

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس



كلية الحقوق والعلوم السياسية

19 مارس 1962

تخصص: حقوق

مطبوعة بيداغوجية في مقياس قانون الاستثمار
الموجهة لطلبة السنة الثانية ماستر قانون أعمال

من إعداد الدكتور :

- أوسهلة عبد الرحيم

السنة الجامعية: 2021-2022

مقدمة

يعتبر الاستثمار جوهر عملية التنمية الاقتصادية، وأداة فعالة للنهوض بالقطاع الاقتصادي والمالي وكل القطاعات ذات العلاقة بالاستثمار، ونظرًا لهذه المكانة الجذ هامة التي أصبح يحظى بها، كان لزاما أن تهتم الدراسات الأكاديمية بهذه الظاهرة من كل الجوانب: الاقتصادية، المالية، القانونية وغيرها من التخصصات.

وكانت أواخر الثمانينيات من القرن الماضي منعرجا حاسما في تبني الدول الاشتراكية ومنها الجزائر لمنظومات تشريعية استثمارية كانت بالأمس القريب من الممنوعات في بعض هاته الدول وكان في بعضها الآخر يخضع للتضييق والتنفير والمماثلة في إجراءات منح التراخيص الاستثمارية... إلخ.

وفي الجزائر شهدت فترة التسعينيات ثورة على النظام القانوني الذي أطر فترة الاشتراكية، والذي أثبت عجزه عن مسايرة الأوضاع الاقتصادية والمالية المتسارعة والجديدة، ومن أكثر هذه القوانين جراءة نذكر قانون 10-90¹ المتعلق بالنقد والقرض والذي مكّن المستثمر من الاستثمار في مجال المؤسسات المالية والبنكية، وهو الأمر الذي كان محرّما في العهد الاشتراكي، ودعمّ المشرع قانون 10-90 بالمرسوم التشريعي 12-93² المتعلق بترقية الاستثمار، وهو القانون الذي أكدّ توجهات الجزائر الاقتصادية التي لا رجعة فيها، ورغبتها في استقطاب رؤوس أموال استثمارية، بتبنيه (المرسوم التشريعي)- ولو نسبيا - للمبادئ الاستثمارية المتعارف عليها دوليا والتي سنأتي على تفصيلها لاحقا.

لكن توجه الدولة الجزائرية لاقتصاد السوق وتبنيها لسياسة انفتاحية في مواجهة الأموال الخاصة تجارية كانت أو استثمارية، سرعان ما اصطدم بأزمة اقتصادية ومالية

¹- قانون 10-90 مؤرخ في 19 رمضان عام 1410 الموافق لـ 14 أبريل سنة 1990، ألغي بموجب الأمر رقم 11-03 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق لـ 26 غشت سنة 2003 والمتعلق بالنقد والقرض (الجريدة الرسمية رقم 25).

²- مرسوم تشريعي 12-93 مؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1414، الموافق لـ 5 أكتوبر 1993، يتعلق بترقية الاستثمار (الجريدة الرسمية رقم 64).

خانقة عرفتها الجزائر، كانت تداعياتها جد وخيمة على الاقتصاد الجزائري، وهو ما دفع بالحكومة الجزائرية في 4 مارس 1994 إلى مراسلة صندوق النقد الدولي فيما اصطلح على تسميته بـ "رسالة نية" تطلب فيها إعادة جدولة ديونها الخارجية مع قبول التفاوض حول شروط وضع برنامج استقرار اقتصادي شامل في إطار اتفاق مع البنك العالمي وصندوق النقد الدولي¹ ووقعت الجزائر على اتفاقيتين في هذا الصدد الأولى والمعروفة بـ "ستاند-باي" لمدة سنة تسري من أفريل 1994 إلى غاية مارس 1995، أما الثانية والمعروفة باتفاقية تسهيل التمويل الموسع وتمتد على مدى ثلاث سنوات ابتداء من شهر ماي 1995 إلى غاية شهر ماي 1998²، هذا بالإضافة إلى اتفاقية برنامج الإصلاح الهيكلي الموقعة مع البنك العالمي³.

وأمام ندرة تدفق الاستثمارات الأجنبية في الجزائر والراجعة أساسا إلى تردي الأوضاع الأمنية، لم تجد الحكومة الجزائرية خيارا آخر سوى قبول شروط المؤسسات المالية الدولية والتي تضمنت على الخصوص:

- فأما الشرط الأول فكان ينص على التقليل من النفقات والحدّ من دعم الأسعار: ومعناها على المستوى الداخلي انسحاب الدولة من النشاط الاقتصادي بوصفها منتجة واحتفاظها بدور المنظم والمراقب فقط، وهذا الانسحاب يتأتى ببيع أصول المؤسسات المملوكة للدولة أو الأشخاص المعنوية التابعة لها إلى الخواص الوطنيين أو الأجانب وهو ما يعرف بالخصوصية، ولتأطير هذه الأخيرة أصدر المشرع الأمر 95-22⁴ المتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية.

¹- ينظر: تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي، الفصل الأول: واقع، وانعكاسات المفاوضات مع المؤسسات المالية الدولية على الاقتصاد الجزائري، السداسي الثاني، 1997.

²- ينظر: عبد المجيد بوزيدي، تسعينات الاقتصاد الجزائري، حدود السياسات الظرفية، موقع للنشر، بدون سنة النشر، ص124.

³- ينظر: إيلي كوهين، هل مازالت الدول تتمتع بالسيادة في النظام الاقتصادي، النشرة الاقتصادية، رقم 2415، مارس 1995، ص58.

⁴- أمر 95-22 مؤرخ في 29 ربيع الأول عام 1416 الموافق لـ 26 غشت سنة 1995، يتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية، (الجريدة الرسمية رقم 48).

- وأما الشرط الثاني فخصّ مباشرة الاستثمارات بأن أشرطت هذه المؤسسة الدولية إعطاء فرص متكافئة للقطاع العام والخاص على حدّ سواء والاحتكام للمنافسة و فقط¹.

وهذا الشرط الأخير كان قد أكدّه المرسوم التشريعي 93-12 في مجموعة من الحقوق التزمت الدولة بمنحها للمستثمرين وعرفت بالامتيازات والضمانات.

وهو نفس التوجه الذي كرّسه الأمر 01-03² المتعلق بتطوير الاستثمار والذي نصّ على المزايا (الامتيازات) والضمانات الممنوحة للمستثمرين.

وبناء على ما جاء أعلاه رسمت الدولة الجزائرية سياستها الاستثمارية والتي تم فيها تحديد أولوياتها واحتياجاتها في استقطاب استثمارات أجنبية ووطنية وتوجيهها إلى القطاعات التي تريد تطويرها وتنميتها، ولأجل ذلك سعت الجزائر وعلى غرار باقي دول العالم إلى تحديد الإطار التشريعي المنظم لحدود الاستثمار، وحقوق المستثمر والتزاماته والضمانات القانونية والمالية والجبائية الممنوحة له، مع العمل الدائم على المسايرة والتحيين التشريعي لهذه العملية الاقتصادية البالغة الأهمية.

وترتيا على ما جاء أعلاه، فالتعقيدات الاقتصادية التي يثيرها مصطلح "الاستثمار" وإسقاطاتها التشريعية على هذه العملية، تثير العديد من التساؤلات: فما المقصود بمصطلح الاستثمار؟ وماهي أنواع الاستثمار، مبادئه وخصائصه؟ وما هي معايير التفرقة بين الاستثمار وما يشابهه من العمليات الاقتصادية الأخرى؟ وما مدى تطور الإطار القانوني المنظم للاستثمارات في الجزائر؟ وماهي أهم معوقات الاستثمار في الجزائر؟

¹ - ينظر: عبد المجيد بوزيدي ، المرجع السابق، ص149.

² - أمر رقم 03-01 مؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق لـ 20 غشت سنة 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار (الجريدة الرسمية رقم 47).

وسنحاول الإجابة عن مجموع هذه التساؤلات ومعالجتها من خلال الخطة الآتية:

المحور الأول: ماهية الاستثمار، وتطور النظام القانوني للاستثمار في الجزائر

- **الفصل الأول: مفهوم الاستثمار وأنواعه.**

- **الفصل الثاني: تطور النظام القانوني للاستثمار في الجزائر ومعوقات الاستثمار.**

المحور الثاني: الضمانات المتعلقة بحماية الملكية واللجوء للتحكيم التجاري الدولي.

- **الفصل الأول: الضمانات المتعلقة بحماية الملكية واللجوء للتحكيم التجاري الدولي.**

- **الفصل الثاني: التحكيم التجاري الدولي كضمان للاستثمار في الجزائر.**

المحور الأول: ماهية الاستثمار، وتطور النظام القانوني للاستثمار في الجزائر

سنتطرق في هذا المحور إلى مختلف التعريفات المتعلقة بعمليات الاستثمار، سواء تقليدية منها أو حديثة، كما سنحاول تبيان خصائص مبادئ العملية الاستثمارية ومختلف أنواعها، كما سنوضح النظام القانوني للاستثمار في الجزائر معرجين على معوقات ومزايا الممنوحة للمستثمرين في الجزائر.

الفصل الأول: مفهوم الاستثمار وأنواعه.

يمثل الاستثمار آلية من آليات التنمية المستدامة في الاقتصاد المعاصر وسبب في تقدم ورقي المجتمعات، ويلعب دور جوهري في اقتصاد أي دولة، وعليه سنحاول في هذا الفصل ولو بالشيء المختصر أن نتعرض لتعريفات الاستثمار وتبيان مختلف مفاهيمه سواء على الصعيدين الدولي أو الوطني، كما سنتطرق فيه لخصائص ومبادئ الاستثمار مع تبيان أنواعه التقليدية والحديثة.

المبحث الأول: مفهوم الاستثمار.

تختلف مصالح البلدان النامية عن مصالح البلدان المتقدمة اقتصاديا بخصوص عملية الاستثمار ويكون منطقيا أن تختلف تلك النظرة باختلاف قوة وهشاشة اقتصاد تلك البلدان ومدى حاجتها لمساعدة الاستثمارات لجانب من اقتصادها أو كله، وهنا تكمن أهمية الاستثمار والتي ترجع أساسا إلى أهمية كل دولة بالنظر إلى اقتصادها¹.

المطلب الأول: تعريف الاستثمار.

سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى التعريفات المختلفة للاستثمار الدولية منها، والوطنية، وهذا بدراسة مختلف المعاهدات الدولية والاقليمية، وكذا تعريفات المشرع الجزائري بهذه العملية الاقتصادية المعقدة، ثم نتطرق إلى مختلف التعريفات الفقهية.

¹ - ينظر: محمد الكلاوي، سياسة الاستثمار في الجزائر وخدمات التنمية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الاقتصادية، 2008، ص من 2 إلى 8.

الفرع الأول: تعريف الاستثمار في الاتفاقيات الدولية.

لقد اهتمت الاتفاقيات الدولية المبرمة بعد الحرب العالمية الثانية بموضوع الاستثمار الدولي نظرا لأهميته في الاقتصاد العالمي، ومن بين الموثيق التي أشارت إليه لأول مرة، نجد المادة 12 من مشروع ميثاق هافانا (havane) لعام 1948 - الذي كان يهدف إلى إنشاء منظمة دولية للتجارة، ثم اهتمت به باقي الاتفاقيات الدولية التي لها صلة بالاستثمارات الدولية سواء منها الاتفاقيات المتعددة الأطراف، أو الاتفاقيات الجهوية، أو الاتفاقيات الثنائية.

سنكتفي بالإشارة إلى أهم هذه الاتفاقيات في مجال الاستثمار الدولي وهي: اتفاقية واشنطن لعام 1965 التي تم بموجبها إنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات (CIRDI)، واتفاقية سيول (Seoul) لعام 1985 الخاصة بالوكالة المتعددة الأطراف لضمان الاستثمارات (AMGI)¹.

1- اتفاقية واشنطن لعام 1965:

من أجل توسيع مجال نشاط مركز تسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات (CIRDI)، امتنع واضعي هذه الاتفاقية عن تحديد تعريف دقيق للاستثمار، مما سمح بالحفاظ على وحدة النزاع، وفتح المجال أمام التطورات في مجال الاستثمار الدولي. لذلك أصبح المركز مختص بالنظر في كل الخلافات ذات طبيعة قانونية والتي لها علاقة بالاستثمار، والشرط الوحيد يتمثل في موافقة الأطراف على النزاع المطروح على المركز، بحيث تنص المادة 25 من هذه الاتفاقية على ما يلي:

"La compétence du centre s'étend aux différends d'ordre juridique...qui sont en relation avec un investissement et que les parties ont consenti a soumettre au centre"

¹ - ينظر: عيبوط محند وعلي، الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري، الطبعة 2، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 125.

إن النية في توسيع مجال اختصاص المركز ليشمل كل عمليات التعاون الدولي، بغض النظر عن مفهوم الاستثمار، واضحة من خلال الاستقلالية التي يتمتع بها أطراف النزاع في إطار هذه الاتفاقية¹.

2- اتفاقية سيول (SEOUL) لعام 1985:

قدمت اتفاقية سيول، المتضمنة إنشاء الوكالة المتعددة الأطراف للاستثمارات أو ما يسمى بالوكالة الدولية للاستثمارات، تعريفاً محدداً للاستثمار لأن رأس مال هذه الوكالة محدد، فلا بد أن يوجه لضمان عمليات الاستثمار فقط.

عرفت هذه الاتفاقية الاستثمار في المادة 12 منها، كما يلي:

أ- تشمل الاستثمارات الصالحة لضمان حقوق الملكية والقروض المتوسطة أو طويلة الأجل التي يقدمها المشاركون في ملكية المشروع المعني وما يحدده مجلس الإدارة من صور للاستثمار المباشر.

ب- يجوز لمجلس الإدارة بالأغلبية الخاصة أن يضيف الصلاحية لضمان على أية أنواع أخرى من الاستثمارات المتوسطة أو طويلة الأجل إلا أنه يجوز ضمان قروض بخلاف القروض المنصوص عليها في الفقرة أعلاه إلا إذا ارتبطت باستثمار محدد ضمنته الوكالة أو أزمعت على ضمانه.

ج- تقتصر الضمانات على الاستثمارات التي يبدأ تنفيذها بعد تسجيل الوكالة طلب الضمان ويجوز أن تشمل هذه الاستثمارات:

- أي تحويل للنقد الأجنبي لغرض تجديد أو توسعة أو تطوير استثمار قائم.
- استخدام الأرباح التي تدرها استثمارات قائمة إذا كان لمملوك تحويلها خارج الدول المضيفة.

¹ - ينظر: عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 126.

د- على الوكالة أن تستوثق عند القيام بضمان استثمارات ما يلي:

- السلامة الاقتصادية للاستثمار ومساهمته في تنمية الدولة المضيفة
- تماشي الاستثمار مع قوانين ولوائح الدولة المضيفة.
- مواكبة الاستثمار للأهداف والأولويات الإنمائية المعلنة للدولة المضيفة.
- ظروف الاستثمار في الدولة المضيفة بما في ذلك توفر المعاملة العادلة والحماية القانونية للاستثمار".

وإذا نظرنا في التعليق على الاتفاقية نجد أن المادة تضع تمييزا بين الاستثمار المباشر وغير المباشر.

والمباشر من الاستثمار هو الذي تتوفر فيه المساهمة نقدا أو عينا مادي أو غير مادي، ويتوفر فيه عنصر المدة وتكون العوائد فيه مترتبة عن ذلك الاستثمار، ونكون بذلك أمام تعريف موسع فهو لا يوضح عنصر التحكم ولا يأخذه كمعيار للتمييز بين المباشر من غير المباشر من الاستثمارات.

أما الاستثمار غير المباشر حسب المادة 12 أعلاه فيتمثل في كل العمليات الأخرى على المدى الطويل أو المتوسط كما جاء في الفقرة ب وهي العمليات الهادفة إلى مساهمة في الأصول ماعدا القروض غير المرتبطة باستثمار معين مضمون أو تتضمنه الوكالة أي باستثناء القروض التجارية.

والملاحظ أيضا في هذه المادة أنها أخذت بعنصر المدة في الاستثمارات متجاهلة عنصر المجازفة.

وأيضا نرى أن المفهوم موسع للاستثمار غير المباشر لعدم اشتراط ارتباط العوائد باستغلال المشروع الشيء الذي يدفع المحللين إلى القول بأن مفهوم الاستثمار في ظل هذه الاتفاقية أضحى مهددا في مضمونه وهو ما يعكس في حل النزاعات التي قد تقع بشأنه وهذا

نظرا لصعوبة التمييز بين الاستثمارات التي تعد مباشرة من جهة والعمليات ذات الطبيعة التجارية التي لا تعد استثمارات من جهة أخرى¹.

لكن بعض رجال القانون الدولي قالوا بأن اتفاقية "سيول" جاءت بمفاهيم مرنة للاستثمارات والأمر مقصود حسبهم والأسباب راجعة إلى المحيط الدولي المصادف لصدور هاته الاتفاقية ولإعطاء هامش مناورة أكبر للمستثمرين ورجال الأعمال وحماية استثماراتهم في الدولة الموقعة على هاته الاتفاقية متى قامت نزاعات بشأن هذه الاستثمارات.

- كما تعرف الاتفاقيات والتقنيات الدولية الجهوية الاستثمار، ومن بين هذه الاتفاقيات والتقنيات نجد تلك التي تجمع بين دول منتمية إلى منطقة إقليمية واحدة وتلك الجامعة بين دول تنتمي إلى مناطق متفرقة.

ومادامت الاتفاقيات الجهوية أو الإقليمية تهدف إلى إزالة العوائق أمام حرية تنقل وسائل الإنتاج ومنها الرساميل فهي تتناول الاستثمارات كحركة للأموال.

بصفة عامة تهدف هذه الاتفاقيات إلى تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية وإزالة القيود أمام انتقال رؤوس الأموال، لذلك تحاول هذه الإتفاقيات وضع تعاريف واسعة وشاملة لكل العناصر التي لها قيمة اقتصادية دون تحديد.

وإذا كانت بعض الاتفاقيات قد اكتفت بوضع تعريف شامل وموسع للاستثمار، فإن بعضها الآخر تضمن تفصيل لأشكال الاستثمار ونذكر منها:

¹ - ينظر: عبد الكريم أحمد عاطف، مناخ الاستثمار وأهميته في جذب الاستثمارات، مجلة مركز الدراسات والبحوثاليمني، ص87، 90، العدد 3 لسنة 2010، و في نفس السياق أنظر أيضا: يوسفات علي، اقتصاديات المواقع ودورها في تحقيق التنمية المستدامة، أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010، ص225.

أ- الاتفاقية حول ترقية وحماية الاستثمارات لجمعية أمم آسيا الجنوبية الشرقية-

:ANASEL

هذه الاتفاقية جاءت بتعريف موسع يشمل كل أشكال رأس المال مهما كانت طبيعته. ثم وضعت قائمة تحدد بعض أشكال الاستثمار دون حصرها وتشمل كل أشكال الاستثمار التقليدية والأشكال الجديدة الاستثمار (NFI).

وكمثال عن ذلك نأخذ تقنين منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية حول تحرير حركة الرساميل وكذلك الأدوات القانونية للاتحاد الأوروبي ونذكر منها المواد 67 و68 من معاهدة روما والتعليقات المفسرة لتلك المادتين والصادرة في سنوات 1960، 1962، 1972، 1986 وهي التعليمات التي ألغيت وعوضت لاحقاً بالتعليمة رقم 361 الصادرة في 24 جوان 1988، إضافة إلى المواد الصادرة عن المجموعة الأوروبية مثلما جاءت في معاهدة "ماستريخت"¹.

وعموماً فالفكرة التي اعتمدت عليها تلك المواد هي أنه وما دامت التنمية الاقتصادية تتطلب حرية تنقل وسائل الإنتاج وهي تقتضي إزالة الحاجز الجمركية والجبائية فمن المنطقي أن تكون هناك حرية لتنقل الرساميل، ولا حرية لتنقل العمل إذا لم تكن هناك حرية لتنقل الاستثمارات، كما أن حرية تمويل الشركات غير ممكنة دون حرية تنقل الرساميل الضرورية للاستثمار، ثم إن حرية إقامة الأشخاص غير ممكنة دون حرية تنقل رساميلهم الضرورية لإقامتهم وإقامة استثماراتهم وتوسيعها.

كما إن حرية تمويل الشركات غير ممكنة دون حرية تنقل الرساميل الضرورية للاستثمار ثم إن حرية إقامة الأشخاص غير ممكنة دون حرية تنقل رساميلهم الضرورية لإقامتهم.

أما عن تعريف الاستثمار المباشر المستتبع من تلك الأدوات فيتشكل من العناصر

التالية:

¹ - ينظر: عبد الكريم أحمد عاطف، المرجع السابق، ص37.

- العطاء الذي يجب أن يكون من رأس المال ويخلق علاقة دائمة دون أن يكون من اللازم وجود علاقة قانونية.

- أن تكون العلاقة بين المستثمر وشركة تمارس نشاطا اقتصاديا.

- أن يكون المستثمر قادرا على تسيير الشركة¹.

ولنا في الدول العربية مثال آخر عن هذه الاتفاقيات الجهوية أو الإقليمية والمعروفة بالاتفاقية العربية الخاصة باستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية والمصادق عليها من طرف الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 93-306 المؤرخ في 7 أكتوبر 1995 والتي للأسف في مادتها الأولى تحت مسمى التعريف لم تعرف الاستثمار مكتفية بتعريف رأس المال العربي بقولها:

"هو المال الذي يملكه المواطن العربي ويشمل كل ما يمكن تقويمه بالنقد من حقوق مادية ومعنوية بما في ذلك الودائع المصرفية والاستثمارات المالية وتعتبر العوائد الناجمة عن المال العربي مالا عربيا، كما تعتبر مالا عربيا الحصة الشائعة التي ينطبق عليها هذا التعريف"².

وعرفت المادة ذاتها استثمار رأس المال العربي على أنه استخدام لرأس المال العربي في إحدى مجالات التنمية الاقتصادية بهدف تحقيق عائد في إقليم دولة طرف غير دولة جنسية المستثمر العربي أو تحويله إليها لذلك الغرض وفقا لأحكام هاته الاتفاقية.

ب- الاتفاقية حول ترقية وحماية وضمان الاستثمارات بين الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي:

تضمنت هذه الاتفاقية تعريفا واسعا يشمل كل أشكال الاستثمار ولكن دون تقديم قائمة مفصلة لتحديد الاستثمارات المشمولة³.

¹ - ينظر: يوسفات علي، المرجع السابق، ص229.

² - ينظر: مرتضى حسين إبراهيم السعدي، المرجع السابق، ص113.

³ - ينظر: عيبوط محند و علي، المراجع السابق، ص129.

ج- الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات:

إن الاستثمارات التي تغطيها هذه الاتفاقية تشمل كل أشكال الاستثمار سواء المباشر أو غير المباشر بالإضافة إلى القروض التي تتجاوز مدتها ثلاث سنوات. أما القروض التي مدتها عن ثلاث سنوات، فهي بحاجة إلى موافقة مجلس الوكالة للاستفادة ممن أحكام الضمان الواردة في هذه الاتفاقية.

د - الاتفاقية الموحدة للاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية:

حاولت هذه الاتفاقية تحديد مفهوم مختلف العبارات الواردة فيها والتي لها صلة بعملية الاستثمار - رأس المال والاستثمار والمستثمر- بحيث يشمل رأس المال كل ما يمكن تقويمه نقدا سواء كانت حقوق مادية أو معنوية بما في ذلك الفوائد الناتجة عنها وذلك حتى ولو كان هذا المال عبارة عن حصة شائعة. كما اعتمدت هذه الاتفاقية على معيار الهدف لتحديد معنى الاستثمار، بحيث استعمال رؤوس الأموال العربية من أجل تحقيق أرباح والمساهمة في التنمية الاقتصادية للدول المستقبلية لرؤوس الأموال الأجنبية.

هـ - اتفاقية التبادل الحر لدول أمريكا الشمالية -ALENA-:

هذه الاتفاقية تستبعد العقود التجارية العادية والقروض من أجل المعاملات التجارية وكذا المساهمات المالية التي لا تترتب عنها الفوائد المنصوص عليها في المادة 1139 من هذه الاتفاقية.

أما الاتفاقيات الثنائية فأدرجت تفاصيل حول عملية الاستثمار سواء تعلق الأمر بمفهوم الاستثمار أو مجال تطبيق الاتفاقية، كما أن النية في توسيع مجال الاستثمار ليشمل مختلف قطاعات النشاط الاقتصادي واضحة، من خلال العبارات المستعملة لتحديد معنى الاستثمار في مختلف الاتفاقية الثنائية الخاصة بتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية.

من أجل تحديد معنى الاستثمار نلاحظ استعمال عبارات واسعة وغير محددة مثل: "الأموال والأموال والحقوق باختلاف أنواعها وكل عنصر من الأصول مهما كان نوعه

"أو" عنصر من الأصول و سلع أو حقوق مرتبطة بالاستثمار مهما كانت طبيعته "أو" عنصر من الأصول وكل إسهام نقدي أو عيني أو خدمات".

ولتفادي التناقضات بين أحكام الاتفاقية والقانون الداخلي للدولة التي يتم الاستثمار فيها، تؤكد الاتفاقيات على أن تنفيذها يتم طبقاً لقوانين وأنظمة الدولة المستقبلية لرؤوس الأموال.

لتفادي الغموض في بعض العبارات التي لها صلة بعملية الاستثمار، نلاحظ بأن معظم الاتفاقيات تتضمن تعاريف لأهم هذه العبارات كما يلي:

- **المستثمر:** يدل على "كل شخص طبيعي يتمتع بجنسية أحد الطرفين المتعاقدين...ويقوم باستثمار على إقليم الطرف المتعاقد الآخر".

- **عائدات الاستثمار:** تدل على المبالغ الناتجة عن استثمار منجز...ويتضمن على وجه الخصوص، الأرباح والأرباح الموزعة والفوائد.

وتتضمن الاتفاقيات الثنائية تعاريف للاستثمار ومنها مثلاً تلك التي تربط فرنسا بالعديد من الدول النامية والتي تعطي للاستثمار معنى موسعاً إذ تنص عادة على أنه يشمل الأموال والحقوق والمصالح من أي طبيعة كانت وتتمثل عموماً في:

- "المنقولات والعقارات وكذلك الحقوق العينية مثل الرهن وحق الانتفاع والحقوق المماثلة كالأسهم.

- السندات والديون.

- حقوق التأليف وحقوق الملكية الصناعية كبراءات الاختراع والاجازات والعلامات التجارية وغيرها.

- الامتيازات الممنوحة بقوانين أو عقود خاصة التي نراها في ميدان التنقيب أو الزراعة أو استخراج المعادن أو الموارد الطبيعية...الخ".

ويلاحظ أن هذا التعريف وإن كان يأخذ بعين الاعتبار المساهمة إلا أنه لا يشترط أن تكون مساهمة متوسطة أو طويلة المدى ولا أن تكون العوائد مترتبة عن استغلال المشروع ويكون بذلك مفهوم الاستثمار واسعاً وفضفاضاً جداً بعيداً تماماً عن الدقة القانونية المعهودة في المفاهيم والتعريفات القانونية¹.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الاتفاقيات التي تبرم عادة لتشجيع وحماية الاستثمار لا تعني الاستثمارات بصفة خاصة بل تعني كل الأموال بصفة عامة وهذا معنى واسع وكان من الأخرى تحديد العمليات التي تهدف إلى تخصيص معاملة خصوصية وذلك لتفادي صعوبات حل النزاعات التي قد تنشأ بين الأطراف وما دما نتحدث عن الاستثمارات الدولية على الخصوص التي تحميها الاتفاقيات الثنائية يجب أن نشير إلى أن مفهوم الدولية يعني تحول رأس المال من بلد مصدر للاستثمار إلى بلد آخر مستقبل له وهو في العلاقات بين الشمال والجنوب تحوّل الرساميل من البلاد المصنعة إلى البلدان النامية وهو بذلك يتضمن عنصر الخارجية المقابل لعنصر الداخلية في الاستثمار الوطني الذي تكون فيه الأموال المستثمرة ملكاً لمواطن من نفس جنسية البلد المستثمرة فيه، وعنصر الخارجية هو الذي يؤدي بطبيعة الحال إلى اهتمام القانون الدولي الاقتصادي بعملية الاستثمار وخاصة بوضع نصوص تنظم وتحمي الأموال الأجنبية وتحل النزاعات المتعلقة بها متى قامت.

وعند النظر في المعاهدات الدولية الشاملة أو الاتفاقيات الإقليمية أو الثنائية نجد أن عنصر الخارجية يتحدد بجنسية المستثمر، وهذا يحيلنا على القوانين الداخلية التي تميز بين الوطني والأجنبي، وعند تفحص النصوص لا نرى في القانون الدولي ولا في القانون الداخلي تحديداً دقيقاً وموحداً لعنصر الدولية في الاستثمار، إلا أن التشريعات أخذت بالجنسية والمواطن بالنسبة للأشخاص الطبيعية وبمكان تكوين الشركة ومقرها الاجتماعي ومكان استصدار سجلها التجاري بالنسبة للأشخاص المعنوية أو الاعتبارية وهذا ما دفع المختصين

¹ - ينظر: هفال صديق إسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الأردن، 2014-2015، ص 43.

إلى القول بأنه من الجدير الحديث عن قوانين الاستثمارات بدل الحديث عن قانون الاستثمار الدولي¹.

وإذا كان لنا أن نورد أمثلة عن الاتفاقيات الدولية فإننا نجد مثلا اتفاقية واشنطن تنص في المادة 25 على أنه:

" يقصد بعبارة أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى ما يلي:

- كل شخص طبيعي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع في تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع على التوفيق أو التحكيم وأيضا في تاريخ تسجيل الطلب طبقا للمادة 3/28 والمادة 2/36 مع استبعاد أي شخص كان يحمل في هذا التاريخ أو ذلك جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع.

- كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع في تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع على التوفيق أو التحكيم وأيضا كل شخص معنوي يحمل جنسية الدول المتعاقدة الطرف في النزاع في ذات التاريخ ويتفق على اعتباره أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى بالنظر إلى الرقابة التي تمارس عليه من قبل المصالح الأجنبية"².

وعند تحليل هذا النص يتبين منه الملاحظات التالية:

- إن عملية منح الجنسية هو عمل سيادي خاضع للدولة المعنية ما عدا ما يتعلق بالقواعد القانونية الدولية وبمعنى آخر مفهوم السيادة في قانون الجنسية ضيق المجال بالقواعد القانونية الدولية المصادق عليها دوليا وخاصة ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

¹ - ينظر: حسين بلعجوز، جودي صاطوري، المرجع السابق، ص 124.

² - ينظر: المرجع نفسه، ص 123.

- ويستبعد مفهوم الدولية عن الاستثمارات التي يقوم بها الشخص الطبيعي في البلد الذي هو من رعاياه ولو كان هذا الشخص مزدوج الجنسية.

- هناك مرونة فيما يتعلق بالشخصية المعنوية إذ يمكن لهذه الأخيرة اللجوء إلى المركز الدولي لحل النزاعات التي أنشأته هاته الاتفاقية وإن كانت لتلك الشخصية المعنوية جنسية الطرف في النزاع ويعترف لاستثماراتها بالدولية إذا ما اعترفت الدولة المستقبلية بأنها أجنبية اعتمادا على معيار التحكم الذي يمارسه الأجنبي على مشروع الاستثمار¹.

أما اتفاقية سيول فنجد أن مادتها 13 تنص على أنه: "صلاحية المستثمرين تتمثل في:

أ- يتمتع بالصلاحية لضمان الوكالة أي شخص طبيعي واعتباري بشرط:

- أن يكون الشخص الطبيعي من مواطني عضو غير الدولة المضيفة للاستثمار.

- أن يكون الشخص الاعتباري قد تم تأسيسه وتعيين مقر أعماله الرئيسي في إقليم أحد الأعضاء أو تكون غالبية رأسماله مملوكة لعضو أو أكثر أو لمواطنيهم بشرط ألا يكون العضو في أي من الحالات السابقة هو الدولة المضيفة للاستثمار.

- أن يقوم الشخص الاعتباري سواء كان مملوكا ملكية خاصة أو لم يكن كذلك بممارسة نشاطه على أسس تجارية.

ب- وفي حالة تمتع المستثمر بأكثر من جنسية فإن جنسية العضو تجب جنسية غير العضو كما تجب جنسية الدولة المضيفة للاستثمار".

ومن هذه المادة نستنتج ملاحظات ثلاثة أيضا وهي أن جنسية الشخص الطبيعي والاعتباري كمستثمرين تلعب دورا مهما إلا أنها متروكة للقانون الداخلي بالنسبة للشخص الطبيعي ويتجاذبها في بعض الدول القانون الداخلي والدولي بالنسبة للشخص الاعتباري على

¹- ينظر: عبد الكريم أحمد عاطف، المرجع السابق، ص104.

أن النظرة السائدة لهذا الأخير تحدد جنسيته رجوعاً لأحكام القانون الدولي ثم إن جنسية الشخص الاعتباري تحدد بأخذ معيارين هما مكان إجراء الاستثمار والمقر الرئيسي للإدارة والأخذ بمعيار التحكم أيضاً.

الفرع الثاني: تعريف الاستثمار في التشريع الوطني والفقهاء.

إن الاستثمار في اللغة هو الثمر، ويقال: ماله أي نماء، ويقال: ثمر الله مالك أي كثره¹. فالاستثمار هو مصدر لجذر الكلمة ثمر وكل مصدر من الفعل الثلاثي المزاد يكون على وزن استفعال بكسر أوله وثالثه وإضافة ألف قبل الآخر فكان: الاستثمار. وكلمة الاستثمار مصدر الفعل السداسي استثمر الدال على الطلب وتعني استخدام المال وتشغيله بقصد تحقيق ثمرة هذا الاستخدام فيكثر المال وينمو بذلك على مدى الزمن. والثمر هو الناتج الذي يطرحه الشجر فيقال يثمر الشجر أي يظهر ثمره والمصدر تثمر أي تكثير واستثمار أي استكثر ويقال تستثمر أي تقطف، وبالتالي فالاستثمار هو المال الذي يحصل عليه الشخص من مال يستغله من عمل مشروع معين². أما تعريف الاستثمار في القانون الوطني فسنعرض له حسب بعض القوانين التي نظمت الاستثمار في الجزائر وهي كالاتي:

أ- في القانون رقم 63-277:

إن الجزائر ليست حديثة العهد بالتشريع في مجال الاستثمار فقانون الاستثمار كان من أول القوانين التي صدرت في عهد الجزائر المستقلة، واكتفى المشرع في هذا القانون بتحديد مجال تطبيقه ولا يتضمن أي تعريف محدد للاستثمار ويفهم عبارة "استثمار رؤوس الأموال" الواردة فيها بأنه موجه للاستثمار المباشر، أما الأشكال الأخرى للاستثمار،

¹ - ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج4، دار صادر، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع، ص107.

² - ينظر: مرتضى حسين إبراهيم السعدي، النظام القانوني لشركات الاستثمار المالي، دراسة تحليلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص28.

فكانت غير معروفة في ذلك الوقت، كما أن شموله لرؤوس الأموال الإنتاجية دليل على وجود أشكال أخرى للاستثمار بالرغم من عدم تحديدها.

ب- في الأمر رقم 284-66:

لم يرد في هذا الأمر أي تعريف للاستثمار، وكان الهدف منه تنظيم تدخل رأس المال الأجنبي في الاقتصاد الوطني. وبالنظر إلى الظروف السياسية والإيديولوجية التي وضع فيها، فإن الأحكام الواردة فيه تؤكد تراجعاً في موقف المشرع الجزائري من الاستثمارات الأجنبية بالمقارنة مع القانون رقم 63-277 السالف الذكر، والذي كان أكثر وضوحاً. فهذا القانون ينص صراحة على استبعاد رأس المال الخاص من مشاريع في القطاعات الحيوية للاقتصاد الوطني والمخصصة للدولة والهيئات التابعة لها¹.

ج- في المرسوم التشريعي رقم 93-12:

لم يأت المشرع بأي تعريف محدد للاستثمار، بحيث أشارت المادة الأولى منه إلى الاستثمارات المنتجة للسلع والخدمات التي يجب أن تنجز في شكل "حصص من رأس المال".

وإذا كان هذا المرسوم يعترف بوجود أشكال أخرى للاستثمار، فإنه يقتصر على الاستثمار المنجز بواسطة حصص من رأس مال أو حصص عينية²، ويستبعد الأشكال الجديدة للاستثمار والتي تتم في شكل خدمات وبدون رأس مال. أما الامتيازات الجمركية والضريبية الواردة فيه، فإنها موجهة للاستثمارات لي تساهم في تنمية الاقتصاد الوطني.

¹ - ينظر: عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص141.

² - تنص المادة 02 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 على ما يلي: "تستفيد من أحكام هذا المرسوم التشريعي للاستثمارات المنشأة والمنمية للقدرات، والمعدة للتأهيل أو الهيكلية التي تنجز في شكل حصص من رأس المال أو حصص عينية يقدمها أي شخص طبيعي أو معنوي".

احتفظ المشرع الجزائري بالمفهوم الكلاسيكي للاستثمار المباشر وتفاذى توسيع مجال تطبيق هذا القانون لكل العمليات الخاصة بالتعاون الاقتصادي الدولي نظرا للصعوبات التي كانت تواجه الاقتصاد الجزائري في ذلك الوقت وضعف توازناتها الاقتصادية¹.

د- الأمر رقم 03-01 المعدل والمتمم:

نصت المادة الأولى من الأمر 03-01 المعدل والمتمم على أنه: "يحدد هذا الأمر النظام الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات، وكذا الاستثمارات التي تنجز في إطار منح الامتياز، أو الرخصة"².

حددت هذه المادة مجال تطبيق هذا القانون، والذي يشمل الاستثمارات الوطنية والأجنبية وذلك في مجال إنتاج السلع والخدمات والتي تندرج ضمن الأشكال التقليدية للاستثمار، لكن من أجل التقييد من مجال النشاط وضع شرطا يتمثل في ضرورة ربط إنتاج السلع والخدمات "بالنشاط الاقتصادي". كما سمح بالاستثمار في بعض القطاعات التي كانت تحتكرها الدولة والمؤسسات العمومية التابعة لها بعد الحصول على رخصة من السلطات المعنية³.

حدد المشرع الجزائري في المادة 02 من نفس الأمر مفهوم الاستثمار كما يلي:
"يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا الأمر ما يأتي:

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

2- المساهمة في رأسمال مؤسسة في شكل مساهمات نقدية أو عينية.

¹ - ينظر: عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص142.

² - المادة 01 من الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم.

³ - ينظر: عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص143.

3- استعادة النشاطات في إطار خوصصة جزئية أو كلية¹.

يستخلص من هذا التعريف ما يلي:

• أن الاستثمار يمكن أن يأخذ أشكال مختلفة هي:

أ- توسيع نشاط المؤسسة بالمساهمة في استحداث نشاطات جديدة أو المساهمة في تحسين قدرات الإنتاج، أو إعادة تأهيل أو إعادة الهيكلة.

ب- المساهمة في رأسمال مؤسسة: أي المساهمة الجزئية في تحسين الوضعية المالية لمؤسسة من خلال الرفع من رأسمالها.

ج- اكتساب مؤسسات بشكل كلي أو جزئي في إطار عملية الخوصصة.

• هذه المساهمات يمكن أن تكون نقدية أو عينية.

• وسع المشرع من مجال النشاط ليشمل كل القطاعات الاقتصادية بما فيها تلك التي تعتبر حيوية للاقتصاد الوطني ولكن بشرط الحصول على رخصة من السلطات المعنية.

• هناك إرادة لدى المشرع الجزائري في توسيع مجال النشاط ليشمل كل القطاعات الاقتصادية بما في ذلك تلك التي تعتبر حيوية للاقتصاد الوطني. ولكن في نفس الوقت وضع قيود الهدف منها الاحتفاظ "بالأساليب التقليدية للاستثمار" واستبعاد "الأشكال الجديدة للاستثمار (NFI)" إلى جانب اشتراط الحصول على رخصة للاستثمار في بعض القطاعات الحيوية للاقتصاد الوطني².

¹ - المادة 02 من الأمر 03-01 المعدل والمتمم.

² - ينظر: عيبوط محند و علي، المراجع السابق، ص144.

هـ- الأمر 09-01 المتعلق بقانون المالية التكميلي لسنة 2009 المعدل والمتمم

لقانون الاستثمار:

هذا الأمر لم يعرف الاستثمار كسابقه من القوانين لكنه جاء بقاعدة جديدة قديمة وهي القاعدة 51/49%، إضافة إلى مبدأ الشفعة الذي أعطى الحق للدولة أو المؤسسات العمومية المملوكة من طرفها (الدولة) لممارسة هذا الحق على المشاريع الاستثمارية التي استفادت من الامتيازات المالية والضريبية وشبه الضريبية من الخزينة العمومية، والتي يرغب مالكوها في التنازل عن حصصه في هذه المشاريع الاستثمارية، وهذا ما نصت عليه المادتين 04 مكرر و04 مكرر 3 على التوالي.

و- قانون 16-01 المتعلق بتعديل الدستور:

نص التعديل الأخير للدستور في المادة 43 ولأول مرة على حرية الاستثمار بقولها:

" حرية الاستثمار والتجارة معترف بها وتمارس في إطار القانون.

تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية.

- تكفل الدولة ضبط السوق، ويحمي القانون حقوق المستهلكين.

- يمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير النزيهة."

ز- قانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار:

هذا القانون ألغى قانون تطوير الاستثمار السابق الصادر بالأمر 01-03 وكل التعديلات التي لحقته مع الإبقاء على النصوص التنظيمية لهذا الأمر سارية المفعول إلى غاية صدور نصوص تنظيمية جديدة وهذا ما أكدت عليه المادة 38 من هذا القانون.

وهذا القانون لم يتطرق كسابقه من القوانين، إلى تعريف محدد واصطلاحي للاستثمار، بل اكتفى بتعريفه ببعض أشكال الاستثمار في المادة 02 منه.

وتعد عملية الاستثمار من العمليات المعقدة جدا التي اختلفت تعاريف رجال القانون والاقتصاد بشأنها.

فالاستثمار عند الاقتصاديين عملية هادفة لتكوين رأس المال أو الزيادة فيه وهو بذلك عملية تزيد من التراكم المادي والمالي لاقتصاد البلدان، ولقد عرفه البعض من رجال الاقتصاد بمجموعة من التعاريف لها منطلقات وآثار اقتصادية محضة فعرفت عملية الاستثمار بأنها كل اكتساب للأموال من أجل الحصول على منتج أو استهلاكه.

وعرفها آخرون بأنها الحصول على أموال ووسائل إنتاجية من أجل إنتاج مستقبلي، وعرفت أيضا بأنها استغلال المنتج المتمثل في تضاعف الذمة المالية للتجهيز.

أما رجال القانون فينظرون إلى تعريف عملية الاستثمار على أساس الإجراءات والطرق القانونية لخلق هذا الاستثمار¹، كما يفصلون في حقوق وواجبات الهيئة المستثمرة والبلد المستقطب لهذا الاستثمار، وهذا ما عسر إيجاد تعريف جامع للاستثمار من الناحية القانونية، أو بمعنى آخر فإن تعريف الاستثمار لا يمكن أن يكون فاصلا بين العناصر الاقتصادية والقانونية التي يتشكل منها تعريف الاستثمار، وقبل رصد التعريف القانوني للاستثمار في مختلف النصوص القانونية الدولية والداخلية لا بأس من تعريفه لغويا لضبط معناه وتوضيحه أكثر.

كما عرف الاستثمار من عدة جوانب فمنها المحاسبية والاقتصادية والمالية.

فحسب النظرة المحاسبية هذا المفهوم يقترن الاستثمار بالقيم الثابتة، أو مجمل الممتلكات التي تمثل المجموعة الثانية من النظام المحاسبي والمالي، وهو كذلك مرتبط بمفهوم المدة وبعبارة أخرى هو الزيادة في أصول المؤسسة غير المنقولة كالأراضي

¹ - ينظر: عبد الكريم احمد عاطف، مناخ الاستثمار وأهميته في جذب الاستثمارات، مركز الدراسات والبحوث اليمني، 2010، ص 1-2.

والمباني والأصول المنقولة كالتجهيزات والمعدات... وما يعاب على هذا المفهوم أنه يتجاهل الاستثمارات المالية والقيم الثابتة الأخرى¹.

في سنة 1972، منظمة نقابة خبراء المحاسبين المعتمدين الفرنسيين قدموا التعريف التالي للاستثمار: "هناك استثمار عندما لا يوجد هناك استهلاك في الحين للمادة أو الخدمة، والذي يتواصل لفترة زمنية يمكن تحديدها من قبل" فسرت نفس المنظمة مبدأ الاستثمار بالأصول الثابتة التي مدتهم الزمنية هي على الأقل سنة والخاصة بالمنتجات المادية والخدمات المحصل عليها من قبل المؤسسة².

أما النظرة الاقتصادية فنفسر الاستثمار بتكون رأس المال، وهي تحوي كل النفقات المالية المخصصة للشراء والإيداع والصيانة... التي من خلالها توضع حيز التنفيذ ميكانيزمات التنمية الخاصة بالإنتاج³.

ولقد تناول عدد كبير من الاقتصاديين تعريف الاستثمار، وندرج البعض منها:

- عرف فليب كاهن -Philippe Knhn- الاستثمار على أنه: "عمل أو تصرف لمدة معينة، من أجل تطوير نشاط اقتصادي، سواء كان هذا العمل في شكل أموال مادية أو غير مادية (الملكية الصناعية، المهارة الفنية، نتائج البحث... الخ) أو في شكل قروض"⁴.

- وعرف الاستثمار على أنه: "عملية شراء أو إنتاج مواد تجهيزات وسلع بسيطة..."، يلاحظ أن هذا التعريف يعتبر الاستثمار عملية الحصول على التجهيزات ومستلزمات الإنتاج، دون الإشارة إلى الغرض الأساسي والأهداف المرجوة منه.

¹ - ينظر: حسين بلعجوز والجودي صاطوري، تقسيم واختيار المشاريع الاستثمارية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2013، ص06.

² - ينظر: شوام بوشامة، تقييم واختيار الاستثمارات، الطبعة 1، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص19.

³ - ينظر: المرجع نفسه، ص18.

⁴ - ينظر: أ.عليوش قربوع كمال، الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون سنة الطبع، ص2 وما بعدها.

ويعرف كذلك على أنه: "عملية ضرورة تتطلب تدخل فعال وتنشيط لأحد المتعاملين الاقتصاديين من أجل خلق رأس المال بمعنى ثروة المستثمر".

هذا التعريف قد أفلح في إبراز أهداف الاستثمار لكنه أهمل العناصر الأساسية للاستثمار من حيث الأرباح والمدة¹.

- كما عرّف الاستثمار على أنه هو تكوين رأس المال الثابت أي إحداث تراكم عوامل مادية حصصا منها التجارية، وهذه الأصول تسمح بزيادة الطاقة الاقتصادية للمؤسسة والمساهمة في تشغيلها لعدة دورات إنتاجية، كما يمكن اعتباره توظيف للموارد المالية الموجودة في حوزة المؤسسة بهدف تعظيم قيمتها المستقبلية.

وعليه فالاستثمار هو التضحية باستهلاك حالي أكيد في سبيل استهلاك مستقبلي غير أكيد في ظروف غير مؤكدة².

أما الاستثمار من الناحية المالية فعلاقته وطيدة برجال الإدارة المالية، ويصبح الاستثمار في هذا المعنى هو التوظيف المالي في الأوراق والأدوات المالية المختلفة من أسهم وودائع، أو هو التعامل بالأموال للحصول على الأرباح وذلك بالتخلي عنها في لحظة زمنية معينة ولفترة زمنية محددة بقصد الحصول على تدفقات مالية مستقبلية تعوض عن القيمة الحالية للأموال المستثمرة وتعوض من عامل المخاطر المرافق للمستقبل³.

من خلال التعاريف والمفاهيم السابقة نستنتج أن الاستثمار هو التخلي عن الأموال في الحاضر مقابل الحصول على عائد مستقبلي أي أنه هناك تضحية (مخاطرة)، حرمان، انتظار طيلة فترة الاستثمار.

¹ - ينظر: محمد سارة، الاستثمار الأجنبي في الجزائر - دراسة حالة أوراسكوم- ، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير- تخصص قانون الأعمال- جامعة منتوري قسنطينة، 2009-2010، ص07.

² - ينظر: حسين بلعجوز والجودي صاطوري، المرجع السابق، ص06.

³ - ينظر: بسدات كريمة، العوامل المؤثرة في الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر، أطروحة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الدكتوراه علوم اقتصادية، جامعة الجزائر 3، السنة الجامعية 2010-2011، ص18.

وعليه فإن الاستثمار هو توظيف المال بهدف تحقيق العائد أو الربح والمال عموماً، وقد يكون الاستثمار على شكل مادي ملموس أو على شكل غير مادي.

المطلب الثاني: خصائص، مبادئ وأنواع الاستثمار.

تعد خصائص الاستثمار ومبادئه من أهم المحاور التي تحضى بالدراسات الأكاديمية، كون هذه الخصائص هي من تميز بين الاستثمارات وما يشابهها من العمليات التجارية، وتعتمد الدولة إلى تبني المبادئ العالمية لحماية الاستثمارات الأجنبية كانت أو وطنية، وترجمتها في نصوص قانونية لضمان هذه الحماية لمختلف أنواع الاستثمارات.

الفرع الأول: خصائص ومبادئ الاستثمار.

للاستثمار عدة خصائص تتمثل في: مصاريف الاستثمار والتدفقات النقدية، مدة حياة الاستثمار، خلق قيمة مضافة للاقتصاد، والقيمة المتبقية للاستثمار.

فمصاريف الإستثمار عبارة عن إنفاق مجموعة من الأموال للحصول على استثمار، وتحوي كل التكاليف الاستثمارية وتكاليف التشغيل التي تتعلق بتحضير الاستثمارات، وتتمثل التكاليف الاستثمارية في التكاليف الضرورية لإقامة الاستثمار وهي كالتالي:

- تكاليف خاصة لإعداد الأصول الثابتة كالنقل.
- تكاليف إجراء التجارب.
- تكاليف خاصة بالأموال الثابتة كالأراضي.
- تكاليف متعلقة بالتصميمات والرسومات الهندسية للاستثمار.

أما التكاليف فهي تكاليف ضرورية لاستغلال طاقات الاستثمار الإنتاجية وذلك بعد وضع الاستثمار في حالة التشغيل، ومن أمثلة ذلك تكاليف المواد اللازمة للإنتاج والمصاريف المتعلقة بها كمصاريف النقل وأجور العمال.

ويقصد بالتدفقات النقدية ذلك الفرق بين المدخلات والمخرجات النقدية سواء من خلال التجهيز أو الإنشاء، حيث تحسب هذه النفقات بالعلاقات التالية:

- التدفق النقدي الإجمالي- نفقات الاستثمار – مداخيل الاستثمار.
- التدفق النقدي الصافي – التدفق النقدي الإجمالي – (الضرائب ومستحقات الغير).

أما مدة حياة الاستثمار فهي المدة التي يكون فيها الاستثمار في حالة عطاء أي التي يحقق فيها إيرادات صافية، وهي الفترة المقدره للتدفقات النقدية الموجبة، ونميز في مدة حياة الاستثمار العمر الاقتصادي والذي نقصد به الفترة التي يكون فيها تشغيل الاستثمار اقتصاديا أي تحقيق أقل تكلفة مع وجود عائد وعمر إنتاجي، والذي هو عبارة عن الفترة التي ينتظر أن يكون من خلالها الاستثمار صالحا للإنتاج، من الضروري تقييم مردودية المشروع تبعا لمدة حياته الاقتصادية.

أما خلق قيمة مضافة للاقتصاد فتعني خلق قيمة للسهم، وانطلاقا من ذلك فهذا المفهوم يكرس وضع المساهم في خدمة إستراتيجية المنشأة.

تطور مفهوم خلق القيمة ميزته العودة القوية للمساهم في الدول الأوروبية، ولقد اتضح ذلك عند مرورها إلى العملة الموحدة –اليورو- التي ساهمت في إبداء شفافية الاستثمارات بتشكيل محفظة مالية تتميز بالتنوع في إطار التوجهات الإستراتيجية للمنشأة.

يمثل موضوع خلق القيمة مكانة هامة في مراكز القيادة والتسيير داخل المؤسسات الاقتصادية، فالتسيير بالقيمة أصبح ميزة مرتبطة بالمنشآت الكبرى كمحاولة منها للانتقال بالوظيفة المالية من النشاط المحاسبي نحو النشاط الاقتصادي والذي يؤدي إلى خلق قيمة – création de valeur-، حيث أوضحت المنشآت تأخذ به كمؤشر نمطي في التقييم، وكمقياس شامل يسهم في اتخاذ القرارات الإستراتيجية الشاملة والدائمة.

وأضحى الاهتمام الآن يتجه نحو القيمة الاقتصادية، وهي تختلف عن الربح كونها تولى عناية خاصة لقيمة السهم، وبالتالي تؤثر قيمته السوقية نتيجة تغيير حجم التدفقات النقدية -cash flow- المتوقع الحصول عليها خلال فترة حياة المشروع أو الاستثمار.

والقيمة المتبقية للاستثمار كخاصية، تمثل الجزء الذي لم يستهلك من التكلفة الأولية للاستثمار، فعند نهاية الاستعمال تحتفظ بعض الأصول الثابتة بقيمة نهائية، ويتعلق الأمر هنا بالأراضي وكذلك الوسائل والمعدات والتي يمكن بيعها بقيمة متدنية، إذ يجب أخذها بعين الاعتبار كتدفق غيابي في السنة الأخيرة من مدة حياة الاستثمار، نفس الشيء بالنسبة لاحتياجات دورة الاستغلال التي يمكن استرجاعها¹.

وعموما فأي مشروع استثماري حتى يكون ناجحا لابد أن يحقق ما سبق ذكره وإضافة لتحقيق تراكم رأس المال المتمثل في جني الأرباح الرأسمالية، ويفضل الكثير من المستثمرين التركيز على أدوات استثمارية ملموسة كالتعامل بالعقارات مثلا وبعض المعادن الثمينة، كون عنصر التغير في قيمتها على المدى القصير محدودا إذا ما قارناه ببعض الأصول الاستثمارية الوهمية كحق التأليف وشهرة المحل².

وتشتمل العملية الاستثمارية على عناصر متمثلة في المساهمة قصد الحصول على الأرباح والمجازفة أو المخاطرة وعامل الزمن أو المدة.

1- المساهمة:

يقوم المستثمر أجنبيا كان أو وطني، عمومي أو خاص، طبيعي أو معنوي بتقديم مساهمة نقدية أو عينية، ومادية أو غير مادية.

وعادة ما تكون تغطية باقي المساهمة التمويلية في شكلقروض تدخل في تكلفة الإنتاج، فالبنك يعطي قرضا للمستثمر ولكن ليس بفائدة نقدية وإنما بأسهم في الشركة الاستثمارية

¹ - ينظر: بسدات كريمة، المرجع السابق، ص31.

² - ينظر: أحمد زكريا صيام، مبادئ الاستثمار، عمان للطبع و النشر، الأردن، الطبعة 1، 1997، ص25.

وبالتالي يصبح البنك مستثمرا أو شريكا للمستثمر طالب القرض، وقد جيء بهذه الطريقة من البنوك الإسلامية المأليزية.

لكن البنوك لا تتدخل كشريك مستثمر في المشروع الاستثماري دائما، بل قد تكتفي بمنح القرض للمستثمر وفقا للشروط المتفق عليها في اتفاقية القرض، كونها الأخير بالنسبة للبنك هو استثمار في حد ذاته.

2- نية الحصول على الربح:

إن المستثمر يهدف من خلال عملية الاستثمار إلى الحصول على أرباح أو فوائد وإلا فلا تعد العملية استثمارا، ونية تحقيق الأرباح ليست مجرد نية فقط بل أن المستثمر يترجمها بدراسات الجدوى التي يوكلها لمستشارين وخبراء مختصين في مجالات متعددة منها، المالية والاقتصادية (وضعية الأسواق والمنافسة ...) والقانونية، وهذا قبل الشروع في تجسيد استثماره فعليا.

3- المجازفة أو المخاطرة¹:

إن نية الحصول على الربح لا تعني بدهاءة التحقيق الفعلي لذلك الربح فالمساهمة بمخاطر بها وقد يحقق المستثمر أرباحا كبيرة أو صغيرة وقد يحتل بمنتجاته جزءا من الاقتصاد الوطني أو الإقليمي أو العالمي وقد يصل في بعض الأحيان إلى حد الاحتكار، وفي المقابل قد يتحمل قدرا من الخسارة بمناسبة التنافسية مع مستثمرين آخرين أو لعدم التحكم الحسن في سلسلة التسويق وهذا ما قد يؤدي إلى تراجع في الأرباح لمدة معينة كما قد تتضاعف تلك الخسائر.

ومفهوم المخاطرة يقابله مبدأ استثماري معروف يسمى "رأس المال الجبان" ومعناه أن المستثمر مجبر أن يفاضل بين نيته في تحقيق الربح والمخاطر التي قد تتهدد مجازفته بجزء من أمواله في شكل مساهمة في مشروعه الاستثماري.

¹ - وعادة ما تتعلق هاته المخاطر بالنظام العام في الأسواق وحركتها كمخاطر الأسعار تبعا لانخفاض قيمتها أو ارتفاعها، وقد ترتبط هاته المخاطر أيضا بالمخاطر الاجتماعية أو التنظيمية التي تنجم عن التغيرات العكسية في القوانين والتنظيمات، والتي من شأنها أن تؤثر على المستثمر الأجنبي.

4- عامل الزمن أو المدة¹:

إن المستثمر ينتظر بطبيعة الحال مدة زمنية كي يرى ثمرة استثماره فهو لا يحقق الربح فور الاستثمار بشكل عام وإنما يستغرق وقتاً.

ولعل هذا أهم ما يميز العملية الاستثمارية عن الأعمال التجارية عموماً وعملية البيع على وجه الخصوص.

فالقائمة المضافة تتضاعف في المدة الزمنية التي يستغرقها الاستثمار أما العمليات التجارية فإنها وإن حققت تلك القيمة فإنها تكون آنية وغير متجددة فعملية الاستثمار تخلق علاقات متشعبة بين صاحب الاستثمار والمتعاملين معه وهي علاقات دائمة ومتجددة متى بقي الاستثمار قائماً، أما علاقات التجارة فتنتهي بمجرد انتهاء التزامات طرفي عقود البيع.

وما تجدر ملاحظته أيضاً هو أن عامل العلاقة الممتدة في الزمن كمعيار التفرقة بين الاستثمار والعمليات المشابهة له قد تؤدي إلى الإلباس أحياناً، إذ أن من البيوع ما يمتد في الزمن كالبيع بالتقسيط أو البيع الإيجاري أو كعقود التجارة الدولية هذا من جهة ومن جهة أخرى قد يحدث في حالة الاستثمار تسريع الحصول على الأرباح المنتظرة ببيع المشروع مقدماً مثل عقود التكنولوجيا التي يسرع صاحب البراءة من الحصول على نصيبه من الفوائد.

ولقد أجمع الفقه على ضرورة احترام الدولة المستضيفة للاستثمار، وهذا ما تعكسه الدول في تشريعاتها المنظمة للاستثمارات والجزائر لا تخرج عن هذه القاعدة، بل أنها عمدت إلى النص على أهم هذه المبادئ في آخر تعديل دستوري وبالضبط في المادة 43 منه أين أكدت فيها على " حرية الاستثمار "، ونتطرق بنوع من التفصيل لهذه المبادئ تباعاً:

1- مبدأ حرية الاستثمار: فكلما توصلنا إلى تنظيم وتطبيق حسن لهذا المبدأ قلنا أن

هذا القانون جيد، ومعناه أن كل المستثمرين الخواص والعموميين الوطنيين والأجانب أحرار في اختيار أسلوب التعاقد وأحرار في اختيار طرق التمويل والتموين وأحرار في تقنيات

¹ - ينظر: حسين بلعجوز، جودي صاطوري، المرجع السابق، ص23، 24.

الاستثمار وأحرار في التوظيف والمهم أن يكونوا أحراراً من كل التغييرات البيروقراطية والسياسية والاقتصادية.

هذا مبدأ للأسف غير مكرس في التشريعات الخاصة في الدول النامية أو مكرسة بالتدرج، لكن هذا المبدأ هو في الحقيقة نسبي فالو. م. أ التي من المفروض أنها تبجل هذا المبدأ نجدها تحده في بعض الأحيان وخير دليل على ذلك قانون منع الاحتكار anti-trust régulations وعنايه أنه يمنع على أي شركة تستثمر في الو.م.أ تحمي الاستثمار لكن بالمقابل ترفض أن يصل هذا الاستثمار إلى درجة الاحتكار ومثال واقع ما حصل مع شركة micro-soft وتسوية هذا المشكل وديا بين وزارة التجارة وهذه الشركة إذن نستنتج أن مبدأ حرية الاستثمار له حدّ أدنى وحدّ أقصى يختلف من دولة إلى أخرى.

2- مبدأ المساواة بين المستثمر العام والخاص والمستثمر الوطني والأجنبي: هذا

المبدأ كرّسه لأول مرة المرسوم التشريعي 93-12 وتم تكريس هذا المبدأ لاحقاً في كل قوانين الاستثمار وكان آخرها القانون المتعلق بترقية الاستثمار رقم 16-09 ، وقبل المرسوم 93-12 فلا نجد مساواة بين المستثمرين، ففي 1982 نجد تمييز discrimination بين المستثمر الوطني والأجنبي حيث فضل هذا الأخير لإنشاء شركات مختلطة مع القطاع العام مهمّشاً بذلك المستثمر الوطني، وهذا التمييز مرفوض حتى دولياً ومن طرف الحقوق الديمقراطية.

3- مبدأ عدم إخضاع النزاعات الاستثمارية إلى القضاء المحلي: أي إذا وقع أي

نزاع بين مستثمر وطني وأجنبي فإن هذا النزاع لا يجب أن يخضع إلى القضاء المحلي.

ذلك انه لن يحقق الغاية من التقاضي وبالتالي يلجأ إلى التحكم التجاري الدولي وهذا أكبر الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمرين.

وهذه المبادئ الثلاثة هي من أهم المبادئ والضمانات لكنها نسبية في القوانين

الاستثمارية للدولة الواحدة حسب أولوية وأهمية كل قطاع وحتى بين الدول.

4- مبدأ رجعية الاستفادة من التسهيلات والضمانات للمستثمرين المتوقعين من قبل في الجزائر: ومؤدى هذا المبدأ أن الاستثمارات المتوقعة والناشطة في الاقتصاد الوطني لها الحق في الاستفادة من أي امتيازات أو تسهيلات أو ضمانات لم تكن موجودة ساعة بدء الاستغلال الفعلي للاستثمار.

الفرع الثاني: أنواع الاستثمار.

إن الاستثمار على اختلاف أنواعه يركز على مبادئ كرسها قانون الاستثمار إلى جانب مجموعة من القوانين الأخرى والتي لا تخرج عن إطار التشريع الاستثماري بمفهومه الواسع.

ولقد سائر الاستثمار الدولي التطورات في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية، فبعدها كان الاستثمار يقتصر على الجانب المالي في القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، ظهرت ما بين الحربين العالميين الأولى والثانية ما يسمى بالاستثمار الأجنبي المباشر (IDE)، ثم في السبعينات ظهرت وتطورت ما أصبح الاستثمار بالأشكال الجديدة الاستثمار (NFI)، لذلك أصبح الاستثمار الدولي يأخذ أشكالاً مختلفة¹. وهي:

- الاستثمار المباشر، الاستثمار غير المباشر.
- الاستثمار التجاري والاستثمار الصناعي.
- الاستثمار الأجنبي والاستثمار المحلي.
- الأشكال الجديدة للاستثمار (NFI).

¹ - ينظر: عيبوط محند وعلي، المراجع السابق، ص149.

أ- الاستثمار المباشر والاستثمار غير المباشر:

▪ الاستثمار المباشر (Investissement direct):

يقصد بهذا النمط من الاستثمار قيام المستثمر غير الوطني، سواء كان شخصا طبيعيا أم معنويا، بممارسة نشاط تجاري في الدولة بحيث يخضع هذا النشاط لسيطرته وتوجيهه، سواء كان ذلك عن طريق ملكيته الكاملة لرأس المال المشروع التجاري (الشركة التجارية)، أو عن طريق مساهمته مع رأس المال الوطني بنسبة معينة تكفل له السيطرة على إدارة المشروع.

وبعبارة أخرى إن الاستثمارات الأجنبية المباشرة هي تلك الشركات التجارية أو فروعها التي يملكها غير الوطنيين في الدولة ويقومون بإدارتها، سواء كانت هذه الملكية كاملة أم بنصيب يكفل السيطرة على إدارة المشروع وتوجيهه. ومن ثم فإن الاستثمار المباشر يفترض أمرين اثنين: أولها وجود نشاط تجاري يزاوله المستثمر الأجنبي في الدولة المستقطبة للاستثمار. وثانيهما سيطرته على هذا النشاط من خلال ملكيته الكاملة أو الجزئية للمشروع¹.

وأيا كان الأمر فإن المستثمر غير الوطني، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، يبحث عن "سلطة القرار الحقيقية والفعلية في تسيير المؤسسة"، والعلة في ذلك أن هذا النمط من الاستثمار يخوله حق رقابة المستثمر لنشاط المؤسسة أو سلطة اتخاذ القرار داخل المؤسسة. لذلك يعرفه الاقتصاديون كما يلي:

"I 'investissement extérieur direct est tout flux de prêt a une entreprise étrangère ou toute nouvelle acquisition de parts de propriété dans une entreprise étrangère, à condition que les résidents du pays investisseur aient une partie importante de la propriété de cette entreprise²".

¹ - ينظر: دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، ط1، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان، 2006، ص63.

² - ينظر: عيبوط محند و علي، المرجع السابق، ص61.

■ أما الاستثمار غير المباشر (Investissement indirect):

هو ذلك الاستثمار الذي يتخذ شكل قروض مقدمة من الأفراد أو الهيئات أو الشركات الأجنبية، أو يكون في شكل اكتتاب في الأسهم والسندات الصادرة من الدولة المستقطبة لرأس المال أو هيئاتها العمة أو الشركات التي تنشأ فيها، على أن لا يكون للمستثمر الأجنبي من الأسهم ما يخوله حق إدارة الشركة والسيطرة عليها.

يتضح من ذلك أن الاستثمار غير المباشر يمكن أن يكون في صورة قروض تقدم إلى الدولة المستقطبة لرأس المال أو المشروعات الاقتصادية فيها، كما يمكن أن يتخذ أيضا صيغة الاكتتاب في الأسهم والسندات التي تصدرها تلك الدولة أو المشروعات التي تتأسس فيها¹.

فالفارق بين الاستثمار المباشر والاستثمار غير المباشر يكمن في "عنصر الرقابة" التي يمارسها المستثمر الأجنبي على المؤسسة لذلك يعتمد عليه معظم الفقهاء كأساس لتعريفه وان كان معيار الهدف لا يقل أهمية في العلوم الاقتصادية².

ب- الاستثمار التجاري والاستثمار الصناعي:

يعتمد الاستثمار التجاري أساسا على التصدير وهو بالتالي لا يتمثل في تحويل مركز الإنتاج إلى البلد المستقبل. وهو بذلك يزيد من الطاقات الإنتاجية لذلك البلد. وعليه يمكن القول أن البلاد المصدرة للرساميل تفضل التجاري لأنه يخدم موازين مدفوعاتها عن طريق عقود التصدير المبرمة مع البلد المتلقي.

أما الاستثمار الصناعي فتفضله البلاد المستقبلية لكونه يزيد من طاقاتها الإنتاجية وتخشاها الدول المصدرة للرساميل باعتباره مرتبا لإعادة استيراد المواد المنتجة عن طريق ذلك الاستثمار ومشكلا بذلك منافسة للمنتجات المحلية.

¹ - ينظر: عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 66.

² - ينظر: المراجع نفسه، ص 78.

ج- الاستثمار الأجنبي والاستثمار المحلي:

الاستثمار الأجنبي هو ذلك الاستثمار الذي يتعدى حدود الدولة ويتم في دولة أخرى، ويعرف كذلك بالاستثمار الدولي¹، والمعيار الذي يسمح بإضفاء صفة "الأجنبي" على الاستثمار هو مركز إقامة المستثمر وليس جنسيته، بحيث يعتبر أجنبياً كل استثمار ينجز في بلد ما من طرف شخص غير مقيم أو يتمتع بجنسية أجنبية. وإذا كان المستثمر يهتم بالإقامة ومقر السكن وموقع الاستثمار، فإن قوانين الاستثمار تعتمد أساساً على عنصر الرقابة والمصلحة لتحديد الاستثمار الأجنبي.

