخلاقية الموروثة عن الديانة الكنفشيانية وتقليديا يفضل الشعب الياباني الطرق غير القضائية وغير الرسمية في حل خلافاهم، ولا يحبذون التسوية العلنية، ويعتقدون أن الخلافات يجب أن لا تنشا، وأن نشأت يجب أن تحل بالتفاهم المتبادل والتسوية الودية[1]

وعرفت الشعوب والقبائل العربية هذه الوسائل، فالمحكمة لديهم كانت تحث المتنازعين على تجنب اللجوء إلى المحاكم، وخير دليل على ذلك الأقوال والأمثال الشعبية فيقال "صلح خسران أفضل من دعوى رابحة" أو "صلح مجحف خير من دعوى رابحة"، وهذا ما هو متداول حتى يومنا هذا فيحاولون حل خلافاتهم بأنفسهم أو عن طريق شخص آخر كشيخ القبيلة أو بواسطة شخص ذي سمعة طيبة يحاول أن يتوسط ويصلح المتنازعين ويجنبهم اللجوء إلى المحاكم.

وفي لبنان الحكمة الشعبية كانت تدعو الأشخاص إلى تجنب اللجوء إلى المحاكم وذلك لقناعتهم لما يتمخض عن اللجوء إلى المحاكم من هدر للوقت والمال إضافة إلى الإخلال بالروابط الاجتماعية والأسرية، وخير دليل على ذلك المقولة الشعبية التي يتداولها الناس في الأرياف " رحنا عالمحكمة لنجيب الديك قمنا بعنا بقرة "[2].

---

[1] J. El Hakim, Op.Cit, P 352.

[2] د. عبد جميل غصوب، الصلح القضائي في القانون اللبناني، مجلة العدل، الجزءان الثالث والرابع، سنة 2004، ص 253.

وفي هذا السياق هناك أقوال مأثورة تصب في ذات الهدف كالملح سيد الأحكام، مما يعني مبدأ الصلح والتصالح يأتي على رأس قائمة حل النزاعات أين ما كانت طبيعتها.

وفي إفريقيا وتحديدا في السنغال يوجد عندهم وسيلة تعرف بـ Palabra وهي قريبة من الوساطة والمصالحة والتوفيق واعتادوا اللجوء إلى هذه الوسيلة في حل نزاعاتهم التجارية والمدنية أيضا في حال تعذر الوصول إلى حل يرضي المتنازعين يلجؤون إلى القضاء أو التحكيم.

ومن خلال ما تقدم نرى أن هذه الوسائل وجدت مع وجود الخلافات التي كانت تنشأ لدى مختلف الشعوب والقبائل وهي أصلا منبثقة من عاداتهم وتقاليدهم واعتادوا أن يلجؤوا ويجدوا حلولا ودية وهادئة وغير معلنة بغية حفظ علاقاتهم وترابطهم الاجتماعي وذلك بعيدا عن المحاكم وتطبيق النصوص القانونية، وذلك لقناعتهم بأن اللجوء إلى المحاكم ما هو إلا هدرا للوقت والمال وإخلال بالروابط الاجتماعية والتجارية.

وما نراه اليوم خاصة في ظل التطور الحاصل في عالم التجارة والأعمال وازدياد العلاقات الاقتصادية والتجارية وتكاثر العقود وتشابكها بشكل كبير بحيث أخذت تتخطى الحدود الدولية بعد أن أصبح العالم شبة قرية كونية في ظل موجة التحرر والعولمة والخصخصة، وما نتج عن ذلك من منافسة شديدة في عالم التجارة المحلية والدولية خصوصا الأمر الذي دفع التجار ورجال الأعمال وأصحاب المشاريع والشركات الكبيرة للبحث عن سبل أخرى لحل نزاعاتهم بعيدا عن قضاء الدولة والتحكيم وتوفر لهم الوقت والجهد والمال وتحافظ على سرية نزاعاتهم بشكل أفضل وأيسر والتخلص من الشكليات والإعراض عن المناقشات القانونية والإجرائية الصرفة، كالمجادلة في تنازع القوانين والاختصاص والابتعاد عن جو المحاكم المكتظة بالدعاوى إضافة إلى ذلك تجنب اللجوء إلى هيئات التحكيم كلما أمكن[1] ذلك، لأنها باتت هي أيضا مكلفة ومرهقة ولا تحقق دائما تطلعات المتنازعين الذين يرغبون الوصول إلى حقهم بأفضل الوسائل، ومن جهة أخرى فإن التجار ورجال الأعمال وأصحاب المشاريع والشركات الكبرى هم أناس غير قانونيين وما يهمهم وما يفكرون به هو كم من الوقت والجهد والمال سوف يستغرق الدعوى وسيلة حل نزاعتهم، فهم ينظرون ويفكرون بوجهة نظر مالية حيث تولدت لديهم القناعة بأن المنازعات القضائية هي بحد ذاتها شر، فبدأوا يفكرون بحل نزاعاتهم بطرق ووسائل غير قضائية وغير تحكيمية توفيرا للوقت والمال والجهد الذي يبذلونه فيما لو لجأوا إلى القضاء أو التحكيم، وتولدت لديهم القناعة بأنه بإمكانهم إيجاد حلول أكثر فعالية ومناسبة وملائمة وتضمن استمرار علاقاتهم التجارية وذلك لأن المنازعات قد تحل قضائيا ولكن المشكلة تبقى

---

(1) J. El Hakim, Op.cit, P 350.

عالقة وتعيق علاقاتهم المستقبلية، لذا لجأوا إلى هذه الوسائل معتمدين على الخبرة التي اكتسبوها في أعمالهم ونشاطاتهم مع قدر من الحكمة بعدما استنتجوا أن الخلافات يمكن حلها بدون اللجوء إلى المحاكم لذى نرى انتشار وشيوع هذه الوسائل في الولايات المتحدة الأمريكية وكندا وأوروبا وشرق آسيا وأستراليا وبقية الدول المتقدمة صناعيا والمزدهرة اقتصاديا كاليابان وكوريا الجنوبية والصين، خصوصا أن اللجوء إلى المحاكم في هذه الدول يعتبر من المظاهر والمثل الديمقراطية العليا لديهم ففي الآونة الأخيرة وتحديدا في السبعينات من القرن المنصرم نرى أن هذه الدول التي تم ذكرها أعلاه بدأت تشجع اللجوء إلى هذه الوسائل وأخذ الاهتمام بتزايد شيوعها واللجوء إليها، وتوفير الجو المناسب لانتشارها فمثلا بدأت الوساطة تأخذ حيزا واسعا في حل الخلافات التجارية والتقارير والدراسات التي قدمت في هذا المجال خلصت إلى أنه على المحاكم أن تدفع وتشجع باتجاه الحل ما قبل المحكمة وذلك باعتماده هذه الوسائل[1].

أما المشرع الجزائري ضبط بدائل الخصومة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تسهم بلا شك في ترقية ثقافة التصالح بين المتخاصمين من خلال تسهيل الإجراءات وتجاوز التعقيدات الإجرائية، لذلك فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية تضمن من بين أقسامه الموزعة على 1065 مادة، قسما كاملا للطرق الودية في حل النزاعات وذلك عن طريق الصلح، الوساطة والتحكيم، بدءا من المادة 990 إلى 1005، كما صدر المرسوم التنفيذي على رقم: 09-100 المؤرخ في 2009/03/10 الذي يحدد كيفيات تقصي الوسطاء القضائيين [2].

ومسايرة للقوانين الحديثة وما للمجتمع الجزائري من قيم وأخلاق وتراث والتي تجعل المواطن عندنا يجنح إلى الصلح الذي هو سلوك متجذر في المجتمع الجزائري والذي هو أيضا محبب للنفس البشرية التي ترفض الإملاء وأساليب القوة من السلطة العامة بما فيها القضاء، وكذا قبول الوسيط الذي يرى فيه المتقاضي الإجراءات البسيطة التي تضمن السرية والحياد من خلال وسيط قضائي نزيه ومحايد لتقريب وجهات النظر بين الفرقاء من الخصوم وصولا إلى حل ينال رضائهم التام، مما يبرر سعي كل منهما إلى تنفيذ الحكم الذي ساهما هما معا في إعداده، وكذا التحكيم في المجالات المخصصة له.

---

[1]Lo.A Mistelis, A.D.R in England and Wales, clive M shmitlhoff senior lecturer in international commercial law, school of international Arbitration centere for, commercial law studis Qeen Mary, University of london, 2000, P 4.

[2] قانون رقم 09-100، مؤرخ في 009/03/10 يتضمن كيفية تعيين الوسيط القضائي، ج.ر عدد 16، لسنة 20091.

وكملاحظة أولى حول الموضوع والتي يمكن إبرازها هو العنوان الذي استعمله المشرع الجزائري " الطرق الودية لحل النزاع " فيفهم من خلال ذلك أن المشرع الجزائري يقصد من وراء ذلك وجود طريق أصلي وطريق بديل فإذا كان الطريق الأصلي يتمثل في القضاء فإن الطريق البديل يتمثل في الصلح والوساطة والتحكيم غير اننا نلاحظ أن كل من الصلح والوساطة يجريان تحت رقابة القاضي.

المطلب الثاني: معنى الوسائل الودية:

يختلف مفهوم العدالة من بلد إلى آخر، بمعنى أن وظيفة القضاء ونزعته وتنظيمه ليست واحدة في جميع بلدان العالم، فوظيفة القاضي تختلف نسبيا من بلد إلى آخر، لذا فقد ظهرت هذه الوسائل كل النزاعات وأخذت مكانها عن طريق مواجهة مع القضاء التقليدي[1] خصوصا في الدول المتقدمة صناعيا والمزدهرة اقتصاديا، ذلك لأن الأسلوب القضائي في هذه الدول يتصف بالاهتمام المتزايد بدقائق القانون وكثرة الشكليات والصعوبات والتعقيدات الناتجة عنها مما جعله بطيئا للغاية عن منال وطموح الذين يرغبون الوصول إلى حقوقهم بأقرب وقت ممكن وبأقل جهد وتكلفة مع الحفاظ على سرية خلافاتهم واستمرار نشاطهم وحفظ علاقاتهم التجارية.

فظهرت هذه الوسائل بأسماء مختلفة ومتنوعة لا تخلوا من الغرابة وغير واضحة المعالم أحيانا ولا يمكن تعريفها بشكل دقيق، وقد أطلق عليها الفقه تسميات متعددة بحيث أصبحت تفوق الثمانين إسما [2]، وعلى سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، فاعتبرها البعض بأنها قضاء غير رسمي Justice informelle، قضاء اتفاقيJustice convenue، قضاء ودي Justice amiable، والبعض اعتبرها عدالة غير رسمية، عدالة فعالة [3].

ولكن التسمية الأكثر استعمالا وشيوعا في اللغة الإنجليزية والمختصرة A.D.R والتي تدل على مختصر Alternative Disqute Résolution وفي اللغة الفرنسية تعرف بالـ M.A.R.C وهي مختصر لـ Modes Alternatifs de Règlement des Conflits وتعرف أيضا بـ SORREL كما هو الدارج والمستعمل في كندا وهي اختصارا لـ Solutions de Rechage au Règlement Litiges، وجميع هذه التسميات تدور حول فكرة واحدة هو البديل أو الخيار

---

(1) G. Cornu, Les modes alternatifs des règlement de Reglement des conftits, R.I.D.C, 1997, NO 2, P 316.

(2) J. El Hakim, Les modes alternatifs des règlement des conftits dans les droit des contrats, R.I.D.C, 1997, P 350.

(3) G. Cornu, OP.Cit, P 313.

Alternative عن النظام القضائي الكلاسيكي أو اللجوء إلى الطرق الودية Amiables التي يختارها المتنازعون لأجل حل نزاعاتهم بعيدا عن القضاء الكلاسيكي، وذلك كسبا للوقت والمال لديمومة روابطهم التجارية وحل نزاعاتهم بشكل غير معلن.

فقد جاء تعريف هذه الوسائل لدى بعض الفقهاء متقاربا إلى حد ما، فقد عرفها الأستاذ Lokes Amistelis بأنها " مجموعة من الإجراءات التي تشكل بديلا عن المحاكم في حسم النزاعات وغالباً ما تستوجب تدخل شخص ثالث نزيه وحيادي "[1].

وعرفها الأستاذ Jarrosson بأنها " مجموعة غير محددة من الإجراءات لحل النزاعات، بحيث تتم في أغلب الأحيان بواسطة تدخل شخص ثالث بهدف إيجاد حل غير قضائي لهذه النزاعات"[2].

أما الأستاذ Marriott و Brown[3] فقد عرفاها بأنها " مجموعة من الإجراءات تهدف إلى حل النزاع بطريق غير قضائي أو غير تحكيمي ولكن ليس بالضرورة تقتضي تدخل أو مساعدة من شخص ثالث محايد يسعى إلى مساعدة الأطراف بغية تسهيل الوصول إلى حل النزاع"[4].

فقد عرف المركز التجاري لحل النزاعات في أستراليا (ACDC) هذه الوسائل بأنها " العمليات التي تهدف إلى تشجيع المتنازعين بغرض الوصول إلى حل خلافاتهم بأنفسهم، وذلك بواسطة شخص ثالث حيادي لتسهيل عملهم".

فكلمة البديل Alternative استعملت في معنى حرية اختيار الطرق غير القضائية وهذه الوسائل هي وسائل إضافية أو ودية وذلك لإعطاء مجال أوسع للمتنازعين على الاتفاق باللجوء إليها في أي مرحلة من مراحل النزاع، وإن كانت عبارة الوسائل الودية تؤخذ عن الأحرف المختصرة (A.D.R) إلا أن مدلولها لم يعد محصورا بتعبير الودية أي Alternative بل اعتبر الكثيرون وعلى

---

(1)Lo.A Mistelis, A.D.R in England and Wales, clive M shmitlhoff senior lecturer in international commercial law, school of international Arbitration centere for, commercial law studis Qeen Mary, University of london, 2000, P 3.

(2) Ch. Jarrosson, Les modes alternatife des règlement des conftits, cours D.E.S.S Filière Franco phone U.L, 2001-2002, P 2.

(3) H. Broun et A. Marriott, A.D.R principales and pracipales and practice, sweet & Maxwell, ed London, 1993, P 9.

(4) (A.D.R) May be defines as arrange of procedures which serves as Alternatives to the Adjudicaton procedures of litigation and Arbitration for the resolution of disputes generally but not necessarity involring the intercession and assistan of a neutral thid party who helps to facititate such Reçolation.

رأسهم غرفة التجارة الدولية ICC بأن الحرف الأول A يقابل كلمة Amiable بدلا من Alternative أي بمعنى الوسائل الودية بدلا من الوسائل الودية، ومنهم من يفضل استعمال عبارة Additional أي بمعنى الوسائل الإضافية الملائمة أو المناسبة لحل النزاعات، وذلك لترجيح هذه الوسائل لحل النزاعات، بالمقارنة مع القضاء التقليدي والتحكيم[1].

وأيا كانت هذه التسميات فإن الجوهر يبقى واحدا وهو الحل الودي بين المتنازعين بعيدا عن التعقيدات والإجراءات الرسمية والشكليات المعقدة، وذلك بنية التوسط أو التفاوض أو التوفيق بواسطة جهة حيادية مستقلة ونزيهة بهدف الوصول إلى حل نهائي يرضي الأطراف وتأمين مصالحهم وتوطيد علاقاتهم بصورة إيجابية وأكثر جدوى.

المطلب الثالث: أنواع الوسائل الودية:

تتعدد مختلف أنواع الوسائل الودية إلى أقسام متعددة تختلف تبعا لأساس التقسيم A.D.R تنقسم طرق فض المنازعات الملائمة أو الودية من قبل طرف ثالث في interrention، ولعل أفضل تقسيم لها هو تقسيمها من حيث درجة التدخل النزاع، ووفق هذا التقسيم تنقسم هذه الطرق إلى:

الفرع الاول: المفاوضات Négociation:

المفاوضات أو التفاوض هو آلية نزاع قائم على الحوار المباشر بين الطرفين المتنازعين سعيا لحل الخلاف، ولا يحتاج التفاوض إلى أي طرف ثالث، بل يعتمد على الحوار بين الطرفين مباشرة، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من تمثيل المتنازعين بواسطة محامين أو وكلاء لهم، إذ لا يغير ذلك من طبيعة التفاوض مادام الوكلاء يملكون سلطة اتخاذ القرار عن موكليهم.

الفرع الثاني: الوساطة Médiation:

وهي مرحلة متقدمة من التفاوض تتم بمشاركة طرف ثالث (وسيط)، يعمل على تسهيل الحوار بين الطرفين المتنازعين ومساعدتهما على التوصل لتسوية، إذن فهي آلية تقوم على أساس تدخل شخص ثالث محايد في المفاوضات [2] بين الطرفين وتسهيل التواصل بينهما وبالتالي مساعدتهما على إيجاد تسوية مناسبة لحكم النزاع.

الفرع الثالث: التحكيم:

بات التحكيم في الوقت الحاضر الوسيلة الأكثر انتشار لحسم المنازعات التجارية ويعتبر التحكيم نوعا من القضاء الخاص، فهو وسيلة بديلة عن قضاء الدولة يقوم فيه أطراف النزاع بمحض

---

[1] د. سامي سركيس، ندوة المحامين للألفية الجديدة، إتحاد المحامون العرب، سورية، دمشق، 2003، ص 30.

[2] د. سامي سركيس، مرجع السابق، ص 35.

إرادتهما على اللجوء إلى التحكيم ما قد يثور من خلاف أو نزاع في المستقبل بمقتضى قرار له قيمة قضائية.

ولذلك يمكن تعريف التحكيم بأنه: وسيلة يختارها الأطراف لفض المنازعات الناشئة بينهم عن طريق طرح النزاع للبث فيه بقرار ملزم لهم من قبل شخص أو أشخاص يعينونهم بالاتفاق ويسمون ويمكن للأطراف الاتفاق على اللجوء للتحكيم عند بدء العلاقة بينهم وقبل حصول نزاع، كأن يوردوا بندا في عقدهم يشير إلى موافقتهم على إحالة أي خلاف ينشأ بينهم للتحكيم شرط التحكيم، كما يمكن لهم إبرام اتفاقية تحكيم بعد نشوء الخلاف يبينوا فيها تفاصيل الخلاف وموافقتهم على إحالته للتحكيم (مشارطة التحكيم) ويسمى أحيانا وثيقة التحكيم الخاصة ولم يعد خافيا أن التحكيم قد أضحى طريقة مألوفة ومرغوبة لفض المنازعات والتي تنشأ في الغالب عن علاقة تعاقدية وذلك عوضا عن اللجوء إلى القضاء، بل أصبح التحكيم أكثر ضرورة في مجال علاقات التجارة الدولية لأن كلا طرفي هذه العلاقة لا يرغب عادة الخضوع لقضاة محاكم الطرف الآخر وعلى خلاف الوساطة والتقييم الحيادي المبكر، يعتبر التحكيم من حيث نتيجة ملزما، بحيث يملك الذي لا يملك هذه السلطة، كما أن التحكيم متى اتفق عليه (قبل نشوء النزاع أو بعده) يصبح ملزما، ويتوجب على الأطراف السير به حتى نهاية إجراءاته وإصدار القرار المنهي للخصومة من خلاله ويعتبر حكم التحكيم ملزما ويستوي مع القرار الصادر عن المحكمة إذا ما تم تذييله بالصيغة التنفيذية.

المبحث الثاني

مصادر وخصائص ومميزات الوسائل الودية لحل النزاعات وعلاقتها بالقضاء

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

المطلب الأول: مصادر الوسائل الودية:

نظرا لارتفاع حجم المبادلات التجارية وتشعبها باستمرار وتسارع عقد الاتفاقات في الحقول التجارية والاقتصادية لاسيما الدولية منها، ازدادت المنازعات التجارية تبعا لذلك الأمر الذي أفضى إلى الاهتمام بهذه الوسائل خصوصا لدى رجال الفقه والباحثين في المجال القانوني وتناولها بجدية وجعلوا منها موضوع الساعة في الوقت الحاضر[1] الأمر الذي أدى إلى الأخذ بها لدى بعض التشريعات الحديثة وكذلك تبنيها العديد من مراكز التحكيم الدولية وعلى رأسها غرفة التجارة الدولية، وكذلك المتنازعين بأنفسهم وبموجب اتفاقيات خاصة يتم من خلالها اللجوء إلى هذه الوسائل.

الفرع الأول: التشريعات الحديثة:

لقد أصبحت الوسائل الودية لحسم النزاعات التجارية وعلى رأسها الوساطة، جزءً من الأنظمة القانونية الحديثة، فعلى سبيل المثال أنشئت الوساطة في الولايات المتحدة الأمريكية بموجب النظام الفيدرالي للوساطة والمصالحة وذلك عام 1947 وطبقت في العديد من ولايتها وباتت وسيلة فعالة يتم اللجوء إليها في الكثير من النزاعات التجارية، وكذلك هو الحال في فرنسا حيث طبقت الوساطة والمصالحة بموجب قانون 125/95 لعام 1995 ونصت المادة 21 من قانون أصول المحاكمات الفرنسي على ذلك، حيث يتم اللجوء إلى هذه الوسائل في المنازعات التجارية[2]، وفي بريطانيا ظهرت مؤخرا بدائل للنظام القانوني فقد برزت تعديلات هامة في هذا المجال وأهمها كان "التدخل في القضاء" Access to Justice إذ بدأت المحاكم التجارية تحث المتنازعين على اللجوء لهذه الوسائل قبل اللجوء إلى القضاء والتحكيم، فبموجب النظام القانوني الإنجليزي لعام 1996 أصبحت الوساطة

---

(1) H. Broun & A. Marriott, A.D.R principales and practice, and see. K. mackie. Damille. W.march.T.Allen." the A.P.R Practice Guid " Commercial Dispute Resolutions – econdedition Butter Worths 2000.P18.

(2) Jihdd Akl. Caroline, sur la nécessité de prevoir, la concitiation etlamediation judicaires en droit positif libanaits, Al Adel, 2004, P 124.

تأخذ حيزا واسعا في حسم المنازعات التجارية كذلك هو الحال بالنسبة للخبرة[1] حيث أخذ القانون المذكور بشرعية بنود الخبرة كأسلوب بديل لحل النزاعات التجارية واعطائها الفعالية التامة شريطة أن يكون البند واضحا ولا يشوبه أي غموض كما اصبح الـ Adjudication جزءً من هذا القانون كما تم الإشارة عليه سابقا وفي بلجيكا فقد لحظ قانون 1991 باللجوء إلى الوساطة خاصة في مجال النزاعات الناشئة بين المصارف وعملائها وفي مجال البورصة والتأمين أيضا حيث حدد القانون المذكور إجراءات وشروط اللجوء إلى الوساطة بهدف حسم المنازعات التي تحصل بين المتنازعين[2].

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

الفرع الثاني: أنظمة التحكيم الدولية:

حرصت العديد من انظمة التحكيم الدولية لتبني هذه الوسائل ووضعت نظاما للتسوية الودية إلى جانب نظام التحكيم الذي تعتمده، أو جمعت في نظام واحد الإجراءات المطبقة على كل من التسوية الودية والتحكيم، فإذا تبنى المتنازعين النظام المذكور خضعوا لأحكامه، فقد أخذت كل من

---

(1) Lo.A. Mistelis, A.D. in England and Wales,Op.cit, P 4.

(2) J. El Hakim, Op.cit, P 35.2

المصالحة والتوفيق مكانا بارزا في العديد من مراكز التحكيم الدولية والإقليمية، على سبيل المثال اهتمت غرفة التجارة الدولية بالتوفيق والمصالحة بصورة متوازنة لاهتمامها بنظام التحكيم، وقد كانت قواعد الصلح والتوفيق تصدر عنها مجتمعة مع قواعد التحكيم بدءا من عام 1923، وفي عام 1988 وضعت نظام المصالحة الاختيارية، وكان لها بالغ الأثر في المنازعات الدولية خصوصا في نشر وتعميم التوفيق والمصالحة كوسيلة بديلة لحسم النزاعات وديا، وفي ظل التطور الهائل في عالم التجارة والأعمال، كثرت وتنوعت المنازعات التجارية خصوصا الدولية منها، فعمدت غرفة التجارة الدولية إلى وضع قواعد مستقلة عن نظام المصالحة والتحكيم، سميت بالقواعد الودية لحل النزاعات (A.D.R Rules)[1] وذلك بتاريخ 2001/7/1 ويمكن للمتنازعين اللجوء إلى هذه القواعد والحلول في سبيل إيجاد آلية أو صيغة لإنهاء نزاعهم ودياً، قبل اللجوء إلى التحكيم أو القضاء سواء كان النزاع محليا أو دوليا[2]، وكذلك تبني المركز التجاري لحل النزاعات في أستراليا (A.C.D.C)[3]، هذه القواعد ووضع أحكاما وإجراءات شبيهة بما هو عليه الحال في غرفة التجارة الدولية (ADRAA)[4] تشجع المتنازعين على اللجوء إليها قبل التحكيم وحل النزاع بطريقة ودية كسبا للوقت والنفقات وحرصا على استمرار علاقاتهم التجارية وكذلك وضعت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية UNICITRAL قواعد للتوفيق كان لها وقع في المنازعات الدولية وكان لها دور وأثر في نشر التوفيق كوسيلة بديلة لحل النزاعات التجارية.