أما الاستثمار المحلي: إن ربط الاستثمار بالاقتصاد الوطني لدولة معينة يقوم عادة على معيار الجنسية عندما يتعلق الأمر بالأشخاص الطبيعيين، وموقع الاستثمار والمركز الاجتماعي عندما يتعلق الأمر بالأشخاص الاعتباريين. فلا يوجد أي معيار واضح ومحدد لا في الاقتصاد الدولي ولا في الاقتصاد الداخلي للتمييز بين الاستثمار المحلي والاستثمار الأجنبي.

د- الأشكال الجديدة للاستثمار (NFI):

هذا النوع من الاستثمارات ظهر في السبعينات ويشمل العديد من نشاطات المؤسسات الدولية، وما يميزها عن باقي الاستثمارات، أنها تسمح للمستثمر ممارسة رقابة فعلية على المؤسسة دون اكتساب الأغلبية في رأسمالها الاجتماعي. ومن بين هذه الاستثمارات نذكر: عقود الترخيص، عقود الامتياز، عقود المفتاح في اليد.

- عقد الإجازة L'Accord de licence:

هو عقد يقوم المستثمر الأجنبي بموجبه بالتصريح لمستثمر وطني باستخدام براءة الاختراع أو الخبرة الفنية ونتائج الأبحاث الإدارية مقابل عائد مادي معين، وهناك حالات مختلفة من التراخيص بالضرورة يكون المستثمر الأجنبي مرغماً عليها لأن البلد المضيف لا

¹ - ينظر: بسدات كريمة، المرجع السابق، ص 27.

يسمح بطريقة أخرى لدخول المستثمر الأجنبي، وهناك التراخيص بالاختيار بسبب عدم توفر الموارد المالية اللازمة للاستثمار أو ضعف القدرة والخبرة التسويقية بسوق البلد المضيف.

ولا يخلو هذا النوع من العقود الاستثمارية من المزايا والعيوب، فأما المزايا فنجملها في مايلي:

1- لا تتيح للمرخص التحكم في إدارة الأنشطة الإنتاجية محل الترخيص في الدولة المضيفة.

2- المحافظة على استقلالها السياسي والاقتصادي وتجنب التبعية التكنولوجية للدول الأجنبية.

- بالنسبة للمزايا:

- أما من ناحية العيوب فتتمثل في:

1- فقدان السيطرة على المنافسة النزيهة في المنتج مقارنة بباقي المنتجات المماثلة والتأثير على الجودة في المنتج.

2- احتمال فقدان الأسواق المجاورة للدولة التي حصلت على ترخيص.

3- انخفاض العائد أو الربح بالمقارنة مع الاستثمار المباشر الخالق لمناصب الشغل والمعرفة والخالق أيضا للضريبة والقيمة المضافة بنسب أكبر من الاستثمار في إطار الترخيص.

4- تساهل المرخص في مراقبة الجودة قد يؤدي إلى تراجع سمعة المنتج في أنحاء العالم¹.

¹ - ينظر: طلال زغبة وعبد الحميد برحومة، الأشكال الجديدة لتدفقات الاستثمار الاجنبي غير القائم على المساهمة في رأس المال وأثارها على التنمية الاقتصادية في الدول النامية، مجلة العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، العدد 11-2014، ص173.

- عقد الامتياز أو عقد استعمال العلامة التجارية. Le franchisage:

هو عقد يشبه الترخيص يلتزم بموجبه مانح الامتياز بتمكين ممنوح الامتياز من استخدام حقوق الملكية الفكرية الخاصة به وأهمها اسم مانح الامتياز التجاري وشعاراته ورموزه وعلاماته التجارية، وكذلك الاستفادة من خبراته ومهاراته وأنظمة عمله ومعرفته الفنية والتكنولوجية لاستخدامها في توزيع منتجات أو تقديم خدمات، إضافة إلى تقديم مانح الامتياز المعونة الفنية والتجارية والتدريب للممنوح الامتياز ومساعدته في كل ما يعينه على ممارسة النشاط موضوع عقد الامتياز حسب تعليمات وسياسات مانح الامتياز وشروط العقد بصفة دورية طوال مدة العقد في النطاق المكاني، نظير مقابل يتقاضاه مانح الامتياز.

ولعقد الامتياز مزايا وعيوب بالنسبة للدول المضيفة، فالنسبة للمزايا تتمثل في:

- 1- تنمية التكنولوجيا الوطنية وذلك بسبب التزام صاحب الامتياز بنقل المعرفة الفنية.
- 2- استعمال العلامة التجارية وجميع الإشارات والرموز الدالة على صاحب الامتياز.
- 3- الاستفادة من المساعدات الفنية والتجارية اللازمة لتنفيذ المشروع طيلة مدة العقد.

أما العيوب فتتخصر في:

- 1- الالتزام بتطبيق المعرفة الفنية والتسويقية والإنتاجية وفق تعليمات المانح.
 - 2- الالتزام بعدم المنافسة أثناء تنفيذ العقد.
 - 3- دفع رسوم الدخول في شبكة التوزيع التابعة لمانح الامتياز.
- وهذا النوع من العقود غالبا ما تستعمله الشركات الأجنبية والمتعددة الجنسيات، وهو ما يعود عليها بالمزايا لكن هذا العقد لا يخلو أيضا من العيوب، والمزايا تتمثل في:

- 1- هذا النوع من العقود غالبا ما يصب في مصلحة مانح الامتياز وتكون مساحة التعديل في شروطه جد محدودة.
- 2- احتفاظ مانح الامتياز بحق السيطرة على جودة المنتج ومواصفاته وتسويقه وبيعه.

أما العيوب فتتمثل في:

- 1- حجم الأرباح التي يحصل عليها مانح الامتياز غير كبيرة.
- 2- عدم القدرة على السيطرة على المستفيد من عقد الامتياز والالتزام بنقل المعرفة الفنية له¹.

- عقد التسيير:

تجد البلاد النامية نفسها عاجزة عن التسيير الناجع للمشاريع الاقتصادية فتلجأ، قبل تكوين خبرة لها في الميدان، إلى إبرام عقود تسيير مع المتعامل الأجنبي، بحيث يتعهد هذا الأخير بتسيير المشروع أو الشركة للبلد النامي مع القيام بتكوين العمال المحليين في مجالات التسيير ونقل سلطة التسيير إلى الشريك في البلد النامي بعد فترة محددة اتفاقياً.

كما قد يلجأ الشريك المحلي إلى مستشارين مستقلين لمتابعة نشاطات شركة التسيير. وقد يستفيد المحليون، في مثل هذه العقود، من مسائل معنوية، كسمعة الشركة الأجنبية، ومن قدراتها على الإبتياح في الأسواق العالمية، التي لها خبرة بها طبعاً، وبما فيها من مواد ورساميل. وكذلك يستفيد الشريك المحلي من التسهيلات التي تتمتع بها الشركة المسيرة في الحصول على التمويل.

- عقود المفتاح في اليد: L'accord clé en main.

ترتبط ببناء المشروعات الكبرى في الدول النامية، حيث تلتزم شركة دولية ببناء مشروع متكامل حتى مرحلة التشغيل وتسليمه إلى المالك، وقد تلتزم الشركة أيضاً بتدريب العاملين والفنيين لتشغيل المشروع وإمداده بالمعدات والآلات اللازمة للتشغيل، ويقوم البلد المضيف بدفع أتعاب المستثمر الأجنبي مقابل تقديمه التصميمات الخاصة بالمشروع وطرق تشغيله وصيانته وإدارته وكذلك يتحمل البلد المضيف تكلفة الحصول على التجهيزات والآلات مضافاً إليها تكاليف النقل وغيره.

¹ - ينظر: طلال زغبة وعبد الحميد برحومة، المرجع السابق، ص174.

وتبرم البلاد النامية، هذا النوع من العقود، بهدف تسريع وتيرة تصنيعها ببناء بنية صناعية قبل التحكم في عملية الإنشاء الصناعي، بحيث يتعهد المتعامل الأجنبي بتقديم مجتمعات صناعية عاملة وتأجيل الحصول على الثمن حتى تتمكن تلك المنشآت ذاتها من توليد الرأسمال.

وعادة ما تبدأ هذه العقود بدراسة القابلية «Etude de faisabilité» مرورا بالمساهمة التكنولوجية والمعرفة التقنية والمخططات بل والهندسة المدنية ثم تسليم المصنع جاهزا.

وتتعد هذه العقود ب " المفتاح في اليد" لأن التزامات الشريك الأجنبي تنتهي بانتهاء بناء المصانع أو المنشآت المعنية وإعدادها للعمل كي يتكفل الشريك المحلي بعد ذلك بتشغيلها وإدارتها في عملية الإنتاج. إلا أنه يحدث أن تمتد التزامات الشريك الأجنبي إلى ما بعد الإنجاز عندما يكون البلد المضيف مفتقرا إلى الخبرات في بعض الميادين بحيث يقوم الشريك الأجنبي بتقديم خبراته في مختلف عمليات الإنتاج والإدارة حتى تكتمل قدرات الشريك المحلي على الإنتاج وتشغيل المنشآت. وهي بذلك منظورة على أنها وسيلة لإرساء لبنية صناعية دون التحكم في التكنولوجيا. وذلك في مرحلة أولية وانتقالية قبل التمكن من التحكم في تلك التكنولوجيا.

ولو نظرنا إلى نشاط المتعاملين الأجانب لوجدنا أنه كثيرا ما يكون على شكل شركات "تدبير" Entreprises d'ingénierie تعمل على الجمع بين تقنيين ومهندسين ومسيرين وبنائين ثم تجهيزات المصنع واختيار التكنولوجيا المستعملة فيه لتحقيق المشروع المعني. وكثير ما يلجأ الطرف الأجنبي إلى مقاولات من الباطن للقيام بجزء من العمل أو لتقديم التكنولوجيا اللازمة.

غير أن هذا النوع من العقود لم يلب حاجة البلدان النامية فعلا لأن المنشآت تظل مفتقرة للعمالة الكفأة في ميدان الاستغلال والتسيير. كما أن الضمانات المقدمة تنتهي عند التأكد من أن المنشآت قادرة على الإنتاج، وهذا دون التأكد من قدرة المتلقي على ضمان عملها الجيد.

ذلك ما ولد الانتقاد لهذا النوع من عقود المفتاح في اليد ورتب التحول إلى نوع آخر هو "عقد المفتاح في اليد الثقيل".

ولعقود المفتاح في اليد مزايا وعيوب بالنسبة للدول المضيفة، فالمزايا تتمثل في:

- 1- انخفاض آثاره السلبية لأن العقد يكون لفترة مؤقتة.
- 2- الحصول على مستوى متقدم من التكنولوجيا الحديثة.
- 3- وجود فوائد طويلة الأجل وبخاصة إذا كان المشروع سوق رئيس للإنتاج والتصدير.

أما من ناحية العيوب فنذكر:

- 1- دور هذا النوع من الاستثمارات في تحقيق التقدم التكنولوجي للدولة المضيفة وكذلك خلق فرص العمل يتوقف إلى حد كبير على حجم وطبيعة المشروع.
- 2- في حالة توقف الطرف الأجنبي عن توريد قطع الغيار أو المواد الأولية فإن المشروع يصبح مهددا بالتوقف ومن ثم تظهر مشكلة التبعية للطرف الأجنبي.

أما مزايا عقود المفتاح في اليد بالنسبة للشركات متعددة الجنسيات فهي:

- 1- حصول الشركة على أرباح ناجمة من مستلزمات الإنتاج وآلات التجهيز.
- 2- انخفاض درجة الخطر السياسي والأخطار غير التجارية.

وأما العيوب فتتمثل:

- 1- انخفاض الأرباح التي تحصل عليها الشركة.

2- هذا الاستثمار لا يوفر أي رقابة على العمليات والجودة، ومن ثم قد يحدث أي خلل يسيء إلى سمعة الطرف الأجنبي، مما يؤدي إلى تقلص فرص الدخول في مشروعات أخرى¹.

- عقد السوق في اليد. L'accord marché en main:

وهو عقد يتميز بوجود مسؤوليات للطرف الأجنبي أكثر اتساعا مما يحدث في العقود السابقة الذكر، بحيث نجد تلك المسؤوليات تشمل التسيير التجاري من فنيات تسويق وتسويق فعلي للمنتوجات. أي أن الميزة هنا تكون بإضافة التعهد بحصول البلد المستقبل على عقود لابتياح (شراء) المنتوجات حتى يتمكن الشريك الأجنبي من تصريف منتوجاته لفترة يحددها العقد. وهكذا لا يتعهد الشريك الأجنبي بنقل التحكم في العملية الصناعية فحسب بل وبنقل المعرفة في قطاع الخدمات Secteur tertiaire للشريك المحلي.

وهذه الخاصية تمكن البلد المضيف للاستثمار من سد العجز المتعلق بروح المبادرة L'esprit D'entreprise في قطاع التجارة والتصدير. غير أن الملاحظ، هو أن هذا الشكل من العقود قد لاقى تخوف الطرف الأجنبي من أن يصبح الطرف المحلي منافسا له مستقبلا، ومن ثمة ندر العمل بعقد السوق في اليد.

- عقد اقتسام المنتج Les accords de partage de produit:

وهي عقود ابتدأت في ميدان النفط والمناجم. ويقوم الشريك الأجنبي، بمقتضاها، بعمليات التنقيب ثم بالاستغلال، بالاشتراك مع شركة وطنية محلية، لمدة معينة مقابل جزء من المنتج، يحصل عليه بعد تغطية التكاليف التي تتحملها الشركة الأجنبية. وتختلف نسبة ما يأخذه البلد المحلي من بلد إلى آخر.

ومن أمثلة تلك العقود ما أبرم بين الشركة الوطنية الأندلسية "Pertamina" وشركات متعددة الجنسيات التي تعوض فيها الأموال المستثمرة في التنقيب والاستغلال. بمقدار 40% من المنتج السنوي عند حدوث الاكتشاف.

¹ - ينظر: طلال زغبة وعبد الحميد برحومة، المرجع السابق، ص175.

هذا ويجب الحذر، عند النظر في شكل العملية الاستثمارية، بهدف معرفة ما إذا كانت بيعا أم استثمارا. ذلك أن الشركة الأجنبية التي تقدم تكنولوجيا أو علامة صناعية مثلا في إطار عقد إجازة Accord de licence فهي تكون مستثمرة عموما ولو بدون مشاركتها في الرأسمال الاجتماعي للمشروع الذي تقدم له تلك التكنولوجيا أو العلامة الصناعية. أما عندما تتدخل الشركة الأجنبية بتقديم تجهيزات في إطار عقود المفتاح في اليد أو المنتج في اليد فهي تكون بائعة بشكل رئيسي لا مستثمرة ولو شاركت أحيانا في الرأسمال الاجتماعي للمشروع أو الشركة.

إن ذلك التمييز بين دوافع الطرف من بلد مستقبل وشريك أجنبي في الشكل الجديد للاستثمار، وكذلك التمييز بين الاستثمار والبيع، ليس تمييزا نظريا فقط بل هو أساسي بالنسبة لقيادة الشركات، سواء كانت أجنبية أو محلية. وهو أساسي بالنسبة لأصحاب القرار الحكوميين. فذلك التمييز يوضح اتفاق المصالح أو تعارضها، أو إمكانيات التحالفات الإستراتيجية التي عادة ما تطبع العلاقات، بين الأطراف المحليين والأجانب، في الأشكال الجديدة للاستثمار¹.

وللمزيد من الفائدة نذكر، من جهة أخرى، أن تدخل الشركة الأجنبية في العملية كمستثمرة يجعلها تشترك مع الطرف المحلي في المصلحة. وهي مصلحة متمثلة في العمل على جعل المشروع ينتج فائضا اقتصاديا مثلما ذكرنا. هذا علما بأن هذا الاتفاق في المصلحة لا يعني غياب الاختلاف حول مسائل أخرى. ومن تلك المسائل نجد سياسة الأسعار وسياسة التشغيل ووسائل تحقيق الإنتاج La rentabilité وحول توزيع المخاطر والأرباح وحول الحدود الجغرافية للسوق وخاصة معرفة ما إذا كان يجب تصدير المنتج أم لا من الدولة المستقبلية، وهذا نظرا لكون ذلك التصدير قد يتعارض مع الإستراتيجية التجارية للشركة الأجنبية.

¹ -Oman Charles, avec la collaboration de François chesnais, Joseph Pelzman, Ruth Rama, les nouvelles formes d'investissement dans les industries des pays en développement... étude du centre de développement, Paris, O.C.D.E. 1989, p.12..

والجدير بالذكر، من جهة أخرى، انه غالبا ما يحدث تحالف ضمني، أو صريح بين الطرف المحلي وحكومة البلد المستقبل، عندما يتعلق الأمر بتصدير المنتوجات المستقبلية للمشروع، التي تكون مماثلة للمنتوجات التي تصدرها الشركة الأجنبية. إلا أنه يحدث العكس، من جهة أخرى، بحدوث تحالف بين الطرف المحلي والشركة الأجنبية ضد حكومة البلد المستقبل، عندما يريد الشريكان اقتطاع جزء من السوق. ويحدث ذلك التحالف ضد الحكومة، خاصة عندما تريد الدفاع عن مصالح المشتريين المحليين لمنتجات مشروع الاستثمار¹.

هذا ويختلف الوضع عندما تكون الشركة الأجنبية بائعة. ففي هذه الحالة تكون الهوة بين المصالح أوسع. فالشركة الأجنبية تبحث عن تحقيق أكبر قدر ممكن من الفارق، بين السعر الذي يتم التفاوض عليه مسبقا، وهو السعر المقابل لما تقدمه من موارد محددة مسبقا أيضا، وبين الكلفة الحقيقية التي تتحملها لتقديم تلك الموارد. أم الشريك المحلي فيريد التقليل من الفارق بين السعر الذي يقدم للشركة الأجنبية، والكلفة التي تتحملها تلك الشركة بتقديمها الموارد اللازمة للمشروع. كما أن الطرف المحلي، يظل مهتما أساسا بنجاح المشروع باعتباره استثمارا. وما دام استثمارا يهتم الطرف المحلي بمدى قدرته على تحقيق فوائد اقتصادية.

ويترتب على دخول الشركة الأجنبية كمستثمرة في المشروع فوائد لذلك المشروع. وهذا لأن تلك الشركة ستتحرك بفعالية أكبر مما لو كانت بائعة عند ظهور مشاكل أثناء بناء المشروع أو أثناء تنفيذه لم يكن الطرف المحلي يتوقعها أو لم يكن يتوقعها الطرفان معا. كما أن تلك الشركة الأجنبية تكون مستعدة أكثر مما لو كانت بائعة لأن تقدم للمشروع التكنولوجيا الجديدة التي تستخدمها أو التي تحصل عليها دون إعادة التفاوض حول شروط مشاركتها. ومثل هذه التصرفات الايجابية من الشركات الأجنبية المستثمرة هي التي تجعل الطرف المحلي يفضل مشاركة تلك الشركات في الرأسمال الاجتماعي ولو لم يكن ذلك الطرف المحلي في حاجة إلى رساميل.

¹ -Oman Charles et autres,op.cit. p.13.

لكن، وحتى في حالة اعتبار الشركة الأجنبية كمستثمرة، يجب التمييز أيضا – بهدف
الفعالية- بين اعتبارها مستثمرة بروح المبادرة *Esprit d'entreprise* أو مستثمرة بروح
ربعية. ففي الحالة الأولى قد تفضل تلك الشركة الأشكال الجديدة عن الأشكال التقليدية ما دام
ذلك يمكنها من تقادي التحمل الكبير للمخاطر و/أو التكاليف مقارنة بالبلد المستقبل أو شركاء
آخرين ويمكنها، من جهة أخرى، من التدخل طيلة حياة المشروع كي ينجح كاستثمار. أما في
الحالة الثانية فلا تعتبر الشركة نفسها معنية كثيرا بالعمل على نجاح المشروع وهي إذن،
تتصرف في هذه الحالة، تصرفا يقترب من وضع البائع لا المستثمر. وهي لا تتحمل إلا
القليل من المخاطر ومسؤوليات التنفيذ، وإذن لا تعير الكثير من الاهتمام، بمشاركتها النشطة
في تقوية المشروع على إنتاج فوائد اقتصادية.

الفصل الثاني: تطور النظام القانوني للاستثمار في الجزائر ومعوقات الاستثمار.

لقد عرف الاستثمار في الجزائر عموماً، والأجنبي على وجه الخصوص تغيرات عديدة وجذرية أحياناً، من خلال القوانين والتشريعات التي نظمت الاستثمار في الجزائر منذ الاستقلال، بداية بالقانون رقم 63-277 إلى غاية الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار ووصولاً إلى القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار والذي ألغى الأمر 01-03 وكل التعديلات التي لحقته. ولكل القوانين التي صدرت في هذه الفترة مميزات خاصة بها تفرضها رهانات المرحلة و الظروف المالية والاقتصادية الوطنية و حتى التنافسية الإقليمية لدول الجوار في استقطاب الاستثمارات.

إن القانون رقم 63-277 المؤرخ في 26 جويلية 1963 قد وجه بصفة أساسية لرؤوس الأموال الأجنبية مع منحها الحرية في الاستثمار، إلا أنه بعد ما سمي بـ "التصحيح الثوري" في 19 جوان 1965، ونظراً لموجة التأميمات التي صاحبت القانون رقم 63-277 التي سببت إخفاقه، ودخول الجزائر في مرحلة تالية تميزت بالاهتمام ببناء اقتصاد اشتراكي، صدر الأمر 66-284 في 15-09-1966 الذي سمح للقطاع الخاص بالتدخل في مجالات محددة في الاقتصاد، وأولى الأهمية لرؤوس الأموال المحلية، أولاً، وبصفة احتياطية لرؤوس الأموال الأجنبية، لكن هذه العدائية تلاشت نوعاً ما في بداية الثمانينات وتحولت إلى تحفظ من الاستثمار الأجنبي بصدور قانون 82-13 في 28-08-1982 المعدل والمتمم بقانون 86-13 الصادر في 19-08-1986، الذي لم يسمح للاستثمار الأجنبي بأن يكون له موقع في السوق إلا تحت إطار قانوني واحد هو الشركة المختلطة الاقتصاد، بالاشتراك مع مؤسسات أو شركات عمومية وطنية مستبعدة دخول المستثمر الأجنبي في شراكة مع المستثمر الوطني الخاص، مما يفسر تخوف الدولة الاشتراكية التوجه من الاستثمار الوطني الخاص والأجنبي على حدٍ سواء.

لكن في أواخر الثمانينات، ومع انهيار أسعار البترول الذي ولد أزمة اقتصادية في الدول المصدرة له من جهة، وندرة رؤوس الأموال الأجنبية المتدفقة إلى الجزائر بسبب عدم ملائمة المناخ القانوني للاستثمار من جهة أخرى، جعل المشرع الجزائري يغير من نظرتة

إلى الاستثمار الأجنبي ودوره في التنمية الاقتصادية، لهذا تبنت الجزائر سياسة الإصلاح الاقتصادي في بداية التسعينات والتي من أهم محاورها إصدار تشريعات خاصة بالاستثمار وتبني إجراءات حمايته وتشجيعه، وهذا ما تجسد في الواقع بإصدار أول قانون في عهد الجزائر المستقلة يتعلق بالاستثمار في المجال البنكي وهو القانون 90-10 المتعلق بالقرض والنقد، تلاه المرسوم التشريعي 93-12 في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار، الذي أقر مبدأ حرية الاستثمار المتبني من قبل في قانون النقد والقرض، مع منحه عدة امتيازات و ضمانات للاستثمار الأجنبي قبل أن يصدر الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار الذي ألغى صراحة المرسوم التشريعي 93-12، ثم تلى الأمر عدة تعديلات لعل من أهمها الأمر 09-01 المتعلق بقانون المالية التكميلي لسنة 2009 والذي تضمن قاعدة 51/49% وقاعدة الشفعة اللتان سبق التفصيل فيهما، وكان آخر قانون متعلق بالاستثمار هو القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار والذي ألغى الأمر 01-03 وكل التعديلات التي لحقته.

وهذا ما سيتم تفصيله من خلال المطلب الأول، إذ سنتطرق إلى التطور التاريخي لقوانين الاستثمار قبل فترة الإصلاحات وبعد فترة الإصلاحات¹، وفي المطلب الثاني سنتطرق و لو في عجلة للتحكيم التجاري الدولي كطريق بديل لفض منازعات الإستثمارات المقامة في الجزائر.

¹ - ينظر: كمال سمية، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، تلمسان، ص25.

المبحث الأول: التطور القانوني للاستثمار في الجزائر.

ارتبط تعديل الاستثمار بالتطورات التي عرفها العالم في المجال الاقتصادي، منذ الحرب العالمية الثانية، والتي انتقلت من مرحلة تمتاز بالصراع بسبب الاختلاف في الأهداف إلى مرحلة تمتاز بالتعاون بسبب التطابق في المصالح بين الدول المستقبلية لرؤوس الأموال والمستثمرين الأجانب، فبعد الاستقلال تبنت الجزائر نهجا اشتراكيا كاختيار سياسي وإيديولوجي واعتبرت القطاع العام هو المحرك الرئيسي للاقتصاد الوطني. نتيجة لذلك، كانت الاستثمارات الأجنبية مقيدة ومهمشة لاعتبارات تتعلق بالسيادة الوطنية، لكن بعد فشل التجربة الاشتراكية في تحقيق التنمية الاقتصادية ونظرا للتطورات في المجال الاقتصادي الدولي. شرعت الجزائر ابتداء من عام 1988 في إصلاحات سياسية واقتصادية هامة من أجل حماية وترقية الاستثمارات الأجنبية التي أصبحت شرطا أساسيا لتحقيق التنمية الاقتصادية.

المطلب الأول: قوانين ما قبل فترة الإصلاحات الاقتصادية.

لقد جاءت هذه القوانين نتيجة أو موازاة مع السياسة التي كانت قائمة آنذاك والمتجلاة في تطبيق مبادئ النظام الاشتراكي حيث أصدرت الجزائر القوانين التالية:

الفرع الأول: مرحلة الستينات والسبعينات.

1- مرحلة الستينات: القانون 277-63 والقانون 284-66

عرفت الجزائر المستقلة تشريع الإستثمار مبكرا، فبعد سنة واحدة فقط صدر أول قانون منظم للاستثمار لكنه لم يعمر طويلا، وسنفضل في هذه المرحلة تباعا:

- قانون 277-63 المؤرخ في 26 جويلية 1963، الصادر في الجريدة الرسمية عدد

53، المؤرخة في 02 أوت 1963.

من بين الأسباب التي أدت إلى صدور هذا القانون هو حاجة الاقتصاد الجزائري آنذاك لرأس المال الأجنبي ولضعف الإمكانيات الداخلية وقلة رؤوس الأموال المحلية، إذ منح

هذا القانون الحرية لكل شخص أجنبي سواء معنوي أو طبيعي للاستثمار حسب الاتفاقيات الاقتصادية للدول، بعبارة أخرى أن قبول المستثمر الأجنبي مرهون بمدى كون هذا الأجنبي يعمل في إطار أهداف الدولة أي يعمل على تحقيق الشروط الضرورية للاقتصاد الاشتراكي خاصة في القطاعات التي تشكل أهمية للاقتصاد الوطني، وما يلاحظ في هذه المرحلة هو عدم تجسيد التوجه الاشتراكي في أول قانون صدر لتنظيم الاستثمار بعد استقلال الجزائر حيث خول للمستثمرين الأجانب عدة ضمانات عامة:

✓ حرية الاستثمار للأشخاص المعنوية والطبيعية الأجنبية.

✓ حرية التنقل والإقامة بالنسبة لمستخدمي ومسيري هذه المؤسسات.

✓ المساواة أمام القانون ولأسيما المساواة الجبائية.

✓ الضمان ضد نزع الملكية، بمعنى أن نزع الملكية يؤدي إلى تعويض عادل.

والملاحظ على هذه الأحكام أنها كانت ليبرالية، كما تضمنت ضمانات خاصة بالمؤسسات المعتمدة وأخرى خاصة بالمؤسسات المنشأة عن طريق اتفاقية¹.

- الاستثمار في إطار قانون 1966 المؤرخ في 15 سبتمبر 1966:

نتيجة للنقص الواضح في القانون 63-277، قامت السلطات الجزائرية بإصدار قانون الاستثمار رقم 66-284 المؤرخ في 15 سبتمبر والمتعلق بالاستثمار الوطني²، والذي يهدف إلى سد الثغرات التي ظهرت في القانون 63-277، وذلك بتعريف المبادئ التي يقوم عليها رأس المال الخاص سواء الأجنبي أو الوطني وتحديد الضمانات والمنافع المتوفرة له³، ومن أهم المبادئ التي تضمنها هذا القانون:

¹- ينظر: محمد سارة، المرجع السابق، ص14.

²- الأمر رقم 66-284 المؤرخ في 15 سبتمبر 1966، الصادر في الجريدة الرسمية عدد80، المؤرخة في 17 سبتمبر 1966، ص1201.

³- ينظر: محمد سارة، المرجع السابق، ص15.

- المبدأ الأول: هو أن الاستثمارات الخاصة لا تنجز بحرية في الجزائر.

نص المادة 02 من هذا القانون على أنه:

"ترجع مبادرة الاستثمار في القطاعات الحيوية إلى الدولة أو الهيئات التابعة لها"، هذا النص القانوني أكد احتكار الدولة والهيئات التابعة لها على الاستثمار في القطاعات الحيوية دون تحديد لهذه المجالات الحيوية. وتتدخل الدولة بمفردها بمساهمة الرأسمال الخاص أو بمشاركة الرأسمال الخاص في شركات مختلطة الاقتصاد وفي هذه الحالة يصادق على القوانين الأساسية المنشأة لهذه الشركات بمرسوم يتضمن إمكانية الدولة استرجاع الحصص أو الأسهم التي لا تملكها.

يمكن للرأسمال الخاص الوطني أو الأجنبي أن يستثمر في القطاعات الأخرى، لا يتم ذلك بكل حرية فعلى كل مستثمر في الصناعة أو السياحة يريد أن ينشئ أو يطور مؤسسة، أن يحصل على اعتماد مسبق من قبل السلطات الإدارية، وحتى القطاعات الأخرى احتكرتها الدولة مثل القطاع السياحي.

أخيرا يمكن للدولة أن تكون لها مبادرة الاستثمار إما عن طريق الشركات المختلطة الاقتصاد وإما عن طريق إجراء مناقصات لإحداث مؤسسات معينة للاستثمار في قطاع ما وهذا ما أكدته المادة 05 من ذات القانون.

- المبدأ الثاني: يتعلق بمنح الامتيازات والضمانات.

تخص الامتيازات الاستثمار الأجنبي.

يكون النظام العادي للامتيازات والضمانات نتيجة الاعتماد أو الترخيص.

1. فيما يخص إجراءات الاعتماد.

هناك ثلاث حالات:

- الاعتمادات الممنوحة من طرف الوالي (500.000دج) تكون خاصة بالمؤسسات الصغيرة.
- الاعتمادات الممنوحة من قبل أمانة اللجنة الوطنية للاستثمارات وهي خاصة بالمؤسسات المتوسطة.
- الاعتمادات الممنوحة من طرف وزير المالية والوزير التقني المعني، رأي اللجنة الوطنية للاستثمارات.

2. يشمل قرار الاعتماد دائما على ضمانات وامتيازات مالية تتمثل في:

- المساواة أمام القانون ولاسيما المساواة الجبائية.
- تحويل الأموال، الأرباح الصافية ومنتوج التنازل.
- الضمان ضد التأميم بموجب نص تشريعي، يؤدي إلى تعويض، يتم خلال 09 أشهر يساوي التعويض القيمة الصافية للأموال المحولة إلى الدولة.

تعتبر هذه الأحكام قاسية بالنسبة للمستثمرين الأجانب، فلم ينص المشرع على ضمان تحويل الأجر الخاصة بالعمال الأجانب ولم يحدد مهلة التأميم وهذا ما نصت عليه المادة 14، أما المادة 16 فأكدت أنه يمكن أن تمنح امتيازات خاصة وهي في الحقيقة امتيازات مالية يتم منحها بقرار وزاري مشترك، وتتمثل هذه الضمانات في القروض المتوسطة، وطويلة المدى والتخفيضات في نسب الفوائد...، ولم يعرف هذا القانون تطبيقا على الاستثمارات الأجنبية بل طبق على الاستثمارات الخاصة الجزائرية فقط.

2- مرحلة السبعينات:

- قانون المالية لسنة 1970:

تميزت هذه المرحلة بالتوجه الاشتراكي لذا كانت معظم الاستثمارات من اختصاص الدولة، فمذ سنة 1970 تأكد مبدأ توحيد تمويل الاستثمارات للمؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي وهذا ما نصت عليه المادة 05 من قانون المالية لسنة 1970.

ونجد أن ميثاق التنظيم الاشتراكي للمؤسسات قد أشار أنه يجب على المؤسسات استهلاك الأموال العامة التي خصصت لها لتحقيق الأرباح لأجل الزيادة في إمكانيات الاستثمار الوطني.

الفرع الثاني: مرحلة الثمانينات.

- قانون 11-82:

تصحيحاً للأخطاء التي ارتكبت في النموذج السابق للتسيير، عمدت الحكومة الجزائرية في هذه الفترة إلى إعطاء حرية أكثر للمؤسسات العمومية في تسيير بعض شؤونها وذلك ضمن استراتيجية جديدة للتنمية.

فقد شغل الاستثمار في القطاع الخاص في الجزائر حصة متواضعة ضمن الانتاج، وهذا راجع للنقص الواضح في القوانين التي كانت تتعرض له من حين إلى آخر، كما ان غياب جو للتنافس وعدم وجود المبادلات الخاصة التي تؤدي إلى خلق المنتجات، فكل هذه العوامل أدت إلى تهميشه من عملية التنمية الاقتصادية¹.

وعلى أثر صدور القانون 11-82 المؤرخ في 21 أوت 1982 والمتعلق بالاستثمار الخاص الوطني²، وفي المادة 11 أشار بوضوح إلى الصناعات الصغيرة والمتوسطة في معرض حديثه عن الميادين التي لا يجوز لأنشطة القطاع الخاص الوطني النمو فيها والتي

¹ - ينظر: محمد سارة، المرجع السابق، ص15.

² - قانون 11-82 المؤرخ في 21 أوت 1982، المتعلق بالاستثمار الخاص الوطني، الجريدة الرسمية، العدد 34.

كانت منحصرة في السياحة والصناعة، لتمتد إلى كل من الخدمات، الصناعات الصغيرة والمتوسطة، الصيد، البناء والأشغال العمومية والنقل، وذلك بهدف:

✓ المساهمة في توسيع القدرات الإنتاجية الوطنية وفي إنشاء مناصب العمل وتعبئة الأيداع.

✓ تحقيق التكامل مع القطاع الاشتراكي من خلال المساهمات في أنشطة المرحلة الأخيرة من التحويل الصناعي والمقولة من الباطن.

✓ المشاركة في تحقيق سياسة التنمية الجهوية المتوازنة.

أما بشأن الاستثمارات الخاصة الأجنبية، فدخولها للاستثمار في الجزائر فلم يكن حراً بل أخضع لأشكال معينة كما ضيق من مجالات الاستثمار للمال الأجنبي وأغلب هذه الاستثمارات الأجنبية كانت في شكل الشركات المختلطة للاقتصاد، وعرف هذا التشريع تشديد الخناق على هذا النوع من الشركات تماشياً والسياسة الاشتراكية المنتهجة آنذاك.

لم يجلب القانونان المستثمرين الأجانب لأنهما كانا ينصان على إمكانية التأميم ولأن الفصل في النزاعات كان يخضع للمحاكم الجزائرية والقانون الجزائري¹.

- قانون 25-88:

إن أهم ما جاء به قانون 25-88 هو إلغاء الاعتماد وكذا تحرير سقف الاستثمار الخاص، وسمح للمستثمر الخوض في مجالات عديدة ما عدا تلك التي تعتبرها الدولة قطاعات إستراتيجية، ومن أهم الأهداف التي توخى هذا القانون تحقيقها:

✓ استحداث مناصب الشغل بعيداً عن التوظيف في القطاع الإداري.

✓ الاستعمال الأمثل للموارد بالسماح للمال الخاص بالاستثمار في قطاعات كانت حكر على مؤسسات الدولة بموجب القوانين السابقة.

¹ - ينظر: عليوش قريوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص08.

✓ خلق نشاطات إنتاج خارج قطاع المحروقات موجهة للتصدير.

✓ إعادة الاعتبار للكفاءات الوطنية وفسح المجال لكل الإمكانيات والقدرات المحلية الخاصة¹.

المطلب الثاني: قوانين الإصلاحات الاقتصادية.

أدى تآكل النظام الاشتراكي في العالم وتراكم الأخطاء الاقتصادية المنتهجة في سياسة الدولة عموماً وفي قوانين استقطاب الاستثمارات على وجه الخصوص إلى حتمية تغيير السياسة المنتهجة من قبل الدولة الجزائرية، للتخفيف من وطأة الأزمة الاقتصادية الخانقة التي كانت تعرفها الجزائر آنذاك و التي صاحبها انهيار أسعار البترول عالمياً².

الفرع الأول: تعديلات مرحلة التسعينات.

- قانون 10-90:

كرس قانون 10-90³ مبدأ حرية الاستثمار الأجنبي، فوفق ما جاء في المادتين 181، 182 فتح هذا القانون الطريق لكامل أشكال الشراكة بدون تخصيص كما انه ألغى قانون 82-13 المتعلق بالشركات المختلطة، كما أن المستثمر غير المقيم أصبح بإمكانه أن ينشأ شركة عن طريق الشراكة مع الأشخاص المعنوية العامة أو الخاصة المقيمة وفقاً لإختياره، وبذلك يكون هذا القانون قد أدخل تمييزاً بين المستثمرين المقيمين وغير المقيمين، حيث جاء في نص المادة 181:

" يعتبر غير مقيم كل شخص طبيعي او معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطه الاقتصادي خارج القطر الجزائري".

¹ - ينظر: عبد المجيد بوزيدي، تسعينات الاقتصاد الجزائري، حدود السياسات الظرفية، موقع للنشر، بدون سنة طبع، ص7.

² - ينظر: بن رمضان انيسة، دراسة إشكالية استغلال الموارد الطبيعية الناضجة وأثرها على النمو الاقتصادي، دار هومة، الجزائر، 2014، ص25.

³ - قانون 10-90 المؤرخ في 14 أبريل 1990 المتعلق بقانون النقد والقرض، الجريدة الرسمية عدد16.

كما عرفت نصت المادة 182 المستثمر في القطاع المالي والمقيم بقولها:

"يعتبر مقيما في الجزائر كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطه الاقتصادي في الجزائر"¹.

- المرسوم التشريعي 93-12:

لقد ألغى قانون الاستثمار لسنة 1993² صراحة كل القوانين الصادرة في نفس الموضوع والقوانين المخالفة له. فأكدت المادة 49 على ما يلي:

"عدا القوانين المتعلقة بالمحروقات...، تلغى جميع الأحكام السابقة المخالفة لهذا المرسوم التشريعي، لاسيما المتعلقة منها بما يلي:

1- القانون رقم 82-13 المعدل والمتمم.

2- القانون رقم 88-25 المؤرخ في 12 يوليو سنة 1988 والمتعلق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية.

3- الفقرة الثانية من المادة 183 والفقرة الثانية من المادة 184 من القانون رقم 90-10 المؤرخ في 14 أبريل سنة 1990 والمتعلق بالنقد والقرض".

إن إلغاء الفقرتين الثانية من المادتين 183 و184 تؤديان إلى إلغاء النظام رقم 90-03 الصادر عن البنك المركزي الجزائري.

وفي حقيقة الأمر، فإن كل الأحكام الخاصة بالاستثمارات الواردة في القانون 90-10 قد ألغيت. إذ أن المادة الأولى من المرسوم التشريعي قد ألغت المواد التالية من القانون 90-

¹ - ينظر: محمد سارة، المرجع السابق، ص17.

² - المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر، العدد 64 الموافق 10 أكتوبر 1993، ص02.

10: 181، 182، 183، وقد ألغيت المادة 10 وما بعدها من المرسوم التشريعي 93-12- المواد: 184، 185، 186 من القانون 90-10.

ولقد استثنى المرسوم التشريعي من مجاله القوانين المتعلقة بالمحروقات وكان عليه أن يستثنى القوانين المتعلقة بالنشاطات المحمية¹.

ولقد صدر قانون ترقية الاستثمارات المواكب للإصلاحات الاقتصادية التي شرعت فيها الجزائر بغية النهوض بالاقتصاد الوطني وإرساء قواعد اقتصاد السوق، وذلك بتشجيع القطاع الخاص إلى جانب القطاع العام لهذا ألغى هذا القانون كل القوانين السابقة التمييزية كما سبق ذكره أعلاه، والتي كانت تقوض الاستثمار الأجنبي وحتى الوطني الخاص، فجاء المرسوم التشريعي 93-12 بمجموعة من المبادئ وهي:

- حرية المقيمين والغير مقيمين في الاستثمار.
- إجراءات مبسطة في شكل التصريح بالاستثمار.
- تعيين سلطة واحدة وهي وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها-
- A.P.S.I- التي لها صلاحيات تقديم المعلومات والعون للمستثمرين ومقرر الاستفادة من مختلف الضمانات.

منحت الدولة الجزائرية للمستثمر الأجنبي ضمن المرسوم التشريعي 93-12، عدة امتيازات وحوافز منها ما هو متعلق بالنظام العام (التدابير التشجيعية)، أي امتيازات جبائية وجمركية واجتماعية، وقد ورد تعداد هذه الامتيازات في المواد 17-18-19 وهي تخص مرحلة الإنجاز ومرحلة الاستغلال. وامتيازات أخرى متعلقة بالأنظمة الخاصة بتدعيم اقتصاد السوق والمتمثلة في المناطق الخاصة والمناطق الحرة.

بالإضافة إلى امتيازات أخرى التي منحها للمستثمر الأجنبي منها استفادة الاستثمار من فوائد مخفضة على القروض البنكية المحصل عليها، ومن إعادة التأهيل أو الهيكلة

¹ - قانون 91-24 الموافق 6 ديسمبر 1991 يعدل ويتم القانون 84-06 الصادر في 07 جانفي 1984، يتعلق بالنشاطات المحمية، ج ر، عدد 64، 11 ديسمبر 1991.

المخصصة لاستئناف النشاط بعد غلق المشروع الإستثماري العمومي أو إعلان إفلاسه، أو بعد خوصصة المؤسسات العمومية الاقتصادية.

وما يبدو من هذه الأحكام أن الدولة الجزائرية فتحت أبوابها للاستثمار الأجنبي على مصراعيه علاوة على ذلك منحهم امتيازات معتبرة ومشبعة وهذا من أجل إنعاش الاستثمارات الموجودة وحفاظا على القوة الإنتاجية¹.

بالإضافة للامتيازات والحوافز الممنوحة للمستثمر الأجنبي، نجد ان الدولة الجزائرية لقد منحت مجموعة من الضمانات المختلفة، التي سيتم التفصيل فيها في الفصل الثاني من بحثنا هذا.

- الأمر 03-01:

باعتبار الأمر 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار² وهو القانون المعدل والمتمم للمرسوم التشريعي 93-12 الصادر في 05 أكتوبر 1993 والمتعلق بترقية الاستثمار، وفي سياق الإصلاحات الاقتصادية التي باشرتها الدولة الجزائرية منذ سنوات عديدة وهو يمثل مع الأمر رقم 04-01 المؤرخ هو الآخر في 20 أوت 2001 والمتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها³، وإلى جانب نصوص قانونية ذات طابع تشريعي وتنظيمي الإطار القانوني العام الذي يحكم الاستثمارات في الجزائر.

فالمادة 30 من الأمر المذكور تنص على إلغاء كل الأحكام السابقة المحافضة لهذا الأمر لاسيما تلك الواردة في المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية ودعم الاستثمار.

¹ - ينظر: محمد سارة، المرجع السابق، ص25.

² - الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المعدل والمتمم.

³ - الأمر رقم 04-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج ر، العدد47.

يلاحظ أن النص الجديد (الأمر 01-03) يكاد يكون مطابقا في معظم أحكامه لأحكام المرسوم التشريعي 93-12 الصادر في 05 أكتوبر 1993، فغاية المشرع من إصدار القانون الجديد هي بلا شك العمل على تعميق الإصلاحات الاقتصادية وتحسين فعاليتها، وذلك بتوفير الأدوات القانونية التي تتلاءم مع مرحلة التطور الاقتصادي والاجتماعي والسياسي الذي وصلته الجزائر، ومن الأهداف المتوخاة من ذلك أيضا إعادة بعث الآلة الاقتصادية وخلق المناخ الملائم لدفع وتنشيط الاستثمارات الوطنية والأجنبية بكيفية تمكن من تحفيز النشاط الاقتصادي، فمما لاشك فيه أن الانتقال لاقتصاد السوق يفترض حوصصة الكثير من القطاعات والمؤسسات الاقتصادية المفلسة فعليا، فالخصوصية في نظرنا هي نتيجة منطقية وحتمية، لتبني الجزائر النمط الاشتراكي منذ الاستقلال إلى غاية أواخر الثمانينات من القرن الماضي، في تسيير المؤسسات الاقتصادية التابع للدولة وهذا ما أكدته المرسوم التشريعي 93-12 و الأمر 01-03 عندما أكدا على الخصوصية كنمط من أنماط الاستثمار، وهذا ما عكسه المشرع في الأمر رقم 95-22 المتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية المعدل والمتمم بالأمر رقم 01-04 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها.

فمن أهداف الأمر 01-03 تشجيع استقطاب المستثمرين الوطنيين والأجانب على حد سواء وذلك بتوفير النظام القانوني الجبائي والمالي المناسب الذي يمنح لهم الحوافز والضمانات القانونية وأهمها إقرار الدولة بالتحكيم التجاري الدولي كطريق بديل عن القضاء الوطني في حل النزاعات الاستثمارية.¹

الفرع الثاني: أهم تعديلات الأمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار.

لقد مر الأمر 01-03 بعدة تعديلات خاصة في بعض بنوده التي كانت تتنافى مع واقع ومقتضيات الاستثمار في تلك الأونة، فنتناول البعض منه:

¹ - ينظر: أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، 1990، ص 54.

✓ التعديل الأول: الأمر رقم 06-09 المؤرخ في 15 يوليو 2006.

واهم التعديلات الواردة فيه:

1- تم تعديل نص المادة 03 من القانون 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001¹:

حيث جاء في النص الجديد ما يلي:

"تستفيد الاستثمارات المذكورة في المادتين 1 و2 أعلاه باستثناء تلك المذكورة في الفقرة 02 من هذه المادة من المزايا التي يمنحها هذا الأمر.

تحدد قائمة النشاطات والسلع والخدمات المستثناة من المزايا المنصوص عليها في هذا الأمر عن طريق التنظيم بعد رأي مطابق من المجلس الوطني للاستثمار المذكور في المادة 18 أدناه."

وبالتالي فإن هذا الأمر قد قام بتحديد قائمة نشاطات وسلع وخدمات واستثناءها من المزايا التي نص عليها الأمر 01-03، وتم تأكيد هذه القائمة المستثناة في محتوى الأمر رقم 06-08 المؤرخ في 15 يوليو سنة 2006، في المادتين 08 و09.

2- تعديل نص المادة 06 من الأمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 :

حيث جاء في النص الجديد ما يلي:

" تنشأ وكالة وطنية لتطوير الاستثمار تدعى في صلب النص "الوكالة".

أما سابقا فكانت تنشأ لدى رئيس الحكومة وكالة وطنية لتطوير الاستثمار، وهذا ما يضيف على الوكالة نوعا من الاستقلالية وبالتالي ألغى الوصاية.

تجدر الإشارة إلى أن هناك عدة تفاصيل وأحكام تتعلق بالاستثمار أدرجتها السلطة التنفيذية بعدة مراسيم تنفيذية، وهي كالآتي:

¹ - الصادر في الجريدة الرسمية ليوم 19 يوليو 2001، العدد 47.

- المرسوم التنفيذي رقم 06-335 المؤرخ في 09 أكتوبر 2006:

يتعلق هذا الأخير بصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار وتشكيله وتنظيمه وسيره يتضمن في فحواه تسعة مواد تتعلق أساساً بصلاحيات المجلس وأعماله، ويلغي هذا المرسوم تماماً أحكام المرسوم التنفيذي رقم 01-281 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001 والمتعلق بتشكيله المجلس الوطني للاستثمار وتنظيمه وتسييره.

- المرسوم التنفيذي رقم 06-356 المؤرخ في 09 أكتوبر 2006:

يتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها، وقد تضمن هذا المرسوم 44 مادة تضمنت أحكاماً مختلفة من مهام وتنظيم وتسيير، وقد ألغى هذا المرسوم أحكام المرسوم التنفيذي رقم 01-282 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001 والمتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها (A.N.D.I).

- المرسوم التنفيذي رقم 06-357 المؤرخ في 09 أكتوبر 2006:

يتضمن أساساً تشكيل لجنة الطعن المختصة في مجال الاستثمار وتنظيمها وسيرها وهذا من خلال 12 مادة، فهي في معظمها مواد إجرائية.

- المرسوم التنفيذي رقم 07-08 المؤرخ في 11 يناير 2007:

من أهم ما ورد فيه تحديده لقائمة النشاطات والسلع والخدمات المستثناة من المزايا المحددة في الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار وفقاً لتعديل نص المادة 03 السالف ذكرها.

غير أن ما يمكن ملاحظته هو مدى طول الفارق الزمني بين الأمر 06-08 والذي ورد فيه لأول مرة عبارة قائمة النشاطات والسلع والخدمات المستثناة، وبين المرسوم التنفيذي 07-08، أي سنة بعد ذلك ليصرح عن هذه القائمة ويسرد من خلال الباب الثاني

والثالث النشاطات والسلع والخدمات المستثناة¹، وهذا التأخير في صدور المراسيم التنظيمية تعدّ من أهم المعوقات القانونية التي تثبط من عزيمة المستثمر خاصة الأجنبي للمغامرة بأمواله.

- المرسوم التنفيذي رقم 08-329 المؤرخ في 22 أكتوبر 2008²:

يتم القائمة المعدة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 07-08 المؤرخ في 11 يناير 2007 والذي يحدد قائمة النشاطات والسلع والخدمات المستثناة من المزايا المحددة في الأمر رقم 01-03 والمؤرخ في 20 أوت 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار.

فحسب جدول النشاطات الاقتصادية الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري، تم إضافة تحت تسمية "إنتاج صناعي" مصنع الطحين.

✓ التعديل الثاني: الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 22 جويلية 2009³:

يتضمن هذا الأمر قانون المالية التكميلية لسنة 2009 واهم ما ورد فيه ما يلي:

1- المادة 04 مكرر 2: "لا يمكن تحقيق الاستثمارات المنجزة من طرف الجزائريين المقيمين بالشراكة مع المؤسسات العمومية الاقتصادية إلا في إطار مساهمة دنيا من هذه المؤسسات، تعادل أو تفوق 34% من رأس المال الاجتماعي."

جاء هذا التعديل للأمر المتعلق بتطوير الاستثمار بقاعدة جديدة قديمة وهي القاعدة 51/49%، إضافة إلى مبدأ الشفاعة الذي أعطى الحق للدولة أو المؤسسات العمومية المملوكة من طرفها (الدولة) لممارسة هذا الحق على المشاريع الاستثمارية التي استفادت من الامتيازات المالية والضريبية وشبه الضريبية من الخزينة العمومية، والتي يرغب مالكوها في

¹ - قائمة النشاطات والسلع والخدمات المستثناة في المرسوم التنفيذي 07-08 المؤرخ في يناير 2007، الجريدة الرسمية، العدد 04 الصادر في 14 يناير 2007.

² - مرسوم تنفيذي رقم 08-329 المؤرخ في 22 أكتوبر 2008، الجريدة الرسمية، العدد 61، الصادر في 02 نوفمبر 2008.

³ - الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 22 جويلية 2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، الجريدة الرسمية، العدد 44.

التنازل عن حصصه في هذه المشاريع الاستثمارية، وهذا ما نصت عليه المادتين 04 مكرر و04 مكرر 3 على التوالي.

2- تعديل نص المادة 07 من الأمر 06-08 الصادر في 15 يوليو 2006 الذي يعدل ويتم الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001، حيث جاء في نص المادة 35 من الأمر 01-09 ما يلي:

المادة 07: تعدل وتتم المادة من الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 والمذكور أعلاه وتحرر كما يأتي:

المادة 09: "زيادة على الحوافز الجبائية والشبه الجبائية والجمركية المنصوص عليها في القانون العام، تستفيد الاستثمارات المحددة في المادتين 01 و02 كما يأتي: ... بعنوان الاستغلال بعد معاينة المشروع في النشاط الذي تعده المصالح الجبائية بطلب من المستثمر، لمدة 05 سنوات إذا قام بإنشاء أكثر من 100 منصب شغل عند انطلاق النشاط". وهذا تأكيداً لمبدأ منح الامتيازات القصوى للمستثمر وانعكاسات هذه الأخير على البلد المستقبل الاستثمار.

3- نصت المادة 36 من الأمر 09-01 على ما يأتي:

" لا يمكن إتمام إجراءات التوطين البنكي والجمركي المتصل بعمليات التجارة على أساس رقم التعريف الجبائي الممنوح من الإدارة الجبائية وهذا لمراقبة محاسبة الشركات عملاً لمبدأ رقابة الدولة على أعمال الشركات."

4- جاء في نص المادة 55 من نفس الأمر:

"... استبدلت تسمية البنك الجزائري للتنمية، بتسمية الصندوق الوطني للاستثمار

– البنك الجزائري للتنمية – ...".

5- جاء في نص المادة 58 من القسم الثالث الأمر رقم 09-01 كما يلي:

" لا يمكن إنجاز الاستثمارات الأجنبية إلا في إطار شراكة تمثل فيها المساهمة الوطنية المقيمة بنسبة 51% على الأقل من رأس المال الاجتماعي، ويقصد بالمساهمة الوطنية جمع عدة شركاء".

فالمادة 57 قد نصت على أن زيادة على أحكام المادة 142 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، يتعين على المكلفين بالضريبة الذين يستفيدون من إعفاءات أو تخفيضات في مجال كل الضرائب والرسوم والحقوق الجمركية والرسوم شبه الجبائية وغيرها في إطار أنظمة دعم الاستثمار، بإعادة الاستثمار لحصة من الأرباح تكون موافقة لهذه الإعفاءات أو التخفيضات في أجل أربع سنوات ابتداء من تاريخ قفل السنة المالية التي خضعت نتائجها للنظام التحفيزي. ويجب أن تتجزأ إعادة الاستثمار بعنوان كل سنة مالية أو بعنوان عدة سنوات مالية متتالية. وفي حالة تراكم السنوات المالية يحسب الأجل المذكور أعلاه ابتداء من تاريخ قفل السنة المالية الأولى.

يجب أن يخضع كل مشروع استثمار أجنبي مباشر أو استثمار بالشراكة مع رؤوس أموال أجنبية إلى الدراسة المسبقة من المجلس الوطني للاستثمار المذكور في المادة 18 أدناه.

فالمادة 60 تتم أحكام المادتين 09 مكرر و09 مكرر 01 من الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار، المعدل والمتمم، وتحرر أن كما يأتي:

" المادة 09 مكرر يخضع منح مزايا النظام العام لتعهد كتابي من المستفيد بإعطاء الأفضلية للمنتجات والخدمات ذات المصدر جزائري".

أما المادة 61 فتعدل أحكام المادة 12 مكرر 01 من الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار، المعدل والمتمم وتحرره كما يأتي:

" المادة 12 مكرر 01 يمكن أن تخص المزايا التي يمكن منحها... (بدون تغيير حتى) يمكن أن يقرر المجلس الوطني للاستثمار منح مزايا إضافية طبقاً للتشريع المعمول به...
... دون المساس بقواعد المنافسة، يؤهل المجلس الوطني للاستثمار قانون للموافقة، لفترة لا تتجاوز خمس (5) سنوات، على الإعفاءات أو التخفيضات في الحقوق أو الضرائب أو الرسوم بما فيها الرسم على القيمة المضافة التي تثقل أسعار السلع المنتجة عن طريق الاستثمار الذي يدخل في إطار النشاطات الصناعية الناشئة.

وقد لحق الأمر 01-03 بعد التعديل الوارد في الأمر 01-09 المتعلق بقانون المالية التكميلي لسنة 2009 العديد من التعديلات وكلها كانت في قوانين المالية التكميلية وقوانين المالية، كون كل التعديلات كانت تتعلق بالتحفيزات الجبائية والمالية، لكن نعتقد أن أهم تعديل هو الأمر 01-09.

الفرع الثالث: قوانين الاستثمار بعد التعديل الدستوري ودستور 2020.

هذه المرحلة عرفت باقتران صدور قوانين الاستثمارات بعد تعديل المؤسس الدستوري للدستور الجزائري.

- قانون 01-16 المتعلق بتعديل الدستور:

نص التعديل الأخير للدستور في المادة 43 ولأول مرة على حرية الاستثمار بقولها:

" حرية الاستثمار والتجارة معترف بها وتمارس في إطار القانون.

تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية.

تكفل الدولة ضبط السوق، ويحمي القانون حقوق المستهلكين.

يمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير النزيهة."

- قانون 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار:

بعد تعديل الدستور بالقانون 01-16، وتأكيد هذا الأخير على ضمان دستوري يتعلق بحرية الاستثمار وممارستها في إطار القانون (المادة 43 السابق شرحها)، تبني المشرع القانون 09-16 الذي ألغى قانون تطوير الاستثمار السابق الصادر بالأمر 03-01 وكل التعديلات التي لحقته مع الإبقاء على النصوص التنظيمية لهذا الأمر سارية المفعول إلى غاية صدور نصوص تنظيمية جديدة وهذا ما أكدت عليه المادة 38 من هذا القانون.

- صدور دستور 01 نوفمبر 2020¹:

صدر دستور الفاتح من نوفمبر بعد انتفاضة شعبية اصطلح على تسميتها "للحراك الأصيل" وهي الانتفاضة التي سرعت بالدستور الحالي، الذي جاء نتاج اقتراحات تقدمت بها مجموعة من الأحزاب، الشخصيات السياسية، الهيئات الدستورية والجمعيات بمختلف أطيافها، وبعد دراسة هذه المقترحات تم تعيين لجنة من كفاءات أكاديمية متخصصة، قامت بتحرير مواد الدستور الحالي الذي وبعد الاستفتاء، تم إقراره بعد صدوره في الجريدة الرسمية.

ولعلّ من أهمّ ما جاء به هذا الدستور هو تكريسه لمبدأ حرية الاستثمار والمقولة والممارس في إطار القانون وهذا في نص المادة 61 منه بقولها:

"حرية التجارة والاستثمار المقاومة مضمونة، وتمارس في إطار القانون".

وبعد صدور الدستور أعلاه، تلاه إطار قانوني جديد للاستثمار والصادر بموجب القانون 18-22 المتضمن قانون الاستثمار².

¹ - دستور 1 نوفمبر 2020 الصادر بتاريخ 15 جمادى الأولى 1442 الموافق لـ 30 ديسمبر 2020 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 82.

² - قانون رقم 18-22 مؤرخ في 25 ذي الحجة عام 1443 الموافق لـ 24 يوليو عام 2022.

- صدور قانون 18-22 المتعلق بالاستثمار:

من التعديلات التي تضمنها هذا القانون هو التعديل المتعلق بتسمية هذا القانون، فبعد "تطوير الاستثمار" و"ترقية الاستثمار" في القوانين السابقة جاء هذا القانون بتسمية "قانون الاستثمار" فقط.

كما تضمن هذا القانون في المادة 03 تعداد مبادئ الاستثمار التي جاء بها القانون لترسيخها.

كما جاء المشرع في هذا القانون بالفصل الرابع والمسمى "الأنظمة التحفيزية والشروط المؤهلة للاستفادة من المزايا" وهو الفصل الذي تضمن ثلاثة أنواع من الأنظمة التحفيزية وهو ما عدته المادة 24 من ذات القانون، وأما المادة 25 وما يليها فحددت الشروط الواجب توافرها في المستثمر والاستثمار للاستفادة من مختلف المزايا التي فصلها التنظيم (المراسيم التنفيذية).

المبحث الثاني: معوقات الاستثمار ومزاياه في الجزائر.

رغم الجهود المبذولة من طرف المشرع الجزائري سواء على المستوى الداخلي أو الدولي من أجل استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية لاستثمارها في الجزائر، إلا أنه لم يستطع تحقيق الأهداف المرجوة ولم تبلغ التدفقات الاستثمارات الحد الأدنى المطلوب إذ بقيت ضعيفة ولم تصل للأهداف الإستراتيجية التي رسمتها الدولة، ويُعزى ذلك إلى مجموعة من العوائق التي تحول دون بلوغ الغاية من الاستثمار بالنسبة للدولة طبعاً والتي نجدها على عدة أصعدة، فقد تكون إما معوقات تشريعية، أو معوقات إجرائية.

لكن تسعى الجزائر جاهدة لتقديم مجموعة من الحلول لدعم استثمارها عن طريق تعديل منظومتها التشريعية، وتوفير مختلف الضمانات القانونية.

المطلب الأول: معوقات الاستثمار في الجزائر.

هناك العديد من المعوقات التي تقف في وجه المستثمر في الجزائر، فمنها ما يتعلق ببعض القوانين التي تمس بحرية الاستثمار، كقيام المشرع الجزائري بإصدار مجموعة من القوانين وتعديلاتها في ظرف قياسي تحكم وتنظم الاستثمار وهو ما ينجم عنه عدم الاستقرار التشريعي ومنها ما يتعلق بكثرة الإجراءات المفروضة.

الفرع الأول: المعوقات التشريعية للاستثمار في الجزائر.

يمثل الاستثمار الأجنبي رأسمال خارجي وافداً إلى الدولة المستقطبة للاستثمار في شكل مشروع 100% أجنبي أو في إطار شراكة، ومن ثم فإنه يخضع للقواعد القانونية السارية في البلد المستضيف، كما يخضع للقيود المفروضة على الشركات الأجنبية التي تقوم بالاستثمار على أراضيها.

ولا شك في أن مثل هذه الإجراءات التي تقوم بها الدولة المستقطبة تمثل مظهراً من مظاهر سيادتها وحققاً مشروعاً من حقوقها القانونية لا يمكن إنكاره بيد أنها قد تشكل في

الوقت ذاته معوقات أمام استقطاب الاستثمار الأجنبي، وتدفعه إلى النفور والبحث عن أماكن أخرى آمنة للاستثمار فيها¹.

كما أن عدم الاستقرار التشريعي وكثرة التغيرات والتعديلات القانونية يعد هو الآخر عائقا مهما في طريق تدفق الاستثمارات، خصوصا إذا أضفنا عدم الاستقرار الاقتصادي والسياسي في الدولة المضيفة كالعشرية السوداء التي مرت بها الجزائر، فالمستثمر الأجنبي يبحث بطبيعته عن الأمان والاستقرار والحرية كمبدأ عام.

ويعد عدم الاستقرار القانوني أحد أهم العوائق والحواجز التي تقف في وجه المستثمر الأجنبي وجعله يتردد في الاستثمار في الجزائر، خصوصا إذا كان التغيير جذريا، فكثرة القوانين المنظمة للاستثمار وكثرة التعديلات والتغييرات التي تجرى عليها وفي فترات متقاربة إنما يدل على استقرار في النظام القانوني الذي يحكم الاستثمار.

ف نجد نظام الاستثمار في الجزائر قد شهد تغييرات وتعديلات كثيرة كما فصلنا أعلاه بهدف البحث عن جودة في النصوص القانونية بغاية استقطاب المزيد من الاستثمارات.

لكن كيف يمكن لهذه النصوص القانونية وتعديلاتها الباحثة عن إستقطابية أكثر للاستثمارات أن تصبح كذلك؟

لا بد هنا من التطرق إلى فحوى هذه القوانين بصفة عامة لكي نستخلص منها الجزء الذي يشكل عائقا للاستثمار.

نظم لأول مرة نظام الاستثمار في الجزائر بموجب قانون لسنة 1963 المتضمن قانون الاستثمار، والذي اعترف بدور ومكانة القطاع الخاص² لكن هذا القانون لم يعرف تطبيقا من الناحية الواقعية رغم الامتيازات التي جاء بها وذلك لتخوف المستثمرين من عدم الاستقرار الاقتصادي في الجزائر، ونية النظام السياسي في إتباع المنهج الاشتراكي فالإدارة الجزائرية بينت رغبتها في عدم تطبيقه ما دامت لم تبادر بدراسة الملفات التي أودعت لديها،

¹ - ينظر: دريد محمد السامرائي، المرجع السابق، ص103.

² - ينظر: عجة الجيلالي، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار الأنشطة العادية وقطاع المحروقات، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص05.

إضافة إلى أن الاقتصاد الوطني يتميز بنقص في المنشآت وضيق الأسواق وارتفاع تكاليف الإنتاج¹.

غير أن هذا القانون سرعان ما تم إلغاؤه بعد انقلاب 19 جوان 1965، وأصدرت سلطة الانقلاب قانونها الخاص بالاستثمار بمقتضى قانون 66-284² والملاحظ أن هذا القانون هو الآخر كرس ظاهرة الاعتراف بالملكية الخاصة في ظل نظام اشتراكي يمجّد ملكية الدولة التي هي أعلى أنواع الملكية حسب تعبير دستور 1976، غير أن تكريس حق التملك الخاص لم يكن مطلقاً بل تميز بالتردد والغموض والتناقض.

فمن حيث التردد: أفرز منطق السلطة تجاه إشكالية القطاع الخاص خطأ بين متناقضين خطاب قانوني يجمع المبادرة الخاصة ويقيدها بتنظيم بيروقراطي معقد في شكل اعتماد مسبق كشرط للوجود وخطاب واقعي يشجع المبادرة الخاصة ويتحالف في شكل ما يعرف بالاقتصاد الموازي.

أما من حيث الغموض: عجزت السلطة عن إعطاء تفسير مقنع لظاهرتين قانونيتين هما ظاهرة تكريس حرية الاستثمار بما تتطلبه من ضمانات وحماية قانونية وظاهرة تكريس الرقابة على الاستثمار بما تعنيه من قيود وضوابط.

وأخيراً من حيث التناقض: إن مجرد الاعتراف بالقطاع الخاص في نظام اشتراكي يقّس الملكية الجماعية لوسائل الإنتاج يزرع بذور الخلاف والقلق لدى أنصار النظامين معا (النظام الاشتراكي وأنصار الملكية الخاصة)، ومثل هذا الخلاف قد يتحول إلى بؤر للمضاربة غير المشروعة والفساد وهكذا ينحرف القطاع الخاص عن الدور الموكل له كمكمل للقطاع العمومي، إلى دور الحليف للمؤسسات الريعية والاستثمارات الأجنبية المختلفة.

¹ - ينظر: محمد سارة، المرجع السابق، ص14، 15.

² - الأمر رقم 66-284 الصادر في 15-09-1966 والمتعلق بالاستثمار الوطني، ج ر، عدد 80 الصادر ب 17-09-1966.

وفي ظل وضعية كهذه اقتصر حضور المستثمر الخاص الوطني والأجنبي على قطاع النفط وحتى حضوره في هذا القطاع بدأ يتقلص نتيجة إجراءات التأميم التي مست معظم شركات النفط الأجنبية.

وانتهى مجهود السلطة في ظل هذه المرحلة إلى الإعلان عن فشل سياسة جذب الاستثمار من أجل نقل التكنولوجيا مكتفية بمجهودها الذاتي من خلال عقود المفتاح في اليد وعقود المنتج في اليد¹.

ثم صدور قانون 82-11 والمتعلق بالاستثمار الخاص الوطني، والذي اجاز للخواص بإنشاء شركات خاصة، لكن المستثمرين الخواص في تلك الفترة كانوا ما يزالون متخوفين من عملية التأميم إضافة إلى اتجاههم إلى النشاطات التجارية التي تدر أرباحا في أسرع وقت، الشيء الذي جعل هذا القانون قليل الفعالية ومجرد قانون تحفيزي لبداية استفاقة القطاع الخاص الجزائري² وهذا ما تأكد سنة 1986 بصدور القانون رقم 86-13 المكمل لقانون 82-11 والمتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصادية وسيرها³.

غير أن تعرض الاقتصاد الوطني لأزمة مالية بعد الانهيار المفاجئ لأسعار النفط في سنة 1986 أرغم السلطة على المرور إلى المرحلة الثانية من مراحل اللجوء إلى الاستثمار الخاص وبالنسبة لهذه المرحلة فلقد عرفت بفكرة تسخير الاستثمار الخاص كأداة لجلب رؤوس الأموال وتميزت هاته المرحلة بما يلي:

- ✓ الاستغناء عن النهج الاشتراكي وتبني معتقدات النظام الرأسمالي.
- ✓ الانفتاح على القطاع الخاص ودعوته إلى الاستثمار الاقتصادي.
- ✓ ترقية القطاع الخاص إلى مرتبة الشريك الاقتصادي.
- ✓ إلغاء إجراء الاعتماد المسبق وإزالة التنظيمات المعيقة لحرية الاستثمار.

¹ - ينظر: عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 07.

² - ينظر: محمد سارة، المرجع السابق، ص 16.

³ - قانون 86-13 المؤرخ في 19 أوت 1986 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصادية وسيرها، ج ر، عدد 76.

وتكرست هذه الأفكار في عمليتين قانونيتين أساسيتين هما:

- القانون رقم 88-25 المؤرخ في 12-07-1988 المتعلق بالاستثمار الخاص الوطني.
- والقانون رقم 90-10 المؤرخ في 14-04-1990 المتعلق بالنقد والقرض في المواد 181 إلى 190 منه.

لكن أهم انتقاد يوجه لهذا القانون هو أن قانون النقد والقرض لم ينص على الامتيازات الممنوحة للمستثمرين ما عدا إمكانية تحويل رؤوس الأموال والفوائد، وهذا باعتباره قانونا خاصا بتنظيم البنوك والمعاملات المالية أكثر من كونه خاصا بالاستثمارات.

أضف إلى ذلك إلغاء القيود المفروضة على رؤوس الأموال الأجنبية، حيث انه منح المستثمرين الأجانب إمكانية الاستثمار وهو ما أكدته قانون المالية لسنة 1992¹.

غير انه مع تزايد حدة الأزمة الاقتصادية اضطرت الدولة إلى الإذعان لشروط صندوق النقد الدولي تتمثل فيما يلي:

✓ انسحاب الدولة من الحياة الاقتصادية ويقتضي ذلك توقيع شهادة وفاة لدور الدولة المقولة لفائدة دور جديد للدولة يتمثل في دور الدولة الحارسة مثلما هو متعارف عليه في النظام الرأسمالي.

✓ منح ريادة النشاط الاقتصادي إلى القطاع الخاص بما تقتضيه من حرية في الاستثمار و ضمانات مرافقة لها.

وتماشيا مع هذه الشروط أصدرت الدولة المرسوم التشريعي رقم 12-93 المؤرخ في 15-10-1993 المتعلق بقانون ترقية الاستثمار والذي أزال بصفة نهائية القيود المعيقة لحرية الاستثمار واعتمد بدلها المبادئ التالية:

¹ - ينظر: محمد سارة، المرجع السابق، ص18.

1- إقرار مبدأ حرية الاستثمار وتقديس حق الملكية الخاصة.

2- الاعتراف بمبدأ المساواة في المعاملة بين المستثمرين وطنيين أم أجنبي.

3- تزويد عملية الاستثمار بترسانة من الضمانات القانونية والاتفاقية وحتى القضائية كحق التسوية عن طريق التحكيم التجاري الدولي.

4- تبسيط الإجراءات من خلال تكليف وكالة متخصصة بمتابعة المستثمرين وتكليف شباك وحيد بملف الاستثمار.

لكن انتزاع مثل هذه الحقوق اصطدم بعائق آخر يتمثل بوجود ذهنيات لا زالت تعمل بمنطق التسيير الإداري للاستثمار وكان هذا العائق إضافة إلى عائق غياب الأمن والاستقرار السياسي كافيان لتجميد مساعي جلب الاستثمار.

وبدأ الحديث عن فشل قانون ترقية الاستثمار في أداء الدور المنوط به، ويظهر من خلال التقرير الصادر عن وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها -A.P.S.I.-، حول وضعية الاستثمار الأجنبي في الجزائر سنة 1997 وهذا التقرير يغطي فترة تمتد من سنة 1993 إلى غاية 1996، وخلال هذه الفترة بلغت الاستثمارات الأجنبية 369.41 مليون دولار، تمثل 85 مشروعا في شكل شراكة، أما الدول العربية فتساهم بنسبة 9.4% أي 08 مشاريع.

فهذه البيانات التي أوردها التقرير تبين الضعف الكبير في الاستثمار الأجنبي، إذ لم تتعد نسبة المشاريع الأجنبية خلال هذه الفترة سوى 05.5% من مجمل المشاريع الوطنية ولهذه الأسباب كان من الضروري على الدولة البحث عن جو أكثر ملائمة للاستثمار بتوفير السبل الكفيلة لتكملة الإصلاحات التي شرعت فيها، فاستلزم الوضع على المشرع الجزائري ضرورة إحداث ديناميكية جديدة لمسايرة التغيرات العالمية الكبرى، حيث كان من الضروري أن تندمج الدولة الجزائرية باقتصادها العالمي بتطوير أنواع الشراكة فاتجهت بذلك من إجراء اتفاقيات ثنائية إلى جماعية ثم الانضمام إلى المنظمات العالمية كالمنظمة العالمية للتجارة.

وكننتيجة لهذا الفشل والعجز الكبير في جلب الاستثمار للجزائر فكرت الدولة في تطهير محيط الاستثمار بإيجاد آليات جديدة، هذا الإحداث تضمنه الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار¹، الذي يسعى إلى تصحيح الوضعيات المختلفة لقانون ترقية الاستثمار عن طريق منح الحرية التامة للمستثمر من جهة، وتبسيط وتخفيف أنظمة الاستثمار من جهة أخرى².

ومن الأسباب التي أدت إلى فشل المرسوم التشريعي 93-12 وجود أسباب أمنية، قانونية وإدارية كانت عائقا في جلب الاستثمار الأجنبي، وهي كالاتي:

أ- الأسباب السياسية والأمنية:

إن الوضعية العامة للبلاد وكذا غياب الاستقرار، كان له أثر سلبي على وضعية الاستثمار في الجزائر بنوعيه الوطني والأجنبي، الأمر الذي ولد تخوفا في نفوس المستثمرين خاصة وأن المتعاملين الأجانب يقومون بتقويم الوضعية الأمنية لأية دولة يريدون الاستثمار فيها، هذا ما جعلهم يترددون في اتخاذ القرارات المتعلقة بالاستثمار في الجزائر لتأزم الأوضاع الأمنية والتي كانت لها آثار وخيمة أفسدت صورة الجزائر على المستوى الإقليمي والدولي.

فأهم ما يميز هذه الفترة جملة من الاضطرابات عملت ضد عملية الاستثمار وبالتالي تدفق رؤوس الأموال الأجنبية إلى الجزائر.

ب- الأسباب الاقتصادية:

من الأسباب التي أدت أيضا إلى فشل المرسوم التشريعي 93-12 هي العوائق الاقتصادية التي تمثل حاجزا في جلب الاستثمار الأجنبي ومن بينها ضعف البنية التحتية أي عدم وجود هياكل قاعدية قادرة على استيعاب المستثمرين الأجانب، حيث أن الاستثمارات التي تقام ستكون مكلفة خاصة في بعض المناطق، نتيجة التوزيع المتباين للهياكل المشكلة

¹ - ينظر: محمد سارة، المرجع السابق، ص30.
² - ينظر: عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص08

لقواعد التصدير واليد العاملة، كما يرجع هذا الفشل إلى ضعف الجهاز المصرفي ويقصد به النظام البنكي في الجزائر والذي يعاني من عدم التسيير العقلاني للموارد المالية بالرغم من التعديلات في معدلات الخصم، وكذا تنامي ظاهرة الاقتصاد الموازي والغش الضريبي والتهرب الجبائي وبقاء كتلة نقدية خارج الدائرة المالية وبالتالي خارج مراقبة الدولة، لهذا كان عدد المستثمرين قليلا جدا خلال هذه الفترة لأن الحواجز الاقتصادية كانت متردية جدا.

ج- الأسباب القانونية والإدارية:

إضافة إلى الصعوبات السياسية والاقتصادية التي واجهت الاستثمار الأجنبي والتي كانت سببا في عجز القانون 93-12 الصادر في 05 أكتوبر 1993، هناك أسباب إدارية تشكل بدورها عائقا أمام الاستثمار الأجنبي في الجزائر والمتمثلة في البيروقراطية التي تعاني منها الإدارة الجزائرية في شتى المجالات، بالإضافة إلى عدم كفاءة الإداريين وما ينتج عنه من إهمال مصالح المستثمرين الذين يحتاجون إلى السرعة لإنهاء معاملاتهم في الإدارة للبدء في المشروع المراد استثماره، كما يرجع هذا التماطل أيضا إلى تعدد مراكز إصدار القرار وتعدد الهيئات المتدخلة في سلسلة الاستثمار بالإضافة إلى خاصية التمرکز التي امتاز بها الجهاز المكلف بترقية الاستثمار (الوكالة الوطنية لترقية الاستثمار ودعمه).

وتميزت هذه الفترة كذلك بالضعف من الناحية التأطيرية وهذا ما خلق صعوبات في الخدمات الإدارية الموجهة لتلبية وتوفير الظروف الملائمة للاستثمار، فالتشريعات القانونية في الجزائر لا تمتاز بالاستقرار وهذا ما يؤثر على تطبيقها من الناحية الواقعية وتبقى حبرا على ورق، وإن طبقت فإنها لا تعرف الصرامة مما يتسبب في تعطيل المصالح والمشاريع الاقتصادية الاستثمارية كالصعوبات التابعة عن الإجراءات المعقدة التي تعيق المستثمر في مجال العقار الصناعي، بالإضافة إلى النظام القضائي الجزائري والذي يرى فيه المستثمر انه لا ينصفه حقه بالتحايل في تطبيق القانون الواجب مما يؤدي بالمستثمر إلى رفض الحكم.

وبعرضنا لبعض الأسباب التي كانت وراء فشل المرسوم التشريعي 93-12، يتضح لنا أن كل العوامل السياسية، الاقتصادية، القانونية والإدارية هامة جدا لاستقطاب الاستثمار حيث مهدت هذه الثغرة ظهور الأمر 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001¹.

يلاحظ من الأمر 03-01 يكاد يكون مطابقا في معظم أحكامه مع أحكام التشريع الذي كان ساري المفعول أي المرسوم التشريعي 93-12 الصادر في 05 أكتوبر 1993.

فغاية المشرع من إصدار القانون الجديد هي بلا شك العمل على تعميق الإصلاحات الاقتصادية وتحسين فعاليتها وذلك بتوفير الأدوات القانونية التي تتلاءم مع مرحلة التطور الاقتصادي والاجتماعي والسياسي الذي وصلته الجزائر، ومن الأهداف المتوخاة من ذلك أيضا إعادة بعث الآلة الاقتصادية وخلق المناخ الملائم لدفع وتنشيط الاستثمارات الوطنية والأجنبية بكيفية تمكن تحفيز النشاط الاقتصادي، فمما لا شك فيه أن الانتقال إلى مرحلة اقتصاد السوق يفترض خوصصة الكثير من القطاعات الاقتصادية، فالخوصصة في نظرنا هي نتيجة منطقية وحتمية لتبني الجزائر لقانون الاستثمار بالصيغة التي صدر بها.

فمن أهداف هذا الأمر تشجيع قدوم المستثمرين الأجانب وذلك بتوفير لهم النظام القانوني الجبائي والمالي المناسب الذي يمنح لهم الحوافز والضمانات، ذلك أن من شروط نجاح أي قانون الاستثمارات في نظرنا هو تبنيه لأربعة مبادئ أساسية متصلة بتحقيق مشاريع الاستثمار الأجنبية ألا وهي مبدأ حرية الاستثمار، ورفع القيود الإدارية المفروضة عليه، وعدم الالتجاء على التأميم وحرية تحويل رأس المال والعوائد الناتجة عنه والتحكيم الدولي، والأمر رقم 03-01 يتماشى مع هذه المبادئ².

كرس هذا القانون ما يعرف بمبدأ جذب الاستثمار الدولي بدون حدود باستثناء التزام المستثمر الذي يرغب في الاستثمار في الجزائر بأن يودع تصريحاً بالاستثمار المزعوم إنجاز له لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار.

¹ - ينظر: محمد سارة، المرجع السابق، ص33.

² - ينظر: المرجع نفسه، ص35.

ميزة أخرى للقانون السالف الذكر، هو تمتيع المستثمر الأجنبي بضمانات قانونية وحوافز ضريبية وشبه ضريبية إلى جانب مزايا أخرى مالية متعددة، كما انه سوى بين الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الجزائريين الخواص والأجانب وكذلك بين المستثمرين الأجانب أنفسهم مع مراعاة الأحكام التي تنص عليها.

وهذا الأمر قد نزع كل شك حول مسألة تسوية النزاعات فيما يتعلق بالاستثمارات حيث تم تأكيد انفتاح الدولة بقوة على الاستثمار الأجنبي من خلال تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وكخطوة لإصلاح الجهاز القضائي فقد منح للمستثمر مطلق الحرية في اختيار الطريقة المناسبة لتسوية النزاع الناشئ بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، فقد جاء هذا القانون ليكرس بصفة واضحة وجلية التحكيم التجاري الدولي، خاصة وأن مسألة تسوية المنازعات بين الدولة والمستثمرين الأجانب تثير العديد من الأسئلة لا سيما وأن هؤلاء المستثمرين لا يقبلون وبسهولة اللجوء إلى المحاكم الوطنية للدولة المضيفة مثل الدولة الجزائرية.

فبعد ملتقى جوان 2000 الذي جمع رئيس الجمهورية برجال الأعمال الفرنسيين، تم التأكيد على انه لا يوجد قطاع استراتيجي محصور على الأجانب للاستثمار فيه¹، ومن جهة أخرى دعا رئيس الجمهورية البنوك والمؤسسات المالية الجزائرية المستثمرين الأجانب لإنشاء بنوك أو المساهمة في تلك الموجودة حالياً، وهي دعوة صريحة للاستثمار الأجنبي في سوق رؤوس الأموال الجزائرية.

وبصدور القانون 93-12 المعدل بالأمر 01-03، والذي جاء بإصلاحات جديدة في جميع المجالات وعلى جميع الأصعدة، فقد منح للمستثمر الأجنبي العديد من المزايا أرد فيها ضمانات من أجل تحفيزه على الاستثمار في الجزائر، كما قام بإحداث هيئات جديدة تشرف على الاستثمارات وتسهل الإجراءات الإدارية، إلا أنه ورغم بعض الاختلافات في

¹ - ينظر: إكرام مياسي، الاندماج في الاقتصاد العالمي وانعكاساته على القطاع الخاص في الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 156 .

الصياغات بين المرسوم التشريعي 12-93 والأمر 03-01 إلا أننا نجد أن هذا الأخير يعتبر تأكيداً للمبادئ الواردة في المرسوم السالف ذكره¹.

لقد مر الأمر 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 بعدة تعديلات خاصة في بعض بنوده التي كانت تتنافى مع واقع ومقتضيات الاستثمار في تلك الآونة والتي سبق التطرق إليها في جزئية التطور التاريخي في الجزائر (الفصل الأول) ابتداءً من الأمر رقم 09-06 إلى غاية قانون 10-14.

على أنه عموماً لا يمكن التعليق حول هذه التعديلات نظراً إلى كون هذا القانون جديداً، وأحدث تغييرات جذرية جوهرية على الاستثمار بصفة خاصة والاقتصاد بصفة عامة كما أن معظم أحكامه لم تدخل بعد حيز التنفيذ، لذا يمكن التساؤل حول ما مدى تأثير هذا القانون وفي أرض الواقع على الاستثمارات خاصة وإن منظمة "Doing Business" وحسب تقريرها السنوي لمناخ الاستثمار والأعمال لسنة 2010، يضع الجزائر في المركز 136 من بين مجموع 183 من حيث الاقتصاد وكذلك من ناحية التسهيلات التي يحظى بها المستثمرين والمتعاملين الاقتصاديين².

وتعتبر الملكية الخاصة شيئاً مقدساً بالنسبة للمستثمر بصفة عامة، والمستثمر الأجنبي بصفة خاصة، إذ ما الفائدة من الاستثمار إذا كانت ملكيته ستعود لطرف آخر غير المستثمر ذاته، وظل التخوف من المساس بالملكية الاستثمارية العقارية إلى يومنا هذا من أهم المعوقات التي تحد من التدفقات الاستثمارية الوطنية و الأجنبية على حدٍ سواء.

وعلى الرغم من تقديس الملكية الفردية ووصفها بأنها حق قانوني واجب الاحترام، فإن التشريعات المختلفة ومنذ القدم تعترف للدولة بالحق في نزع الملكية للمنفعة العامة مقابل تعويض يدفع للمالك.

¹ - ينظر: محمد سارة، المرجع السابق، ص54.

² - L'incidence de la LFC 2009. Sur L'investissement. Rapport du conseil économique et social le ; 10/12/2009.

وهذا ما أقره المشرع الجزائري من خلال قانون نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية¹، والذي يجيز صراحة للدولة أو إحدى مؤسساتها الإدارية نزع الملكية الخاصة – يدخل فيها ملكية الاستثمار – من أجل المنفعة العامة، بل أن احترام الملكية الفردية لم يحل دون إمكان مصادرة الأموال الخاصة من دون أي تعويض عند ارتكاب أعمال مخالفة لأحكام القانون أو النظام العام، وهذا ما أشارت إليه المادة 09 من قانون العقوبات الجزائرية² باعتبار المصادرة إحدى العقوبات التكميلية التي يمكن توقيعها على المستثمر الذي يخالف القانون أو النظام.

كما أنه من جهة أخرى قد جرى العمل في معظم الدول على تخويل السلطة العامة حق الاستيلاء على الأموال الخاصة بشكل مؤقت أو وضعها تحت الحراسة القضائية لمقتضيات التحقيق أو لأية مصلحة عامة أخرى، كما يمكن أن يتم ذلك في شكل تأميم شامل لممتلكات مجموعة من الأشخاص نتيجة لتغيير النظام الاقتصادي والسياسي في الدولة كسلسلة التأميمات التي قامت بها الجزائر في السبعينات على إثر التحول للنظام الاشتراكي الذي يقتضي الملكية الجماعية (الدولة) لجميع الأراضي الفلاحية والعقارات وحقول البترول ويبقى الأفراد مجرد عمال بأجر لا غير.

وأيا كان النظام القانوني الذي يتم بمقتضاه نزع الملكية، تأميما أو مصادرة أو نزع ملكية للمنفعة العامة، فإنه يمثل في نظر فقهاء القانون عائقا في وجه الاستثمار الأجنبي، ذلك أنه يؤدي في النتيجة إلى حرمان المستثمر حرمانا كليا من استثمار أمواله سواء بطريق مباشر أو غير مباشر³، ويمكن من خلال التطرق لكل شكل من أشكال نزع الملكية أن يتضح مدى الخطورة التي يشكلها كل منها على الاستثمار الأجنبي.

¹ - قانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أبريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

² - الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جويلية 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

³ - ينظر: دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 109.

1- نزع الملكية للمنفعة العامة:

وهو إجراء إداري يتم في إطار القانون وفي حدود الحالات المنصوص عليها، يقصد به حرمان الشخص من ملكه العقاري لتخصيصه للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل يدفع له. فيه إجراء استثنائي¹ يرد على العقار عموماً ولا يجوز اللجوء إليه إلا إذا أجازته القانون ويشترط أن يتم ذلك تحقيقاً لمنفعة عامة مع دفع تعويض عادل لمالك العقار، وهذا ما يخفف من حدة خطورة هذا الشكل من أشكال نزع الملكية، بما أنه يتم مقابل تعويض عادل لمالك العقار، وهذا ما يخفف من حدة خطورة هذا الشكل من أشكال نزع الملكية، بما أنه يتم مقابل تعويض عادل وفي حدود الحالات المنصوص عليها قانوناً مما يعني أن المستثمر على علم مسبق بإمكانية حدوث هذا الإجراء وحالاته.

ورغم ذلك يبقى لهذا الإجراء الأثر السلبي على اتجاه المستثمر لأن المستثمر يبحث دوماً عن الربح وليس استرجاع الأموال التي استثمرتها فقط.

2- المصادرة:

وهي ذلك الإجراء الذي تتخذه السلطة العامة وتستولي بمقتضاه على ملكية كل أو بعض الأموال أو الحقوق المملوكة لأحد الأشخاص، وذلك دون أداء أي مقابل.

وهي تكون المصادرة قضائية أو إدارية، وفي كلتا الحالتين ينبغي أن تستند إلى نص قانوني وفي الحدود التي يرسمها.

وتنظم معظم التشريعات المقارنة على غرار التشريع الجزائري المصادرة بوصفها عقوبة تكميلية، تطبق إلى جانب العقوبات الأصلية التي توقع على مرتكب المخالفة أو الجريمة.

¹ - المادة 02 من القانون رقم 91-11 السالف الذكر.

ويظهر جليا من خلال هذا التعريف أن المصادرة أكثر خطورة من الشكل الأول إذ أن نزع الملكية يتم دون أي تعويض، إلا أنه يمكن تلاقي هذا الخطر بتلافي ارتكاب المخالفة التي تؤدي لتنفيذ هذه العقوبة في الأساس.

3- التأميم:

يعتبر التأميم من النظم القانونية الحديثة نسبيا إذ ترجع أولى تطبيقاته إلى عام 1917¹ عندما تعرض مبدأ الملكية الفردية للانهايار، ويعد في الحقيقة هذا الإجراء أخطر أنواع نزع الملكية إذ يكون استثنائيا جدا في حالات معينة متعلقة بتغيير نظام الدولة الاقتصادي والسياسي، كما حدث في الجزائر في إطار التوجه للنهج الاشتراكي الذي تبعه تأميم المحروقات وبالتالي تأميم الشركات الأجنبية التي كانت تنشط في هذا المجال بالإضافة لتأميم الأراضي الزراعية بما يسمى الثورة الزراعية.

كما أن هذا الإجراء يتم بصفة جماعية ومقابل تعويض نسبي، ويكون بصفة مفاجئة دون أن يكون هناك حالات محددة يتم فيها، وهذا ما يجعل هذا الإجراء من أشد أنواع نزع الملكية تأثيرا على اتجاه الاستثمار الأجنبي فالدولة التي تكون فيها حالات التأميم كثيرة ومتعددة ويتهرب منها المستثمرين خوفا من تعرض أملاكهم للتأميم خصوصا إذا كان قانون الدولة لا ينص على ضمانات ضد هذا الإجراء كحال قانون الاستثمار الذي لم يتطرق لهذا الإجراء، في حين يتجهون للدول التي أو تنعدم فيها حالات التأميم، أو على الأقل تنص قوانينها الداخلية على ضمانات فعالة اتجاه هذا الإجراء، أي أن العلاقة مطردة بين حالات التأميم واتجاه الاستثمار الأجنبي.

الفرع الثاني: المعوقات الإجرائية والإدارية للاستثمار في الجزائر.

تعتبر كثرة الإجراءات المفروضة قانونا للاستثمار في مجال معين، والحصول على الامتيازات والضمانات المرتبطة به، أحد أهم القيود والعوائق التي تحول دون بلوغ الاستثمارات الأجنبية الوافدة الحجم المطلوب.

¹ - ينظر: محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 111-112.

فمن خلال الأمر 03-01 والنصوص التنظيمية له، وبالأساس المرسوم التنفيذي رقم 98-08 المؤرخ في 24 مارس 2008 المتعلق بشكل التصريح بالاستثمار وطلب ومقرر منح المزايا وكيفيات ذلك، والقرار الصادر عن وزارة الصناعة وترقية الاستثمارات المؤرخ في 18 مارس 2009 المحدد لمكونات ملف التصريح بالاستثمار وإجراءات تقديمه، إلى غير ذلك من أن هناك العديد من المراحل والإجراءات التي يتعين على المستثمر المرور بها للحصول على الامتيازات المنصوص عليها في الأمر أعلاه، بالإضافة إلى الملفات الكثيرة والمتكررة التي يتم إعدادها من أجل الحصول على الرخص والترخيصات اللازمة للاستثمار في مجال معين، وكذلك القيد في السجل التجاري والحصول على رقم القيد، بالإضافة إلى الإجراءات المفروضة قانونا على الملكية أو نقلها، وكل هذا يتطلب وقتا وجهدا كبيرا للقيام به بالإضافة للمصاريف الكبيرة التي يتحملها المستثمر، هذا بالإضافة إلى القيود المفروضة لإنشاء بعض الشركات سواء من حيث الحد الأدنى لرأس المال أو عدد الشركاء، أو من حيث إدارتها وتسييرها ودون أن ننسى القيود الجديدة التي تم وضعها بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009 المتعلقة بالحد الأقصى لنسبة مشاركة المستثمر الأجنبي في تأسيس الشركات وإلزامه باشتراك المستثمر الوطني بنسبة 51% على الأقل... إلى غير ذلك من الإجراءات.

وما يؤكد هذا ما جاء في تقرير البنك العالمي المتعلق بالأعمال لسنة 2010¹، إذ يتطلب مثلا إنشاء مؤسسة ما في الجزائر إلى (14) إجراء تستغرق 24 يوما، أما استخراج الرخص اللازمة لبدء المشروع فيتطلب المرور بـ 22 إجراء تستغرق 240 يوم، بينما يتطلب إعداد عقود الملكية 46 إجراء في مدة 630 يوم.

فكل هذا يدل على كثرة الإجراءات القانونية المفروضة وطول المدة المتعلقة بها خصوصا إذا ما قورنت بالدول الأخرى وهذا ما يؤثر سلبا على مناخ الاستثمار في الجزائر.

كما يمكن أن ندخل في هذه الطائفة من العوائق مختلف القيود الضريبية والنقدية المفروضة على الاستثمار بموجب النصوص القانونية، فنجد أن مقدار الضريبة وقواعد

¹ -Doing Business In the World 2010.www.doingbusiness.org.

فرضها وجبايتها يمكن أن يؤدي دورا كبيرا في اجتذاب رؤوس الأموال الأجنبية أو انحصارها، فنجد أن كثرة الضرائب وتعددتها واختلاف أوعيتها وكبر حجمها حيث أن هناك ضرائب على الأرباح وضرائب على الدخل ورسوم على رقم الأعمال...إلى غير ذلك، وهذا ما يؤدي إلى زيادة أعباء المستثمر وإرهاقه وبالتالي نفوره، فحسب نفس التقرير المذكور أعلاه قدر إجمالي الضرائب التي يتعين على المستثمر دفعها ب 72% من إجمالي الربح هذا بالإضافة إلى أن الرقابة على الصرف الأجنبي والتحويلات النقدية التي يفرضها بنك الجزائر من خلال التعليمات التي يصدرها تؤثر بشكل كبير على حجم رأس المال الوافد إلى الدولة وأبعاد استثماره إذ بقدر ما تكون شروط التحويل مشددة وطويلة بقدر ما يؤدي ذلك إلى تراجع حجم الاستثمارات الوافدة، هذا وإن كنا نظن أن الرقابة المفروضة¹ في الجزائر من طرف بنك الجزائر (بموجب النظام رقم 05-03 المؤرخ في 06 جوان 2005 المتعلق بالاستثمارات الأجنبية) هي إجراء تستلزم ضرورة مراقبة حركة رؤوس الأموال الداخلية والخارجية وعمليات الصرف حتى لا يقع هناك اختلال في التوازن أو تذبذب في أسعار الصرف، مما يترتب آثار سلبية على الاقتصاد الوطني.

وهناك عوائق أخرى لا تقل أهمية يصطدم بها المستثمر على مستوى الإدارة القائمة بتطبيق النصوص القانونية وكيفيات قيامها بذلك، ومدى كفاءتها وقدرتها على إرضاء المستثمر الأجنبي وحتى الوطني، يمكن حصرها في عنصرين أساسيين هما:

• بيروقراطية الإدارة وسوء تطبيق القوانين.

• الفساد الإداري وانعدام الشفافية.

فرغم الجهود المبذولة من طرف الدولة من أجل التخلص من المتاعب البيروقراطية وتسهيل الإجراءات الإدارية أمام المستثمرين المحليين والأجانب حيث تم إنشاء الشبائيك الموحدة التي تضم مجموعة من المكاتب التابعة لعدة هيئات تتولى توفير خدماتها على

¹ - تنص المادة 06 من النظام رقم 03-05 على انه: "تخضع التحويلات التي تقوم بها البنوك والمؤسسات المالية تطبيقا لهذا النظام، إلى مراقبة بعدية من طرف بنك الجزائر كما هو الشأن بالنسبة للعمليات الأخرى الخاصة بالتجارة الخارجية والصرف يجب على البنوك والمؤسسات المالية والوسيط المعتمدة، أن تصرح لبنك الجزائر بهذه التحويلات حسب نموذج سيحدده تعليمات بنك الجزائر.

مستوى هذه الشبايبك، إلا أن مشكل البيروقراطية يبقى مطروح لأن الأمر ليس متعلق هنا بالنصوص القانونية، وإنما بالإدارة التي تسهر على تطبيقها حيث يظهر الفرق الواضح بين النصوص والواقع.

ف نجد في الجزائر أن الإدارة التي تسهر على توفير الخدمات للمستثمر الأجنبي لا زالت، دون المستوى المطلوب، ولا تفي بمتطلبات هذا الأخير، هذا إضافة لعدم وجود جهاز خاص بالمستثمرين الأجانب، ويمكن في هذا المجال أن نسجل بعض النقاط السلبية حسب ما يلي:

ليس هناك معلومات كافية، شاملة ومتجددة عن الاستثمار وفرصة في الجزائر، يستطيع أن يرجع إليها المستثمرين الأجانب للتعرف على فرص الاستثمار وظروفه قبل المجيء للجزائر.

الإجراءات البيروقراطية على مستوى الوكالة سواء فيما يتعلق باستخراج نماذج الطلبات التي تملأ من طرف المستثمر، وكذلك فيما يتعلق بدراسة الملفات والرد عليها التي تستغرق مدة طويلة.

عدم توفر شبايبك لا مركزية كافية وفعالة على مستوى كل الولايات لتقريب الإدارة من المستثمر حيثما كان (18 شباك على المستوى الوطني)¹.

عدم وجود تنسيق بين الهيئة المشرفة على الاستثمار وباقي الهيئات الأخرى التي لها دور في عملية الاستثمار، مما يجعل المستثمر مشتت بين أكثر من هيئة لاتخاذ القرار.

قد يتطلب جمركية سلعة معينة حوالي 16 يوم، وقد تصل إلى 35 يوم في بعض الحالات، في حين لا تتجاوز الثلاثة أيام في المغرب، وخمسة أيام في الصين، و12 يوم في أقصى الحالات.

¹ -Les Dispositif d'encouragement à l'investissement- 2010. ANDI.www.andi.dz.

الإجراءات البيروقراطية على مستوى الموانئ حيث قد يتطلب وصول بضاعة من الخليج إلى الجزائر شهرا كاملا، في الوقت الذي يتطلب وصولها على أي ميناء أوروبي حوالي الأسبوع، بالإضافة لحجم أسعار الشخص الكبير مقارنة مع الدول الأخرى.

سوء تطبيق القوانين وعدم احترام الإجراءات والآجال المفروضة قانونا، وعدم وجود آليات فعالة لمراقبة الإدارة في تنفيذها للقوانين المتعلقة بالاستثمار.

طلب نفس الوثائق عدة مرات على مستوى عدة هيئات، مما يؤدي إلى إرهاق المستثمر الذي قد يضطر للعودة لبلده لجلب بعض الوثائق التي يمكن الاستغناء عنها، ونضرب هنا مثلا بما صرح به أحد المسؤولين بالوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار بأن بعض المستثمرين الأجانب حين قدموا للجزائر للقيام بإجراءات التسجيل في السجل التجاري بعد التصريح برغبتهم في الاستثمار طلبت منهم وثيقة شهادة الميلاد كوسيلة لإثبات الهوية المدنية طبقا للقانون الجزائري، ذلك أن الموثق لا يمكن أن يحرر عقد الشركات التجارية إلا حسب الأشكال القانونية المطلوبة وبعد استيفاء الشكليات الأساسية كالوثيقة السالفة الذكر، وهذا ما أشارت إليه المادة 06 من القانون رقم 22/90 المؤرخ في 18 أوت 199 المتعلق بالسجل التجاري في فقرتها 2: " يحرر الموثق عقد الشركات التجارية حسب الأشكال القانونية المطلوبة بعد استيفاء الشكليات التأسيسية"، وبحكم أن شهادة الميلاد تعتبر إحدى الشكليات الأساسية فإن الموثق يرفض تحرير بدونها، وعند تقديم بعض المستثمرين بجواز سفرهم كوسيلة لإثبات الهوية بدل الوثيقة السابقة التي لم يحضروها بالرفض بحجة أن جواز السفر لا يقوم مقام شهادة الميلاد طبقا للإجراءات الإدارية المعمول بها في الجزائر، وكان ذلك الرد سببا في عدول الكثير من المستثمرين عن القيام بالاستثمار في الجزائر بسبب وثيقة بسيطة يمكن الاستغناء عنها¹.

وإذا كانت البيروقراطية هي التهاون في أداء المهام وفرض إجراءات لا طائل منها سوى إرهاق المستثمر ماديا ومعنويا، فإن الفساد الإداري يقصد به هنا جميع أشكال

¹ - ينظر: بن سويح خديجة، النظام القانوني للاستثمار في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق- جامعة الجزائر- 2007، ص78.

الممارسات والتصرفات الغير قانونية التي تهدف إلى تحقيق أقصى ربح ممكن في وقت قصير وبطريقة غير شرعية.

وحسب تقرير التنمية في العالم لسنة 1996 الصادر عن البنك الدولي فإن الفساد هو استخدام الوظيفة العمومية لتحقيق مكاسب الشخصية.

أما تقرير منظمة الشفافية الدولية لسنة 2007 فقد عرفه بأنه سوء استغلال الوظيفة العامة من أجل مصلحة خاصة.

يأتي في مقدمة ذلك الرشوة واختلاس المال العام واستعمال النفوذ لتحقيق أغراض شخصية، وما الفساد إلا صورة واضحة عن انعدام الشفافية في الجزائر التي لا تزال تعاني من مشكل الرشوة والمحسوبية والتعسف في استعمال السلطة، بحيث أنه كلما كانت المعلومات والشفافية واضحة في معاملات الهيئات المكلفة بذلك كلما قلت نسبة الرشوة والفساد وكان ذلك من الدواعي المحفزة على الاستثمار الأجنبي.

ويظهر تأثير الفساد على الاستثمار المحلي والأجنبي بصورة سلبية على حد سواء باعتباره تكاليف إضافية يدفعها المستثمر مقابل قيام الموظف بالخدمة القانونية جزء من أرباح المستثمر.

وحسب المسح الذي قام به البنك الدولي الذي شمل 557 مؤسسة في الجزائر سنة 2003، فإن حجم الرشوى المقدرة المدفوعة هو 75%، ومتوسط نسبة الرشوة من المبيعات تقدر بـ 08.6%.

لأجل هذا كله ونظرا للتوصيات التي تلقتها الجزائر من عدة هيئات دولية متخصصة في مكافحة الفساد، فقد سارعت الجزائر هي الأخرى إلى تبني إجراءات لمكافحة الفساد والقضاء على مصادره وذلك بموجب قانون لمكافحة الفساد لسنة 2006¹، الذي وضع إجراءات وعقوبات لمكافحة جميع أشكال الفساد داخل الإدارة الجزائرية ولكن رغم ذلك بقي حجم الفساد في الجزائر كبيرا مقارنة مع نظيرتها من الدول، وهذا ما لا يشجع على

¹ - قانون رقم 01-06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد.

الاستثمار الأجنبي بل ويؤدي إلى انحساره بسبب النتائج السلبية التي تترتب عنه خصوصا من ناحية الأعباء الإضافية الناتجة عنه.

ويلاحظ أن أسباب الفساد تتعدد وتختلف من بلد لآخر، ولكن انتشاره يزداد للأسباب المباشرة التي تخص سيادة بعض القوانين المسنونة والصلاحيات الممنوحة للموظفين في إعطاء التراخيص المختلفة والوثائق، وعدم وضوح النظام الضريبي وعدم شفافية القوانين والإجراءات الضريبية ومنحها صلاحيات كبيرة مع غياب الرقابة، وهناك أيضا ضخامة حجم بعض المشاريع الحكومة التي تغري الموظفين الطامعين على جني الأرباح الطائلة.

وهناك أيضا أسباب غير مباشرة منها انخفاض دخل الموظفين واستعانتهم بالرشوة لزيادة أجورهم، كما أنها تتعلق بدور الحكومة في الرقابة خصوصا من خلال الجهاز القضائي، فإذا قامت بدورها على أكمل وجه لم يتسن للموظفين القيام بعمليات غير شرعية والعكس إذا لم تقم بدورها وجدت ثغرة للرشوة والاختلاس والعمليات غير الشرعية، كما أن القوانين والتشريعات الخاصة بالفساد في البلدان النامية غير واضحة وتفسر بطريقة خاطئة، بالإضافة إلى أن الاضطراب السياسي والأمني له دور كبير في تفشي الفساد وقلة الشفافية وبالتالي انحسار الثقة في مؤسسات الدولة والحكومات الناشئة التي يفترض ان تحمي استقرار الدولة واستمرارها.

كذلك يعد عدم وجود نظام مصرفي قوي وشفاف يسمح بالقيام بالمعاملات المالية القانونية كالتحويل وتقديم القروض والقيام بعمليات الصرف دون قيد، هذا النظام على منع القيام بالمعاملات المالية المشبوهة مثل: غسيل الأموال والتحويلات غير القانونية يعد سببا من أسباب الفساد.

المطلب الثاني: مزايا الاستثمار في الجزائر.

استقطاب والاستثمارات كبديل استراتيجي عن اللجوء إلى المديونية الخارجية وتأثيراتها السلبية على الاقتصاد أصبح أمرا ضروريا تتنافس فيه كلّ الدول وتسعى إلى خلق بيئة ملائمة ومحفزة ومشجعة لأكبر قدر من الاستثمارات، فإلى جانب الأمن والاستقرار

التجاري التشريعي للدولة المضيفة يجب على هذه الأخيرة جلب المستثمر بمجموعة من المزايا تجعلها الوجهة المفضلة والخيار الأمثل لرؤوس الأموال، فماذا تقدم الجزائر من تحفيّزات للمستثمر؟ ولماذا ظلت الجزائر في المراتب المتدنية في استقطاب المستثمر رغم هذه المزايا؟ هل هذه المحفزات تحقق المنطق الاقتصادي "رابح رابح"؟

الفرع الأوّل: المزايا الضريبية والجمركية الممنوحة للاستثمار.

لا شك أن المستثمر وعلى الخصوص أن يقوم بدراسة معمقة قبل إقدامه على القرار النهائي في الاستثمار وعلى الخصوص التكلفة المالية وهامش الربح، لذلك ينصب اهتمامه أكثر على المحفزات المالية التي تقلل من التكلفة وتزيد من العائد المالي وفي مقدمتها الإعفاءات أو التخفيضات الجبائية وشبه الجبائية ومنها:

- أ- الإعفاء من إجراء التوظيف البنكي.
- ب- جواز إدخال أدوات قديمة ومستعملة.
- ج- عن طريق عقد الاعتماد الإيجاري الدولي.
- د- التعامل مع المستثمر بالنظر لقواعد التجارة العادية وليس الدولية.

1- المزايا الممنوحة لكل الاستثمارات:

أولاً: الاستثمارات العادية.

- أ- في مرحلة الإنجاز: م 2/12 من القانون 09/16 نصت على:
«1- الإعفاء من الحقوق الجمركية على السلع المستوردة التي تستعمل مباشرة في الإنجاز.
- 3- الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة للسلع التي تستعمل مباشرة في الإنجاز.
- 4- الإعفاء من الرسم على الإشهار العقاري والتسجيل.

5- تخفيض 90% من مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية التي تحددها مصالح أملاك الدولة طيلة مدة الإنجاز.

6- الإعفاء من حقوق التسجيل الخاصة بالعقود التأسيسية للشركات».

ب- مرحلة الاستغلال: من 3/12 ق 09/16 مدة 3 سنوات.

1- الإعفاء من الضريبة على أرباح الشركة.

2- الإعفاء من الرسم على النشاط المهني.

3- تخفيض 50% من سلع الإتاوة الإيجارية السنوية التي تحددها مصالح أملاك الدولة.

ثانياً: الاستثمارات المرتبطة بالمكان.

مثلا: منطقة الجنوب- الهضاب العليا م 13.

1- مرحلة الإنجاز:

- التكفل الجزئي أو الكلي بنفقات الأشغال للمنشآت الضرورية لإنجاز الاستثمار.

- تخفيض مبلغ الإتاوة الإيجاري عن طريق الامتياز لأجل مشروع استثماري.

2- مرحلة الاستغلال 10 سنوات من تاريخ الشروع في الاستغلال.

ثالثاً: الاستثمار بمبلغ مالي يفوق خمسة (5) ملايين دينار جزائري.

• نظام التحفيزات الإضافية للاستثمار التي تساهم في تخفيض نسبة البطالة المادة 15.

عند إنشاء 100 منصب دائم تمتد مدة المزايا الاستغلال من 3 سنوات إلى 5 سنوات

قبل نهاية السنة الأولى من مرحلة الاستغلال.

• نظام التحفيزات المخصص لأنشطة وقطاعات محددة م 18.

المزايا الضريبية في الاتفاقيات:

والتي تتمثل في إلغاء الازدواج الضريبي والذي يعني دفع المستثمر لضريبتين من نفس النوع في دولتين أو أكثر مثال الضريبة على الأرباح يدفعها المستثمر للدولة المضيفة والدولة المصدرة لرأس المال.

من بين الاتفاقيات:

1- المبرمة بين دول اتحاد المغرب العربي سنة 1990.

2- المبرمة بين الجزائر وفرنسا سنة 1999.

الفرع الثاني: المزايا التمويلية.

تعتبر من أهم المزايا التي يستهدفها المستثمر سواء أجنبي كان أو وطني.

- في قانون الاستثمار:

المادة 1/13 المتعلقة بالمزايا المقدمة للاستثمارات المنجزة في المناطق التي تتطلب تنميتها مساهمة خاصة من الدولة (الجنوب والهضاب العليا) حيث تتكفل الدولة بمصاريف الأشغال المتعلقة بالمنشآت الأساسية لإنشاء الاستثمار. هذا المستثمر يستفيد من تخفيض مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية المحددة من مصالح أملاك الدولة في إطار الامتياز لإنشاء مشروع استثماري لمدة 10 سنوات في الهضاب العليا و15 سنة في الجنوب وبالتالي نجد أن هذه التحفيزات غير مباشرة.

- في الاتفاقيات:

التي تنشأ مصارف وصناديق مالية، مثل: اتفاق الشراكة مع المجموعة الأوروبية سنة 2002 الذي يموله بنك الاستثمار الأوروبي.

البنك الدولي للإنشاء والتعمير BIRD.

ورغم التحفيزات التي تقدمها الجزائر لاستقطاب المستثمر إلا أنها تبقى غير كافية بالنظر إلى الطبيعة البيروقراطية التي تهيمن عليها الأجهزة الإدارية في كل المستويات والتي تجعل الاستثمار في الجزائر مغامرة غير محمودة العواقب ولعلّ تكليف وسيط الجمهورية بملف الاستثمار أكبر دليل على ذلك.¹

¹ - محاضرة المزايا والتسهيلات الممنوحة للاستثمار في القانون الجزائري- مقالة منشورة بتاريخ 2019/11/30، ونوغي نبيل أستاذ محاضر صنف أ المركز الجامعي سي الحواس بركة باتنة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية.

المحور الثاني: الضمانات المتعلقة بحماية الملكية الصناعية والتجارية واللجوء للتحكيم التجاري الدولي.

سنتطرق خلال هذا المحور إلى جملة الضمانات المتعلقة بحماية الملكية، كأهم ضمان لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية خاصة، والوطنية أيضا، كما سناقش بالتحليل التحكيم التجاري الدولي وإجراءاته وصولا إلى تنفيذ أحكامه التحكيمية، وهو ضمان يهدف من خلاله المستثمر إلى استبعاد اللجوء للقضاء الوطني تجنباً لانحيازه إلى مصالح دولته.

الفصل الأول: الضمانات المتعلقة بحماية الملكية الصناعية والتجارية واللجوء للتحكيم التجاري الدولي.

يقصد بالملكية الصناعية مختلف الحقوق التي تكون ثمرة النشاط الإبداعي الخلاق للفرد في مجال الصناعة والتجارة وهي تخول لصاحبها سلطة مباشرة على ابتكاره أو محل حقه للتصرف فيه بكل حرية وإمكانية مواجهة الغير بها. عرّفها بعض الفقه على أنّها حق استثنائي صناعي وتجاري تخول صاحبها أن يستأثر قبل الكافة باستغلال ابتكار جديد أو استغلال علامة مميزة.

وتشمل حقوق الملكية الصناعية براءة الاختراع والعلامات والرسوم والنماذج الصناعية والمؤشرات الجغرافية وتسميات المنشأ والتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة.

المبحث الأول: حماية الملكية الصناعية والتجارية كضمان للاستثمار في الجزائر.

إن حماية الملكية كضمان للاستثمارات ليست حكرا على المشرع الجزائري، بل أن ذلك يعد ركيزة من ركائز الاتفاقيات الدولية والاقليمية حتى الثنائية منها، وهو ما تبناه المشرع الجزائري كما سنتطرق له تباعا.

المطلب الأول: أنواع الملكية الصناعية والتجارية المعنية بالحماية القانونية.

لقد هدف المشرع الجزائري من خلال توفير الحماية القانونية للملكية الصناعية والتجارية، استقطاب المزيد من التدفقات الاستثمارية الوطنية منها والدولية، خاصة تلك

المتعلقة بالاستثمارات المعرفية والعلمية التي تنطوي على أفكار كأساس للتصنيع والاستثمار.

الفرع الأول: الحقوق التي ترد على المبتكرات الجديدة.

إنّ الحقوق التي ترد على المبتكرات الجديدة هي تلك الحقوق التي تخول لصاحبها حق استغلال ابتكاره قبل الكافة، وهذه الحقوق ترد إمّا على ابتكرات جديدة ذات قيمة نفعية وهي الابتكرات الموضوعية، وابتكرات جديدة ذات قيمة جمالية وهي المبتكرات الشكلية.

1- المبتكرات الموضوعية.

تتمثل الابتكرات الجديدة ذات القيمة النفعية في كل الابتكرات التي تنطوي على ابتكار منتجات معينة تساهم في تطور المجتمع وهذه المبتكرات تنقسم إلى براءة الاختراع والتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة.

أولاً: براءة الاختراع.

تعتبر براءة الاختراع نواة أو جوهر حقوق الملكية الصناعية، وهي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بتطور الحضارة البشرية والتي عرفت في مختلف مراحل تطورها العديد من الاختراعات بدءاً من اختراع النار إلى غاية اختراع الإنترنت¹.

فبراءة الاختراع تمنح على كل ابتكار جديد قابل للاستغلال الصناعي، سواء أكان متعلقاً بمنتجات صناعية جديدة أم بطرق ووسائل صناعية مستحدثة، أو بتطبيق جديد لطرق أو وسائل صناعية معروفة، ويعتبر هذا الحق حقاً مطلقاً في الاستثناء واحتكار الاختراع في مواجهة الآخرين، وهذا لمنح الحماية القانونية لمنتج جديد أو لطريقة صناعية جديدة للإنتاج،

¹ - ينظر: عجة الحيلالي، أزمات حقوق الملكية الفكرية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة القديمة- الجزائر، ط 2012، ص 265.

إذ أن الشرط الرئيس الواجب توافره في الاختراع الذي يستوجب منح البراءة عنه هو شرط الجدة، أي أن يكون المخترع قد أتى بما هو جديد لم يسبقه أحد إلى معرفته¹.

الجدة معناها السبق إلى التعريف بالاختراع وتكون إما مطلقة أو نسبية، والجدة المطلقة تعني أن لا يكون هذا الاختراع قد سبق نشره على الجمهور أو استعماله علنا أو لم يحصل على براءة الاختراع من قبل أو لم يسبق للغير تقديم طلب للحصول على براءة الاختراع عن ذات الابتكار²، لأن البراءة تعطي صاحبها حق احتكار استغلال الفكرة الابتكارية مقابل الكشف عنها للجمهور، فإذا كانت الفكرة الابتكارية معروفة من قبل انتفى سبب إصدار البراءة.

وقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ الجدة المطلقة³ بنصه على أنه: «يعتبر الاختراع جديدا إذا لم يكن مدرجا في حالة التقنية وتتضمن هذه الحالة كل ما وضع في متناول الجمهور عن طريق وصف كتابي أو شفوي أو استعمال أية وسيلة أخرى عبر العالم، وذلك قبل يوم إيداع طلب الحماية أو تاريخ مطالبة الأولوية بها» وهي نفس الأحكام التي جاء بها التشريع الفرنسي⁴.

ولم تأخذ اتفاقية تريبس بالجدة النسبية، وإنما اشترطت أن يكون الاختراع جديدا مطلقا سواء من الناحية الموضوعية أو الناحية الشكلية، وبحيث يتعين أن لا يكون قد سبق استعماله قبل تقديم طلب البراءة إلى الجهة الإدارية المختصة سواء في داخل البلد أو في أي مكان آخر بصفة علنية أو الشهر عن وصفه أو عن رسمه في أي مكان داخل البلد العضو في اتفاقية تريبس أو في خارجه⁵.

¹ - ينظر: صلاح زين الدين، العلامات التجارية وطنيا ودوليا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ط2، 2009، ص55-56.

² - ينظر: بن دريس حليمة، حماية حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، 2013-2014، ص 88.

³ - ينظر: المادة 04 من الأمر 07-03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق ببراءة الاختراع، الجريدة الرسمية مؤرخة في 23 يوليو 2003، العدد 44.

⁴ - Art. L.611-11 als l.c.fr.propr-intell.

⁵ - ينظر: جلال وفاء محمدين، الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقا لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط 2004، ص ص 66-67.

ويستثنى المشرع الجزائري من الجدة المطلقة الاختراعات التي تم عرضها في معرض دولي رسمي أو معترف به رسمياً خلال 12 شهراً السابقة لتاريخ إيداع طلب البراءة¹.

تعتبر الجدة من العناصر المهمة في الاختراع، إلا أنها تثير إشكالية تقديرها باعتبار أن هذه الأخيرة تختلف من نوع إلى آخر حسب نوع وشكل الاختراع، وفقاً لأحكام التشريع الجزائري² تمنح البراءة إذا كان موضوع الاختراع متعلق بإنجاز ناتج جديدة أو تطبيق جديدة لطريقة معروفة أو ترتيب جديد لوسائل معروفة³.

يعتبر الاختراع ناتجاً جديداً إذا كان متميزاً عن سائر الأشياء المشابهة له نظراً لهيكله الذاتي أو مكوناته الخاصة، وتسمى البراءة الممنوحة للمخترع في هذه الحالة بـ "براءة الناتج" تمنح لصاحبها حق احتكار صنع الناتج الجديد وحمايته ضد كل اعتداء عليه.

أما براءة الطريقة الجديدة فهي مجموعة العناصر الكيماوية أو الميكانيكية المستعملة للحصول على شيء مادي يسمى الناتج أو المنتج، أو على أثر غير مادي يسمى النتيجة، ويستفيد المخترع في هذه الحالة ببراءة تسمى براءة الطريقة⁴.

تمنح البراءة عن اختراع تطبيق جديد لوسائل معروفة، ويعتبر الاختراع كذلك في حالة استعمال وسيلة معروفة أو منتج معروف للحصول على نتيجة غير معروفة سابقاً بالنسبة لهذه الوسيلة أو هذا المنتج، ويمنح هذا الاختراع لصاحبه براءة تسمى "براءة الطريقة"، أما اختراع تركيب جديد فهو كل عملية جمع وتركيب لوسائل معروفة للحصول على نتيجة جديدة، تسمى البراءة الممنوحة للمخترع بـ "براءة الطريقة".

¹ - ينظر: المادة 24 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع، المرجع السابق.

² - تنص المادة 3 الفقرة 2 من الأمر 03-07، المرجع نفسه، على أنه: «يمكن أن يتضمن الاختراع منتجاً أو طريقة».

³ - ينظر: بن دريس حليلة، المرجع السابق، ص 89.

⁴ - ينظر: بن دريس حليلة، المرجع نفسه، ص ص 89 - 90.

تقدر جدة الاختراع مبدئياً يوم إيداع طلب الحصول على البراءة، مع مراعاة حق الأفضلية والأسبقية في التسجيل الذي يتمتع به كل من أودع طلب في إحدى دول المنظمة إلى اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية والتجارية لسنة 1983¹.

لتقدير عنصر الجدة في اختراع ظهرت عدة نظريات، تذهب النظرية الأولى والتي هي نظرية المتعادللات إلى أنه يمكن اعتبار وسيلتين متساويتين إذا كانت لهما، رغم شكلهما المختلف، نفس الوظيفة من أجل الوصول إلى نفس النتيجة، ويفترض التماثل في الوظيفة أن يكون للوسيلتين نفس الأثر التقني، بينما يفترض التماثل في النتيجة التشابه في طبيعة النتيجة ونوعيتها²، أما النظرية الثانية فهي نظرية التطبيق الجديد ونظرية الاستخدام الجديد، تكمن الجدة وفقاً لهذه النظرية في التفرقة الموجودة بين النتيجة القديمة والنتيجة الجديدة التي حصل عليها المخترع.

أما النظرية الثالثة التي جاءت بشأن تقدير الجدة في الاختراع فهي نظرية التركيب ونظرية المقاربة، وفقاً لهذه النظرية يعتبر اختراع التركيب قابلاً للبراءة لأنه يتمثل في جمع عدد معين من الوسائل المعروفة للحصول على نتيجة إجمالية، بينما تستبعد من مجال البراءة عملية المقاربة لكونها لا تؤدي إلى نتيجة جديدة، فهي تتمثل في نتائج معروف لوسائل مختلفة³.

شرط الخطوة الابتكارية:

ومن ناحية ثانية، يشترط طبقاً لاتفاقية تريبس، أن ينطوي الاختراع على خطوة إبداعية فيما تم التوصل إليه من منتج جديد أو وسيلة صناعية جديدة. ومن ثم فقد اعتنقت تلك الاتفاقية المفهوم الأنجلوسكسوني لمعنى الإبداع والابتكار من حيث وجوب أن يؤدي إلى إحداث طفرة في التقدم الصناعي أو أن يشكل حدثاً ضخماً في مجال صناعة معينة. وذلك

¹ - ينظر: المادة 4(أ) من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية والتجارية، المؤرخة في 20 مارس 1983 المعدلة، والتي تنص على: «كل من أودع طلباً للحصول على براءة الاختراع أو تسجيل نموذج منفعة أو رسم أو نموذج صناعي أو علامة صناعية أو تجارية يتمتع هو أو خلفه فيما يختص بالإيداع في الدول الأخرى بحق أولوية خلال المواعيد المحددة فيما بعد».

² - ينظر: بن دريس حلبيمة، المرجع السابق، ص 91.

³ - ينظر: بن دريس حلبيمة، المرجع نفسه، ص 91.

على عكس المفهوم اللاتيني للابتكار، الذي يحدد معنى معيناً له يتمثل في إيجاد شيء لم يكن موجوداً من قبل أو اكتشاف شيء وإبرازه في المجال الصناعي، وذلك بغض النظر عن درجة التقدم التي تصيب الصناعة منه، أو الطفرة التكنولوجية التي تترتب بسببه. وعليه فلا يعدّ ابتكاراً، طبقاً لاتفاقية تريبس، مجرد الإتيان بشيء أفضل أو إحداث نتائج أحسن مما هو قائم فعلاً.

وتقاس الخطوة الإبداعية بمعيار موضوعي من حيث عدم وضوحها بالنسبة لرجال الصناعة العاديين، ولا شك أن هذا متطلب شديد، الغرض منه الاقتصار في منح براءات الاختراع على المخترعات المبتكرة ذات النفع¹.

وشرط الخطوة الابتكارية معناه أن يتميز الاختراع بمساهمته بنسبة من التقدم التقني لحالة تقنية سابقة أو بعبارة أخرى أن لا يكون الاختراع بديها أي مألوفاً لشخص ذي معرفة متوسطة².

مثال عن ذلك: إذا تم وضع وسيلة معينة مكان وسيلة أخرى معادلة لها، تختلف عنها بالشكل لكنها تؤدي نفس الوظيفة وتعطي نفس النتيجة، فلا تعتبر حائزة على النشاط الابتكاري.

وعليه عملية تأمين السلامة لتسخين المياه بواسطة الغاز والتي تركز على تأمين الهواء لإشعال النواصه، لا تعتبر طريقة جديدة، ولا يمكن القول بأن هناك طريقة جديدة يمنع فيها صعود الغاز بشكل قد يكون خطراً.

موضوع الاختراع يحصل بواسطة الانتقاء:

إذا تم ابتكار جديد في أحد أصناف الوسيلة، فهل يمكن القول بوجود الاختراع، أي ما يدعو للحصول على البراءة بالرجوع إلى ما يسمى بالانتقاء، يظهر بأن القضاء الفرنسي لا يقر بمثل هذه الأعمال ولا يدخلها في إطار الحماية³.

¹ - ينظر: جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 68.

² - ينظر: عجة الجليلي، المرجع السابق، ص 266.

³ - ينظر: نعيم مغيب، براءة الاختراع- ملكية، صناعية، وتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ط1، 2003، ص ص 83- 84.

شرط القابلية للتطبيق الصناعي:

ومعناه أن يقبل هذا الاختراع إجراء تطبيقات صناعية عليه.

والملاحظ أن الآلة الواحدة مهما كان حجمها قد تحتوي على عدة براءات كما يمكن ملاحظة ذلك من خلال المثال المتعلق بمضخة صغيرة لصب وتوزيع الدواء حيث تحتوي على 44 براءة اختراع كما يتبين لنا من خلال الشكل التالي:

براءات الاختراع الخاصة بمضخة صب وتوزيع الدواء¹.

¹ - ينظر: عجة الجبالي، المرجع السابق، ص ص 267- 268.

إن المضخة الصغيرة القابلة للغرس هي جزء من عائلة المضخات الصغيرة المصنوعة من السيليكون والتي تعمل بواسطة الضغط. وقد طورتها شركة ديبوتك "DEBIOTECH" لصب وتوزيع الدواء. ورغم حجمها الصغير (16 × 12 × 1.86 ملم) فإن هذه المضخة تتضمن 17 اختراعا محميا بواسطة 44 براءة.



لائحة بالاختراعات (العناوين):

1. غرفة ضخ.
2. جهاز صوت معزول عن غرفة الضخ.
3. صمام غير عائد مزود بأعضاء موصلة به.
4. صمام يتضمن غشاء يحدد حجرات التيارات الصاعدة والتيارات النازلة.
5. طريقة لحفر الخطوط على تجويف واحد.
6. صمام منحن في وضع مقفول في غياب التأثير الخارجي.
7. صمام مفتوح في غياب الطبقة الثانية.
8. صمام مزود بمكشاف للوضع.
9. حائط متحرك مزود بسدادات مزدوجة.
10. مضخة صغيرة ذاتية الملء.
11. ربط الأجزاء الأساسية من الزجاج يتضمن طبقة دهنية.
12. ربط للأجزاء الأساسية معدني مميز بخطوة تثبيت واحدة.
13. مصفى للمضخة الصغيرة.
14. التصاق تفاوتي.
15. رقاقة معدنية.
16. قطعة وسطى متكاملة.
17. صمام سميك.

ثانياً: التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة.

إن حماية التصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة موضوع حديث العهد نسبياً، ذلك أن إدماج عدد كبير من الوظائف الكهربائية بأسلوب معين، وفي مكون صغير، لم يعرف إلا حديثاً بفضل ما تم إحرازه من تقدم في التكنولوجيا شبه الموصلة. وتقوم صناعة الدوائر المتكاملة طبقاً لخطط أو تصميمات في غاية التفصيل والدقة. كما أنّ ابتكارها يتطلب جهداً وكفاءة عالية وإمكانات مالية كبيرة. وكلما صغر حجم الدائرة المتكاملة، كلما كان الجهد في إخراجها أكبر، وعادة ما تستخدم هذه الدوائر في صناعة الساعات والأجهزة الإلكترونية وغيرها.

وعلى الرغم من أن التوصل إلى تصميم طوبوغرافي لدائرة متكاملة يتطلب بذل الجهد والمال، فإن استنساخه سهل للغاية. ولعلّ هذا ما دفع المجتمع الدولي إلى حماية هذه الدوائر المتكاملة بنصوص معاهدة دولية خاصة هي معاهدة واشنطن فيما يختص بالدوائر المتكاملة لعام 1989. وعلى الرغم من أنه يطلق على هذه الدوائر عبارة التصميمات، إلا أنه لا يتم حمايتها باعتبارها رسوماً أو نماذج صناعية، إذ أن أمر حمايتها لا يركز على مظهرها الخارجي، وإنما بالموقع الطبيعي لكل عنصر في الدائرة الذي تكون له وظيفة إلكترونية فيها.

وبصفة عامة تخضع الدوائر المتكاملة لأحكام معاهدة واشنطن، إضافة إلى بعض الأحكام الجديدة التي نصت عليها اتفاقية تريبيس وذلك في القسم السادس منها (المواد 35، 36، 37، 38)¹.

وهو الشيء الذي تبناه المشرع الجزائري في تنظيمه للتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة لأول مرة بموجب أحكام الأمر 03-08، ويقصد بالتصميم الشكلي بموجب هذا الأمر: «كل ترتيب ثلاثي الأبعاد مهما كانت الصيغة التي يظهر فيها لعناصر يكون أحدها

¹ - ينظر: جلال وفاء محمد، المرجع السابق، ص ص 93-94.

على الأقل عنصرا نشيطا ولكل وصلات دائرة متكاملة أو للبعض منها أو لمثل ذلك الترتيب الثلاثي الأبعاد المعدّ لدائرة متكاملة بغرض التصنيع»¹.

ويقصد بالدائرة المتكاملة كلّ منتج في شكله النهائي أو في شكله الانتقالي يكون أحد عناصره على الأقل عنصرا نشيطا وكل الارتباطات أو جزء منها هي جزء متكامل من جسم أو سطح لقطعة من مادة ويكون مخصصا لأداء وظيفة إلكترونية².

وفقاً للأمر 08-03 فإن التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة والتي يطلق عليها مصطلح "الرسومات الطبوغرافية"، هي كلّ منتج نهائي أو وسيط يتضمن عناصر يكون أحدها على الأقل عنصرا نشيطا وليس خاملاً، وهذه العناصر تكون في مجموعها بالإضافة إلى بعض الوصلات كيانا ووجودا مستقلا يصلح لتحقيق وظيفة إلكترونية معينة، كما يقصد بالتصميم الشكلي «كل ترتيب ثلاثي الأبعاد وأن يكون أحد عناصر هذه الأبعاد نشطا يخصص لدائرة متكاملة تستخدم للتصنيع»³.

لمنح الحماية القانونية للتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة يجب أن يكون التصميم جديداً، يمكن بموجب هذا الأمر حماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة الأصلية⁴. ويكون التصميم الشكلي أصليا إذا كان ثمرة مجهود فكري لمبتكره ولم يكن متداولاً لدى مبتكري التصاميم الشكلية وصانعي الدوائر المتكاملة.

في هذه الحالة يقترب التصميم الشكلي من براءة الاختراع والتي لا تمنح إلا إذا كان الاختراع جديداً ممثلاً لخطوة إبداعية تخرج عن الفن الصناعي القائم وغير معروفة للكافة سواء داخل دولة التسجيل أو خارجها.

يخرج من مجال حماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة وفقاً للأحكام المنظمة لهذا الحق «لا تطبق الحماية الممنوحة للتصميم الشكلي إلا على التصاميم الشكلية للدوائر

¹ - ينظر: المادة 02 الفقرة 02 من الأمر 08-03، المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بالتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة، الجريدة الرسمية المؤرخة في 23 يوليو 2003، العدد 44.

² - ينظر: المادة 02 الفقرة 1 من الأمر 08-03، المتعلق بالتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة، المرجع نفسه.

³ - ينظر: بن دريس حليمة، المرجع السابق، ص 93.

⁴ - ينظر: المادة 3 من الأمر 08-03 المتعلق بالتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة، المرجع نفسه.

المتكاملة ذاتها، باستثناء كل تصور أو طريقة أو منظومة أو تقنية أو معلومة مشفرة في هذا التصميم الشكلي»، ومعنى هذا أن الحماية تقتصر على التصميم الشكلي الجديد في حد ذاته دون المعلومات أو النظم أو الطرق التي يحتويها أو يشملها هذا التصميم الشكلي.

تمنح الحماية القانونية للتصميمات الشكلية للدوائر المتكاملة مدة 10 سنوات تسري من تاريخ إيداع طلب تسجيل هذا التصميم الشكلي، أو من تاريخ أول استغلال تجاري له سواء داخل الجزائر أو في أي مكان من العالم¹.

من الملاحظ أن المشرع الجزائري يأخذ بمعيارين لاحتساب مدة الحماية القانونية للتصميم الشكلي، أولها يعتمد على تاريخ تقديم طلب تسجيل التصميم الشكلي للدوائر المتكاملة لدى المعهد الوطني للملكية الصناعية والتجارية وهي الهيئة المختصة للإيداع والتسجيل، وبالتالي فهذا المعيار لا يثير أية صعوبة في الإثبات خلافا للمعيار الثاني الذي يعتمد على الاستغلال التجاري، فهذا المعيار يخلق عدة صعوبات في الإثبات وذلك اعتبارا لعدة عوامل أهمها أن يكون الاستغلال تجاريا وليس استخداما لإجراء التجارب والأبحاث العلمية أو الاستعمال الشخصي، كما يثير مكان الاستغلال بعض الصعوبات العملية خاصة إذا كان خارج الجزائر.

تخضع إجراءات الإيداع والتسجيل للتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة للمرسوم التنفيذي رقم 05-276 المؤرخ في 02 أوت 2005 والذي يحدد كفاءات الإيداع والتسجيل لهذا الحق².

2- الابتكارات الشكلية.

إن الابتكارات الشكلية تعرف كذلك بالابتكارات ذات القيمة الجمالية:

¹ - ينظر: المادتين 4 و7 من الأمر 08-03 المتعلق بالتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة، المرجع السابق.
² - ينظر: المرسوم التنفيذي رقم 2005-267 المؤرخ في 02 أوت 2005 يحدد كفاءات إيداع التصميم الشكلي للدوائر المتكاملة وتسجيلها، الجريدة الرسمية المؤرخة في 07 أوت 2005، العدد 54، ص 9.

أولاً: تعريف الابتكارات الشكلية.

عرف الفقهاء الرسم أو النموذج الصناعي على أنه: «شكل زخرفي أو جمالي لسلعة مفيدة»، ويتخذ هذا الشكل مجسماً على هيئة السلعة أو سطحها أو شكل مسطح مثل الأنماط أو الخطوط أو الألوان¹.

ومن الأمثلة على الرسوم والنماذج الصناعية يمكن ذكر الساعات والمجوهرات والأزياء ومختلف الأجهزة الصناعية والطبية والأدوات المنزلة والأثاث والأجهزة الكهربائية والمنشآت المعمارية والبضائع ذات الطابع العلمي والرسوم على المنسوجات ووسائل الاستجمام والترفيه والتسلية كالألعاب.

وتختلف الرسوم والنماذج الصناعية عن العلامات في كونها لا تشترط التمييز كما هو الحال بشأن العلامات.

كما يختلف الرسم أو النموذج الصناعي عن البراءة في أن هذه الأخيرة يجب أن تتحد فيها الحماية بالوظيفة التي يؤديها أي بالتطبيق الصناعي لها، في حين أن الرسم أو النموذج يتعلق أصلاً بمظهر السلعة وليس بالوظيفة التقنية لها، كشكل إبريق شاي أو هيكل سيارة، وهنا فالحماية تتم عبر الرسم والنموذج حتى ولو كان إبريق الشاي لا يصلح لغلي الشاي².

وعرف فريق آخر الرسم على أنه كل ترتيب للخطوط بكسب السلعة طابعاً مميزاً، كالرسوم الخاصة بالسجاد والمنسوجات بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة يدوية كانت أم آلية.

وعرف النموذج بأنه كل شكل خاص تصب فيه السلعة ويتضمن حجماً معيناً يضيف عليه مظهراً يميزه عن المنتجات المماثلة كهياكل السيارات مثلاً³.

¹ - ينظر: المادة الأولى من الأمر رقم 86/66 المؤرخ في 28-04-1966 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية، الجريدة الرسمية العدد 35، المؤرخة في 03 ماي 1966.

² - ينظر: عجة الجبالي، المرجع السابق، ص ص 278-279.

³ - ينظر: علي نديم الحمصي، الملكية التجارية والصناعية- دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، ط1، 2010، ص ص 269-270.

وقد نظمه المشرع الجزائري من خلال الأمر 66-86 والمنشآت التي تخضع له باعتبارها رسماً أو نموذجاً، واستبعد المنشآت الخاصة بالشكل والتي يجب إخضاعها لنظام براءة الاختراع كما يلي:

فعرف المشرع الجزائري الرسم على أنه: «كل تركيب خطوط أو ألوان يقصد به إعطاء مظهر خاص لشيء صناعي أو خاص بالصناعة التقليدية...»¹.

أما النموذج فعرفه المشرع الجزائري على أنه كل شكل قابل للتشكيل ومركب بألوان أو بدونها أو كل شيء صناعي أو خاص بالصناعة التقليدية يمكن استعماله كصورة أصلية لصنع وحدات أخرى ويمتاز عن النماذج المشابهة له بشكله الخارجي².