وكذلك البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول الأخرى (ICSID)[5] وضعت وسائل لحسم المنازعات بطريقة ودية، وذلك في المواد 28 إلى 35 من هذه الاتفاقية.

أمّا على الصعيد العربي الإقليمي فقد تقدمت مصر على بقية الدول العربية في هذا المجال، حيث وضع مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، قواعدا للوساطة والتوفيق والخبرة الفنية وبدأ العمل بها منذ عام 1990 تحت عنوان مركز الوساطة والمصالحة، وأنشئ المركز كفرع من فروع مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم ليتولى إدارة الوساطة وغيرها من الوسائل الودية الأخيرة لحسم منازعات التجارة والاستثمار[6].

---

(1) ADRUILES : of the international chamber of commerce.

(2) Tavassoli, manoochehr an overview of alternative dispute resolution in the ICC New Rules law reveiew an Academic and promotive journal an international law vol 26-27 Iran Thran, 2002, P 367.

(3) (A.C.D.C) Australia Commercial Disputes Center.

(4) (A.D.R.A.A) Alternative Dispute Resolution Assocition of Australia.

(5) (ICSID) the International Center for Settement of Investment Disputes.

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

وكذلك وضعت المؤسسة العربية لضمان الاستثمار مفاوضات الوساطة والتوفيق كوسيلة بديلة لحسم النزاع في المواد 2 و3 من الاتفاقية المذكورة أعلاه حيث يلجأ إليها المتنازعون لحل النزاع قبل اللجوء إلى التحكيم.

وتبنت الهيئة الأمريكية للتحكيم (A.A.A) قواعدا للوساطة [1] (CAMCA) والمحاكم المصغرة (A.A.A Mini-Trial) في عام 1996 حيث يلجأ إليها المتنازعون في حل خلافاتهم التجارية.

وكذلك تبني المركز التجاري في سويسرا قواعدا وأحكاما للمنازعات التجارية يلجأ إليها في حسم خلافاتهم التجارية أم الوساطة فقد أخذ بها كثير من المراكز التحكيم الدولية كمركز لحل الخلافات في لندن (CEDR)[2] وقد تبنى الكثير من مراكز التحكيم الدولية الوساطة كوسيلة بديلة قبل التحكيم يلجأ إليها المتنازعون لحل خلافاتهم ففي كندا تعتبر الوساطة هي الوسيلة الودية التي لا تضاهى في حل الخلافات التجارية وتبنيها معظم الدول مثل مونتريال وتورنتو وغيرها.

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

وفي دول آسيا كالصين واليابان وهونغ كونغ وكوريا الشمالية تبنت مراكز التحكيم الوساطة كوسيلة بديلة لحل النزاعات التجارية[3]، وكذلك تبنت المنظمة العالمية لحماية الملكية الفكرية (WIPO)[4] الوساطة كوسيلة بديلة لحل الخلافات التجارية ووضعت نظاما وأحكاما لها، إذ بدأ العمل به في الأول من تشرين الأول عام 1994 أما دول الاتحاد الأوربي فقد تقدمت في عام 2004 بتوجيه اقتراح للبرلمان الأوربي يتعلق ببعض جوانب الوساطة في المواد المدنية والتجارية[5]، أما الدول العربية وباستثناء مصر كما أشرنا سابقا، لم يأخذ لبنان وبقية الدول العربية بهذه الوسائل البديل لحسم النزاعات التجارية، فعلى سبيل المثال اعتمدت غرفة التجارة والصناعة في بيروت نظام المصالحة كوسيلة بديلة يمكن اللجوء إليها قبل التحكيم في حسم النزاعات التجارية.

---

[1] (CAMCA) Commercial Arbitration and Médiation Center for the American.

[2] (CEDR)Center for Dispute Resolutin in London.

[3] J. Mackie Karl, A Hand Book of dispute resolution AD.R .., Op.cit, P 221.

[4] (WIPO) Word Intelleagule Property Organiziation.

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

إما إيران فإن غرفة التجارة والصناعة في طهران لم تأخذ أيضا بهذه الوسيلة الودية، سواء على المستوى الداخلي أو الدولي بل اكتفت بالتحكيم كوسيلة بديلة عن القضاء في التحكيم الداخلي وضمن شروط.

الفرع الثالث: الاتفاقات الخاصة:

إلى جانب التشريعات الحديثة ومراكز التحكيم الدولية والمحلية التي تشكل المصدر الأساسي لقواعد حسم النزاعات التجارية لاسيما منها الوساطة والتوفيق هناك مصادر أخرى تنبثق منها قواعد من خلالها تحل المنازعات التجارية كالاتفاقيات الخاصة والتي لا تقل أهمية عن غيرها سيما من حيث انتشارها واستعمالها، فقد تلجأ الأطراف المتنازعة إلى إبرام اتفاق خاص بغية تسوية النزاعات التجارية بينهما وديا دون اللجوء إلى مراكز الوسائل الودية لحل النزاعات أو إلى مؤسسات التحكيم أو إلى القضاء المحلي، فقد يلجأ الأطراف إلى إدراج بند في العقد الأساسي قبل نشوء النزاع، يهدف إلى تسوية نزاعاتهم المستقبلية فيما إذا حصلت، وذلك بواسطة خبير أو وسيط يتم الاتفاق على دوره ومهامه وتعيين أتعابه[1].

المطلب الثاني خصائص ومميزات الوسائل الودية:

للحديث عن الوسائل الودية كان لابد من التطرق إلى خصائص الوسائل الودية في الفرع الاول ومميزاتها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: خصائص الوسائل الودية:

تتمثل خصائص الوسائل الودية في:

أولا: خضوعها لمبدأ الحرية التعاقدية:

يؤسس القانون اللبناني والمقارن نظرية العقد على مبدأ سلطان الإرادة Autonomie de la Volonté وهذا المبدأ يحكم العقد في جميع مراحله، سواء في مرحلة إنشائه أو في مرحلة تنفيذه، وفي مرحلة إنشاء العقد يتخذ مبدأ سلطان الإرادة ثلاثة أشكال مبدأ الرضائية في العقود يعني ذلك أن وجود الرضى شرط ضروري وكاف لإنشاء العقود[2]،ومبدأ حرية التعاقد أو عدمها ويعني ذلك أن لكل إنسان الحرية في أن يتعاقد متى شاء ومع من يشاء وهذه الحرية لا تسقط بمرور الزمن،وأن مبدأ

---

(1) J. El.Hakim, Op.cit, P 35.3

(2) تنص المادة 176 من قانون الموجبات والعقود في العناصر الأساسية للعقود أو شروط صحتها على ما يلي: "أن الرضى المتعاقدين هو الصلب والركن لكل عقد بل لكل اتفاق على وجه عام".

الحرية التعاقدية ويعني حرية التعاقد أن يدرج في العقد ما يشاء من شروط وبنود شريطة عدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة وهذه الحرية تشمل مضمون العقد.

وفي مرحلة تنفيذ العقد ينشئ العقد أثرين، أولا مبدأ إلزامية العقود ويعني ذلك أن العقد شريعة المتعاقدين وأن المتعاقد ألزم نفسه بشريعة أنشأها بإرادته، وثانيا، مبدأ نسبية العقود بمعنى لا يمكن أن نجعل شخصا ثالثا غريبا عن العقد، فالمشرع لا يتدخل في علاقات الفرقاء ليحل محلهم فهم يحددون موضوع العلاقات التي يريدون الالتزام بها إذا ما حددوها ووافقوا عليها والتزموا بها، وذلك لأن العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين، ويجب تفهم وتفسر وتنفذ وفقا لحسن النية والانصاف والعرف[1] والمقصود بالإرادة هي الإرادة الحرة التي لا تعتريها عيوب كالغين والإكراه وغيرها من عيوب الرضى التي قد تعتري العقد أي يجب أن تكون الإرادة حرة، فالإنسان يحدد حريته بالمدى الذي يشاء شريطة عدم التعدي على حقوق الغير، فالقاعدة الأفضل هي التي تنشأ عن الاتفاق الحر الذي يصدر عن أشخاص أحرار إذ تكون عندها قاعدة موضوعة ممن أرادوا الالتزام بها وأعطوها الصيغة التي تتلاءم مع الغرض المعول عليه منها، فتتحقق بها العدالة وتتوفر معها على الصعيد الاقتصادي الوسيلة الفعلية لتأمين الصالح المشترك، وكما يقول الفقيه Kant أن من التزم بشيء وكان حرا في التزامه لم يظلم نفسه، لأن الإنسان السوي والحر لا يظلم نفسه ولا يلتزم إلا بما يجده نافعا وصحيحا وعادلا[2].

وبالعودة إلى الوسائل الودية فإن أغلب الفقهاء يرون أن هذه الوسائل هي بالأساس ذات مصدر تعاقدي وهي موجودة في الإجراءات المتعارف عليها والشائعة في قانون العقود وفي النتيجة هي ذات طبيعة تعاقدية[3].

فإن اللجوء إلى هذه الوسائل أساسه حرية الإرادة، فالإرادة الفردية للأطراف تلزم نفسها دون تدخل القضاء، لذى نرى أن الطبيعة التعاقدية للوسائل الودية هي الراجحة في تكييف طبيعتها سواء في علاقة الأطراف فيما بينهم أو مع الغير الذي يمثل الطرف الثالث المكلف بحل النزاع المعروض أمامه سواء كان وسيطاً أو مصلحاً أو موفقا، وبدون شك أن علاقة الأطراف بالغير فيما يتعلق بالوسائل الودية الاتفاقية هي أساسا ذات طبيعة تعاقدية، فإن احترام سلطان الإرادة ضروري إن من جهة القبول باللجوء إلى هذه الوسائل وتنفيذها أو من جهة القبول بنتائجها، فاللجوء إلى هذه الوسائل

---

[1] المادة 221 من قانون الموجبات والعقود بخصوص العقود.

[2] د. عاطف النقيب، نظرية العقد، منشورات عويدات، بيروت، الطبعة الأولى، ص 48، وكذلك يراجع في هذا الشأن: جوج سيوني، النظرية العامة للموجبات والعقود، الطبعة الثاني، بيروت، الجزء الأول، 1994، ص 27 وما بعدها.

[3] G. Cornu, Op.cit, P 316, INAJJAR, Opcit, P 24.

وتنفيذها وإن في أرض الواقع أعمال قانونية تتطلب التقاء الإدارتين: الإيجاب والقبول، وهكذا فإن وجود الغير أو اختياره سواء كانت وسيطاً أو مصلحاً هو بمثابة الإيجاب، وفي الغالب العام أن طالبي الوساطة يحضرون معا ويتفقون على تحديد مهمة الوسيط لحل النزاع بعد تعينه من قبلهم وقد يتم تعيين الوسيط لحل النزاع من قبل طرف واحد وبكلتا الحالتين فإن الطرف الثالث له كامل الحرية في قبول هذه الالتزامات أو رفضها وهذه الإمكانية في الرفض بأن يكون وسيطا في حل النزاع بشكل إحدى الخصائص المهمة التي تميز عمل القاضي عن عمل الوسيط أو المصلح، ولا يمكن إكراه الوسيط أو المصلح على قبول هذه المهمة بحل النزاع وكل إكراه من هذا النوع يفسد طبيعة الوساطة أو المصالحة ويؤثر سلبا على نتائجها[1]

ويتمتع الوسيط بحرية واسعة لدراسة النزاع المعروض أمامه وإطلاع المتنازعين على تفاصيله والتقريب بينهم واقناعهم بمزايا الحلول التي يقترحها فإذا وافقوا عليها يقوم الوسيط أحيانا بمساعدة المتنازعين في وضع صيغة المصالحة التي يعدها المستشارون فالوسيط كما أشرنا سابقا ليس له سلطة إصدار القرارات عموما بل أن سلطته تتجسد في خلق الثقة لدى المتنازعين وتسهيل الاتصالات فيما بينهم بهدف الوصول إلى حل ودي ينهي النزاع[2]

ويفترض هذه الوسائل بغية نجاحها توافر حسن النية لدى أصحاب العلاقة أي المتنازعين أنفسهم في الوصول إلى حلول سريعة ومرضية، ويتجسد ذلك بالمشاركة فعلا فإذا امتنع أحدهما انتهى المسعى للتوافق والتصالح، وهذا خلاف ما يجري في التحكيم، حتى لا يؤدي امتناع أحد المتنازعين عن المشاركة إلى وقف الاجراءات ولا يحول دون صدور قدر تحكيمي.

ثانيا: قلة الشكليات

من خصائص هذه الوسائل هو قلة الشكليات والإجراءات المطولة والمعقدة كما هو الحال عليه في القضاء التقليدي والتحكيم، حيث أن إجراءات هذه الوسائل مبسطة، ومرنة وطوعية وتوافقية على اعتبار أنها معدة أصلا لفتح الباب أمام المتنازعين للسعي وبحسن نية إلى تحقيق حلول ملائمة وفعالة لجهة حل النزاع وديا وحفظ مصالحهم واستمرار نشاطهم

فالإطار غير الرسمي لهذه الوسائل وقلة الشكليات يشكل الميزة الأساسية من الوسائل مقارنة مع التحكيم والقضاء، فعلى مستوى الوساطة وغيرها من الوسائل الودية فالمبدأ هو استبعاد اي شرط شكلي، فمجرد اللجوء إلى هذه الوسائل يحقق مكاسب لكلا المتنازعين لأنه في النهاية لا يوجد طرف

---

(1) J.Elhakim op cit , p 347.

(2) G. Gornu op cir, p 315

رابح وآخر خاسر، والحل الذي تقدمه هذه الوسائل لا تخضع لتطبيق الإجراءات القانونية والقواعد التشريعية الأخرى، مما يعزز دور وفعالية هذه الوسائل في حسم النزاعات فالحل الودي الذي يقترحه الشخص الثالث سواء كان وسيطاً أو مصلحاً، يشكّل مخرجا مقبولا أكثر مما هو مفروضا بقوة القضاء التقليدي أو التحكيم

ثالثا: مبدأ الوجاهية

إضافة كما ذكر فإن هذه الوسائل قد تفترض العمل بمبدأ الوجاهية كما هو الحال في التحكيم والقضاء، فالمحكمين والقضاة ملزمون باحترام حقوق الاطراف في الدفاع، وهذا المبدأ مكرس في القانون اللبناني، وبقية القوانين المقارنة ويعتبر أساس الدعوى القضائية والتحكيمية[1].

ففي الوسائل الودية لا تستوجب على الوسيط أو الموقف. دعوة الطرفين المتنازعين للاجتماع معا ولا يجوز احاطة أحد المتنازعين علما بما سمعه واستلمه من الآخر بدون موافقة هذا الاخير، كما لا يفترض أن يكون اجتماع الوسيط أو من يحل محله مواجهة الاطراف أو حتى بالطرفين المتنازعين بل قد تتم الاتصالات والاجتماعات بالهاتف أو الفيديو أو بالتواصل بأي وسيلة، وتمارس هذه الوسائل حتى عند تعدد الاطراف وهو متعذر في التحكيم بالنسبة للطرف الذي لم ينضم إلى اتفاقية التحكيم، إضافة إلى ما تقدم فإن هذه الوسائل تقوم على التراضي بينما التحكيم يبدأ بالتراضي ولكنه بعد توقيع العقد لا يعود للتراضي دور فيه بل يأخذ التحكيم مجراه وفقا لإجراءات إلزامية في حين أن ليس لهذه الوسائل وجه إلزامي

وطالما أن هذه الوسائل طوعية واختيارية، فهي تنتهي في اي وقت سواء من قبل الوسيط أو أي طرف ثالث أو حتى من قبل المتنازعين أنفسهم وإذا حددت لها مدة زمنية، فإنها تنتهي بانتهاء هذه المدة ما لم يتفق على تمديدها فقلة الشكليات ومرونة اجراءات الوسائل الودية في تحديد المهل والمكان وعدم ارتباطها اجمالا بشكليات محكمة واصول محكمات، يعزز من مكانه وفعالية هذه الوسائل فقد أصبحت عوامل اساسية في تأثيرها على حل النزاعات وايجاد حلول ذات طبيعة توافقية ودية، مما جعل منها بدائل إضافية ومناسبة في سبيل الوصول إلى نتائج ايجابية بالنسبة للمتنازعين، وهذا الأمر أدى إلى تفوق هذه الحلول على الوسائل الأساسية التقليدية وباتت تتمتع بميزات أخرى.

---

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

الفرع الثاني: مميزات الوسائل الودية:

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

أولا: السرعة في حل النزاعات

باتت السرعة تشكل سمة من سمات العصر الحديث ولا شك ان العدالة البطيئة هي إنكار للعدالة justice délaye is justice denid وحيث أن السرعة تعد من دعائم العمل التجاري، لا بل من المقومات الأساسية سواء من حيث التعامل أو من حيث النزاعات، وذلك لأن التأخير في حسم النزاعات يذهب بحقوق المنازعين أدراج الرياح ويفوت عليهم فرصة لا تعوض في التعامل لا سيما إذا تم حسم منازعاتهم بعد أمد طويل تتوالى فيه المتغيرات الاقتصادية وتنخفض فيه القوة الشرائية للنقود، فالعلاقات والمعاملات التجارية قائمة على الأسعار والأسعار تتغير من لحظة إلى أخرى في ظل الظروف الراهنة وما كان يرمي إليه التاجر أو الشركة التجارية من ربح قد ينقلب إلى خسارة مع تقلب الأسعار سيما إن تعلق الامر بالعملات والسندات فالوقت لدى رجال الأعمال وأصحاب المشاريع والشركات الكبرى بمثابة المال money time is وعليه لابد من إيجاد حلول فعالة وسريعة بغية حل نزاعاتهم خصوصا بعد ظهور العولمة وانفتاح الأسواق العالمية على بعضها بحيث أصبح العالم شبه قرية كونية وصار بالإمكان في لحظات أن تختصر العالم خصوصا بعد مجموع التجارة الإلكترونية، وإزاء هذا التطور المذهل في العالم التجاري بدأً البحث في إيجاد حلول سريعة وأكثر فعالية تواكب التطور الحاصل في ظل المتغيرات والتطورات، فجاءت هذه الوسائل لتحل محال القضاء فكثير من بلدان العالم يتأخر فيها حسم النزاعات أمام القضاء ويستغرق سنوات طويلة يتكبد فيها المتنازعون نفقات باهظة نتيجة هذا التأخير الحاصل وهذا هو الحال والذي بات مقرونا ببطء القضاء، فقد راينا هناك كثيرا من القرارات يستغرق صدورها سنينا طويلة كما أشرنا، فجاءت هذه الحلول مواكبة وموازية لعجلة التطور الحاصل في التعامل التجاري، لتقدم نموذجاُ اخر لحسم النزاعات وبديل أكثر جدوى ومناسبا في ايجاد صيغة توافقية وحلول عملية بغية. انهاء النزاع الحاصل بأسرع وقت، فأطول وساطة لا تستغرق مدة تتراوح بين ثلاثة أشهر حتى ستة أشهر[1] وأما بقية الوسائل الودية قد لا تستغرق حتى ثلاثة أشهر في حسم النزاع ويعزي ذلك بمرونة وبساطة هذه الوسائل وغياب الشكليات فيها على عكس ما نراه في القضاء ولذلك هذه الوسائل الودية مفضله لا

[1] د. عبد الحميد الاحدب، موسوعة التحكيم الجزائي، الجزء الثاني، مرجع السابق ص 25.

سيما في العقود ذات الأجل الطويل كما هو الحال في عقود الأشغال الدولية التي يستمر تنفيذ العقد فيها لمدة طويلة.

ثانيا: قلة التكاليف في حل النزاعات

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

وعلى سبيل المثال تبدأ الرسوم الإدارية في غرفة التجارة الدولية (ICC) من 2500 دولار أمريكي، حيث تعتمد الأتعاب على مقدار النزاع وفي بعض الحالات الاستثنائية قد لا تلزم غرفة التجارة الدولية بالأرقام المنشورة وذلك حسب التعقيد في القضايا موضوع النزاع وأيضا بحسب مدة الإجراءات أو مقدار الوقت الذي استهلكه ونبدأ هذه الرسوم كما اشرنا سابقا من 2500 دولار أمريكي لكل القضايا التي تبلغ قيمتها 50000 دولار أمريكي، وما دون أما القضايا التي يكون فيها النزاع بشان أموال أكثر فتتفاوت الرسوم وفقا لذلك فمثلا في القضايا التي تصل قيمتها إلى 05 مليون دولار أمريكي تتراوح الرسوم من بين 750.32 دولار أميركي إلى 600.114 دولار أمريكي[1]

في حين نرى أن الرسوم الإدارية وأتعاب الوسيط المكلف بحل النزاع تبدأ من 1500 دولار أمريكي، وتزداد هذه التكاليف حسب القضايا موضوع النزاع ومدة الإجراءات ومقدار الوقت المستغرق في حسم النزاع بحيث لا تتجاوز نبلغ000010 دولار أمريكي[2] فهناك فرق واضح من حيث قلة التكاليف بين هذه الوسائل والوسائل التقليدية الأخرى، هذا العامل شجع المتنازعين إلى اللجوء لهذه الوسائل، ويرى البعض عكس ذلك، لأنه إلى جانب القضاء والذي يطلق عليه جانب العدالة الخاصة للأغنياء، يوجد عدالة خاصة أيضا بالفقراء وتتمثل في الوسائل الودية وذلك نظرا لقلة تكاليفها ومرونة وبساطة إجرائها.

ثالثا: سرية إجراءات الوسائل الودية.

من الخصائص المميزة لقضاء الدولة وما يعرف بمبدأ علنية الجلسات التي تعتبر من الضمانات الأساسية. وهذه الميزة التي يتميز بها قضاء تقليدي تعد أحد أسباب عزوف الفقراء والشركات التجارية التي تحرص على سمعتها في اللجوء إلى قضاء الدولة، واختيارهم التحكيم كوسيلة

---

[1] Peter Turner :' résolution of nternation disputes', p 30.

[2] أنظر، المادة الرابعة من قواعد الحلول الودية لحل النزاعات لدى غرفة التجارة الدولية لعام 2001 july في الملحق

بديلة لحسم النزاعات الناشئة عن العلاقات التجارية والدولية، وسبب ذلك هو ما يتميز به التحكيم من سرية فعلى خلاف قضاء الدولة الذي تعد العلانية به من أحد خصائصه المميزة وتعد السرية ميزة خاصة ينفرد بها قضاء التحكيم عن قضاء الدولة، فمبدأ سرية جلسات التحكيم من الأمور اللصيقة بهذا النظام، وتنفرد غالبية أنظمة التحكيم الدولية نصوصا خاصة تقتضي هذه السرية وتحض عليها[1] .فمبدأ السرية يعد أحد أهم الركائز الأساسية في الوسائل الودية [2] فالمتعاملون على صعيد التجارة وخصوصا الدولية منها يرحبون بعدم معرفة النزاعات الناشئة بينهم وأسبابها ودوافعها، نظرا لما قد تؤدي إليه هذه الوسائل المعرفة من المساس بالمراكز المالية أو الاقتصادية لهؤلاء المتعاملين فمبدأ العلانية الذي يحيط بالقضاء العادي والذي يشكل ضمانة من ضمانات العدالة قد ينقلب عليهم إذ من شأنه إذاعة أسرار صناعية أو اتفاقات خاصة يحرصون على ابقائها سرا مكتوما، وكم من تاجر أو شركة عالمية يفضلون خسارة دعواهم على كشف اسرار تجارتهم أو صناعتهم التي تمثل في نظرهم قيمة أعلى من قيمة الحق الذي يناضلون من أجله في الدعوى، وذلك لأن موضوع المنازعة القضائية والإعلان وتشره قد يؤدي إلى فشل المشروع التجاري برمته مما يؤدي إلى اضرار في حين أن السرية المطلقة فإنها تحيط بكافة جوانب وإجراءات الوسائل الودية، حيث أن الشخص المكلف بحل النزاع سواء كان وسيطا أو مفاوضا، أو له اي صفة اخرى يحظر عليه أخذ محاضر جلسات للوساطة مهما كان نوعها وأينما وجدت[3] وعليه أن يلتزم بالسرية، المطلقة وأن لا يفشي المعلومات التي يحمل عليها في جلسات الوساطة لأشخاص آخرين إلى موافقة المتنازعين

وخلاصة مما تقدم فثمة خصائص مشتركة، تجمع بين اجراءات هذه الوسائل، فهي من ناحية أولى تتسم جميعا بالطبيعة الرضائية، فلا يمكن إلزام أحد المتنازعين باللجوء إليها أو إلزامه بقرارتها ما لم يرتضي ذلك بداية، وقد يتفق المتنازعون على ان يكون اللجوء إلى هذه الوسائل شرط مسبق قبل اللجوء إلى حسم النزاع في تنفيذ العقد ودون المساس بحقوق المتنازعين والعلاقة الودية بينهم طوال تنفيذ العقد.