وقد اشترط المشرع الجزائري وجود عنصر الجودة في المنشآت التي يريد الشخص حمايتها، إذ يجب أن يكون الرسم أو النموذج الصناعي مبتكراً وجديداً، بحيث يعتبر جديداً كل رسم أو نموذج لم يبتكر من قبل³.

ومعنى الجودة في الرسوم والنماذج الصناعية هي نفس مفهوم الجودة المطبق في الاختراعات⁴، وعليه يكفي لاعتبار الرسم أو النموذج جديداً أن يكون له طابع يمتاز به عن الرسوم والنماذج الأخرى، والعبرة في ذلك بالصفات المميزة والذاتية للرسم أو النموذج.

أما الابتكار فيقصد به أن ينطوي الرسم أو النموذج على الحداثة لذلك فإن شرط الابتكار في الرسم أو النموذج يقترب من شرط الجودة إلى حد الاختلاط به، إلا أن صفة الابتكار في الرسم أو النموذج تكسب هذا الأخير صورة الحداثة بصورة يمكن معها تمييزه عن الرسوم الأخرى بسهولة ويسر.

¹ - ينظر: المادة الأولى من الأمر 66-86 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية، المرجع السابق.

² - ينظر: المادة الأولى الفقرة الأولى من الأمر 66-86 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية، المرجع نفسه.

³ - ينظر: المادة الأولى، الفقرة الثالثة من الأمر 66-86، المرجع نفسه.

⁴ - ينظر: المادة 04 من الأمر 03-07، المرجع السابق، والتي تنص على: «يعتبر الاختراع جديداً إذا لم يكن مدرجاً في حالة التقنية».

يعتبر الابتكار عنصراً جوهرياً في الرسم والنموذج كونه يعطي المنتجات والسلع مظهر خارجي من خلاله يخاطب حاسة النظر لدى المستهلك¹.

شرط قابلية الرسم أو النموذج للاستغلال الصناعي، والنماذج التي تقبل التسجيل والحماية هي التي أعدت للتطبيق الصناعي على المنتجات الصناعية، فإذا لم يكن كذلك فهي غير قابلة للتسجيل.

لقد أكد المشرع على هذا الشرط حيث نص على أنه: «يعتبر رسماً كل تركيب خطوط يقصد به إعطاء مظهر خاص لشيء صناعي أو خاص بالصناعة التقليدية، ويعتبر نمودجاً كل شكل قابل للتشكيل ومركب بألوان أو بدونها، أو كل شيء صناعي أو خاص بالصناعة التقليدية يمكن استعماله كصورة أصلية لصنع وحدات أخرى ويمتاز عن النماذج المشابهة له بشكله الخارجي»².

شرط عدم مخالفة الرسوم والنماذج الآداب العامة، يقضي التشريع الراهن للرسوم والنماذج الصناعية برفض كل طلب يتضمن أشياء لا تحتوي على طابع رسم أو نموذج تسيء للآداب العامة، وهذا الشرط نجده كذلك في الاختراعات والعلامات وفي تسميات المنشأة³.

ثانياً: حماية الابتكارات الشكلية وفقاً لاتفاقية باريس.

تحظى الرسوم والنماذج الصناعية بحماية دولية طبقاً لاتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المبرمة في 20 مارس 1883 والمعدلة في بروكسل في 14 ديسمبر 1900 وواشنطن في 02 يونيو 1911 ولاهاي في 06 نوفمبر 1925 ولندن في 02 يونيو 1934 ولشبونة في 31 أكتوبر 1958 واستوكهولم في 14 يوليو 1967 والمنقحة في 02 أكتوبر 1979⁴:

¹ - ينظر: بن دريس حليلة، المرجع السابق، ص ص 96-97.

² - ينظر: المادة الأولى من الأمر رقم 86-66 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية، المرجع السابق.

³ - ينظر: المادة 07 من الأمر رقم 86-66 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية، المرجع نفسه.

⁴ - ينظر: http://www.iraqifi.org/My_images/laws_files/pdf

معاملة رعايا دول الاتحاد في ما يخص حماية الرسوم والنماذج الصناعية على السواء:

يتمتع رعايا كل دولة من دول الاتحاد في جميع دول الاتحاد الأخرى، بالنسبة لحماية الملكية الصناعية - منها الرسوم والنماذج الصناعية- بالمزايا التي تمنحها حالياً أو قد تمنحها مستقبلاً قوانين تلك الدول، دون الإخلال بالحقوق المنصوص عليها بصفة خاصة في هذه الاتفاقية.

وبالتالي لهم ما للمواطنين من حق الحماية والطعن ضد أي إخلال بحقوقهم بشرط إتباع الشروط والإجراءات المفروضة على المواطن¹.

وفي هذا الصدد نصت المادة 1 الفقرة أ(1): «كلّ من أودع طبقاً للقانون في إحدى دول الاتحاد طلباً للحصول على براءة اختراع أو تسجيل نموذج منفعة أو رسم أو نموذج صناعي أو علامة صناعية أو تجارية يتمتع هو أو خلفه فيما يختص بالإيداع في الدول الأخرى بحق أولوية خلال المواعيد المحددة فيما بعد»².

وبالنسبة لحق الأولوية يتمتع أصحاب الرسوم والنماذج الصناعية بحق الأولوية في خلال ستة أشهر من تاريخ تقديم طلب الإيداع في البلد الأصلي.

أما فيما يخصّ الحماية فلا يجوز إسقاط حماية الرسوم والنماذج الصناعية لعدم استثمارها أو لاسترداد أشياء مماثلة لها³.

وقد نصت المادة 5 الفقرة ب من نفس الاتفاقية على أنه: «لا يجوز أن تكون الحماية الخاصة بالرسوم والنماذج الصناعية عرضة للسقوط بأية حال سواء لعدم الاستغلال أو لاسترداد أشياء مماثلة لتلك التي تشملها الحماية»⁴.

¹ - ينظر: علي نديم الحمصي، المرجع السابق، ص 281.

² - ينظر: المادة 4 الفقرة (أ1-) من اتفاقية باريس 1983 المعدلة، المرجع السابق.

³ - ينظر: علي نديم الحمصي، المرجع السابق، ص 281-282.

⁴ - ينظر: المادة 5- الفقرة ب من اتفاقية باريس 1983، المعدلة، المرجع السابق.

وقد كرسّت الدول المنظمة لاتفاقية باريس 1883 المعدلة، الحماية المؤقتة في المعارض الدولية - تكفل طبقاً لأنظمتها الداخلية- حماية مؤقتة للرسوم والنماذج الصناعية في المعارض الدولية¹.

وهذا ما نص عليه القرار 1924/2385 حيث قرّر إمكانية حماية الرسوم والنماذج الصناعية مؤقتاً في الأسواق التجارية والمعارض التي تقام في لبنان والخارج إذا كان لبنان قد أقام رسمياً تلك المعارض والأسواق أو اشترك فيها رسمياً وفقاً لإجراءات محددة تتضمن تقديم طلب الحماية ودفع رسومه وتسجيله وعندها تعطى لهم الحقوق نفسها المعطاة لأصحاب حقوق الحماية الدائمة إلى حماية نهائية من خلال سنة تبدأ من تاريخ انتهاء المعرض² مع إمكانية تحويل الحماية المؤقتة.

وتحقيقاً لحماية دولية أكبر للرسوم والنماذج الصناعية نصت الاتفاقية على أنه: «يحقّ رعايا كلّ دولة من الدول المتعاقدة أن يكفلوا لدى الدول الأخرى المتعاقدة حماية رسومهم ونماذجهم الصناعية لدى المكتب الدولي لحماية الملكية الصناعية في برن سويسرا»³. ويقوم المكتب بعد الإيداع بإعلان ذلك في نشرته الدورية التي ترسل إلى مصالح الملكية الصناعية في الدول المتعاقدة⁴.

ويعتبر من قام بإيداع الرسم أو النموذج الصناعي إيداعاً دولياً مالكا له إلى أن يثبت العكس. والإيداع الدولي مقرر للحق ويكون له في الدول المتعاقدة الآثار نفسها التي كانت تترتب فيها لو أودعت الرسوم والنماذج الصناعية في الدول بتاريخ الإيداع الدولي. أما مدة الحماية المترتبة على الإيداع الدولي خمس عشر سنة تبدأ من تاريخ الإيداع.

¹ - ينظر: علي نديم الحمصي، المرجع السابق، ص 282.

² - ينظر: المادة 01 من اتفاقية لاهاي عام 1925 المعدلة.

³ - ينظر: المادة 03 من اتفاقية لاهاي عام 1925 المعدلة، المرجع نفسه.

⁴ - ينظر: المادة 04 الفقرة الأولى من اتفاقية لاهاي عام 1925 المعدلة، المرجع نفسه.

الفرع الثاني: الإشارات المميزة.

يتفق الفقه على تعريف مبسط للعلامة على أنها: «إشارة تستعمل لتمييز سلع وخدمات عن غيرها من السلع والخدمات»، أو بعبارة أخرى «إشارة تميز سلع مؤسسة ما عن سلع مؤسسات أخرى منافسة».

1- التعريف بالعلامة والتسميات التجارية المشابهة لها وتمييزها عنهم:

هناك تشابه كبير بين العلامة وتسميات تجارية أخرى، إلا أن هناك فوارق جوهرية طفيفة بينهم.

أولاً: تعريف العلامة والتسميات التجارية المشابهة لها.

بالنسبة للعلامة التجارية، فقد تضمنت المادة 15 من اتفاقية - تريبيس-¹ تعريفا واسعا لها على خلاف ما ورد في اتفاقية باريس لحماية الملكية الفكرية.

فحسب الفقرة 01 من نص المادة المذكورة تعد علامة تجارية كل علامة لها القدرة على تمييز السلع والخدمات التي تنتجها منشأة ما عن تلك التي تنتجها منشأة أخرى، ويدخل في عداد العلامات التجارية، الكلمات التي تنطوي على أسماء شخصية والحروف والأرقام والأشكال ومجموعات الألوان أو أي مزيج منها، وهي تصلح جميعها كعلامة تجارية.

ويلاحظ على تعريف العلامة التجارية حسب اتفاقية تريبيس ما يلي:

(1) لم تقصر اتفاقية التريبيس تعريف العلامة التجارية على تلك التي تميز السلع، بل التي تميز السلع والخدمات ومن ثم تسري على علامة الخدمة كافة المواد التي تعالج العلامة التجارية شأنها في ذلك شأن علامة السلعة.

(2) أبرزت اتفاقية تريبيس خاصية العلامة التجارية في تمييز السلع والخدمات، واتخذت خاصية التمييز كأساس تقوم عليه العلامة التجارية.

¹ - تم التوقيع على اتفاقية لتريبيس في 15 أبريل 1994 بمدينة مراكش المغربية بعد 07 سنوات من المفاوضات ولم تتضمن الجزائر إليها بعد.

3) بالنسبة للعلامات التي لا تصلح لتمييز السلع والخدمات، فإنه يجوز للدول أعضاء منظمة التجارة الدولية اشتراط الاستعمال حتى تسجل هذه العلامة¹.

كذلك أجازت الاتفاقية لهذه البلدان إمكانية اشتراط أن تكون العلامة قابلة للإدراك بالنظر، وهو ما يعني استبعاد العلاقات بطريق الرائحة والعلامة الصوتية، وذلك حسب المادة 3/15 من الاتفاقية.

4) نصت كذلك في المادة 4/15 على أن طبيعة البضاعة أو الخدمات ستطبق عليها العلامة التجارية لن تكون عقبة في طريق تسجيل العلامة بأيّ حال².

وقد عرفها المشرع الجزائري لأول مرة في المادة الثانية من الأمر 06/03 على أنها: «كلّ الرموز القابلة للتمثيل الخطي، لا سيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص والأحرف والأرقام والرسومات أو الصور والأشكال المميزة للسلع أو توضيبيها، والألوان بمفردها أو مركبة، التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره»³.

ومن خلال تعريف المشرع الجزائري نجد أنه ذهب إلى الرموز والإشارات التي يمكن أن تكون علامة على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، وهي تلك التي يمكن تمثيلها تمثيلا خطيا، أي يمكن ترجمتها إلى تخطيط (Représentation graphique).

لذا يمكننا القول بأن العلامة هي عبارة عن إشارة أو رمز يمكن تمثيله في تخطيط ويكون هذا الأخير قادرا على تمييز وتفريق سلع أو خدمات شخص ما عن غيرها المماثلة لها⁴.

¹ ينظر: عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، مصر، ص ص 46-47.

² ينظر: المرجع نفسه، ص ص 47-48.

³ ينظر: المادة الثانية من الأمر رقم 06/03، المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بالعلامات، الجريدة الرسمية المؤرخة في 23 يوليو 2003، عدد 44.

⁴ ينظر: الأمر رقم 06/03 المتعلق بالعلامات، المرجع نفسه.

وحتى تقوم الحماية القانونية لهذه الأخيرة يجب أن ينشأ الحق في هذه العلامة، وذلك لا يكون إلا باستيفاء جملة من الشروط الشكلية والموضوعية التي حددها الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات، والذي يشترط توافر خاصيتي التمثيل الخطي والقدرة على التمييز لجعل هذا الرمز علامة قابلة للحماية¹، مسايرة لما تبنته الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، التي تؤدي في مجملها إلى حماية هذه العلامة التي ظهرت وتطورت وانتشرت في جميع دول العالم، حتى أصبحت في الصورة التي هي عليها اليوم.

بينما الاسم التجاري فقد عرفه الدكتور علي نديم الحمصي بأنه: الاسم الذي يستخدمه التاجر فردا كان أو شركة في مزاولة تجارته وتمييز مؤسسته التجارية عن غيرها من المؤسسات.

فهو وسيلة لجذب الزبائن إلى المؤسسة بدافع الشهرة والسمعة الحسنة التي تصاحبه ومعيار لما تتمتع به المؤسسة من ثقة لدى الجمهور.

وإن أهم وظيفة أساسية للاسم التجاري تكمن في استخدامه لتمييز المؤسسة واجتذاب الزبائن، فيوضع على واجهة المحل وعلى أعلى الصفحة في الفواتير والإعلانات وغيرها من أوراق التجارة.

كما ويمكن استخدام الاسم التجاري للتوقيع به على الالتزامات التجارية التي يبرمها التاجر واستخدامه كعلامة تجارية لتمييز منتجات المؤسسة بشرط أن يتخذ شكلا مميزا، كأن يكتب بشكل دائري أو بالخط الكوفي مثلا.

أما العنوان التجاري فيقصد به كذلك الشعار وهو تسمية مبتكرة أو إشارة أو رمز يستخدمه التاجر لتمييز مؤسسته التجارية عن غيرها كتسمية "التمساح الفضي" وقد تقترن التسمية برمز أو رسم تشتهر به المؤسسة.

¹ - ينظر: علي نديم الحمصي، المرجع السابق، ص 304.

ويمكن إدراج الشعار أو العنوان التجاري كصورة خاصة من الاسم التجاري لأنه يستخدم في تمييز المؤسسة التجارية عن غيرها كما الاسم التجاري، فالشعار أو العنوان التجاري هو تسمية مبتكرة أو رمز يستخدمه التاجر لتمييز مؤسسته التجارية عن غيرها¹. والفرق بين الشعار والاسم التجاري أن الاسم التجاري يتكون من الاسم الشخصي للتاجر الفرد أو اسم الشركة المستمد من موضوعها بينما الشعار يتكون من تسمية مبتكرة أو رمز شأنه شأن العلامة التجارية كما وأن اتخاذ الشعار للمؤسسة أمر اختياري للتاجر.

والشعار يدخل في جملة ما يشملها بيع المؤسسة التجارية أو رهنها إذا سكت المتعاقدان عن تحديد ما يتناوله البيع أو الرهن.

ويشترط في الشعار أن يكون متميزا عن الشعارات الأخرى بأن يكون مبتكرا غير شائع وأن الحق في ملكية الشعار يكون للأسبق في الاستعمال ومقتصرًا على نوع التجارة تماما كما الاسم التجاري.

ويتمتع الشعار بالحماية الجزائية والمدنية كما هي الحال بالنسبة إلى الاسم التجاري، فإذا ثبت توفر الالتباس بين العنوان التجاري العائد لصاحب الأسبقية وبين العنوان التجاري العائد لشخص آخر أصبح من اللازم على هذا الأخير بأن يمتنع عن استعمال العنوان العائد لصاحب الأسبقية².

ثانياً: تمييز العلامة عن التسميات التجارية المشابهة لها.

(أ) تمييز العلامة عن التسميات التجارية:

● **العلامة والاسم التجاري:**

وكما سبق ذكره فإن العلامة هي كلّ رمز (قابل للتمثيل الخطي) يستعمل من أجل تمييز سلع وخدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره، أما الاسم التجاري فهو العبارة التي يستخدمها التاجر لتمييز محله التجاري (Fond de commerce) عن غيره

¹ - ينظر: علي نديم الحمصي، المرجع السابق، ص ص 304 - 305.

² - ينظر: المرجع نفسه، ص ص 311 - 312.

من المحلات المماثلة له، فدور مميز كما هو الحال في العلامة، كما له أيضا أهمية اقتصادية مماثلة، إذ يعمل على خلق شهرة للمحل التجاري، ويضمن به الزبائن إلى السلع أو الخدمات التي يفتنونها من المحل التجاري¹.

والاسم التجاري أحد عناصر المحل التجاري، وتنص المادة 03/78 من القانون التجاري الجزائري على أنّ المحل يشمل المحل التجاري وعنوان المحل بوصفهما من الأموال اللازمة لاستغلال المحل، ومن ثم فلا يجوز التصرف في الاسم التجاري مستقلا عن المحل، أي لا يكون محل ملكية مستقلة عن المحل التجاري².

والاسم التجاري يعتبر وجوبي، أي أنه يجب على كل تاجر أن يتخذ اسما تجاريا لمحلته التجاري لا اعتبارات تتعلق بالنظام العام ولتنظيم المنافسة بين التجار. وبالرجوع إلى المادة 02/08 من المرسوم 15/79 نجدها تنص على أنه: «يجب أن تحتوي بيانات القيد على جميع المعلومات الخاصة بهوية المعني وجنسيته وأهليته والتسمية التجارية أو العنوان التجاري والاسم التجاري»³.

وهذا يعني بأن الاسم التجاري يجب أن يقيد ولكن هذا لا يفيد بأن الاسم التجاري يتوقف وجوده على إجراء التسجيل، فالاسم التجاري يحمى دون الالتزام بإيداعه وتسجيله، وهذا ما تقضي به المادة 08 من اتفاقية باريس، بشرط ألا يستعمل التاجر اسما تجاريا سبق لغيره أن أطلقه على محله لأن ذلك من أعمال المنافسة غير المشروعة⁴.

كما أن ملكية الاسم التجاري تعود للأسبقية في استعماله، بينما ملكية العلامة تعود إلى الأسبقية في التسجيل، وحماية الاسم التجاري تقتصر على الإطار المكاني الذي يمتد له

¹ - ينظر: وليد كحول، المسؤولية القانونية عن جرائم التعدي على العلامات في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر - بسكرة، 2014-2015، ص 16.

² - ينظر: المادة 78 الفقرة 03 من القانون التجاري الجزائري، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم، المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية الصادرة في 30 سبتمبر 1975، عدد 78.

³ - ينظر: المرسوم 15/79 المؤرخ في 25 جانفي 1979، المتضمن تنظيم السجل التجاري، الجريدة الرسمية الصادرة في 30 يناير 1979، عدد 05، المعدل والمتمم بالأمر 41/97 المؤرخ في 18 يناير 1997.

⁴ - ينظر: المادة 05 مكرر 2 من الأمر 02/75 المؤرخ في 09 يناير 1975 المتضمن المصادقة على اتفاقية باريس للملكية الصناعية المبرمة في 20 مارس 1883 والمعدلة، الجريدة الرسمية الصادرة في 4 فيفري 1975، عدد 10.

نشاطه، وتكون الحماية عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة، بينما تتمتع العلامة بحماية قانونية مدنية وجزائية على كافة التراب الوطني.

• العلامة والعنوان التجاري:

أو عنوان المحل، هو تسمية أو إشارة أو رمز أو عبارة مبتكرة، تسمح بتمييز المتجر - أو المحل كما سماه المشرع الجزائري، ونقصد به هذا المكان الذي يزاول فيه التاجر نشاطه التجاري (l'établissement commercial) - عن غيره، كما تسمح للعملاء بعدم الوقوع في لبس أو خلط بينه وبين غيره، ويوضع العنوان التجاري في العادة على لافتة معلقة فوق المحل، أو بجواره، حتى يلتفت إليها العملاء. ومما تجدر الإشارة إليه، بأنه إذا كان المحل لا يملك إلا اسما تجاريا واحدا، فإنه يمكن أن يملك العديد من العناوين التجارية، وذلك في حالة وجود فروع للمحل الأصلي، فيحمل كل فرع عنوانا معيناً، والاسم التجاري لا يمكن أن يكون إلا اسماً، يعكس العنوان التجاري الذي يمكن أن يكون اسماً أو رمزا أو رسماً، كما أنّ العنوان يعتبر اختيارياً وليس وجوبياً كما هو الحال بالنسبة للاسم التجاري.

وشروط العنوان التجاري بوصفه تسمية مبتكرة هي شروط العلامة، فيجب أن يكون جديداً، أي لم يسبق استعماله من تاجر آخر يحترف نفس النشاط، ومبتكراً غير شائع للاستعمال، ويجب أن لا يكون مخالفاً للنظام العام، وألا يؤدي إلى تضليل الجمهور، وقد يتضمن اسم إقليم جغرافي ما دام أن ذلك لا يحدث لبساً للجمهور، لكنه يختلف من حيث الغرض مع العلامة، فالغرض من هذه الأخيرة هو تمييز السلع والخدمات عن مثيلاتها بينما الغرض من العنوان التجاري هو تمييز المحل التجاري عن غيره أمام جمهور العملاء¹.

وتعود ملكية العنوان لمن استعمله أولاً ويشترك أن يكون الاستعمال ظاهراً، ويتحقق ذلك بوضع العنوان في لافتة على واجهة المحل، بينما تعود ملكية العلامة إلى الأسبق في تسجيلها، ويسقط الحق في العنوان بعدم استعماله، سواء بغلق المحل أو بزواله، كما ينقضي

¹ - ينظر: وليد كحول، المرجع السابق، ص ص 17-18.

الحق في العلامة بعدم استعمالها لمدة يحددها القانون، أو بعدم تجديد تسجيلها بعد انقضاء مدة الحماية القانونية.

وحماية العنوان التجاري نسبية من حيث نوع التجارة ومكان مزاولتها، وقد تتسع أو تضيق حسب ما يتمتع به المحل من شهرة وما تحدثه هذه الشهرة من لبس. ووسيلة هذه الحماية هي دعوى المنافسة غير المشروعة، وغاية هذه الدعوى هي تعويض الضرر والحكم بعدم وقوعه مستقبلاً، كمنع استخدام العنوان أو إضافة بيان إليه لينتفي اللبس. أما العلامة فتتمتع بحماية جزئية ومدنية على كامل التراب الوطني.

• العلامة والبيان التجاري:

البيان التجاري هو الإيضاح الذي يضعه التاجر أو الصانع على منتجاته أو بضائعه لبيانها كماً وكيفاً ونوعاً ومصدراً، أي أنه كل إيضاح يضعه التاجر أو المنتج أو مقدم خدمة، على سلعه أو خدماته، وذلك بقصد التعرف عليها من حيث العدد أو المقدار أو المقاس أو الحجم أو الكيل أو الطاقة أو الوزن أو المصدر أو طريقة الصنع والاستعمال وغيرها من البيانات التي تعرف المستهلك بتلك السلعة أو الخدمة¹.

والبيان التجاري لا يعتر من حقوق الملكية الصناعية، ولا يتمتع التاجر الذي يضع بياناً تجارياً معيناً على منتجاته بحق احتكار أو حق ملكية صناعية لهذا البيان التجاري، إذ لا يشكل ذلك أيّ ابتكار، في حين أنّ العلامة تعتبر من عناصر الملكية الصناعية، ولصاحبها الحق في احتكارها واستعمالها ومنع غيره من استغلالها إلا بإذنه.

والالتزام بوضع البيان التجاري يجد مصدره في المراسيم التنظيمية التي جاءت تطبيقاً لأحكام القانون 03/09 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك وقمع الغش²، والغش في البيان التجاري يعني الاعتداء على سلامة وأمن المستهلك. وهذا يقابل إلزامية استخدام

¹ - ينظر: وليد كحول، المرجع السابق، ص ص 18-19.

² - ينظر: القانون 03/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية الصادرة في 08 مارس 2009، عدد 15.

العلامة على كل سلعة أو خدمة مقدمة، بيعت أو عرضت للبيع عبر أنحاء التراب الوطني، وهذا بصريح نص المادة الثالثة من الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات¹.

وتؤدي البيانات التجارية وظيفة مشابهة للوظيفة التي تؤديها العلامة، حيث تهدف إلى حماية المستهلكين من الغش الذي قد يمارسه البعض من المنتجين والموزعين، إذ في تنظيم البيانات التجارية منع الغش إلى حد كبير، فضلا عن تشجيع المنافسة المشروعة في التعامل الاقتصادي وتحقيق الرقابة على حقيقة السلع التي يتم تداولها في السوق.

وإذا كان البيان التجاري تقريراً لحقيقة البضاعة، وحماية للمستهلك من الغش، فيجب أن يكون هذا البيان مطابقاً للحقيقة، وكل وضع لبيانات غير مطابقة للحقيقة يعاقب عليها القانون، فقد نصت المادة 429 من قانون العقوبات الجزائري الواردة في باب الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية، على أنه: «يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 2.000 إلى 20.000 دينار جزائري أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المتعاقد سواء في الطبيعة أو في الصفات الجوهرية أو في التركيب أو في نسبة المقومات اللازمة لكل هذه السلع، سواء في نوعها أو مصدرها وسواء في كمية الأشياء المسلمة أو هويتها. وفي جميع الحالات فإن على مرتكب المخالفة إعادة الأرباح التي حصل عليها»².

ونصت المادة 430 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: «ترفع مدة الحبس إلى خمس سنوات إذا كانت الجريمة أو الشروع فيها المنصوص عليهما أعلاه قد ارتكبا سواء بواسطة الوزن أو الكيل أو بأدوات أخرى غير مطابقة، سواء بواسطة طرق احتيالية أو وسائل ترمي إلى تغليط عملية التحليل أو المقدار أو الوزن أو الكيل أو التغيير عن طريق الغش في تركيب أو وزن أو حجم السلع أو المنتجات ولو قبل البدء في هذه العمليات سواء

¹ - ينظر: المادة الثالثة من الأمر 06/03 المتعلق بحماية العلامات، المرجع السابق.

² - ينظر: المادة 429 من الأمر 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966، والمتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بموجب القانون 23/06 المؤرخ في 20 سبتمبر 2006، الجريدة الرسمية في 11 يونيو 1966، عدد 49.

بواسطة بيانات كاذبة ترمي إلى الاعتقاد بوجود عملية سابقة وصحيحة أو أي مراقبة صحيحة أو إلى مراقبة رسمية لم توجد»¹.

وبالتالي فعدم مطابقة البيان للحقيقة فيه خداع وغش للمستهلك ومحاولة لتغليطه حول حقيقة السلعة، الشيء الذي يشكل خطرا على حياته ومعاقبة كل من يقوم بوضع بيانات غير مطابقة للحقيقة تكون على أساس الضرر الذي يلحق بالمستهلك، وهذا حماية له. أما حماية العلامة من التقليد فتهدف إلى حماية صاحبها ثم حماية المستهلك الذي يقع في خلط ولبس.

(ب) تمييز العلامة عن باقي عناصر الملكية الصناعية:

• تمييز العلامة عن تسمية المنشأ:

عرفت المادة الأولى من الأمر 65/76 المتعلق بتسميات المنشأ على أنها: «الاسم الجغرافي لبلد أو منطقة أو جزء من منطقة أو ناحية أو مكان مسمى من شأنه أن يعين منتوجا ناشئا فيه، وتكون جودة هذا المنتوج أو مميزاته منسوبة حصرا وأساسا لبيئة جغرافية تشمل على العوامل الطبيعية والبشرية»²، كما هو الحال بالنسبة للمياه المعدنية.

فتسمية المنشأ إذن تركز على منطقة الإنتاج، خاصة إذا كانت لهذه المنطقة شهرة أو خصائص معينة تعود على نوعية المنتج، سواء كان منتجا زراعيًا أو صناعيًا، وحسب المشرع الجزائري فإن تسمية المنشأ لا ينحصر استعمالها في الإنتاج الزراعي فحسب، بل يشمل أيضا الإنتاج الصناعي والحرفي، وتزيد أهمية تسميات المنشأ كلما كان المستهلك يولي اهتماما كبيرا لمكان إنشاء السلع التي تعرض للبيع، بينما العلامة هدفها تمييز تلك السلع عن مثيلاتها والظهور في شكل مميز يجذب المستهلكين.

وتجدر الإشارة إلى أن أي سلعة يجب أن تحترم المعايير المحددة لبيان البيئة الجغرافية لنشأتها، فلا يكفي مجرد كون الإنتاج موجودا في تلك المنطقة لكي يتمتع بالحماية

¹ - ينظر: المادة 430 من الأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق.

² - ينظر الأمر 65/76 المؤرخ في 16 يوليو 1976 المتعلق بتسميات المنشأ، الجريدة الرسمية الصادرة في 23 يوليو 1976، عدد 59.

عن طريق تسميات المنشأ، بينما العلامة تعتبر مستقلة عن السلعة لأنها تتعلق بسلعة قابلة للتغيير في تكوينها نظراً للدور الذي تلعبه إرادة الصانع¹.

وتعتبر تسمية المنشأ جماعية يستفيد منها كافة منتجي الناحية ولا يمكن تملكها لأغراض شخصية لاستعمالها كعلامة، أما العلامة التجارية فهي حكر لمن كانت له الأسبقية في تسجيلها، وله أن يتصرف فيها طبقاً للقانون.

ولهذا استثنى المشرع الجزائري من التسجيل كعلامة الرمز الذي يشكل حصرياً أو جزئياً بياناً قد يحدث لبساً لدى المستهلك حول المصدر الجغرافي لسلع أو خدمات معينة².

• تمييز العلامة عن النموذج والرسم الصناعي:

تعتبر العلامة والرسم والنموذج الصناعيين، من عائلة حقوق الملكية الصناعية، إلا أنّ كل منها يختلف عن الآخر، «فالعلامة هي إشارة أو رمز يستخدمها التاجر أو الصانع أو مقدم الخدمة لتمييز سلعه أو خدماته عن غيرها»، بينما «الرسم هو كل تركيب خطوط أو ألوان يقدر به إعطاء مظهر خاص لشيء صناعي أو خاص بالصناعات التقليدية».

أما النماذج الصناعية فيقصد بها المشرع «كل شكل قابل للتشكيل ومركب بألوان أو بدونها أو كل شيء صناعي أو خاص بالصناعة التقليدية يمكن استعماله كصورة أصلية لصنع وحدات أخرى، ويمتاز عن النماذج المشابهة له بشكله الخارجي»³.

فالعلامة شيء مضاف إلى السلع أو الخدمات لتمييزها عن غيرها، ولا أثر لها على السلعة أو الخدمة، بينما الرسم الصناعي أو النموذج الصناعي يتعلقان بالمظهر الخارجي للسلعة، مما تدركه حاسة البصر، ويجذب ذوق المستهلك، ومن ثم يصبحان جزءاً لا يتجزأ من السلع والبضائع ذاتها، ومن ثم يصبح فصلهما عن بعضهما البعض أمراً ليس مقبولاً.

¹ - ينظر: فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الفكرية، ابن خلدون للنشر والتوزيع، وهران، 2003، ص 354.

² - ينظر: المادة 07 الفقرة 07 من الأمر 06/03، المتعلق بالعلامات، المرجع السابق.

³ - ينظر: المادة الأولى فقرتين 01 و02 من الأمر 86/66، المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية، المرجع السابق.

والحق في الرسوم والنماذج الصناعية حق مطلق حيث يكون الاستغلال محتكرا من قبل صاحب الرسم أو النموذج الصناعي، ويمتنع على الكافة بصفة مطلقة استغلال الابتكار الجديد، بينما الحق في العلامة حق نسبي، لأن احتكار العلامة لا يكون في مواجهة الكافة، وإنما يقتصر على من يزاول نشاطا مماثلا (أي يستعمل سلعا وخدمات مماثلة).

كما يعتبر الحق في الرسوم والنماذج الصناعية كذلك حقا مؤقتا، بمعنى أنه بانتهاء مدة الحماية المقررة للنموذج أو الرسم الصناعي فإنه يصبح في الملك العام كما هو الشأن بالنسبة للحق في العلامة، فبانتهاء مدة الحماية يسقط حق الاستثناء بها واحتكارها، وتصبح حقا لمن يستعملها ويسجلها¹.

• تمييز العلامة عن براءات الاختراع:

تعد براءة الاختراع من بين العناصر المهمة للملكية الصناعية نظرا لدورها الهام في تشجيع البحث العلمي والإبداع والابتكار الذي ينعكس إيجابا على التطور الصناعي والتكنولوجي.

وقد أوجب المشرع الجزائري عدة شروط في الاختراعات حتى تستفيد من الحماية القانونية، فيشترط أن تكون الاختراعات جديدة وناجئة عن نشاط اختراعي وقابلية للتطبيق الصناعي، حيث يمكن أن يتضمن الاختراع منتوجا أو طريقة². وقد ميز الأمر 54/66 المتعلق بشهادات الاختراع وإجازات الاختراع بين شهادة الاختراع وبراءة الاختراع، فكانت براءة الاختراع هي الوثيقة التي تصدر من الإدارة وتشير إلى الطلب الذي قدمه شخص معين في تاريخ معين، بأنه أنجز اختراعا، وتتضمن وصفا كاملا له، وتخول صاحبها التمتع بالامتياز الذي يمنحه القانون³.

¹ - ينظر: وليد كحول، المرجع السابق، ص ص 23-24.

² - ينظر: المادة 03 من الأمر 07/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق ببراءة الاختراع، المرجع السابق.

³ - ينظر: الأمر 54/66 المؤرخ في 03 مارس 1966 المتعلق بشهادة المخترعين وإجازات الاختراع، الجريدة الرسمية الصادرة في 08 مارس 1966، عدد 19.

أما شهادة المخترع فهي وثيقة تصدرها الإدارة باسم المخترع، وتتضمن نسبة المكافأة السنوية لمدة 20 سنة دون أن تتضمن وصفا للاختراع¹.

فكانت تسمية "براءة" تستعمل للدلالة على السند المقدم للمخترع الأجنبي وتسمية شهادة المخترع تدل على السند الممنوح للمخترع الجزائري².

وهذا بالرغم من أن الشروط الموضوعية الواجبة توفرها في الاختراع لا تختلف في الحالتين، وبالتالي فالمخترع الأجنبي يتمتع باحتكار واستغلال اختراعه، بينما المخترع الجزائري يحرم من ذلك، ولا يقدم له سوى مكافأة، فكان هذا يمس بحقوق المخترع الجزائري ويسبب له ضررا، ويقتل روح الإبداع والابتكار.

وبصدور الأمر رقم 07/03، أصبح هناك سند واحد هو براءة الاختراع دون تمييز بين المخترع الجزائري والمخترع الأجنبي³.

ومما تقدم يمكن القول بأن براءة الاختراع وثيقة تمنح على كل اختراع (ابتكار) جديد، قابل للتطبيق الصناعي، سواء تضمن منتوجا صناعيا جديدا أو طريقة صناعية مستحدثة. وهي بذلك تختلف عن العلامة التي تعتبر رمز يتخذه التاجر أو الصانع أو مقدم الخدمة لتمييز سلعه أو خدماته عن ما يماثلها.

ويعتبر الحق في البراءة حق مطلق، يخول لصاحبه استئثار واحتكار الاختراع في مواجهة الكافة احتكارا كاملاً، فإن الحق في العلامة حق نسبي يخول لصاحبه حق احتكارها فقط في مواجهة من يزاولون نشاطا مماثلا لنشاطه، في حين أن كلا من الحق في العلامة والحق في البراءة يعتبران حقان مؤقتان ذلك بالمدة القانونية المحددة.

¹ - ينظر: سمير جميل حسن الفتلاوي، الملكية الصناعية وفق القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون طبعة، ص 135.

² - ينظر: المادتين 12 و07 من الأمر 54/66، المرجع السابق.

³ - ينظر: الأمر رقم 07/03 المتعلق ببراءة الاختراع، المرجع السابق.

هذا بالإضافة إلى أن وظيفة العلامة تختلف عن وظيفة براءة الاختراع، فالأولى تقوم بتمييز السلع والخدمات عن ما يماثلها، بينما تقوم الثانية بمنح حماية قانونية لمنتج صناعي جديد أو طريقة صناعية مستحدثة للإنتاج¹.

2- الخصائص المميزة لحقوق الملكية الصناعية والتجارية والاستثناءات الواردة عنها:

يستأثر صاحب براءة الاختراع باستعماله واستغلاله اختراعه بكافة الطرق دون غيره خلال مدة البراءة، فيمكنه أن يستعمل الاختراع نفسه وأن يحتكر وحده حق صناعة المنتج موضوع البراءة ويحتكر بيعه، كما يجوز له الترخيص للغير باستعمال الاختراع بمقابل إتاوة يتفق عليها، أو يتصرف في البراءة بأي وجه من أوجه تصرفات الرهن والبيع، وقد عالجت المادة 28 من اتفاقية تريبس الحقوق الممنوحة لمالك البراءة، سواء لبراءة المنتج أو لبراءة الطريقة الصناعية.

ولكن من الجدير بالملاحظة أن هذه الحقوق (استثنائية) ليست على نحو مطلق بمعنى أنه وفقاً لظروف معينة ومحددة يمكن إعمال الاستثناءات من الحقوق الاستثنائية، وهذه الاستثناءات قد تكون شديدة الاختلاف بين القوانين الوطنية، وفقاً للأهداف السياسية المعلنة في كل بلد.

أولاً: خصائص الملكية الصناعية والتجارية.

والملكية الصناعية تمتاز بعدة خصائص منها براءة المنتج، فوفقاً للمادة 1-28 (أ) من اتفاقية تريبس يكون من حق صاحب البراءة إذا كان موضوعها منتجاً مادياً (براءة المنتج) منع الغير من صنع أو استخدام أو عرض للبيع أو بيع أو استيراد لهذه الأغراض، يحظر على الغير القيام بأي فعل من هذه الأفعال ما لم يحصل على موافقة مالك البراءة، وقد توسعت المادة 1-28 (أ) في تعداد الحقوق الاستثنائية المقررة لمالك البراءة فلم تقتصر الحقوق على الحق في منع الغير من صنع المنتج أو استخدامه أو بيعه، بل أضافت إلى قائمة

¹ - ينظر: وليد كحول، المرجع السابق، ص 26.

الأفعال المحظورة على الغير عرض المنتج موضوع البراءة للبيع أو استيراده للأغراض المتقدمة¹.

ومن الجدير بالذكر أن الدول قامت بتعديل قوانينها على نحو يتوافق مع اتفاقية تريبس التي قامت برفع مستوى الحماية حتى عن بعض الدول المتقدمة.

وتمنح كذلك الحماية لبراءة الطريقة الصناعية، فوفقا للمادة 1-28 (ب) من اتفاقية تريبس يكون من حق مالك براءة الطريقة الصناعية أن يمنع الغير من الاستخدام الفعلي للطريقة الصناعية في الإنتاج ويمتنع على الغير استخدام أو عرض للبيع أو بيع أو استرداد المنتج الذي يتم الحصول عليه مباشرة، بهذه الطريقة للأغراض السابقة، ما لم يتم الحصول على موافقة مالك البراءة، وتعد هذه الأفعال من قبيل الاستخدام الفعلي للطريقة الصناعية.

ومن المؤكد أن هذه المادة توسعت إلى حد بعيد في نطاق الحقوق الاستثنائية التي منحتها لمالك براءة الطريقة الصناعية، فلم يقصر حق مالك البراءة على الحق في منع الغير من تصنيع المنتج باستخدام الطريقة الصناعية محل البراءة ولكن أضافت إلى ذلك حق مالك الطريقة الصناعية في منع الغير من استخدام أو عرض للبيع، أو بيع أو استرداد المنتج الذي يتم الحصول عليه مباشرة بهذه الطريقة لهذه الأغراض، وبذلك تكون الدول الأعضاء ملتزمة بمنح مالك الطريقة الصناعية حقوق استثنائية ليس فقط على هذه الطريقة، ولكن على المنتج ذاته، ورغم ذلك ما كان من الدول الأعضاء إلا أن تتوافق تشريعاتها مع أحكام الاتفاقية².

على هذا الأساس فإن المشرع الجزائري نصّ على مدة حماية الاختراع في المادة 09 من القانون 07/03 المتعلق ببراءة الاختراع على أن «مدة براءة الاختراع هي 20 سنة ابتداء من تاريخ إيداع الطلب مع مراعاة دفع رسوم التسجيل ورسوم الإبقاء على سريان المفعول، وفقا للتشريع المعمول به»³، بعد هذه المادة يسقط الاختراع من الملك العام بحيث

¹ - ينظر: عبد الرحيم عنتر عبد الرحمن، براءة الاختراع ومعايير حمايتها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون ذكر طبعة، ص ص 90-91 /100-101.

² - ينظر: عبد الرحيم عنتر عبد الرحمان، المرجع السابق، ص ص 94-95.

³ - ينظر: المادة 09 من الأمر 07-03 المتعلق ببراءة الاختراع، المرجع السابق.

يصبح من حق العامة استعماله دون أي متابعة على عكس الملك الخاص الذي يمنحه الحماية بمنع الغير من استعماله.

أما حقوق الملكية الصناعية والتجارية التي ترد على شارات مميزة، فإنه وإن كانت تتيح لصاحبها احتكار استغلالها لتمييز منتوجاته عن مثيلاتها، إلا أنها لا تمنع الغير من استعمال العلامة ذاتها في تمييز بضائع أخرى، وبالتالي فالحق الاحتكاري المترتب على هذه الحقوق هو حق نسبي يتعلق بالمنتوجات المماثلة، وليس حقا مطلقا في مواجهة الكافة، ولما كانت طبيعة الحق في العلامة تختلف عن الحق في الابتكار، فإن صاحب العلامة يستطيع حماية علامته بالقدر الذي يريد، أما صاحب الحق في الابتكار فإنه مؤقت بمدة 20 سنة في التشريع الجزائري كما سبق تبيان ذلك، أما المدة المترتبة على تسجيل العلامة هي 10 سنوات قابلة للتجديد كل مرة¹.

الحقوق الاستثنائية للملكية الصناعية تنشأ بمجرد إيداع وتسجيل هذه الحقوق لدى المعهد الوطني للملكية الصناعية والتجارية، ونظمت قوانين الملكية الصناعية إجراءات الإيداع والتسجيل وفق مراسيم تنفيذية²، وهذه الإجراءات نجدها فقط في حقوق الملكية الصناعية دون حقوق الملكية الأدبية والفنية، فهذه الأخيرة يكون الاستثناء فيها بمجرد ظهور المصنف إلى الوجود.

والحقوق الاستثنائية تضمن لأصحابها في مواجهة الكافة استثناء واستغلال الابتكار الجديد أو الرمز المميز، ويترتب على ذلك أن هذا الحق يمنع الغير من استغلاله أو استعماله دون موافقة صاحبه وإلا كُنّا أمام جريمة يعاقب عليها القانون³.

¹ - ينظر: المادة 5 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات، والتي تنص على أنه: «... تحدد مدة تسجيل العلامة بعشر سنوات تسري بأثر رجعي ابتداء من تاريخ تقديم طلب الإيداع، يمكن تجديد التسجيل لفترات متتالية تقدر بعشر سنوات...».

² - ينظر: المرسوم التنفيذي رقم 275-2005 المؤرخ في 02 أوت 2005 المتعلق بكيفيات إيداع براءة الاختراع وإصدارها.

³ - ينظر: فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص 139.

ثانياً: الاستثناءات الواردة على الحق الاحتكاري للملكية الصناعية والتجارية.

إلا أن هناك بعض الاستثناءات عن أفعال تتمتع بالمشروعية لاستفادتها من موافقة صاحب الحق عن طريق الترخيص بإعادة الصنع، فهذه الأفعال تخرج من دائرة الاعتداء لاستفادتها من موافقة صاحب الحق، وهناك بعض الأفعال لا تحتاج إلى موافقة صاحب الحق الاستثنائي للتمتع بالمشروعية.

ففيما يخص الأفعال التي تخرج من دائرة الاعتداء لاستفادتها من موافقة صاحب الحق يجوز لأصحاب حقوق الملكية الصناعية والتجارية الترخيص للغير باستغلال حقوقهم الاستثنائية، وعليه فكل من تحصل على رخصة لاستغلال براءة الاختراع أو تصميم شكلي أو رسم أو نموذج أو علامة لا يعتبر معتدياً في مواجهة صاحب الاستثناء، ما دام أن المرخص له احترام حدود الاستغلال المنصوص عليها في عقد الترخيص.

ومن بين تلك الحدود ففي العلامة مثلاً يجب على المرخص له احترام الشروط الخاصة بكمية المنتج أو الخدمة ونوعيتها والإقليم الذي يمكن استعمال العلامة فيه، غير أنه إذا انتهى عقد الترخيص يعتبر الاستغلال في هذه الحالة تقليداً، إلا أنه في هذا المجال تثار مشكلة المنتج الذي تحقق بصفته خلال فترة الترخيص ولم يوزع، يرى الفقه في هذه الحالة ضرورة إعطاء المرخص له الوقت الكافي لتوزيع مخزونه الذي أنتجه بحسن نية¹.

في براءة الاختراع والتصاميم الشكلية والرسوم والنماذج الصناعية يوجد إلى جانب الترخيص الاختياري الترخيص الجبري وهذا الأخير يتم من دون إرادة صاحب الحق الاحتكاري.

في الرسوم والنماذج الصناعية أجاز المشرع الجزائري للغير طلب رخصة جبرية لاستغلال الرسم أو النموذج، لكنه لم ينظم شروطه واكتفى بالنص على أنه يتم لمقتضيات المصلحة العامة، أما براءة الاختراع فيجوز منح ترخيص للغير في أربع حالات، حالتين يختص بهما القضاء تتعلق الأولى بعدم استغلال البراءة من قبل صاحب الحق لمدة 04

¹ - ينظر: بن دريس حليلة، المرجع السابق، ص 122.

سنوات من تاريخ إيداع طلب البراءة، أو ثلاث سنوات من تاريخ تسليمها من دون مبرر لعدم الاستغلال.

وفي هذه الحالة يجوز لكل شخص يريد استثمار البراءة ورفض المستفيد منحه الرخصة أن يلجأ إلى القضاء للحصول على رخصة جبرية¹، أما الحالة الثانية فيتعلق الأمر بالاختراعات التي تعتبر تحسينا لاختراعات سابقة ولكون صاحب البراءة التابعة تحت رحمة البراءة الرئيسية فإن المشرع أجاز له اللجوء إلى القضاء للحصول على رخصة².

أما الحالتين الأخيرتين فهما مقرّرتان أيضا في مجال التصميم الشكلي للدوائر المتكاملة، ويرجع الاختصاص إلى الوزير المكلف بالملكية الصناعية والتجارية إذ يمكن له إفادة هيئة عمومية أو لشخص معين بترخيص جبري لاستغلال هذين الحقين وذلك إذا كان الأمر ضروريا للمنفعة العامة، وكذلك في حالة ممارسة المستفيد من الحق حقوقه بطريقة منافية للمنافسة و صدر حكم من جهة إدارية أو قضائية يتثبت ذلك³.

الترخيص الجبري، أو ما يصطلح عليه الإجازة الجبرية، تمنح براءة الاختراع حقا حصريا لاستثمار الاختراع مما ينزل بعض الضرر بالمجتمع الذي يرى نفسه مضطرا للرضوخ لأوامر صاحب البراءة، مع ما يتضمن من إجحاف في أغلب الأحيان.

فإذا كان من الواجب صيانة حقوق المخترع لتشجيع الإبداع والعمل على تنشيط المبدعين والمخترعين، يعود لهم تطوير المجتمع بالأساليب والسبل التي يطرحونها، ويتصورونها من خلال ثقافتهم وعلمهم ومعرفتهم ومهاراتهم، بالمقابل لا يجوز حرمان المجتمع من هذه الابتكارات الآيلة إلى تقدم المجتمع وتطوره.

وبما أن الاختراعات لا تعطى للأفكار مهما علت، فلا يحق للعلماء والفلاسفة الحصول على براءة لما قدموه من مبادئ علمية وأفكار سلمية، ما دامت لا تزال في المجال

¹ - ينظر: زراوي صالح، المرجع السابق، ص 170.

² - ينظر: المادة 47 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع، مرجع سابق.

³ - ينظر: المادة 49 الفقرة الثانية من الأمر 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع، المرجع نفسه، والمادة 31 الفقرة الثانية من الأمر 03-08 المتعلق بالتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة، مرجع سابق.

النظري البحث، وإن كان لها فضل كبير في وضع الابتكارات موضع التنفيذ. وحدها الحالة التي يتم فيها تجسيد هذه الأفكار بموجب ابتكارات صناعية يتم استثمارها، تدخل في إطار الحماية الحصرية، لكن هذه الحماية قد تلحق بالمجتمع أضرارا، من جراء الحصرية، فكيف يكون الأمر لو لم تتم هذه الاختراعات أو إذا كانت هذه الابتكارات هوية أساسية للدفاع الوطني أو للمجتمع بحد ذاته، أفلا يجوز تجاوز الحقوق الشخصية المحمية قانونا في سبيل مصلحة المجتمع بأكمله. هذا ما دفع المشرع إلى تجاوز الحقوق الشخصية، وفرض ما يسمى بالإجازة الإجبارية¹ التي يعرفها المشرع الجزائري بالترخيص الجبري إذ لا يعتبر المستفيد منه معتديا رغم أنه تحصل عليه من دون إرادة صاحبه، لأن القانون غلب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة لصاحب الاحتكار².

في بعض الحالات يطلب صاحب الحق الاحتكاري من الغير التحقيق المادي للمنتج المغطى بالعلامة أو موضوع الرسم أو النموذج، فإذا قام الصانع بتحقيق ما طلب منه فإنه لا يعتبر معتديا، إلا إذا تجاوز الإنتاج المحدد في الطلبية للاستفادة منه فهنا يقوم الاعتداء بالتقليد، غير أنه لم يحترم شروط الصناعة المنصوص عليها في العقد فتترتب حينئذ مسؤوليته العقدية في مواجهة صاحب الحق ولا يتوافر التقليد.

في هذا المجال تظهر إشكالية العامل الذي يحبس الأشياء التي يقوم بصناعتها بناء على الطلبية لعدم حصوله على الأجرة ثم يقوم ببيعها، تعرض الفقه لهذا الإشكال وقال بأنه لا يوجد تقليد في هذه الحالة بما أنها أنجزت برضا صاحب الابتكار أو الرمز وإن مجرد البيع الذي تم ممارسته لحق الحبس لا يؤدي لقيام جنحة التقليد.

وفيما يخص الأعمال التي لا تحتاج إلى موافقة صاحب الحق الاحتكاري لتمتع بالمشروعية، فيمكن استغلال بعض الحقوق من دون ترخيص من صاحبها، وهذا الاستغلال يستمد مشروعيته من النصوص القانونية، فالمشرع الجزائري نصّ في الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات على أنه: «إن تسجيل العلامة لا يخول لصاحبه الحق في منع الغير من

¹ - ينظر: نعيم مغيب، المرجع السابق، ص 202.

² - ينظر: عباس حلمي المنزلاوي، الملكية الصناعية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 1983، ص 109.

استخدام تجاريا وعن حسن نية البيانات الحقيقية المتصلة بالصنف أو الجودة أو الكمية أو الوجهة أو البقعة أو مكان المنشأ أو فترة إنتاج هذه السلع أو أداء هذه الخدمات، على أن يكون هذا الاستعمال محدودا ومقتصرا لأغراض التعرض أو الإعلام وفقا للممارسات النزيهة في المجال الصناعي والتجاري¹.

برّر الفقه جواز هذه الوضعية كون أنّ صاحب العلامة إذا كان له الحق المطلق على علامته، فإن صانع قطع الغيار لديه كذلك الحق في صنع هذه القطع وأن منعه من ذكر العلامة يؤدي إلى عدم قدرته لبيع هذه القطع، نظرا لعدم السماح له بتبيان اختلافات أنواع الأشياء ولمن هي موجهة، إلا أنه إذا كانت هذه الإشارة من شأنها خداع المستهلك حول أصل المنتج كتركه يعتقد أن قطع الغيار الموجهة لسيارات "بوجو" مثلا هي قطع أصلية من صناعة هذه المؤسسة فهنا تقوم جنحة استعمال علامة مقلّدة².

المطلب الثاني: الحماية المدنية والجزائية لحقوق الملكية الصناعية والتجارية.

تعدّ الحماية المدنية حماية عامة يستظل بها كل حق أيا كان، فهي مقررة لكافة الحقوق سواء كان ذلك الحق شخصا أو عينيا، وقد كفلتها كافة القوانين وفقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، وهذه الأخيرة وفقا للقواعد العامة تقتضي بأنه «كل من أصابه ضرر من الغير يلزم فاعله بالتعويض»، والتعويض المادي يصبح من حق المتضرر المطالبة به من أجل جبر الضرر الذي لحقه جراء التعدي على حق من حقوقه.

وإلى جانب الحماية المدنية الممنوحة لأصحاب حقوق الملكية الصناعية تحمي هذه الحقوق أيضا جزائياً.

وسنتطرق في هذا المطلب إلى دعوى المنافسة غير المشروعة في الفرع الأوّل، أما الفرع الثاني سنعالج دعوى التقليد.

¹ - بن دريس حلّيمة، المرجع السابق، ص 124.

² - ينظر: المرجع نفسه، ص 125.

الفرع الأول: دعوى المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية والتجارية.

إنّ النصوص القانونية للمنافسة غير المشروعة أو ما يصطلح عليه كذلك بالمزاحمة الغير مشروعة، قديمة العهد، لكن إزاء الانفلات الحاصل في العالم المعاصر، وصعوبة وضع حد للمضايقات الحاصلة في عالم التجارة والصناعة من تقليد وتزوير، نادى بعض الدول لوضع قوانين عصرية للحدّ منها، كإيطاليا وبلجيكا وفرنسا والدول الأوروبية والدول الأمريكية.

1- الطبيعة القانونية لدعوى المنافسة غير المشروعة:

تكفل دعوى المنافسة غير المشروعة حرية المنافسة، غير أن هذه الحرية محدودة بعدم استعمال أساليب غير قانونية قد تحدّ منها¹.

أولاً: الأساس القانوني لدعوى المنافسة غير المشروعة.

استناداً للقواعد العامة في المسؤولية، فإن أيّ حق يتمتع بحماية مدنية، إذ تعدّ هذه الأخيرة بمنزلة المظلة التي تستظل بها كافة الحقوق أياً كان نوعها، وقد كفلتها التشريعات المختلفة، وتقوم هذه المسؤولية على أساس النظرة القانونية القائلة بأن "كل إضرار بالغير يلزم فاعله بضمان جبر الضرر"- ويكون جبر الضرر في العادة بالتعويض المادي، ذلك أن القواعد القانونية - أي قواعد قانونية- تنهى عن الإضرار بالآخرين، سواء كان ذلك النهي صريحاً أم ضمنياً، كونها تفرض التزاماً على الكافة مقتضاه عدم الإضرار بالآخرين، فمن الواجب على الأشخاص القانونيين بذل العناية اللازمة والتبصر الكافي عند ممارسة أفعالهم، فإن صدر عنهم "فعل يحرّمه القانون" أو "فعل مخالف للقانون" أو "عمل غير مشروع" عموماً لزم من قام بذلك الفعل أو العمل أو من تسبب به ضمان جبر الضرر الذي لحق

¹ - ينظر: ج. ريبير- ر. روللو، ترجمة: منصور القاضي، المطول في القانون التجاري، الجزء الأول، المجلد 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، ط1، 2007، ص 726.

الأخرين من جراء ذلك الفعل أو العمل، إذ يصبح من حق المتضرر مقاضاة من صدر عنه الفعل أو العمل غير المشروع طالبا التعويض عن ما أصابه من ضرر¹.

ويكون ذلك من خلال دعوى المنافسة المسؤولة التقصيرية، في حالة فعل الضار أو من خلال دعوى المنافسة غير المشروعة في حالة المنافسة غير المشروعة².

إلا أن المشرع الجزائري مثله مثل أغلبية المشرعين لم ينظم هذه الدعوى بنصوص قانونية صريحة ومحددة، وهذا رغم صدور الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، والقانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية اللذان اقتصرنا على ذكر الممارسات المنافسة للمنافسة المشروعة، دون التطرق إلى القواعد التي تحكم دعوى المنافسة غير المشروعة، بحيث ترك أمرها للقضاء والفقهاء³.

وقد عرف الفقه المنافسة غير المشروعة أو المزاحمة غير المشروعة، بمثابة «خطأ مهني يرتكبه تاجر أو صناعي سعيا وراء منافع غير مشروعة، على حساب بقية منافسيه، يخالف فيه المبادئ القانونية والأخلاقية السائدة في التعامل والاستقامة والأمانة المفروضتين في العرف التجاري، وجب استعمال الحق في التجارة الحرة دون المس بحقوق بقية التجار».

فالمنافسة غير المشروعة هي مخالفة الأعراف والتقاليد والعادات السائدة بين التجار، والقيام بأعمال تمس بالأخلاقية الحسنة في التعامل التجاري. فمثل هذه الأفعال تعتبر بمثابة خطأ يرتكبه من يقدم عليها، وهذا الخطأ له معايير ومقاييس مختلفة، انطلاقا من الإهمال أو قلة الاحتراز أو الخطأ العمدي، أو استعمال اسم تجاري للغير، إلى حد القول بسوء النية والغش⁴.

وبالتالي يجب اعتماد معيار واقعي وأخلاقي في تعريف المزاحمة غير المشروعة أي المنافسة غير المشروعة، فهذا الفعل يتضمن عنصرا ماديا وهو الوسيلة غير السليمة والغير

¹ - ينظر: صلاح زين الدين، المرجع السابق، ص 242.

² - ينظر: المرجع نفسه، ص 242.

³ - ينظر: وليد كحول، المرجع السابق، ص 221.

⁴ - ينظر: نعيم مغيب، الماركة التجارية - علامة فارقة أم مميزة-، بدون ذكر دار النشر، بيروت- لبنان، ط1، 2010، ص215.

متوافقة مع الأعراف التجارية والأخلاقية وحسن التعامل بين التجار، وعنصراً معنوياً يستند إلى محاولة السيطرة على السوق والاستئثار بالزبائن وإلحاق الضرر بفئة معينة من التجار بصورة مقصودة وأحياناً يتوقع حصول الضرر والقبول بالمجازفة مع العلم بالأمر¹.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يضع قواعد خاصة تنظم المسؤولية الناتجة عن أعمال المنافسة غير المشروعة، إلا أن القانونيين الجزائريين اعتمدوا على الأساس التقليدي بحيث بنوا المنافسة غير المشروعة على أساس المسؤولية التقصيرية، وهذا وفقاً للقواعد العامة حسب نص المادة 124 من القانون المدني التي تنص على أن: «كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض»².

والمسؤولية التقصيرية هي التي يرتبها القانون على الإخلال بالتزام قانوني مقتضاه ألا يضر الإنسان غيره بخطأ أو بتقصير منه، وإذن فهي تقوم على أركان ثلاث:

أ- خطأ من المسؤول.

ب- ضرر يصيب الغير.

ج- علاقة سببية بينهما.

وعنصر الخطأ في المادة 124 قانون مدني يرتكز على مبدأ عدم إيداء الغير سواء بصورة مقصودة وواعية أم عن طريق الإهمال وقلة الاحتراز، فالالتزام في المسؤولية التقصيرية هو دائماً التزام سلبي بعدم إيداء الغير.

وجزاء المسؤولية التقصيرية هو التعويض، ويتميز التعويض هنا أنه يكون نقدياً وكذا عينياً بالأمر بإزالة الفعل المخالف للمنافسة غير المشروعة³.

¹ - ينظر: نعيم مغنغب، الماركة التجارية، المرجع السابق، ص 215.

² - ينظر: الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون 05/07 المؤرخ في 31 ماي 2007.

³ - ينظر: وليد كحول، المرجع السابق، ص 225.

ثانياً: أركان المسؤولية عن المنافسة غير المشروعة.

لرفع دعوى المنافسة غير المشروعة لا بدّ من توافر عناصرها والمتمثلة في ثلاثية الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، والخطأ في المنافسة غير المشروعة يكون باستخدام وسائل منافية للنزاهة والأعراف التجارية ويؤدي هذا الخطأ إلى إلحاق ضرر بالضحية، وفي الأخير لا بدّ من وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر.

(1) الخطأ:

وهو كل عمل أو التزام قانوني يقوم به الإنسان وهو مدرك تمام الإدراك أنه يضرّ بالغير، والخطأ ضروري لإقامة دعوى المنافسة غير المشروعة، وأساسه هو الإخلال بواجب عام يلتزم به الكافة، ويقوم على عنصر موضوعي وهو إخلال المخطئ مدركاً أنه بعمله هذا قد أخل بالواجب القانوني، وعنصر شخصي وهو ضرورة توافر التمييز لدى المخل بهذا الواجب، ما يستوجب مسؤوليته، فهو في هذه الحالة عمدياً ويعلم به فاعله، لأنه من قام بهذه الأعمال يعد حتماً منافساً غير مشروع، ولو لم يقصد الإضرار صاحب الحق، لأنه يفترض في من ارتكب الخطأ أنه قام بتقليد اختراع لا لأغراض الاستعمال الشخصي في المختبرات وإنما بنية البيع وجذب الزبائن ومتعاملي الشركة أو المؤسسة صاحبة براءة الاختراع، أو قيام المقلد باستعمال العلامة أو بيع منتجات مقلدة أو مستوردة أو وضع علامة على منتجات مماثلة لمنتجات صاحبها للحصول على فوائد اقتصادية على حسابها، أو الإعلان بأن صاحب البضاعة المماثلة هو صاحب هذه البضاعة، أو إعطاء بيانات تتضمن مميزات معينة ومغايرة للحقيقة، أو عرض المنتج بطريقة مماثلة دون اتخاذ أي حذر، هذا ما يترتب عنه جذب الجمهور وتضليله لمنافسة الشركة المالكة لحقوق الملكية الصناعية¹.

وبالنسبة للقانون الجزائري، فلم يفرق بين تأسيس دعوى المنافسة غير المشروعة على الخطأ العمدي أو مجرد الإهمال، إذ نجد أساسها في المادة 124 من القانون المدني الجزائري، والتي ترى بأن حدوث الخطأ يلزم مرتكبه التعويض مهما كانت طبيعة هذا

¹ - ينظر: نعمان وهيبة، استغلال حقوق الملكية الصناعية والنمو الاقتصادي، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، بن عكنون- الجزائر، 2009-2010، ص 112-113.

الخطأ، عمدي أو غير عمدي، أي تم ارتكابه عن إهمال أو قلة احتراز، فلم يشترط سوء النية لتحقيق المنافسة غير المشروعة، ويرجع تقدير الخطأ للسلطة التقديرية للقاضي¹.

(2) الضرر:

لقبول الدعوى يتوجب حصول ضرر مادي أو معنوي يطل سمعة المنافس أو شركته أو أخلاقه أو ملاءته، ويمكن أن يكون الضرر حالاً أو مستقبلاً إذا كان بالإمكان تقدير وقوعه وقيمته.

وقد يكون الضرر احتمالياً، فالدعوى هنا ترمي إلى حماية المؤسسة التجارية وليس للحصول على تعويض، وعليه فإنه يمكن قبولها بمعزل عن أيّ ضرر، إذا كان هناك ضرر احتمالي يمكن أن يقع مستقبلاً مما يفرض على المحاكم إزالة اللبس لرفع أي ضرر محتمل.

الأضرار المعتمدة في هذا الصدد إنما تلك الناتجة عن مزاحمة التجار ومنافستهم بعضهم لبعض ولا تطل أية أضرار خارج هذا الإطار فهذه الأخيرة تبقى خاضعة لأحكام المسؤولية التعاقدية أو التقصيرية الجزائية حسب المبادئ القانونية العامة. فالأضرار موضوع البحث، تلك الناتجة إذاً عن أعمال المزاحمة أو المنافسة القائمة بين التجار عندما يمارسون نشاطاً مهنيًا مماثلاً أو متقارباً ولو في بعض جوانبه سواء لجهة البضاعة أو لجهة الخدمات المعروضة على الجمهور، وهذا النشاط يكون تجارياً أو صناعياً أو حرفياً أو أي نشاط آخر، لقاء مقابل أو ربح مادي يفترض استقطاب الزبائن².

أما إذا حلّ تقرير الخبير على أنه بوسع التاجر أو المستهلك أن يميز بين الماركة أي العلامة المسجلة من قبل الشركة المستأنفة والماركة المسجلة من قبل الجهة المستأنف عليها، لعدم وجود أدنى شبه بينهما، فلا مجال لوجود مزاحمة غير مشروعة³.

¹ - ينظر: وليد كحول، المرجع السابق، ص 230.

² - ينظر: نعيم مغيب، الماركات التجارية والصناعية، بدون ذكر دار النشر، لبنان، ط1، 2005، ص 229.

³ - ينظر: المرجع نفسه، ص 230.

(3) العلاقة السببية:

إنّ رابطة السببية تقتضي في الأساس أن يكون هناك تشابه أو تماثل بين نشاط كل من ارتكب الفعل غير المشروع والشخص المتضرر منه، أي أن يباشر كل من المدعي والمدعى عليه نفس النشاط التنافسي ويقدم للزبائن منتجات أو خدمات ذات نماذج متماثلة أو علامات متشابهة، ولذلك فإن الاستغلال المماثل أو على الأقل المشابه هو الذي يؤدي إلى أن تجد دعوى المنافسة غير المشروعة طريقها إلى الوجود رغم وجود أحكام قضائية مختلفة في هذا المجال.

إذ قضت محكمة باريس في هذا المجال بعدم توفر رابطة السببية، وبالتالي انتفاء المنافسة غير المشروعة بين نشاط كل من الشركتين، إذ قررت المحكمة رفض طلب شركة Sandoz السويسرية لصناعة الأدوية بمنع إحدى الشركات الفرنسية لبيع آلات التكييف من استعمال اسمها الذي يدخل في تكوينه كلمة Sandoz وهو اسم إحدى الشركاء على اعتبار أنّ نشاط كل من الشركتين ليس مجالاً للتنافس بينهما، وعلى خلاف الموقف السابق لمحكمة باريس، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بقبول دعوى إحدى الشركات الانجليزية التي تملك مطعمًا بمدينة باريس باسم Maxim's، والتي طلبت من المحكمة منع إحدى الشركات الفرنسية التي تملك إحدى الملاهي الليلية بمدينة نيس من استعمال اسم Maxim's de Nice على أساس أن في استعمال هذه التسمية منافسة غير مشروعة من شأنها الإضرار بسمعة المطعم الأصلي بباريس¹، وقد جاء في حيثيات القرار أن استعمال هذه التسمية التي لها سمعة عالية من قبل شركة نيس من شأنه أن يؤدي إلى التقليل من الجاذبية التي يتمتع بها المطعم في باريس تحت ذات التسمية وكذلك يؤثر على سمعة المطعم الأصلي رغم اختلاف النشاط قليلاً بين الشركتين بل ورغم بعد المكان بينهما².

كما أن الخطأ الذي يقع على المستهلك هو الذي يؤدي إلى إلحاق الضرر بصاحب العلامة الأصلية، وهذا الخطأ ناتج عن الالتباس الذي حققته ماركة المدعى عليها كما هي

¹ - ينظر: بن دريس حليلة، المرجع السابق، ص 146.

² - ينظر: المرجع نفسه، ص 147.

الحال في علامتي Mars و Match للشوكولا، فمن السهل التباس هذه التسميات على المستهلكين وهم من الأطفال، مما قادم للوقوع بالخطأ الذي أدى إلى إلحاق الضرر.

الصلة السببية تعني قيام الإثبات بين الضرر الحاصل والخطأ المرتكب والذي أدى إلى حدوث الضرر، لا يفترض وجود عمليات متشابهة تماما من شأنها إحداث اللبس أو الخلط بين المؤسستين، إنما يكفي أن تكون هذه العمليات متقاربة في شكلها ومن شأنها أن تحدث الخلط والالتباس¹.

أما إذا تعدد المتضررون كما في حالة خلق اضطراب في سوق السلعة التي يمارسونها جاز لكل واحد منهم أن يرفع الدعوى منفردا ولكن لا يحكم للمدعي بالتعويض إلا إذا لحقه ضرر شخصي، وتقام الدعوى على من ارتكب الخطأ وكل من اشترك فيه وتكون مسؤوليتهم عن التعويض بالتضامن إذا وجد بينهم ارتباط في العمل².

2- إجراءات رفع دعوى المنافسة غير المشروعة والجزاء المترتبة عنها.

لمباشرة دعوى المنافسة غير المشروعة بطريقة قانونية سليمة يتوجب إتباع إجراءات وتوفر شروط معينة.

أولاً: إجراءات رفع دعوى المنافسة غير المشروعة.

يتوجب على المحكمة التي تنظر في دعوى المنافسة أن تكون مختصة إقليمياً نوعياً ومحلياً.

¹ - ينظر: نعيم مغيب، الماركات التجارية والصناعية، المرجع السابق، ص 235.

² - ينظر: بن دريس حليلة، المرجع السابق، ص 147.

1) الاختصاص النوعي:

ويقصد به الجهة القضائية التي يجوز لها النظر في المنازعات وقد نصت عليها المادة الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: «إن المحاكم هي الجهات القضائية الخاصة بالقانون العام وهي التي تفصل في جميع القضايا المدنية والتجارية»¹.

ومن خلال هذه المادة يتبين أن المحكمة الابتدائية هي المختصة نوعيا للفصل في الدعوى، وباعتبار أن أعمال المنافسة غير المشروعة تعتبر أعمالا تجارية وهذا حسب ما نصت عليه المادة الرابعة من القانون التجاري: «يعدّ عملا تجاريا بالتبعية:

- الأعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة التجارة أو حاجات متجره.
- الالتزامات بين التجار»².

وبالتالي يتضح أنّ القسم التجاري للمحكمة هو المختص بالنظر في دعوى المنافسة غير المشروعة.

كما أن التقسيم الخاص بالمحكمة المدنية ليس إلا تنظيما داخليا، وبالتالي فالأقسام لا تعدو أن تكون تسميات لغرض التمييز بينها، وعلى ذلك فإن كل قسم يمكن أن تطرح أمامه دعوى تنظر من قبل قسم آخر، فقاضي أيّ قسم لا يمكن أن يحكم بعدم الاختصاص النوعي في نزاع طرحه أمامه، لأن الأصل في القاضي المدني هو الاختصاص الكلي، وإن حدث وصادف نزاع كان من المفروض أن يكون أمام جهة أخرى، فليس أمامه إلا أن يفاضل بين أمرين، إما أن يفصل في النزاع المطروح بين يديه أو أن يحيل القضية إلى الجهة المختصة تنظيما³.

¹- ينظر: المادة 01 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 الجريدة الرسمية الصادرة 23 أفريل 2008، عدد 21.

²- ينظر: الأمر 59/75، المتضمن القانون التجاري، المرجع السابق.

³- ينظر: المادة 32 الفقرة 06 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

(2) الاختصاص المحلي:

إن الاختصاص المحلي يحدد لكل محكمة برسم دائرة إقليمية معينة تعتبر مجالا لاختصاصها لا تتعداه.

وتقضي القواعد العامة بأن يعود الاختصاص المحلي إلى محكمة موطن المدعى عليه، وهو ما تنص عليه المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على ما يلي: «يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك...»¹.

يتبين أن المشرع الجزائري قد خص المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، ومعلوم أن موطن المدعى عليه هو مكان مزاوته للتجارة وهذا إن كان شخصا طبيعيا أما إن كان شخصا معنويا فموطنه هو مقر الشركة.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري أورد استثناءات غير التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نصت عليها قوانين متفرقة مثل الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، لتخرج بعض المنازعات من اختصاص المحاكم العادية ومثالها مجلس المنافسة الذي يتدخل في كل الخلافات التنازعية المرتبطة بالمنافسة ويتمتع بسلطة القرار كلما كانت الممارسات والأعمال المودعة أمامه مخالفة للمنافسة المشروعة، إذ أراد المشرع أن يجعل من المجلس الضابط الأساسي للمنافسة والخبير الرسمي في ميدان المنافسة.

إن فإلصاحيات التنازعية لمجلس المنافسة حددها في إطار الممارسات المقيدة للمنافسة كما نصت عليها المادة 44 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة والتي تنص على ما يلي: «يمكن أن يخطر الوزير المكلف بالتجارة مجلس المنافسة، ويمكن للمجلس أن ينظر في القضايا من تلقاء نفسه أو بإخطار من المؤسسات أو بإخطار من الهيئات...».

¹ - ينظر: قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

ويتم الطعن في قرارات مجلس المنافسة أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية بين الأطراف المعنية¹.

أما عن الشروط الواجب توافرها في رافع الدعوى فتتمثل في الشروط الشكلية لرفع الدعوى أساسا المنصوص عليها في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت صراحة على ما يلي: «لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون»².

فبالنسبة لشروط الصفة في المدعي، فيتمثل في كونه متضررا من أعمال المنافسة غير المشروعة، إذ يمكن أن ترفع هذه الدعوى من طرف المتضرر شخصيا أو نائبه، أي أن هذه الدعوى تخضع للقواعد العامة، حيث يباشرها المدعي سواء كان فردا طبيعيا أو شخصا معنويا.

ويجب أن تتوافر فيه صفة المطالبة بما يدعيه، وهي أن يكون متضررا من الأعمال التي يقوم بها العون الاقتصادي المنافس.

أما فيما يخص الأهلية، فهي قدرة الشخص وصلاحيته لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات، ومن ثم فمن لم يكن متمتعا بقواه العقلية، أو كان صغير السن، أو تم الحجر عليه، فإن مثل هذه الفئات لا يجوز لها التقاضي بصفة شخصية، وبالتالي يرفع المتضرر الدعوى بنفسه إذا كان لا يتوفر فيه عارض من عوارض الأهلية، أو بواسطة نائب عنه كأن يكون وكيلًا، أو وصيا إذا كان المتضرر قاصرا مآذونا له بالتجارة، أو قيما على من أصابه عارض من عوارض الأهلية، أو بصفة عامة ممثله القانوني³.

أما بالنسبة للمصلحة فنقصد بها الفائدة العملية المشروعة التي يريد المدعي تحقيقها من خلال لجوئه للقضاء، ودعوى المنافسة غير المشروعة ككل دعوى لا ترفع إلا من

¹ - ينظر: المادة 63 من الأمر 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية الصادرة في 20 يوليو 2003، عدد 43.

² - ينظر: المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

³ - ينظر: وليد كحول، المرجع السابق، ص 240.

شخص ذي مصلحة¹، أما إذا كان الضرر من مجموعة من الأشخاص، أي كلهم ذوي مصلحة، وهذا في حالة ما إذا كان العمل أثار اضطرابا في السوق فأضر بعدد من الأعوان الاقتصاديين فإن لكل من المتضررين مجتمعين أو منفردين ملاحقة الفاعل بدعوى المنافسة غير المشروعة ولكن لا يحكم بالتعويض إلا إذا لحق التاجر شخصا ضرر.

أما بالنسبة لحق الجمعيات والنقابات في رفع دعوى المنافسة غير المشروعة، فقد كانت هذه الدعوى لا تقبل إلا إذا كان صاحب الدعوى متضررا أو يرفعها شخصا أو نائب عنه، لكن بعد التطور الذي عرفته دعوى المنافسة غير المشروعة أعطى الفقهاء الحق في رفع الدعوى ليس فقط لمن لحقه الضرر شخصا أو نائبا عنه، بل إمكانية رفع الدعوى من قبل النقابة والجمعية باعتبارها ممثلة ونائبة لمجموع المتضررين من جراء التصرفات غير المشروعة.

ونجد أن المشرع الجزائري يعترف للنقابة بحق التقاضي لتوافر المصلحة لديها، وذلك في المادة 16 الفقرة الثانية من تشريع العمل التي تنص على أن: «يكتسب التنظيم النقابي الشخصية المعنوية والأهلية المدنية بمجرد تأسيسه... التقاضي وممارسة الحقوق للطرف المدني لدى الجهات القضائية المختصة عقب وقائع لها علاقة بهدفه وألحقت أضرارا بمصالح أعضائه الفردية أو الجماعية المادية أو المعنوية»².

أما بالنسبة لجمعية حماية المستهلك فقد اعترف القانون بحقها وسلطانها في مجال تطبيق قانون المنافسة، إلى جانب اختصاصها في ميدان تطبيق قواعد حماية المستهلك، لا سيما في التبليغ عن المخالفات وتقديم الشكاوي.

¹ - ينظر: المادة 65 من القانون 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية الصادرة في 27 يونيو 2004، عدد 41.

² - ينظر: القانون رقم 14/90 المؤرخ في 02 يونيو 1990 المعدل والمتمم المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي، الجريدة الرسمية الصادرة في 06 يونيو 1990، عدد 23.

كما أقر المشرع الجزائري لهذه الجمعية بحقها في رفع دعوى المنافسة غير المشروعة وهذا في نص المادة 12 الفقرة الثانية من قانون حماية المستهلك رقم 89-02¹.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد أعطى لها حق التعويض المعنوي فقط دون المادي، لأن هدف الجمعية لم يكن للدفاع عن مصالح شخصية، وإلا لكان باستطاعتها المطالبة بالتعويض المادي، لكنها تدافع عن مصلحة المستهلكين المتضررين، فالعبرة هي الاعتراف بوقوع الضرر المعنوي على المتضررين ومن ثم يمكن لكل من أثبت تضرره أن يطالب بالتعويض عن الضرر المادي الذي وقع لأحد المستهلكين أو أعضاء الجمعية، هذا ما نصت عليه المادة 65 من القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية: «... يمكن للجمعيات حماية المستهلك، والجمعيات المهنية التي أنشئت طبقاً للقانون... القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم»².

كما أكد قرار المحكمة العليا حق الجمعية في رفع الدعوى بقوله: «من المقرر قانوناً أنه تكتسب الجمعية الشخصية المعنوية والأهلية بمجرد تأسيسها ويمكنها حينئذ أن تمثل أمام القضاء وتمارس خصوصاً أمام المحاكم المختصة حقوق الطرف المدني بسبب وقائع لها علاقة بهدف الجمعية وتلحق ضرراً بأعضائها الفردية أو الجماعية».

(3) صفة المدعى عليه:

يوجه الادعاء عادة في دعوى المنافسة غير المشروعة للقائم بالأعمال غير المشروعة، كما يمكن أيضاً ملاحقة كل من يساعد الفاعل الأساسي أو من اشترك معه في ارتكاب الفعل المشكوك منه وكل من سمح بهذا العمل، وهو ما يعرف بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه³. بحيث تنص المادة 136 من القانون المدني الجزائري على أنه: «يكون

¹ - ينظر: القانون رقم 02/89 المؤرخ في 07 فبراير 1989، المعدل والمتمم، والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية الصادرة في 08 فبراير 1989، عدد 06.

² - ينظر: وليد كحول، المرجع السابق، ص 242.

³ - ينظر: المرجع نفسه، ص 243.

المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها»¹.

فبالرغم من أن الشخص لم يقم بالفعل بنفسه ولكن القائم به يكون عامل لديه أو موظف عنده وتحت سلطته، وقام بالعمل غير المشروع أثناء تأديته لوظيفته أو لحساب صاحب العمل، ولكن هذا الأخير لا يكون مسؤولاً في حالة ما إذا قام التابع بالفعل غير المشروع لمصلحته الشخصية ولا علم لرب العمل به. كما يمكن رفع الدعوى ضد شخص معنوي كشركة تجارية أو مجموعة أشخاص وتكون مسؤوليتهم تضامنية وهذا ما نصت عليه المادة 126 من القانون المدني الجزائري: «إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عيّن القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض»².

ويقوم القضاء بحماية من تعرض لأعمال المنافسة غير المشروعة وهذا بعد رفع الدعوى كما سبق وبيّنا، وإذا تحقق القضاء واقتنع بوجود الفعل المنافي للمنافسة المشروعة فإنه يلزم المرتكب على الكفّ عن هذا العمل وله أن يقضي بالتعويض لمن أصابه ضرر، هذا بالنسبة للجزاءات المقررة لمصلحة المتضرر كما أنه قد يفرض عليه جزاءات أخرى تخص المصلحة العامة والمتمثلة في الغرامة، الحجز، المصادرة، الغلق الإداري ونشر الحكم كما سنتطرق له فيما يلي.

ثانياً: الجزاءات المقررة لدعوى المنافسة غير المشروعة.

يعتبر الجزائر أهم عناصر القاعدة القانونية كونه يضمن لها الفعالية والاحترام وبدونه تصبح القاعدة القانونية من القواعد الأخلاقية أو العرفية، والجزاء المترتب عن دعوى المنافسة غير المشروعة يغلب عليه طابع العقوبة المالية مع غياب العقوبة السالبة للحرية التي ألغيت بموجب الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة فإذا تحقق القضاء واقتنع بوجود الفعل المنافي للمنافسة المشروعة فإنه يلزم المرتكب على الكفّ عن هذا العمل وله أن يقضي

¹- ينظر: الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

²- ينظر: الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع نفسه.

بالتعويض لمن أصابه ضرر، هذا بالنسبة للجزاءات المقررة لمصلحة المتضرر، كما أنه قد يفرض على المتعدي جزاءات أخرى تخص المصلحة العامة والمتمثلة في الغرامة، الحجز، المصادرة، الغلق الإداري ونشر الحكم¹.

(1) التعويض كجزاء مقرر لمصلحة المضرور:

إذا توافرت كل الشروط اللازمة لرفع دعوى المنافسة غير المشروعة وحكم القاضي بإدانة العون المنافس بسبب قيامه بالعمل غير المشروع، وسبب هذا العمل ضرراً، فإن الوسيلة الوحيدة التي يمكن جبر الضرر الذي وقع على حق المضرور هي التعويض². فقد اعتبر الفقهاء التعويض وسيلة لجبر الضرر وإصلاحه، وليس عبارة عن عقوبة. ولهذا مهما كانت جسامة الخطأ فإن التعويض يتناسب مع الضرر الحاصل دون النظر إلى الخطأ³.

والتعويض يتخذ صوراً متعددة، فقد يكون نقدياً كما قد يكون عينياً يتمثل في إزالة الفعل الضار، وفي حالة حصول الضرر فإن التعويض النقدي يكون إجبارياً وقد يحكم القاضي بالتعويض العيني والنقدي معاً إذا وجد ضرورة لذلك. أما في حالة عدم حصول الضرر عن الفعل المشروع فإن القاضي هنا يفرض على الفاعل تعويضاً عينياً فقط.

(أ) التعويض النقدي:

هذا النوع من التعويض يكون في حالة واحدة فقط وهي الوقوع الفعلي للضرر، فتقضي به المحكمة لكل من أصابه ضرر من جراء عمل من أعمال المنافسة غير المشروعة. ووفقاً للقواعد المعمول بها في مجال دعوى المسؤولية المدنية يجري تقويم الضرر الناتج عن فعل المنافسة غير المشروعة، وتحديد التعويض على أساس هذا التقويم، أي يجب أن يتساوى الضرر والتعويض. ويقع عبء إثبات وقوع الضرر على المدعي، أما

¹ - ينظر: زواوي الكاهنة، المنافسة غير المشروعة في الملكية الصناعية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد خيضر - بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015، ص 168.

² - ينظر: زواوي الكاهنة، المرجع السابق، ص 186.

³ - سمير حسين جميل الفتلاوي، المرجع السابق، ص 438.

تقدير الضرر فيعود للسلطة التقديرية للقاضي وهذا ما نصت عليه المادة 131 من القانون المدني: «يقدّر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق بالمصاب»¹.

وتستطيع المحكمة في هذا المجال اللجوء إلى الخبير لتقويم الضرر، بحيث تتخذ التدابير اللازمة لوقف الفعل الضار ومنع تفاقم نتائجه، فيتم تعيين خبير ليقدّر قيمة الضرر، وينبغي على الخبير المعين البحث عن كل العناصر التي تساعد المحكمة في تقدير الضرر، ويبيّن النتائج الفعلية للفعل غير المشروع، ومثال على ذلك أن يفحص الدفاتر التجارية وكل المستندات التي يراها ضرورية ليجمع المعلومات التي تساعد في تكوين فكرة عن قيمة الضرر ويضع تقريره بيد المحكمة لتحكم بما تراه حسب قناعتها، ولكن المحكمة ليست مجبرة على تعيين خبير، كما أنّها ليست ملزمة بالنتيجة التي توصل إليها، وتستطيع مخالفة تقريره لكن بقرار معلّل.

ويتم تقدير التعويض بتقدير قيمة الخسارة وقيمة الربح الفائت، والخسارة هنا تشمل الربح المنتظر من الزبائن الذين تحولوا إلى المنافس بسبب أسلوب المنافسة غير المشروعة الذي استعمله، خاصة إذا استمر هذا الفعل مدة من الزمن ويؤثر هذا على قيمة أعمال المدعي².

ويدخل ضمن الخسارة أيضاً المصاريف التي دفعها المدعي لمباشرة أعماله ولم يستفد منها بسبب أعمال المنافسة غير المشروعة، وكذلك مصاريف الدعاية والإعلان التي لم تنجح آثارها نظراً للأفعال غير المشروعة، أما الربح الفائت فهو الربح الذي كان يتوقع جنيته في حالة إذا استمر المدعي في تجارته في ظروف منافسة نزيهة.

وفي حالة عدم وجود أي عناصر حسابية أو ضرائبية، أو لا يمكن الأخذ بالدفاتر التجارية لدى المدعي عليه لأنها لا تصلح كإثبات، فلا يعني هذا أن المحكمة ترفض طلب التعويض بحجة أن قيمة الضرر غير معلومة³، إذن فالقاضي هنا يستعمل سلطته التقديرية

¹ - ينظر: القانون المدني، المرجع السابق.

² - ينظر: نعيم مغيب، الماركة التجارية علامة فارقة أم مميزة، المرجع السابق، ص 239.

³ - ينظر: زواوي الكاهنة، المرجع السابق، ص 187.

في تقدير قيمة التعويض سواء حسب أدلة المدعي أو حسب تقدير الخبير، وإذا كان الضرر ضئيل القيمة فإن القضاء يكتفي بحكم رمزي يقتصر غالبا على مبلغ المصاريف والأتعاب.

أما بالنسبة للطريقة التي يتبعها المدعي عليه للتعويض فهي ترجع للسلطة التقديرية للقاضي، هذا ما نصت عليه المادة 132 الفقرة الأولى من القانون المدني: «يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا...»¹.

(ب) التعويض العيني:

أي وقف ممارسة النشاط، والمقصود به إلزام المدعي عليه بالتوقف عن ممارساته المخالفة للمنافسة المشروعة، واتخاذ التدابير اللازمة لإزالة آثارها، أي إعادة الحال إلى ما كانت عليه.

ومثال على ذلك منه استخدام العلامة المقلدة وكذلك إتلاف كل الملصقات والإعلانات التي تحملها، ويمكن للمحكمة أن تقضي بالتعويض العيني في الحالتين سواء وقع الضرر أم لم يقع، فهو جبر وإصلاح عند وقوع الضرر ووقاية في حالة عدم وقوع الضرر.

الحالة الأولى: في حالة وقوع الضرر يصدر القاضي أمرا بالتعويض النقدي مع التعويض العيني، وهذا ما نصت عليه المادة 132 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري: «يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف... ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، وأن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع»².

الحالة الثانية: في حالة عدم وقوع الضرر لا يمكن أن يطالب المدعي بالتعويض النقدي لكن يمكن له المطالبة بالتعويض العيني، أي أن التعويض العيني في هذه الحالة يعتبر

¹ - ينظر: المادة 132 من القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

² - ينظر: المادة 132 الفقرة الثانية من القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع نفسه.

إجراء وقائياً، ففي حالة ما ثبت ارتكاب الفاعل للخطأ فإنه يجوز للمحكمة أن تأمر باتخاذ الإجراءات الكفيلة بوقف أعمال المنافسة غير المشروعة، واتخاذ الوسائل الوقائية لوقف العمل غير المشروع ومنع وقوع الضرر في المستقبل، وبمعنى آخر هو إلزام المدعى عليه باتخاذ كافة التدابير اللازمة لإزالة آثار عمل المنافسة غير المشروعة.

ويجوز للقضاء أن يحكم بمصادرة¹ confiscation السلع التي عليها العلامة مقلدة، وهذا ببيع هذه المنتجات بشرط أن تنتزع منها العلامة المقلدة ويحصل المدعي على تعويضه منها، وهذه وسيلة غير مباشرة لتحصيل قيمة التعويض².

وتفرض المحكمة غرامة تهديدية على المدعى عليه عن كل يوم يتأخر فيه على تنفيذ التزامه، والكفّ عن القيام بالعمل غير المشروع³.

قد تصل المحكمة إلى آخر إجراء خطير في حالة إذا لم تمنع المدعى عليه بالقيام بما نهته المحكمة، ويتضح أنه يقوم بالفعل غير المشروع عن سابق إصرار فتأمر بغلق المحل إذا رأت أنّها الوسيلة الوحيدة للكفّ عن الممارسات غير المشروعة⁴.

وبهذا يعتبر التعويض العيني ذو طابع وقائي للحماية من الضرر المستقبلي أكثر منه يهدف إلى التعويض.

(2) الجزاءات المقررة للمصلحة العامة:

نصّ المشروع الجزائري على الجزاءات المقررة للمصلحة العامة في الأمر 06/95 المتعلق بالمنافسة والمتمثلة في الحبس، الغرامة، المصادرة، الغلق الإداري ثم نشر الحكم، إلا أنه مع صدور الأمر 03/03 تم التخفيف من القسم القمعي للأمر السابق عن طريق حذف عقوبة الحبس.

¹ يقصد بالمصادرة نقل ملكية المال المصادر قهراً وبدون مقابل من ملكية صناعية إلى ملكية الدولة، وعرفت المادة 15 من قانون العقوبات على أنها الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال معين أو أكثر. مأخوذ من: <http://www.droit-dz.com> يوم 20/05/2017.

² ينظر: المادة 32 من الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات، المرجع السابق.

³ ينظر: زواوي الكاهنة، المرجع السابق، ص 190.

⁴ ينظر: المادة 32 من الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات، المرجع السابق.

أ) الغرامة:

إنّ الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة قد خصّ العقوبات المطبقة على الممارسات المقيدة للمنافسة والتجمعات في الفصل الرابع من المادة 56 إلى المادة 62¹.

أما بالنسبة للقانون 02/04 الذي يحدّد القواعد المطبقة على الممارسة التجارية فقد نص على الغرامات في الفصل الأوّل من الباب الرابع وهي كالآتي:

الممارسات التي تعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة التي تؤدي إلى اللبس والخلط أو الممارسات التي تمس بسمعة المنافس يعاقب عليها بغرامة من 50 ألف دج إلى 05 ملايين دج².

ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد حذف عقوبة الحبس المنصوص عليها في الأمر 06/95 المتعلق بالمنافسة، ورفع قيمة الغرامة في الأمر 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسة التجارية إلى 05 ملايين دج حتى يتنبه لها العون الاقتصادي ويتورع عن المنافسات غير المشروعة، هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن هذه الغرامات المالية أكثر فائدة للاقتصاد الوطني من توقيع عقوبة الحبس على المخالفين.

ب) الحجز:

نص عليه القانون 02/04 المذكور سابقا في المادة 39 كالآتي:

- السلع التي أسعارها مخالفة لنظام الأسعار (مادة 22 و 23).
- الممارسات التجارية غير النزيهة (مادة 27 و 28).

ونصت المادة 40 من نفس القانون على حجز العتاد والتجهيزات التي استعملت وهناك نوعان من الحجز:

¹ - ينظر: الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

² - ينظر: المادة 38 من الأمر 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسة التجارية.

- حجز عيني وهو كل حجز مادي للسلع.
- حجز اعتباري وهو كل حجز يتعلق بسلع لا يمكن لمرتكب المخالفة أن يقدمها لسبب ما.

وقد نصت المادة 41 من نفس القانون على أنه في حالة الحجز العيني يكلف مرتكب العمل غير المشروع بحراسة المواد المحجوزة، إذا كان يمتلك محلات للتخزين، بعد أن تشتمع هذه المواد بالشمع الأحمر من طرف الأعوان المؤهلين أما إذا كان المخالف لا يمتلك محلات للتخزين يخول الموظفين المؤهلين حراسة الحجز إلى إدارة أملاك الدولة التي تقوم بتخزين هذه المواد في أي مكان تختاره ويتحمل المخالف تكاليف الحجز.

وقد نصت المادة 42 من نفس القانون على الحالة الثانية (الحجز الاعتباري) حيث تحدد قيمة المواد المحجوزة بالسعر الذي يبيع به المخالف أو على أساس سعر السوق ويدفع المبلغ الناتج عن بيع السلعة موضوع الحجز الاعتباري إلى الخزينة العمومية¹.

وفي حالة ما إذا كان الحجز لمواد سريعة التلف أو تقتضي ذلك حالة السوق أو ظروف طارئة، فقد نصت المادة 43 من نفس القانون على أنه يمكن للوالي المختص إقليمياً وبناء على اقتراح المدير الولائي المكلف بالتجارة أن يقرر البيع الفوري من طرف محافظ البيع بالمزايدة لهذه المواد، أو تحويلها مجاناً إلى هيئات ومؤسسات ذات طابع اجتماعي وإنساني، دون المرور بالإجراءات القضائية وعند الاقتضاء يتم إتلافها من قبل مرتكب المخالفة بحضور المصالح المؤهلة.

وفي حالة بيع السلع المحجوزة يودع المبلغ الناتج عن البيع لدى أمين خزينة الولاية إلى غاية صدور قرار من العدالة.

¹ - ينظر: المواد 39، 40، 41، 42 من القانون 02/04، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق.

ج) المصادرة:

نصت عليها المادة 44 من نفس القانون بحيث يمكن للقاضي أن يحكم بمصادرة السلع المحجوزة إذا كانت تتعلق بموضوع حجز عيني، وتسلم هذه المواد إلى إدارة أملاك الدولة التي تقوم ببيعها. أما إذا كان الحجز اعتباريا فتكون المصادرة على قيمة الأملاك المحجوزة بكاملها، أو على جزء منها، وتؤول مبالغها إلى الخزينة العامة.

د) الغلق الإداري:

نصت عليه المادة 46 من نفس القانون، أنه يمكن للوالي المختص إقليميا وبناء على اقتراح من المدير الولائي المكلف بالتجارة بأن يتخذ بواسطة قرار إجراءات غلق إدارية للمحلات التجارية لمدة لا تتجاوز 30 (ثلاثين) يوما¹.

وكذلك يتخذ إجراء الغلق في حالة العود وهذا في أقل من سنة من صدور عقوبة بشأن العون الاقتصادي، وتضاعف هذه العقوبة، كما يمكن للقاضي أن يمنع المخالف المحكوم عليه من ممارسة نشاطه التجاري مؤقتا، أو قد يأمر بشطبه من السجل التجاري.

ه) نشر الحكم:

وقد نصت عليه المادة 48 من نفس القانون، بحيث يمكن للوالي المختص إقليميا وكذا القاضي، أن يأمر على نفقة مرتكب الفعل غير المشروع أو المحكوم عليه نهائيا بنشر قراراتها كاملة أو خلاصة منها في الصحافة الوطنية أو لصقها بأحرف بارزة في الأماكن التي يحددها².

ومن خلال كل ما سبق نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أدرك مدى خطورة المنافسة غير المشروعة سواء على الأعوان الاقتصاديين وجمهور المستهلكين أو على الاقتصاد الوطني ككل، ويتبين لنا ذلك من خلال منعه للممارسات المنافسة للممارسة المشروعة منعا

¹ - ينظر: المواد 33 و44 و46 من القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق.
² - ينظر: المادتين 47 و48 من القانون 02/04، المرجع نفسه.

باتا سواء في الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة أو القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

الفرع الثاني: دعوى التقليد.

تعتبر دعوى التقليد حماية جنائية لعناصر الملكية الصناعية، وهي الأشدّ ردعا والأكثر فعالية، والمقصود من المتابعة الجزائية في مجال الملكية الصناعية الإجراءات التي يتمكن من خلالها المتضرر من التقليد والذي أعطاه القانون حق رفع دعوى عمومية من اللجوء إلى القسم الجزائي، غير أنه لا يكفي صدور أحد تلك الأفعال المذكورة سابقا عن الغير، وإنما لا بدّ من توفر شروط معينة حتى يتمكن العون الاقتصادي المنافس من رفع دعوى التقليد وهذا ما سنبيّنه في البند الأول، أما في البند الثاني سنتطرق للإجراءات القانونية اللازم إتباعها لرفع هذه الدعوى والجزاء المترتبة عنها.

1- شروط رفع دعوى التقليد:

تعتبر دعوى التقليد أداة قانونية في يد القاضي الجزائي، إلا أنه لا يمكن رفعها أو تحريكها إلا إذا توافرت شروط معينة.

أولاً: التسجيل أو الإيداع كشرط لتحريك الدعوى.

التسجيل في التشريع الجزائري ليس منشأ للحق فحسب في الملكية الصناعية بل ومنشأ أيضا للحق في الحماية الجزائية كذلك.

فإذا ما توافر شرط التسجيل قامت الحماية الجزائية، وأصبح التعدي عليها يشكّل جريمة، بحيث يكفي مجرد التسجيل لقيام الحماية الجزائية، ولو لم يستغل هذا الحق كبراءة الاختراع، أو لم يوضع فعلا على البضائع كالعلامة¹.

¹ - ينظر: زواوي الكاهنة، المرجع السابق، ص 196.

وهذا ما نراه واضحا في النصوص القانونية التالية:

بالنسبة لبراءة الاختراع «لا تعتبر الوقائع السابقة لتسجيل طلب براءة الاختراع ماسّة بالحقوق الناجمة عن براءة الاختراع ولا تستدعي الإدانة حتى ولو كانت إدانة مدنية...»¹.

بالنسبة للعلامة «يعد جنحة تقليد لعلامة مسجلة...»².

بالنسبة للرسوم والنماذج «إن الأعمال السابقة للإيداع لا تخول أي حق في إقامة دعوى جزائية أو مدنية»³.

بالنسبة لتسمية المنشأ «لا يحق لأحد أن يستعمل تسمية منشأ مسجلة إذا لم يرخص له بذلك صاحبها...»⁴.

إلا أن المشرع الجزائري استثنى هذه القاعدة في حماية التصميمات الشكلية للدوائر المتكاملة، إذ أنها لا تتمتع بالحماية من تاريخ طلب إيداعها، بل من أول استغلال تجاري لهذا الحق وهذا ما يبيّنه نص المادة 07: «يبدأ سريان مفعول الحماية الممنوحة لتصميم شكلي بموجب هذا الأمر ابتداء من تاريخ إيداع طلب تسجيله أو من تاريخ أول استغلال تجاري له، في أي مكان في العالم...»⁵.

أي يجب على صاحب الحق أن يكون قد قام بإيداع حقه لدى الهيئة المختصة والمتمثلة في المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية INAPI، وعليه أن يحصل منها على سند يمنحه الحق الشرعي للاستغلال، وتسري الحماية القانونية ابتداء من تاريخ إيداع طلب التسجيل، إذ يختص بملكية الحق أول من أجرى إيداعه.

ثم تباشر المصالح المختصة بنقل التصريح بالإيداع إلى الدفتر، ولكل حق من حقوق الملكية الصناعية دفتره الخاص.

¹ - ينظر: المادة 56 من الأمر 07/03 المتعلق ببراءة الاختراع، المرجع السابق.

² - ينظر: المادة 26 من الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات، المرجع السابق.

³ - ينظر: المادة 25 من الأمر 86/66، المتعلق بالرسوم والنماذج، المرجع السابق.

⁴ - ينظر: المادة 21 من الأمر 65/76، المتعلق بتسميات المنشأ، المرجع السابق.

⁵ - ينظر: الأمر رقم 08/03 المتعلق بحماية التصميمات الشكلية للدوائر، المرجع السابق.

إلا أن هناك إشكالية مطروحة وهي بما أنّ التسجيل لا يكتسب حجية في مواجهة الغير إلا من تاريخ نشره، لإعلام الغير عن وجود هذا الحق، وعليه فإن كل الأفعال التي تسبق تاريخ نشر تسجيل حقوق الملكية الصناعية لا تعدّ اعتداءً عليها، وهذا ما أكده المشرع الجزائري حينما نصّ على سبيل المثال في الأمر المتعلق بالعلامات أنه: «لا تعدّ الأفعال السابقة لنشر العلامة مخلةً بالحقوق المرتبطة بها»¹، أما الفاعل اللاحقة، والتي تكون بعد تاريخ نشر تسجيل العلامة، فيمكن متابعتها، فكيف إذا أن هذه الحقوق محمية من تاريخ إيداعها؟

لم يترك المشرع الجزائري هذه النقطة، فيجب على صاحب الحق أن يقوم بتبليغ رسمي للشخص المشتبه به، وهذا بتوجيه نسخة رسمية سواء من تسجيل العلامة، أو نسخة رسمية للوصف التفصيلي للاختراع الذي قدم عند طلب البراءة².

وإذا كانت القاعدة العامة تقرّر أنّ التسجيل هو شرط أساسي لنشأة الحماية الجزائية فإن لهذه القاعدة استثناء وهو بطلان التسجيل، ويكون البطلان في حال فقد حق الملكية الصناعية شرط من شروطه كالتمييز أو شرط الجودة أو شرط المشروعية، بحيث يمكن للجهة القضائية المختصة إبطال التسجيل بأثر رجعي من تاريخ الإيداع، وذلك بطلب من الجهة المختصة، أو من الغير، عندما يتبين أنه لا ينبغي التسجيل³.

ثانياً: توافر أركان جريمة التقليد.

لا نكون أمام جريمة إلا إذا توافرت أركانها الثلاثة، والمتمثلة في الركن الشرعي والمادي والمعنوي.

¹ - ينظر: المادة 26 الفقرة 01 من الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات، المرجع السابق.

² - ينظر: المادة 57 من الأمر 07/03، المتعلق ببراءة الاختراع، المرجع السابق.

³ - ينظر: زواوي الكاهنة، المرجع السابق، ص ص 197-198.

1) الركن الشرعي:

لا يمكن معاقبة الشخص إلا بوجود نص قانوني يقرّر تلك العقوبة طبقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وهذا ما كرّسه المشرع الجزائري تطبيقاً لمبدأ الشرعية، ويعني هذا أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني، أي مصدر الصفة غير المشروعة للفعل هو نص القانون، ويقال لهذا النص "نص التجريم"، وهو في نظر القانون الجزائري يشمل قانون العقوبات والقوانين المكّلة له والقوانين الجزائية الخاصة¹.

وقد نص عليها دستور 1996 في مادته 46 بـ «لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم»².

ولا يمكن معاقبة شخص على فعل لم يجرمه القانون، أو لم يعاقب عليه، أي يجب أن يكتسب الاعتداء على حقوق الملكية الصناعية طابعاً غير شرعياً، وهذا ما أكدّه المشرع الجزائري في قانون العقوبات والقوانين الخاصة.

أ) بالنسبة لقانون العقوبات الجزائري:

في الباب الرابع من قانون العقوبات الجزائري، تحت عنوان الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية، جاءت المادة 429 حيث تنص على ما يلي: «يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 2.000 دج إلى 20.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المتعاقد:

سواء في الطبيعة أو في الصفات الجوهرية أو في التركيب، أو في نسبة المقومات اللازمة لكل هذه السلع، سواء في نوعها أو مصدرها، سواء في كمية الأشياء المسلمة أو في هويتها، في جميع الحالات فإن على مرتكب المخالفة إعادة الأرباح التي حصل عليها بدون حق».

¹ - ينظر: زواوي الكاهنة، المرجع السابق، ص 198.

² - ينظر: المادة 46 من التعديل الدستوري 1996.

ومن خلال استقراءنا لهذه المادة، نستنتج أنها جاءت بألفاظ عامة، مثلاً: "يخدع المتعاقد، الصفات الجوهرية..."، فخدام المتعاقد بواسطة تغيير قد يلحق السلعة في مواصفاتها الجوهرية قد يكون جريمة تقليد لحقوق الملكية الصناعية، أو جريمة عدم مطابقة السلعة للمواصفات المقررة، أو إخفاء البضاعة تحت مظهر خادع من شأنه غش المشتري.

ب) بالنسبة للقوانين الخاصة بالملكية الصناعية:

نصّت المادة 61 من الأمر المتعلق ببراءة الاختراع على أنه: «يعد عمل متعمد يرتكب حسب مفهوم المادة 56 جنحة تقليد...»¹.

وبالرجوع إلى نص المادة 26 من قانون العلامات، نجد أنها تنص على ما يلي: «مع مراعاة أحكام المادة 10 أعلاه، يعد جنحة تقليد لعلامة مسجلة كل عمل يمس بالحقوق الاستثنائية لعلامة قام به الغير خرقاً لحقوق صاحب العلامة»².

أما فيما يخص الأمر المتعلق بحماية التصميم الشكليه للدوائر المتكاملة فقد نصت المادة 35 منه على أنه: «يعد كل مساس بحقوق مالك إيداع تصميم شكلي كما هو محدد في المادتين 5 و6 أعلاه جنحة تقليد وتترتب عليه المسؤولية المدنية والجزائية»³.

وفي الأمر المتعلق بالرسوم والنماذج نصت المادة 23 على ما يلي: «يشكل كل مسّ بحقوق رسم أو نموذج جنحة التقليد...»⁴.

اعتبر كل استعمال مباشر أو غير مباشر لتسمية منشأ مزورة أو منظوية على الغش، أو تقليد تسمية المنشأ، عمل غير مشروع⁵.

¹ - ينظر: الأمر 07/03 المتعلق ببراءة الاختراع، المرجع السابق.

² - ينظر: الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات، المرجع السابق.

³ - ينظر: الأمر رقم 08/03، المتعلق بحماية التصميم الشكليه للدوائر، المرجع السابق.

⁴ - ينظر: الأمر 86/66، المتعلق بالرسوم والنماذج، المرجع السابق.

⁵ - ينظر: المادة 28 من الأمر 65/76، المتعلق بتسميات المنشأ.

باستقراءنا لهذه المواد نرى أنّ المشرع الجزائري تصدى لأعمال المنافسة غير المشروعة من خلال هذه القوانين لإضفاء مبدأ اللاشريعة على جريمة التقليد وهذا بالنص الصريح على تجنيح فعل التقليد.

وقد يكون هذا النص التجريمي في القوانين الداخلية، كما قد يكون في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، طالما انضمت إليها الجزائر، حيث أنّ المادة 132 من دستور 1996 تنص على أن: «المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون».

(2) الركن المادي:

هو كل عمل يمس بالحقوق الاستثنائية لحقوق الملكية الصناعية قام بها الغير سواء خرقا لحقوق صاحب العلامة (المادة 26 من قانون العلامات) أو براءة الاختراع (المادة 61 من قانون البراءة) أو تسمية المنشأ (المادة 26 من قانون تسمية المنشأ) أو الرسوم والنماذج (المادة 23 من قانون الرسوم والنماذج) أو التصاميم الشكلية (المادة 35 من قانون حماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة).

وبما أنّ القانون لا يعاقب على النوايا، أو مجرد التفكير في ارتكاب جريمة، لذلك يجب توفر الركن المادي لكل جريمة، وهو المظهر الخارجي لنشاط الجاني¹.

وتقع الجريمة حتى ولو لم يحقق المعتدي أرباحا من وراء اعتدائه على هذه الحقوق.

ولتوفر هذا الركن يجب توافر الشروط التالية²:

- أن يكون الشيء الذي تعرض للتقليد واجب الحماية بموجب القانون.
- أن يكون الحق المعتدى عليه متعلقا بملك الغير.
- أن يقع اعتداء مباشر أو غير مباشر على الحق المحمي.

¹ - ينظر: زواوي الكاهنة، المرجع السابق، ص ص 200 - 201.

² - ينظر: المرجع نفسه، ص 201.

أ) أن يكون الشيء الذي تعرض للتقليد واجب الحماية بموجب القانون: لا يكفي مجرد التسجيل حتى تتمتع حقوق الملكية الصناعية بالحماية بل يجب أن لا تنتهي هذه الحماية، فتكون قد آلت إلى الملك العام أو دخلت في إطار الإباحات والرخص العامة، سواء بانتهاء المدة القانونية المقررة، أو بإبطالها.

بحيث تمتد حماية هذه الحقوق مدة (10) عشر سنوات كاملة، تسري بأثر رجعي ابتداء من تاريخ الطلب، مع إمكانية تجديد التسجيل، ويسري هذا التجديد ابتداء من اليوم الذي يلي انقضاء التسجيل.

كما يتم إبطال الحماية للأسباب التالية:

- بالنسبة للعلامة: إذا لم يتم استعمالها مدة 03 سنوات¹، كما يمكن للجهات القضائية المختصة إبطالها بأثر رجعي، بعدما تبين أنه كان لا ينبغي تسجيلها أصلاً وهذا بطلب من المصلحة المختصة أو الغير الذي يعنيه الأمر².
- بالنسبة لبراءة الاختراع: تسقط عند عدم تسديد رسوم الإبقاء على سريان المفعول السنوية، الموافقة لتاريخ الإيداع، أو في حالة عدم استغلال البراءة لمدة سنتين³.
- بالنسبة للرسوم والنماذج: إذا لم يتم سحبها في ظرف سنة بعد انتهاء فترة الحماية (10 سنوات) تصبح ملكاً عاماً للدولة⁴، ونلاحظ هنا أن المشرع لم يتناول هذا الموضوع بالتفصيل، بما أن القانون قديم ولم يتم تعديله وفقاً للتطورات الحاصلة في السوق.
- بالنسبة لتسمية المنشأ: يشطب طلب التسجيل لتسمية المنشأ على السببين التاليين:
 - استبدال التسمية من الحماية، أي أن صاحب تسمية المنشأ المسجلة قام بتبديل اسمها إلى اسم مناف للقانون أو الآداب العامة.

¹ - ينظر: المادة 11 من الأمر 06/03، المتعلق بالعلامات، المرجع السابق.

² - ينظر: المادة 20 من الأمر 06/03، المتعلق بالعلامات، المرجع نفسه.

³ - ينظر: المادتين 54 و55 من الأمر 07/03، المتعلق ببراءة الاختراع، المرجع السابق.

⁴ - ينظر: الفقرة 02 من المادة 14 من الأمر 86/66 المتعلق بالرسوم والنماذج، المرجع السابق.

• زوال الظروف والأسباب الداعية لتسجيل التسمية، على سبيل المقال:
تسمية منشأ خاصة بمنبع مائي عذب، فنشف هذا المنبع من الماء.

- بالنسبة للتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة: يتم بطلان تصميم شكلي بموجب قرار قضائي إذا كان التصميم غير قابل للحماية، أي لم يكن أصليا وجديدا، أو لم يتم الإيداع في الوقت المحدد قانونا¹.

وبالتالي فإن كل العمليات الواقعة على حقوق الملكية الصناعية بعد انقضاء الحماية لأي سبب من الأسباب، لا يشكل اعتداء.

(ب) أن يكون الحق المعتدى عليه متعلقا بملك الغير: يشترط أن يكون الاعتداء من الغير، الذي لا حق له في استعمال هذه الحقوق، أي من طرف شخص غير مرخص له من طرف صاحب الحق نفسه باستعمال هذه الحقوق، أما إذا كان الاستعمال من طرف الورثة الشرعيين لصاحب الحق، أو من طرف شخص مرخص له سواء عن طريق العقد أو الوصية أو أي نوع من أنواع الترخيص، فهذا لا يعتبر اعتداء، أو استعمال غير مشروع.

(ج) أن يقع اعتداء مباشر أو غير مباشر على الحق المحمي: قد يكون الاعتداء مباشرا عن طريق قيام المعتدي بنقل الحق المحمي قانونا ويكون هذا التقليد بالنقل التام، أو التقليد بالتشبيه، والركن المادي للتقليد يتجسد في اصطناع حق من حقوق الملكية الصناعية مطابقا تطابقا تاما للحق الأصلي، أو صنع حق يشبه في مجموعه حقوق الملكية الصناعية الحقيقية وتعتبر عملية النقل الكلية أو الجزئية كافية لبيان وجود التقليد.

كما قد يكون الاعتداء بالاستعمال، ويكون استعمالا لحق مقلد، أو استعمالا لحق مملوك للغير، وهذا عن طريق البيع والعرض للبيع، وكذلك الإيجار أو الاستيراد والتصدير.

¹ - ينظر: المادة 26 من الأمر رقم 08/03، المتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر، المرجع السابق.

يرى بعض الباحثين أنه لا يمكن اعتبار هذه الأفعال حصرية، نظرا للطابع المتطور للحياة الاقتصادية التي قد تفرز أفعالا أخرى غير منصوص عليها تشريعا، إذ لا يجب أن تكون حصرية إذا كنا أمام دعوى مدنية ما دام الضرر ثابتا، بينما يجب أن تكون على سبيل الحصر إذا تعلق الأمر بدعوى جزائية مراعاة لمبدأ الشرعية "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"¹.

والمشرع الجزائر لا يميز بين مرتكب جنحة التقليد والمساعد في ارتكابها، والعبرة في ذلك متابعة كل من شارك بصفة مباشرة أو غير مباشرة في ارتكاب الجنحة، كما لا يميز بين بيع المنتجات وعرضها للبيع².

(3) الركن المعنوي:

إضافة إلى الركن المادي يتوجب توفر عنصر معنوي، وهو قصد الغش. ويقصد بالغش في هذا الإطار: غش المستهلك العادي بأن يخلق لديه التباسا، وعليه أن يعتقد أن السلعة التي تباع تحت اسم معين إنما هي من صنع علامة معروفة، وذلك بمعزل عن نوعية السلع أو مبدأ التخصص في مواجهة العلامات ذات الشهرة.

وعليه إذا كان العنصر المادي في المنافسة غير المشروعة، يتمثل في الوسيلة غير المشروعة أي غير المتوافقة مع الأعراف التجارية والأخلاق وحسن التعامل بين التجار، فإن العنصر المعنوي قوامه الهدف للسيطرة على السوق والاستئثار بالزبائن.

يجب توفر العنصر المعنوي في عمليات البيع أو عرض السلع والبضائع الحاملة لعلامات مغشوشة للبيع، فلا يمكن تصور قيام هذا الجرم إلا بعد توفر النية الجرمية إلى جانب الفعل المادي، خلافا لما هو عليه الأمر بالنسبة للاستعمال، فمجرد استعمال ماركة

¹- ينظر: زواوي الكاهنة، المرجع السابق، ص ص 202- 203.

²- ينظر: زواوي صالح، المرجع السابق، ص 394.

مغشوشة يقع تحت طائلة العقاب، بدون شرط توفر النية الجرمية أي علم الفاعل بأن العلامة مغشوشة¹.

2- دعوى التقليد والعقوبات المقررة لها:

إن حماية حقوق الملكية الصناعية جزائيا لا يكون إلا بعقوبات صارمة يجمع بها التقليد، وتتجسد هذه العقوبات في الدعوى القضائية التي يسلكها صاحب الحق الاستثنائي، وهنا نطرح إشكال حول ما إذا كان رفع دعوى التقليد ينحصر في صاحب الحق، أم من الممكن لأطراف أخرى رفع هذه الدعوى؟ ونتطرق في هذا البند لوسائل الإثبات التي يقدمها الضحية لإثبات وجود التقليد، ومن أهمها الحجز، ثم العقوبات الجزائية التي نص عليها المشرع الجزائري لردع وقمع جنحة التقليد.

أولاً: دعوى التقليد.

يشترط في رافع الدعوى الصفة للقيام بذلك، وعليه من هم الأشخاص المخولون لرفع دعوى التقليد؟

ترفع الدعوى من مالك الحق أو من آل له هذا الحق، وعلى هذا الأساس يحق للمتنازل له الحق في ملاحقة الأفعال السابقة لهذا العقد، غير أنه يمكن أن يحتفظ أحد الطرفين بالحق في متابعة عملية التقليد قبل وبعد عقد التنازل متى وجد شرط يقضي بذلك، وعلى المتنازل له نشر عقد التنازل حسب ما هو منصوص عليه قانونا حتى يتمتع بحق التصرف في دعوى التقليد وهذا النشر هو من أجل إعلام الغير بهذا التصرف، غير أنه إذا كان المتنازل هو المقلد فإنه لا يمكنه الاعتراض بغياب النشر على دعوى المتنازل له لأن النشر قرر لإعلام الغير².

بالنسبة للمرخص له فيجب التفريق بين الترخيص البسيط والترخيص الاستثنائي، في النوع الأول يحتفظ صاحب الحق الاحتكاري بإمكانية منح الغير رخص أخرى تمكنهم من

¹ - ينظر: نعيم مغيب، الماركات التجارية والصناعية، المرجع السابق، ص ص 189 - 190.

² - ينظر: زراوي صالح، المرجع السابق، ص 178.

استغلال نفس الحق ولا يجوز للمرخص له رفع دعوى التقليد، أما في الترخيص الاستثنائي لا يسمح للمرخص له منح إلا رخصة واحدة للغير ومن دون أن يحرم هو نفسه من استغلال هذا الحق ويجوز للمرخص له الاستثنائي متابعة الاعتداءات التابعة لعقد الترخيص المنشور في السجل المتعلق بحقوق الملكية الصناعية والتجارية.

ومن أجل الاستفادة من هذا الحق يجب أن لا يتضمن عقد الترخيص شرطا مخالفا لأن صاحب الحق قد يحتفظ لنفسه بالحق في رفع دعوى التقليد.

إن الاستفادة المرخص له بالحق في رفع دعوى التقليد تجد مصدرها في التشريع الخاص بالعلامة¹، والملاحظ أن باقي حقوق الملكية الصناعية لم تتضمن نصوصا مماثلا وعليه يثار إشكال حول ما إذا كان للمرخص له الحق في رفع دعوى التقليد على اعتبار أن له فقط حقا شخصيا في مواجهة المرخص، وليس له أي حق عيني في مواجهة الغير. في هذا المجال يؤيد جانب من الفقه إرادة المرخص له الاستثنائي بهذا الحق، بينما يرى جانب آخر من الفقه أن المرخص له لا يستطيع رفع هذه الدعوى التي تبقى من التزامات مالك الحق في مواجهته.

وفي التشريع الفرنسي يعطي قانون الرسوم والنماذج الصناعية للمرخص له الحق في رفع دعوى التقليد، وفي نفس التشريع يحق لصاحب الترخيص الجبري في براءة الاختراع رفع دعوى التقليد، لأن صاحب البراءة قد يرفض حمايته فحين تقضي مصلحته منع منافسته من استغلال هذا الحق مجانا وإن الحق الممنوح له لا يجرى المالك من حق التصرف².

وفي مجال الشركات يجب التمييز بين تقديم حق الملكية الصناعية والتجارية على سبيل الملكية وينتج عن هذه العملية نفس الآثار المترتبة عن التنازل على هذه الحقوق وفي هذه الحالة يرجع الحق في رفع دعوى التقليد إلى الشركة أما إذا قدم الحق على سبيل الانتفاع فإن ملكية الحق الاستثنائي لا تنتقل إلى الشركة وبالتالي فإن مباشرة دعوى التقليد تكون من صلاحيات صاحب الحق.

¹- ينظر: المادة 31 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات، المرجع السابق.

²- ينظر: بن دريس حليلة، المرجع السابق، ص ص 207-208.

بالنسبة لتسمية المنشأ ووفقاً للأحكام القانونية المتعلقة بها، فإنه يمكن لكل شخص ذي مصلحة مشروعة أن يطلب من القضاء إصدار الأمر بالتدابير الضرورية للكف عن الاستعمال غير المشروع لتسمية المنشأ¹. وفي هذا المجال تطرح إشكالية حول العبارة المستخدمة من قبل النص القانوني وهي عبارة "كل شخص ذي مصلحة مشروعة"، حول ما إذا كانت هذه العبارة تعطي الصفة لجمعيات المستهلكين في رفع دعوى التقليد في تسمية المنشأ باعتبار أن هذه الأخيرة تشكل للمستهلك ضماناً لنوعية وجودة المنتوجات.

فالمشرع الفرنسي في هذا المجال كان أكثر دقة من المشرع الجزائري لأنه منح الصفة للدعاء بالتقليد إلى الأشخاص المرخص لهم باستعمال تسمية المنشأ وإلى كل الهيئات المخولة بمهمة الدفاع عن هذا الحق².

ودعوى التقليد لا ترفع إلا إذا اكتمل تنفيذ الفعل وتكون الجنحة مكتملة بمجرد وقوع الاعتداء لأنه لا عقاب على المحاولة إلا بنص صريح وهذا الأخير غير موجود في قوانين الملكية الصناعية³، وعليه ترفع دعوى التقليد على كل شخص طبيعي أو معنوي وهذا الأخير أثير جدل حول مسؤوليته الجزائية باعتبار أن الجرائم هي شخصية⁴.

إلا أن هناك تطوراً فيما يخص المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية، إذ أصبح هذا الأخير مسؤولاً جزائياً عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين في كل مرة ينص فيها القانون على ذلك، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري أسوة بنظيره الفرنسي⁵.

في تطبيق العقوبات الجزائية عند إدانة الشخص المعنوي، فإنه تطبق عليه عقوبة الغرامة التي تساوي من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة وكذا حل الشخص المعنوي أو غلق المؤسسة

¹ ينظر: المادة 29 من الأمر رقم 65/76 المتعلق بتسمية المنشأ.

² -Art. L.115-17 C.Fr. consomm. et art. L.722-2 C.Fr. propr.intell., inséré par l'art. 29, loi n°2007-1544 du 29/10/2007, préc.

³ ينظر: المادة 31 من قانون العقوبات الجزائري.

⁴ ينظر: بن دريس حليلة، المرجع السابق، ص ص 208-209.

⁵ ينظر: المادة 51 مكرر من قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق.

أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، أو مصادرة الأدوات التي استعملت في ارتكاب الجريمة¹.

أما في مجال الأحكام المتعلقة بالملكية الصناعية والتجارية لم يدرج المشرع الجزائري أحكاما تقضي بإدانة الشخص المعنوي عند ارتكابه لجنحة التقليد أو تحيل إلى قانون العقوبات باستثناء الأحكام المتعلقة بالعلامة، واستنادا لمبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" فإنه لا يمكن متابعة الأشخاص المعنوية جزائيا في بقية حقوق الملكية الصناعية الأخرى وهذا عكس ما هو عليه الحال في فرنسا إذ تسمح الأحكام المتعلقة بالعلامة والرسوم والنماذج الصناعية وبراءة الاختراع بمتابعة الأشخاص المعنوية جزائياً.

في حال المساهمة الجنائية، ترفع الدعوى ضد كل واحد منهم أو البعض منهم مجتمعين أو منفردين، وهذا على حسب اختيار رافع الدعوى، ويعد متهما بجنحة التقليد كل عون من سلسلة المتدخلين في العملية الاقتصادية التي سمحت بوضع المنتج في السوق. ويتابع بجنحة التقليد كل من شارك في ارتكابها، وفي هذه الحالة² فإن المشرع الجزائري يفرق بين تسمية المنشأ وباقي حقوق الملكية الصناعية الأخرى، فالأحكام المتعلقة بتسمية المنشأ لا تميز ما بين مرتكب التقليد والمساعد على تحقيقه، وعليه لا يمكن لهذا الأخير التمسك بحسن نيته لتجنب الإدانة³، أما باقي حقوق الملكية الصناعية الأخرى فلا يوجد نص مماثل.

ثانياً: إثبات جنحة التقليد والعقوبات الجزائية المقررة لها.

بما أنّ أفعال التقليد الواقعة على حقوق الملكية الصناعية هي أفعال مادية فيجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات كالإقرار، شهادة الشهود، الوثائق التجارية، المراسلات، محاضر المعاينة التي يجريها المحضر القضائي وفقاً للقواعد العامة، إلا أن هذه الوسائل تكون غير كافية في بعض حقوق الملكية الصناعية كبراءة الاختراع والتصاميم الشكلية للدوائر

¹ - ينظر: المادة 18 من قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق.

² - ينظر: بن دريس حليلة، المرجع السابق، ص 210.

³ - ينظر: المادة 30 الفقرة (أ) من الأمر رقم 65-76 المتعلق بتسمية المنشأ، المرجع السابق.

المتكاملة، فالإثبات في هذه الحقوق يتعلق بموضوع مركب مرتبط بتقنية ليست مفهومة إلا لرجل الحرفة، كما لا يمكن التوصل إلى إيجاد العناصر المقلدة إلا من خلال عمليات وتحليلات تحتاج إلى استخدام وسائل نوعية تتجسد في حجز التقليد والخبرة.

ويقع عبء الإثبات في دعوى التقليد على رافع الدعوى تطبيقاً لمبدأ البيّنة على من ادعى، إلا أنه لا يمكن الاكتفاء بطلب تعيين خبير للبحث عن التقليد، لأن المحكمة لا تأمر بالخبرة إلا من أجل مراقبة الأدلة والقرائن التي تقدم إليها، لأن الخبرة وإن كانت كثيرة الاستعمال في حقوق الملكية الصناعية بصفة عامة، وبراءة الاختراع بصفة خاصة كون هذا الحق يتعلق بمسائل تقنية كما سبق القول وبالتالي فالقاضي لا يستطيع مراقبتها بنفسه. والأحكام المتعلقة بالخبرة في التشريع الجزائري تنظمها القواعد العامة في الإجراءات المدنية¹.

وفي تشريع الملكية الصناعية لا ينقلب عبء الإثبات على المدعى عليه إلا في حالة واحدة جاءت فيها الأحكام المتعلقة ببراءة الاختراع، والأمر يتعلق هنا ببراءة الطريقة التي هدفها الحصول على منتج دون غيرها من أنواع البراءة².

ومن خلال هذا الاستثناء الذي يخضع تقديره لقاضي الموضوع هدف المشرع الجزائري إلى إثبات جدية المدعي لتقرير وجود اعتداء من المدعى عليه³، وعلى المحكمة المعروض أمامها النزاع مراعاة مصلحة المدعى عليه في حفظ أسرار صناعته وتجارته.

إن من بين أهم وسائل الإثبات التي يلجأ إليها صاحب الحق المتضرر والذي يعتبر من الإجراءات الخاصة في الإثبات هو حجز التقليد.

أما التشريع المتعلق ببراءة الاختراع فلم تتضمن أحكامه الإشارة إلى هذا الإجراء، الأمر الذي انتقده بعض من الفقه واعتبر الأمر غير منطقي لأنه من حق صاحب البراءة اللجوء إلى حجز التقليد لأن هذا الأخير هو إجراء تحفظي يتخذه صاحب الحق قبل رفع

¹ - ينظر: بن دريس حليلة، المرجع السابق، ص 210-211.

² - ينظر: المادة 59 من الأمر 07-03 المتعلق ببراءة الاختراع.

³ - ينظر: المادة 59 الفقرتين 1 و2 من الأمر 07-03، المرجع نفسه.

دعوى التقليد من أجل إقامة الدليل على الاعتداء الذي ينصب على حقه، كما أنه ليس إجراء إجبارياً وإنما فعاليته جعلته كثير الاستعمال¹.

ويجوز لصاحب حقوق الملكية الصناعية والتجارية المسجلة أو المتنازل له في هذه الحقوق اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة، التي تتم بدائرتها عملية الحجز وهذا بتقديم طلب إلى رئيس المحكمة من أجل إصدار أمر على ذيل عريضة يقضي بالحجز، وعلى الطالب أن يحدد بدقة الأشياء التي يريد حجزها².

من أجل ضمان مبدأ الوجاهية وتأمين التعويض عن الضرر الذي يلحق المدعى عليه في حال الحجز التعسفي، نص القانون الجزائري على دفع كفالة عند طلب الحجز³، وتعد الكفالة اختيارية بالنسبة للقاضي الجزائري سواء كان المدعي جزائرياً أو أجنبياً.

تفرض الكفالة في الحالة التي يكون فيها الحجز عينياً وليس مجرد وصف وهذا بسبب الضرر الذي يلحقه الحجز العيني، وبالتالي تؤمن هذه الكفالة التعويض للمحجوز عليه إذا كان طالب الحجز تعسفياً وتقدر الكفالة بالنظر إلى الضرر الذي يمكن أن ينتج عن الحجز⁴.

وينصب الحجز في العلامة على السلع المغطاة بالعلامة المقلدة، أما في الرسوم والنماذج الصناعية والتصاميم الشكلية فإن حجز التقليد ينصب على المنتوجات المقلدة والأدوات المستعملة في صناعتها⁵.

ويباشر عملية الحجز في الحقوق الملكية الصناعية والتجارية المحضرة القضائي بمساعدة خبير عند الاقتضاء، وقبل إجراء الحجز على المحضر تسليم نسخة من الأمر وكذا الكفالة للحاجز وتبليغ المحجوز وهذا تحت طائلة بطلان الإجراءات⁶. وعلى طالب الحجز

¹ - ينظر: زراوي صالح، المرجع السابق، ص 179.

² - ينظر: بن دريس حليلة، المرجع السابق، ص ص 212-213.

³ - ينظر: المادة 34 الفقرة 03 من الأمر 06-03 المتعلق بالعلامات، والمادة 26 الفقرة 02 من الأمر 80/66 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية، والمادة 40 من الأمر 08-03 المتعلق بالتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة.

⁴ - ينظر: بن دريس حليلة، المرجع السابق، ص 214.

⁵ - ينظر: المادة 26 الفقرة 1 من الأمر 86-66 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية والمادة 39 من الأمر رقم 06-03 المتعلق بالتصاميم الشكلية.

⁶ - ينظر: المادة 26، الفقرة 03 من الأمر 86-66 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية.

التماس الطريق المدني أو الجزائي خلال 30 يوما من تاريخ تحرير محضر الحجز، أو من تاريخ إيداع الخبير لتقرير خبرته في حالة تعيينه وفي هذه الحالة تحسب مدة 30 يوما من تاريخ إيداع الخبير لتقرير خبرته وليس من تاريخ صدور الأمر بتعيينه، ويترتب على عدم احترام هذا الأجل بطلان الحجز¹.

أما عن العقوبات فإن كل دعوى جزائية تنتهي بتوقيع عقوبات على من تثبت إدانتهم، وفي دعوى التقليد تنتوع هذه العقوبات بين عقوبات تهدف إلى ردع المقلد وأخرى تهدف إلى جبر الضرر وأخرى تساهم في وقف الاعتداء مستقبلا.

أ) العقوبات الردعية:

وحدت قوانين الملكية الصناعية العقوبات الجزائية الموقعة على مرتكب جنحة التقليد هي الحبس والغرامة، إلا أنها تتفاوت في الشدة.

فتتراوح العقوبة الأصلية بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين والغرامة من مليونين وخمسمائة ألف دج (2.500.000 دج) إلى عشرة ملايين (10.000.000 دج)، هذه العقوبات تطبق على تقليد براءة الاختراع، التصاميم الشكلية والعلامة².

أما الرسوم والنماذج الصناعية فإن عقوبتها الأصلية هي الغرامة فقط وتتراوح بين خمسمائة دج (500 دج) وألف وخمسمائة دج (1500 دج)، ولا تطبق عقوبة الحبس إلا في حالة العودة في ارتكاب جنحة تقليد الرسوم والنماذج الصناعية، ويضاف إلى العقوبة الأصلية والتي هي الغرامة عقوبة الحبس من شهر إلى ستة أشهر وتضاعف هذه العقوبة عند المساس بحقوق الدولة³.

¹ - ينظر: المادة 35 من الأمر 06-03 المتعلق بالعلامات، والمادة 27 من الأمر 86-66 المتعلق بالتصاميم الشكلية.
² - ينظر: المادتين 61 و62 من الأمر رقم 07-03 المتعلق ببراءة الاختراع والمادة 36 الفقرة 1 من الأمر 08-03 المتعلق بالتصاميم الشكلية، المادة 32 الفقرة 01 من الأمر 03-03 المتعلق بالعلامات.
³ - ينظر: المادة 23 الفقرتين 2 و3 من الأمر 86-66 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية.

أما تسمية المنشأ فإن الأحكام الخاصة بها تميز ما بين مزوري التسمية والمشاركين في التزوير، تتضمن العقوبة الأولى الحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاثة سنوات وغرامة من ألفين (2.000 دج) إلى عشرين ألف دج (20.000 دج)¹.

أما العقوبة الثانية فتتراوح مدة الحبس فيها من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من ألف (1.000 دج) إلى خمسة عشر ألف دج (15.000 دج).

ويعرف التقليد حالياً انتشاراً كبيراً ومخيفاً لأنه يسبب أضراراً خطيرة للمستهلك والمؤسسات معاً، وعليه يرى بعض الفقه ضرورة إيجاد عقوبات فعّالة تسمح بردع المقلدين وذلك ما لا يتوافر في العقوبات المطبقة في تسميات المنشأ والرسوم والنماذج الصناعية والتي تحتاج إلى تدخل المشرع لتجديدها. ويجدر القول هنا أنّ المشرع الجزائري عدّل كل قوانين الملكية الصناعية مع ما يتماشى والتطورات الاقتصادية الراهنة، إلا أنه استثنى من هذا التعديل كلّ من تسمية المنشأ والرسوم والنماذج الصناعية وهذا الاستثناء لا يجد ما يبرره.

أما الأحكام المتعلقة بالبراءة والتصاميم الشكلية وكذا العلامات وتسمية المنشأ، لم تتعرض أحكامها إلى مسألة العودة في ارتكاب جنحة التقليد وبالتالي إذا ارتكب المقلد نفس الجنحة خلال السنوات الخمسة اللاحقة لانقضاء العقوبة السابقة أو سقوطها بالتقادم، فإنه يحكم عليه بالحد الأقصى المقرر قانوناً ويجوز رفع هذه العقوبة إلى الضعف متى كانت عقوبة الجنحة السابقة هي الحبس لمدة تزيد عن السنة، أما إذا كانت تقل عن سنة فإنه يعاقب بالحبس الذي لا يجوز أن تقل مدته عن ضعف المدة السابقة المحكوم عليه بها على أن لا تتجاوز مع ذلك الحد الأقصى للعقوبة المقررة².

¹ - ينظر: المادة 30 الفقرة (أ) من الأمر 65-76 المتعلق بتسمية المنشأ.

² - ينظر: المادة 56 من قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق.

ب) العقوبات التي تهدف إلى التعويض عن الضرر اللاحق بضحية التقليد:

إن التعويض عن الضرر اللاحق بضحية التقليد هو الجزاء الطبيعي في حالة ما إذا طالب به الضحية لأنه يصلح الضرر الذي لحق به وبالتالي فغالبا ما تقضي به المحاكم إلا أنه ليس إلزاميا، ففي حالة عدم وجود الضرر تتخذ المحكمة التدابير الوقائية وتعد هذه الأخيرة كافية¹.

وفي مجال قوانين الملكية الصناعية والتجارية فلا توجد أحكام تقضي بمنح التعويض وتحديد الضرر باستثناء براءة الاختراع والعلامة أين تقضي الأحكام الخاصة بهما على أن الجهة القضائية المختصة تقضي بمنح التعويضات إذا أثبت ارتكاب أعمال التقليد².

يتم تقدير التعويض وفقا للأحكام العامة في القانون المدني والمتعلقة بالمسؤولية المدنية³، ويجب أن يكون التعويض مناسبا للضرر الذي لحق بالضحية غير أن عملية تقديره تتسم بالصعوبة، وعليه فعلى المدعي وهو الذي يقع عليه عبء إثبات الضرر ومدى حجمه التماس من القضاء تعيين خبير لتقديره، ويتمتع القاضي بسلطة واسعة في هذا المجال.

وفي بعض حقوق الملكية الصناعية والتجارية يقدر التعويض بالاستناد إلى عنصرين يتم تحديد العنصر الأول في براءة الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية وفي هذه الحالة يتم التمييز ما إذا كان صاحب الحق يستغل حقه شخصيا أم لا، ففي حالة ما إذا كان صاحب الحق يستغل حقه شخصيا فإن فوات الكسب يعادل الربح الذي لم يجنيه المستفيد من الحق بسبب التقليد، وعليه فهو لا يساوي الأرباح المنجزة من طرف المقلد لأنه يؤخذ بعين الاعتبار القدرة الإنتاجية والتسويقية للضحية ومصاريف الصنع والإشهار والمصاريف العامة.

¹ - ينظر: بن دريس حلبيمة، المرجع السابق، ص 219.

² - ينظر: المادة 29 الفقرة 1 من الأمر رقم 06-03 المتعلق بالعلامات، والمادة 58 الفقرة 2 من الأمر 07-03 المتعلق ببراءة الاختراع.

³ - ينظر: المواد 124 المعدلة و131 المعدلة و182 من القانون المدني الجزائري.

ينظر في تقدير التعويض إلى ما إذا كان التقليد يشمل كافة عناصر الموضوع المحمي أو جزء منه فقط، وينظر فقط إلى إذا كان العنصر المقلد مندرجا في المجموع، وفي هذه الحالة فإنه يتم البحث ما إذا كان يشكل السبب الوحيد للشراء من قبل العملاء أم أنه مجرد عنصر ثانوي، أما إذا كان صاحب الحق لا يستغل هذا الحق أو يقوم بذلك عن طريق منح ترخيص للغير¹.

فإن إصلاح الضرر يتحقق بالقضاء على المعتدي بتسديد للمستفيد من البراءة أو الرسم أو النموذج قيمة الإيرادات التي كان عليه أدائها لهذا الأخير لو حصل على رخصة لاستغلال هذا الحق بصفة شرعية.