ومن ناحية ثالثة قد تستخدم هذه الوسائل الودية، ليس فقط بهدف حسم النزاع قبل اللجوء إلى القضاء بل قد يستخدمها المتنازعون من الناحية الاستراتيجية كوسيلة تقييم موقفهم القانوني في حال

---

[1] فعلى سبيل المثال تنص المادة 26 فقرة 07 من نظام الغرفة التجارية الدولية على مبدأ سرية جلسات التحكيم. وكذلك المادة 34 من نظام الهيئة الأمريكية للتحكيم نصت على ذلك أيضا المواد 73 إلى 76 من نظام المنظمة العالمية لحماية حقوق الملكية الفكرية (WIDO)

[2] CH.BROWN.LAMARRIOTT op cit p 338/339

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

اللجوء إلى التحكيم، فقرارات الوسيط أو المواقف قد يعطي انطباعا أو إشارة عما يحكم به المحكمون إذا ما تم إحالة النزاع إلى التحكيم.

المطلب الثالث: الوسائل الودية وعلاقتها بالقضاء

إن تطوير الوسائل الودية لتسوية النزاعات هو أكثر من تطوير في اسلوب، إنه يظهر في الواقع الحاجة إلى تغيير عميق في النظام القضائي المعاصر ينقلنا هذا التغيير من القانون المفروض إلى القانون القابل للمفاوضة، وهذا يعتبر نهاية للدولة صاحبة النفوذ القوي التي تكون فيها القوانين والأنظمة الوسائل الوحيدة والمفضلة لتسوية النزاعات فنحن أصبحنا نقيس في عالم يعطي أهمية كبرى للعقد.

وهذه إشارة بأن القانون موجود خارج الدولة وبهذه الطريقة نكون قد انتقلنا من عدالة صارمة على عدالة أكثر ليونة، وذلك عن طريق تفعيل تطبيق أساليب الحلول الجدلية باتخاذ مجموعة من الإجراءات.

تقنين نظام الوسائل الودية في نصوص واضحة ومفصلة خالية من الغموض وغير قابلة لعدة تأويلات نشر وترسيخ ثقافة هذا النظام نظريا وممارسة مهنة الوساطة إيجاد مؤسسات أو أشخاص أكفاء ومؤهلين للقيام بهذا النظام اقتناع الأطراف.

المساهمة في إنعاش الوسائل الودية لفض المنازعات المساهمة في خلق جو من الثقة والاطمئنان الملائم لتحريات الادخار الوطني وجلب الاستثمار الأجنبي عن طريق فض المنازعات بالوساطة والتحكيم.

المساهمة في مسيرة بناء التنمية الشاملة والجهوية والحكامة الجيدة عبر إنعاش الوسائل الودية لفض النزاعات.

نسج علاقات عمل وشراكة بين الجامعيين ورجال الأعمال والمستثمرين وأسرة القضاء.

يتطلب إنجاح هذا النظام تحقيق مجموعة من الضمانات منها:

- ضمان النزاهة الذي يتطلب احترام موافقة الأطراف المتنازعة
- ضمان السرية
- ضمان الحياء واستقلالية الوسيط

- ضمان أشكال الاتفاق

ويلقي نظام الوسائل الودية لحل المنازعات هجوما يبلغ حد العنف أحيانا وخاصة في الدول النامية، فيرى البعض أن الوسائل الودية (بمفهومها التقليدي) وإن كانت أسبق في الظهور من القضاء، فإن مرجع ذلك يتمثل في تأخر ظهور الدولة بسلطتها الثلاث، فالقضاء هو سلطة من سلطات الدولة تحقق من خلالها وظيفة إقامة العدالة وهي وظيفة لا يصح أن يترك أمرها للأفراد، والإساءات والفوضى وضياع حقوق الضعفاء.

فنظام الوسائل الودية إذا كان ضروريا فهو شر لابد منه لذلك يجب أن يظل له طابع الاستثناء، فكل القواعد والأحكام التي يكرسها نظام الوسائل الودية هي من صنع الدول المتقدمة، بل أسهمت وتسهم في تكوين أبياتها الشركات المتعددة الجنسيات ولا يحكمها في ذلك إلا تحقيق مصالحها اعتداد بمصالح الدول النامية، فنظام الوسائل الودية هو آلية من آليات النظام العالمي الجديد[1].

يستخدمها لضمان ريادة وزعامة دول الشمال المتقدم وبقاء تخلف وتبعية الجنوب المتخلف، فالمقصود بهذا النظام هو منع القضاء الوطني من النظر في المنازعات فهو بمثابة "طوق النجاة" الذي يمكن الشركات العالمية من بسط سيطرتها وتحصين نفسها ضد نزاعات القاضي الوطني وتشدد القوانين في دول العالم الثالث.

أضف إلى ذلك يرى هذا الاتجاه أن فكرة ايجاد عدالة التهدئة والتسكين التي تجند الحوار بناء على الوساطة ليست فكرة مقبولة دائما، وتعطي الانطباع بأن الوسائل الودية لتسوية النزاعات تساهم في خلق نوعين من العدالة، وهما العدالة المنتقمة والعدالة التقليدية.

لكن هذا الرأي لا يخلو من المبالغة، فالنظرة الموضوعية تكشف عن بطء إجراءات التقاضي وتعدد درجاته وارتفاع تكاليفه في الدول المتقدمة بوجه خاص، يجعل الوسائل الودية أكثر ملاءمة، فالقضاء بنوء كامله بعدد من القضايا التي تطرح عليه وفتح باب الوسائل الودية يسهم في حل المشكلة على الصعيد الوطني خاصة مع توقع ازدياد الوعي بهذا النظام ومزاياه التي تكمن في الآتي:

تقليل عدد الدعاوى التي تحال على القضاء:

فقد أثبتت تجارب البلدان التي أخذت بهذا النظام بأنها ساهمت بشكل مباشر في تخفيف العبء على المحاكم[2].

---

(1) د. أحمد أنور ناجي، دكتور في الحقوق، الوسائل الودية لحل المنازعات،: تاريخ الدخول م4/5/2018 , Nadorcity.com

(2) د. عبد جميل غصوب، مرجع السابق، ص 258.

محدودية التكاليف واستغلال الوقت:

تؤدي الوسائل الودية لتوفير الوقت والجهد والنفقات على الخصوم ووكلائهم من خلال إنهاء الدعاوى في مراحلها الاولى، فالوصول إلى حل خارج القضاء يكون من دون شك أسرع وأوفر

خلق بيئة استثمارية جاذبة:

يمثل نظام الوسائل الودية ضمانا له مفعول أكثر من قرار المحكمة، لأنها تكون مبنية على الواقع الحقيقي للأحداث، بينما يشوه هذا الواقع عندما يعرض أمام القاضي، لذا يمكننا القول بأن هذا النظام أقرب إلى الواقع من القضاء.[1]

الخصوصية:

يكفل هذا النظام محافظة طرفي النزاع على خصوصية النزاع القائم بينهما وذلك بغية خلق روابط جيدة بين الاشخاص أو المؤسسات.

تحقيق مكاسب مشتركة لطرفي النزاع:

فالتسوية النهائية لهذا النظام (خاصة الوساطة) قائمة على حل مرض لطرفي النزاع.

المرونة:

تتسم إجراءات هذا النظام بالمرونة لعدم وجود إجراءات وقواعد مرسومة محددة.

على العلاقات الودية بين الخصوم:

تبقى العلاقات الودية بين الخصوم قائمة في الوساطة بعكس الخصومة القضائية التي تؤدي في الغالب إلى قطع مثل تلك العلاقات.

توفير ملتقى الأطراف النزاع قبل بدء المحاكمة:

تساعد جلسات الوساطة على توفير ملتقى أخير بين الخصوم قد يساهم في حل النزاع.

الحلول الخلاقة التي يمكن التوصل إليها:

تساعد جلسات نظام الوسائل الودية على تجاوز العقبات وتوفير الحلول الخلاقة والإبداعية لحل النزاع فلقد عرفت الوساطة أفكار جديدة لحل الخلافات العائلية تعطي فيه الأولية لإعداد مشترك للقرارات الضرورية في إعادة تنظيم الأسرة أكثر من الاهتمام بالمطالبة بالحقوق الفردية.

تنفيذ اتفاقية التسوية رضائية:

[1] د. أحمد أنور ناجي، دكتور في الحقوق، الوسائل الودية لحل المنازعات،: تاريخ الدخول م4/5/2018 , Nadorcity.com

لما كانت اتفاقية التسوية في الوساطة من صنع أطراف النزاع فإن تنفيذها على الأغلب سيتم برضائهم بعكس حكم القضاء الذي يتم تنفيذه جبرا

هكذا قمنا باستعراض أهم مزايا وأهداف نظام الوسائل الودية حل المنازعات مما يطرح التساؤل عن العلاقة القائمة بين هذه النظم والقضاء

الأصل أن نظام الوسائل الودية يعلب دورا مكملا للقضاء على صعيد تخفيف حجم العبء الملقى على كاهل القضاء، فهو يسير معه جنبا إلى جنب في تحقيق العدالة، إلا أن دور القضاء في الحقيقة يختلف بحسب هل نحن أمام التدعيم أم الوساطة وهو ما يقتضي منا بيان هذا الدور في كلا الأمرين

فبخصوص التحكيم يلعب القضاء دور المساند لخصومة التحكيم فحتى يؤدي دوره المنشود كطريق استثنائي أو بديل للقضاء في الفصل في المنازعات، وحتى نتحقق فاعليته فإن الأمر يقتضي تدخل قضاء الدولة بماله من سلطة عامة يستطيع عن طريقه اجبار الخصوم على تنفيذ قارات وأحكام المحكمين.[1]

لذلك كان من اللازم أن يتدخل القضاء في مجال التحكيم للمساعدة ولإعطاء الصفة الإلزامية لقراراته وأحكامه، فالقضاء دور مساند لخصومة التحكيم منذ بدء إجراءات التحكيم حيث يتدخل القضاء في تشكيل هيئة الحكم حيث نصت المادة 309 في فقرتها الثالثة من ق.م.م على أنه "إذا تعذر تعيين المحكمين أو لم يعينوا مقدما ورفضت أحد الأطراف عند القيام منازعة إجراء هذا التعيين من جانبه أمكن للطرف الآخر أن يقدم مقالا إلى رئيس المحكمة الذي سيعطي لحكم المحكمين القوة التنفيذية لتعيين المحكمين بأمر غير قابل للطعن.

وبذلك ينعقد الاختصاص بتعيين المحكم في هذه الحالة لرئيس المحكمة، ولا يتصدى هذا الأخير للتعيين من تلقاء نفسه.

ولكن يجب أن يتقدم أحد طرفي التحكيم إليه لتعيينه لكن ما ينبغي التنبيه إليه أن رئيس المحكمة وهو في الطلب المقدم إليه فيه في إطار الأوامر المبنية على الطلب طبقا للفصل 48 من ق.م.م وليس في إطار القضاء الاستعجالي طبقا للفصل 149 من ق.م.م .

كذلك يمتد تدخل القضاء أثناء خصومة التحكيم حيث تقضي طبيعة النزاع المطروح على التحكيم اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية، وفي هذا العدد يجمع الفقه المغربي على اختصاص المحكمة التحكمية لا يؤثر على وظيفة قضاء المستعجلات لوجود دواعي عملية ناتجة عن حالة الاستعجال

[1] د. أحمد أنور ناجي، دكتور في الحقوق، الوسائل الودية لحل المنازعات،: تاريخ الدخول م4/5/2018 , Nadorcity.com

تبر الابقاء على اختصاص قاضي المستعجلات سيما وأن أوامره لا تمس الجوهر ولا تكتسب بالتالي اية حجية أمام محكمة التحكيم.

وعلى مستوى القضاء المغربي، فإنه ساير التشريعات المقارنة، وكان موقفه أكثر وضوحا في قضية القرض العقاري والسياحي ضد شركة هولنداي اين، إذا أصدرت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء قرار قضى باختصاص قاضي المستعجلات في إصدار أمر يقضي بمواصلة أعمال البناء، وعليه نجد معظم التشريعات ولوائح التحكيم في محاولة منها للعثور على أفضل السبل لإيجاد التعاون بين القاضي والمحكم تعطي لطفي التحكيم حق اللجوء إلى القضاء الوطني لاتخاذ إجراءات وقتية دون أن يكون هذا الاختصاص قاصرا على القضاء وحده.[1]

كذلك يعتد دور القضاء إلى ما بعد صدور حكم التحكيم، فالأحكام التحكيم لا تكتسب بذاتها القوة التنفيذية، والتي تخولها الحصول على الحماية القضائية بواسطة التنفيذ الجبري إذ أنها لا تعد سندات تنفيذية، فالقوة التنفيذية لا تخلق حكم التحكيم إلا بصدور أمر خاص من جهة القضاء المختص يسمى الصيغة التنفيذية.

فتذيل الحكم بالصيغة التنفيذية يمثل اعترافا من قضاء الدولة بصلاحية الحكم وإمكانية تنفيذه جبرا بكافة الوسائل التي يتيحها القانون، وفي هذا الإطار ينحصر دور القضاء في التأكد من توفر الشروط اللازمة لتنفيذها، دون تدخل في موضوعها، فلا يملك القاضي التحقق من عدالة هذه الأحكام أو صحة قضائها في الموضوع لأنه لا يعد هيئة استئنافية في هذا الصدد، إلا أنه رغم ذلك يظل للقضاء دور كبير في مراقبة أحكام التحكيم للتثبت من صحة إجراءاتها وإمكانية تنفيذها دون أن يتعارض ذلك مع أحكام قطعية سابقة أو يخالف النظام العام في البلد المطلوب التنفيذ فيه.

أما بخصوص الوساطة فالقضاء يعلب دور الفاعل الأصلي والمحرك الأساسي لتحقيق العدالة المتفاوض عليها، والتي أصبحت مصدرا لشرعية في القضاء بشكل عام.

فقد تبيين للمؤسسة القضائية بأن أسلوب العمل القضائي التقليدي لا يتيح لها الاستجابة لبعض القضايا عن كثب، بينما الوساطة نستطيع ذلك مما يجعلها تقوم بدور رئيسي لحلول المتفاوض عليها، وما أن العدالة تهدف فعليا إلى تأمين السلام الاجتماعي وإعادة بناء الروابط والعلاقات الاجتماعية، وهذا ما يسمى بالعدالة الودية وهنا تحل الوساطة والوسائل المتعلقة بها مكان القانون الجاهز وتعمل على وضع قانون "على القياس" لكل حالة بمفردها، وهو ما يجعل القضاء يقوم بدور رئيسي في

[1] د. أحمد أنور ناجي، دكتور في الحقوق، الوسائل الودية لحل المنازعات،: تاريخ الدخول م4/5/2018 , Nadorcity.com

إيجاد الحلول الودية، وإن كان البعض يعتقد بأن القضاة عند تطبيق الوسائل الودية يفقدون سلطاتهم التي تمثل في اتخاذ القرار ويعتبر الكثيرون بأن الحل القابل للتفاوض خارج الدعوى سينزع قواعد عملهم في القضاء.[1]

[1] د. أحمد أنور ناجي، دكتور في الحقوق، الوسائل الودية لحل المنازعات،: تاريخ الدخول م4/5/2018 , Nadorcity.com

الفصل الخامس

أنواع الوسائل الودية لفض منازعات الإستثمار

من المعلوم أنه قد تنشأ عن العلاقات التجارية الدولية منازعات بين أطراف العلاقة التعاقدية بسبب أو لآخر في طور سريانها أو خلال تنفيذها، وما يتبع ذلك من إشكالات، ومن ثم كان لا بد من البحث عن آليات ودية غير اللجوء إلى القضاء لحل أو إنهاء النزاع القائم بين الطرفين وذلك من خلال اللجوء إلى التحكيم أو الوسائل الأخرى المتمثلة في المساعي الحميدة والتي تشمل المشاورات والوساطة والصلح بالإضافة إلى التوفيق وهذا ما سنتطرق إليه في هذا الفصل بعنوان وسائل التسوية الودية لمنازعات التجارية الدولية ففي المبحث الاول المفاوضات والمبحث الثاني التوفيق والوساطة والصلح التجاري الدولي اما المبحث الثالث التحكيم التجاري الدولي.

المبحث الأول

المفاوضات

المفاوضات هي إجراء يتمثل في قيام الأطراف المتنازعة بدراسة مشتركة لطبيعة النزاع، وتبادل وجهات النظر بشأنه بهدف الوصول إلى تسوية مناسبة له.

وتقدم المشاورات عدة امتيازات، فمن جهة تعتبر المشاورات الوسيلة الأكثر سرعة لحل الخلافات فهي تتدخل في مرحلة لا زال فيها النزاع التجاري لم يبلور بعد نهائيا وهذا يستجيب تماماً مع خصوصيات طبيعة النزاعات التجارية ومن جهة ثانية تعتبر المشاورات الوسيلة الأكثر قبولاً وتفضيلاً من طرف الحكومات، فهي تشمل الأسلوب الوحيد لحل النزاع الذي لا يتضمن تدخلاً للغير مما يوفر للدول المحكوم بها حبس المحافظة على سيادة القدرة على التحكم في مجريات حل النزاع.

كما أن الطابع السري الذي تحاط به المشاورات يسمح بإبقاء الرأي العام بعيداً عن تفاصيل النزاع [1].

المطلب الأول: مفهوم التفاوض وعناصره

سنتطرق في المطلب الى فرع الاول بعنوان مفهوم التفاوض والفرع الثاني يحمل عنوان عناصر التفاوض الرئيسية

الفرع الأول: مفهوم التفاوض:

التفاوض هو موقف تعبيري حركي قائم بين طرفين أو أكثر حول قضية من القضايا يتم من خلاله عرض وتبادل وتقريب ومواءمة وتكييف وجهات النظر واستخدام كافة أساليب الإقناع للحفاظ على المصالح القائمة، أو للحصول على منفعة جديدة بإجبار الخصم على القيام بعمل معين، أو الامتناع عن عمل معين في إطار علاقة الارتباط بين أطراف العملية التفاوضية تجاه أنفسهم أو اتجاه الغير.

([1]) د. إبراهيم بن فرج، فض النزاعات في إطار منظمة التجارة العالمية، مقال منشور في المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة ، عدد 41-2003، ص130.

الفرع الثاني: عناصر التفاوض الرئيسية:

وتتمثل عناصر التفاوض الرئيسية في:

أولاً: الموقف التفاوضي:

يعد التفاوض موقف ديناميكي أي حركي يقوم على الحركة والفعل ورد الفعل إيجاباً وسلباً وتأثيراً أو تأثراً، والتفاوض موقف مرن يتطلب قدرات هائلة للتكيف السريع والمستمر وللموائمة الكاملة مع التغيرات المحيطة بالعملية التفاوضية.

ثانياً: أطراف التفاوض:

يتم التفاوض بالعادة بين طرفين، وقد يتسع نطاقه ليشغل أكثر من طرفين نظراً لتشارك المصالح وتعارضها بين الأطراف المتفاوضة، ومن هنا فإن أطراف التفاوض يمكن تقسيمها أيضاً إلى أطراف مباشرة، وهي الأطراف التي تجلس فعلاً إلى مائدة التشاورات وتباشر عملية التفاوض، وإلى أطراف غير مباشرة وهي الأطراف التي تشكل قوى ضاغطة لاعتبارات المصلحة أو التي لها علاقة قريبة أو بعيدة بعملية التفاوض[1].

ثالثا: موضوع التفاوض:

لا بد أن يدور حول موضع معين يمثل محور العملية التفاوضية وميدانها الذي يتبارز فيه المتفاوضون، وقد تكون القضية، قضية إنسانية عامة، أو قضية شخصية خاصة وتكون قضية اجتماعية، أو اقتصادية أو سياسية أو أخلاقية أو تجارية.. إلى آخره، ومن خلال القضية المتفاوض من شأنها يتحدد الهدف التفاوضي، وكذا غرض كل مرحلة من مراحل التفاوض، بل والنقاط والأجزاء والعناصر التي يتعين تناولها في كل مرحلة من المراحل والتكتيكات والأدوات والاستراتيجيات المتعين استخدامها في كل مرحلة من المراحل.

رابعا: الهدف التفاوضي:

---

[1] د. إبراهيم بن فرج، نفس المرجع السابق، ص132.

لا تتم أي عملية تفاوض بدون هدف أساسي تسعى إلى تحقيقية أو الوصول إليه وتوضع من أجل الخطط والسياسات فبناءً على الهدف التفاوضي يتم قياس مدى تقدم الجهود التفاوضية في جلسات التفاوض وتعمل الحسابات الدقيقة، وتجري التحليلات العميقة لكل خطوة.

المطلب الثاني: خطوات وخصائص التفاوض:

التفاوض بصفته وسيلة من الوسائل الودية لحل النزاعات التجارية الدولية فقد يتطلب هذا مجموعة من الخطوات والخصائص الواجب توفرها.

الفرع الاول: خطوات التفاوض:

لكي يحقق التفاوض مبتغاه لابد من المرور بمجموعة من الخطوات والمراحل:

الخطوة الأولى: تحديد وتشخيص القضية التفاوضية:

وهي أول خطوات العملية التفاوضية حيث يتعين معرفة وتحديد وتشخيص القضية المتفاوض بشأنها ومعرفة كافة عناصرها وعواملها المتغيرة ومرتكزاتها الثابتة، وتحديد كل طرف من أطراف القضية والذين سيتم التفاوض معهم، وتحديد الموقف التفاوضي بدقة لكل طرف من أطراف التفاوض ومعرفة ماذا يرغب أو يهدف من التفاوض. [1]

الخطوة الثانية: تهيئة المناخ للتفاوض:

إن هذه الخطوة هي خطوة مستمرة وممتدة تشمل وتغطي كافة الفترات الأخرى التي يتم الاتفاق النهائي عليها وجني المكاسب الناجمة عن عملية التفاوض.

وفي هذه المرحلة يحاول كل من الطرفين المتفاوضين خلق جو من التجاوب والتفاهم مع الطرف الآخر بهدف تكوين انطباع مبدئي عنه واكتشاف الاستراتيجية التي سوف يسري على مداها في المفاوضات وردود أفعاله أمام مبادراتنا وجهودنا التفاوضية.

الخطوة الثالثة: قبول الخصم للتفاوض:

([1]) د. إبراهيم بن فرج، نفس المرجع السابق، ص133.

وهي عملية أساسية من عمليات وخطوات التفاوض لقبول الجلوس إلى مائدة المفاوضات، ومن ثم تنجح المفاوضات او تكون أكثر سيراً خاصة مع اقتناع الطرف الآخر أن التفاوض هو الطريق الوحيد.

الخطوة الرابعة: التمهيد لعملية التفاوض الفعلية والإعداد لها تنفيذياً:

وتشمل الخطوات التالية:

اختيار أعضاء فريق التفاوض إعدادهم وتدريبهم للتفاوض.

وضع الاستراتيجيات التفاوضية واختيار السياسات التفاوضية المناسبة لكل مرحلة من مراحل التفاوض.

التفاوض على أجندة المفاوضات، وما تتضمنه من موضوعات أو نقاط أو عناصر سيتم التفاوض بشأنها واولويات تناول كل منها بالتفاوض.

اختيار مكان التفاوض وتسهيل كافة التسهيلات الخاص به[1].

الخطوة الخامسة: بدء جلسات التفاوض الفعلية.

الخطوة السادسة: الوصول إلى اتفاق ختامي وتوقيعه.

الفرع الثاني: خصائص عملية التفاوض:

1- التفاوض عملية تتكون من عدة مراحل:

تشخيص القضية وتحديدها (القضية محور التفاوض).

تهيئة مناخ التفاوض.

قبول الأطراف المتنازعة للتفاوض.

بدا عملية التفاوض.

([1]) د. إبراهيم بن فرج، نفس المرجع السابق، ص136

التوصل إلى اتفاق.

تييقم ومتابعة النتائج.

2- المفاوضات عملية تبادلية:

مبدأ الأخذ والعطاء.

التنازل والمقابل.

ربح/ ربح.

ربح/ خسارة.

3-المفاوضات علاقة اختيارية.

توفر الرغبة في التفاوض.

4-المفاوضات عملية محاطة بالقيود والمحفزات:

قيود قانونية.

ضغط نفسي.

5-هناك قدر من الصراع والنزاع:

صراع الموارد.