في مجال العلامة يقدر التعويض بالنظر إلى مدى تأثير العلامة المقلدة على حجم المبيعات، وبعد ذلك يتم تحديد الربح الذي خسره مالك الحق، ويستند في هذا المجال إلى عدة عوامل منها حجم التقليد، شهرة العلامة، طبيعة المنتوجات المباعة تحت العلامة الأصلية والمقلدة. أما العنصر الثاني من التعويض فيتضمن الخسارة الناتجة عن الاعتداء على حق الملكية وفي هذا المجال يجب إثبات الضرر الناتج عن فوات الربح، ويعتبر أن هناك خسارة عندما يمنع التقليد صاحب الحق من إبرام ترخيص أو التنازل عن حقه.

(ج) العقوبات التي تهدف إلى الوقاية:

علاوة على العقوبات الردعية يجوز للقاضي اتخاذ جملة من التدابير الوقائية كالغرامة التهديدية والمصادرة وإتلاف الأشياء المقلدة وإعلان الحكم، وتلعب هذه التدابير دورا إيجابيا من الناحية العملية بحيث أنها تثير انتباه الجمهور حول الأفعال التي ارتكبتها المحكوم عليه.

(د) الغرامة التهديدية:

الغاية من هذه العقوبة هو تأمين تنفيذ الحكم الذي يقضي بمنع المقلد من مواصلة استغلال الحق الاستثنائي، إذ يصبح هذا الأخير ملزما بدفع مبلغ من المال عن التأخير في

¹ - ينظر: بن دريس حليلة، المرجع السابق، ص 220.

تنفيذ الحكم، وهذه العقوبة المالية لها طابع تهديدي بحيث لا يجوز تنفيذها إلا بعد تصفيتها وهي بذلك تختلف عن التعويض¹.

(هـ) المصادرة:

تجمع المصادرة بين خصائص العقوبة وإصلاح الضرر وتتخذ في الرسوم والنماذج الصناعية طابعا تعويضا، إذ أن مصادرة الأشياء المقلدة تتحقق لفائدة صاحب الحق²، مع عدم الإخلال بالتعويضات للطرف المضرورة، إلا أنه وفي هذه الحالة يجب أخذ المصادرة بعين الاعتبار في حساب التعويض لأن هذا الأخير يجب أن لا يتجاوز حجم الضرر المرتكب³.

إن الحكم بالمصادرة يعد أمرا وجوبيا بالنسبة للرسوم والنماذج الصناعية وكذا التصاميم الشكلية⁴، لأن الأحكام المتعلقة بهما تتضمن عبارة "يمكن أو يجوز" وبالتالي فإن أمر تقريرها يدخل في اختصاص السلطة التقديرية للقاضي، بينما الأمر يختلف في العلامة وكذا حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، إذ يعتبر القضاء بها أمرا إجباريا بينما لم تتضمن الأحكام المتعلقة ببراءة الاختراع أو تسمية المنشأ الإشارة إلى هذه العقوبة.

وتعتبر المصادرة تدبيراً وقائياً وسبب ذلك أنها ترمي إلى منع استمرار التقليد والعودة إليه، وهذا بتصفية مخزون البضائع المقلدة والوسائل المستخدمة في ارتكاب الجريمة، وتنصب المصادرة على كل الأشياء التي يحوزها المقلد سواء الموضوع المقلد أو الأدوات التي استعملت في التقليد، تطبق هذه القاعدة على كافة حقوق الملكية الصناعية باستثناء التصاميم الشكلية من حقوق الملكية الصناعية التي تقضي أحكامها بمصادرة الأدوات المقلدة فقط⁵.

¹ - ينظر: بن دريس حليلة، المرجع السابق، ص 221.

² - ينظر: المادة 24 الفقرة 2 من الأمر 86/66 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية.

³ - ينظر: بن دريس حليلة، المرجع السابق، ص 222.

⁴ - ينظر: المادة 24 الفقرة 2 من الأمر المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية، والمادة 37 من الأمر رقم 08-03 المتعلق بالتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة.

⁵ - ينظر: المادة 29 الفقرة 2 من الأمر رقم 06-03 المتعلق بالعلامة، والمادة 37 من الأمر رقم 08-03 المتعلق بالتصاميم الشكلية.

(و) الإلتلاف:

يهدف الإلتلاف إلى منع استمرار التقليد وإخفاء آثاره ويطبق الحكم بالإلتلاف في التصاميم الشكلية ويعتبر الأمر جوازياً للقاضي لاستخدام عبارة "يمكن" في النص القانوني، وعلى عكس ذلك يعتبر الإلتلاف إلزامياً في العلامة¹. ينصب الإلتلاف في التصاميم الشكلية على المنتوجات محل الجريمة²، أما في العلامة فينصب الإلتلاف على الأدوات المستعملة لارتكاب الجريمة وإتلاف العلامة المقلدة، كما أن هذه العملية قد تمتد إلى المنتوج المعطى بالعلامة إذا كان متصلاً بها.

(ز) إعلان الحكم:

إضافة إلى العقوبات السابقة لجنحة التقليد يجوز للمحكمة بناء على طلب المدعي أن تأمر بنشر الحكم بالإدانة كاملاً أو مجزأً في الصحف التي تعينها وتعليقه في الأماكن التي تحددها مع وضع مصاريف النشر والتعليق على نفقة المحكوم عليه³. إن إعلان الحكم يعتبر جوازياً في التشريع المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية، وتسمية المنشأ والتصاميم الشكلية، لأن النص المتعلق بهذه الحقوق يستعمل صيغة "يجوز أو يمكن" ولا يمكن أن تأمر المحكمة بنشر الحكم وتعليقه في أماكن معينة ما لم ينص عليه القانون، وعليه فإن هذه العقوبة غير مطبقة على جنحة تقليد العلامة وبراءة الاختراع.

¹ - ينظر: المادة 37 من الأمر رقم 08-03 المتعلق بالتصاميم الشكلية، والمادة 32 الفقرة 4 من الأمر 06-03 المتعلق بالعلامة.

² - ينظر: المادة 37 من الأمر 08-03 المتعلق بالتصاميم الشكلية.

³ - ينظر: المادة 24 الفقرة 10 من الأمر 86-66 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية، والمادة 30 الفقرة 2 من الأمر 76-65 المتعلق بتسمية المنشأ والمادة 36 الفقرة 2 من الأمر 08-03 المتعلق بالتصاميم الشكلية.

الفصل الثاني: التحكيم التجاري الدولي كضمان للاستثمار في الجزائر.

يعد التحكيم التجاري الدولي من أهم الضمانات المقدمة للمستثمرين الوطنيين والأجانب على حد سواء، ويهدف هذا الضمان إلى إعطاء المستثمرين حماية قانونية إضافية تكفل لهم الحق في تجنب اللجوء إلى القضاء الوطني متى صار نزاعا بخصوص استثماراتهم، وهذا عن طريق دعوى تحكيمية تنطرق فيما يلي إلى إجراءاتها وطرق تنفيذها.

المبحث الأول: إجراءات دعوى التحكيم التجاري الدولي.

السير في إجراءات التحكيم يعني بدء الإجراءات الخاصة بعملية التحكيم منذ طلب التحكيم إلى غاية إصدار القرار، وهذا يعني أيضا قيام المحكمين بالممارسة الفعلية للمهمة التي تم اختيارهم لإنجازها، وهذا يقتضي دعوة الخصوم لإبداء ادعاءاتهم ودفوعهم وتقديم مستندات وأدلة ثبوتية. ومن الضروري التأكد من أن المحكمين المختصين للنظر في النزاع يجب أن يكون من المواضيع التي يمكن حسمها بالتحكيم.

ولا بد لنا عند البحث في الإجراءات الخاصة بالمباشرة بالتحكيم وسيرها أن نتعرف على هذه الإجراءات في حالة التحكيم الخاص وفي حالة التحكيم المنظم¹.

المطلب الأول: أنواع التحكيم التجاري الدولي وإجراءاته.

تتمثل أنواع التحكيم التجاري الدولي في التحكيم الحر أو الخاص والتحكيم المؤسسي، وبعدها هذين النوعان من أهم أنواع التحكيم التجاري الدولي.

الفرع الأول: التحكيم الحر أو الخاص وإجراءاته.

عند إتباع التحكيم الخاص ad-hoc-arbitration كقاعدة عامة لا يلزم المحكم بإتباع إجراءات معينة إلا إذا اتفق الطرفان على إتباع قواعد إجرائية أو قانون إجراءات معين، وتنص بعض القوانين على وجوب إتباع المحكمين لقواعد الإجراءات الموجودة في قانون

¹ - فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997، ص259.

المرافعات ما لم ينص الأطراف صراحة على غير ذلك. ويكون المحكم المفوض بالصلح مقيد بقواعد الإجراءات في المرافعات إلا بالقدر الذي يتعلق بقواعد النظام العام.

وهذا ما نجده في نص المادة 265 من قانون المرافعات المدنية العراقي حيث جاء فيها ما يلي:

- 1- يجب على المحكمين إتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات إلا إذا تضمن الاتفاق على التحكيم أو أيّ اتفاق لاحق عليه إعفاء المحكمين منها صراحة أو وضع إجراءات معينة يسير عليها المحكمون.
- 2- إذا كان المحكمون مفوضين بالصلح يعفون من التقيد بإجراءات المرافعات وقواعد القانون إلا ما تعلق منها بالنظام العام.

والبدء بإجراءات التحكيم يتحقق عند إشعار طالب التحكيم الطرف الآخر برغبته في حسم النزاع بالتحكيم واتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك. وبعد تعيين المحكم أو المحكمين يقدم طالب التحكيم طلباته مع نسخة من اتفاق التحكيم والعقد الأصلي وأية وثائق أو سندات تدعم ادعاءاته إلى المحكم أن يخبر المدعى عليه المطلوب التحكيم ضده بما جاء في طلب المدعي ويقوم المحكم كذلك بتحديد مدة على المدعى عليه أن يجيب خلالها على طلبات المدعي أي أن يبدي دفاعه¹.

وللمحكم أن يستدعي أطراف النزاع للمرافعة الشفوية أو لتقديم وثائق إضافية وقد يطلب أحد الخصوم إجراء المرافعة لسماعه وسماع الطرف الآخر وسماع شهادة الشهود ومناقشتهم، والاستماع أيضا إلى رأي الخبراء إذا استدعى الأمر ذلك.

أما عن اللغة التي تجري فيها المرافعة وتدون فيها المذكرات واللوائح أو تترجم إليها الوثائق فقد يكون الطرفان قد اتفقا على استعمال لغة معينة، وفي حالة عدم اتفاقهما يحدد الحكم اللغة التي تجري فيها المرافعة، وعند الاقتضاء يطلب مترجما لترجمة أقوال الطرفين أو الشهود أو الخبراء.

¹ - فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 260.

وقد يكتفي المحكم بتبادل المذكرات واللوائح مع الوثائق الخاصة بالأدلة الثبوتية وبعد ذلك يتخذ القرار النهائي الخاص بالتحكيم.

ومن أجل التعرف على ما يجري على صعيد التعامل الدولي في التحكيم الخاص بالمسائل التجاري نرى من المفيد أن نسير على هدى قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة القانون التجاري الدولي (الأونسترال) وهي تعالج إجراءات التحكيم الخاص.

ومن مضمون النصوص التي وردت في القواعد المذكورة يمكننا تتبع خطوات إجراءات التحكيم الخاص في التحكيم التجاري الدولي وهي كالآتي:

على طالب التحكيم (المدعي) أن يرسل إخطارا إلى المدعى عليه (المطلوب التحكيم ضده) وعند تسلم هذا الأخير للإخطار تعتبر إجراءات التحكيم قد بدأت، وقد سمت القواعد المذكورة هذا الإخطار بإخطار التحكيم وهو يتضمن ما يلي:

- 1- الطلب بإحالة النزاع إلى التحكيم¹.
- 2- أسماء أطراف النزاع وعناوينهم.
- 3- الإشارة إلى شرط التحكيم واتفق التحكيم الذي تم بين الطرفين.
- 4- الإشارة إلى العقد الأصلي الذي نشأ عنه النزاع.
- 5- نبذة عامة عن طبيعة النزاع والمبلغ الذي وقع عليه النزاع.
- 6- موضوع الطلب، أي موضوع النزاع.

في حالة عدم الاتفاق المسبق بين الطرفين على عدد المحكمين، بيان العدد الذي يقترح المدعي تعيينه، ويجوز إخطار التحكيم اقتراحا باسم شخص واحد ليكون المحكم الوحيد، أو اقتراح عدة أسماء يمكن اختيار المحكم من بينهم أو أن يتضمن الإخطار اقتراحا باسم مؤسسة واحدة أو أسماء عدة مؤسسات أو شخص واحد أو أسماء عدة أشخاص يمكن اختيار سلطة التعيين من بينهم وذلك إذا لم يكن الطرفان قد سبقا أن اتفقا على تسمية سلطة التعيين.

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 261.

7- اسم الحكم الذي اختاره المدعي في حالة الاتفاق المسبق على إجراء التحكيم من قبل ثلاثة محكمين.

في حالة موافقة الطرف الآخر (المدعى عليه) وتعيين المحكم الثاني من قبله أو في حالة موافقته على المحكم الوحيد أو في حالة موافقته على سلطة التعيين، فهذا يعني أن المدعى عليه قد وافق على السير بإجراءات التحكيم.

وهناك قوانين تشترط تعيين أسماء المحكمين في شروط التحكيم أي أن تعيين المحكمين يكون باتفاق الطرفين مسبقاً¹ وقبل أن ينشأ النزاع، مثال ذلك ما جاء في المادة 262 من قانون المرافعات التونسي بقولها: «يجب تعيين موضوع النزاع في اشتراط التحكيم مع بيان أسماء المحكمين صراحة أو دلالة وإلا كان التحكيم باطلا»، وكذلك نص المادة 502 من القانون المصري، حيث جاء في الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة قولها: «ومع مراعاة ما تقتضي به القوانين الخاصة يجب تعيين أشخاص المحكمين في الاتفاق على التحكيم أو في اتفاق مستقبل»، وقد فسرت محكمة النقض المصرية أن تعيين أسماء المحكمين مسبقاً في اتفاق التحكيم ينحصر في مسائل التحكيم الداخلي وليس في التحكيم الدولي.

فإذا كان المحكم الوحيد عليه أن يبدأ بإجراء التحكيم، أما إذا كان عدد المحكمين ثلاثة فعلى الاثنين الذين تم اختيارهما من قبل الطرفين الاجتماع لاختيار المحكم الثالث (محكم رئيسي)، ويتم اختياره من قبل المحكمة في حالة عدم اتفاق المحكمين الاثنين بموجب ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة السابعة من قواعد الأونسترال عند تطبيق تلك القواعد.

وبعد اكتمال عدد المحكمين، فإنّ أول عمل يقوم به هؤلاء هو دراسة القضية وتنظيم ملف لها، وتنص بعض قواعد المؤسسات التحكيمية صراحة على تنظيم الملف المذكور والذي يجب أن يتضمن معلومات كافية عن القضية المعروضة على المحكمين ومن ضمنها أسماء وعناوين أطراف النزاع وموضوع النزاع ونسخ من العقد الأصلي واتفاق التحكيم وأية معلومات أخرى وكلما وردت لوائح أو مذكرات من قبل الطرفين المتنازعين تضاف

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 262.

تلك الوثائق إلى الملف، ولنتابع الخطوات الإجرائية التي جاءت في قواعد الأونسترال فبعد تعيين المحكمين يطلب هؤلاء من المدعي تقديم بيان بالدعوى وعليه أن يرسل نسخة من البيان المذكور إلى المدعى عليه، يشتمل بيان الدعوى على المعلومات التي سبق أن ذكرناها في إخطار التحكيم ويضاف إليها نسخة من العقد الأصلي الموقع بين الطرفين ونسخة من اتفاق التحكيم، وللمدعي أن يرفق مع بيان الدعوى جميع الوثائق التي لها صلة بدعواه وله أن يشير إلى أدلة الإثبات التي يعترزم تقديمها¹.

يرسل بيان الدعوى المذكور خلال المدة التي يحددها المحكمون، وعلى المدعى عليه أن يرد على البيان المذكور خلال مدة معينة والرد يكون ببيان ويسمى هذا بيان الدفاع، ويجوز للمدعى عليه أن يرفق مع البيان المذكور الوثائق التي يستند إليها في دفاعه أو أن يشير إلى أدلة الإثبات التي يعترزم تقديمها.

ويلاحظ أن لكل واحد من الطرفين أن يعدل خلال إجراءات التحكيم من طلباته أو أوجه دفاعه أو استكمالها على أن لا يكون خارج اتفاق التحكيم، أي خارج نطاق الموضوع الذي تم الاتفاق على حله بالتحكيم (المادة 20 من قواعد الأونسترال)، بعد هذا يقوم المحكمون بالنظر في شرط التحكيم أو في المشاركة وفي إمكانية حل النزاع بالتحكيم وفقا للمادة 21 من قواعد الأونسترال. كما سبق أن ذكرنا أن هيئة التحكيم تنظر في اختصاصها، أي في حالة الدفع بعدم اختصاصها بسبب عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلان هذا الاتفاق فإنها هي التي تقرر صحة الاتفاق ووجوده وبالتالي هل لها سلطة النظر في النزاع أم لا؟ فإذا كان اتفاق التحكيم (شرط أو المشاركة) صحيحا عندئذ تتولى هيئة التحكيم مهمتها وتستمر في إجراءات التحكيم لحين إصدار الحكم.

كذلك يجب أن يكون موضوع النزاع من الأمور التي يجوز حلها بالتحكيم ونرى أن الهيئة عليها أن تتأكد من ذلك وإلا فإن قرارها سوف لا يجد له طريقا للتنفيذ².

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 263.

² - المرجع نفسه، ص 264.

فإذا تبين أنّ الاتفاق غير موجود أو كان باطلاً، وأن موضوع النزاع لا يمكن حلّه بالتحكيم فعندئذ تبلغ هيئة التحكيم المدعي بعدم إمكانية إجراء التحكيم وتبيّن له أسباب ذلك، أما عن عقد جلسات المرافعة فيجوز لكل من الطرفين أن يطلب من هيئة التحكيم وفي أية مرحلة من مراحل الإجراءات عقد الجلسات لسماع شهادة الشهود بما في ذلك سماع آراء الخبراء وإجراء المرافعة الشفوية لسماع الطرفين، فإذا لم يتقدم أي من الطرفين بمثل هذا الطلب، فإن هيئة التحكيم أو المحكم يقرر ما إذا كان من المناسب عقد جلسات المرافعة أو السير في الإجراءات على أساس الوثائق والمستندات المقدمة من الطرفين، كما لهيئة التحكيم أن تطلب من الطرفين أثناء الإجراءات تقديم وثائق أو مستندات أخرى لزيادة معلوماتها عن النزاع أو تأييد الادعاءات والدفع وتحدد لكل واحد من الأطراف مدة معينة لتقديم الوثائق المطلوبة.

وقد بيّنت المادة 25 من قواعد الأونسترال الإجراءات التي تتخذ في حالة المرافعة الشفوية وتتلخص كما يلي:

تبلغ هيئة التحكيم الطرفين قبل جلسة المرافعة بوقت كافي بتاريخ انعقاد الجلسة وموعدها ومكانها، وإذا أراد أحد الأطراف تقديم الشهود للإدلاء بشهاداتهم في الجلسة المذكورة، عليه أن يقوم بإبلاغ هيئة التحكيم والطرف الآخر في النزاع قبل انعقاد جلسة الشهادة بخمسة عشر يوماً على الأقل بأسماء الشهود الذين يعتزم تقديمهم وعناوينهم والمسائل التي سيدلون فيها بشهاداتهم واللغات التي يستخدمونها في شهادتهم، وتقوم هيئة التحكيم باتخاذ ما يلزم من ترتيبات لترجمة البيانات الشفوية التي تقدم في الجلسة، وللهيئة أن تعمل على إعداد محضر للجلسة وللطرفين أن يطلبوا من هيئة التحكيم اتخاذ الترتيبات اللازمة للترجمة أو لعمل المحضر.

ويظهر من هذا أن عمل المحضر لجلسة المرافعة غير ملزم للمحكمين، ولكن من الأفضل أن تقوم هيئة التحكيم بإعداده وإن لم يقدم طرفا النزاع طلباً لذلك¹.

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 265.

وقد نصت المادة المذكورة من قواعد الأونسترال على أن جلسات المرافعة الشفوية وسماع الشهود مغلقة أي سرية إلا إذا طلب الطرفان أن تكون الجلسات علنية وللهيئة تحديد الطريقة التي يتم فيها استجواب الشهود، كما يجوز تقديم الشهادات في بيانات مكتوبة تحمل توقيعاتهم.

ويجوز أن يتولى كل طرف من أطراف النزاع الإدلاء بأقواله بنفسه أو أن يوكل عنه أحد المحامين.

أما عن اللغة التي تستخدم في الإجراءات فقد أشارت إليها المادة 17 من قواعد الأونسترال، حيث تركت لهيئة التحكيم تعيين اللغة أو اللغات التي تتم فيها إجراءات التحكيم ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على استعمال لغة معينة واللغة المذكورة تطبق في جميع البيانات المكتوبة، فإذا كانت الوثائق والمستندات مكتوبة بغير اللغة المذكورة فللهيئة أن تطلب ترجمتها إلى اللغة التي يتفق عليها الطرفان أو اللغة التي عينتها الهيئة أو المحكم.

وقد عالجت المادة 28 من قواعد الأونسترال حالة تخلف أحد أطراف النزاع عن تقديم البيانات المطلوبة أو عن حضور جلسات المرافعة.

فبالنسبة للمدعي إذا لم يقدم بيان الدعوى خلال المدة التي حددتها هيئة التحكيم دون عذر مقبول من قبل الهيئة، ففي هذه الحالة عليها أن تنتهي إجراءات التحكيم أي أن تغلق الموضوع وتصدر أمر بذلك، ذلك لأنّ تخلف المدعي عن تقديم بيان دعواه الذي يتضمن طلباته وما لديه من أدلة ومستندات يدل على تركه طلب التحكيم ورجوعه عن ذلك.

أما إذا تخلف المدعي عليه عن تقديم بيان دفاعه دون عذر مقبول خلال المدة التي حددتها له هيئة التحكيم فعلى الهيئة أن تصدر أمر باستمرار إجراءات التحكيم رغم تخلف المدعي عليه.

ومن حالات التخلف أيضا تخلف أحد طرفي النزاع عن حضور إحدى جلسات المرافعات الشفوية ولم ينبب عنه شخص آخر للحضور بدلا منه وكان ذلك دون عذر مقبول فيجوز في هذه الحالة أن تقرر الهيئة الاستمرار في إجراءات التحكيم¹.

كذلك الحال عند طلب أحد أطراف النزاع تقديم وثائق للإثبات وتخلف الطرف الآخر عن تقديمها دون عذر مقبول يجوز عندئذ للهيئة الاستمرار في التحكيم وإصدار قرار التحكيم بناء على الأدلة المتوفرة لديها.

أما عن إنهاء المرافعة فتكون بعد انتهاء الطرفين من تقديم ما لديهم من ادعاءات ودفع أدلة الإثبات، وللهيئة قبل إقفال باب المرافعة أن تستفسر من الطرفين عما إذا كان لديهما أدلة أخرى أو شهود آخرين فإذا كان الجواب بالنفي عندئذ للهيئة أن تعلن إنهاء المرافعة. ولكن لها أن تقر فيما بعد إعادة فتح باب المرافعة إذا رأت أن هناك ظروفًا تستدعي ذلك، أو أن أحد طرفي النزاع طلب ذلك.

هذه إجراءات التحكيم التي تتبع عادة في التحكيم الخاص Ad-hoc منذ بدء إقفال باب المرافعة وقد عرضناها على سبيل المثال واستندنا فيها على ما جاء في قواعد الأونسترال، ويجب ألا ننسى أن الإجراءات المذكورة قد تختلف بعض الشيء من حالة إلى أخرى، وفيما إذا كان الطرفان قد اتفقا على تطبيق قواعد إجراءات معينة أو ترك الموضوع للمحكمين، وهذا ما هو متبع في التحكيم على الصعيد الدولي، أما في التحكيم الداخلي فأغلبية القوانين الوطنية تنص على وجوب إتباع نفس الإجراءات المتبعة في المحاكم المدنية ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، إلا في حالة التفويض بالصلح فإن المحكمين لا يتقيدون بإجراءات معينة².

أما بخصوص الإجراءات المتبعة في حالة التحكيم المنظم (المؤسسي) فإنها أكثر وضوحا وتحديدا منه في التحكيم الخاص، ذلك لأن أطراف النزاع عند اختيارهم لإحدى المؤسسات التحكيمية لكي يتم عن طريقها إجراء التحكيم إنما يختارون ضمنا القواعد

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 266.

² - المرجع نفسه، ص 267.

التحكيمية الخاصة بتلك المؤسسة أو المتبعة من قبلها، ومن النادر جدا إن لم يكن معدوماً أن نجد حالة يختار فيها الطرفان مؤسسة تحكيمية ويختاران قواعد تحكيمية أخرى غير تلك التي تعود إلى المؤسسة المذكورة، فعندما يقال مثال أن حل النزاع يكون بواسطة الغرفة التجارية الدولية فهذا يعني ضمناً أن التحكيم سيجري وفقاً لقواعد الغرفة المذكورة، وهذا ما نجده في شروط أو اتفاقات التحكيم.

وكما سبق أن ذكرنا هناك مؤسسات تحكيمية عديدة في العالم متخصصة في التحكيم الدولي، وبعض هذه المؤسسات لها قواعد للتحكيم خاصة بها، وهناك مؤسسات أخرى ليس لها مثل تلك القواعد وإنما تبنت قواعد تحكيمية معروفة تطبقها في إجراءات التحكيم. فمثلاً المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القاهرة يطبق في إجراءات التحكيم الذي يجري بواسطته قواعد (الأونسترال) وكذلك الحال بالنسبة لمركز التحكيم التجاري الإقليمي في كوالالمبور، أما الغرفة التجارية الدولية في باريس فلها قواعدها الخاصة بالتحكيم وكذلك الحل بالنسبة لجمعية التحكيم الأمريكية ومحكمة التحكيم الدولي في لندن وغرفة التجارة بستوكهولم وكذلك مركز التحكيم التابع للغرفة الاتحادية الاقتصادية في فيينا، ونحس بالذكر أيضاً القواعد الخاصة بالتحكيم في النظام العربي الأوروبي الذي وضعتة الغرفة التجارية العربية الأوروبية. ويلاحظ أن بعض هذه المؤسسات بالإضافة إلى قواعدها الخاصة يمكن أن تتخذ الإجراءات التحكيمية بموجب قواعد أخرى إذا رغب الطرفان في ذلك¹. كذلك فإن أغلبها يمكن أن يقدم خدماته لهيئات التحكيم مثل هيئة غرفة للاجتماعات ومستلزمات السكرتارية لقاء أجر معين، ودون أن يكون لتلك المؤسسات في عملية التحكيم أو المحكمين أي رأي أو تدخل منها.

ولمعرفة كيفية سير إجراءات التحكيم في التحكيم المنظم، نأخذ على سبيل المثال قواعد الغرفة التجارية الدولية وتتبع خطوات الإجراءات وفقاً لتلك القواعد المعدلة حديثاً والتي أصبحت نافذة المفعول منذ 1988/01/01 وهي كما يلي:

¹ - فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 268.

1- طلب التحكيم:

على الطرف الذي يرغب بتحريك إجراءات التحكيم سواء أكان شخصا طبيعيا أم شخصا معنويا أن يتقدم بطلب كتابي يرسل مباشرة بواسطة اللجنة الوطنية للغرفة التجارية في بلد طالب التحكيم، إلى السكرتارية العامة لمحكمة التحكيم Cour d'arbitrage التابعة للغرفة المذكورة، ويعتبر التاريخ الذي تتلقى فيه السكرتارية الطلب هو تاريخ بدء إجراءات التحكيم. على أن يتضمن طلب التحكيم الأمور التالية¹:

- اسم وعناوين ومهنة كل طرف من أطراف النزاع، وأرقام التلفونات والفاكس إن وجدت.
- الأساس القانوني للنزاع مع شرح لطلبات المدعي (طالب التحكيم).
- جميع المعلومات الخاصة بعدد المحكمين وكيفية اختيارهم طبقا لما جاء في المادة الثانية من قواعد الغرفة.
- ترفق مع الطلب النسخ والوثائق الخاصة بالقضية (كالعقد الأصلي واتفاق التحكيم) وأية وثائق أخرى تضيء معلومات عن ظروف النزاع المراد حسمه بالتحكيم.
- ومن الضروري أن ترفق مع الطلب ثلاث نسخ من كل وثيقة أو مستند إذا كان عدد المحكمين واحدا، وخمس نسخ إذا كان عدد المحكمين المراد تعيينهم ثلاثة.
- ومن الضروري إرسال مبلغ ألفين دولار أمريكي مع الطلب كجزء من النفقات الإدارية وينزل المبلغ فيما بعد من مجموع مصاريف التحكيم، ولا يمكن النظر بطلب التحكيم ما لم يرسل معه المبلغ المذكور.

2- إبلاغ المدعى عليه بالطلب:

تقوم سكرتارية محكمة التحكيم بعد تسلمها الطلب بإبلاغ المدعى عليه (المطلوب التحكيم ضده) وذلك بإرسال نسخة من طلب التحكيم مع نسخ من الوثائق والمستندات وتطلب

¹ - فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 269.

منه الإجابة خلال ثلاثين يوماً من تسلّم الإشعار. ويجب أن يوضح في إجابته موقفه من المقترح الخاص بعدد المحكمين وكيفية اختيارهم، وإذا قرر المدعى عليه اختيار أحد المحكمين عليه أن يذكر اسم وعنوان ذلك المحكم¹.

كما تتضمن إجابة المدعى عليه دفاعه ويرفق مع ذلك الوثائق والمستندات المؤيدة وفي حالات استثنائية للمدعى عليه أن يطلب من السكرتارية مدة إضافية لتهيئة وسائل دفاعه وتقديم مستندات. في هذه الحالة - أي حالة طلبه المدة الإضافية- على المدعى عليه أن يبيّن رأيه حول عدد المحكمين وكيفية اختيارهم وله أن يبلغ السكرتارية باسم المحكم الثاني الذي اختاره.

أما في حالة عدم إجابة المدعى عليه بانتهاء المدة المحددة لذلك تحليل السكرتارية ملف القضية إلى محكم التحكيم لكي تتخذ اللازم للسير في إجراءات خاصة بالتحكيم.

ويلاحظ أن المدعى عليه عندما يتسلم طلب التحكيم يستطيع أن يقدم طلباً مقابل *Demande reconventionnelle* وهذا ما يقابل الدعوى الحادثة المتقابلة في قانون المرافعات، ويرسل المدعى عليه الطلب المذكور إلى سكرتارية محكمة التحكيم مع دفع الرسم وقدره ألفين دولار أمريكي، في هذه الحالة تقوم السكرتارية بإبلاغ المدعي بالطلب المقابل وعليه أن يجيب خلال ثلاثين يوماً من إبلاغه.

3- تبادل المذكرات والوثائق:

جميع المذكرات والوثائق المكتوبة والمقدمة من أحد أطراف النزاع، وجميع الوثائق المرفقة معها، يجب أن تقدم للأطراف بالإضافة إلى نسخة منها تعطى إلى المحكم ونسخة أخرى تبقى لدى سكرتارية محكمة التحكيم².

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 270.

² - المرجع نفسه، ص 271.

وتعتبر جميع التبليغات المرسلة من السكرتارية أو من المحكم قد تمت بصورة صحيحة إذا كانت قد سلمت مقابل وصل وأرسلت بالبريد المسجل إلى عنوان الطرف المرسل إليه. ويعتبر الاستلام قد تم إذا تسلمها الطرف المراد إبلاغه أو إذا تسلمها من يمثله.

4- حالة عدم وجود اتفاق التحكيم:

حالة عدم وجود اتفاق للتحكيم، أو إذا وجد مثل هذا الاتفاق ولكنه لا يشير إلى أن غرفة التجارة الدولية هي التي تتولى تنظيم التحكيم، أرسل طلب المدعي إلى المدعى عليه فامتنع عن الإجابة عليه خلال المدة المحددة، عندئذ تقوم سكرتارية محكمة التحكيم بإبلاغ المدعي على أن التحكيم لا يمكن إجراءه.

هذه الحالة هي حالة قيام أحد أطراف النزاع بالطلب من غرفة التجارة الدولية أن تحسم النزاع بالتحكيم رغم عدم وجود اتفاق على حسم المنازعات بينه وبين الطرف الآخر بالتحكيم، فإذا امتنع المدعى عليه عن الإجابة على الطلب أو رفض إجراء التحكيم فعندئذ لا يبقى مجالاً للسير في الإجراءات ويعتبر الأمر منتهياً.

إذا ما أجاب المدعى عليه بالإيجاب ولم يعترض على إجراء التحكيم بواسطة الغرفة ففي هذه الحالة يعتبر أنه قد قبل ضمناً بأن يحسم النزاع بالتحكيم ويمكن عندئذ أن تسير الغرفة في الإجراءات وفقاً لقواعدها.

كذلك الأمر في حالة وجود الاتفاق للتحكيم بين الطرفين ولكن لم ينص في الاتفاق على إجراء التحكيم بواسطة الغرفة التجارية الدولية وأجاب الطرف الآخر على طلب التحكيم ولم يعترض على اختصاص الغرفة التجارية الدولية فعندئذ يمكن للغرفة أن تسير بإجراءات التحكيم وفقاً لقواعدها (المادة 7 من قواعد الغرفة)، ويلاحظ أن الملحق الثاني للنظام الداخلي الخاص بمحكمة التحكيم التابعة للغرفة يشير إلى أنه في حالة عدم وجود اتفاق للتحكيم بين الأطراف أو في حالة وجود اتفاق على ذلك ولكن لا ينص على إجراء التحكيم بواسطة الغرفة التجارية الدولية فعلى السكرتارية العامة للمحكمة أن تنبه المدعي إلى نص المادة السابعة من قواعد التحكيم، وللمدعي أن يطلب من المحكمة اتخاذ قرار من قبلها وهذا القرار

له طبةة إءارفة ءقرر المءكمة بموءبه ما إذا كان من الممكن إجراء ءءكمف؁ ففف هءه الحالة فمكن لكل طرف اللوء إلى القضاء لءقرفر ما إذا كانوا ملزمفن بموءب اءفاق ءءكمف أم لا (المادة 12 من الملءق)؁ أما إذا قررت مءكمة ءءكمف لأول وهلة أو المءكمون الءفن ءم ءعفنهم بالنظر ففما إذا كانوا مءءصفن بءسم النزاع من ءءمه؁ وبءءالف فءقرر اسءمرارهم بإجراءء ءءكمف أو ءءم اسءمرارهم بذلك¹.

وءء ءالء هءه الحالة الفقرة ءءالفة من المادة ءءامنة من قواعد الغرفة ءفء نصء: إذا اءعى أء الأءراف ءءم وءوء اءفاق ءءكمف أو ءءم صءة ذلك الءفاق فإن مءكمة ءءكمف هف ءف ءقرر باءئ ذف بءء ووء الءفاق أو ءءمه؁ فإذا ءبفن لها ووء اءفاق صءفء للءءكمف ءءنء ءسءمر إجراءء ءءكمف ءون المساس بءقوب المءفوع أو وسائل الإءباء وفف هءه الحالة ءءما فءسلم المءكم ملف القضية فقرر بنفسه إذا كان مءكما واءا أو ءقرر هفئة ءءكمف فف حالة ءءء المءكمفن مسألة اءءصاصها لءسم النزاع.

وءء أءء الفقرة الرابعة من المادة ءءامنة من قواعد الغرفة ءلى ذلك ءفبء نصء ءلى أنه ففما ءءا الحالات ءف فءفق ففها الطرفان ءلى ءلاف ذلك فإن الاءعاء الءاص ببءلان أو بءءم ووء العءء الأصلف بفن الطرففن لا فنفف اءءصاص المءكم إذا اءءنع بصءة اءفاق ءءكمف الموءوء بفن الطرففن فالمءكم بفقى مءءصا ءءف فف حالة ءءم ووء أو بءلان العءء الأصلف؁ وفسءمر فف النظر ببءباء الطرففن لفقرر ءففة ءسم النزاع؁ وهءا فؤكد ما سبق وذكرناه ءن مباء اسءءلالفة شرط ءءكمف².

5- طلب أطراف النزاع من القضاء:

اءءاء إجراءء ءءفظفة:

قء ءسءءعى ءءاءة إلى اءءاء بءض الإجراءء ءءفظفة من قبل القضاء قبل إءالة الملف إلى المءكمفن؁ ففوء لكل من الطرففن الطلب من المءكمة المءءصاة اءءاء إجراءء

¹ - فوزف مءمء سامف؁ المرجع السابق؁ ص 272.

² - المرجع نفسه؁ ص 273.

وقتية أو تحفظية، وهذا الأمر لا يشكل خرقاً أو مخالفة لاتفاق التحكيم ولا يؤثر ذلك على سلطة المحكم عند تولي الأمر بنفسه. ويجب في هذه الحالة إبلاغ سكرتارية محكمة التحكيم بالإجراءات التي تم اتخاذها، وهي بدورها تبلغها إلى المحكم وهذا ما أشارت إليه الفقرة الخامسة من المادة الثامنة من القواعد.

6- دفع التأمينات الخاصة بتغطية مصاريف التحكيم:

تستلزم النصوص الخاصة بمصاريف التحكيم أن تحدد محكمة التحكيم التابعة للغرفة مبلغ التأمينات التي يجب إيداعها من قبل طرفي النزاع لمواجهة مصاريف التحكيم في القضية المعروضة، وفي حالة وجود مطالبات أخرى من أطراف النزاع غير الطلبات الرئيسية أو إذا كانت هناك طلبات متقابلة من المدعى عليه للمحكمة أن تقرر مبلغ التأمينات الواجب إيداعها عن المطالبة الرأسية ومبالغ أخرى كتأمينات عن الطلبات المتقابلة .Demandes reconventionnelles

ولكن ما هو المقصود بمصاريف التحكيم؟

لقد أوضحت الغرفة في الدليل الذي أصدرته أن المقصود بمصاريف التحكيم مكافآت ونفقات المحكمين وكذلك النفقات الإدارية للخدمات التي تقدمها محكمة التحكيم.

وفي بعض الحالات قد تكون هناك نفقات إضافية في حالة استدعاء الخبراء للاستماع إلى آرائهم¹.

إن المصاريف النهائية للتحكيم يتم حسابها نهائياً من قبل محكمة التحكيم عند انتهاء التحكيم وفقاً للجدول الملحق بقواعد الغرفة التجارية الدولية، وحساب المبلغ يكون على أساس قيمة الدعوى المراد حسمها بالتحكيم. فهناك مبلغ مقطوع كمصاريف إدارية ومبلغ مقطوع أيضاً لمكافأة المحكم الواحد محدد أيضاً على أساس قيمة الدعوى وبعد ذلك هناك

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 274.

مبلغ آخر كمصاريف إدارية يحسب بموجب النسبة المئوية لما زاد عن المبلغ المقطوع أولاً وكذلك الحالة بالنسبة لمكافأة المحكمين.

أما المصاريف التي يتحملها أطراف النزاع من أجل تقديم طلباته والحصول على مستندات وتقديم الدفاع فهي مستقلة تماماً عن مصاريف التحكيم.

والتأمينات التي تطلب المحكمة إيداعها من قبل الأطراف لا تمثل إلا تقديراً أولياً للمصاريف وهي غير قابلة للرد. إن حساب مصاريف التحكيم يكون وفقاً للجدول ولكن حتى هذا الجدول يتضمن حداً أعلى وحداً أدنى للمبالغ وهناك مصاريف احتمالية كتنتقلات المحكمين ونفقات الإقامة عندما يكون مكان التحكيم في بلد يختلف عن البلد الذي يقيم فيه المحكم، وحتى في مكافأة المحكمين نجد حداً أدنى وحداً أعلى للمكافأة.

وتقوم المحكمة التابعة للغرفة عادة - عند تقريرها المؤقت لمكافأة المحكمين ولغرض حساب التأمينات- بأخذ المبلغ الذي يمثل المتوسط بين الحد الأدنى والحد الأعلى.

ونورد مثلاً على كيفية حساب مصاريف التحكيم كالاتي:

إذا كان مبلغ الدعوى في النزاع المعروف لحسمه بالتحكيم يقدر بخمسة وعشرين مليون دولار وهناك طلب واحد من قبل المدعي يطلب حسمه بالتحكيم، إن عدد المحكمين ثلاثة، فإن حساب التأمينات يكون على الوجه التالي وفقاً لآخر جدول ملحق بقواعد الغرفة التجارية الدولية والنافذ منذ 1988/01/01:

بالنسبة للعشرة ملايين الأولى هناك مبلغ مقطوع للمصاريف الإدارية ومبلغ آخر لمكافأة كل واحد من المحكمين، أما ما تبقى من المبلغ (أي من الـ 25 مليون) فنحسب المصاريف الإدارية ومكافآت المحكمين وفقاً للنسبة المئوية المذكورة في الجدول¹:

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 275.

والمبلغ بالنسبة لمثلنا هو:

(1)- عن العشرة ملايين الأولى:

المصاريف الإدارية مبلغ مقطوع عن خمسة ملايين الأولى وهو 25000

ونسبة 10,0 بالمائة عن الخمسة ملايين 5000

الثانية ويساوي مكافأة المحكمين، مبلغ مقطوع لكل محكم 21450 وتكون المكافأة

لثلاثة محكمين 64350

(2)- عن الخمسة عسر ملايين الأخرى

المصاريف الإدارية بنسبة 0.05 بالمائة وتساوي 7500

مكافأة المحكمين بنسبة 0.05 بالمائة من المبلغ لكل محكم. ويكون مجموع مكافآت

المحكمين.

المجموع الكلي للمصاريف الإدارية ومكافآت المحكمين عن الخمسة والعشرين مليون

دولار 1.124350¹

ولم تدخل في هذه المصاريف النفقات التي تحملها الأطراف للحصول على المستندات
وتهيئة دفاعاتهم، ومكافأة المحامين. والحساب المذكورة في مثلنا أعلاه هو لغرض وضع
التأمينات من قبل الأطراف ولكن عند الحساب النهائي لمصاريف التحكيم تتمتع محكمة
التحكيم بحرية واسعة في التقدير، فمثلا في حالة توصل الأطراف أثناء التحكيم إلى حل
نزاعهم بصورة ودية. ويمكن للمحكمة أن تحدد مصاريف إدارية أقل مما هي عليه في
الجدول، وكذلك الحال بالنسبة لتقدير مكافآت المحكمين فإن لمحكمة التحكيم مرونة واسعة
لتقدير مكافآت المحكمين حيث تأخذ بالاعتبار الوقت الذي استغرق لإنهاء التحكيم وكذلك
أهمية القضية وسرعة الإجراءات وشخصية المحكم.

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 276.

وعلى كل طرف من طرفي النزاع أن يسدد نصف التأمين التي حددتها محكمة التحكيم، فإذا أهمل أحد الأطراف دفع حصته على الطرف الآخر أن يدفع جميع مبلغ التأمينات لكي يصار إلى السير في إجراءات التحكيم.

وعند صدور الحكم يجب على المحكم أو المحكمين أن يحددوا كيفية توزيع مصاريف التحكيم بين الطرفين وعليهم أن يوضحوا أيضا في حكم التحكيم نسبة تحمل كل طرف من الأطراف للمصاريف التي أنفقتها بالنسبة لإعداد دفاعه وإثبات ادعاءاته.

7- عندما تتسلم سكرتارية محكمة التحكيم رد المدعى عليه الذي يجب أن يرد خلال ثلاثية يوما من تاريخ تسليمه الإشعار الخاص بطلب التحكيم، أو في حالة رد المدعي خلال ثلاثين يوم على الطلبات المتقابلة للمدعى عليه، عندئذ تقوم السكرتارية بتسليم ملف القضية مع كافة المعلومات والمستندات إلى المحكم أو إلى هيئة التحكيم إذا كان عدد المحكمين ثلاثة (المادة 10 من قواعد الغرفة)، وعلى هؤلاء أن يجتمعوا ويذارسوا الموضوع المعروض أمامهم، وكما سبق وأن ذكرنا إذا كان هناك اعتراض من أحد أطراف النزاع مدعيا عدم وجود اتفاق للتحكيم أو عدم صحته أو عدم وجود العقد الأصلي أو بطلانه، فللمحكمين سلطة تقرير اختصاصهم، فبعد أن يقرروا وجود اتفاق صحيح للتحكيم يستمرون في إجراءات التحكيم وإن كان العقد الأصلي باطلا، وهذا كما سبق أن ذكرنا تطبيقا لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم¹.

8- تنظيم المحضر الخاص بمهمة التحكيم L'acte de mission:

إنّ أوّل عمل يقوم به المحكم وفقا لقواعد الغرفة التجارية الدولية (المادة 13) هو وضع محضر أو وثيقة يحدد فيها مهمته ويذكر فيها ادعاءات المدعي والطلبات المتقابلة للمدعى عليه، ويتم وضع المحضر المذكور بناء على المستندات والمذكرات التي قدمها الطرفان، ولكن هل يجوز إيراد الطلبات الجديدة في المحضر وإن لم يأت ذكرها في البيان الخاص بطلب التحكيم؟ مثال ذلك أن المدعي كان قد طلب في بيانه استيفاء دينه بزمة المدعي عليه ولكنه عند وضع المحضر طلب أيضا أن يحكم له بالفائدة عن مبلغ الدين. كذلك هل

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 277.

يجوز لأحد الطرفين أن يضع تحفظا بموجبه يستطيع أن يقدم طلبات إضافية أثناء سير التحكيم؟ يبدو أن هذا الأمر ممكن ويجوز ذكر الطلبات والادعاءات الإضافية في المحضر كذلك يجوز وضع تحفظ بهذا الخصوص في المحضر المذكور.

وأهم المعلومات التي يحتويها المحضر هي موجز لادعاءات الطرفين وتحديد الأمور المتنازع عليها المراد حسمها بالتحكيم¹.

إن وضع المحضر المذكور يكون بإشراف أطراف النزاع مع المحكم وهذا يتيح الفرصة لأطراف النزاع أن يتقابلوا لأول مرة بحضور محكم، ويبدو من التجارب العملية لمحكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية أن إعداد المحضر المذكور له فوائد عملية في تحديد الطلبات للطرفين وتحديد مهمة المحكمة.

ويجب توقيع المحضر من قبل المحكم ومن قبل طرفي النزاع، فإذا تم ذلك فإن المحضر المذكور يصبح بحكم الواقع اتفاقا للتحكيم ولكنه لا يعتبر تجديدا للاتفاق السابق الموجود بين الطرفين، بعد هذا لا يجوز للطرفين أثناء التحكيم تقديم طلبات جديدة إلا إذا تم إعداد ملحق للمحضر للطلبات المذكورة.

بعد توقيع المحضر من طرف المحكم على هذا الأخير إرسال المحضر إلى محكمة التحكيم خلال شهرين من تسلمه القضية، ويجوز للمحكمة المذكورة إذا اقتضى الأمر أو إذا طلب المحكم ذلك تمديد مدة الشهرين.

أما إذا امتنع أحد الطرفين على توقيع المحضر كأن يكون قد اعترض على وجود اتفاق للتحكيم وأنه ادعى بطلان الاتفاق المذكور، أو أنه لم يعترض على وجود الاتفاق ولم يدع بطلانه ولكنه امتنع عن توقيع المحضر لأنه لا يريد المشاركة في التحكيم وأنه امتنع عن المشاركة في وضع المحضر، وفي هذه الحالة يذكر في المحضر امتناع الطرف المذكور عن توقيعه أو عن المشاركة في إعداده. وتقوم محكمة التحكيم في الحالة المذكورة بتدقيق الأمر فإذا تبين لها عند فحص المستندات ومنذ *prima facie* أن هناك اتفاقا صحيحا ينص

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 278.

على اللجوء إلى التحكيم لحسم النزاع فعندئذ تبلغ الطرف الممتنع وتحدد له مهلة للتوقيع على المحضر وبانتهاء المدة المذكورة يصار إلى السير في إجراءات التحكيم حتى صدور الحكم¹.
وليس من الضروري أن يحتوي المحضر على تفاصيل لجميع الوثائق الخاصة بالقضية، ولكن هناك بعض الأمور التي لا بد من ذكرها حيث نصت عليها المادة 13 من قواعد الغرفة التجارية الدولية، وهذه البيانات هي كما يلي:

- 1- لقب واسم وصفة كل من طرفي النزاع.
- 2- عنوان كل من الطرفين، الذي يمكن أن توجه إليه المراسلات والإخطارات أثناء التحكيم.
- 3- ملخص لادعاءات الطرفين.
- 4- تحديد نقاط النزاع الواجب حسمها.
- 5- اسم المحكم وصفته وعنوانه.
- 6- مكان التحكيم.
- 7- الإيضاحات الخاصة بالقواعد التي تطبق على الإجراءات والأمور المتعلقة بتفويض المحكم بالصلح إذا كان الطرفان قد اتفقا على ذلك.
- 8- أية أمور أخرى تجعل قرار التحكيم متفقا والقواعد القانونية أو أية أمور ترى محكمة التحكيم من المفيد ذكرها في المحضر.

إن هذا المحضر الذي يحدد مهام المحكم والذي يتضمن جميع المعلومات الخاصة بالنزاع والأمور الواجب حسمها يعتبر الوثيقة الرئيسية في التحكيم باعتبارها اتفاقا رضائيا بين الأطراف حول جميع المسائل المتعلقة بالنزاع وبحضور المحكم وبعد التصديق عليها من قبل محكمة التحكيم تصبح كما يقال لها قوة إلزامية أعلى من قوة التصرف المنفرد الذي

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 279.

يتمثل في طلب التحكيم¹ une force obligatoire est supérieure à celle de l'acte unilatéral que constitue la requête.

وبعد الانتهاء من التصديق على المحضر يعقد المحكمون اجتماعا في مكان التحكيم لممارسة مهمتهم وصولا إلى إصدار القرار أو حكم التحكيم.

9- مكان التحكيم Lieu d'arbitrage:

أما عن المكان الذي يتم فيه التحكيم طبقا لقواعد الغرفة، فإذا كان الطرفان قد اتفقا على مكان معين كأن يكون بلد أحدهما أو في بلد ثالث ففي هذه الحالة على المحكم إتباع ما جاء في ذلك الاتفاق، أما إذا سكت الطرفان عن تحديد مكان معين فقد نصت المادة 12 من قواعد الغرفة التجارية الدولية أن محكمة التحكيم هي التي تعين المكان الذي يجري فيه التحكيم.

وتعيين المكان المذكور لا علاقة له بمقر السكرتارية العامة أو بمقر محكمة التحكيم في باريس، ولكن بعض الأمور تؤخذ بعين الاعتبار عند تعيين مكان التحكيم مثل وجود الخدمات الخاصة بالاتصالات السلكية واللاسلكية مع العالم وإمكانية استدعاء الشهود بسهولة وكذلك الخبراء دون أن تكون هناك تعقيدات خاصة بتأشيرات الدخول أو الخروج بالنسبة للبلد الذي يجري فيه التحكيم.

وفي أغلب القضايا التي تعرض للتحكيم بموجب قواعد الغرفة التجارية الدولية، يكون مكان التحكيم فيها في دول أوروبية مثلا خلال عام 1988 اختار أطراف النزاع في 79% من القضايا كمكان للتحكيم سويسرا، فرنسا، المملكة المتحدة، الولايات المتحدة الأمريكية، أما عن قيام محكمة التحكيم بتعيين مكان التحكيم فقد حددت تلك الأماكن في 31 دولة والدول التي كانت خارج أوروبا هي: الأرجنتين، البحرين، كندا، الباكستان، تايلاند، تونس، والولايات المتحدة².

¹- فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 280.

²- المرجع نفسه، ص 281.

10- إجراءات التحكيم والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:

الإجراءات التي يجب على المحكم إتباعها في سير عملية التحكيم هي تلك التي تنص عليها قواعد التحكيم للغرفة، وهذا ما قرره المادة 11 من القواعد المذكورة. وفي حالة سكوت تلك القواعد عن معالجة بعض المسائل الإجرائية يصار إلى الأخذ بالقواعد التي اتفق عليها الطرفان وفي حالة عدم وجود اتفاق في هذا الشأن فإن المحكم هو الذي يحدد القواعد الإجرائية برجوعه إلى قواعد إحدى الدول أو قد لا يتبع قواعد قانون معين، (ويجب ألا ننسى أننا نتكلم عن التحكيم الدولي أما في التحكيم الداخلي فأغلب القوانين الوطنية تنص على تطبيق القواعد الإجرائية الوطنية المطبقة في المحاكم).

وفي الغالب، يتبع المحكم في إجراءاته القواعد التي ينص عليها قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم. وللأطراف الحرية الكاملة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وفي هذه الحالة على المحكم إتباع ما جاء في اتفاق الأطراف وقد يشير الطرفان صراحة في اتفاقهما إلى القانون الواجب التطبيق.

أما في حالة عدم الإشارة الصريحة على المحكم أن يبحث عن إرادتهما الضمنية وفي حالة عدم تمكنه من معرفة إدارة الطرفين حول القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ففي هذه الحالة وحسبما جاء في الفقرة الثالثة من المادة الثالثة عشر يطبق المحكم القانون الذي تحدده قواعد تنازع القوانين الأكثر ملاءمة بالنسبة لموضوع النزاع، وفي جميع الأحوال على المحكم أن يأخذ بنظر الاعتبار الشروط والعادات التجارية¹.

11- إجراءات المرافعة أمام المحكم:

يقوم المحكم بالتقصي والتحقيق عن موضوع النزاع ودراسة الملف وتدقيق المستندات والوثائق التي قدمها الطرفان تحريرها، وبعد ذلك للمحكم أن يستدعي الطرفين أمامه للمرافعة، وقد يكون سماع المحكم لمرافعة الطرفين بناء على طلب من أحد طرفي النزاع.

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 282.

ولكن قد يقرر المحكم حسم النزاع بإصداره الحكم بناء على المستندات والوثائق التي قدمت إليه، إذا طلب الطرفان ذلك أو إذا وافقا على هذا الإجراء، أما إذا فتح الحكم باب المرافعة من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الأطراف المتنازعة ففي هذه الحالة يرسل المحكم إلى كل طرف إشعاراً بالحضور بالموعد والمكان المعينين على أن يمنحه مهلة كافية وعلى المحكم إعلام سكرتارية المحكمة بذلك، وإذا تحقق من أن الطرفين قم تم إبلاغهما بالحضور ورغم ذلك لإنجاز مهمته وتعتبر المرافعة قد تمت حضورياً (المادة 15 فقرة 2 من قواعد الغرفة).

يقوم المحكم بإدارة جلسات المرافعة وتقتصر السلطات على الأشخاص الذين لهم علاقة بموضوع النزاع من أطراف وشهود وخبراء، ولا يسمح لغير هؤلاء حضور الجلسات. ويجوز لكل طرف أن يحضر بنفسه جلسات المرافعة أو أن يوكل عنه شخصاً آخر، كما يجوز لكل طرف أن يستعين بالمستشارين أثناء المرافعة وللمحكم أن يقرر الاستعانة بخبراء للاستفادة من آرائهم ويمكن لهؤلاء تقديم رأيهم أو تحريرها أو شفاهاً¹. كما يجوز الاستعانة بالخبراء بناء على طلب أحد أطراف النزاع. ويمكن القول أن القاعدة هي سرية جلسات التحكيم وفقاً لقواعد الغرفة التجارية الدولية، إلا إذا اتفق الطرفان على غير ذلك وهذا عكس ما ورد في قواعد التحكيم لجمعية التحكيم الأمريكية حيث أن جلسات المرافعة تكون علنية إلا إذا طلب الطرفان جعلها سرية، وكما أن قواعد الغرف التجارية العربية الأوروبية تتفق مع ما جاء في قواعد الغرفة التجارية الدولية وإن لم تنص على ذلك صراحة ولكن يمكن استنتاج ذلك مما جاء في الفقرة التاسعة من المادة الثالثة والعشرين حيث جاء فيها: «يمكن للأطراف الحضور شخصياً أو مع مشاورين أو ممثلة بمشاورين».

12- اللغة أو اللغات التي يجري بها التحكيم:

لقد نصت الفقرة الثالثة من المادة الخامسة عشر من قواعد الغرفة التجارية الدولية على أن الحكم يحدد اللغة أو اللغات التي يجري بها التحكيم مراعيًا في ذلك الظروف ولا سيما لغة العقد.

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 283.

ولم نجد في هذه الفقرة الرجوع إلى إرادة الطرفين أو لا ورغم هذا السكوت فتطبيقا لحرية الأطراف في التحكيم فإن الطرفين إذا كانا قد اتفقا على استعمال لغة معينة في التحكيم ففي هذه الحالة على المحكم إتباع ما جاء في الاتفاق¹.

أما إذا لم يكن هناك اتفاق على لغة معينة للتحكيم فيترك الأمر إلى تقدير الحكم ويأخذ في ذلك بنظر الاعتبار معرفة الطرفين للغة مشتركة ومعرفة المحكمين لتلك اللغة أو اللغة التي كتب بها العقد والمراد بالعقد هنا هو العقد الأصلي الذي ثار النزاع بسببه.

ولا شك أن المحكم يستطيع طلب ترجمة الوثائق إلى اللغة المذكورة وتبادلها بين الأطراف، كما يستطيع أن يستدعي مترجما لترجمة المرافعة الشفوية.

أما عن اللغة التي تستعمل في أعمال محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية فقد جاء في دليل التحكيم الذي أصدرته الغرفة المذكورة أن لغة العمل في اجتماعات المحكمة هي الانجليزية والفرنسية، وإذا كانت الوثائق والمستندات المقدمة إلى المحكمة مدونة بلغة أخرى فعندئذ يتم ترجمتها إلى إحدى تلك اللغتين بالاتفاق مع السكرتارية أما عن المحضر الخاص بمهمة المحكم ومسودة الحكم فتقدمان إلى المحكمة باللغة الأصلية للمستندات مع ترجمة إلى الانجليزية أو الفرنسية علما بأن أعضاء المحكمة هم من جنسيات مختلفة ويتحدثون لغات عديدة.

ويلاحظ أن القانون النموذج الذي أعدته لجنة القانون التجاري الدولي (الأونسترال) قد سار على نفس المنهج وذلك بنصه في المادة 22 على أن: «للطرفين حرية الاتفاق على اللغة أو اللغات التي تستخدم في إجراءات التحكيم، فإن لم يتفقا على ذلك، بادرت هيئة التحكيم إلى تعيين اللغة أو اللغات التي تستخدم في الإجراءات ويسري هذا الاتفاق أو التعيين على أي بيان مكتوب لأحد الأطراف وعلى جميع إجراءات المرافعة وقرارات المحكم والقرارات والتبليغات الأخرى التي تصدر عن هيئة التحكيم.

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 284.

- لهيئة التحكيم أن تأمر بأن يرفق بأي دليل مستندي ترجمة له إلى اللغة أو اللغات التي اتفق عليها أو عينتها هيئة التحكيم»¹.

والحقيقة أن نص المادة المذكورة يمثل ما يجري عليه العمل في إجراءات التحكيم بالنسبة لتعيين اللغة التي تستعمل في المرافعة وفي تقديم المستندات وترجمتها، وهذا الأمر يمكن أن يطبق في التحكيم الخاص وكذلك في التحكيم المنظم، وهناك بعض القوانين تشترط استعمال اللغة الوطنية في التحكيم الذي يجري في بلدها كما هو الحال في إسبانيا والبرتغال، كذلك تنص المادة 25 من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم في المملكة العربية السعودية على أن: «اللغة العربية هي اللغة الرسمية التي تستعمل أمام هيئة التحكيم سواء في المناقشات والمكاتبات، ولا يجوز للهيئة أو المحكمين وغيرهم التكلم بغير اللغة العربية وعلى الأجنبي الذي لا يستطيع التكلم باللغة العربية اصطحاب مترجم موثوق به يوقع معه في محضر الجلسة على الأقوال التي قالها».

ونودّ أن نشير إلى أن أغلب القوانين الوطنية تعطي المحكم الحق بتحليف الأطراف والشهود القسم عدا قوانين الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا، ومن القوانين التي تعطي الحق للمحكم تحليف الشهود قوانين المرافعات العربية التي تلزم المحكم بإتباع الإجراءات التي تتبع في المحكمة أمام القضاء².

الفرع الثاني: إجراءات التحكيم وتدخل القاضي.

عندما يتفق الطرفان على حل نزاعهما بالتحكيم فإنهما يقصدان في الواقع إبعاد قضاء الدولة عن نظر النزاع، ولهذا تنص قوانين الدول المختلفة كما سبق أن ذكرنا عند البحث في اتفاق على حل النزاع المذكور بالتحكيم وطلب الطرف الثاني عدم النظر في النزاع من قبل محكمة وإنما اللجوء إلى التحكيم، ففي هذه الحالة للمحكمة أن تقرر عدم اختصاصها في النظر في النزاع والتمسك بالتحكيم يعتبر دفعا شكليا فعلى الطرف الذي يطلب إحالة النزاع إلى التحكيم بناء على اتفاق موجود بينه وبين الطرف الآخر أن يطلب ذلك أمام المحكمة قبل

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 285.

² - المرجع نفسه، ص 286.

الدخول في أساس الدعوى وهكذا تمتنع المحكمة من النظر في النزاع ولكن قد تحدث بعض الأمور أثناء إجراءات التحكيم تستدعي تدخل القاضي.

والحالات التي يتدخل فيها القاضي أثناء إجراءات التحكيم يمكن حصرها فيما يلي¹:

1- تعيين المحكم:

عندما لا يتفق الأطراف على تعيين المحكم الذي اقترحه الطرف الآخر في حالة المحكم الوحيد أو إذا امتنع أحد الأطراف عن تعيين المحكم في حالة الاتفاق على أن يكون عدد المحكمين ثلاثة إذ يعين كل واحد من الأطراف محكما أما الثالث فيتم تعيينه من قبل المحكمين المعيّنين من قبل الأطراف أو عند عدم تمكن المحكمين الاثنيين على تعيين المحكم الثالث، ففي هذه الحالة إذا لم يكن الأطراف قد حددا في اتفاق التحكيم شخصا أو جهة كسلطة تعيين تقوم بتعيين المحكم عند اتفاقهما، عندئذ لأحد أطراف النزاع الطلب من المحكمة تعيين المحكم، وهذا ما تنص عليه القوانين الوطنية مثال ذلك ما جاء في المادة 1/256 من قانون المرافعات المدنية العراقي وقد جاء في الفقرة الثانية من المادة المذكورة أن: «قرار المحكمة بتعيين المحكم أو المحكمين قطعيا وغير قابل لأي طعن أما قرارها برفض طلب تعيين المحكمة فيكون قابلا للتمييز...».

ولكن في حكم حديث أصدرته محكمة بداية بتاريخ 11-06/1988، عينت بموجبه أحد المحكمين عن أحد أطراف النزاع ولكنها أيضا ذهبت إلى تعيين المحكم الثالث رغم أن شرط التحكيم كان ينص على قيام محكمة التحكيم لغرفة التجارة بتعيين المحكم الثالث في حالة عدم اتفاق محكمي الطرفين على تعيينه خلال 14 يوما. وقد بررت المحكمة قرارها المذكور بقولها: «ولما كان تعيين المحكم الثالث من قبل محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية في باريس فيه تجاهل للسلطة القضائية في العراق رغم أن العقد عُقد في العراق وتنفيذ فيه، ولما كان القانون الواجب التطبيق هو قانون المرافعات المدنية العراقي ولما كانت المادة 256 من القانون المذكور قد أعطت الحق للمحكمة في اختيار المحكم الثالث الذي لا يتفق

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 287.

عليه الطرفان كما هو الحال في اختيار المحكم الثاني الذي طلب وكلاء المدعية تعيينه نيابة عن المدعى عليها ولما كانت قواعد قانون المرافعات بهذا الخصوص من النظام العام وأن كل اتفاق على مخالفتها يعد باطلا (راجع الدكتور أحمد أبو الوفا- التحكيم بالقضاء وبالصلح صفحة 8- 86) عليه وبناء على طلب طالبة التحكيم وطلب المتقابل من المطلوب بالتحكيم ضدها (رب العمل) قرار تعيين المهندس د.ر. ج. رئيسا لهيئة التحكيم وصدر القرار وفقا للمادة 1/256 من قانون المرافعات المدنية رقم 13 لسنة 1969 المعدل قرارا قطعيًا غير قابل لأي طعن وفقا للفقرة 2 من المادة 256 من قانون المرافعات المدنية...»¹.

وهذا الحكم يدعو إلى التأمل حيث أن المحكمة قد تجاهلت إرادة الطرفين اللذين اتفقا على كيفية تعيين المحكم الثالث وفي رأينا كان على المحكمة أن تذهب إلى تعيين المحكم الثالث للأسباب التالية:

1- المحكمة استندت في حكمها المذكور إلى الفقرة الأولى من المادة 256 من قانون المرافعات العراقي وهذه الفقرة تنص على ما يلي: «إذا وقع نزاع ولم يكن الخصوم اتفقوا على المحكمين أو امتنع واحد أو أكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل أو اعتزل أو عزل عنه أو قام مانع من مباشرته ولم يكن هناك اتفاق بهذا الشأن بين الخصوم فلأبيّ منهم مراجعة المحكمة المختصة بنظر هذا النزاع بعريضة تعيين المحكم أو المحكمين بعد تبليغ باقي الخصوم وسماع أقوالهم». هذه الفقرة تبين متى يلجأ أحد الأطراف إلى المحكمة لتعيين المحكم أو المحكمين ولكنها تنص على اللجوء إلى المحكمة لا يكون إلا إذا لم يوجد اتفاق حول معالجة الموضوع وذلك بقولها: «ولم يكن اتفاق بهذا الشأن» وهذا يتفق مع أساس التحكيم وهو إرادة الطرفين، فإذا كان الطرفان قد اتفقا على معالجة الأمر فعندئذ لا يجوز للمحكمة أن تعالج مسألة تعيين المحكم².

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 288.

² - المرجع نفسه، ص 289.

وفي القضية هذه كان الطرفان قد اتفقا صراحة على قيام محكمة التحكيم التابعة للغرفة التجارية الدولية بتعيين المحكم الثالث في حالة عدم اتفاق محكمي الطرفين على تعيينه خلال 14 يوما.

وعلى هذا الأساس نستطيع القول أنّ المحكمة قد أهملت النص الذي يقضي باحترام إرادة الطرفين المتمثل في اتفاقهما على ترك الأمر لمحكمة التحكيم التابعة للغرفة التجارية الدولية وهي بهذا أهملت النص الذي ورد في الفقرة الأولى.

2- إن المحكمة ذهبت إلى أن المادة 256 قد أعطت الحق للمحكمة باختيار المحكم الثالث الذي لا يتفق عليه الطرفان وأضافت قائلة «ولما كانت قواعد قانون المرافعات بهذا الخصوص من النظام العام وأن كل اتفاق على مخالفتها يعتبر باطلا»، ودعمت هذا القول بذكر الدكتور أبو الوفا في كتابه التحكيم بالقضاء وبالصلح الصفحة 80-86، وعلى هذا الأساس قررت تعيين المحكم الثالث. وتعليقنا على ذلك هو:

أ- أن ما جاء في المادة 256 من قيام المحكمة بتعيين المحكمين ليس من النظام العام لأن المادة المذكورة تجيز للطرفين الاتفاق على كيفية تعيين كل محكم وكيفية تعيين المحكم الثالث، وأن دور المحكمة يأتي إذا لم يكن هناك اتفاق بهذا الشأن وهذا ما تأخذ به قوانين الدول العربية والأجنبية (المادة 746) من قانون المرافعات الليبي، المادة 81 من قانون المحاكمات المدني اللبناني، المادة 8 من قانون التحكيم الأردني، المادة 141 والمادة 4/155 من قانون الإجراءات المدنية السوداني، المادة 512 من قانون أصول المحاكمات السوري، المادة 235 من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني والمادتان 1444 و1445 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي¹.

ب- إن المحكمة قد أشارت إلى الدكتور أبو الوفا في كتابه التحكيم بالقضاء وبالصلح وأشارت إلى بعض الصفحات وأن الدكتور أبو الوفا في الصفحات المذكورة عالج موضوع التحكيم في اتفاقيات البترول في الدول العربية وقد ذكر في الصفحة 83

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 290.

حول ما جاء في بعض اتفاقيات البترول حول تعيين المحكم الثالث من قبل رئيس محكمة العدل الدولية الدائمة بناء على طلب الطرفين، فقال: «وتعيين المحكم الثالث بواسطة رئيس محكمة العدل الدولية فيه تجاهل للسلطة القضائية في الدولة كما أنه يشف عما ترغب فيه الدول الأجنبية من فرض قضاء دولي لحسم الخلافات الناشئة عن عقود البترول إن هذه العقود من قبيل الاتفاقيات الدولية» ويقول المؤلف في الصفحة 87 من الكتاب المذكور: «فإن الاتفاق على إجراء التحكيم في خارج الدولة عندما ينشأ النزاع بصدد تنفيذ عقد استغلال منطقة بترولية- هذا الاتفاق لا يعتدّ به لأنّ استغلال مناطق البترول والمعادن في الدولة وإن كان يعدّ من جانب الشركة عملاً تجارياً بحتاً إلا أنه من جانب الدولة عمل يمس المصلحة العامة والثروة الطبيعية فيها ويعدّ من صميم المسائل المتعلقة بالنظام العام فلا يعتدّ بأيّ اتفاق بصددها يخالف الأسس العامة المقررة في التشريع».