صراع الوسائل.

صراع القيم.

6-تقوم نتائج المفاوضات على عدم التأكد. [1]

([1]) د. إبراهيم بن فرج، نفس المرجع السابق، ص137

المطلب الثالث: المشاورات في منظمة التجارة الدولية:

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

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

حيث أكد الأعضاء في الفقرة الأولى من هذه المادة على تصميمهم على تعزيز وتحسين فعالية إجراءات التشاور التي يجب إتباعها فيما بينهم وفي هذا الصدد فإنه من المتعين على كل دولة عضو أن تبدي اهتمام ملحوظاً وتتيح الفرص الملائمة للتشاور مع غيرها من الدول الأعضاء في حالة تلقيها طلباً أو شكوى بالتضرر من أي إجراء أو تدبير تكون قد قامة باتخاذه على أرضها ويكون من شأنه التأثير في التنفيذ أو تطبيق أي اتفاقية تجارية من الاتفاقات المشمولة ولأن التشاور لا يخرج عن كونه إجراء دبلوماسياً يتمثل فيطلب تبادل وجهات النظر بين الدول المعنية لذا فإنه وسيلة سريعة يمكن أن تحقق نتائج ملموسة لإزالة أسباب الشكوى وقد وضعه وثيقة التفاهم كإجراء أولى وضروري قبل الانتقال الى المراحل الأخرى لتسوية المنازعات كما أحاطته وثيقة التفاهم بمجموعة من الضمانات والضوابط تسهم في فعاليته وتقوي من دورة في إنهاء الخلاف مثل : [1]

1-التزام الدولة مقدمة طلب التشاور بإخطار جهاز تسوية المنازعات وكذا المجالس واللجان ذات الصلة موضحة فيه كافة الأمور كتابةً المتعلقة بالإجراء الذي تتظلم منه.

2-يتعين الاستجابة للتشاور خلال مدة لا تتجاوز عشرة أيام من تاريخ تسلم الطلب كما يتعين بدء التشاور بحسن النية خلال فترة لا تتجاوز ثلاثون يوماً من يوم تسلم الطلب والعمل على حل مرضي للطرفين[2].

([1]) د. إبراهيم بن فرج، نفس المرجع السابق، ص141

([2]) عرفت العديد من القضايا طريقها إلى حل مرضي بفضل استمرار المشاورات حتى بعد اللجوء إلى التحكيم، مثال قضية الضرائب على الأرباح العائدة من الأفلام الأجنبية التي رفعتها الولايات المتحدة الأمريكية ضد تركيا وكذلك قضية الدعم المقدم للصادرات من المواد الفلاحة التي أقيمة ضد هنغاريا من طرف كل من الأرجنتين، أستراليا، كند، الولايات المتحدة الأمريكية، نيوزيلاندا، تايلاند.

3- في حالة عدم التوصل لحل مرضي خلال الستين يوماً من تاريخ تقديم الطلب أو إذا أعلن الطرفان المتشاوران معاً إن المشاورات قد أخفقت في تسوية النزاع خلال هذه الفترة يجوز للطرف الشاكي أن يطلب تشكيل لجنة تحكيم لعرض النزاع عليها.

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

5-يجوز لأي عضو له مصلة تجارية جوهرية في مشاورات دائرة أن يطلب من الأطراف المتشاورة وجهاز تسوية المنازعات الانضمام إلى تلك المتشاورات وإذا لم يتم قبول طلب الانضمام يكون من حق العضو طالب الانضمام أن يتقدم لطلب مستقل للتشاور.

6-في جميع الأحوال يتعين ان تكون المفاوضات سرية.

7-يتعين ان تأخذ الأطراف المتشاورة في اعتبارها المصالح التجارية ذات الأهلية للدول النامية الأعضاء خلال التشاور.

ولقد نصت المادة 04 الفقرة 2 من مذكرة التفاهم الخاصة بتسوية المنازعات في أطار منظمة التجارة الدولية بقولها:

" يتعهد كل عضو بالنظر بعين العطف إلى أية طلبات يقدمها الطرف الآخر فيما يتعلق بإجراءات متخذة في أراضي ذلك العضو بشأن تطبيق أي اتفاق مشمول، وأن يوفر الفرصة الكافية للتشاور بشأنها".[1]

هذا يقوم واجب التحفظ على فكرة وظيفية، هي إعطاء تنبيه إلى الدولة العضو المدعاة عليها، بإن الدولة طالبة التشاور ستقوم باتخاذ إجراءات طلب تسوية عن طريق فريق التحكيم في خلال فترة معينة، إذا لم تفلح المشاورات في الوصول إلى تسوية مناسبة ومع ذلك فليس هناك التزام

[1] د. إبراهيم بن فرج، نفس المرجع السابق، ص145

على فريق التحكيم بألا يحكم في المسألة إلا إذا تم استنفاذ الوسائل السلمية لتسوية النزاع ونصت الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من القواعد سالفة الذكر على أنه:

" إذا قدم طلب المشاورات عملاً باتفاق مشمول، يجب على العضو الذي يقدم إليه الطلب، مالم يجري اتفاق متبادل على عكس ذلك، أن يجيب على الطلب في غضون عشرة أيام من تاريخ تسلمه وأن يدخل بحسن النية في مشاورات ضمن فترة لا تتجاوز ثلاثون يوماً بعد تسلم الطلب، بهدف التوصل إلى حل مرض للطرفين، وإذا لم يرسل العضو رداً في غضون عشرة أيام من تسلم الطلب، أو لم يدخل في مشاورات ضمن فترة لا تتجاوز عشرة أيام بعد تسلم الطلب، حق للعضو الذي طلب المشاورات أن ينتقل مباشرة إلى طلب إنشاء فريق لحسم النزاع ".[1]

وعلى العضو الطالب للمشاورات أن يغطي الجهاز والمجالس واللجان ذات الصلة بطلب المشاورات بطلبه المشاورات وتقدم طلبات عقد المشاورات كتابة وتدرج الأسباب الداعية للطلب بما فيها تحديد الإجراءات المعترض عليها مع ذكر الأساس القانوني للشكوى (المادة 04 الفقرة 04). كما أن الفقرة 05 من ذات المادة والمذكرة تقضي أنه: " يجب على الأعضاء أن تسعى خلال رسائل المفاوضات وفق الأحكام اتفاق مشمول إلى تسوية مرضية للمسألة، قبل اللجوء إلى أي إجراء آخر بنص هذا التفاهم " هذا ويرى البعض أن المشاورات تعتبر خطوة مبدأيه هامة لإنهاء النزاع، حيث أنها تتيح للعضوين المتنازعين الفرصة لإعادة التهيؤ للخطوة التالية للتسوية[1].أي يجب على الأعضاء أن يسعوا خلال سير المفاوضات إلى تسوية مرضية للنزاع، قبل اللجوء إلى أي أجراء آخر. ونصت الفقرة 6 من ذات المادة والمذكرة على انه: " تكون المفاوضات سرية وينبغي ألا تخل بحقوق أي عضو في أي إجراءات لاحقة ... "

إذاً ما تعنيه هذه الفقرة هو أن جميع الوثائق المستخدمة خلال أو اثناء عملية التشاور كالأسئلة والإجابات المتبادلة بين طرفي التشاور، لا تصبح جزءاً من الوثائق الرسمية لمنظمة التجارة العالمية، ولا يحصل تعميم لها على الدول الأعضاء غير الأطراف في عملية التشاور.

---

[1] د. إبراهيم بن فرج، نفس المرجع السابق، ص146

([1])mouloud yahia– bacha le reglement des differends dans le cadre de l'organization mondiale du commerce revue tunisiennne de droit centre du publication universitaire tunis, 1998, p174.

هذا والسرية الواردة في هذه الفقرة تتناسب وطبيعة مرحلة التشاور التي يخوضها الطرفان المتنازعان، والتي يكون الهدف الأساسي منها هو السماح للطرفين بتوضيح المسائل موضوع النزاع، ومحاولة حلها بغير طريق إنشاء فريق التحكيم وإذا أخفقت المشاورات في تسوية نزاع ما في غضون 60 يوما بعد تاريخ تسلم الطلب إجراء المشاورات، جاز للطرف الشاكي أن يطلب إنشاء فريق لحسم النزاع.

ويجوز للطرف الشاكي أن يطلب تشكيل فريق قبل انقضاء 60 يوماً إذا ما اعتبر الطرفان المتشاوران معاً أن المشاورات قد أخفقت في تسوية النزاع (المادة 04 الفقر 07). ويجوز للأعضاء في الحالات المستعجلة، بما فيها تلك المتعلقة بالسلع سريعة التلف ان يدخلوا في مشاورات في غضون مالا يزيد عن 10 أيام من تاريخ تسلم الطلب، وإذا أخفقت المشاورات في حل النزاع خلال 20 يوماً بعد تسلم الطلب جاز للطرف الشاكي أن يطلب إنشاء فريق (المادة 04 فقرة 08).

والملاحظ أن مرحلة المفاوضات تستمر حتى بعد إنشاء مجالس التحكيم وإلى حين إعداد تقرير حول النزاع. إضافة إلى طلب عقد المشاورات يمكن للأطراف المتنازعة أن تختار وسائل بديلة لتسوية النزاعات كالتوفيق والوساطة والصلح.

المبحث الثاني

التوفيق الوساطة والصلح التجاري الدولي

المطلب الأول: التوفيق

إن التوفيق التجاري الدولي ذات أهمية كبيرة في عملية تسوية منازعات التجارة الدولية خاصة وأن أطراف هذه التجارة علاقتهم متشابكة ومستمرة وفي تزايد مضطرد يومياً تلو الأخر، وهو ما يساعد على تحقيق تقدم ملحوظ في الدور الذي تساهم به في تسوية تلك المنازعات الأمر الذي بدوره يؤثر على تنمية وتطور حركة التجارة الدولية من خلال المحافظة على العلاقات الودية بين أطرافها، على ويساعد على زيادة أوامر الود واستمرار العلاقات والمحافظة على روح التعاون والتكامل بينهم. الرغم من تكريس الاتفاقيات الدولية لهذه الوسيلة من سبل تسوية المنازعات، إلا أنها لم تتصدى لوضع تعريف لها، فلقد اكتفت هذه المعاهدات بتبيان وسائل تسوية المنازعات الدولية، سواء أكانت ودية[1] أم قضائية، ثم أغلقت أو تجنبت وضع تعريف للأولى تاركة عبء الأمر على الفقه. وعلى هذا الأساس يمكن تعريف التوفيق التجاري بأنه طريق ودي لتسوية المنازعات التي تنشأ بين الأطراف قوامه اختيار أحد الأطراف للقيام بالتوفيق (الموفق) وصولا إلى حل للنزاع عن طريق التقريب بين وجهات النظر المختلفة دون أن يمتد دوره إلى اقتراح حل يرتضيانه. ويمكن تعريفه بأنه نوع آخر من الوسائل الودية لحسم النزاعات التجارية ويتم بواسطة شخص ثالث حيادي ونزيه، يحاول أن يقرب أطراف النزاع ويقترح اتفاق صلحي بينهم، ويطلق على هذا الشخص اسم الموفق وتكون قراراته غير ملزمة ولا يكون تنفيذها جبرا، ففي واقع الأمر مفاده أن الموفق اقتراحات لأطراف النزاع في نهاية عمله.[2]

أولا: طريق ودي لتسوية المنازعات:

بوضع التعريف السابق القاسم المشترك المميز للتوفيق يكون طريق ودي لتسوية ما يثور بين الأطراف من منازعات وما يعوق علاقاتهم من مشاكل تحول دون تمام تنفيذها أو استمرارها، فالتوفيق لا يعد على خلاف التحكيم، وسيلة قضائية يرتكن إليها لحسم ما يثور بين الأطراف من منازعات، وإنما أحد الوسائل التي يضع فيها القرار من خلال الأطراف أو برضائهم، فإن كان التوفيق يهدف

---

[1] والتوفيق بالمعنى الذي نقصده هو التوفيق غير القضائي esctre judiciaire أي ذلك الذي يتحقق في غياب القاضي.

[2] د. إبراهيم بن فرج، نفس المرجع السابق،ص148

شأنه في ذلك شأن كافة الوسائل الحديثة في تسوية المنازعات الناشئة بين الأطراف فإنه يتميز بكونه طريقا وديا لفضها، ولعل هذه السمة هي التي تجعل من تلك الوسيلة، بمنأى عن رقابة القضاء. فما يقوم به الموفق لا يخضع لرقابة القضاء بصفة عامة[1].

ثانيا: طريق اختياري:

كما يبرز التعريف أيضا الطابع الاختياري للتوفيق التجاري الدولي فهذه الوسيلة تعتمد بصورة أساسية على إرادة الأطراف سواء تمخض التعبير عن الرضا بقبول هذا الطريق، أو في المشاركة الجادة أم في التنازل عن بعض الطلبات أملا في الوصول إلى حل يلبي الرغبات ويخصص الآمال المرجوة عند قيام العلاقة موضوع النزاع، فسلوك سبيل التوفيق ينبع عن إرادة ورغبة الأطراف ومن ثم فإنه لا يمكن فرض هذا السبيل أو إملاءه عليهم[2] فاللجوء إليه يعتمد بصورة كبيرة قبوله واتجاه إرادة الأطراف إلى سلوكه، يستوي بعد ذلك الوقت الذي يختار فيه، أي سواء أكان هذا الوقت قبل نشأة النزاع أو بعده، قبل خوض طريق التحكيم أو بعده. فالتوفيق ينشأ نتيجة لاتفاق الأطراف على تدخل شخص من الغير لتسوية النزاع، فعلى الرغم من تنظيم قواعد للتسوية الودية إلا أن سلوك هذا الطريق يعتمد على رغبة الأطراف في ولوجه وتجمع هذه الصفة كافة الوسائل الحديثة لتسوية المنازعات، فإن كان التوفيق يبدأ بطلب من احد الأطراف من عدمه، فإن التحكيم يجد مصدره في اتفاق الأطراف الذي يستمد منه المحكم سلطاته... وتبدأ هذه السمة الاختيارية بوضوح في الوقت الذي يمكن الاتفاق فيه على اللجوء إليها، فكلما يكون الاتفاق سابقا على نشأة النزاع يجوز أن يكون تاليا له، ولو كانت قد أقيمت بشأنه دعوى قضائية أو تحكيمية، فبدأ إجراءات التوفيق إما يكون بناءً على مبادرة أحد الطرفين بعد نشأة النزاع وإما امتثالا لاتفاق متبادل بين الطرفين قبل نشأته[3]، فالاتفاق على اللجوء إلى التوفيق قد يكون في وقت سابق على رفع الدعوى أو أثناء نظرا لنزاع.

---

[1] وذلك على عكس التوفيق القضائي، إذ يخضع ما يقوم به، الموفق لرقابة القضاء.

[2] هذه الصفة تبرزها بوضوح المادة 5 فقرة 1 من مذكرة التفاهم بنصها على أن "المساعي الحميدة والتوفيق والوساطة تتخذ طواعية إذا وافق على ذلك طرف النزاع" ولا يغير هذا الطابع الاختياري لتلك السبيل ما تنص عليه المادة الخامسة فقرة السادسة من مذكرة التفاهم من انه يجوز للمدير العام لمنظمة التجارة العالمية لحكم وظيفته أن يعرض هذه الوسائل السليمة بهدف مساعدة الأعضاء على تسوية منازعاتهم، إذ لا يعني هذا النص أن الأطراف المتنازعة عليها الانصياع لعرض المدير العام للمنظمة – محمد حيسام لطفي، تنفيذ الحماية القانونية وتسوية المنازعات طبقا لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية تريبس) من منشورات المنظمة العالمية للملكية الفكرية 1997، ص 8.

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

وإن كان البعض يفضل اللجوء إليه في المرحلة الثانية (أثناء نظر الدعوى)، إذ في هذه الأخيرة يكون من السهولة بمكان الوصول بالأطراف إلى حل يرضيانه فكلما تطور النزاع كلما بدأ أكثر وضوحا أمام الأطراف مما يمكنهم من تقدير الأمور بصورة محددة والمعرفة على وجه دقيق لمدى احتمالات تحقيقه للأهداف التي يرجون الوصول إليها. وهو الأمر الذي منح الأطراف فرصا جيدة وملائمة لإجراء التوفيق بينهم يضاف إلى ذلك أن إجراء التوفيق في مرحلة سابقة على رفع الدعوى يمثل مضيعة للوقت إذ لا مفر في حالة الفشل أو عدم قبول التسوية من لجوء الأطراف إلى الدعوى القضائية أو التحكيمية لتسوية هذا النزاع. مع هذا نرى مع البعض وبحق أن هذه الوسيلة الودية لا تحقق الهدف الذي تصبوا إليه إلا بتحبيذ اللجوء إليها قبل نظر النزاع، ففي هذا الوقت فقط تتحقق النتائج التي ترمي إليها، طالما أنه يمكن للأطراف التوصل إلى حلول ملائمة لمنازعاتهم دون تأثير على علاقاتهم في المستقبل، والتي يؤثر عليها بلا شك بدء المنازعة بينهم فإذا كان الأطراف ينظرون إلى الأمام عند اختيارهم للتوفيق فإنه من الضروري مساعدتهم على المحافظة على استمرار العلاقات بينهم، بل وزيادتها وهو الأمر الذي لن يتحقق إلا بسلوك قبل نظر النزاع أمام المسارات الأخرى، وذلك على عكس الحال عند اللجوء إلى التحكيم أو القضاء، إذ يسلك الأطراف هذه الطريق أو ذلك وهم ينظرون إلى الخلف، لما يؤدي إليه كل منهما من إنهاء للعلاقات وقطع لأوامر التعاون بينهم يضاف إلى ذلك أن عملية التوفيق لا تستغرق وقتا طويلا وبالتالي فإن نجاحها يغني الأطراف عن اللجوء إلى السبل الأخرى وما تتصف به من بطء وتعقيد ونفقات باهظة. فبدء عملية التوفيق قبل خوض سبيل المنازعة بما يحمله من تكلفة ومشقة يعد أمرا ضروريا حتى ولو باءت عملية التسوية الودية في النهاية بالفشل، نظرا الاتفاق ذلك مع الفلسفة التي من أجلها شرع هذا السبيل وانسجامه مع الكيفية التي تتم من خلالها عملية التسوية بين الأطراف.

المطلب الثاني الوساطة:

تعتبر الوساطة الأساس الذي يقوم عليه نظام الطرق الودية، فهي المحرك والسبل لإيجاد حل توافقي بين المتنازعين وأصبحت تبدو الوجه أو الصورة الأنسب للقضاء والعدالة، إذ يكون القرار فيها من صنع الأطراف ويقتصر دور الوسيط في المساعدة على تحديد النزاع وإزالة العقبات وتقريب وجهات النظر.

الوساطة لغة:

ويقصد بالوساطة في اللغة أنها مأخوذة من الوسط وهو ما بين طرفي الشيء والمعتدل من ومن قوله تعالي: كل شيءد

"(1) وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطاً

وفي القاموس الوسيط هو المتوسط بين المتخاصمين والوساطة بهذا المعنى قد تظهر في عدة مجالات كالسياسة والتجارة وغيرها.

الوساطة فقها:

عرفت الوساطة على أنها "أسلوب من أساليب الحلول الودية لفض النزاعات تقوم على توفير ملتقى للأطراف المتنازعة للاجتماع والحوار وتقريب وجهات النظر بمساعدة شخص محايد وذلك لمحاولة التوسط لحل النزاع"

ويمكن تعريف الوساطة بأنها: "عبارة عن عملية مفاوضات غير ملزمة يقوم بها طرف ثالث محايد يهدف إلى مساعدة أطراف النزاع للتوصل إلى حل النزاع القائم بينهم وذلك من خلال إتباع واستخدام فنون مستحدثة في الحوار لتقريب وجهات النظر وتقييم المراكز القانونية لطرفي النزاع تحت غطاء السرية"[2].

ويمكن تعريف الوساطة التجارية بأنها عقد على عوض معلوم للوسيط مقابل عمل بحرية بين طرفين لأنيابه عن أحدهما[3]. وتعرف كذلك بأنها وسيلة اختيارية يتم اللجوء إليها برغبة الأطراف خلال أي مرحلة من مراحل النزاع ويختارون خلالها إجراءات وأسلوب الوساطة من اجل فهم موضوع النزاع ووضع الحلول المناسبة له، وعكس التحكيم فإن الوساطة لا تكون إلزامية بنتيجتها ولا يمكن إجبار الأطراف بقبول ما يتمخض عن الوساطة كما أن في ذلك تقليل من العبء الملقى على عاتق الجهاز القضائي المثقل بالدعاوي[4].أما المشرع الجزائري فعند سنه لقواعد الوساطة لم يقدم تعريفا لها وإنما ترك أمر تعريفها للفقه وعليه يمكن تعريفها على أنها: "وسيلة لحل النزاعات من خلال تدخل شخص خالص نزيه وحيادي ومستقل يزيل الخلاف القائم، وذلك باقتراح حلول عملية منطقية تقرب

---

(1) (سورة البقرة الآية 143).

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

[3] د.عبد الرحمن بن صالح الأطرم، الوساطة التجارية في العاملات المالية، مركز الدراسات والإعلام دار شبيليا، ص 43.

[4] المحامي الدكتور عمر مشهور، حديثة الجازي، الوساطة كوسيلة لتسوية منازعات الملكية الفكرية، "ندوة بعنوان الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات" 28 كانون أول 2004، جامعة اليرموك اربد المملكة الأردنية الهاشمية، ص 03.

وجهات نظر المتنازعين بهدف إيجاد صيغة توافقية وبدون أن يفرض عليها حلا أو يصدر قرارا ملزما"[1].

كما يمكن تعريفها أيضا على أنها: "إحدى الطرق الفعالة لفض النزاعات بعيدا عن عملية التقاضي وذلك من خلال إجراءات سرية تكفل الخصوصية بين أطراف النزاع من خلال استخدام وسائل وفنون مستحدثة في المفاوضات بغية الوصول إلى تسوية ودية مرضية لجميع الأطراف".كما تعرف أيضا أنها: "تقنية إجرائية لحل النزاعات يستطيع من خلالها طرف محايد ومستقل ونزيه يدعى الوسيط مساعدة الخصوم على حل مشاكلهم عبر الحلول والتفاوض للوصول إلى اتفاق بلائمهم".

المطلب الثالث: الصلح:

قد يتطلب حسم نزاع معين أو خصومة كثيرا من التعقيدات من حيث الإجراءات التي تتطلبها الدعوى وقد يستغرق ذلك وقتا وتكاليف باهظة لإنهاء تلك الخصومة. كما قد يشوق الخصوم نزاعا بإنهائه صلحا ينتج عنه تخفيف العبء بينهم وربح الوقت والتكاليف وتعقد الإجراءات. ولكن مختلف التشريعات قد أجازت للخصوم والأطراف اللجوء إلى التصالح تلقائيا بإرادتهم المنفردة دون تدخل القضاء في حسم منازعاتهم أو خصوماتهم فإن ذلك يعد صلحا غير قضائيا أي تم خارج دائرة القضاء ومن دون فرضه عليهم من حيث كونه اختياري جوازي ومن نتائجه حسم النزاع نهائيا. ولتعريف الصلح يجب أن نتناول تعريفه لغة وفقها وكذا التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري.

أولا: الصلح لغة:

هو إنهاء الخصومة فنقول صالحه وصلاحا إذن صلاحه وصافاه ونقول صالحه على الشيء أي سلك معه مسلك المسالمة في الاتفاق، وصلح الشيء إذا زال عنه الفساد[2] الصلح في الشريعة الإسلامية لقد عرف الصلح من طرف فقهاء الشريعة بما يلي:

في الفقه المالكي: هو انتقال حق أو دعوى لرفع نزاع أو خرق وقعه

في الفقه الشافعي: هو الذي تتقطع به خصومة المتخاصمين

في الفقه الحنبلي: هو معاقدة يتوصل إلى موافقة بين مختلفين

في الفقه الحنفي: هو عقد يرتفع به التشاجر والتنازل بين الخصوم وهما منشأ الفساد والفتن[3].

---

[1] د.بن حمري الهادي، الطابع القانوني لنظام الوساطة كبديلة لفض النزاعات على ضوء أحكام قانون الاجراءات المدنية والإدارية، محاضرة ألقيت بمجلس قضاء المسيلة، الجزائر، 2009/04/23، ص 4.

[2] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الخامس، المجلد الثاني، دار احياء التراث العربي، بيروت، ص 509.

[3] د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، دار الفكر، دمشق، ص 295.

وقد عرف القانون الفرنسي عقد الصلح بأنه "عقد ينهي الفريقان فيه نزاع قائما أو محتمل الوقوع"[1]

الصلح في التشريع الجزائري:

عرف المشرع الجزائري الصلح في المادة 459 من القانون المدني يقولها أن الصلح: "فقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقان به نزاعا محتماً وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه[2].

ثالثا شروط الصلح:

لما كان الصلح وسيلة من الوسائل المنهية للنزاع ومن ثم فإنه يخضع للقواعد العامة المألوفة التي تطبق على العقود وأن أركان العقد العامة وهي الرضا المحل والسبب فضلا عن مقومات أخرى ثلاث وهي: وجود ميزان قائم أو محتمل، نية حسم النزاع ونزول كل من المتصالحين على وجه التقابل عن جزء من حقه، بمعنى أن الصلح هو قطع الخصومة وإنهائها وديا، بناءا على إرادة المتخاصمين.

وجود نزاع قائم أو محتمل:

بمعنى أن يكون النزاع بين متخاصمين جدي وليس هزلي.

وإذا كان هناك نزاع قائم مطروح أمام الجهات القضائية وأنهاه الطرفان بالصلح كان الصلح هذا قضائيا مع وجوب التمييز فيما إذا كان جوازيا أو إجباريا من حيث المجال الذي ورد فيه، ويشترط على ألا يكون قد صدر حكم نهائي في النزاع بل يكفي تكريسه في محضر اتفاق فقط وإلا انتهى النزاع بالحكم وليس بالصلح.

وليس من الضروري أن يكون ثمة نزاع مطروح على القضاء فيكفي أن يكون محتمل الوقوع بين طرفين فيكون الصلح لتوقي هذا النزاع ويكون في هذا الصلح غير قضائي أي اتفاقي ودي جوازي وذلك لتجنب طول وعناء التقاضي[3].

نية حسم النزاع:

---

[1] أنظر د. فضيل العيش.

[2] قرار المحكمة العليا لغرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 103637 مؤرخ في 1994/04/19 الاجتهاد القضائي، لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص لسنة 2001، ص 94.

[3] د. الأنصاري حسن النداني، الصلح القضائي، دور المحكمة في الصلح والتوفيق بين الخصوم، دراسة تأصيلية وتحليلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 60.

بمعنى أن يقصد الطرفان حسم النزاع بينهما إما بإنهائه إذا كان قائما وإما بتوخيه إذا كان محتملا، أما إذا لم تكن لدى الطرفين نية حسم النزاع وقد تأتي الصلح على بعض الأجزاء المتنازع عنها ولا يشمل جميع المسائل كأن يحسم المتخاصمين جزءا من الخصومة ويترك الباقي إلى القضاء لإنهاء النزاع لتتولى المحكمة البت فيه.

تنازل كل طرف عن جزء من حقه:

أي نزول إرادة كل من المتصالحين على وجه التبادل عن الحق في مواجهة الآخر، فإن نزل أحدهما عن كل ما يدعبه على الحق ولم يتنازل الآخر عن شيء مما يدعيه لم يكن هذا صلحا، وإنما تسليم بحق الخصم كما لا يشترط أن يكون التنازل متعادلا من الجانبين فقد ينزل أحدهما عن جزء كبير ويتنازل الآخر عن بعض، فإن ذلك يكون صلحا.

وعلى هذا الأساس فإن تنازل كل من المتنازعين إراديا فإن ذلك يعتبر تصالحا يؤدي إلى إنهاء النزاع بين الطرفين[1].

الفرع الثالث تميز الصلح عن غيره من النظم المشابهة:

إذا كان غاية الصلح هو فض النزاع بصفة ودية فإنه يتقارب مع جملة من التصرفات القانونية والتحكيم والوساطة، سنتطرق إلى تميزه عن غيره من النظم المشابهة له بغرض رفع الغموض واللبس.

تمييز الصلح الوجوبي عن الصلح الاختياري:

الصلح القضائي وجوبي يأمر به القاضي من تلقاء نفسه كما نصت عليه المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وليس للخصوم حق استبعاده لكونه مفروض قانونا، ويكون مصادقا عليه من طرف المحكمة ويختلف الصلح القضائي عن غير القضائي في مسائل كثيرة من حيث نطاقه وأركانه وشروط صحته ومن حيث إثباته وأثاره وكذا من حيث طرق الطعن فيه.

أ/ فمن حيث نطاقه فالصلح غير القضائي لا يتسع إلا للاتفاقات التي يتنازل فيها كل طرف عن جزء من حقه والتي نص القانون على جوازه فيها.

أما الصلح القضائي فإنه يتسع لكافة الاتفاقات التي تحسم النزاع سواء تضمن الاتفاق تنازل متبادل عن الحقوق أم كان التنازل من جانب واحد لكون الصلح مفروضا قانونا.

ب/ أما بالنسبة لشروط الصحة، فإنه وإن كان يشترط لصحة الصلح القضائي والصلح غير القضائي أن تتوافر في الطرفين أهلية التصرف، كما يشترط خلو إرادتهما من العيوب التي تبطلها إلا

---

[1] د. الأنصاري حسن النداني، المرجع السابق، ص 65.

أن الصلح القضائي يتطلب شروط أخرى لصحته منها حضور الطرفين أمام المحكمة وإقرارهما بالتصالح وتوقيعهما على محضر التصالح كما يشترط تأشير وتصديق القاضي على هذا المحضر[1] فإذا رفض أحدهم التوقيع على محضر الصلح أو لم يم القاضي بالتصديق عليه فإنه يعتبر باطلا باعتباره صلحا قضائيا.

ج/ أما من حيث الإثبات فإن الصلح غير القضائي يجب إثباته بالكتابة أما الصلح القضائي فإن الكتابة ضرورية لصحته واكتسابه الصفة القضائية[2].

وإذا تخلفت الكتابة فلا يجوز إثبات حصول الصلح القضائي بأي دليل آخر غير محضر الصلح أو الحكم المثبت للصلح، فلا يجوز إثباته إلا بالإقرار أو بشهادة شهود أو النية أو القرائن[3].
أما النسبة لأثار كل منهما يرتب أثار تختلف عن الصلح غير القضائي ذلك لاختلاف طبيعتهم، فالصلح القضائي يعتبر من أعمال القضاء[4] أما الصلح غير القضائي فهو عمل الأطراف فقط.

تمييز الصلح عن التحكيم:

يتفق العمل التصالحي أو التوفيقي عن التحكيم في أن كل منهما يستند إلى الإرادات الخاصة، كما يتفقا في أن كل منهما يؤدي إلى حسم النزاع فكل من الصلح والتحكيم يستند على عقد يبرمه أطراف النزاع، فأساس كل منهما تصرف قانوني، فعقد الصلح هو أساس العمل التصالحي وعقد التحكيم هو أساس حكم المحكم، ولذلك فإن كل من العمل التصالحي وحكم المحكم يتأثر بما يصيب العقد من عيوب، فبطلان عقد الصلح يأدي على بطلان العمل التصالحي، وبطلان اتفاق التحكيم يأدي إلى بطلان حكم المحكم وانعدامه[5].
في الصلح يتنازل الطرفان عن كل أو جزء من الحق أما في التحكيم فلا يقتضي بالضرورة بذلك.

---

[1] المادتين (443-448) ق.إ.م.إ.

[3] د. فضيل العيش، الصلح في المنازعات الإدارية وفي القوانين الأخرى، منشورات بغدادي، الجزائر، ص 54و55.

[4] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 560 20 مؤرخ في 7//998، مجلة قضائية، العدد 2 لسنة 2000، ص 180، الذي ينص على مبدأ قضائي: "قسمة- صلح- الحكم بالمصادقة على الصلح غير قابل للاستئناف".

[5] د. فضيل العيش، مرجع السابق، ص 56.

في التحكيم يكون احترام تام لمبادئ العقد فالعقد شريعة المتعاقدين ويكون هذا الاحترام مفروض ليس على المتعاقدين فحسب ولكن يمتد حتى للقضاء في حين أن الصلح أكثر مرونة لأنه يعتمد على نظام مبادئ العدالة[1].

المطلب الرابع: توفيق والوساطة والصلح في إطار منظمة التجارة العالمية:

نصت المادة 05 من مذكرة التفاهم الخاصة بتسوية المنازعات حيث جاء في الفقرة الأولى منها على انه " المساعي الحميدة، التوفيق والوساطة إجراءات تتخذ طواعياً إذا وافق على ذلك طرف النزاع " .[1]

ويتضح لنا أن اللجوء لهذه الطرق هو أمر إرادي راجع لإرادة أطراف النزاع.

وقد نصة الفقرة 06 من المادة 05، على أنه " يجوز للمدير العام لمنظمة التجارة العالمية بحكم وظيفته أن يعرض المساعي الحميدة أو التوفيق أو الوساطة بهدف مساعدة الأعضاء على تسوية المنازعات، إلا أن هذا لا يعني أن الأعضاء المتنازعين عليهم الانصياع لعرض المدير العام للمنظمة بل أن المساعي الحميدة والتوفيق والوساطة تبقى دائماً أمر اختياري".

كما أن اللجوء لهذه الوسيلة حسب المادة 05 الفقرة 03 من مذكرة التفاهم الخاصة بتسوية المنازعات، لا يخضع لأنه قيود ومواعيد بحيث يكون لأي طرف من أطراف النزاع اللجوء إليه في أي وقت، كما يجوز البدء فيه في أي وقت وإنهاؤها في أي حال يكون عليه النزاع، ولا يمنع إنهاء هذ الوسيلة حق الطرف الشاكي في اتخاذ إجراءات طلب إنشاء فريق التحكيم.

ونشير إلى يجوز حسب المادة 05 الفقرة 05 مذكرة التفاهم الخاصة بتسوية المنازعات مواصلة إجراءات المساعي الحميدة أو التوفيق أو الوساطة في نفس الوقت الذي تجري فيه إجراءات فريق التحكيم إذا وافق أطراف النزاع على ذلك.

---

[1] بن صاولة شفيقة، الصلح في المادة الإدارية، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2008، ص 46.

[1] المادة 5 من مذكرة التفاهم الخاصة بتسوية المنازعات ،1995م

أما في حالة البدء في التشاور في هذا الأمر يختلف، بحيث نجد أن الفقرة 04 من المادة 05 من المذكرة تنص على أنه : " عند الشروع في المساعي الحميدة أو التوفيق أو الوساطة في غضون 60 يوماً بعد تاريخ تسلم الطلب – طلب عقد المشاورات– قبل ان يطلب إنشاء فريق التحكيم، ويجوز للطرف الشاكي أن يطلب إنشاء فريق التحكيم خلال 60 يوماً إذا اعتبر طرفا النزاع معاً أن المساعي الحميدة أو التوفيق أو الوساطة قد أخفقت في تسوية النزاع "، وهذا يعني أن الطرف الشاكي إذا أراد التقدم بطلب إنشاء فريق التحكيم قبل مرور المدة المذكورة كان عليه حصول على موافقة الوضع المشكو منه في حقه في حالة فشل هذه الوسائل السلمية لتسوية النزاع.

نشير إلى جهاز حل المنازعات لدى منظمة التجارة العالمية قد لقي نجاحاً أكيداً إذا ما قمنا بتقييم كمي فمنذ دخول مذكرة التفاهم حيز التنفيذ في 1995/01/01 إلى غاية 1995/05/18 سجل جهاز حل المنازعات 133 طلب.

إن المصالحة أو الصلح والذي يعد أحد الطرق الودية لفض المنازعات الناشئة عن العقد، يقوم به شخص يسمى الوسيط المصالح، دوره تقديم الاقتراحات لحل هذه النزاع بناءً على ما يكونه من قناعة خاصة، محاولة منه لتقريب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة، وما يلاحظ أن الاقتراحات التي يقدمها هذا الأخير غير ملزمة للأطراف المتنازعة، ومحاولة الصلح تنتهي باتفاق الأطراف وتوقيعهم على اقتراح الوسيط المصالح، وفي حالة مالم يتفق الأطراف فيقوم الوسيط المصالح بتحرير محضر يذكر فيه أن محاولة الصلح فشلت دون ذكر الأسباب، وقد تنتهي محاولة الصلح بإعلام المصالح من قبل أحد الأطراف (او الأطراف معاً) بعدم الاستمرار في محاولة الصلح. [1]

عقد الصلح الذي ينهي به الأطراف نزاعاً قائماً أو يتوقعان به نزاعاً محتملاً يختلف عن التحكيم الذي ينتهي بحكم، فضلاً عن ذلك إنه ليس شرط في التحكيم أن يتنازل الأطراف عن حقوقهم كما أن الأسباب التي تدفع بالأطراف إلى اللجوء إلى كل من الوسيلتين ليست واحدة، ففي حين أنه يمكن الطعن في الحكم الصادر عن هيئة المحكمين وإلغائه لعيب في الشكل أو في الموضوع، ولا

[1] مذكرة التفاهم الخاصة بتسوية المنازعات ،1995م

يمكن الطعن في الصلح بسبب الغلط في القانون، كما أن الصلح ينهي النزاعات التي يتناولها ويترتب عليها إسقاط الحقوق والادعاءات التي تنازل عنها احد الأطراف بصفة نهائية، إلى أن الحال ليست كذلك بالنسبة للتحكيم[1].

([1]) د. هجيرة تومي، عقد المبيعات الدولية، مذكرة ماجستير قانون الأعمال، جامعة البليدة، 2006 .

المبحث الثالث

التحكيم التجاري

إن التحكيم وسيلة قديمة لحل منازعات بين الأفراد وهو مسألة معترف بها سواء على مستوى قانون الدولي العام أو القانون الدولي خاص او قواعد القانون الوطني.

وكقاعدة عامة فإن يجوز للأطراف المشاركة اللجوء إلى التحكيم سواء كان المتنازعان أفراد طبيعية أو هيئات معنوية.

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

وطالما حصل الاتفاق المسبق أو المعاصر لوقوع المنازعة فإنّ التحكيم يصبح ملزما للطرفين.

والواقع أنّ اللجوء إلى التحكيم وسيلة كل المنازعات العلاقة التجارية الدولية.

المطلب الأول: ماهية التحكيم التجاري الدولي:

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

وقد ساهمت المنظمات الدولية والمؤسسات المعنية بالتحكيم بوضع قواعد خاصة بالإجراءات التي تتبع في سير عملية التحكيم، كما أصدرت دول عديدة قوانين حديثة تعالج مسائل التحكيم الدولي، بعد ان كانت قوانينها، تقتصر على معالجة قضايا التحكيم الداخلي.[1]

والذي تبلورت قواعده وإجراءاته بشكل نسبيا كما يلاحظ في الوقت الحالي، لذا سنحاول في المطلب الأول تعريف التحكيم التجاري الدولي وفي المطلب الثاني الاساس القانوني للتحكيم التجاري الدولي.

أولا: التعريف اللغوي:

1.التحكيم في اللغة العربية: فهو مشتق من (حَكَمَ) بالأمر حُكماً: أي قضى، يقال: حكم له، وحكم عليه، وحكم بينهم ، وحَكَمَ فلاناً : منعه عمّا يريد وردّه، و(حَكَّمَ) فلاناً في الشيء والأمر :

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

جعله حكماً[1]، قال تعالى : "فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤمِنُونَ حَتَّى يُحَكِمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ... "[2] و(احتَكَمَ) الخصمان إلى الحاكم: رفعا خصومتهما إليه، و(تَحاكَما) : احتكما و(تَحَكَّمَ) في الأمر: احتكم، و(الحَكَمُ): من أسماء الله تعالى، و(الحَكَمُ) الحاكم، قال تعالى: "أَفَغَيْرَ اَللهِ أَبْتَغِي حَكَماً... "[3]، و(الحَكَمُ) من يُختار للفصل بين المتنازعين، قال تعالى: "وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَينِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا..."[4]

ثانيا: التعريف الاصطلاحي والفقهي

يعرف البعض التحكيم بأنه: "النظام الذي بمقتضاه يخول أطراف النزاع مهمة الفصل فيه إلى محكمين يعينونهم بمحض مشيئتهم"[5]

كما يعرف التحكيم بأنه الطريقة التي تختارها الاطراف لفض المنازعات التي تنشا عن العقد عن طريق طرح النزاع، والبحث فيه أمام شخص أو أكثر يطلق عليهم اسم "المحكم أو المحكمين" دون اللجوء إلى القضاء [6].

كما يعرف التحكيم بأنه أحد وسائل حل نزاعات التجارة الدولية الودية، التي تقوم على اتفاق ما بين فرقين أو أكثر على تسوية منازعاتهم بالإحالة إلى التحكيم، كما يقصد به اتفاق أطراف العقود التجارية على إحالة النزاع إلى شخص واحد أو عدد من الأشخاص ليقوموا بإيجاد حل لهذا النزاع، كما أن تعريف التحكيم في الاصطلاح الفقهي فهو توليه الخصمين حاكما يحكم بينهما

ثالثا: التعريف القانوني

تعريفه وفق القانون الفرنسي:

تعرف المادة 492 من قانون المرافعات المدينة الجدية الفرنسي التحكيم التجاري الدولي بأنه: "يكون التحكيم التجاري دوليا عندما يكون موضوعه ذا علاقة بمصالح التجارة الدولية[7].

([1]) أنظر: ابن منظور، لسان العرب المحيط، المجلد الأول، بيروت، دار لسان العرب، دون تاريخ نشر، ص688-689 . المعجم الوسيط، أخرجه إبراهيم مصطفى وآخرون، ج1، القاهرة، مطبعة مصر، 1960، ص189

([2]) سورة النساء ، الآية (65).

([3]) سورة الأنعام ، الآية (114).

([4]) سورة النساء ، الآية (35).

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

[6]- انظر: د. فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 13.

[7]- راجع، أ. د، طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، طبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1429هـ- 2008م، ص 227.

كما نجد أن القانون المصري رقم 27 سنة 1994 على الرغم أنه استوحى من القانون النموذجي للتحكيم حيث نجد أنه تعرض لتحديد المقصود بالتحكيم حيث نصت المادة الرابعة الفقرة الاولى من قانون التحكيم المصري على أنه "يتصرف لفظ التحكيم إلى حكم هذا القانون غلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين مؤسسة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك[1].

عرفه في المادة 458 من قانون الإجراءات المدينة للتحكيم الدولي بأنه يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يختص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية، والذي يكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج فيكون إذن معيار التحكيم الدولي هو مقر أو موطن المحكم الذي يكون في الخارج.

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

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

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

أولا: من حيث طبيعة التحكيم

ينقسم إلى تحكيم داخلي أو وطني وتحكيم دولي

فالتحكيم يكون دوليا لمجرد تعلق الرابطة القانونية محل النزاع بالتجارة الدولية وأيضا فإن جنسية الأطراف ليست ذات شأن وقد أخذت بهذا بمعيار مصالح التجارة الدولية وذلك من خلال اتفاقية الاوربية خاصة بالتحكيم الدولي لعام 1961 في المادة الأولى منها.

وكذلك اتفاقية واشنطن لعام 1965 والمتعلق بتسوية النزاعات الخاصة بالاستشارات ذات الطبيعة الدولية[2].

---

[1]– من المعروف أن القانون المصري للتحكيم مستوحى من القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وهذا الاخير في صيغة المعتمدة في 21 يونيو سنة 1985 لم يضع تعريفا للتحكيم بشكل مباشر إذ اكتفت المادة الثانية فقرة (أ) من قانون النموذجي بذكر أن لفظ التحكيم يقصد به كل تحكيم سواء تم تنظيمه من خلال مؤسسة تحكيمية دائمة أم لا وتعريف التحكيم على نحو المتقدم يعد تعريفا لتحديد أنواع التحكيم وليس بتعريف التحكيم ذاته.

[2]– أنظر، د.علاء آباريان، مرجع السابق، ص 28.

وبمفهوم المخالفة يمكن القول بأن التحكيم الداخلي هو الذي لا يتعلق بمصالح دولة معينة سواء من حيث مواطن الفريقين أو مركز عملهما أو مكان إبرام العقد وتنفيذه وحدوث آثاره أو قانون المطبق عليه أي أنه يتعلق بعلاقة وطنية فقد أجاز المشرع جزائري اللجوء إلى التحكيم في كل حق يملك صاحبه مطلق التصرف فيه باستثناء ما ورد حصر في المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على ما يلي: "يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق تصرف ولا يجوز التحكيم... التجارية الدولية"[1].

ثانيا: من حيث التنظيم:

ينقسم التحكيم مت حيث مدى وجود مؤسسة تديره إلى تحكيم حر ومؤسساتي.

أ-التحكيم الحر: النزاع الحر هو الذي يتم تحت إدارة واشراف أطراف النزاع فيتم اختيار المحكم أو محكين من طرفهم ويتولون في الوقت نفسه تحديد الإجراءات والقواعد تطبق فيه دون إشراف من مؤسسة تحكيم وغالبا ما يخضع إشراف مؤسسة تحكيم وغالبا ما يخضع هذا النوع من التحكيم لقواعد يونسترال للتحكيم[2]

ب-التحكيم مؤسساتي: فهو الذي يتم تحت إشراف مؤسسة دولية مختصة بالتحكيم وتقتصر مهمتها على وضع قوائم بأسماء المحكمين، لكي يتولى المتنازعون بأنفسهم اختيار من يريدون القيام بالمهمة وتوجد حاليا عدة مؤسسات وهيئات تحكيم كمركز تحكيم غرفة تجارة باريس ومركز تحكيم مجلس التعاون الخليجي[3]

ثالثا: التحكيم العادي او المطلق

وهو مدى تقيد المحكم بالقواعد القانونية، فعندما يكون المحكم ملزما بحسم النزاع وفقا لقواعد القانون فإن التحكيم يكون عاديا ويعرف التحكيم بالقانون أيضا.

أما عندما يعفى المحكم من تطبيق هذه القواعد ويحكم بمقتضى قواعد العدالة وانصاف، فإن التحكيم يكون مطلقا وهو ما يعرف أيضا بالتحكيم بالصلح في بعض البلدان العربية.

رابعا: من حيث الاتفاق ذاته

ينقسه إلى:

---

[1] – راجع، د. فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 98.

[2]– أنظر، محمد شهاب، أساسيات التحكيم التجاري الدولي "والقوانين والاتفاقيات المنظمة للتحكيم عربيا وعالميا"، الطبعة الاولى، الناشر مكتبة الوفاء القانونية، 2009، ص 16.

[3]– أنظر، أ. د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 90.

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

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

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

خامسا: التحكيم الإلكتروني

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

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

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

---

[1]– راجع، محمد شهاب، مرجع السابق، ص 17.

ويتضافر الجهود الوطنية والدولية، أمكن التعريف بالتحكيم الإلكتروني بأنه ذلك التحكيم الذي يتفق بموجبه الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة عن صفقات أبرمت في الغالب الأعم بوسائل إلكترونية إلى شخص خالص يفصل فيها بموجب سلطة مستندة من اتفاق اطراق النزاع، وباستخدام وسائل اتصال حديثة تختلف عن الوسائل التقاليدية المستخدمة في التحكيم التقليدي وبذلك يكون التحكيم إلكترونيا لاستخدام وسيلة إلكترونية عند إبرام اتفاق التحكيم أو أثناء سريان الخصومة[1]

الفرع الثاني: تمييز التحكيم التجاري الدولي عن غيره من الوسائل لحل النزاعات التجاري الدولية:

أولا: تمييز الوساطة وتوفيق والتحكيم:

برغم اتفاق التوفيق والوساطة مع التحكيم من حيث اعتبارهم وسائل من وسائل حل المنازعات ذات الطابع التجاري الدولي فإن ذلك أن لا يجب أن يؤدي إلى الخلط بينهم فالتوفيق والوساطة نظام إرادي محض ابتداء وانتهاء، إذ يبدأ بطلب التوفيق وساطة الذي يحظى برضاء الطرفين وينتهي بتسوية ودية تتم برضائهما ايضا ومن ثم فهو يختلف عن التحكيم لأنه حتى لو كان اختيارا وليس إجباريا، وحتى لو بدا رضائنا باتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم فإنه ينتهي بحكم يصدر من الغير، هيئة التحكيم وينفذ جبرا عند المحكوم عليه متى اشتمل على الأمر بالتنفيذ الذي يوده بالقوة التنفيذية كما أنه لا يكون للجنة التوفيق راي ملزم لأطراف النزاع، وبالتالي قد لا ينتهي التوفيق إلى إنهائه في كل الاحوال، فإن حكم التحكيم يكون ملزما للخصوم ومنهجا للنزاع[2].

أي أن الحكم الصادر عن المحك يتمز بحجية الأمر المقضي فيه منذ صدوره بينما العكس في القرار الصادر عن انتهاء لا يتمتع بأي حجية وذلك رغم أن كل من المحكم والوسيط و منوط به حسم النزاع إذ يظل الفارق الاساسي هو أن لمحكم ملزم، أما ما صدر عن وسيط ومفاوض هو مجرد حل للمسألة المعروضة والذي لا يعد ملزما لهما إلا إذا قبلوه بالتالي فهما آليتين مستقلين كل منها من الأخرى[3].