لكن الدكتور أبو الوفا يذهب في كتابه الثاني عن التحكيم الذي صدر بحوالي عسر سنوات بعد الكتاب الأول وبصدد تنفيذ عقد استغلال البترول إلى أن¹: «التحكيم يجب أن يكون على إقليم الدولة الطرف في العقد وذلك لأنّ استغلال البترول يتعلق بأمر يجري ببطن الأرض أي يتعلق بعقار يقع في أرض الدولة وبما أن قانون المرافعات يجعل الاختصاص لمحكم الدولة التي يوجد بها العقار لذا فإنه يرى أن جعل التحكيم في هذه الحالة خارج الدولة المذكورة يخالف نصوص قانون المرافعات» ويقول في هذا الصدد أن «القاعدة الأساسية في القانون جواز الاتفاق على إجراء التحكيم في الخارج بشرط أن لا يكون الاختصاص بنظر النزاع في الحالتين للمحاكم الوطنية وحدها فهنا يكون اختصاص المحاكم الوطنية من النظام العام».

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 291.

وقد أورد المؤلف المذكور أمثلة على مجموعة من العقود الخاصة بالتنقيب والاستغلال عن البترول وقد ذكر في الصفحة 108 من مؤلفه بأن «النصوص الواردة في العقود الأولى قد تضمنت بوضوح الأسس الآتية:

1- تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة يختار كل طرف واحد منهم، والثالث يعين باتفاقهما في خلال ثلاثين يوماً وإلا يعين بواسطة محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بناء على طلب أي من الطرفين.

2- إذا امتنع عن تعيين محكم من خلال الميعاد المحدد في العقد جاز للطرف الآخر أن يطلب من محكمة التحكيم التابعة للغرفة التجارية الدولية تعيين محكم».

ولم يعلق الدكتور أبو الوفا هذه المرة على اختيار المحكمين أو المحكم الثالث من قبل جهة أجنبية ولم يقل أن تعيين المحكم الثالث من قبل محكمة التحكيم التابعة للغرفة التجارية الدولية فيه تجاهل للقضاء¹.

كما تجدر الإشارة أن المؤلف نفسه في كتاب آخر كرر ما سبق ذكره، وعن تعيين المحكم بواسطة المحكمة المختصة أورد المؤلف نص المادة 825 من القانون المصري السابق وهو يشبه تماماً نص المادة 256 عراقي وانتهى إلى القول: «وواضح كل الوضوح أن النص المتقدم لا يعمل به إلا إذا لم يكن الخصوم شرط خاص.

يتبين مما سبق أن محكمة بداءة الكرخ في حكمها موضوع المناقشة قد تجاهلت نص الفقرة الأولى من المادة 256 حيث كان عليها أن تترك مسألة تعيين المحكم الثالث يتم وفقاً للاتفاق أي من قبل محكمي الطرفين وفي حالة عدم اتفاقهما فمن قبل محكمة التحكيم التابعة للغرفة التجارية الدولية، ونعتقد أن محكمة بداءة الكرخ لم تصب الحقيقة عندما استندت إلى رأي أحد الباحثين الذي كان قد طرحه قبل ربع قرن ولم يعد يتمسك به في مؤلفاته اللاحقة كما بينا، وكان على المحكمة أن لا تذهب إلى الاجتهاد في مورد نص المادة 256 من قانون المرافعات.

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 292.

ونضيف أن مسألة تعيين المحكم من قبل جهة أو شخص من غير أطراف النزاع وتسمى بسلطة التعيين، من المسائل المعروفة والمتبعة في التحكيم التجاري الدولي وقد نصت عليها أهم القواعد التحكيمية الدولية مثال ذلك ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة 18 من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 والتي صادق العراق عليها، وكذلك النصوص الدولية المعروفة كالفقرة الثانية من المادة 6 من قواعد الأونسترال والفقرة 3/أ من المادة 11 من القانون النموذجي للتحكيم والفقرة الثانية من المادة 21 من قواعد التوفيق والتحكيم والخبرة للغرف التجارية العربية والأوروبية.

وقبل أن ننتهي من هذه الصورة من صور تدخل القاضي أثناء إجراءات التحكيم نشير إلى أن تعيين المحكم من قبل المحكمة يكون أيضا في حالة تعيين المحكم البديل عند عزل المحكم أو اعتزاله من تلقاء نفسه أو في حالة وفاته أو حدوث مانع قانوني أو فعلي يجعله غير قادر على الاستمرار بمهنته¹.

2- اتخاذ الإجراءات التحفظية:

الحالة الأخرى من حالات تدخل القاضي أثناء إجراءات التحكيم هي قيام القاضي بإصدار قرارات مستعجلة لها صفة مؤقتة لحماية حق أو مال من وقوع ضرر قبل فوات الأوان وقبل البت في أصل الحق وهذه الإجراءات تنفذ فوراً.

بما أن المحكم ليس له سلطة الأمر بالتنفيذ فإن اتخاذه للقرارات الخاصة بالإجراءات التحفظية لا يكون لها أثر فعال من الناحية العملية لأن سلطة التنفيذ محصورة بالسلطة العامة ويجب أن يصدر الأمر بذلك من قبل القاضي، إلا إذا كان قانون الإجراءات الواجب التطبيق يعطي للمحكم الحق في إصدار مثل تلك الأوامر، ولكن كقاعدة عامة أن القرارات الخاصة بالإجراءات التحفظية تصدر من قبل القاضي وهذا يمثل كما يقول Mendez «جانبا من جوانب التعاون بين قضاء الدولة وهيئات التحكيم».

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 293.

يكون طلب اتخاذ الإجراءات التحفظية من أحد أطراف النزاع يقدم إلى القاضي في المحكمة المختصة حسب الأحوال كمحكمة مكان التحكيم أو محكمة مكان المدعى عليه، أو مكان وجود الأموال المراد اتخاذ الإجراءات التحفظية بشأنها¹.

والقرار الذي يتخذه القاضي له صفة الاستعجال كالحجز الاحتياطي (المواد 23- 25 مرافعات عراقي) أو منع وقوع ضرر أو إيقاف بعض الأعمال والتصرفات، أو منع التصرف بملك الغير بدون حق (المادة 1/809 من قانون المرافعات الفرنسي).

وقد نصت المادة 141 من قانون المرافعات العراقي على المحكمة المختصة للنظر في مثل تلك الطلبات بقولها: «تختص محكمة البداية في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها فوات الوقت بشرط عدم المساس بأصل الحق».

إن لجوء أحد الأطراف إلى القضاء لا يؤثر على سير الإجراءات الخاصة بالتحكيم ولا يعتبر مناقضا لاتفاق التحكيم ولا يمكن اعتبار الطلب إلى السلطة القضائية لاتخاذ الإجراءات المذكورة تنازلا عن التمسك بالتحكيم أو نظر المحكمة في أساس الموضوع وهذا ما نصت عليه صراحة قواعد التحكيم الدولية منها المادة 12 من قواعد الغرفة التجارية الدولية وكذلك الفقرة الرابعة من المادة 6 من الاتفاقية الأوروبية لعام 1961 وكذلك الفقرة الثالثة من المادة 26 من قواعد التحكيم التي وضعتها الأونسترال والفصل 46 من قواعد جمعية التحكيم الأمريكية، ويظهر هذا أيضا بشكل واضح في قرارات التحكيم وطلب اتخاذ الإجراءات الاحتياطية أو التحفظية يمكن أن يقدم قبل بدء إجراءات التحكيم أو أثناءها².

ويبدو أن الاتجاه الحالي في التحكيم الدولي هو يضمن القوانين الوطنية نصوصا تعطي للمحكم الحق في إصدار قرارات لاتخاذ الإجراءات الوقائية أو المؤقتة، ففي القانون النموذجي للتحكيم المفروض فيه أن يكون نموذجا للقوانين الوطنية نصت المادة 17 منه على انه: «يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر أيا من الطرفين بناء على طلب أحدهما باتخاذ أي تدبير وقائي أو مؤقت تراه ضروريا بالنسبة إلى موضوع النزاع ما لم يتفق الطرفان على خلاف

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 294.

² - المرجع نفسه، ص 295.

ذلك، ولهيئة التحكيم أن تطلب من أي من الطرفين تقديم ضمان مناسب فيما يتصل بالتدبير»، ولكن يتساءل الفقه عن مدى فاعلية قرارات المحكم في هذا المجال ذلك أن:

أ- القرار الذي يصدره المحكم لاتخاذ إجراءات احتياطية أو تحفظية لا يتعدى أثره طرفي النزاع والمفروض أن أطراف النزاع التي قابلت الالتجاء إلى التحكيم تقبل بتنفيذ الإجراءات وعند عدم الامتثال للأمر يبقى للطرف الآخر طلب التعويض إذا أصابه ضرر من جراء عدم الامتثال للأمر وتنفيذ الإجراء الواجب اتخاذه.

ب- يظهر من الإحصائيات أن 80% من أحكام التنفيذ لا تنفذ طوعاً بل بموجب طرق التنفيذ الجبري وهذا ينطبق في حالة اتخاذ الإجراءات الاحتياطية من قبل المحكم فالمطلوب تنفيذ القرار جبراً في حالة عدم التنفيذ الطوعي¹.

ج- إن إعطاء المحكم الحق في اتخاذ القرارات التحفظية لا يمنع الطرفين من اللجوء إلى المحاكم لاتخاذ مثل تلك القرارات وبالخص أن قرارات المحكم لها القوة التنفيذية الجبرية، ومع ذلك كما قلنا أن الاتجاه في الصعيد الدولي إعطاء المحكم أو هيئة التنفيذ مثل هذه الإجراءات إذا خشي وقوع ضرر أو لمنع تصرف يقوم به أحد الأطراف ويؤثر في حماية حق الآخر. هذا ما نجده في المادة 26 من قواعد الأونسترال التي نصت على ما يلي:

«1- لهيئة التحكيم أن تتخذ، بناء على طلب أحد الطرفين، ما تراه ضرورياً من تدابير مؤقتة بشأن موضوع محل النزاع، بما في ذلك الإجراءات المحافظة على البضائع المتنازع عليها، كالأمر بإيداعها لدى الغير أو بيع السلع القابلة للتلف.

2- يجوز أن تتخذ التدابير المؤقتة في صورة قرار تحكيم مؤقت، ولهيئة التحكيم أن تشترط كفالة لتغطية نفقات التدبير المؤقت.

3- الطلب الذي يقدمه أحد الطرفين إلى سلطة قضائية باتخاذ تدابير مؤقتة لا يعتبر مناقضاً لاتفاق التحكيم أو نزولاً عن الحق في التمسك به».

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 296.

كذلك نجد أن القانون السويسري الجديد الخاص بقواعد القانون الدولي الخاص والذي عالج أحكام التحكيم في الفصل الثاني عشر منه حيث نص في المادة 183 منه على ما يلي:

«1- إلا إذا كان هناك اتفاق على خلاف ذلك، يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر بالإجراءات المؤقتة والإجراءات التحفظية بناء على طلب أحد الأطراف.

2- فإذا لم يخضع الطرف المعني لتلك الإجراءات من تلقاء نفسه يمكن لهيئة التحكيم أن تطلب مساعدة القاضي المختص، ويقوم هذا الأخير بتطبيق قانونه.

3- يجوز لهيئة التحكيم أو القاضي أن يعلق اتخاذ الإجراءات المؤقتة أو الاحتياطية إلى تقديم كفالة مناسبة»¹.

ويتبين من الفقرة الثانية من هذه المادة أنها تعطي للمحكم أو هيئة التحكيم عند عدم خضوع الطرف الذي صدر القرار ضده قرار الإجراءات التحفظية أن تلجأ هيئة التحكيم أو المحكم إلى القاضي وتطلب معاونته في اتخاذ القرار الخاص بالتنفيذ الجبري لتلك الإجراءات، وفي هذه الحالة يقوم القاضي بتطبيق قانون الإجراءات الذي يطبقه في النظر بالدعوى. وهذا الحكم في القانون السويسري ينسجم تماما مع الواقع ذلك لأن الحكم ليست له سلطة الإيجاب وإنما تلك السلطة تكون بيد القاضي الذي يمثل السلطة العامة.

وكما سبق وأن ذكرنا أن القانون العراقي قد أعطى حق اتخاذ الإجراءات التحفظية عن طريق الحجز الاحتياطي أو اتخاذ أي إجراء عن طريق القضاء المستعجل (المواد 231-250 مرافعات)، وعلى هذا الأساس فلا نجد في قانون المرافعات العراقي ما يعطي المحكم حق اتخاذ مثل هذه الإجراءات ولكننا نستطيع القول لو أن الطرفين قد وضعوا في اتفاق التحكيم شرطا بموجبه يجوز للمحكم اتخاذ الإجراءات الاحتياطية أو التحفظية ففي هذه الحالة يمكن له أن يقرر ذلك بناء على طلب أحد الأطراف ولكن ما هي القوة التنفيذية للقرار الذي يتخذه بهذا الشأن؟ لا نجد نصا في القانون ما يجعل لمثل هذا القرار القوة التنفيذية وهذا ما أوجدناه في القواعد الدولية أيضا، لهذا فالأفضل في ضوء القانون العراقي والقوانين العربية

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 297.

الأخرى أن يلجأ الطرف الذي يرغب في اتخاذ الإجراءات التحفظية إلى القضاء لكي يلبي طلبه ولا نعتقد أن المحكمين يجوز لهم الطلب من القاضي اتخاذ تلك الإجراءات أو أن يطلبوا مساعدة القاضي في تنفيذ ذلك، حيث لا يوجد في قانون المرافعات العراقي أو القوانين ما يسمح بذلك.

وعليه يمكن القول أن قرار الحجز أو أي إجراء تحفظي يتخذه المحكم هو التزام لا يمكن تنفيذه جبرا ولكن قد يقبل الطرفان اتخاذ مثل هذا الإجراء وبالتالي يتعاونان على تنفيذه¹.

والقاعدة أن أحد الطرفين إذا أراد اتخاذ مثل تلك الإجراءات أن يلجأ إلى القضاء باتباع الإجراءات الاعتيادية في مثل تلك الحالات وطبقا للإجراءات الخاصة بإقامة الدعوى المستعجلة في هذا الشأن أمام القاضي.

وجدير بالذكر أن قانون المرافعات اللببي الصادر في 1953/11/28 قد نصّ صراحة في المادة 758 منه على أنه: «ليس للمحكمين أن يأذنوا بالحجز ولا بأية إجراءات تحفظية.

وإذا أذن قاض مختص بالحجز في قضية منظورة بطريق التحكيم فعليه أن يقرر صحة الحجز دون المساس بموضوع القضية، وعلى هذا القاضي أن يصدر قرارا بإلغاء الحجز حين يقرر المحكمون ذلك».

إن هذا النص الذي يمنع المحكم باتخاذ إجراءات تحفظية ويحصر هذا الحق بيد القاضي ينطبق أيضا على ما هو الحال في القوانين العربية للمرافعات وإن لم يرد فيها نصّ صريح بذلك.

3- طلب المحكم من المحكمة لاتخاذ إجراءات معينة في مهمته:

تنصّ قوانين المرافعات على أن المحكم يستطيع طلب من القاضي المختص أن يصدر مذكرات بإحضار الشهود أو أن يوقع عقوبة على الشهود الذين تم إبلاغهم بالحضور بشكل

¹- فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 298.

أصولي وتخلفوا عن الحضور أو امتنعوا عن الإجابة، وكذلك يستطيع المحكم الطلب من المحكمة بأن يكلف الغير بإبراز مسند أو وثيقة في حوزته لها أهمية وضرورة لإصدار حكم التحكيم ويجوز أيضا أن يلجأ إلى المحكمة ويطلب منها الأمر بالإنابات القضائية¹، وهذا ما نصت عليه بشكل صريح القوانين العربية، ففي المادة 269 من قانون المرافعات العراقي ما يفيد طلب المحكم من القاضي في المحكمة المختصة أصلا بالنظر في النزاع أن تصدر قرار لاتخاذ الإجراء الخاص بتخلف الشهود عن الحضور أو الامتناع عن الإجابة أو إصدار القرارات الخاصة بالإنابات القضائية، وهذا ما نجده أيضا في المادة 1015 من قانون المرافعات الفرنسي، كذلك نصت المادة التاسعة من قانون التحكيم الأردني في فقرتها الأولى والثانية على أنه:

«1- يجوز لأحد الفريقين أو لأي محكم أو فيصل أن يقدم طلبا إلى المحكمة لإبراز أي مستند ضروري للتحكيم أو لإصدار مذكرة إلى أي شاهد للحضور أمام المحكم أو الفيصل وللحكمة أن تفرض الجزاء المبين في قانون أصول المحاكمات الحقوقية على الشاهد الذي يتخلف عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة.

2- للمحكمة صلاحية إصدار أو إنابة لأخذ شهادة شخص موجود خارج المملكة الأردنية كالصلاحية المخولة لها في سائر الدعاوى».

كذلك نجد قانون إجراءات المحاكم المدنية لدولة الإمارات العربية رقم 3 لسنة 1970 نص في المادة 87 على أنه: «لضمان ظهور أطراف وشهودهم أمام المحكمين فالمحكمة أن تتخذ نفس الإجراءات التي تتخذها إذا كانت دعوى معروضة للنظر أمامها ما لم يتقدم المحكمون بشكوى في هذا الصدد».

نلاحظ أن قانون الإمارات العربية جاء بنص أوسع مما هو عليه في قوانين المرافعات العربية الأخرى، حيث أن القانون المذكور جعل للمحكمة أن تتخذ جميع الإجراءات التي

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 299.

يمكن اتخاذها اعتياديا عندما تعرض عليه الدعوى وطبعاً يمكن ذلك بناء على طلب المحكم ولغرض مساعدة المحكمين في تسهيل إنجاز مهمتهم¹.

ونشير أيضاً إلى أن القانون النموذجي للتحكيم الذي أعدته الأونيسترال أجاز في المادة 27 منه للمحكم أن يطلب من المحكمة المختصة الحصول على أدلة تتعلق بالتحكيم وللمحكمة أن تنفذ الطلب المذكور في حدود سلطتها وطبقاً للقواعد التي تتبعها في الحصول على الأدلة.

يستدل مما سبق أنّ هناك مجالات للتعاون بين المحكم والقاضي وقد أشارت إلى هذه الأمور قوانين المرافعات المحلية والقانون الذي وضعته لجنة القانون التجاري الدولي ليكون نموذجاً عند وضع قوانينها المحلية الخاصة بالتحكيم.

4- رد المحكمين أو عزلهم:

من الأمور التي تتدخل فيها المحكمة أثناء إجراءات التحكيم هي حالة طلب أحد أطراف النزاع رد أحد المحكمين أو عزله، وهذا ما نصت عليه المادة 1463 من القانون الفرنسي، كذلك نصت المادة 261 من قانون المرافعات العراقي على أنه:

«1- يجوز رد المحكم لنفس الأسباب التي برد بها الحاكم ولا يكون ذلك لأسباب تظهر بعد التعيين.

2- يقدم طلب الرد إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع وقرارها في ذلك غير قابل للطعن».

أما عن عزل المحكم فلا يتم إلا باتفاق أطراف النزاع ولكن بعض قوانين المرافعات تنص على أن عزل المحكم قد يكون بحكم من القضاء أيضاً وهذا ما جاء في المادة 749 من القانون الليبي حيث جاء فيه: «لا يجوز عزل المحكمين إلا بتراضي الخصوم جميعاً أو بحكم من القضاء بناء على طلب أحد الخصوم بعد سماع الطرف الآخر والمحكم بناء على طلب جميع الخصوم، ويصدر القاضي قرار الطلب أو بقبوله غير قابل للطعن.

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 300.

ولا يجوز ردهم إلا لأسباب تحدث أو تظهر بعض مشاركة التحكيم.

ويرد المحكم أو يطلب عزله لذات الأسباب التي يرد بها القاضي أو يعتبر غير صالح للحكم ولا يقبل طلب الرد أو العزل إذا صدر حكم المحكمين أو حجزت القضية للمحكم¹.

أما القانون السوري فقد جعل عزل المحكم يكون فقط بتراضي الخصوم جميعاً في المادة 515، أما عن رد محكم فقد نصت المادة 516 على أن الرد يطلب من المحكمة المختصة ولكن حددت ميعاداً لذلك وهو خمسة أيام من يوم إخبار الخصم بتعيين المحكم وسبب تحديد المدة هو لتفويت الفرصة على الخصم عندما يريد تعطيل إجراءات التحكيم وكسب الوقت ويعاقب على هذا النص تحديد مدة لطلب الرد ففي هذه الحالة لا يبقى للطرف الذي كان يريد رد المحكم إلا أن يطعن في حكم التحكيم، لأسباب تجعل المحكم غير محايد في حكمه وقد تدارك القانون الكويتي هذا الأمر فجاء في المادة 178 منه بنص يماثل نص القانون السوري ولكنه أضاف بأن طلب الرد يمكن أن يكون أيضاً من تاريخ حدوث بسبب الرد أو علم طالب الرد به إذا كان تالياً لإخباره بتعيين المحكم.

وهناك قوانين لم تحدد مدة لتقديم طلب الرد فيمكن لأي طرف من أطراف النزاع أن يطلب رد أو عزل المحكم منذ تعيينه ولحين إصدار حكم التحكيم، أما بعد إقفال باب المرافعة أو صدور الحكم فلا يجوز طلب الرد أو عزل المحكم، وجدير بالذكر أن نشير إلى ما جاء في المادة 11 من قانون التحكيم الأردني حول إقالة المحكم المهمل أو سيء السلوك بناء على طلب أحد الفريقين وهي حالة من حالات العزل فقد جاء في المادة المذكورة: «إذا أساء أحد المحكمين أو الفيصل (الرئيس) سلوكه أو أهمل قصداً العمل بمقتضى اتفاق للتحكيم بعد أن طلب إليه ذلك أحد الفريقين كتابة يجوز للمحكمة أن تقيله وتعيين خلف له إذا لم يقم ذلك الفريق الذي عينه أو المحكمون الذين عينوه»².

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 301.

² - المرجع نفسه، ص 302.

هذا عن نصوص القوانين الوطنية التي تعطي الحق للخصم أن يطلب من القاضي رد المحكم أو عزله، ومن جهة أخرى نجد بعض قواعد التحكيم الدولية نصت في الفقرة الثامنة من المادة الثانية من القواعد النافذة منذ 1988/01/01 على أن: «طلب رد المستند على الادعاء بعدم توفر الحيطة أو لأي سبب آخر يكون بتقديم الطلب المذكور بإرساله إلى الأمانة العامة للمحكمة - محكمة التحكيم- ببيان مكتوب يتضمن على الوقائع والظروف التي يسند عليها الطلب».

والطلب الخاص بالرد يجب أن يقدم خلال ثلاثين يوماً من إبلاغ الطرف صاحب الطلب بتعيين المحكم أو من خلال ثلاثين يوماً بعد علم الطرف الذي قدم الطلب بالأسباب والظروف التي أدت إلى تقديم الطلب المذكور.

وهنا نجد أن الفقرة التاسعة من المادة المذكورة تجعل محكمة التحكيم تابعة للغرفة التجارية الدولية هي المختصة بالنظر في الطلب، كذلك الحال مع قواعد التحكيم التي وضعتها الأونسترال فهي قد فصلت في أسباب وكيفية رد المحكمين ولم تجعل البت في ذلك من اختصاص القضاء بل جعلت الأمر متروكا للمحكم الذي يراود رده لكي ينتحى أو أن سلطة التعيين هي التي تكون مختصة في إصدار قرار الرد (المواد 10- 11- 12).

وعلى كل حال إن إتباع القواعد التحكيمية للمؤسسة التي اختارها الطرفان لا يمنع كما يقول Sanders من اللجوء إلى القضاء إذا كان القانون الواجب التطبيق يعطي للقاضي سلطة لاتخاذ القرار في حالة طلب الرد، وهذا ما وجدناه في النصوص القانونية المحلية التي سبق ذكرها¹.

ويلاحظ أن القانون السويسري الجديد قد جاء بنص واضح وصريح في هذا الخصوص، فبعد أن حدد أسباب الرد في المادة 180 أضاف في الفقرة الثالثة من المادة المذكورة قوله بأنه في حالة عدم اتفاق الطرفين على إجراءات الرد، فإن القاضي المختص في مكان هيئة التحكيم هو الذي له القرار النهائي في الموضوع. هذه هي أهم حالات تدخّل

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 303.

القاضي أثناء إجراءات التحكيم وقد وجدنا في قانون الإمارات العربية المتحدة للمرافعات نصاً يجيز للمحكم أن يطلب الرأي والفتوى من قبل القاضي حيث نصت المادة 89 على أنه: «يجوز للمحكّمين إذا وافقت المحكمة أن يطلبوا فتواها من أيّ موضوع معروض أمامهم للنظر فيه ويعتبر مثل هذه الفتوى جزءاً من قرار المحكّمين».

وهذا مثل آخر على تعاون القاضي مع المحكّمين في تسيير عملية التحكيم¹.

المطلب الثاني: التنظيم الإجرائي للتحكيم.

إن الدعوى التحكيمية شبيهة بالدعوى القضائية، إذ تحكّمها مجموعة من الإجراءات تختلف باختلاف نوع التحكيم كما جاء أعلاه.

إجراءات التحكيم هي جملة الأعمال الإجرائية المتوالية والتي ترمي إلى الوصول إلى حكم صادر من هيئة التحكيم يفصل في نزاع قائم بين طرفي التحكيم، وقبل أن نعرض هذه الإجراءات فلا بدّ أن نتحقّق أمور معينة تكون سابقة على عرض النزاع على هيئة التحكيم، الأمر الأول هو تشكيل هيئة التحكيم وقبول المحكّمين أو المحكم لمهمة الفصل في النزاع، والأمر الثاني هو تحديد النزاع المعروض على التحكيم وبالنسبة لهذه المسألة فلا صعوبة فيها عندما يكون اتفاق التحكيم في مرحلة لاحقة على نشوء النزاع ففي هذه الحالة يكون تعيين وتحديد النزاع وارد في اتفاق التحكيم، أما في حالة شرط التحكيم وهو ورود نص في العقد الأصلي يقضي باللجوء إلى التحكيم عند نشوء نزاعات في المستقبل ففي هذه الحالة فإن التحكيم لا يبدأ إلا منذ تاريخ نشوء النزاع وعندئذ يتم تحديد النزاع إما لوثيقة خاصة أو في طلب التحكيم أو أمام هيئة التحكيم في بيان الدعوى الذي يقدم إليه.

الفرع الأوّل: هيئة التحكيم ومهام المحكم.

يبدأ تشكيل هيئة التحكيم في إطار قواعد القانون الدولي العام بإرادة الدول المتنازعة، فللدول مطلق الحرية في اختيار هيئة التحكيم، ويتوقف تشكيل هاته الأخيرة على اتفاق

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 304.

الأطراف المعنية، فقد تتكون من محكم واحد يتم تعيينه باتفاق الطرفين أو بواسطة أي جهة أخرى يتم الاتفاق عليه، أو من ثلاث محكمين يتم تعيين اثنين منهم بواسطة الطرفين المعنيين (كل طرف يعين محكما) ويسمى الطرف المعين بـ(المحكم المرجح).

وحسب نص المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي تنص على ما يلي: «تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي»، فقد اشترط المشرع الجزائري على أن يكون عدد المحكمين فردياً.

حيث يتوقف اختيار التشكيل أو ذاك أو تشكيل آخر مخالف على إرادة أطراف النزاع، فالملاحظ أن الاتفاقيات حالياً تنصّ على إمكانية اللجوء إلى الغير لتعيين محكم أو أكثر عند عدم إمكانية اتفاق الأطراف على ذلك أو نتيجة لتقاعس أحدهما عن تعيين محكم أو أكثر غالباً ما تنص الاتفاقيات المبرمة في هذا الخصوص على إعطاء هذه السلطة لرئيس محكمة العدل الدولية أو للسكرتير العام للأمم المتحدة أو لأيّة منظمة دولية أخرى¹.

أما بخصوص مهام المحكم وشروط قبوله لمهمة التحكيم فهي كالتالي:

- المحكم هو شخص يتمتع بثقة الخصوم أولوه عناية الفصل في خصومة قائمة بينهم وقد يتم تعيينه من جانب المحكمة إذا كان التشريع يجيز ذلك للقيام بمهامه، ولما كان حكم المحكم بمثابة قضاء على الخصوم فلم يترك المشرع لهم حرية كاملة في اختياره، وإنما قيدها ببعض القيود رعاية لهم.
- وقد يكون التحكيم بالقضاء، وقد يكون بالصلح، حيث في الحالة الأخيرة يعفي المحكم المفوض بالصلح من التقيد بقواعد القانون ولا تثبت الصفة الأخيرة للمحكم إلا إذا كان اتفاق الخصوم قاطعاً في دلالاته على تقريرها².
- فقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 1008 من نفس القانون المشار سابقاً إليه على ما يلي: «... يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كفاءات تعيينهم». كذلك المادة 1009 من نفس القانون تنص على ما

¹ - خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص ص 201-202-203.

² - جعفر مشيمش، المرجع السابق، ص 100.

يلي: «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.

● إذا كان شرط التحكيم باطلاً أو غير كافٍ لتشكيل محكمة التحكيم يعاين رئيس المحكمة ذلك ويصرح بالأوجه للتعيين».

● كما تنص المادة 1041 من نفس القانون على ما يلي: «يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل 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 واختيار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر».

والملاحظ أن تغييراً أساسياً طرأ على قانون التحكيم الجزائري الدولي الجديد بالمقارنة مع القانون السابق الذي كان يلزم القاضي عند مراجعته بتعيين المحكم في التحكيم الدولي أن يعينه من غير جنسية الطرفين، ويبدو أن هذا القيد لم يعد وارداً أو أصبح بإمكان القاضي في الجزائر عند مراجعته لتعيين المحكم الثالث الذي لم يتفق الطرفان عليه أن يسمي محكماً من جنسية أحد الطرفين.

● أما فيما يخص عدد المحكمين، فقد أشارت إليه المادة 1017 والتي سبق وأن ذكرناها والتي تقتضي بأن تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي.

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: «لا تستند مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلا إذا كان متمتعاً بحقوقه المدنية إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصاً معنوياً، تولى هذه الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم».

حيث يفهم منه أن القانون الجزائري يقضي بأن الشخص المعنوي ينحصر دوره بتسمية محكم أو محكمين من أعضائه.

• أما فيما يخص قبول المحكم لمهمته، فقد تطرق القانون الجديد في نص المادة 1015 السابقة الذكر إلى قبول المحكم فنص على أنه: «لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم»، وبالتالي فإن قبول المحكم أصبح من القواعد الآمرة التي ترتبط بها صحة تشكيل المحاكم التحكيمية، كما تطرق القانون الداخلي إلى الموضوع أيضا من زاوية رفض المحكم إذا قضى بنص المادة 1012 المشار إليها سابقا أنه: «إذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة».

• فيكون موضوع قبول المحكم من أهم القواعد الآمرة التي نص عليها القانون الجديد¹. ويترتب عن ذلك أنه يجب أن تفرض المهمة على المحكم المعين سواء أكان محكما معينا من طرف أو محكما ثالثا معينا من طرفين أو من القضاء أو من مركز تحكيمي أو سلطة تسمية إما أن يقبلها أو يرفضها فإذا قبلها صح تشكيل محكمة التحكيم والتزم المحكم تعاقديا بمهمة إصدار حكم تحكيمي ضمن شروط ونظام التحكيم النابع من الشرط التحكيمي الذي حدد كيفية تعيين المحكمين وأجاز للأطراف تسمية محكميهم.

إذا رفض فليس الذي عينه هو الذي يعين البديل عنه إلا إذا كان القضاء هو الذي عينه بل الذي يعين البديل هو القضاء.

أما في التحكيم الدولي فإن القانون لم يتطرق للموضوع وتركه برمته لسלטان الإرادة.

وقد نص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 975 أنه: «لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 من نفس القانون أن تجري تحكيما وهم المحاكم الإدارية التي لها جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية إلا باستثناء يمكن لها

¹ - مناني فراح، المرجع السابق، ص 129-130.

إجراء تحكيم في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت الجزائر عليها وفي مادة الصفقات العمومية».

ومع ذلك قبل بعكس هذا الرأي على تقدير أن المحروم من مباشرة حقوقه المدنية والسياسية يتمتع عليه أن يكون خبيراً، فيمتنع عليه بالتالي أن يكون محكماً ولو كان القانون لم ينص على ذلك صراحة.

الفرع الثاني: الخصومة في التحكيم وإجراءات المحاكمة التحكيمية.

خصومة التحكيم هي عبارة عن مجموعة من الإجراءات المتتابعة يقوم بها أطراف الخصومة أو ممثليهم ويساعدتهم في ذلك هيئة التحكيم وفقاً لنظام يرسمه الأطراف في اتفاق التحكيم، وقانون التحكيم وقانون المرافعات، وتنتهي بصدر حكم في موضوعها، وقد تنتهي بغير حكم في الموضوع. وخصومة التحكيم أكثر مرونة من الخصومة القضائية لأن هيئة التحكيم هي التي تنظم هذه الإجراءات بنفسها أو هدياً من اتفاق الخصوم، وهذا ما نصت عليه معظم التشريعات، فالحكم غير مقيد بقواعد القانون الإجرائي إلا ما كان متعلقاً بالنظام العام¹.

أما بخصوص إجراءات المحاكمة التحكيمية فإن الخصومة التحكيمية تنطلق إجراءاتها بعد عرض النزاع على محكمة التحكيم من قبل الأطراف المختصة معا أو من الطرف الذي يهده التعجيل وفقاً لأحكام المادة 1010 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وحينها يطبق على هذه الإجراءات ما هو مقرر للإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية من آجال وأوضاع هذا ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك كأن يتفقوا على تفويض الأمر لمحكمة التحكيم لاختيار الإجراءات المناسبة المتبعة في حل النزاع، لا سيما وأن أساس التحكيم هو الاتفاق الذي يجمع الأطراف والخاضع لسلطان إرادتهم وهو الاتفاق الذي يعدّ صحيحاً ولم يحدد أجلاً لإنهاء التحكيم، ذلك أن المحكمين في هذه الحالة ملزمون بإتمام

¹ - منان فرح، المرجع السابق، ص 131-142-168.

مهمتهم في ظرف أربعة (04) أشهر كأقصى أجل على غرار الأجل المحدد للوسطاء بثلاثة (03) أشهر، ويبدأ حساب مدة الأربعة أشهر من تاريخ تعيين المحكمين¹.

فالمشرع الجزائري لم يورد نصا صريحا فيما يخصّ بدء إجراءات التحكيم، غير أنه يستخلص من نص المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري أن تحديد وقت بدء إجراءات التحكيم يبدأ من تاريخ تعيين المحكمين، أو إخطار محكمة التحكيم، حيث نصت على أنه: «يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجلا لإنهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة (04) أشهر يبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم».

وعليه فميعاد بدء إجراءات التحكيم يحتسب من تاريخ قيام الأطراف بتشكيل هيئة التحكيم في التحكيم الحر، أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم في التحكيم المؤسسي.

فعندما اشترط المشرع الجزائري ضرورة قبول المحكمين للمهمة المسندة إليهم وإلا كان تشكيل هيئة التحكيم باطلا وذلك استنادا إلى نص المادة 1015 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على أنه: «لا يعدّ تشكيل محكمة التحكيم صحيحا إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم». مما يثير التساؤل حول أيّ التاريخين نعتد به لبدء الإجراءات، هل هو تاريخ قيام الأطراف بتعيين محكميهم؟ أو تاريخ قبول المحكم أو المحكمين للمهمة المسندة إليهم؟

وباستقراء نص المادة 1015 والمادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يمكن القول بأن إجراءات التحكيم تبدأ من تاريخ إعلان المحكم أو المحكمين بقبولهم المهمة المسندة إليهم، على اعتبار أن تعيين المحكم فقط دون قبول هذا الأخير لمهمته لا يعتبر تشكيلا صحيحا لهيئة التحكيم، وبالتالي لا يمكن اتخاذه كنقطة لبداية الإجراءات، لأن اعتباره كذلك قد يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم بحجة أن تشكيل الهيئة لم يكن صحيحا لعدم إبداء

¹ - زروني محمد، المرجع السابق، ص 33.

أعضائها لقبولهم مهمة التحكيم، وبالتالي فإن اعتبار تاريخ قبول المحكم والمحكمين لمهمتهم يعدّ الأكثر قبولاً لجعله نقطة بداية إجراءات التحكيم.

ويتفق تحديد بدء الإجراءات بيوم إعلان المدعى عليه بطلب التحكيم مع ما نصت عليه المادة 21 من القانون النموذجي ونص المادة 2/3 من قواعد اليونسترال الخاصة بالتحكيم.

وطلب التحكيم هو كل طلب يوجهه أحد الطرفين أو ممثله القانوني إلى الطرف الآخر أو إلى مركز التحكيم المنتظم المتفق عليه، يخطر فيه برغبته في رفع النزاع إلى التحكيم، ويطلب منه اتخاذ اللازم لتحريك إجراءات التحكيم واستكمالها.

فالمادة 1/30 من قانون التحكيم المصري تنص على أن يرسل المدعي خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعى عليه، وإلى كل واحد من المحكمين بيانا مكتوبا بدعواه يشتمل على اسمه، وعنوانه واسم المدعى عليه وعنوانه، وشرحا لوقائع الدعوى وتحديد المسائل محل النزاع وطلباته، وكل أمر آخر يتعلق باتفاق الطرفين يجب ذكره في هذا البيان، فيستلزم هذا النص لصحة تقديم طلب التحكيم الكتابية، وتقديمه خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين.

كما تؤكد الفقرة الثالثة من المادة السابقة حق هيئة التحكيم في أي مرحلة كانت عليها الدعوى في طلب تقديم أصول المستندات أو الوثائق التي يستند إليها أي طرفي الدعوى ويظل للأطراف إمكانية تعديل طلباتهم أو أوجه دفاعهم وذلك ما لم تقرر الهيئة تحديد موعد نهائي - غلق باب المرافعات- لا يجوز بعده تقديم وثائق أخرى إذا قدرت الهيئة أنّ المقصود من تقديم الطلبات هو تعطيل الفصل في النزاع.

وقد أوجبت المادة 30 من قانون التحكيم المصري أن يكون المدعي أي مقدم طلب التحكيم، بأن يرسل بيانا مكتوبا للمدعى عليه بدعواه، ثم إلى الجهة الإدارية أو الجهاز المركزي الإداري لدى مركز أو مؤسسة التحكيم المنتظم، غير أن توجيه طلب التحكيم في هذه الحالة إلى تلك الجهة أو الجهاز الإداري المختص لا يعني أن الطرف المطلوب التحكيم

ضده قد علم بالطلب، بل يلزم أن تتولى هذه الجهة أو الجهاز مهمة إخطار ذلك الطرف بطلب التحكيم وإعلان المحكم أيضا بطلب التحكيم، وهذا ما يفترض تعيينه من قبل، لذا لم يتطلب قانون التحكيم المصري سوى إعلان الخصم بطلب التحكيم حتى لا يفهم من تطلب إعلان المحكم وجوب تعيينه قبل ذلك¹.

وأحيانا تمرّ إجراءات التحكيم بمرحلة تمهيدية قبل تصدي هيئة التحكيم للفصل في موضوع النزاع وذلك في التحكيم المنظم أو المؤسسي. وهذه المرحلة التمهيدية تكون ذات أهمية قصوى في حالة شرط التحكيم حيث إن الأطراف لا تعلم شيئا عن موضوع النزاع أو إجراءاته حيث إنها لم تفعل سوى مجرد الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم بشأن ما قد يثور من منازعات بشأن علاقة ما، وفي هذه المرحلة التمهيدية تتعدد فيها الجلسات بين الأطراف، حيث يتم التقاء الأطراف لإعداد وثيقة تحدد مهمة المحكم وإجراءات التحكيم وتحديد نقاط الخلاف الذي يؤدي بطبيعة الأمر إلى سرعة الفصل في التحكيم وتوفير النفقات إلى حد ما. وهذه الوثيقة قد لا تتضمن بعض المسائل محل الخلاف بين الأطراف والتي تترك في الغالب لهيئة التحكيم تتصدى لها أثناء نظر موضوع النزاع موضوع التحكيم².

أما لغة التحكيم فلقد نصت الفقرة الثالثة (03) من المادة الخامسة عشر (15) من قواعد الغرفة التجارية الدولية على أن: «المحكم يحدد اللّغة أو اللّغات التي يجري بها التحكيم مراعيًا في ذلك الظروف ولا سيما لغة العقد».

لم نجد في هذه الفقرة الرجوع إلى إرادة الطرفين أولاً ورغم هذا السكوت فتطبيقاً لحرية الأطراف في التحكيم فإن الطرفين إذا كانا قد اتفقا على استعمال لغة معينة في التحكيم ففي هذه الحالة على المحكم إتباع ما جاء في الاتفاق.

أما إذا لم يكن هناك اتفاق على لغة معينة للتحكيم فيترك الأمر إلى تقدير المحكم ويأخذ في ذلك بنظر الاعتبار معرفة الطرفين للغة المشتركة ومعرفة المحكمين لتلك اللغة أو اللّغة التي كتب بها العقد والمراد بالعقد هنا هو العقد الأصلي الذي ثار النزاع بسببه، كما أن الحكم

¹ - لزهري بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 228-229-230.

² - خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 217-218.

يستطيع طلب ترجمة الوثائق إلى اللغة المذكورة وتبادلها بين الأطراف، كما يستطيع أن يستدعي مترجما لترجمة المرافعة الشفوية.

أما اللغة التي تستعمل في أعمال محكمة التحكيم التابعة للغرفة التجارية الدولية فقد جاء في دليل التحكيم الذي أصدرته الغرفة المذكورة أن لغة العمل في اجتماعات المحكمة هي الانجليزية والفرنسية، وإذا كانت الوثائق والمستندات المقدمة إلى المحكمة مدونة بلغة أخرى فحينها يتم ترجمتها إلى إحدى تلك اللغتين المشار إليهما بالاتفاق مع السكرتارية.

ويلاحظ أن القانون النموذجي الذي أعدته لجنة القانون التجاري الدولي (الأونسترال) قد سار على نفس النهج وذلك بنصه في المادة 22 على أن:

«1. للطرفين حرية الاتفاق على اللغة أو اللغات التي تستخدم في إجراءات التحكيم، فإن لم يتفقا على ذلك، بادرت هيئة التحكيم إلى تعيين اللغة أو اللغات التي تستخدم في هذه الإجراءات ويسري هذا الاتفاق أو التعيين على أي بيان مكتوب لأحد الأطراف وعلى جميع إجراءات المرافعة وقرارات الحكم والقرارات والتبليغات الأخرى التي تصدر عن هيئة التحكيم.

2. لهيئة التحكيم أن تأمر بأن يرفق بأي دليل مستندي ترجمة له إلى اللغة أو اللغات التي اتفق عليها أو عينتها هيئة التحكيم».

والحقيقة أنّ نصّ المادة المذكورة يمثل ما يجري عليه العمل في إجراءات التحكيم وذلك لتعيين اللغة التي تستعمل في المرافعة وفي تقديم المستندات وترجمتها وهذا ما يمكن أن يطبق في التحكيم الخاص وكذلك في التحكيم المنظم، وهناك من اشترطت استعمال اللغة الوطنية في التحكيم الذي يجري في بلدها كما هو الحال في إسبانيا والبرتغال، كذلك تنص المادة 25 من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم في المملكة السعودية على أن: «اللغة العربية هي اللغة الرسمية التي تستعمل أمام هيئة التحكيم سواء في المناقشات أو المكاتبات، ولا يجوز لهيئة المحكمين وغيرهم التكلم بغير اللغة العربية وعلى الأجنبي الذي لا يستطيع التكلم

باللغة العربية اصطحاب مترجم موثوق به يوقع معه في محضر الجلسة على الأقوال التي نقلها»¹.

فالتطرق إلى الخصومة التحكيمية الدولية يقودنا إلى تناولها ضمن النقاط التالية:

1. ضبط إجراءات الخصومة:

فعملا بنص المادة 1043 من ق.إ.م. الجزائري، فإن الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة التحكيمية من قبل محكمة التحكيم تتضمنها اتفاقية التحكيم سواء بعد ضبطها من طرف الخصوم مباشرة أو استناد إلى نظام تحكيمي أو من خلال إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم كأن يكون قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في مجال التحكيم مثلاً.

أما في حالة ما لم تنص اتفاقية التحكيم على ضبط هذه الإجراءات من قبل الأطراف فإن محكمة التحكيم هي من تتولى ضبطها عند الحاجة سواء مباشرة أو استناداً إلى قانون أو وفقاً لنظام تحكيم².

وإن كان للأطراف أن يصطنعوا لأنفسهم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة شريطة أن لا تتعارض مع النظام العام الدولي.

فليس للأطراف أن يستحدثوا نصوصاً موضوعية تعتمد كمرجع وقع الفصل في الخصومة التحكيمية ما يؤكد ذلك المادة 1050 من ق.إ.ج.م.إ.، حيث تقتضي بأن فصل محكمة التحكيم في النزاع يتم عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة³.

¹ فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، المجلد 5، الأردن، 1997، ص 276-284-285.

² زروني محمد، المرجع السابق، ص 18.

³ بربار عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغداد للطباعة والنشر والتوزيع، الروبية، طبعة ثانية، الجزائر، 2009، ص 554.

2. فصل محكمة التحكيم في اختصاصها:

تتولى محكمة التحكيم الفصل في مدى اختصاصها بنظر النزاع وكل دفع يتعلق بعدم اختصاصها يتعين إثارته قبل أي دفاع في الموضوع وتفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بموجب حكم قبل التطرق إلى موضوع النزاع إلا في حالة ما إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبط بموضوع النزاع ويتعذر الفصل في مسألة الاختصاص بمنأى عنه وهذا وفقا لأحكام المادة 1044 من ق.إ.ج.م.!

وعند قيام الخصومة التحكيمية فإن القاضي لن يكون مختصا عند وجود اتفاقية تحكيم مبرمة شرط إثارة وجودها من قبل أحد الأطراف، ويتمسك بطرح النزاع على التحكيم بموجبها وهذا ما تؤكدته المادة 1045 من ق.إ.ج.م.¹

3. التدابير المتخذة من طرف محكمة التحكيم:

لقد ذهب المشرع الجزائري في مادته 1/1046 التي نصت على أنه: «يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك»، وعليه فأساس صلاحيات هيئة التحكيم في إصدار مثل هذه التدابير هو اتفاق الطرفين على تخويلها هذه السلطة، فإذا ما تم الاتفاق على ذلك كان لها سلطة تقديرية في اتخاذ ما تراه مناسبا من هذه التدابير بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة، فإذا لم يتفق الطرفان على تخويلها هذه السلطة امتنع عليها إصدار مثل هذه التدابير إلا أن المشرع لم يوصد الباب فأجاز لهيئة التحكيم إصدار أحكاما وقتية بناء على طلب أحد الخصوم، ولو لم يوجد اتفاق وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة².

وعملا بأحكام المادة 2/1046 التي تنص على ما يلي: «إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي»، وطبقا لذات النص فإن امتناع أحد الأطراف عن تنفيذ التدابير

¹- زروني محمد، المرجع السابق، ص 19.

²- لزهر بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 247.

المأمور بها طوعا أو إراديا فإنه يجوز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص والذي يطبق قانون بلده وأما في الجزائر فإن الأمر يتعلق برئيس المحكمة سواء ضمن اختصاصه الاستعجالي أو ضمن اختصاصاته الولائية التي يتدخل بموجبها عن طريق الأوامر على عرائض والتي تنفذ جبرا لا سيما وأن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد اعتبرها سندات تنفيذية طبقا لنص المادة 600 ق.إ.ج.م.

كما أن طلب محكمة التحكيم تدخل القاضي يفسر عدم تمتعها بامتيازات السلطة العامة باعتبارها تؤدي مهمة عدالة خاصة وليست عامة، من أمثلة هذه التدابير الحراسة القضائية والحجوز التحفظية التي يمكن الأمر بها وتكون مؤقتة إلى غاية الفصل النهائي في موضوع النزاع.

وفي نفس السياق فيمكن للقاضي فرض ضمانات ملائمة على الطرف الذي طلب التدابير المؤقتة أو التحفظية¹.

والأصل أن تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة وهذا ما أكدته المادة 1047 من ق.إ.ج.م.إ. كما أعطى المشرع الجزائري لهيئة التحكيم إمكانية طلب مساعدة القضاء في تقديم الأدلة، حيث نصت المادة 1048 من ق.إ.ج.م. على أنه: «إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى، جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي».

ويفهم من هذا النص أنه إذا طلب أحد المحكمين من الهيئة إلزام الطرف الآخر بتقديم مستند تحت يده يفيد في إثبات ما يدعيه، ولم يقدم الطرف الآخر هذا المستند جاز لمحكمة التحكيم أو الطرف الذي يهمه التعجيل اللجوء إلى السلطة القضائية المختصة بعد الترخيص

¹ - زروني محمد، المرجع السابق، ص 19.

له من محكمة التحكيم لطلب إلزام الطرف الآخر بتقديم هذا المستند بموجب عريضة تقدم إلى القاضي المختص، وتطبق في هذا الصدد أحكام قانون دولة القاضي¹.

عوارض خصومة التحكيم:

يمكن أن يرد على خصومة التحكيم قبل الفصل فيها الانقطاع أو الوقف كما تنتهي قبل إصدار الحكم التحكيمي أي إنهاؤها إنهاء مباشرا.

• توقف التحكيم:

في قانون التحكيم الداخلي: إذا طعن بالتزوير مدنيا في ورقة أو إذا حصل عارض جنائي يحيل المحكمون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة ويتوقف سير التحكيم يستأنف سريان أجله من تاريخ الحكم في مسألة المعارضة وهذا ما أكدته المادة 1021 من ق.إ.ج.م.إ.

أما في قانون التحكيم الدولي: فلم يأت على ذكر توقف سير التحكيم وعليه فالتحكيم الدولي لا تؤثر فيه العوارض الجنائية والتزوير الذي تراجع بشأنه المحاكم الوطنية لأن التحكيم الدولي، واجتهاد التحكيم الدولي استقر على عدم تطبيق قاعدة "الجزاء يعقل الحقوق" إلا إذا وجدت المحكمة التحكيمية ارتباطا وثيقا بين العارض أو التزوير والنتيجة التي ستتوصل إليها².

ووقف الخصومة هو عدم سيرها لسبب أجنبي عن المركز القانوني لأطرافها، وذلك حتى يزول هذا السبب، حيث يعتبر تنظيم حالات وقف إجراءات خصومة التحكيم من صميم المسائل الإجرائية فالقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم هو الذي يختص بتنظيم قواعد وحالات وإجراءات وقف خصومة التحكيم، واستئناف سيرها بعد ذلك، ورغم وقف الخصومة إلا أن طلب التحكيم يظل مرتبا لآثاره، ويحتفظ كل طرف بمركزه القانوني.

¹ - لزهري بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 243.

² - مناني فراح، المرجع السابق، ص 173.

كما أن هذه الخصومة القائمة يصيبها الركود، حيث لا يجوز لأي من أطرافها أو للهيئة القيام بأي نشاط فيها، ويترتب على وقف الخصومة وقف ميعاد التحكيم، ولو كان ميعادا اتفاقيا أو ميعادا إضافيا قررته هيئة التحكيم أو المحكمة المختصة.

فقد يكون وقف إجراءات خصومة التحكيم لأسباب قد يقدرها الأطراف أنفسهم، أو هيئة التحكيم أو القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

• انقطاع خصومة التحكيم:

المشرع الجزائري مل يتعرض لمسألة انقطاع خصومة التحكيم حيث لم نجد في نصوص قانون المرافعات أي مادة تشير لمسألة انقطاع خصومة التحكيم، كما لم تتضمن أي إحالة إلى الأحكام المنظمة لانقطاع الخصومة أمام الجهات القضائية¹.

فانقطاع الخصومة هو وقف السير فيها بقوة القانون لقيام سبب من أسباب الانقطاع

وهي:

- 1- وفاة الخصم.
- 2- فقده أهلية الخصومة.
- 3- زوال صفة من كان يباشر الخصومة نيابة عنه.

فمجرد قيام سبب الانقطاع يتعين على المحكم أن يمتنع عن نظر الخصومة وللخصم التمسك بهذا الانقطاع لتفادي السير في خصومة مهددة بالبطلان، فيقود المحكم بإعلان ورثة المتوفى مثلا بقيام الخصومة أمامه بخطاب مسجل بعلم الوصول أو بالوسيلة المتفق عليها لإجراء الإعلانات، وإذا كان الخصوم قد أبدوا أقوالهم وطلباتهم الختامية أمام المحكم قبل الوفاة، أو فقد الأهلية، أو زوال الصفة فالمحكم يملك الحكم في الدعوى بموجب تلك الطلبات والأقوال عملا بالقواعد العامة.

¹ - لزهري بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 254-257.

وعند تعدد أطراف الخصومة وقام مانع لأحدهما فلا يمنع من استمرار الخصومة بالنسبة للآخرين بشرط قبول الخصومة للتجزئة، أما ادعاء أحد المتحاكمين ببطلان العقد أو بانعدامه، فلا يترتب عدم اختصاص المحكم الذي ارتأى صحة اتفاق التحكيم أن يستمر في إجراءاته التحكيمية (م 6 من نظام الغرفة)¹.

وأما بخصوص انتهاء الخصومة التحكيمية فقد نصت المادة 1024 من ق.إ.ج.م.إعلى ما يلي: «ينتهي التحكيم:

1. بوفاة أحد المحكمين أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تنحيته أو حصول مانع له، ما لم يوجد شرط مخالف أو إذا اتفق الأطراف على استبداله أو استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقين، وفي حالة غياب الاتفاق تطبق أحكام المادة 1009 أعلاه.
2. بانتهاء المدة المقررة للتحكيم، فإذا لم تشترط المدة فانتهاء مدة أربعة (04) أشهر.
3. بفقد الشيء موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه.
4. بوفاة احد أطراف العقد».

أما في قانون التحكيم الدولي فسلطان الإدارة هو الذي يحدد وحده متى ينتهي التحكيم وعليه يترتب على أنها إجراءات التحكيم انتهاء مهمة التحكيم، كما لو انتهت مهمتهم بصدور الحكم.

¹ - طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة السابعة، عمان، 2010، ص 253- 254.

الفصل الثاني: حجية الحكم التحكيمي.

تنتهي إجراءات التحكيم بإصدار الحكم (القرار) التحكيمي حيث يتم تبليغه للأطراف، وعندئذ الإجراءات الخاصة بتنفيذه.

فالمشرع الجزائري كباقي الدول الأخرى وضع قواعد خاصة تنظم مسألة الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها الجبري وطرق الطعن فيها.

المبحث الأول: صدور الحكم وتنفيذه.

عند انتهاء هيئة التحكيم في النزاع المعروض عليها فإنها تصدر حكما تحكيميا لذلك، فالمشرع الجزائري حدّد جملة من الشروط التي يجب توافرها حتى يكون هذا الحكم منتجا لآثاره.

المطلب الأول: صدور الحكم والاعتراف به.

غاية كل نزاع أن يصدر حكما فيه من المحكمة التي تنظره، بيد أن تلك الغاية ليست على إطلاقها في مجال التحكيم الدولي، فقد تصدر هيئة التحكيم أحكاما وقتية لا تحسم موضوع النزاع، كما يمكن لهيئة التحكيم أن تبني حكما توصل إليه أطراف النزاع بشروط متفق عليها¹.

فالمشرع الجزائري وضع أحكاما وضوابط الاعتراف لأحكام التحكيم.

الفرع الأول: صدور الحكم (القرار) وآثاره.

إن عملية التحكيم هدفها صدور حكم يفصل في موضوع النزاع، والحكم يعتبر حصيلة كل ما يبذله الأطراف ومن يرتبط بهم والمحكمون ومن يعاونهم طوال فترة نظر النزاع بموجب التحكيم، وحيث التحكيم يفصل في نزاع بين طرفين فهو يصدر لصالح طرف

¹ - خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 231.

و ضد خصمه ولكن ليس هناك ما يمنع أن يكون الحكم الصادر في التحكيم صادرا لصالح كلا الطرفين وضدهما في آن واحد.

وحكم التحكيم هو عبارة عن صك - فضلا عن توافر شكل الحكم فيه- يصدر من شخص أو أكثر تعين مباشرة أو بطريق غير مباشر من قبل أطراف النزاع يتضمن بناء على المهمة الموكلة إليه، تخالفا بين التزامات الأطراف المتنازع عليها تلك المهمة التي كان من الواجب أن تدخل أصلا في اختصاص القضاء العادي.

كما أن جانب من الفقه يضيف إلى هذه المقومات الأساسية لحكم التحكيم أن هذا الحكم يكون قابلا لأن يترتب آثارا مماثلة لتلك الخاصة بالأحكام القضائية كالحجية والقوة التنفيذية.

فلا شك أن الحصول على حكم التحكيم هو الغاية التي يسعى إليها أطراف النزاع، ومن المتصور إنهاء خصومة التحكيم دون أن يصدر حكم فيها كما في حالات الصلح أثناء سير الخصومة أو وفاة الخصوم أو في حالة اتفاق الطرفين على إنهائه أو إذا ترك المدعي خصومة التحكيم وما إلى ذلك من الأسباب.

وإصدار حكم التحكيم يقتضي البحث عن ميعاد صدور حكم التحكيم وكيفية صدور حكم التحكيم وكذلك شكليات حكم التحكيم¹.

وإذا كان المحكم واحد يصدر قراره بعد إقفال باب الموافقة وبعد الانتهاء من تقديم الوثائق والمذكرات من الطرفين المتنازعين وبعد استنفاد كافة الفرص من قبلهما لإبداء طلباتهما ودفوعهما، وعلى المحكم أن يرجع إلى تلك الوثائق وأقوال الطرفين، وبعد دراسة وتأمل للموضوع من كافة جوانبه واستنادا إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وطبقا لإجراءات التحكيم التي تطبق على التحكيم يصدر المحكم قرار التحكيم.

¹ - خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 232-236.

أما إذا كان التحكيم من قبل عدة محكمين (هيئة التحكيم) فلا بدّ من إجراء المداولة.

- المداولة:

إذا كانت هيئة التحكيم تتألف من عدة أشخاص وعادة يكون عددهم وترا، فلا بد من إجراء المداولة بين المحكمين قبل إصدار القرار، حيث يقول Fauchard أنّ ليس هناك أيّة شكلية خاصة بمداولة المحكمين فهي تستمد كلياً من اتفاق الأطراف ومن قواعد التحكيم، على أن تحترم النظام العام الدولي وتستند كذلك إلى أحكام قوانين الإجراءات التي اختارها الطرفان، ويفرض أن تجري المداولة بين مجموعة المحكمين الذين نظروا في النزاع.

وقد لا تتحقق المداولة بين جميع المحكمين مجتمعين وذلك لصعوبة ذلك في مجال التحكيم الدولي، فقد يعد الرئيس مشروعاً لقرار التحكيم وترسل نسخة منه إلى كل محكم في البلد الذي يوجد فيه ويقوم كلّ منهم بإبداء رأيه بالمراسلة إلى أن يصل الأمر إلى الاتفاق على صيغة القرار من قبل أغلبية المحكمين أو بالإجماع.

وتكون المداولة سرية ولا يجوز إشراك شخص آخر مع المحكمين كالخبراء أو المستشارين وإلا أصبح ذلك سبباً في الطعن في قرار التحكيم¹.

فالمشرع الجزائري وعملاً بنص المادة 1/1035 من ق.إ.ج، فقد فرق بين الحكم النهائي والحكم الجزئي والحكم التحضيري، وجعل هذه الأحكام قابلة للتنفيذ بأمر يصدر من رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها ويودع أصل هذا الحكم في أمانة ضبط المحكمة من طرف الذي يهيمه التعجيل.

أما التدابير المؤقتة والتحفظية فقد تركها القانون الداخلي الجديد لاختصاص القضاء.

أما قانون التحكيم الدولي، فقد أجاز للمحكمة التحكيمية أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية إلا إذا اختار سلطان الإرادة غير ذلك.

¹ - فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولية، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص 300-301.

والملاحظ أن قانون التحكيم الداخلي والدولي قد تجاهلا التحكيم بالصلاح وحصر التحكيم بالتحكيم بالقانون ولكن قانون التحكيم الدولي ترك لسلطان الإرادة حرية اختيار الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة وإلا فالمحكّمون يحددون الإجراءات¹.

- ميعاد إصدار حكم التحكيم:

يتعين على هيئة التحكيم إصدار الحكم التحكيمي المنهي للنزاع خلال المدة المحددة لإصداره، ونادرا ما تحدد العقود الدولية مدة معينة تقوم خلالها المحكمة بإصدار قرار تحكيمي في النزاع.

فقد يقوم الأطراف بتحديد هذا الميعاد مباشرة في اتفاق التحكيم أو بطريقة غير مباشرة كالإحالة إلى لائحة مركز التحكيم.

ويبدأ سريان الميعاد إما منذ بدء إجراءات التحكيم أو منذ اكتمال تشكيل هيئة التحكيم أو منذ انتهاء الجلسات التحكيمية وإقفال باب المرافعات.

وينتهي الأمر بإصدار المحكمين للحكم التحكيمي خلال المدة المتفق عليها، غير أن هيئة التحكيم قد لا تتمكن من الفصل في النزاع المعروض عليها خلال المدة المتفق عليها، في مثل هذه الحالة يجوز للأطراف الاتفاق على تمديد ميعاد إصدار الحكم التحكيمي.

أما في حالة عدم اتفاق الأطراف على تمديد الأجل فالمادة 2/1018 من ق.إ.ج.م. نصت على أن يتم تمديد نظام التحكيم، وفي غياب ذلك يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة، فالمشرع الجزائري أراد تجسيد السرعة في الفصل في أحكام التحكيم من خلال جعل هذه المدة إلى 04 أشهر وهذا ما أغفله المرسوم التشريعي رقم 09/93، حيث أن المشرع لم يرق بتحديد المدة التي يجب بعد انقضاءها على المحكم الفصل في النزاع في حالة التمديد، ونص على صحة اتفاق التحكيم وإن لم يحدد أجل لإنهائه، وفي هذه الحالة ألزم

¹ - مناني فراح، المرجع السابق، ص 143.

المحكّمين بإتمام مهمّتهم في ظرف أربعة (04) أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم (م. 1/1018 ق.إ.ج.م.إ.).

- تسليم حكم التحكيم:

يعتبر حكم التحكيم قد صدر عن هيئة التحكيم بإعلانه وتسليمه للأطراف، لا يعد حكم التحكيم حكماً بالمعنى الدقيق إلا من التاريخ الذي يخرج فيه الحكم عن ولاية الهيئة التحكيمية، وقبل هذا التاريخ يعد بمثابة مشروع حكم تتدخل فيه هيئة التحكيم بالحذف أو التعديل أو الإضافة.

وقد اختلفت التشريعات في مسألة إيداع حكم التحكيم، فالقانونان الفرنسي والانجليزي يلاحظ أنه يتم إيداع حكم التحكيم في مركز التحكيم المؤسسي أو الحر الذي انعقد فيه التحكيم، أو في قلم كتاب إحدى المحاكم القضائية في الدولة التي صدر على إقليمها أي أن إيداع حكم التحكيم في القانونين الفرنسي والانجليزي في كتابة إحدى المحاكم القضائية أمر اختياري¹.

أما بالنسبة للقانون المصري فأوجب إيداع حكم التحكيم في كتابة ضبط إحدى المحاكم القضائية المصرية وهذا ما نصت عليه المادة 47 من قانون التحكيم لسنة 1994.

أما المشرع الجزائري فقد اكتفى بإلزام الطرف الذي صدر الحكم لصالحه بإيداعه بأمانة المحكمة في حالتين:

الحالة الأولى: في تنفيذ أحكام التحكيم وهنا يقوم الطرف الذي يهّمه التعجيل بإيداع حكم التحكيم سواء النهائي أو الجزئي أو التحضيري بأمانة ضبط المحكمة (م. 1035 من ق.إ.ج.م.إ.)، (محكمة محل التنفيذ باعتبار أن مقر محكمة التحكيم موجود خارج الإقليم الوطني).

الحالة الثانية: وهي حالة الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر فهنا يتعين تقديم الأصل (م. 1051، 1052 ق.إ.ج.م.إ.).

¹ - بولقواس سناء، المرجع السابق، ص 136-137-138.

- شكل حكم التحكيم:

يصدر حكم التحكيم غالبا في شكل مكتوب، وقد نصت المادة الثانية من لائحة اليونسترال لسنة 1976 على وجوبية أن يتم إصدار حكم التحكيم كتابة، كذلك اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى نصت في المادة 48 على وجوبية أن يكون حكم التحكيم مكتوباً. كما ألزم أعضاء المحكمة الذين صوتوا لصالحه، كما نص المشرع المصري على وجوبية صدور حكم التحكيم كتابة بموجب المادة 1/43 منه.

أما بالرجوع للتشريع الجزائري لا نجد نصا صريحا على وجوبية صدور حكم التحكيم كتابة لكن يستكشف من مجموعة من أن الحكم لا بد أن يكون مكتوبا حيث¹:

- يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا لادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم، ويجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة².
- يتضمن حكم التحكيم البيانات الآتية:
 - اسم ولقب المحكم أو المحكمين.
 - تاريخ صدور الحكم.
 - مكان إصداره.
 - أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي.
 - أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف عند الاقتضاء³.
- توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين.

¹ - بولقواس سناء، المرجع السابق، ص 139.

² - المادة 1027 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، ج.ر. عدد 21.

³ - المادة رقم 1028 من ق.إ.ج.م.إ.

وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك، ويرتب الحكم آثاره باعتبارها موقّعا من جميع المحكمين.

• ... يتحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض والوثائق وأصل حكم التحكيم¹.

وترك قانون التحكيم الدولي لسلطان الإرادة أن يحدد البيانات الإلزامية في الحكم التحكيمي بالإحالة في نظام تحكيمي أو قانون تحكيمي، وفي كل الأحوال فلا يتصور حكم تحكيمي دولي يأخذه طرفيه إلى التنفيذ.

1. إذا لم يتضمن اسم المحكم أو المحكمين لمراقبة استقلاليتهم وحيادهم.

2. تاريخ صدور الحكم وإلا كيف يعرف إذا كان الحكم قد صدر ضمن مهلة التحكيم أو لا؟

3. مكان إصداره لأنه إذا لم يبيّن مكان إصداره فكيف ستعرف المحاكم المختصة للمراجعة لديها في طلب إبطاله مثلا؟

4. أسماء أطراف النزاع وعناوينهم.

5. أسماء المحامين.

فيجب أن يكون الحكم التحكيمي الدولي موقّعا، فهذه البيانات الإلزامية هي أسس عضوية ينهض على متنها الحكم التحكيمي وأيا كان الخيار الذي مارسه سلطان الإرادة فلا يمكنه أن ينفك عن هذه البيانات الإلزامية لأنّ غيابها يفقد الحكم فعاليتها.

• **أما فيما يخص تصحيح الحكم:**

ففي قانون التحكيم الداخلي، ترتفع يد المحكم عن النزاع بمجرد صدور الحكم، غير أنه يمكن للمحكم تفسير الحكم أو تصحيح الأخطاء المادية أو الإغفالات التي تشوبه.

فإذا كان طلب التصحيح أو التفسير وإذا ضمن مهلة التحكيم فإن الطرف طالب التصحيح أو التفسير يتوجه إلى المحكم، أما إذا كانت مهلة التحكيم قد انقضت فيتوجه إلى

¹ - المادة رقم 1/1035 ق.إ.ج.م.إ.

القضاء إذا لم يتوقف على التمديد مع الطرف الآخر ليطلب منه تحديد المهلة فإذا رد طلب التمديد ينظر القضاء بأمر التفسير أو التصحيح ويبت فيه.

أما في التحكيم الدولي: فإن الحكم الذي يحتاج إلى تفسير أو تصحيح إذا كان صادراً في الجزائر يتبع الطرف الذي يتبعه الحكم التحكيمي الداخلي، أما إذا صدر في الخارج أو صدر استناداً إلى نظام أو قانون غير القانون الجزائري فإن هذا النظام أو هذا القانون يحدد طريقة تصحيح وتفسير الأحكام التحكيمية¹.