ثانيا: التفرقة بين التحكيم والصلح

---

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

[2]– أنظر. د حسني المصري، مرجع السابق، ص 54

[3]– أنظر، أ.د حفيظة السيد حداد، مرجع السابق، ص 82.

التحكيم والصلح آليتان تهدفان إلى الحكم النزاع بين الاطراف بعيدا عن اللجوء إلى القضاء الدولي، ولا يتفق التحكيم والصلح من هذه الزاوية فقط بل إن كل من التحكيم كنظام قضائي والصلح كآلية لطعن النزاع يحد كل منهما مصدره في اتفاق الاطراف على الفصل في المنازعة القائمة بينهما.

فعلى الرغم من الأساس الاتفاقي الذي يجمع بين كل من لتحكيم والصلح إلا أن محل اتفاق التحكيم يختلف عن محل الاتفاق في عقد الصلح فمحل الاتفاق التحكيم هو الالتزام بعد طرح النزاع على القضاء والعهدة إلى شخص من الغير للفصل فيه، بينما محل عقد الصلح هو حسم النزاع مباشرة بين الطرفين بأن ينزل كل منهما عن بعض ما يدعيه نزولا يكتفي به الطرف الآخر.

فالعنصر الأساسي للتفرقة بين التحكيم والصلح هو أنه على الرغم من المصدر الاتفاقي لكل من التحكيم والصلح فإن التحكيم يتميز عن الصلح بأنه بينما يظل الصلح أسيرا لفكرة العقد فإن التحكيم يتميز بما يتمتع به المحكم من مزايا القضاء لذلك فإن النزاع لا ينتهي بمجرد إبرام الاتفاق على التحكيم وإنما بإنهاء المحكم لمهمته و إصدار حكما فيها وهذا يتمتع بالحجية.

يكون قابلا لتنفيذ جبري بمجرد الحصول على امر بالتنفيذ وذلك على خلاف عقد الصلح الذي ينتهي النزاع بمجرد إبرامه وهذا الاتفاق لا يكون قابلا لتنفيذ بذاته مالم يتم في صورة عقد رسمي أو يتم أمام المحكمة التي يكون نزاع قد طرح عليها قبل التوصل على الصلح[1].

ثالثا: التمييز بين التحكيم والقضاء على مستوى الدولي

بعد التحكيم على المستوى الدولي كوسيلة لتسوية قضائية وذلك على أساس اعتبارات التالية:

- من حيث المبدأ يقوم التحكيم والقضاء بتأدية ذات الوظيفة، فكلاهما موضوعه تسوية الخلافات بين الأطراف المتنازعة على أساس هذا القانون أن الاحكما التي يصدرها القاضي والمحكم هي أحكام ملزمة ونهائية كمبدأ عام.

- قد يقال إن التحكيم الدولي يستمد صفته ذاتية من ونه إرادي مؤسس على رضاء سابق وهو من الدول التي لجات إليه لكنه دور اطراف يتضح أكثر في التحكيم عنه في القضاء اختيار لمحكمين وتحديد القانون الواجب التطبيق والإجراءات.

على خلاف الوضع أمام القضاء المنظم مثل محكمة العدل الدولية فإن اختيار المباشر للمحكمين من جانب الأطراف مناظر إلى حد كبير لقبول المثول أمام مثل هذه المحكمة المنظمة.

---

[1]– أ.د حفيظة السيد حداد، مرجع السابق، ص 86-87.

وخلاصة القول إذا كان مفهوم "القضاء" يتضمن حقيقة سلطة مفروضة على المتقاضين فإنه يجب استبعاده من مجال القانون مفروضة على المتقاضين فإنه يجب استبعاده من مجال القانون الدولي إذ يتحقق كل قضاء في حقيقته في المجتمع الدولي إلى ارضاء المتقاضين كقاعدة عامة. يمكن ان تقرر أن التحكيم في مفهومه العتيق لا يتميز عن القضاء في معناه المألوف سوى بالنظر أنه يتحقق بواسطة محكمة خاصة بينما القضاء قضاء دائم ومنظم في ذات الاتجاه راي البعض خلال مناقشات مجمع القانون الدولي الموضوع عام 1972 أن التحكيم في معنى اتفاقية لاهاي 1907 أي التحكيم في معناه الضيق يتحقق إما بواسطة محكمة عرفية وإما بواسطة محكمة عدل دولية دائمة فينظر البعض الآخر إلى محكمة العدل الدولية على أنها محكمة تحكيم دائمة بالمعنى الحقيقي للكلمة (الكتاب السنوي لجمع القانون الدولي 1927– الجزء الثاني مجلد 33ص 820) وفي الأخير التحكيم التجاري الدولي له طابع خاص به الذي يتميز به عن سائر الوسائل الأخرى لحل النزاعات التجارية الدولية[1].

المطلب الثاني: الأساس القانوني للتحكيم التجاري الدولي:

سنتناول من خلال هذا المطلب مختلف الاتفاقيات الدولية والإقليمية والتشريعات الوطنية التي عالجت موضوع التحكيم التجاري الدولي وهذا ما سوف نوضحه في الفروع الاتية:

الفرع الأول: أساسه التحكيم التجاري الدولي في الاتفاقيات الدولية المتصلة بالتحكيم التجاري الدولي:

أولا: اتفاقية نيويورك عام 1958

وهي الاتفاقية الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الاجنبية والتي أقرها مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم الدولي المنعقد في نيويورك في الفترة 20 مايو – 10 يونيو عام 1958 وهي تنص على تطبيق الاتفاقية للاعتراف وتنفيذ
أحكام المحكمين والأحكام الصادرة من هيئات تحكيم دائمة يحتكم إليها الافراد والمؤسسات، حيث تطبق على أحكام محكمين والتي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوبة غليها الاعتراف أو تنفيذ هذه الأحكام، وذلك في الدول الموقعة عليها حينئذ 62 دولة وكانت الدول العربية الموقعة مصر والأردن والكويت والمغرب وتونس وقد أودعت الاتفاقية خصوصها الرسمية ذات 16 مادة باللغات

[1]– راجع، د. إبراهيم محمد العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي (العام الخاص تجاري)، طبعة الثانية، دار النهضة العربية 23 عبد الخالق ثروت، 2006، ص 21–22.

الانجليزية والصينية والإسبانية والفرنسية والروسية في محفوظات الأمم المتحدة وأرسل سكرتيرها العام صور من هذه الاتفاقية مطابقة للأصل إلى الدول الموقعة.

ثانيا: اتفاقية واشنطن عام 1972

وهي اتفاقية دولية خاصة بتسوية النزاعات الناشئة من الاستثمارية الدول ورعايا الدول الأخرى والموقعة في واشنطن في 11-02-1972 التي أقرت فيها التحكيم التجاري الدولي والتي نصت في مادتها الاولى بالباب الأول.

1- يتم إنشاء المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار والتحكيم لفض المنازعات الخاصة بالاستثمار بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول المتعاقدة ورعايا الدول المتعاقدة الاخرى طبقا للأحكام هذه الاتفاقية، وفي المادة الثانية نص على (سوف يكون مقر المجلس الإداري والذي يصدر بأغلبية ثلث الأعضاء)، وفي المادة الثالثة من الباب الاول (وسف يكون للمركز مجلس إداري وسكرتارية كما يشكل هيئة توفيق وهيئة أخرى للتحكيم، غير أن اتفاقية واشنطن تنص على ان حكم المحكمين يكون ملزما لأطراف ولا يمكن أن يستأنف أو يستعيد إلا ما ذكرته المعاهدة نفسها، غير أن الاتفاقية لم تنتقص من حق الدول المتعاقدة في الدفع بعدم التنفيذ على اساس اعتبارات السيادة.[1]

ثالثا: قواعد التحكيم الخاص بلجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونسترال 1976

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

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

[1] د. إبراهيم محمد العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي (العام الخاص تجاري)، مرجع سابق ، ص 25

وقد اعتمدت صيغة لجنة الامم للقانون التجاري الدولي في 1985/06/30 يقول أبو العينين في مجلة الحكيم العربي أكتوبر 2000: وقد كانت الخطوات الرئيسية على المستوى الدولي للاعتراف بالتحكيم التجاري الدولي ودعمه هي بروتوكول جينيف 1923 تلتها الخطوة الثانية بإبرام اتفاقية جينيف عام 1927 وقد أعاقت الحرب العالمية الثانية المبادرات للتطوير اتفاقي جنيف، وعندما أسست الأمم المتحدة وسمحت الفرصة الميلاد اتفاقية نيويورك للاعتراف بالأحكام التحكيمية الأجنبية وتنفيذها عام 1958 وتبع ذلك بإصدار قواعد لجنة الامم المتحدة لقانون التجارة الدولي "اليوسترال" للتحكيم التجاري الدولي لعام 1976 وقانون التحكيم النموذجي عام 1985، اللذان يعدان من أهم الخطوات لتحديث وتطوير وتوحد قواعد حل المنازعات على المستوى العالم.

ترجع نشأة القانون النموذجي إلى طلب اللجنة الاستشارية القانونية الإفريقية الأسيوية عام 1977 للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي "اليوسنترال" إلى إعادة النظر في القواعد اتفاقية نيويورك لعام 1958 وقد اقترحت اللجنة المذكورة تعديل اتفاقية نيويورك بحيث تتنازل مسائل اضافية مثل الرقابة القضائية على سير العدالة ومحاكمة العادلة وحصانات الدولة وبعد أن بدأت السكرتارية لجنة الأمم المتحدة القانون التجاري الدولي "اليوستترال" دراسة الموضوع وجدت أن الامر يحتاج إلى وضع قانون نموذجي شامل للتحكيم التجاري الدولي.[1]

الأهداف التي تبناها القانون النموذجي تتلخص في:

1- قيام التحكيم التجاري على مبدا سلطان الإدارة والحد من دور المحاكم

2- وضع قواعد إلزامية تكفي العدالة وضمانات الدفاع

3- وضع إطار الإدارة التحكيم التجاري بحيث يكون من الممكن استكمال التحكيم حتى إذا لم تستطيع الاطراف الاتفاق على المسائل الإجرائية حتى لا تستطيع أي طرف عرقلة الإجراءات.

4- وضع بعض القواعد الاضافية التي تساعد على تنفيذ أحكام التحكيم

5- جولة لأورجواي الوثيقة الختامية في 15-04-1994 بالمغرب وقد أصبحت جولات الأرجواي والتي نظمتها منظمة الجات الاتفاقية العامة للتجارة والتعريفات بعد جولتها الختامية في منظمة التجارة العالمية وفيها نصت على إنشاء جهاز لتسوية المنازعات المنشأة حسب الاتفاقية له سلطة وغير أن من النصوص الهامة DSB(dispute settement body)إنشاء فرق التحكيم وسمي (في جولة أرجواي الأخيرة في مراكش النص التالي: يجب أن تتوافق جميع الحلول المسائل التي تطرح رسميا المنازعات في الاتفاقيات" كما أن صلاح عبد البديع شلبي ذكر في كتابه "العضوية في منظمة

[1] د. إبراهيم محمد العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي (العام الخاص تجاري)، مرجع سابق ، ص26

التجارة العالمية وتنفيذ الاتفاقيات التجارية الدولية" أن أحد النصوص التي لا يجب إغفالها نص يعمل كل عضو على مطابقة قوانينه ولوائحه وإجراءاته الإدارية مع التزاماته المنصوص عليها في الاتفاقيات الملحقة غير أنه يجب ملاحظة أنه في نص آخر اتفاقية من اتفاقات التجارة متعددة ملحق 2 الأطراف التي تضمنها الملاحق الأول الاتفاقية في الوثيقة الختامية النتائج جولة الأرجواي ولم يذكر غير كلمة مذكرة تفاهم.

وهي وثيقة تتفاهم بشان قواعد وإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات لتكون آلية متكاملة لضمن المنازعات[1].

الفرع الثاني: أساسه في الاتفاقيات الاقليمية والتشريعات الوطنية:

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

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

أولا: اتفاقية موسكو لعام 1972

عقدت في 26 مارس 1972 بين دول مجلس التعاضد الاقتصادي المتبادل واصبحت نافذة وسارية المفعول منذ 03 آب 1973، وتختلف هذه الاتفاقية عن الاتفاقيات الدولية التي سبق ذكرها فهي لا تعالج مسائل الاتفاق الخاص بالتحكيم أو صحته أو تنفيذ حكم التحكيم وإنما تقرر تحكيما إجباريا لجميع المنازعات التي يمكن أن تنشا عن العلاقات الخاصة بالتعاون بين الدول الأعضاء في الكوميكون[2]، وعليه يجب عرض جميع هذه المنازعات على التحكيم وعدم اللجوء إلى المحاكم بمعنى أساس التحكيم هنا ليس الاتفاق أو الشرط في العقد وغنما نصوص الاتفاقية، وقد وضعت عام 1974 قواعد موحدة لإجراءات التحكيم في جميع هيئات التحكيم في بلدان مجلس التعاضد الاقتصادي.

---

[1]– أنظر، د.محمد شهاب، المرجع السابق، ص 39 ومابعدها

[2]– الكوميكون: هي كلمة مختصرة شائعة في اللغة الانجليزية ويسمى بالفرنسية conseil d’assistance économique mutueel

علما أن هذه الشروط قد تم تعديلها عدة مرات وآخرها كان قبل اللجنة التنفيذية للمجلس في 18 كانون الثاني عام 1979 كما نصت المادة "03"

من هذه الشروط على أن جميع الخلافات التي تنشأ عن الاتفاق يجب عرضها على هيئة التحكيم في غرفة تجارة بلد المدعى عليه، أو في بلد ثالث مشارك في الاتفاقية الخاصة بحسم النزاعات بالتحكيم في قضايا القانون المدني التي تنشأ عن العلاقات الاقتصادية والعلمية والتعاون في 26 مارس 1972 (اتفاقية موسكو) ويبدوا أن عدد القضايا التي تحال سنويا لتسويتها بطرق التحكيم تزيد على 200 قضية.[1]

ثانيا: اتفاقية تنفيذ الأحكام لجامعة الدول العربية لعام 1952

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

ثالثا: الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام 1980

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

رابعا: اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام 1983

لقد تم التوقيع عليها من قبل 21 دولة عربية وأصبحت نافذة المفعول في 1985 وتعتبر هذه الاتفاقية أحدث اتفاقية في نطاق جامعة الدول العربية، كما تعالج بشكل رئيسي الأمور المتعلقة

---

[1]– راجع، د. فوزي محمد سامي، مرجع السابق، ص 68–69.

[2]– الدول العربية التي صادقت على هذه الاتفاقية هي: العراق، الأردن، لبنان، سوريا، مصر، اليمن، ليبيا، المملكة العربية السعودية والإمارات العربية المتحدة، ونص الاتفاقية منشور في الوقائع العراقية عدد 3802 في 1956/06/6.

[3]– أنظر، د. فوزي محمد سامي، مرجع السابق، ص 70–74.

بالأحكام والإنابة القضائية والمساعدة وإعلان الوثائق القضائية وغير القضائية وتبليغها وتسليم المتهمين والمحكومين ومنها أمور أخرى تتعلق بالقضايا المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والجزائية كما أفردت في مادتها 37 الأمور التي تتعلق بأحكام التحكيم وأطلقت على ذلك مصطلح أحكام المحكمين.[1]

خامسا: الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987

انعقدت في عمان في 14/11/ نيسان 1987 وهي أول اتفاقية عربية تعني بشؤون التحكيم التجاري وتنص على إنشاء مركز للتحكيم على صعيد الوطن العربي كما أنها جاءت لشعور الدول العربية المتزايد بضرورة قبول التحكيم كوسيلة فعالة لفض المنازعات التجارية، وقد جاء في المادة الثانية للاتفاقية أن نطاق تطبيقها يقع فقط على المنازعات التجارية الدولية وفي المادة الثالثة كيفية اللجوء إلى التحكيم الفقرة الأولى نصت على أنه " يتم الخضوع للتحكيم بإحدى طريقتين: الأولى بإدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بين ذوي العلاقة، والثانية باتفاق لاحق على نشوء النزاع " وهي ما يشترط أو يعبر عنها التحكيم.[2]

الفرع الثالث: أساسه في التشريعات الوطنية:

لقد عني كلا من القانون الفرنسي والمصري بوضع قواعد خاصة بالتحكيم التجاري الدولي، إلى جانب القواعد الخاصة بالتحكيم الوطني البحث.[3]

في القانون الفرنسي:

لقد عالجت الفصول الأولى من الكتاب من قانون المرافعات الفرنسي الجديد لعام 1980 Sentences ونظمت بصفة خاصة تنفيذ أحكام فرنسية L'arbitrage interneالتحكيم الداخلي

---

[1]– راجع، د. فوزي محمد سامي، مرجع السابق، ص 80.

[2]– راجع، مرجع نفسه.

[3]– فضلا على قواعد التحكيم الفرنسية الوطني البحث المقررة في قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر في 12 مايو 1980 عالج المشرع الفرنسي التحكيم التجاري الدولي في المرسوم الصادر في 12 مايو 1981 وفي مصر عالج القانون رقم 27 لسنة 1994 التحكيم التجاري الدولي إلى جانب التحكيم الوطني البحث تجاريا كان أو مدنيا وذلك فضلا على إبقاء المشرع المصري على العمل بالمواد 296–3000 من قانون المرافعات المصدر رقم 13 لسنة 1928 بشأن تنفيذ الأحكام والأوامر وأحكام التحكيم الأجنبية التي لا تصدر وفقا للقانون رقم 27 لسنة 1994.

، أما بالنسبة للفصل السادس المضاف بمرسوم عام 1981 قد عالج الاعتراف بأحكام françaises وتنفيذها في فرنسا ويقصد بأحكام التحكيم Sentences non françaisesالتحكيم غير الفرنسية arbitrageغير الفرنسية طائفتان من الأحكام هما أحكام التحكيم الصادرة في نطاق التحكيم الدولي أيا كان المكان الذي جرت فيه إجراءات التحكيم وأحكام التحكيم الصادرة في خارج international سواء صدرت في نطاق التحكيم الدولي المذكور أو صدرت وفقا لقانون أجنبي l'étranger aفرنسا un droit étranger[1].

:في القانون المصري

نصت المادة 55 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنه تجوز أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمراعات الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون.

ويقصد بأحكام التحكيم المنصوص عليها في هذه المادة التحكيم الوطني تجاريا كان أو مدنيا، كما يقصد بها أحكام التحكيم التجاري الدولي الصادر طبقا للقانون المذكور وهو ما يعني اعتراف المشرع المصري بهذه الطائفة الأخيرة من الأحكام وأجازته تنفيذها في مصر طبقا للشروط المقررة في هذا القانون.

:في القانون الجزائري

بالنسبة للقانون الجزائري التحكيم التجاري الدولي المؤسس من خلال المرسوم التشريعي 93-09 حيث رفضت الجزائر طيلة 30 سنة مضت الخضوع للتحكيم التجاري الدولي حيث تم تقنين التحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية الجزائري لأول مرة صراحة وبوضوح، إن المرسوم التشريعي 93-09 هو قانون عام يسمح للأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام أن تطلب التحكيم في علاقاتها التجارية الدولية. وبصدور القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاء بأحكام جديدة عالج فيها التحكيم بنوعية الداخلي والدولي في الباب الثاني بعنوان " في التحكيم" من الكتاب الخامس المعنون " الطرق الودية لحل النزاع"، في المواد من 1006 إلى 1061 أي في 55 مادة حيث تناول التحكيم الداخلي في خمس فصول من المواد 1006 إلى 1038 كما تناول في الفصل السادس التحكيم التجاري الدولي. كما نصت اتفاقية نيويورك[2]

---

[1]- راجع، د. حسن المصري، المرجع السابق، ص 540.

[2]- أنظر، د. عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 2004، ص 21-25.

1957 بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها بحيث تشكل هيئة التحكيم وتكون غير مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو القانون الدولة التي تم فيها التحكيم عند عدم وجود هذا الاتفاق.[1] وتظهر أهمية قانون الدولة التي يجرى فيها التحكيم على أنه في غالب الأحيان ما يتضمن الإجراء الواجب إتباعه عند تعذر اتفاق الطرفين على تعيين المحكمين الذي تتكون كنهم هيئة التحكيم.

المطلب الثالث: شروط اتفـاق التحكيـم وآثـــــاره:

اللجوء للتحكيم يجب أن يكون اتفاقا بين أطراف المعاملة أو العقد في حالة نشوب نزاع بينهما لكن هذا الاتفاق يخضع لشروط وهاته الأخيرة يترتب عنها آثار وهو ما سنتطرق إليه في الفرعين القادمين.

الفرع الأول: شروط صحة اتفاق التحكيم:

إن شروط اتفاق التحكيم بدورها تنقسم إلى قسمين شكلية وموضوعية.

أولاً: الشروط الموضوعية:

تتمثل هذه الشروط في ضرورة توافر التراضي الصحيح وأن يرد هذا التراضي على محل ممكن ومشروع، وأن يستند إلى سبب مشروع. ونعرض لأركان الاتفاق تباعا:

أ- التراضي :

ويعني تطابق إرادتين واتجاههما إلى ترتيب آثار قانونية تبعا لمضمون ما اتفقا عليه، فلا بد من إيجاب وقبول يتلاقيان على اختيار التحكيم اختيارا حرا كوسيلة لحسم المنازعات التي تثور بشأن العلاقة الأصلية وإذا تعلق الأمر بشرط التحكيم، سيكون مدار الأمر على التحقق من تطابق إرادة الأطراف بشأن شرط التحكيم كأحد شروط العقد، أما إذا تعلق الأمر بمشارطة، فسيكون التحكيم هو محل هذا الاتفاق، وليس مجرد بند أو شرط في العقد أو العلاقة القانونية الأصلية[2] ويلزم أن تتوفر الأهلية لدى الأطراف وهي أهلية التصرف في الحق، حيث كما يصح للأشخاص الطبيعيين الاتفاق

---

[1]- المرجع نفسه.

([2]) د. عليوش قربوع، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ص23.

على التحكيم، كذلك يصح للأشخاص الاعتبارية كالشركات مدنية أو تجارية عامة أو خاصة أو الهيئات أو المؤسسات العامة[1] ويجدر التنبيه إلى أن اتفاق التحكيم – شرطا أو مشارطة قد يخضع لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم الاتفاق الأصلي، ولذا يكون المرجع في توفر التراضي وصحته وخلوه من العيوب كالغلط والتدليس أو الإكرام للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم وإذا كان الاتفاق بشأن التحكيم يدخل في نطاق نصوص اتفاقية نيويورك، فالتراضي يخضع أيضا لقانون الإدارة وإلا خضع لقانون البلد الذي يصدر فيه حكم التحكيم[2] و الأولوية في حالة تعارض لأحكام الاتفاقية بحكم نص المادة الأولى. كما قد يتعلق الأمر بقدرة أو صلاحية أشخاص القانون العام لإبرام اتفاقات تحكيم أو إبرام عقود تتضمن شرط التحكيم، حيث تنص المادة (2060) مدني من القانون الفرنسي على حظر التحكيم بشأن المنازعات التي تتعلق بالجماعات العامة والمؤسسات العامة وكل ما يتعلق بالنظام العام، ولم يستثنى سوى المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري فأتاح لها إمكانية الاتفاق على التحكيم بشرط صدور مرسوم يسمح لها بذلك، أما إذا تعلق الأمر بعلاقة الأشخاص العامة بشركات أجنبية فقد ورد استثناء على الحظر بمقتضى المادة التاسع من القانون الصادر في1986.08.19 ومؤدى هدا الاستثناء السماح للأشخاص بإدراج شرط التحكيم في عقودها مع الشركات الأجنبية إذا تعلق الأمر بمشروعات قومية.

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

ب– قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم: (محل التحكيم):

المعيار الذي يحسم الأمر هنا هو هل حدث إخلال بالنظام العام أم لا؟، فقد نصت نصوص اتفاقية نيويورك على حق الدولة في منع تنفيذ حكم التحكيم إذا كان تنفيذه يؤدي إلى المساس بالنظام

---

[1]) د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية، منشأة المعارف الإسكندرية، ص61.

[2]) – توفر التراضي وما يرد عنه من محل وسبب مشروعين يخضع كل ذلك للقانون المصري إذا قانون الإرادة، أو قانون المشترك وقانون مكان إبرام الاتفاق، وذلك إعمالاً لنص المادة 19/1مدني، والمؤدي ذلك أن التحكيم الذي يجري في مصر، قد يكون ثمرة اتفاق لا يخضع للقانون المصري، والعكس صحيح.

" لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا لشخص طبيعي أو اعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه " المادة (11) من القانون الجديد المصري.

العام، وهو ما يتوفر في حالات مخالفة الاختصاص لدى المشرع المصري، إذا أدت إلى صدور أحكام تصطدم بالقوانين التي تحمي المصالح الأساسية في الدولة سياسة كانت أو اقتصادية أو اجتماعية[1].

ج- السبب:

إن اتفاق الأطراف على التحكيم يجد سببه في إرادة الأطراف استبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر للمحكمين، وهذا سبب مشروع دائما، ولا تتصور عدم مشروعيته إلا إذا ثبت أن المقصود بالتحكيم التهرب من أحكام القانون الذي سيتعين تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء نظرا لما يتضمنه هذا القانون من قيود أو التزامات يراد التحلل منها[2]، و بالتالي نكون أمام حالة من الغش نحو القانون فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد بها الاستفادة من حرية الأطراف وحرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق، ولا يختلط السبب غير المشروع بالمحل غير الممكن أو غير المشروع، فالأول يقتضي البحث عن إجابة السؤال لماذا لجأ الأطراف للتحكم ؟ أما الثاني فيتعلق بتحديد الموضوع المراد تسويته بطريق التحكيم وهل هو ممكن ومشروع أم لا؟

ثانياً: الشروط الشكلية:

ذهب المشرع الجزائري في المادة (1008) في فقرتها الأولى أنه " يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها." كما بينت المادة (1040) ذلك أكثر حيث قالت أنه " يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة" حيث يجب في جميع الأحوال التوقيع على اتفاق التحكيم شرطا كان أو مشارطة ولكن لا يلزم أن يوقع الأطراف توقيعا خاصا بجوار حكم التحكيم إذا ورد بندا من بنود العقد الأصلي، ويكفي التوقيع على العقد، إذ ينصرف هذا التوقيع إلى كافة بنود العقد كما تتحقق الكتابة وفقا لنص القانون، إذا ورد شرط التحكيم في رسائل أو برقيات متبادلة بين الطرفين، ويمتد ذلك إلى كل وسائل الاتصال المكتوبة ولكن يجب تحقق تبادل

([1]) د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، 1981، ص87.

([2]) د. هاني سري الدين، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربي، 2005، ص 78.

الإيجاب والقبول بشأن التحكيم[1] ويعتبر شرط متحققا، إذا تم النص في العقد الأصلي على الإحالة على وثيقة تتضمن شرط تحكيم كالإحالة على عقد نموذجي في مجال النقل البحري أو بيع البضائع أو عقد تشييد[2] ولكن لا يلزم أن تتضمن الإحالة ما يفيد " اعتبار شرط التحكيم " الذي تتضمنه هذه الوثيقة جزءا من العقد الأصلي حيث الإحالة التي قد يتضح منها عدم دراية أو علم أحد الأطراف بوجود شرط التحكيم ينتفي فيها إمكانية القول بوجود اتفاق وتراضي مكتوب على شرط التحكيم ينفي فيها إمكانية القول بوود اتفاق وتراضي مكتوب على شرط التحكيم[3]

يستلزم القانون الفرنسي الكتابة كشط لوجود شرط تحكيم وإلا كان باطلا، ولكن يستوي أن ترد كتابة شرط التحكيم في العقد الأصلي أو في وثيقة يحيل إليها هذا العقد. أما بالنسبة لمشارطة التحكيم في العقد الأصلي فالكتابة شرط لإثباتها وليس لوجودها، ولذلك يمكن إثباتها بمحضر يوقعه المحكم والأطراف (المادة 1949مرافعات فرنسي) وعادة يتضمن شرط التحكيم الإشارة إلى جريان التحكيم وفقا لقانون معين مع تحديد عدد المحكمين وكيفية اختيارهم ومواجهة احتمالات تعذر تنفيذ ما تم الاتفاق عليه.[1]

تشكيل هيئة التحكيم:

أ-حرية الأطراف والعون القضائي في عملية اختيار المحكمين:

- تنص المادة (1008) على وجوب تضمن شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديد كيفيات تعيينهم حتى يكون هناك اتفاق أولي على هذه الهيئة المكلفة بالتحكيم، وكذا اتفاق الأطراف فيما بعد وبمحض إرادتهم على تشكيل هذه الهيئة وفقا لحريتهم حيث

([1]) د. سميحة القليوبي، التحكيم التجاري، دار النهضة العربية، 2009، ص 56.

([2]) ومثال ذلك الإحالة على أخذ نماذج عقود البيئة الدولية لتجارة الحقوق بلندن أو نماذج سوق البضائع هامبرغ أو نماذج عقود وشروط عامة التي يضعها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستثماريين أو نماذج عقود النقل البحري او الجوي أو عقود التأمين.

([3]) تنص المادة 1443 فرنسي على إمكان تحقق الكتابة بالإحالة على وثيقة تتضمن شرط التحكيم.

نصة المادة الخامسة من قواعد اليونيسترال على ترك تحديد عدد المحكمين لإدارة الأطراف، فإذا لم يكن هناك اتفاق خلال 15يوماً من تلقي المدعي عليه إعلان التحكيم على أن يكون المحكم واحد فيتم تشكيل محكمة التحكيم من ثلاث محكمين وهو نفس ما ذهب المركز الإقليمي بالقاهرة الذي يجري التحكم فيه وفقاً لهذه القواعد مضيفا فقرة تستلزم أن يكون العدد وتراً وإذا بطل التحكيم.

[1] د. إبراهيم محمد العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي (العام الخاص تجاري)، مرجع سابق ، ص29

يمكن أن تتكون من شخص أو عدة أشخاص، وهنا يتدخل المشرع بنص أمر في نص المادة (1017)"تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي" وهو نفس ما ذهب إليه المشرع المصري وعالجه المشرع الفرنسي صراحة، فنصت المادة (1454)مرافعات على أنه في حالة تحديد عدد زوجي، فلمحكمة التحكيم أن تختار محكما، سواء اتفق الأطراف على ذلك، أو يتولى الآمر المحكمون الذين تم اختيارهم، وإذا اختلفوا فيتولى ذلك رئيس المحكمة الابتدائية أما بالنسبة للمشرع الجزائري في هذه النقطة فإنه في حالة صعوبة تعيين المحكمين تنص المادة (1009)على أنه: "إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه."

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

– كما نظم القانون الأحكام الخاصة برد المحكمين إذا قامت ظروف تثير شكوكهم وهو ما ذهبت في تفصيله المادة (1016): "يجوز رد المحكم في الحالات الآتية:[1]

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

2– عندما يوجد سب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف.

3– عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه، أو شارك في تعينه، إلا لسبب علم بعد التعيين". فمن خلال هذه النقطة

[1] د. إبراهيم محمد العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي (العام الخاص تجاري)، مرجع سابق ، ص33

الأخيرة يتبين أنه منعا للتلاعب حظر على أي طرف، طلب رد المحكم الذي اختاره بنفسه إلا إذا أثبت وجود أسباب طرأت بعد تعيينه كما تبلغ محكمة التحكيم والطرف الآخر دون تأخير بسب الرد، وفي حالة النزاع إذا لم يتضمن نظام التحكيم كيفيات تسويته ولم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناءً على طلب من يهمه التعجيل. وهذا الأمر غير قابل لأي طعن وهو ما تضمنته المادة الأخيرة الذكر.

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

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

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

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

تكتسب قواعد اليونسترال أهمية خاصة نظرا لما تتمتع به من قبول عالمي سواء في دول العالم الصناعي المتقدمة أو الدول النامية.[1]

إذا اتفق الأطراف على تعيين محكم فرد، فلكل منهما أن يقترح على الآخر أسماء عدة أشخاص أو عدة مؤسسات أو هيئات تتولى سلطة تعيين المحكم الفرد. وإذا تعذر اتفاق الأطراف ولم يتم تحديد هيئة تتولى تعيين المحكم، أو رفضت هذه الهيئة إجراء هذا التعيين خلال الستين يوما التالية للطلب المقدم إليها من أحد الأطراف، فلكل طرف الحق في تقديم طلب السكرتير العام لمحكمة التحكيم الدائمة بلاهاي لتحديد الجهة التي تتولى التعيين ويتم هذا التعيين وفقا لنظام القوائم المتطابقة التي ترسل للأطراف والمتضمنة على الأقل لثلاثة أسماء، ووفقا للقواعد التي تضمنتها المادة السادسة إلا إذا اتفق الأطراف على استبعاد هذه القواعد، أو رأت الجهة المنوط بها أمر تعيين المحكم الفرد، استخدام سلطتها التقديرية دون التقييد بهذه القواعد[1] أما إذا كان التشكيل ثلاثيا، فوفقا لنص المادة السابعة، يختار كل طرف محكما، ويتولى المحكمان المختاران، اختيار الثالث الذي يتولى رئاسة

---

[1] د. إبراهيم محمد العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي (العام الخاص تجاري)، مرجع سابق ، ص36

([1]) د.سميحة قليوبي، ضوابط التحكيم التجاري، مقال منشور، لمجلة قانون والاقتصاد 1987، العدد 3، ص 72.

محكمة التحكيم. وإذا تقاعس طرف، فتتولى الجهة المتفق عليها أو التي تم تحديدها على النحو السابق ذكره في حالة الحكم الفرد، تعيين الحكم الثالث، وتتبع القواعد نفسها في حالة فشل الحكمين المختارين من الأطراف في اختيار المحكم الثالث، (المادة السابعة).

ج . تشكيل هيئة التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس:

عالج نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية تشكيل محكمة التحكيم في المواد (7 .12)، أما اصطلاح المحكمة الدولية فهو خاص بجهاز تحكيم غرفة التجارة الدولية و التي لا تتولى الفصل في المنازعات، و إنما تختص بتشكيل محكمة التحكيم، فهي التي تعين و تثبت المحكمين اذا لم يتفق الأطراف على طريقة اختيار المحكمين و تراعي المحكمة جنسية المحكمين و محال إقامتهم أو غير ذلك من العلاقات مع دول الأطراف أو المحكمين الآخرين. ويجوز أن لا يكون فردا أو أن يكون التشكيل ثلاثيا، فادا كان واحدا و اختاره الأطراف فتقوم المحكمة بتثبيته أي إقرار اتفاق الأطراف، أما اذا لم يتفق الأطراف فتتصدى المحكمة لتعيينه بعد مضي ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الطرف الآخر بطلب التحكيم[1] واذا كان التشكيل ثلاثيا ،فالأصل . كما هو الحال في قواعد اليونسترال وأيضا في القانون المصري . يتولى كل طرف اختيار محكم، سواء في طلب التحكيم أو الرد عليه، وتتولى المحكمة تثبيته .

أما المحكم الثالث فإما أن يختاره المحكمان، وأما تتولى دلك المحكمة ابتداءً في حالة فشل المحكمين في اختيار الثالث الذي يتولى رئاسة المحكمة وإذا خلا اتفاق الأطراف من تحديد عدد المحكمين، تعين المحكمة محكما واحدا، إلا إذا وجدت ما يقتضي محكمين، فيكون للأطراف مهلة ثلاثين يوما ليتولى كل منهم تعيين محكم.

وإذا تعدد المدعون والمدعى عليهم، فيعين المدعون بالتضامن محكما وكذلك المدعي عليهم إذا كانت الهيئة ثلاثية، واذا تعذر دلك تولت محكمة التحكيم بالغرفة تعيين المحكمين وفقا للقواعد السابقة (المادة 10).

([1]) د.محمد شكري سرور، قواعد إجراءات التحكيم وفقاً لنظام غرفة التجارة الدولي، مجلة الحقوق الكويت العدد 01 و 2 مارس 1993، ص.59.

د . تشكيل هيئة التحكيم وفقا لنظام محكمة لندن للتحكيم الدولي:

تعالج قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي، تشكيل "محكمة التحكيم"، سواء من محكم واحد أو عدة محكمين وقد يحدد مقدم طلب التحكيم اسم محكمة في طلبه الذي يوجهه إلى مسجل المحكمة و يقوم المدعي عليه بتسمية محكمه في رده إذا شاء، ويعتبر متنازلا عن حقه في هذه التسمية إذا كان اتفاق التحكيم ينص على تولي كل طرف ترشيح محكمه و خلال رده تحديد المحكم (مادة1و 2من قواعد محكمة لندن).[1]

وتتولى المحكمة وحدها تعيين المحكمين ويصدر قرار التعيين باسم المحكمة، التي يتولى رئيسه أو أحد نوابه إصدار هذا القرار. وتعتد المحكمة عند اتخاذ قرار التعيين باتفاق الأطراف بشأن طريقة أو معيار الاختيار.

هـ . تشكيل محكمة التحكيم في ظل نصوص اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى:

أنشئ المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (C–I–R–D–I) بمقتضى اتفاقية واشنطن التي تعالج تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار والتي قد تنشأ بين دولة ورعايا دولة أخرى موقعة على الاتفاقية. وتنظم قواعد المركز وسائل تسوية الخلافات بطريقة التوفيق أو التحكيم[(1)].

يتولى إدارة المركز مجلس إدارة برئاسة رئيس البنك الدولي للتعمير والتنمية(B–I–R–D) كما توجد سكرتارية تشمل سكرتارية عامة وسكرتير أو عدة سكرتيرين عامين ومساعدين فضلا عن جهاز العاملين. ويتم تقديم طلب التحكيم إلى السكرتارية العامة لتقرر تسجيل الطلب أو رفضه إذا تبين عدم دخول النزاع في اختصاص المركز فاذا تم تسجيل الطلب يتم تشكيل محكمة التحكيم من محكم واحد أو عدد فردي في حالة التعدد و يتولى دلك الأطراف وفقا لاتفاقهم [(2)]، و إلا كان العدد ثلاثة، يختار كل طرف محكما، ويتولى الأطراف اختيار الثالث الذي يتولى الرئاسة، فالأمر لا يتولاه

---

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

([1]) د. هاني سر الدين، التحكيم في عقود البناء والتشغيل، دار النهضة العربية 2005، ص67.

([2]) د.هاني سر الدين، المرجع السايق، ص67.

المحكمان المختاران كما هو الحال في قواعد اليونسترال والقانون النموذجي الذي يتبناه المشرع المصري كما رأينا.

واذا لم يتم تشكيل محكمة التحكيم على النحو السابق خلال التسعين يوما التالية لإعلان تسجيل الطلب لدى السكرتارية العامة أو الميعاد المتفق عليه بين الأطراف، فيتولى رئيس البنك الدولي باعتباره رئيس مجلس إدارة المركز بناءً على طلب أحد الأطراف ، و بعد التشاور مع الأطراف ادا أمكن تعيين المحكم أو المحكمين الذين لم يتم تعيينهم على أن لا يكونوا من جنسية الدولة الطرف في النزاع أو جنسية الدولة التي ينتمي إليها الطرف الثاني ويلزم أن تكون أغلبية المحكمين من جنسية مختلفة عن جنسية أطراف النزاع (الدولة و رعية دولة أخرى) إلا اذا اتفق الأطراف على تعيين محكم واحد أو تعيين محكم بواسطة كل طرف من أطراف النزاع.

التراضي وما يرد عنه من محل وسبب مشروعين يخضع كل ذلك للقانون المصري إذا كان قانون الإرادة أو قانون الموطن المشترك وقانون مكان إبرام الإنفاق، وذلك إعمالا لنص المادة 1/19 مدني، ومؤدى ذلك أن التحكيم الذي يجري في مصر قد يكون ثمرة إنفاق لا يخض للقانون المصري، والعكس صحيح.

"لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه " المادة (11) من القانون الجديد المصري.

المادة 1443 فرنسي على إمكان تحقق الكتابة بالإحالة على وثيقة تتضمن شرط التحكيم.

– نصت المادة الخامسة من قواعد اليونسترال على ترك تحديد عدد المحكمين لإدارة الأطراف، فإذا لم يكن هناك اتفاق خلال 15 يوما من تلقي المدعي عليه إعلان التحكيم على أن يكون المحكم " واحدا" فيتم تشكيل محكمة التحكيم من ثلاثة محكمين وهو نفس ما ذهب إليه المركز الإقليمي بالقاهرة، الذي يجري التحكم فيه وفقا لهذه القواعد مضيفا فقرة تستلزم أن يكون العدد وترا وإلا بطل التحكيم.[1]

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

الفرع الثاني: آثار اتفـــاق التحكيم

كما أشرنا سابقا فإن لاتفاق التحكيم أثار نستعرضها فيما يأتي.

أولاً: الأثر المانع لاتفاق التحكيم

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

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فيقول انه ليس من اختصاص القاضي الفصل في النزاعات التي اتفق فيها على التحكيم كما أشارت المادة 1045 "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، اذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن يثار من أحد الأطراف ". على أن يكون موضوع النزاع من اختصاصها أي محكمة التحكيم فاذا لم يكن كذلك فيجب الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع وهو ما بينته المادة 1044 "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع.[1]

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

أما فيما يخص المشرع المصري فهو أكثر دقة من نظيره الفرنسي لأن اتفاق التحكيم عنده لا ينزع اختصاص القاضي و إنما يحجبه في نظر النزاع، ويلاحظ أن ثم فارقاً هاما بين القانون المصري والفرنسي اذ لا يفرق القانون المصري بين حالة رفع الدعوى أمام القضاء بعد أو قبل اتصال هيئة التحكيم بالنزاع موضوع اتفاق التحكيم ففي الحالتين يتحتم الحكم بعد قبول الدعوى أما القانون الفرنسي و اذا كان يحتم الحكم بعدم الاختصاص في حالة رفع الدعوى بعد اتصال هيئة التحكيم بالنزاع فانه يخول القاضي إمكانية عدم الحكم بعدم الاختصاص و التصدي للموضوع ،اذا تبين له

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

البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم كحالة خلو شرط التحكيم من تسمية المحكمين أو بيان أسلوب اختيارهم أو خلو المشارطة من تحديد موضوع النزاع.[1]

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

يثور التساؤل عن مصير شرط التحكيم الذي تضمنه العقد الأصلي، اذا تعرض هذا العقد لسبب أدى إلى بطلانه أو فسخه أو إنهائه. فالمتصور منطقيا أن العقد إذا تعرض لأحد هذه العوارض. فانه يزول بكل ما تضمنه وبالتالي ينتهي أثر شرط التحكيم بالتبعية ولكن تطور قضاء وفقه التحكيم خاصة التحكيم التجاري الدولي انتهى إلى عكس ذلك، اذ كرس مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فلا يؤدي بطلان أو فسخ أو إنهاء هذا العقد إلى التأثير على شرط التحكيم. فالشرط يظل صحيحا، طالما استكمل شروط صحته الخاصة به. وكما أشرنا آنفا قد يخضع هذا الشرط لقانون مختلف عن القانون الذي يخضع له موضوع العقد الأصلي، لذلك من المتصور أن يستوفي الشرط شروط صحته رغم ما أصاب العقد الأصلي من عوارض. وترتيباً على ذلك ينتج الشرط أثره ،ويكون للمحكمين سلطة النظر في أي منازعات تنشأ عن فسخ أو إنهاء العقد الأصلي ولم يتضمن القانون الفرنسي نصا صريحا يكرس استقلالية شرط التحكيم و لكنه كرس في المادة (1466) مبدأ الاختصاص ويستند الفقه إلى هذا النص للقول بأنه يؤدي إلى تقرير مبدأ استقلالية شرط التحكيم من الناحية العملية إذ طالما أن المحكم له سلطة البت في بطلان أو صحة العقد الأصلي، بمقتضى اتفاق التحكيم، فإن هذا يعني أن هذا الاتفاق . أي اتفاق التحكيم . بوصفه اتفاقا على الإجراءات، يكون ممكنا نزعه أو فصله عن العقد الأصلي، و بالتالي يكون متمتعا بالاستقلالية . و الواقع أننا نجد صعوبة إلى حد ما في الربط بين مبدأ الاختصاص بالاختصاص ومبدأ الاستقلالية، و الأكثر قبولا القول بأن مبدأ الاستقلالية يعد من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام التحكيم سواء على الصعيد الوطني أو الدولي، قد كرسه القضاء الفرنسي بصدد التحكيم

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

التجاري الدولي على نحو قاطع و متواتر مما يصلح أساسا للقول بوجوده أيضا في التحكيم الداخلي بدلا من محاولة التعسف في تفسير النصوص وتحميلها ما لا تحتمله[1].

ثالثاً: نطاق الأثر الملزم لاتفاق التحكيم من حيث الأشخاص:

إن مبدأ نسبية الاتفاقات، يؤدي إلى القول بأن اتفاق التحكيم لا تمتد آثاره إلى أشخاص لم يوقعوا على الاتفاق سواء بأنفسهم أو عن طريق ممثل لهم، أي أطراف الاتفاق ولكن هناك حالات عملية قد تدق أحيانا، فضلا عن أن فكرة "الطرف " لا تعني فقط "الشخص الموقع" على الاتفاق، وإنما تشمل أيضا خلفه العام أو الخاص.[2]

"كالوارث الذي أبرم مورثه عقدا تضمن شرط تحكيم أو في حوالة العقود، إذ ترد الحوالة على الشرط المنصوص عليه في العقد ".

ولكن هل يمتد التحكيم للغير عن طريق نصوص المرافعات كإدخال الغير في الدعوى؟ لا شك أن الطابع "العقدي" للتحكيم يحول دون ذلك. ولكن لا يعتبر غيرا الشريك أو المدين المتضامن. فلو تعدد الشركاء أو المدينون المتضامنون، وأبرم أحدهم عقدا أو تضمن عقد القرض في حالة المدينين المتضامنين شرط التحكيم، فان الشرط يمتد أثره للجميع، إيجاباً وسلباً، أي يستطيع كل منهم التمسك باتفاق التحكيم، كما يستطيع الطرف الآخر الاحتجاج بهذا الاتفاق في مواجهة أي منهم. ويسري هذا في حالة شركات الأشخاص حيث لا تحجب الشخصية المعنوية حجبا كاملا أشخاص الشركاء ،ويسري من باب أولى في المحاصة، حيث لا توجد أصلا شخصية معنوية، فاذا أبرم أحد المحا صين عقدا تضمن شرط تحكيم، فان لشركائه التمسك بالشرط، و للطرف الأخر في العقد للاحتجاج بالشرط على الجميع، وذلك اذا كانت إدارة المحاصة جماعية تستلزم حضور الجميع و أخذًا بالمنطق نفسه يمتد اتفاق التحكيم ليشمل جميع مشروعات المؤسسات لمشروع أو فرع مشترك إذا أبرم هذا الفرع عقداً تضمن شرط تحكيم ولكن إذا وقع طرفان اتفاق تحكيم، وكان أحدهما مؤسسة

([1]) حسن المشرع المصري الجدل في الفقه في القانون الجديد، فنصة المادة23 على ان "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقراً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو انهائه أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته ".

[2] د.سميحة قليوبي، ضوابط التحكيم التجاري، مقال منشور، لمجلة قانون والاقتصاد 1987، العدد 3، ص 72.

عامة، فقام الوزير باعتماد العقد الأصلي المتضمن لشرط التحكيم، فهذا التوقيع لا يجعل الدولة طرفاً في اتفاق التحكيم، لأن توقيع " الوزير " كان مباشرة لسلطاته الولائية و ليس توقيعاً بصفته طرفاً وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في قضية هضبة الأهرام[1] ، وإن انتهى التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار سابق الإشارة إليه إلى العكس.

ويتضح في كثير من الحالات أن تحديد " الأطراف " الذين يملكون التمسك باتفاق التحكيم، ويمكن الاحتجاج عليهم به، يتوقف على الفحص الدقيق للعقد و الملابسات المحيطة به خاصة وأن الأمر في العقود الدولية، يؤدي في العديد من الحالات إلى استعانة الأطراف الأصليين بمقاولين من الباطن أو بشركات يتم تأسيسها، أو إنشاء فروع مشتركة لمباشرة تنفيذ العقد أو العقود المتتابعة التي قد ينم إبرامها أو حالة تجديد العقود بتغيير الدائن أو المدين أو محل الالتزام، في كافة هذه الصور يمتد شرط التحكيم ويتسع نطاقه ليصبح كالمظلة التي تحيط بالعلاقات التي تنشأ تحت الاتفاق الأصلي ويتسع بذلك مفهوم "الأطراف " المشرع المصري الجدل في الفقه في القانون الجديد، فنصت المادة (23)على أن "يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، اذا كان هذا الشرط صحيحا في دانه ."

([1]) نقض الفرنسي 1984/07/12 في النزاع المعروف بخصوص الاستغلال السياحي لمنطقة هضبة الهرم.

الخاتمة :

الحمد لله رب العالمين واصلي واسلم علي أفضل خلق الله اجمعين سيدنا محمد وعلي أله وصحبه اجمعين . امل ان اكون أوردت بهذا البحث ماقد يكون نواة للباحثين في مجال الاستثمار وتسوية منازعاته .