أنواع القرارات التحكيمية:

1. قرار الصلح:

لا يتخذ مثل هذا القرار إلا عندما يكون المحكم أو المحكمون مخولين باتخاذ قرار الصلح من قبل الطرفين المتنازعين، حيث لا يلزم المحكم في هذه الحالة بتطبيق الأحكام القانونية على موضوع النزاع، ولكن له أن يطبقها أو يستند في قراره إلى مبادئ الإنصاف، وقد جاء في المادة 2/265 من قانون المرافعات العراقي: «إذا كان المحكمون مفوضين بالصلح يعفون من التقيد بإجراءات المرافعات وقواعد القانون إلا ما تعلق منها بالنظام العام».

ويذهب الفقه أيضاً إلى أن المحكم بالصلح لا يمكن أن يتقيد بالنصوص القانونية الأمره بالإضافة إلى القواعد الخاصة بالنظام العام.

فتفويض الأطراف المتنازعة للمحكم بالصلح يكون بشرط صريح في العقد أو بصيغة يفهم منها كذلك، كما يذهب الفقه بالقول بأن شرط التحكيم بالصلح يعني بتنازل الأطراف عن حكم القانون وهذا يعطي للمحكم سلطة جديدة وبالوقت الذي يوسع مثل هذا الشرط سلطة المحكم فإنه يحدد واجباته بما تقتضيه مبادئ الإنصاف أو مصلحة الطرفين.

¹ - مناني فراح، المرجع السابق، ص 145-146.

2. قرار التحكيم المبني على اتفاق التسوية بين أطراف النزاع:

أثناء إجراءات التحكيم قد يأتي الطرفان إلى المحكم ويخبرانه بأنهما قد توصلا إلى اتفاق لتسوية نزاعهما موضوع التحكيم، ففي هذه الحالة قد يسحب المدعي طلبه الخاص بإجراء التحكيم، وعندئذ ينهي المحكم إجراءات التحكيم، أو أن الطرفين يطلبان من المحكم أن يصدر قراره متضمنا اتفاقهما على تسوية النزاع وبالشكل الذي توصلا إليه، فليس من الضروري أن يقدم الطرفان إلى المحكم نصا مكتوبا يتضمن تفاصيل اتفاقهما.

ويرى الفقه أنه لا مانع في هذه الحالة من أن يقوم المحكم بمساعدة الطرفين في التوصل إلى مثل هذا الاتفاق، غير أن المحكم لا يلزم بإجابة الطرفين إلى رغبتهما في هذا الصدد، ويستطيع أن يرفض الطلب إذا رأى أن التسوية التي توصلا إليهما غير مشروعة أو مخالفة لقواعد النظام العام.

كما أنّ تضمين اتفاق التسوية في قرار التحكيم يتوقف على موافقة المحكم، وهذا ما نصت عليها الفقرة الأولى من المادة 34 من قواعد التحكيم التي وضعتها الأونسترال حيث جاء فيها: «إذا اتفق الطرفان قبل صدور قرار التحكيم على تسوية تنهي النزاع، تقرر هيئة التحكيم إنهاء إجراءات التحكيم أو إذا طلب منها الطرفان ووافقت هي على الطلب أن تضمن الاتفاق في قرار التحكيم الذي يصدر بناء على موافقة الطرفين، وهذا القرار لا يكون مسيبا».

كذلك جاء في القانون النموذجي للتحكيم الذي وضعته اللجنة المذكورة في المادة 30 منه بنص مماثل للنص المشار إليه أعلاه.

فالملاحظ أنّ قرار التحكيم المبني على التسوية التي اتفق عليها الطرفان سرعان ما ينفذ من قبلهما وفي حالة عدم التنفيذ الإرادي يمكن طلب تنفيذه جبرا شأنه شأن القرارات التحكيمية الأخرى، حيث التفت القانون النموذجي إلى هذه النقطة فأكد عليها في الفقرة الثانية من المادة 30: «... يكون لهذا القرار نفس الصفة ونفس الأثر الذي لأي قرار تحكيم آخر يصدر في موضوع الدعوى».

3. قرار التحكيم النهائي:

وهو القرار النهائي الذي يعالج النزاع المعروض على المحكم بجميع عناصره ويجد له حلا نهائيا ويكون ملزما للأطراف المتنازعة، وفي حالة عدم تنفيذه من قبلهم بشكل ودي تتبع في تنفيذه الإجراءات التي تتبع في تنفيذ الأحكام القضائية، وذلك بعد إسباغ الصفة التنفيذية على ذلك القرار.

لا بد أن نذكر بأن قرار التحكيم سواء كان مبنيا على الصلح أو على التسوية هو قرار نهائي أيضا يضع حدا للنزاع ويجد له الحل¹.

وينتج القرار التحكيمي أثارا عديدة بالنسبة للمحكم أو المحكمين وبالنسبة للأطراف المتنازعة.

أثار القرار بالنسبة لطرفي النزاع:

إن إرادة الأطراف هي الأساس في التحكيم أي أن رغبة الطرفين في إيجاد حل لنزاعهما خارج القضاء فبعد صدور القرار التحكيمي يكون النزاع قد وجد حلا له في تنفيذ القرار، وأثر القرار التحكيمي بين الخصوم هو كأثر الحكم القضائي في بين الآثار وهي:

1. التزام الطرفين بتنفيذه، حيث نجد أن هذا الالتزام يذكر بشكل صريح من قبل الطرفين في الاتفاق على التحكيم حيث يذكران بعد إبداء رغبتهما في حل النزاع بطريق التحكيم، فتدل الإحصائيات أن الطرف الخاسر (الطرف المحكوم عليه) يقوم في الغالب بتنفيذ قرار التحكيم بإرادته ويقال 90% من القرارات التحكيمية الصادرة طبقا لقواعد الغرفة التجارية تنفذ بشكل إرادي من قبل الشخص الذي صدر قرار التحكيم ضده².

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 309-310-311-312.

² - فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 359.

كما تعمل المؤسسات التحكيمية وبالأخص المنظمات المهنية التي تشرف على إجراء التحكيم بين الأعضاء المنتمين إليها أو بين الأطراف التي تطلب منها تنظيم عملية التحكيم على دفع الطرفين أو تشجيعهما على الإسراع بتنفيذ القرار طوعاً من قبل الطرف الذي صدر القرار ضده، وتتبع في ذلك عدة أساليب فقد نص نظام التحكيم لاتحاد الغرف التجارية العربية الأوروبية على أن «تنفيذ الأحكام الصادرة من قبل الأطراف بحسن نية، ويقدم المجلس مساعيه الحميدة لتسهيل عملية تنفيذ الأحكام الصادرة وفقاً لهذا النظام».

ولأن عدم تنفيذ القرارات التحكيمية سوف لا يشجع على اللجوء إلى التحكيم ويضعف الثقة في جدوى هذه الوسيلة.

ويقول David أن هناك عدة أصناف من الإجراءات التي تتبعها المنظمات المهنية ضد الذين لا ينفذون القرارات التحكيمية التي صدرت ضدهم من تلك المنظمات:

- وأول إجراء هو النشر وذلك بنشر عدم تنفيذ الشخص الذي صدر القرار ضده فمثل هذا الإجراء سوف يؤدي إلى تردد باقي الأشخاص بالتعامل مع الطرف الذي قبل بالتحكيم ورفض تنفيذ القرار التحكيمي.
- الإجراء الثاني هو عدم السماح للطرف الذي يمتنع عن تنفيذ القرار التحكيمي من الاستفادة من التسهيلات التي تمنحها المنظمات المهنية التي ينتمي إليها في إجراء التحكيم مستقبلاً.
- وهناك إجراء آخر أكثر خطورة وهو فصل الطرف الممتنع عن التنفيذ من المنظمة المهنية التي ينتمي إليها والتي قامت بتنظيم عملية التحكيم.

ويضيف David أن هذه الإجراءات التي ترمي إلى تشجيع تنفيذ قرارات التحكيم من قبل الطرف الذي صدر ضده القرار تعرضت إلى انتقادات عديدة وأثيرت الشكوك حول مشروعيتها، حيث ظهر أن بعض القرارات التي لم تنفذ لم تكن مبنية على وجود عقد صحيح أو أن الإجراءات لم تكن سليمة.

وعليه فإن التهديد بالعقوبات لا يمكن قبوله إلا في حالة عدم التنفيذ الذي لا يمكن تبريره، أما إذا كان التحكيم فيه بعض العيوب التي تبرر عدم تنفيذ القرار أو إبطاله، ففي هذه الحالة لا يمكن اللجوء إلى الإجراءات التهديدية التي تهدف إلى تنفيذ القرار التحكيمي.

2. يجب على كل الطرفين أن يمتنع عن عرض النزاع ثانية على القضاء أو التحكيم، حيث يكتسب القرار حجية الأمر المقضي به منذ صدوره، ولا حاجة إلى صدور الأمر بتنفيذه وأن حجية القرار التحكيمي تكون في حدود موضوع النزاع الذي تضمنه القرار المذكور وبالنسبة للأطراف المتنازعة فقط، وتكون للقرار التحكيمي الحجية المذكورة وإن كان بالإمكان الطعن فيه بإحدى طرق الطعن القانونية.

واكتساب القرار لحجية الأمر المقضي به بين الخصوم لا يعني اكتسابه القوة التنفيذية وذلك لأنّ الصفة التنفيذية لقرارات التحكيم تكون بموجب قرار من سلطة عامة مختصة.

- آثار القرار بالنسبة للمحكم:

لقد نصت المادة 1475 الفقرة الأولى من قانون المرافعات الفرنسية: «القرار ينهي ولاية المحكم عن النزاع الذي تم حسمه»، يعني انتهاء مهمة المحكم التي كانت قد أوكلت إليه بموجب اتفاق التحكيم وعقد التحكيم الذي تم بينه وبين الأطراف المتنازعة.

وانتهاء الولاية تعني عدم إمكانية الرجوع مرة ثانية للنظر في النزاع أو إعادة النظر في القرار الذي اتخذته المحكمة أو هيئة التحكيم، فالنصوص القانونية التي أشارت إلى انتهاء ولاية المحكم بإصدار الحكم أو القرار التحكيمي بالنسبة للموضوع الذي تم حسمه بالقرار، تنص على إمكانية تصحيح الأخطاء المادية أو إكمال النقص الذي قد يعتري القرار أو أن يقوم المحكم بتفسير القرار الذي اتخذته.

فالمادة 1475 الفقرة الثانية أشارت إلى أنه رغم ذلك تبقى سلطة المحكم في تفسير القرار وتصحيح الأخطاء أو إكمال النقص بسبب إغفال اتخاذ القرار بشأن موضوع كان قد طلبه أثناء المرافعة.

وفي حالة عدم إمكانية اجتماع هيئة التحكيم مجدداً لإكمال النقص فإن هذه السلطة تكون للمحكمة المختصة، فقد نص القانون النموذجي للتحكيم في الفقرة الثالثة من المادة 32 على ذلك بقولها: «تنتهي ولاية هيئة التحكيم بانتهاء إجراءات التحكيم» مع مراعاة أحكام المادة 4/33 والمادة 34 والمادة 35 من القانون المذكور تعالج مسألة كيفية إجراء تصحيح الأخطاء التي وقعت في القرار التحكيمي أو كيفية تفسير القرار أو تفسير جزء منه، أما الفقرة الرابعة من المادة 34 فأجازت للمحكمة التي يطلب منها إلغاء القرارات توقف إجراء الإلغاء وإعطاء فرصة لهيئة التحكيم لاستئناف السير في التحكيم لكي تزيل الأسباب التي بني عليها طلب الإلغاء.

كما يوجد نص مماثل في قانون المرافعات المدنية العراقية حيث أجاز في المادة 274 أن تعيد المحكمة القضية إلى المحكمين لإصلاح ما شاب القرار من عيوب أو إكمال ما فيه من نقص.

وعندما تستوجب بعض القوانين إيداع القرار التحكيمي إلى المحكمة خلال مدة معينة بعد صدوره نرى أن تصحيح القرار أو إكمال النقص الوارد فيه لا يمكن أن يتم في حالة إيداعه من قبل المحكم إلا إذا طلبت منه ذلك المحكمة التي أودع إليها القرار، وهذا ما تفسره النصوص التي تم ذكرها من قيام المحكمة بالطلب من المحكم إكمال النقص أو تصحيح الأخطاء أو التفسير للقرار الذي أصدره، أما قبل إيداع القرار إلى المحكمة ففي هذه الفترة يجوز أن يجري المحكم ما سبق ذكره بطلب من أحد أطراف النزاع أو من تلقاء نفسه.

ومنه فإن من آثار انتهاء ولاية المحكم بعد إصداره للقرار التحكيمي هو استحقاقه للأجور المتفق عليها أو المقدرة من قبله أو من قبل المحكمة¹.

¹ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 360-361-362-363.

الفرع الثاني: الاعتراف بالحكم التحكيمي.

الاعتراف هو أن تعترف الدولة التي يراد تنفيذ قرار تحكيمي تجاري دولي على إقليمها صادر من محكمة تحكيمية لدولة أخرى، وهو ما يعرف بالقرار أو الحكم التحكيمي الأجنبي.

- مبدأ الاعتراف في التشريع الجزائري.

لقد أدرج المشرع الجزائري مبدأ الاعتراف ضمن القسم الثالث تحت الفصل السادس بعنوان "في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي" ضمن الباب الثاني بعنوان التحكيم ومن خلال الكتاب الخامس بعنوان في الطرق البديلة لحل النزاعات في ق.إ.ج.م.إ. رقم 09/08.

أولاً: الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية.

تعترف الجزائر بأحكام التحكيم الدولي، ويأتي ذلك تجسيدا لانضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك لعام 1958 والمتعلقة بالاعتراف بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية¹.

ثانياً: شروط الاعتراف.

متى اعتبر حكم التحكيم دولياً كان على من يرغب في تنفيذه أو الاعتراف به أن يتقدم بطلب لذلك، مع ضرورة استيفاء شرطين أساسيين حددهما قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري أولها يتعلق بالوجود المادي لحكم التحكيم والشرط الثاني يتعلق بمضمون هذا الحكم.

1. إثبات وجود حكم التحكيم:

بعد أن قررت المادة 1051 ق.إ.ج.م.إ. إلزامية إثبات وجود حكم التحكيم من أجل الاعتراف به أو تنفيذه، بينت المادتان 1052 و1053 من نفس القانون كيفية القيام بذلك.

¹ - لزهري بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 319.

فيتوجب على طالب التنفيذ أن يودع لدى أمانة ضبط الجهة القضائية المختصة أصل الحكم أو نسخ منه مستوجبة شروط صحتها، على أن تقديم هذه الوثيقة وحدها غير كافي، فعلى طالب التنفيذ أن يقدم أيضا أصل اتفاقية التحكيم أو نسخا عنها مستوفية شروط صحتها، ويتمشى هذا مع ما هو مقرر في المادة 1/1040 من وجوب أن تبرم تحت طائلة البطلان اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة.

2. عدم مخالفة حكم التحكيم للنظام العام الدولي:

فعدم التعارض مع النظام العام الدولي شرط حددته المادة 1051 ق.إ.ج.م.إ.، فالملاحظ أن المادة تستعمل عبارة النظام العام الدولي تماما كما ورد في القانون الفرنسي، وكما ورد أيضا في معاهد New York ويعني هذا أن التعارض مع قواعد أمره في الجزائر تطبيقا لفكرة النظام العام الوطني لا يعتبر في مجال التحكيم الدولي مبررا كافيا لرفض الاعتراف والتنفيذ.

فالقاضي الجزائري ملزم بمراقبة ما إذا كان الحكم لا يتعارض مع المفهوم السائد حول النظام العام الدولي.

فالمقصود بالنظام العام الدولي هو تلك الصورة المخففة من النظام العام التي تسير المرونة التي تتطلبها التجارة الدولية سواء تعلق الأمر بقواعد موضوعية أو إجرائية¹.

المطلب الثاني: تنفيذ الحكم (القرار) التحكيمي.

لقد أحال المشرع الجزائري فيما يخص تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي على النصوص الخاصة بأحكام التحكيم الداخلي وهذا بنص المادة 1054 ق.إ.ج.م.إ. مع وضع بعض القواعد التي تستلزمها طبيعة أحكام التحكيم الدولي.

¹ - بن صغير مراد، حجبة الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية وتنفيذها على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ورقة عمل مقدمة للملتقى الدولي حول تنفيذ الأحكام والسندات الأجنبية وقرارات التحكيم الدولي المنظم يومي 24 و25 أبريل 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة قاصدي مرباح- ورقلة- الجزائر، ص 3-4-5.

الفرع الأول: تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية.

يعدر رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها الحكم هو المختص بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وهذا ما نصت عليه المادة 1035 ق.إ.ج.م.إ.

والمقصود بالمحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها هي المحكمة الابتدائية، ويصدر الأمر بالتنفيذ دون مواجهة بين الخصوم، وعلى طالب التنفيذ أن يودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة مرفقا بنسخة من اتفاق التحكيم.

- إصدار الأمر بالتنفيذ:

بعد تقديم طلب استصدار الأمر بالتنفيذ على عريضة وإيداع صورة حكم التحكيم، وإيداع نسخة من اتفاق التحكيم، يمكن للقاضي أن يصدر أمر بالتنفيذ أو يرفض التنفيذ، وهذا بعض التحقيق من وجود حكم التحكيم واتفاق التحكيم، ويراقب مدى توافر الشروط الشكلية التي أوجب المشرع توافرها في الحكم، والمنصوص عليها في المواد 1026- 1027- 1029 ق.إ.ج.م.إ.

غير أن القاضي ملزم بتسبيب هذا الأمر والخاص برفض طلب التنفيذ، حيث أن المشرع أجاز استئناف هذا الأمر، أما في حالة إصدار الأمر بالتنفيذ، فيمكن لأي طرف من أطراف التحكيم أن يطلب نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم من رئيس أمناء الضبط¹.

- التظلم من الأمر بالتنفيذ:

بعد صدور الأمر برفض التنفيذ من رئيس المحكمة، يكون لمن رفع هذا الطلب استئناف هذا الأمر أمام المجلس القضائي الذي تتبعه المحكمة التي يرأسها من إصدار أمر الرفض، ويكون أجل الاستئناف في حدود خمسة عشر (15) يوما اعتبارا من تاريخ الرفض أو النطق بأمر الرفض وليس من تاريخ التبليغ.

¹ - لزهري بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 317- 318.

- النفاذ المعجل لأحكام التحكيم:

لقد نصت المادة 1037 ق.إ.ج.م.إ. على ذلك، ففي حال كان حكم التحكيم مشمولاً بالنفاذ المعجل فإن أحكام هذا القانون المتعلقة بالنفاذ المعجل كالأحكام والقرارات القضائية الاستعجالية التي تكون معجلة بقوة القانون تكون سارية المفعول بخصوص أحكام التحكيم¹.

الفرع الثاني: إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الدولي.

إذا كان الأطراف في التحكيم التجاري الدولي الحرية في اختيار القانون الذي تخضع له إجراءات التحكيم، فإن إجراءات تنفيذ القرار التحكيمي تخضع لقانون الدولة التي يتم فيها التنفيذ.

فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الثالثة من اتفاقية نيويورك على أن: «تقرر كل من الدول المتعاقدة سلطة أي قرار تحكيمي وتوافق على تنفيذ هذا القرار طبقاً للقواعد الإجرائية المتبعة في التراب الذي يستهدف فيه القرار ووفقاً للشروط المقررة في المواد الآتية...».

فالاتفاقية لم ترسم إجراءات معينة لتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، حيث تركت ذلك لقواعد قانون المرافعات في بلد التنفيذ، أي أنه حتى يمكن تنفيذ حكم تحكيم أجنبي في دولة من الدول يجب احترام الشروط التي يضعها قانون دولة التنفيذ².

فتنص المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: «تطبيق أحكام المواد من 1035 إلى 1038 أعلاه فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي».

حيث يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أحال بشأن القواعد التي تحكم تنفيذ أحكام التحكيم الدولية الصادرة في الخارج أو أحكام التحكيم الدولية الصادرة في

¹- بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كليك للنشر، المحمدية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2012، ص 408-409.

²- حدادن طاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماجستير فرع قانون التنمية الوطنية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، قسم الحقوق، السنة الجامعية 2011/2012، ص 122.

الجزائر إلى القواعد الخاصة بالتحكيم الداخلي مع وضع بعض القواعد التي تستلزمها طبيعة التحكيم الدولي¹.

- **الجهة القضائية المختصة باستصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الدولي:**

لقد نصت المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: «يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي، وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني».

ويتضح من خلال نص هذه المادة أن هناك اختصاصا نوعيا وآخر مكانيا:

- بالنسبة للاختصاص النوعي، طلبات تنفيذ أحكام التحكيم الدولية أو الاعتراف بها هي من اختصاص رئيس المحكمة.

- أما بالنسبة للنوع الثاني، فإنه يتم التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان مقر هيئة التحكيم موجودا بالجزائر هنا الاختصاص يؤول إلى المحكمة التي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصها.

الحالة الثانية: إذا كان مقر هيئة التحكيم متواجد خارج الجزائر، وهنا الاختصاص لمحكمة محل التنفيذ².

- **شروط استصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الدولي:**

لقد فرّق المشرع الجزائري بين الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها، إذ أن الاعتراف la reconnaissance وسيلة دفاعية يتم اتخاذها من طرف المحكوم له أمام الجهات

¹ - أمال بدر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2012، ص 165.

² - بن صغير مراد، المرجع السابق، ص 05-06.

القضائية لأجل إثارة مسألة حجية الشيء المقضي به لحكم التحكيم الذي بحوزته، وإثبات ذلك يقدم حكم التحكيم مرفقا باتفاقية التحكيم ويطلب الاعتراف بصحته وكذا بطابعه الإلزامي بالنسبة للمسائل التي فصل فيها (المواد من 1051، 1052، 1053) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أما التنفيذ (l'exécution) فيعني أن يطلب المحكوم لصالحه من المحكوم ضده تنفيذ منطوق حكم التحكيم فهو نتيجة الاعتراف، وعليه يمكن أن يرفض تنفيذ حكم التحكيم معترف به، ولكن لو نفذ فمن الضروري أن يكون معترفا به من قبل الجهة القضائية التي أعطته القوة التنفيذية.

وحسب النصوص القانونية التي تنظم الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولي هناك شرطين لتنفيذ هذه الأحكام، شرط مادي وشرط قانوني.

3- الشرط المادي:

- يجب إثبات وجود حكم التحكيم الدولي.
- ووفقا للمادة 2/1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فيقدم طلب الحصول على الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الدولي بموجب عريضة يودعها الطرف الذي يهمله التعجيل مع تحمل نفقات الإيداع لدى أمانة ضبط المحكمة حسب ما هو محدد في المادة 2/1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويجب أن ترفق هذه العريضة بأصل حكم التحكيم مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما تستوفي شروط صحتها وفقا للمادة 1052 من نفس القانون المشار إليه.

فالمشرع الجزائري لم يحدد أجلا معيناً لطلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الدولي، وعليه يمكن للطرف الذي صدر حكم التحكيم لصالحه أن يبادر بالحصول على الأمر بتنفيذه بمجرد صدوره طالما لم يطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي، لأن ذلك يترتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ إذا لم يتم الفصل فيه وذلك تطبيقاً للمادة 2/1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

4- الشرط القانوني:

يجب تفحص حكم التحكيم الدولي وذلك للتأكد من عدم مخالفته للنظام العام الدولي. فلإشارة إلى أن هذه الشروط تنطبق على الاعتراف والتنفيذ، فدور رئيس المحكمة المختصة يقتصر على التأكد من وجود حكم التحكيم الدولي، ووفقاً للمادة 1036 من القانون المشار إليه سابقاً يسلم رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف.

وإذا لم تتوفر هذه الشروط أصدر أمره برفض الاعتراف أو التنفيذ ولا يمتد إلى مراجعة حكم التحكيم من حيث الموضوع.

وتنحصر حجية الأمر بالتنفيذ في نطاق النظام القانوني الذي صدر فيه ولا يلزم الدول الأخرى التي قد يطلب منها الاعتراف والتنفيذ لعدم وجود محكمة دولية معينة يجب طلب التنفيذ أمامها، إذ أن كل دولة توجد بها أموال للمحكوم ضده يجوز التقدم أمام قضاءها بطلب الأمر بالتنفيذ¹.

¹ - أمال يدر، المرجع السابق، ص 168 - 169 - 170.

المبحث الثاني: طرق الطعن في الحكم (القرار) التحكيمي.

أدى تأثير الطبيعة التعاقدية لاتفاق التحكيم على الصفة القضائية أحكام التحكيم إلى فتح سبيل دعوى البطلان ضد حكم التحكيم، ولهذا الاعتبار تجيز التشريعات المختلفة الدعوى ببطلان أحكام التحكيم.

فقد يصدر القرار من المحكمين وهو يحمل معه سببا من الأسباب التي تجعله باطلا، وبالتالي يصبح كأن لم يكن، وهي أسباب قد تتعلق بعقد التحكيم أو بأشخاصه، أو قد تتعلق بإجراءات التحكيم أو لمخالفته النظام العام أو لأسباب تتعلق بحكم التحكيم ذاته¹.

المطلب الأول: الطعن ضد الأحكام التحكيمية الأجنبية.

إن نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية تسمح باستئناف الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ وهذا ما أكدته المادة 1055 كما لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ أولا في بعض الحالات المذكورة على سبيل الحصر وهو ما ورد في المادة 1056 من نفس القانون، على أن القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و1056 تكون قابلة للطعن بالنقض وهذا عملا بنص المادة 1061 من نفس القانون.

الفرع الأول: استئناف الأحكام التحكيمية الأجنبية.

تطبيقا لنص المادة 1055 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على ما يلي: «يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلا للاستئناف».

وبمفهوم المخالفة فإن الأمر القاضي بالاعتراف والتنفيذ لا يكون قابلا للاستئناف، فالمشرع الجزائري بنص المادة 1056 قيد الاستئناف ضد الأمر القاضي بالاعتراف والتنفيذ وحدد شروط حادث على سبيل الحصر.

فعندما يعرض طلب الاعتراف وتنفيذ حكم تحكيمي أجنبي على رئيس المحكمة، فإننا نكون أمام فرضيتين، فقد يستجيب رئيس المحكمة للطلب فيقوم صاحبه بتبليغه رسميا إلى

¹ - لزهري بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 321.

المعني بالتنفيذ، ويحق لهذا الأخير استئناف هذا الأمر، وقد يرفض رئيس المحكمة الاستجابة للطلب فيحق لمقدم الطلب أيضا استئناف الأمر¹.

- استئناف الأمر الذي يرفض الاعتراف أو التنفيذ للحكم التحكيمي الأجنبي وإجراءاته:

عند التقدم أمام المحكمة المختصة من أجل الحصول على أمر يقضي بالتنفيذ والذي تسبقه مرحلة الاعتراف بحكم التحكيم.

فرفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي يمكن استئنافه وإن كان المشرع أورد إمكانية استئناف هذا الأمر برفض تنفيذ حكم التحكيم في المادة 1054 من هذا القانون والتي تحيلنا على المادة 1035 من نفس القانون.

فنص المادة 1055 المشار إليها سابقا غير متعلق باستئناف حكم التحكيم الدولي وإنما متعلق باستئناف أمر صادر عن رئيس المحكمة المختصة والتي قدم الطلب من أجل إهمار حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية فكان الرفض مآل هذا الطلب. وبالتالي فإن الاستئناف مل يكن منصبا على حكم التحكيم وإنما على أمر رفض التنفيذ، فقد أجاب العديد من الفقهاء عن ذلك بأن أمر التنفيذ يعتبر من عملية التحكيم واستمرارها وبالتالي فإن الطعن فيه يعتبر طعنا في مسار عملية التنفيذ، لذلك فإن المشرع أورد الطعن في أمر رفض تنفيذ حكم التحكيم في طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولي².

ومن المؤكد أن الأوامر الصادرة عن الجهة القضائية المختصة برفض الاعتراف أو التنفيذ يكون محل استئناف أمام الجهة القضائية التي تعلق المحكمة التي صدر عنها الأمر برفض الاعتراف أو التنفيذ، بحيث تنص المادة 3/1035 من نفس القانون السابق ذكره على أنه: «... يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي».

¹ - حدادن طاهر، المرجع السابق، ص 129.

² - بوضياف عادل، المرجع السابق، ص 437-438.

هذه المادة لم تحدد الجهة المختصة للنظر في الاستئناف، لكن باعتبار أن الأمر المستأنف هو أمر على ذيل عريضة وبالتالي فالاختصاص في نظر الاستئناف يكون لرئيس المجلس القضائي طبقاً لنص المادة 312 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويسجل الاستئناف بموجب عريضة مكتوبة ومعللة يبرز فيها أسباب الاستئناف، وتحمل العريضة كل البيانات القانونية وتكون مرفقة بالأمر محل الاستئناف وكذا القرار التحكيمي واتفاقية التحكيم، على أن جهة الاستئناف تحترم مبدأ الوجاهية وأنها لا تنظر إلا في الأمر القضائي إما بالتأييد وإما بالإلغاء، وفي هذه الحالة يمنح الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي¹.

- استئناف الأمر القاضي بالاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي وإجراءاته:

لما خول المشرع الجزائري للشخص المتضرر استئناف الأمر القاضي برفض الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الدولي، نفس الشيء أعطاه للشخص المتضرر في حالة الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الدولي، وهذا ما تجلّى في نص المادة 1056 حيث ذكر ستة حالات مذكورة على سبيل الحصر والتي تنص على ما يلي:

لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات التالية:

3. إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.
4. إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفاً للقانون.
5. إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.
6. إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.
7. إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب.
8. إذا كان حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام الدولي.

¹ - حدادن طاهر، المرجع السابق، ص 131.

ويفهم من نص المادة أنه لا يقبل الطعن بالاستئناف ضد الأمر الذي يقبل الاعتراف أو التنفيذ إلا إذا توافرت تلك الحالات المذكورة في نص المادة 1056 قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي ترتبط أساساً إما باتفاقية التحكيم، أو بهيئة التحكيم والإجراءات المتبعة وإما أن ترتبط تلك الحالات بمحتوى حكم التحكيم في حد ذاته¹.

1. الحالات المرتبطة باتفاق التحكيم:

يعدّ اتفاق التحكيم الأساس الذي يستمد منه المحكم سلطته في الفصل في النزاع المعروض عليه، ومتى لم تتوافر هذه الأخيرة فإن اتفاق التحكيم يكون باطلاً، والمقصود بانقضاء مدة الاتفاقية هو انتهاء الأجل المحدد لإصدار حكم التحكيم والتي تنتهي بانتهاء خصومة التحكيم، فعندما يصدر الحكم خرج الأجل وكان للطرف المتضرر الطعن فيه بالبطالان.

وتكون اتفاقية التحكيم باطلة متى تعلقت بأحد المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها مثل المسائل المتعلقة كالنظام العام، أو حالة الأشخاص وأهليتهم كما نص على عدم جواز لجوء الأشخاص العامة للتحكيم إلا في حالتين وهما بصدد علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.

كما تكون اتفاقية التحكيم باطلة في حال عدم وجود رضا، فصحة التحكيم مرتبطة بإرادة الأطراف التي يتعين أن تكون سليمة من كل أنواع عيوب الرضا، ودون المساس بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يستطيع المحكم إخضاع مسألة الرضا وجوداً أو عدماً للقواعد التي اختارها الأطراف لتحكم العقد الأصلي، إلا إذا كانت الإرادة قد اختارت قانوناً آخر يسري على اتفاق التحكيم².

¹ - بن صغير مراد، المرجع السابق، ص 09.

² - بولقواس سناء، المرجع السابق، ص 142.

2. الحالات المرتبطة بهيئة التحكيم والإجراءات المتبعة:

تلعب إرادة الفرقاء دورا كبيرا في مجال التحكيم، ومن بين الأمور التي لهذه الإرادة أن تتحكم فيها ويتوجب احترامها هي تشكيلة هيئة التحكيم حيث يجب أن تكون هذه الأخيرة مطابقة لما قرره الأطراف سواء كان ذلك صراحة أو الإحالة إلى قانون معين وسواء كان هذا القانون لائحة تحكيمية أو قانون وطني، ومن أجل هذا جاءت عبارات المادة 2/1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على إمكانية استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بتنفيذ حكم تحكيمي صدر عن محكمة تحكيم مشكلة بشكل يخالف القانون أو تم تعيين محكم وحيد بشكل مخالف للقانون.

فإذا كانت الفقرة الثانية تتعلق بتشكيلة هيئة التحكيم، فإن الفقرتين الموالتين تربط مسألة الاستئناف بالإجراءات التي قد تتبعها محكمة التحكيم، وهي حسب الفقرة الثالثة فصل محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها، وكذلك عدم مراعاة مبدأ الوجاهية طبقا للفقرة الرابعة¹.

أولاً: فصل محكمة التحكيم لما يخالف المهمة المسندة إليها.

يستمد المحكم سلطته في الفصل في المنازعة من إرادة الأطراف، فمن المنطقي أن يكون المحكم مقيداً عند فصله في المنازعة بحدود المهمة المخولة له من قبل أطراف اتفاق التحكيم، ومن ثم فإن تجاوزه لهذه الحدود يكون الحكم محل للطعن بالبطلان، كأن يفصل المحكم في النزاع وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف على أساس التسوية الودية غير ملتزم بتطبيق القانون في حين أن الأطراف اتفقوا على تطبيق قواعد قانون معين، أو أن المحكم قام بالفصل في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم².

¹ - بن صغير مراد، المرجع السابق، ص ص 09-10.

² - بولقواس سناء، المرجع السابق، ص 143.

ثانياً: عدم مراعاة مبدأ الوجاهية.

إن الوجاهية المطلوبة والمقصودة من هذه الحالة هي بمناسبة إجراءات التحكيم أي أثناء الخصومة التحكيمية لكون إصدار الأمر بالاعتراف والتنفيذ يكون يشكل أمر على ذيل عريضة، ولا يخضع لمبدأ الوجاهية، فإذا كان الخصم المطلوب تنفيذ القرار عليه لم يعلن إعلاناً صحيحاً خلال جميع إجراءات التحكيم أو تعذر عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه، جاز له أن يطلب رفض الاعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي.

فعدم مراعاة مبدأ الوجاهية يعدّ خرقاً لقاعدة إجرامية جوهرية ذلك أن حق الدفاع من الحقوق الأساسية وهي من النظام العام، وحتى يسمح بتنفيذ حكم تحكيمي يتعين في جميع الدول احترام بعض القواعد المعتمدة في القانون الداخلي من النظام العام، يتعين بالخصوص في جميع الدول أن يسمح للطرف المحكوم عليه أن يكون قد تم تمكينه من تقديم دفعه¹.

الحالات المرتبطة بحكم التحكيم:

قد تتعلق الحالات التي يمكن أن تكون سبباً لاستئناف أمر قضى بتنفيذ حكم تحكيمي بهذا الحكم في حد ذاته، وذلك إما من جانبه الشكلي أو من حيث مضمونه.

الحالة الأولى: حيث ورد ذكرها في الفقرة الخامسة من المادة 1056 قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي المتعلقة بعدم تسبب محكمة التحكيم لحكمها أو أن الحكم كان مسبباً غير أنه احتوى على تناقض في الأسباب، كما يمكن أن يكون في حالة القصور في الأسباب². وعبارة قصور التسبب المستعملة من طرفنا نشير فيها إلى كل العيوب التي يمكن أن تلحق التسبب من نقص في التسبب أو انعدام التسبب أو تناقض التسبب ويجري على التسبب في أحكام التحكيم ما يجري على التسبب في الأحكام القضائية لأن الهدف واحد في الحكمين وأهميته نفسها بالنسبة لحكم التحكيم أو لأطراف التحكيم وأطراف الخصومة القضائية.

¹ - حدادن طاهر، المرجع السابق، ص 134.

² - بن صغير مراد، المرجع السابق، ص 11.

الحالة الثانية: وتتعلق بالنظام العام، حيث يمكن استئناف الأمر الذي قضى بالاعتراف أو التنفيذ متى ثبت أن حكم التحكيم هو مخالف للنظام العام الدولي، فقد تم ذكرها في المادة 6/1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فلا يمكن حصر النظام العام في تعريف معين ولا يمكن وضع قاعدة ثابتة تحدد الغرض المقصود من النظام العام بصفة مطلقة يمكن أن تتفق مع كل زمان وفي كل بلد، فالمصلحة العامة هي أساس فكرة النظام العام، إذ هناك تقارب بين النظام العام الداخلي والدولي ويعتبر حكم التحكيم المخالف للنظام العام الدولي من أسباب رفض تنفيذه أو أسباب الطعن في أمر تنفيذه أمام الجهة القضائية المختصة وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها¹.

- إجراءات الاستئناف وآثاره:

طبقاً لنص المادة 1051 من نفس القانون المذكور سابقاً فالاستئناف يكون أمام المجلس القضائي أي المجلس الذي تقع في دائرة اختصاصه المحكمة التي أصدر رئيسها الحكم فمهلة الاستئناف هناك التباس وغموض، فلقد نصت المادة 1057 من نفس القانون على ما يلي: «يرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي خلال أجل شهر واحد (1) ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة».

كما هناك المادة 1054 من نفس القانون تنص على: «تطبق أحكام المواد من 1038 إلى 1038 أعلاه فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي».

حيث تقضي المادة 3/1035 من نفس القانون على ما يلي: «يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل خمسة عشر (15) يوماً من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي».

أما فيما يخص آثار الاستئناف، فطبقاً لنص المادة 1060 من نفس القانون المذكور سابقاً كل طعن مقدم من شأنه أن يوقف التنفيذ، بل أنه طبقاً لذات المادة الأثر الموقوف يستمر

¹ - بوضياف عادل، المرجع السابق، ص 440.

طوال المهلة المقررة للاستئناف حتى ولو لم يتقدم أحد بطعن، ويتمشى هذا مع ما تقرره القواعد العامة في مجال طرق الطعن العادية أين يوقف تنفيذ الحكم في حالة الطعن أو خلال ممارسته¹.

الفرع الثاني: الطعن بالنقض في أحكام التحكيم الأجنبية.

الطعن بالنقض هو طريق غير عادي للطعن، فالمشرع الجزائري قد نص على ذلك في مادته 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: «تكون القرارات الصادرة تطبيقاً للمواد 1055 و1056 و1058 أعلاه قابلة للطعن بالنقض».

فالقرارات الصادرة عن المجالس القضائية في الاستئناف المرفوع ضد أمر رئيس المحكمة القاضي برفض الاعتراف أو التنفيذ أو القاضي بالاعتراف أو التنفيذ قابلة للطعن بالنقض.

- حالات الطعن بالنقض:

لقد سكت المشرع الجزائري عن الحالات التي يجوز فيها رفع الطعن بالنقض، وبما أن المشرع لم يحدد الحالات، وفي غياب نص خاص، يتعين علينا الرجوع إلى الأحكام العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية².

وهي القواعد الواردة في المواد من 349 إلى 379 من نفس القانون، حيث يظهر من خلالها أنّ هذا النوع من الطعن لا يبني إلا على وجه واحد أو أكثر من الوجه التي حددتها المادة 358 والتي صارت ثمانية عشر (18) بعد أن كان عددها في القانون القديم ستة أوجه³.

فقد نصت المادة 358 المشار إليها سابقاً في نفس القانون على ما يلي: لا يبني الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية:

¹ - بن صغير مراد، المرجع السابق، ص 14.

² - حدادن طاهر، المرجع السابق، ص 141.

³ - بن صغير مراد، المرجع السابق، ص 15.

1. مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات.
2. إغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات.
3. عدم الاختصاص.
4. تجاوز السلطة.
5. مخالفة القانون الداخلي.
6. مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة.
7. مخالفة الاتفاقيات الدولية.
8. انعدام الأساس القانوني.
9. انعدام التسبيب.
10. قصور التسبيب.
11. تناقض التسبيب مع المنطوق.
12. تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار.
13. تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة عندما تكون حجية الشيء المقضي فيه قد أثرت بدون جدوى، وفي هذه الحالة يوجه الطعن بالنقض ضد آخر حكم أو قرار من حيث التاريخ، وإذا تأكد هذا التناقض يفصل بتأكيد الحكم أو القرار الأول.
14. تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي، في هذه الحالة يكون الطعن بالنقض مقبولاً ولو كان أحد الأحكام موضوع طعن بالنقض سابق انتهى بالرفض، وفي هذه الحالة يرفع الطعن بالنقض حتى بعد فوات الأجل المنصوص عليه في المادة 354 أعلاه، ويجب توجيهه ضد الحكمين، وإذا تأكد التناقض، تقضي المحكمة العليا بإلغاء أحد الحكمين أو الحكمين معاً.
15. وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار.
16. الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب.
17. السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية.
18. إذا لم يدافع عن ناقصي الأهلية.

- إجراءات الطعن بالنقض.

يرفع الطعن أمام المحكمة العليا ضد القرارات النهائية الصادرة عن المجالس القضائية أي ضد القرارات الصادرة إثر الاستئناف المسجل ضد أوامر رئيس المحكمة التي ترفض الاعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي الأجنبي، وذلك بعريضة موقعة من محام مقبول لدى المحكمة العليا¹.

فطبقا لنص المادة 354 من نفس القانون المشار إليه، فيرفع الطعن بالنقض في أجل شهرين (02) يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصيا ويمدد أجل الطعن بالنقض إلى ثلاثة (03) أشهر إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار.

وطبقا لنص المادتين 356 و357 من نفس القانون السالف الذكر مهلة الطعن بالنقض قد يتوقف احتسابها وهو الأمر الذي يحدث في حالة إيداع طلب المساعدة القضائية، ولا يتم استئناف سريان أجل الطعن إلا ابتداء من تاريخ تبليغ المعني بقرار مكتب المساعدة القضائية برسالة مضمنة مع إشعار بالاستلام².

وطبقا لنص المادة 361 من نفس القانون، فإنه لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم أو القرار، ما عدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم وفي دعوى التزوير.

المطلب الثاني: الطعن ضد الأحكام التحكيمية الصادرة بالجزائر في مجال التحكيم الدولي.

تطبيقا لنص المادتين 1058 و1061 من القانون المشار إليه سابقا، فإنه يمكن لحكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر أن يكون محل طعن بالبطلان، كما أنه يمكن للقرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و1056 و1058 قابلة للطعن بالنقض.

¹ - حدادن طاهر، المرجع السابق، ص 142.

² - بن صغير مراد، المرجع السابق، ص 15.

الفرع الأول: الطعن بالبطلان وإجراءاته.

تنص المادة 1058 من القانون المشار إليه سابقا على ما يلي: «يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه. لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ إذا لم يتم الفصل فيه».

- حالات الطعن بالبطلان:

انطلاقا من نص المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تحيلنا إلى المادة 1056 من نفس القانون، فقد أقر بجواز الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 والمتمثل فيما يلي:

«لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية:

1. إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.
2. إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.
3. إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.
4. إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.
5. إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكما، أو إذا وجد تناقض في الأسباب.
6. إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي».

- إجراءات الطعن بالإبطال:

تنص المادة 1059 من نفس القانون المشار إليه سابقا على ما يلي: «يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه، ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم.

لا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد (01) من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ».

فيرفع الطعن ببطلان حكم التحكيم على أسباب المادة 1056 أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه، وحدد المشرع آجال الطعن ببطلان حكم التحكيم بحد أدنى وحد أقصى، فجعل الحد الأدنى لأجل قبول الطعن ببطلان حكم التحكيم يبدأ من تاريخ النطق بحكم التحكيم وإلى انقضاء أجل شهر واحد (01) بعد التبليغ الرسمي للأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم الصادر من رئيس المحكمة المختصة والطعن خارج هذا الأجل سواء قبل صدور حكم التحكيم أو بعد انقضاء أجل الشهر بعد التبليغ الرسمي لأمر التنفيذ يجعل هذا الطعن غير مقبول.

وهذا الأجل يقدم لنا فكرة عن تاريخ أعمال دعوى الطعن ببطلان حكم التحكيم التي قد ترد قبل اللجوء إلى القضاء من الطرف الذي يهمله تنفيذ حكم التحكيم للحصول على الاعتراف وللصيغة التنفيذية لإظهار حكم التحكيم، كما قد يرد بعد اللجوء للقضاء والحصول على الصيغة التنفيذية بموجب أمر التنفيذ وبتبليغه رسمياً للمنفذ ضده وهو يعتبر تاريخ كاف لإعمال دعوى بطلان حكم التحكيم¹.

• حالة قبول الطعن بالبطلان:

في حالة قبول الطعن، فإنه يؤدي إلى إلغاء القرار التحكيمي المطعون فيه دون النظر في صلب الموضوع أو الفصل في القضية من جديد، بل تقتصر جهة الرقابة على إلغاء القرار، حيث يترتب على ذلك إبطال القرار التحكيمي وإعادة الحالة على ما كانت عليه قبل إجراءات التحكيم، وفي ذلك احترام المشرع الجزائري لإرادة الأطراف، فيحق لهم من جديد تشكيل محكمة تحكيم جديدة للفصل في المنازعة أو صرف النظر عن التحكيم واللجوء إلى القضاء الوطني.

¹ - بوضياف عادل، المرجع السابق، ص 443.

• حالة رفض الطعن بالبطلان:

يترتب على رفض الطعن بالبطلان آثار معاكسة لقبول الطعن بالبطلان بحيث في حالة كون المحكمة قد تخلت عن طلب التنفيذ بعد الطعن بالبطلان فإن قرار المجلس برفض الطعن بالبطلان يؤدي إلى إضفاء الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي.

أما إذا كان أمر التنفيذ قد صدر قبل الطعن بالبطلان فإن رفض الطعن بالبطلان يؤدي إلى رفع حالة وقف التنفيذ، وبالتالي مباشرة التنفيذ وخاصة وأن الطعن بالنقض في قرار المجلس الذي رفض الطعن بالبطلان لا يوقف تنفيذ القرار التحكيمي.

ويفهم من الفقرة الثانية من المادة 1058 والمشار إليه سابقا، وهو أن الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر لا يقبل أي طعن مباشر ضده، ولا يطعن ضده إلا عن طريق غير مباشر باعتبار أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة قانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ إذا لم يتم الفصل فيه، غير أن ما لم تعبر عنه صراحة هذه المادة، والذي يفهم بمفهوم المخالفة، هو أن الأمر الصادر عن رئيس المحكمة والقاضي برفض تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر يكون قابلاً للاستئناف وهذه الفرضية تكون نادرة الحدوث، وهنا نكون أمام حالتين:

إذا ما صدر أمر من رئيس المحكمة في هذا الشأن فإن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ بمجرد تسجيل الطعن بالبطلان يرتب أثرا موقفا لتنفيذ القرار التحكيمي، وعلى القاضي المعروض عليه طلب الصيغة التنفيذية إرجاء البت في ذلك لحين الفصل في دعوى البطلان المعروضة على الجهة المختصة، ما لم يكن القرار مشمولاً بالنفاذ العاجل.

أما إذا لم يتم الفصل في الأمر بعد من رئيس المحكمة فإنه يتعين تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ إلى حين الفصل في دعوى البطلان.

الفرع الثاني: الطعن بالنقض.

لقد تم التطرق إلى الطعن بالنقض أعلاه، وباعتباره طريق غير عادي للطعن، فقد نص المشرع الجزائري عليه في المادة 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: «تكون القرارات الصادرة تطبيقاً للمواد 1055 و1056 و1058 أعلاه قابلة للطعن بالنقض».

ومنه فالقرارات الصادرة عن المجالس القضائية بمناسبة فصلها في الطعن بالبطلان تكون قابلة للطعن بالنقض ويؤسس الطعن على أحد الأوجه الواردة في المادة 358 والتي تم التطرق إليها سابقاً¹.

فيرفع الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في أجل شهرين (02) ويبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار المطعون فيه إذا تم شخصياً، ويمتد أجل الطعن بالنقض إلى ثلاثة (03) أشهر إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار، كما أن الطعن بالنقض لا يترتب عنه وقف تنفيذ القرار.

¹ - حدادن طاهر، المرجع السابق، ص ص 147 - 148 - 149.

الخاتمة:

في ختام هذه المحاضرات من قانون الاستثمار، الذي خصصناه لمفهوم الاستثمار وأنواعه التقليدية والحديثة مع التفصيل في مبادئ وخصائص الاستثمار، وصولاً إلى مختلف مراحل التشريع في الجزائر منذ الاستقلال إلى يومنا هذا،

ولعل تطور النظام القانوني للاستثمار في الجزائر، أخذ حيزاً لا بأس به من هذه المحاضرات، نظراً للأهمية البالغة التي يكتسبها، فالنظام القانوني المؤطر للاستثمار يعتبر أول وأكبر ضمان لاستقطاب تدفقات استثمارية متزايدة والعكس صحيح لأبعد الحدود، كما أن عدم الاستقرار التشريعي وكثرة التعديلات وتناثر هذه الأخيرة بين مجموعة من القوانين، كما هو الحال بالنسبة للجزائر، يعد من أهم المعوقات والمخاطر التي قد تحد من هذه التدفقات الاستثمارية، أو تغير من وجهتها إلى دول مجاورة أكثر جاذبية بفعل استقرارها التشريعي، كما تناولنا بالتفصيل أهم الضمانات المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي والمتمثلة في حماية الملكية الصناعية والتجارية.

لكن مع تراجع مداخل الدولة الجزائرية بفعل انهيار أسعار البترول، دخلت الحكومة في سباق مع الزمن لمراجعة مختلف النصوص التشريعية التي كانت حجرة عثرة أمام التدفقات الاستثمارية الوطنية والأجنبية على حد سواء، وفعلاً كانت من أهم هذه التعديلات هو النص دستورياً ضمان الدولة لحرية الاستثمار في إطار القانون، فالرفع من الحماية القانونية للحرية الاستثمارية في حماية تشريعية إلى حماية دستورية في آخر تعديل للدستور الجزائري بموجب القانون 16-01 كانت لتداعياته الإيجابية ولو نسبياً، كما أن صدور قانون استثمار جديد بموجب القانون 16-09 في ظل التعديل الدستوري، مهد لاستقطاب مضطرد للاستثمار لاسيما في قطاع صناعة السيارات ومجال النسيج والفلاحة والحديد والصلب.

كما عمدت الجزائر إلى تأطير أهم وأنجع وسيلة لحل أي نزاع مستقبلي قد يعترى المستثمر أجنبياً كان أو وطنياً بمناسبة استثماره، وهو ما يسمى بالتحكم التجاري الدولي الذي

أكدت عليه الدولة الجزائرية كضمان لحل النزاعات الاستثمارية، إلى جانب المصالحة والقضاء الوطني، وهذا ما أكد عليه المشرع الجزائري في الفصل الرابع من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار تحت مسمى "الضمانات الممنوحة للاستثمارات" والمستثمر يلجأ في أغلب الأحيان إلى التحكيم التجاري الدولي، دون المصالحة أو القضاء الوطني لحل أي نزاع يحتوي استثماره وفقا لمجموع الاتفاقيات الدولية والثنائية الموقع والمصادق عليها من طرف الجزائر والخاصة باللجوء للتحكم التجاري الدولي وإجراءات التقاضي فيه وكيفية الاعتراف به وتنفيذ محتوى الأحكام التحكيمية الصادرة عن هيئاته التحكيمية.

قائمة المصادر والمراجع

I- المصادر التشريعية والقانونية:

أولاً: الدستور الجزائري:

- قانون رقم 16- 01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1437هـ الموافق لـ 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري.
- دستور 01 نوفمبر 2020 الصادر بتاريخ 15 جمادى الأولى 1442 الموافق لـ 30 ديسمبر 2020.

ثانياً: الأوامر.

- الأمر 54/66 المؤرخ في 03 مارس 1966 المتعلق بشهادة المخترعين وإجازات الاختراع، الجريدة الرسمية الصادرة في 08 مارس 1966، عدد 19.
- الأمر رقم 86/66 المؤرخ في 28-04-1966 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية، الجريدة الرسمية العدد 35، المؤرخة في 03 ماي 1966.
- الأمر 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966، والمتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بموجب القانون 23/06 المؤرخ في 20 سبتمبر 2006، الجريدة الرسمية في 11 يونيو 1966، عدد 49.
- الأمر رقم 284-66 الصادر في 15-09-1966 والمتعلق بالاستثمار الوطني، الصادر بتاريخ 17-09-1966، الجريدة الرسمية عدد 80.
- الأمر 02/75 المؤرخ في 09 يناير 1975 المتضمن المصادقة على اتفاقية باريس للملكية الصناعية المبرمة في 20 مارس 1883 والمعدلة، الجريدة الرسمية الصادرة في 4 فيفري 1975، عدد 10.
- الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون 05/07 المؤرخ في 31 ماي 2007.

- الأمر 65/76 المؤرخ في 16 يوليو 1976 المتعلق بتسميات المنشأ، الجريدة الرسمية الصادرة في 23 يوليو 1976، عدد 59.
- المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993، يتعلق بترقية الاستثمار، جريدة رسمية العدد 64.
- الأمر 22-95 مؤرخ في 29 ربيع الأول عام 1416 الموافق لـ 26 غشت سنة 1995، يتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية، (الجريدة الرسمية رقم 48).
- الأمر رقم 04-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصخصتها، جريدة رسمية العدد 47.
- الأمر 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية الصادرة في 20 يوليو 2003، عدد 43.
- الأمر رقم 06/03، المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بالعلامات، الجريدة الرسمية المؤرخة في 23 يوليو 2003، عدد 44.
- الأمر 07-03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق ببراءة الاختراع، الجريدة الرسمية مؤرخة في 23 يوليو 2003، العدد 44.
- الأمر 08-03، المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بالتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة، الجريدة الرسمية المؤرخة في 23 يوليو 2003، العدد 44.
- القانون 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية الصادرة في 27 يونيو 2004، عدد 41.
- الأمر رقم 01-09 المؤرخ في 22 جويلية 2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، الجريدة الرسمية العدد 44.

ثالثا: القوانين.

- القانون التجاري الجزائري، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم، المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية الصادرة في 30 سبتمبر 1975، عدد78.
- قانون 11-82 المؤرخ في 21 أوت 1982، المتعلق بالاستثمار الخاص الوطني، الجريدة الرسمية العدد 34.
- قانون 13-86 المؤرخ في 19 أوت 1986 المتعلق بتأسيس الشركات المختلفة الاقتصاد وسيرها، ج ر عدد 76.
- القانون رقم 02/89 المؤرخ في 07 فبراير 1989، المعدل والمتمم، والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية الصادرة في 08 فبراير 1989، عدد 06.
- قانون 10-90 مؤرخ في 19 رمضان عام 1410 الموافق لـ 14 أبريل سنة 1990، الجريدة الرسمية عدد 16، ألغي بموجب الأمر رقم 11-03 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق لـ 26 غشت سنة 2003 والمتعلق بالقرض والنقد، الجريدة الرسمية رقم 25.
- القانون رقم 14/90 المؤرخ في 02 يونيو 1990 المعدل والمتمم المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي، الجريدة الرسمية الصادرة في 06 يونيو 1990، عدد 23.
- قانون رقم 11-91 المؤرخ في 27 أبريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة.
- قانون 24-91 الموافق 6 ديسمبر 1991 يعدل ويتمم القانون 06-84 الصادر في 07 جانفي 1984، يتعلق بالنشاطات المحمية، جريدة رسمية عدد 64.
- القانون 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 الصادر في الجريدة الرسمية ليوم 19 يوليو 2001، جريدة رسمية العدد47.

- قانون رقم 01-06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية عدد 14، المعدل والمتمم بالأمر 05-10 المؤرخ في 06 أوت 2010، جريدة رسمية رقم 50، المعدل والمتمم بالقانون 11-15 المؤرخ في 02 أوت 2011، جريدة رسمية عدد 44.
- قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 الجريدة الرسمية الصادرة 23 أفريل 2008، عدد 21.
- قانون 03/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية الصادرة في 08 مارس 2009، عدد 15.
- قانون رقم 09-16 المؤرخ في 29 شوال عام 1437 الموافق لـ 03 غشت سنة 2016 والمتعلق بترقية الاستثمار المعدل.
- قانون رقم 18-22 المؤرخ في 25 ذي الحجة عام 1443 الموافق لـ 24 يوليو سنة 2022.

رابعاً: المراسيم التنفيذية واللوائح التنظيمية.

- المرسوم 15/79 المؤرخ في 25 جانفي 1979، المتضمن تنظيم السجل التجاري، الجريدة الرسمية الصادرة في 30 يناير 1979، عدد 05، المعدل والمتمم بالأمر 41/97 المؤرخ في 18 يناير 1997.
- المرسوم التنفيذي رقم 267-2005 المؤرخ في 02 أوت 2005 يحدد كيفيات إيداع التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة وتسجيلها، الجريدة الرسمية المؤرخة في 07 أوت 2005، العدد 54.
- المرسوم التنفيذي رقم 275-2005 المؤرخ في 02 أوت 2005 المتعلق بكيفيات إيداع براءة الاختراع وإصدارها.
- المرسوم التنفيذي 08-07 المؤرخ في 14 يناير 2007، الجريدة الرسمية، العدد 04.

- مرسوم تنفيذي رقم 329-08 المؤرخ في 22 أكتوبر 2008، الصادرة في 02 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية، العدد 61.
- النظام رقم 03-05 الصادر عن بنك الجزائر المركزي، المؤرخ في 06 جوان 2005 المتعلق بالاستثمارات الأجنبية.

II- المراجع باللغة العربية:

أولاً: المراجع العامة.

1. ابن منظور، لسان العرب، الجزء الرابع، دار صادر، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع.
2. إكرام مياسي، الاندماج في الاقتصاد العالمي وانعكاساته على القطاع الخاص في الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2012.
3. أمال بدر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2012.
4. بربار عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغداد للطباعة والنشر والتوزيع، الرويبة، طبعة ثانية، الجزائر، 2009.
5. بن رمضان أنيسة، دراسة إشكالية استغلال الموارد الطبيعية الناضجة وأثرها على النمو الاقتصادي، دار هومة، الجزائر، 2014.
6. بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كليك للنشر، المحمدية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2012.
7. ج. ريبير- ر. روبلو، ترجمة: منصور القاضي، المطول في القانون التجاري، الجزء الأول، المجلد 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، ط1، 2007.
8. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة السابعة، عمان، 2010.
9. عبد المجيد بوزيدي، تسعينات الاقتصاد الجزائري، حدود السياسات الظرفية، موقع للنشر، بدون سنة طبع.

10. فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الفكرية، ابن خلدون للنشر والتوزيع، وهران، 2003.
11. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997.
12. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، المجلد 5، الأردن، 1997.
13. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولية، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.

ثانياً: المراجع الخاصة.

1. أحمد زكريا صيام، مبادئ الاستثمار، عمان للطبع و النشر، الأردن، الطبعة 1، 1997.
2. أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، 1990.
3. جلال وفاء محمد، الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقاً لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط 2004.
4. حسين بلعجوز والجودي صاطوري، تقسيم واختيار المشاريع الاستثمارية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2013.
5. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، الطبعة 1، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان، 2006.
6. سمير جميل حسن الفتلاوي، الملكية الصناعية وفق القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون طبعة.
7. شوام بوشامة، تقييم واختيار الاستثمارات، الطبعة 1، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

8. صلاح زين الدين، العلامات التجارية وطنيا ودوليا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، ط2، 2009.
9. عباس حلمي المنزلاوي، الملكية الصناعية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 1983.
10. عبد الرحيم عنتر عبد الرحمن، براءة الاختراع ومعايير حمايتها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون ذكر طبعة.
11. عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، مصر.
12. عبد الكريم احمد عاطف، مناخ الاستثمار وأهميته في جذب الإستثمارات، مجلة مركز الدراسات والبحوث اليمني، العدد 3 لسنة 2010.
13. عجة الجيلالي، أزمات حقوق الملكية الفكرية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة القديمة- الجزائر، ط 2012.
14. عجة الجيلالي، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار الأنشطة العادية وقطاع المحروقات، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
15. علي نديم الحمصي، الملكية التجارية والصناعية- دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، ط1، 2010.
16. عليوش قريوع كمال، الإستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون سنة الطبع.
17. عيبوط محند وعلي، الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري، الطبعة2، دار هومة، الجزائر، 2014.
18. مرتضى حسين إبراهيم السعدي، النظام القانوني لشركات الاستثمار المالي، دراسة تحليلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.
19. نعيم مغيب، الماركات التجارية والصناعية، بدون ذكر دار النشر، لبنان، ط1، 2005.

20. نعيم مغبغب، الماركة التجارية - علامة فارقة أم مميزة-، بدون ذكر دار النشر، بيروت- لبنان، ط1، 2010.
21. نعيم مغبغب، براءة الاختراع- ملكية، صناعية، وتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ط1، 2003.
22. هفال صديق إسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الأردن، 2014-2015.

III- الرسائل و المذكرات الجامعية:

أولاً: رسائل دكتوراه.

1. محمد الكلاوي، سياسة الإستثمار في الجزائر وخدمات التنمية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الاقتصادية، 2008.
2. يوسفات علي، اقتصاديات المواقع ودورها في تحقيق التنمية المستدامة، أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010.
3. دريس حليلة، حماية حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، 2013-2014.
4. بسدات كريمة، العوامل المؤثرة في الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر، أطروحة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة دكتوراه علوم اقتصادية، جامعة الجزائر 3، السنة الجامعية 2014-2015.
5. بن وليد كحول، المسؤولية القانونية عن جرائم التعدي على العلامات في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر- بسكرة، 2014-2015.
6. زواوي الكاهنة، المنافسة غير المشروعة في الملكية الصناعية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد خيضر- بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015.

ثانيا: مذكرات الماجستير.

1. بن سويح خديجة، النظام القانوني للاستثمار في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق- جامعة الجزائر- 2007.
2. محمد سارة، الاستثمار الأجنبي في الجزائر – دراسة حالة أوراسكوم- ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير- تخصص قانون الأعمال- جامعة منتوري قسنطينة، 2009-2010.
3. نعمان وهيبة، استغلال حقوق الملكية الصناعية والنمو الاقتصادي، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، بن عكنون- الجزائر، 2009-2010.
4. حدادن طاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماجستير فرع قانون التنمية الوطنية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، قسم الحقوق، السنة الجامعية 2011/2012.
5. كمال سمية، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، تلمسان.

IV- المقالات والتقارير:

أولا: باللغة العربية

1. إلي كوهين، هل مازالت الدول تتمتع بالسيادة في النظام الاقتصادي ، النشرة الاقتصادية ، رقم 2415، مارس 1995.
2. بن صغير مراد، حجية الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية وتنفيذها على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ورقة عمل مقدمة للملتقى الدولي حول تنفيذ الأحكام والسندات الأجنبية وقرارات التحكيم الدولي المنظم يومي 24 و25 أبريل 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة قاصدي مرباح- ورقلة- الجزائر.
3. تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي، الفصل الأول: واقع، وانعكاسات المفاوضات مع المؤسسات المالية الدولية على الاقتصاد الجزائري ، السداسي الثاني، 1997.

4. طلال زغبة وعبد الحميد برحومة، الأشكال الجديدة لتدفقات الاستثمار الأجنبي غير القائم على المساهمة في رأس المال وآثارها على التنمية الاقتصادية في الدول النامية، مجلة العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، العدد 11 - 2014.

5. ونوغي نبيل، محاضرة المزايا والتسهيلات الممنوحة للاستثمار في القانون الجزائري- مقالة منشورة بتاريخ 2019/11/30، المركز الجامعي سي الحواس بريكة باتنة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية.

ثانيا: باللغة الأجنبية.

1. L'incidence de la LFC 2009. Sur L'investissement. Rapport du conseil économique et social le ; 10/12/2009.
2. Oman Charles, avec la collaboration de François Chesnais, Joseph Pelzman, Ruth Rama, les nouvelles formes d'investissement dans les industries des pays en développement... étude du centre de développement, paris, O.C.D.E. 1989.

V- المواقع الإلكترونية:

1. Doing Business In the World 2010. www.doingbusiness.org
2. <http://www.droit-dz.com>
3. http://www.iraqifi.org/My_images/laws_files/pdf
4. Les Dispositif d'encouragement à l'investissement- 2016. ANDI. www.andi.dz

الفهرس:

01	مقدمة
05	المحور الأول: ماهية الاستثمار، وتطور النظام القانوني للاستثمار في الجزائر
05	الفصل الأول: مفهوم الاستثمار وأنواعه
05	المبحث الأول: مفهوم الاستثمار.....
05	المطلب الأول: تعريف الاستثمار.....
06	الفرع الأول: تعريف الاستثمار في الاتفاقيات الدولية.....
17	الفرع الثاني: تعريف الاستثمار في التشريع الوطني والفقہ.....
25	المطلب الثاني: خصائص، مبادئ وأنواع الاستثمار.....
25	الفرع الأول: خصائص ومبادئ الاستثمار.....
31	الفرع الثاني: أنواع الاستثمار.....
44	الفصل الثاني: تطور النظام القانوني للاستثمار في الجزائر ومعوقات الاستثمار
46	المبحث الأول: التطور القانوني للاستثمار في الجزائر.....
46	المطلب الأول: قوانين ما قبل فترة الإصلاحات الاقتصادية.....
46	الفرع الأول: مرحلة الستينات والسبعينات.....
50	الفرع الثاني: مرحلة الثمانينات.....
52	المطلب الثاني: قوانين الإصلاحات الاقتصادية.....

52	الفرع الأول: تعديلات مرحلة التسعينات.....
56	الفرع الثاني: أهم تعديلات الأمر 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار
62	الفرع الثالث: قوانين الاستثمار بعد التعديل الدستوري ودستور 2020
65	المبحث الثاني: معوقات الاستثمار ومزاياه في الجزائر.....
65	المطلب الأول: معوقات الاستثمار في الجزائر.....
65	الفرع الأول: المعوقات التشريعية للاستثمار في الجزائر.....
78	الفرع الثاني: المعوقات الإجرائية والإدارية للاستثمار في الجزائر.....
84	المطلب الثاني: مزايا الاستثمار في الجزائر.....
85	الفرع الأول: المزايا الضريبية والجمركية الممنوحة للاستثمار.....
87	الفرع الثاني: المزايا التمويلية.....
89	المحور الثاني: الضمانات المتعلقة بحماية الملكية الصناعية والتجارية واللجوء للتحكيم التجاري الدولي.....
89	الفصل الأول: الضمانات المتعلقة بحماية الملكية الصناعية والتجارية واللجوء للتحكيم التجاري الدولي
89	المبحث الأول: حماية الملكية الصناعية والتجارية كضمان للاستثمار في الجزائر
89	المطلب الأول: أنواع الملكية الصناعية والتجارية المعنية بالحماية القانونية.....
90	الفرع الأول: الحقوق التي ترد على المبتكرات الجديدة.....
105	الفرع الثاني: الإشارات المميزة.....

123	المطلب الثاني: الحماية المدنية والجزائية لحقوق الملكية الصناعية والتجارية..
124	الفرع الأول: دعوى المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية والتجارية.....
144	الفرع الثاني: دعوى التقليد.....
165	الفصل الثاني: التحكيم التجاري الدولي كضمان للاستثمار في الجزائر
165	المبحث الأول: إجراءات دعوى التحكيم التجاري الدولي.....
165	المطلب الأول: أنواع التحكيم التجاري الدولي وإجراءاته.....
165	الفرع الأول: التحكيم الحر أو الخاص وإجراءاته.....
188	الفرع الثاني: إجراءات التحكيم وتدخل القاضي.....
203	المطلب الثاني: التنظيم الإجرائي للتحكيم.....
203	الفرع الأول: هيئة التحكيم ومهام المحكم.....
207	الفرع الثاني: الخصومة في التحكيم وإجراءات المحاكمة التحكيمية.....
218	الفصل الثاني: حجية الحكم التحكيمي
218	المبحث الأول: صدور الحكم وتنفيذه.....
218	المطلب الأول: صدور الحكم والاعتراف به.....
218	الفرع الأول: صدور الحكم (القرار) وآثاره.....
231	الفرع الثاني: الاعتراف بالحكم التحكيمي.....
232	المطلب الثاني: تنفيذ الحكم (القرار) التحكيمي.....
233	الفرع الأول: تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية.....

234الفرع الثاني: إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الدولي.....
238المبحث الثاني: طرق الطعن في الحكم (القرار) التحكيمي.....
238المطلب الأول: الطعن ضد الأحكام التحكيمية الأجنبية.....
238الفرع الأول: استئناف الأحكام التحكيمية الأجنبية.....
245الفرع الثاني: الطعن بالنقض في أحكام التحكيم الأجنبية.....
247	المطلب الثاني: الطعن ضد الأحكام التحكيمية الصادرة بالجزائر في مجالالتحكيم الدولي.....
248الفرع الأول: الطعن بالبطلان وإجراءاته.....
251الفرع الثاني: الطعن بالنقض.....
252الخاتمة.....
254قائمة المصادر والمراجع.....
264الفهرس.....