اولا" : **النتائج:**

1. الطبيعة المركبة للاستثمار فهو يؤثر ويتأثر بالقواعد القانونية والعوامل الاقتصادية لكل دولة لذا كان موضوع اهتمام رجال القانون والاقتصاد . كما ان قانون الاستثمار يفترض ان يأتي منسجماً ومطبوعاً بتلك الطبيعة . فتلعب في تكوينه واثاره قواعد القانون الخاص والعام وقواعد القانون الداخلي والدولي.
2. تنشيط الاستثمار يتطلب استقطاب رؤوس الاموال الاجنبية مما يتطلب ذلك تدويل علاقات الاستثمار ومنازعاته عن طريق تحريرها من الخضوع لاحكام القوانين الوطنية للدولة المضيفة للاستثمار ومحاكمها . والعبرة بدولية الاستثمار تكون بالنظر لاجنبية رأس المال لا بالنظر لجنسية مالكه وقد اكدت على ذلك القواعد التي تحكم الاستثمار ولايكون التمييز بين المستثمرين على اساس الجنسية انما على اساس مصدر راس المال للاستفادة من الامتيازات والاعفاءات والتسهيلات التي تمنحها الدولة المضيفة . والاتفاقيات ذات الصلة ومنها اتفاقية واشنطن لعام 1965.
3. احترام الدولة لشرط اثبات التشريع والذي يقضي بالتزام الدولة المضيفة بعدم تعديل قوانينها ذات الصلة بالاستثمار خلال فترة النشاط الاستثماري طالما كان التزام الدولة هو من بين الدوافع للاستثمار فهذا الشرط يعزز احد مبادئ القانون الدولي الخاص وهو احترام توقعات الافراد في مجال العقود والامن القانوني .
4. تبين أن أشكال أتفاق التحكيم يكون على شكلين هما شرط التحكيم ومشارطة التحكيم ، حيث أن أتفاق التحكيم يمكن أن يرد كشرط ضمن بنود عقد الاستثمار وهذا ما يسمى بشرط التحكيم ، أو يمكن أن يكون في أتفاق مستقلاً عن عقود الاستثمار وهذا ما يسمى (مشارطة التحكيم).

5. يستلزم لتحقيق فعالية التحكيم كضمانة إجرائية لحسم منازعات الاستثمار تبني العديد من المبادئ القانونية والتي تتمثل باستغلال شرط عن عقد الاستثمار وأيضاً اختصاص المحكمين بالفصل في النزاع ((مبدأ الاختصاص بالاختصاص)) فضلاً عن ذلك عدم قبول دفع الدولة والأشخاص المعنوية التابعة لها بعدم أهليتها للتحكيم .
6. يتضح مما سبق أهمية الاستثمار في أنه لا يقتصر على كونه مصدر تمويل ولاسيما للبلدان النامية ولكن أيضا للمنافع التي تترتب عنه كنقل التكنولوجيا، وتوفير فرص العمل، المحلية، والانفتاح على الأسواق العالمية، وبالتالي تحسين الوضع الاقتصادي والاجتماعي في البلدان المضيفة للاستثمار.
7. وقد تبين من خلال البحث أن اللجوء إلى القضاء الدولي، لا يخلو من صعوبات قانونية، فبالنسبة لمحكمة العدل الدولية تبين لنا تعذر لجوء المستثمر إليها إلا إذا ساندته دولته في قضيته عملا بمبدأ الحماية الدبلوماسية، أما بالنسبة لمحكمة التحكيم الدائمة فإنه يشترط للجوء المستثمر إليها أن تكون كل من الدولة التي يحمل جنسيتها والدولة المستضيفة للاستثمار طرفا في اتفاقية تأسيسها.
8. قانون تشجيع الاستثمار لسنة 2013م جاء بكثير من الحوافز والضمانات وخاصةً للمستثمر الاجنبي بحيث اعطاه

أ/ حق التملك في الارض ومنحه حق التصرف في الارض المعمرة

ب/ مح للمستثمر الاجنبي باستقدام العمالة التى يحتاجها المشروع .

9. هنالك قصور لم يخلو منها القانون (قانون 2013م)

أ/ انه لم يقيد حق استخدام العمالة الاجنبية لعدم وجود خبرة وطنية تمتلك المؤهلات اللازمة .

ب/ لم ينص على الزام المستثمر الاجنبي بتدريب العمالة المحلية وتأهيلها .

ج/ لم يقيد تحويل الاموال الى الخارج بالايفاء بكافة الالتزامات التى نص عليها العقد .

ثانيا" :التوصيات:

1. على المشرع تنظيم التحكيم في أطار المؤسسات الإقليمية والدولية ليكون ضمانة إجرائية للمستثمرين وعاملاً مشجعاً للاستثمار.
2. على المشرع منح ضمانات قانونية اضافية لكي يطمئن المستثمر الاجنبي على امواله التي يرغب باستثمارها، وكذلك توفير بيئة ملائمة للمستثمر الاجنبي يقلل من تخوفه من الاستثمار في البلاد.
3. على المشرع ان يعمل على حل الاشكاليات الحاصلة في مجال الاستثمار بالوسائل القانونية المطابقة للاتفاقيات الدولية المبرمة في هذا المجال .ومعاقبه أي جهه تحاول اعاقة مشاريع الاستثمار بَّأية وَّسيلة كَّانت.
4. نوصي بتفعيل دور محكمة الاستثمار العربية وتوثيق صلاحياتها حتي تستطيع الفصل في المنازعات التي تكون بين اي اجنبي ودولة عربية .
5. إنشاء نيابات متخصصة بالاستثمار .
6. الزام المستثمر بري المشاريع المتعلقة بالرضي المحلي .
7. أما بالنسبة لمحكمة الاستثمار العربية فإن اختصاصاها محدود و يقتصر على المنازعات بين الدول العربية نفسها أو بين دولة عربية وبين المؤسسات التابعة للدول العربية ويحتاج تفعيل دورها إلى توسيع صلاحياتها بحيث تستطيع الفصل في المنازعات الاستثمارية التي يكون أحد أطرافها عربيا، سواء كان هذا الطرف مستثمرا خاصا أو دولة أو إحدى مؤسساتها العامة، وبذلك تستطيع تسوية المنازعات التي تثور بين مستثمر أجنبي ودولة عربية.
8. ان يسمح للمستثمر لاجنبي بتسجيل الارض فور حصوله على الترخيص ولكن بمدة اقل من المدة الموجودة في عقد الاجار وهي (99) سنة ان تكون مدة اقل مقيدة بمتابعة دورية لمعرة مدى جديته .

9. ان يتم النص على الزام المستثمر بالمحافظة على سلامة البيئة وامن المجتمع واستيعاب عدد او نسبة كافية من العمالة المحلية .

10. ابراز دور الحكومات المحلية في حماية حقوق المستثمر .

11. ان يكون الاعلان ورفع التقارير وانزال المستثمر كتاباً .

فهرس الفهارس

1. فهرس الآيات
2.فهرس الأحاديث النبوية
3.فهرس الأعلام
4.فهرس المصادر والمراجع
5.فهرس الموضوعات

1.فهرست الآيات القرآنية :

رقم	الآية	رقم الآية	السورة	الصفحة
1.	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ	299	النساء،	4
2.	فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ	100	الجمعة	4
3.	وَفِي الْأَرْضِ قِطَعٌ مُتَجَاوِرَاتٌ وَجَنَّاتٌ	44	الرعد	5
4.	هُوَ الَّذِي أَنْزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً لَكُمْ مِنْهُ شَرَابٌ وَمِنْهُ شَجَرٌ فِيهِ تُسِيمُونَ	100	النحل	5
5.	وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا	2	المائدة	5
6.	يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ	44	المائدة	5
.7	وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ	20	المزمل	7
.8	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ	299	النساء	8
.9	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ	267	البقرة	8
.10	وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُواْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ	280	البقرة	93
.11	وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطاً	143	البقرة	136
.12	فَلاوَرَبِّكَلايُؤْمِنُونَ حَتَّىيُحَكِمُوكَفِيمَاشَجَرَبَيْنَهُمْ	65	النساء	147
.13	أَفَغَيْرَاللهأَبْتَغِيحَكَماً	114	الانعام	147
.14	وَإِنْخِفْتُمْشِقَاقَ بَيْنِهِمَافَابْعَثُواحَكَماًمِنْأَهْلِهِوَحَكَماًمِنْأَهْلِهَا	35	النساء	147

2.فهرست الأحاديث النبوية :

رقم	الحديث	رقم الحديث	الراوي	الصفحة
1.	عملُ الرجل بيدِه،	141/4	احمد	5
2.	خيرُ الكسب كسبُ	334/2	أبو هريرة	6
3.	التاجرُ الأمين الصَّدوق	1209	أبى سعيد الخدري	6

.4	لأن يأخُذ أحدُكم أحبُلَه	355/4	هشام بن عروة	6
.5	طلب الكسب فريضة	2267/6	بن مسعود	7
.6	طلب الحلال كمقارعةِ الأبطال	1/107	البيهقي	7

3.فهرس الأعلام

رقم	العلم	الصفحة
.1	أبو منصور محمد بن أحمد بن طلحة الأزهري الهَرَوي الشافعي	2
.2	مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم بن عمر الشِّيرازي الفيروزابادي	2
.3	سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب بن عمرو بن عائذ المخزومي	6
.4	محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني	7
.5	أبو حاتم محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ التميمي البستي	7
.6	قتادة بن دِعامة بن قتادة بن عزيز، حافظ العصر قدوة المفسرين	8
.7	هو مجاهد بن جبر	8

4.فهرس المصادر والمراجع:

القرآن الكريم

أولاً: كتب التفسير وعلوم القرآن

1. ابو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري ،التفسير الكبير، ط. دار إحياء التراث العربي، بيروت ،1997م
2. النكت والعيون (تفسير الماوردي)،أبو الحسن الماوردي، المحقق: السيد بن عبد المقصود بن عبد الرحيم، الناشر: دار الكتب العلمية – مؤسسة الكتب الثقافية،2010م

ثانياً: كتب الحديث:

3. ابن ماجة كتاب الأحكام رقم 2481، قال الألباني حديث حسن، السلسلة الصحيحة 427/5.
4. أحمد بن الحسين بن علي البيهقي أبو بكر ،السنن الكبرى للبيهقي، ط. الهند – دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الثالثة – 1424 هـ – 2003

ثالثاً: كتب اللغة :

5. إبن منظور ن لسان العرب ، دار صادر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، د.ت، 107/4.
6. أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق عبد السلام محمد هرون ، دار الفكر العربي ، بيروت لبنان ، 84/1
7. ابن منظور، لسان العرب المحيط، المجلد الأول، بيروت، دار لسان العرب، دون تاريخ نشر، ص688–689 . المعجم الوسيط، أخرجه إبراهيم مصطفى وآخرون، ج1، القاهرة، مطبعة مصر، 1960،

رابعاً كتب الفقه:

8. المجموع شرح المهذب (للشيرازي) المؤلف: أبو زكريا، محيي الدين بن شرف النووي المحقق: محمد نجيب المطيعي الناشر: مكتبة الإرشاد، 2010م
9. يوسف القرضاوي– فقه الزكاة – الناشر: مؤسسة الرسالة – الطبعة: الثانية – 1393هـ / 1973

خامساً: الكتب القانونية:

10. إبراهيم بن فرج، فض النزاعات في إطار منظمة التجارة العالمية، مقال منشور في المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة ، عدد 41-2003،
11. إبراهيم محمد العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي (العام الخاص تجاري)، طبعة الثانية، دار النهضة العربية 23 عبد الخالق ثروت، 2006،.
12. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، 1981،.
13. الأنصاري حسن النداني، الصلح القضائي، دور المحكمة في الصلح والتوفيق بين الخصوم، دراسة تأصيلية وتحليلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009،.
14. بركات علي، الطعن في أحكام التحكيم، دون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003،.
15. بن حمري الهادي، الطابع القانوني لنظام الوساطة كبديلة لفض النزاعات على ضوء أحكام قانون الاجراءات المدنية والإدارية، محاضرة ألقيت بمجلس قضاء المسيلة، الجزائر، 2009/04/23،.
16. بن صاولة شفيقة، الصلح في المادة الإدارية، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2008،.
17. حردان، طاهر،مبادئ الاستثمار. ط ١ .دار المستقبل للنشر والتوزيع .عمان، الأردن. ١٩٩٧ ،
18. حسن المصري التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، 2006،
19. دراسات حول قانون تشجيع الاستثمار، وزارة العدل، و ع/تشريع/645 /مجلد أ،
.
20. رمضان زياد :مبادئ الاستثمار المالي والحقيقي (دار وائل للنشر والتوزيع ،الطبعة الأولى ،1998)
21. سامي سركيس، ندوة المحامين للألفية الجديدة، إتحاد المحامون العرب، سورية، دمشق، 2003،.

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

23. سعيد عبدالخالق، التطور التشريعي للاستثمار الخاص في مصر، البوابة القانونية، شركة خدمات المعلومات التشريعية ومعلومات التنمية، شبكة النت.

24. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، طبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1429هـ- 2008م،.

25. عاطف النقيب، نظرية العقد، منشورات عويدات، بيروت، الطبعة الأولى، ص 48، وكذلك يراجع في هذا الشأن: جوج سيوني، النظرية العامة للموجبات والعقود، الطبعة الثاني، بيروت، الجزء الأول، 1994

26. عبد الحميد الاحدب، موسوعة التحكيم الجزائي، الجزء الثاني، سنة 1998، دار المعارف، بيروت،.

27. عبد الرحمن بن صالح الأطرم، الوساطة التجارية في العاملات المالية، مركز الدراسات والإعلام دار شبيليا،

28. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الخامس، المجلد الثاني، دار احياء التراث العربي، بيروت،

29. عبد العزيز محمد سرحان، المبادئ العامة للقانون العام، القاهرة، دار النهضة العربية 1968

30. عبدالواحد الفار، الاستثمارات الأجنبية، مطابع دار المعارف، جمهورية مصر العربية، رقم الإيداع 1978/2601 .

31. عصام العطية، القانون الدولي العام، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد

32. عليوش قربوع كمال :قانون الاستثمارات في الجزائر (ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ،1999)

33. عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 2004،

34. عمر مشهور، حديثة الجازي، الوساطة كوسيلة لتسوية منازعات الملكية الفكرية، "ندوة بعنوان الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات" 28 كانون أول 2004، جامعة اليرموك اربد المملكة الأردنية الهاشمية،

35. عمر نبيل إسماعيل، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، ط.1.الإسكندرية دار الجامعة الجديدة، 2004، 276-277.

36. فتح الرحمن عبدالله الشيخ، حماية الاستثمارات الاجنبية الخاصة في القانون السوداني والقانون الدولي، 19 الكويت 2003 ،

37. فرحات الحرشاني، تقديم وسائل تسوية المنازعات، أعمال ورشة عمل وطنية حول تسوية المنازعات في إطار اتفاقيات الاستثمار الثنائية.الأمم المتحدة –اللجنة الاقتصادية و الاجتماعية لغرب آسيا.

38. قطب مصطفى سانو :الاستثمار :أحكامه وضوابطه في الفقه الإسلامي(دار النفائس للنشر والتوزيع ،الأردن ،الطبعة الأولى ،2000).

39. قطب سانو :الاستثمار أحكامه وضوابطه في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، الأردن، ط20001 ,م

40. محمد بلقا سم حسن بهلول، الاستثمار وإشكالية التوازن الجهوي –مثال الجزائر– (الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب 1990)

41. م

42. محمد شهاب، أساسيات التحكيم التجاري الدولي "والقوانين والاتفاقيات المنظمة للتحكيم عربيا وعالميا"، الطبعة الاولى، الناشر مكتبة الوفاء القانونية، 2009،

43. محمد يوسف علوان، النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية الكويت 1983،

44. نادي القصيم الأدبي، البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق ، دار عالم الكتب، ط/

45. نور الدين قارة ، قانون التحكيم (مقدمة عامة–التحكيم الداخلي)مركز النشر الجامعي تونس2007

46. هاني سر الدين، التحكيم في عقود البناء والتشغيل، دار النهضة العربية 2005،

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

48. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، دار الفكر، دمشق.

سادساً: الرسائل الجامعية:

49. أنور محمد صدقي، المساعدة والدكتور بشير سعد زغلول الوساطة في انهاء الخصومة الجنائية "دراسة تحليلية نقدية" مجلة الشريعة والقانون، العدد الأربعون، أكتوبر، 2009،.

50. الطيب داودي : تمويل التنمية الاقتصادية من منظور إسلامي رسالة ماجستير ،معهد العلوم الاقتصادية،جامعة الجزائر، 1990،.

51. عبد العزيز ميلودي، محددات تمويل الاستثمار في البنوك الإسلامية ، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر،كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير،السنة الجامعية 2007/2006

52. عبد العزيز ميلودي، محددات تمويل الاستثمار في البنوك الإسلامية ، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر،كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير،السنة الجامعية 2007/2006

53. كامران الصالحي ، دور القضاء الدولي والاتفاقيات الدولية والإقليمية في تسوية المنازعات الاستثمارية .دراسة في إطار كلية القانون –جامعة الإمارات العربية المتحدة.

54. هاني سري الدين، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربي، 2005،

55. هجيرة تومي، عقد المبيعات الدولية، مذكرة ماجستير قانون الأعمال، جامعة البليدة، 2006 .

56. سهام بن ساهل :إستراتيجية الاستثمار بولاية بسكرة (مذكرة لنيل شهادة ليسانس في العلوم الاقتصادية ،المركز الجامعي محمد خيضر بسكرة ،1996) .

57. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008،

سابعاً:المجلات والمنشورات:

58. سميحة قليوبي، ضوابط التحكيم التجاري، مقال منشور، لمجلة قانون والاقتصاد 1987، العدد 3،.

59. عبد الله الهلالي، دور القاضي في الشركات التجارية، مداخلة ألقيت بمناسبة الملتقى الدولي الذي نظم حول مجلة الشركات التجارية يومي 5و6 أفريل 2000، مركز الدراسات القانونية والقضائية.

60. عبد جميل غصوب، الصلح القضائي في القانون اللبناني، مجلة العدل، الجزءان الثالث والرابع، سنة 2004،

61. فضيل العيش، الصلح في المنازعات الإدارية وفي القوانين الأخرى، منشورات بغدادي، الجزائر، فؤاد ديب ، تنفيذ أحكام التحكيم الدولي بين البطلان والكساء في الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية الحديثة،مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية–المجلد 27– العدد ا لثالث، 2011 ،

62. حمد حيسام لطفي، تنفيذ الحماية القانونية وتسوية المنازعات طبقا لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية تربيس) من منشورات المنظمة العالمية للملكية الفكرية 1997،

63. محمد شكري سرور، قواعد إجراءات التحكيم وفقاً لنظام غرفة التجارة الدولي، مجلة الحقوق الكويت العدد 01 و 2 مارس 1993،

64. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003،

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

ثامناً: القوانين:

66. قانون الإستثمار المصري قانون رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧

67. قانون تشجيع الاستثمار لسنة 1999 تعديل 2003 ،

68. قانون تشجيع الإستثمار السوداني لسنة 2013م

69. قانون التحكيم الفلسطيني لسنة 2000م

70. قانون الطرق البديلة الجزائري لفض المنازعات 2008م

تاسعاً:الإتفاقيات والمعاهدات

71. إتفاقية نيويورك 1958م

72. إتفاقية واشنطن 1972

73. إتفاقية موسكو 1972

74. إتفاقية تنفيذ الأحكام لجامعة الدول العربية 1952

75. الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية 1980م

76. إتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي 1983م

77. الإتفاقية العربية للتحكيم التجاري 1987م

عاشراً: مجلات الأحكام القضائية :

78. مجلة الأحكام القضائية لسنة 2010م

79. مجلة الأحكام القضائية لسنة 2011م

إحدى عشر:المراجع باللغة الإنجليزية:

80. Touffait et JB Herzog, Observation sur l’évolution du droit pénal des sociétés. Revu .Sc. .Crime ,

81. B. Oppett, Les modes alternatifs des règlement des différends de la vie économique, chronique justices, 1995,
82. (1) J. El Hakim, Les modes alternatifs des règlement des conftits dans les droit des contrats, R.I.D.C, 1997,
83. FERHAT HORCHANI, L'investissement inter- arabe CERP Tunis 1992, p.390, n°613.
84. Lo.A Mistelis, A.D.R in England and Wales, clive M shmitlhoff senior lecturer in international commercial law, school of international Arbitration centere for, commercial law studis Qeen Mary, University of london, 2000, P 4.
85. G. Cornu, Les modes alternatifs des règlement de Reglement des conftits, R.I.D.C, 1997, NO 2,
86. J. El Hakim, Les modes alternatifs des règlement des conftits dans les droit des contrats, R.I.D.C, 1997, P 350.
87. G. Cornu, OP.Cit,
88. Lo.A Mistelis, A.D.R in England and Wales, clive M shmitlhoff senior lecturer in international commercial law, school of international Arbitration centere for, commercial law studis Qeen Mary, University of london, 2000, P 3.
89. Ch. Jarrosson, Les modes alternatife des règlement des conftits, cours D.E.S.S Filière Franco phone U.L, 2001-2002,
90. H. Broun et A. Marriott, A.D.R principales and pracipales and practice, sweet & Maxwell, ed London, 1993,
91. (A.D.R) May be defines as arrange of procedures which serves as Alternatives to the Adjudicaton procedures of litigation and Arbitration for the resolution of disputes generally but not necessarity involring the intercession and assistan of a neutral thid party who helps to facititate such Reçolation.
92. H. Broun & A. Marriott, A.D.R principales and practice, and see. K. mackie. Damille. W.march.T.Allen." the A.P.R Practice Guid " Commercial Dispute Resolutions – econdedition Butter Worths 2000.
93. Jihdd Akl. Caroline, sur la nécessité de prevoir, la concitiation etlamediation judicaires en droit positif libanaits, Al Adel, 2004,

94. Tavassoli, manoochehr an overview of alternative dispute resolution in the ICC New Rules law reveiew an Academic and promotive journal an international law vol 26-27 Iran Thran, 2002,
95. Neji Baccouche , Incitations aux investissements et concurrence entre Etats .In OU VA le droit de l investissement ?Désordre normatif et recherche d équilibre ;Actes du colloque organise a Tunis les 3et4 mars2006 .Editions A. PEDONE-Paris page61 »l investissement est a la base de la croissance économique et du bien –être social »
96. DUNNING J.H. Studies in international investment, London 1970

5.فهرس الموضوعات:

م	الموضوع	رقمالصفحة
1.	بسملة	أ
2.	إستهلال	ب
3.	إهداء	ت
4.	شكر وعرفان	ث
5.	ملخص البحث	ج
6.	Abstract	ح
7.	قائمة المحتويات	خ
8.	مقدمة	1
9.	أهمية البحث	1
10.	أهداف البحث	2
11.	أسباب إختيار الموضوع	2
12.	مشكلة البحث	3
13.	منهج البحث	3
14.	هيكل البحث	3
	الفصل الاول مفهوم الإستثمار وتطور تشريعاته	
15.	المبحث الاول : تعريف الاستثمار	6
16.	المبحث الثاني: تطور تشريعات الإستثمار	20
	الفصل الثاني **أنواع الإستثمار ومجالاته وأدواته وضوابطه وخصائصه في المشروعات والأنظمة الاقتصادية**	
17.	المبحث الاول : أنواع الإستثمار	38
18.	المبحث الثاني: مجالات الإستثمار وادواته وضوابه وخصائصه في المشروعات والأنظمة الاقتصادية	46
	الفصل الثالث **تطبيق النظم القانونية والقانون الدولي في منازعات الإستثمار**	
19.	المبحث الاول :مفهوم المنازعات الإستثمارية	62
20.	المبحث الثاني : دور النظم القانونية في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار	68

21.	المبحث الثالث : تعهد القضاء بالمنازعات كطرف مراقب: تعهد غيرمباشر	91
	الفصل الرابع **مفهوم الوسائل الودية لتسوية منازعات الإستثمار ومصادرها** **وخصائصها ومميزاتها وعلاقتها بالقضاء**	
22.	المبحث الأول : مفهوم الوسائل الودية لفض النزاعات	105
23.	المبحث الثاني: مصادر وخصائص ومميزات الوسائل الودية لحل النزاعات وعلاقتها بالقضاء	116
	الفصل الخامس **أنواع الوسائل الودية لفض منازعات الإستثمار**	
24.	المبحث الأول: المفاوضات	136
25.	المبحث الثاني: التوفيق الوساطة والصلح التجاري الدولي	137
26.	المبحث الثالث:التحكيم التجاري	160
27.	الخاتمة	193
28.	النتائج	193
29.	التوصيات	196
30.	فهرست الآيات	199
31.	فهرست الأحاديث	199
32.	فهرست الاعلام	200
33.	فهرست المصادر والمراجع	201