تحكيم الاستثمار ومتطلبات التنمية

محمد عيساوي*

الملخص :

أصبح التحكيم التجاري الدولي الطريقة المفضلة لدى المستثمرين الاجانب لحل نزاعاتهم مع الدول المضيفة لاستثماراتهم.

لقد قبلت معظم الدول السائرة في طريق النمو التحكيم بمصادقتها على الاتفاقيات الدولية الثنائية ومتعددة الأطراف وعن طريق تعديل قوانينها الداخلية ، إلا أن الاشكال المطروح : هل قبلت هذه الدول بالتحكيم عن قناعة أم تحت ضغط العولمة والشركات متعددة الجنسيات؟ وهل يجب الاستمرار في التعامل مع الهيئات التحكيمية في سرية؟ أم حان الوقت للعمل بشفافية أكثر للسماح لمختلف الأطراف كالمجتمع المدني والمنظمات غير الحكومية.

بالمشاركة في اجراءات التحكيم لأن الخسائر التي تكبدتها دول العالم الثالث جراء الأحكام التحكيمية ضخمة بلغت درجة المساس باقتصادها.

Abstract :

Investment arbitration and development requirements Abstract:
International commercial arbitration has become the preferred method for foreign investors to settle disputes with the host countries of their investments. The majority of developing countries have accepted arbitration in ratifying international agreements (bilateral and multilateral) , and changing their laws. But the question that arises is: these countries have agreed to arbitration by conviction or obligation under the pressure of globalization and multinational corporations? Should also continue to treat secretly with the arbitration proceedings?or it is time to act with greater transparency to allow different parties (civil society, NGOs...) to participate in the arbitration proceedings because the losses, the Third Worlds, by awards are enormous and affect the economy of these countries.

* كلية الحقوق والعلوم السياسية ـ جامعة آكلي محند أولحاج ـ بالبويرة ـ البريد الالكتروني :
a1964 m2010 @yahoo.fr

مقدمة:

عرفت العلاقات التجارية الدولية في عصرنا الحالي تطورا ملحوظا ، نتيجة لزيادة معدل التجارة واتساع سوقها بسبب سهولة المواصلات عبر القارات ، وإنشاء العقود ذات الشكل النموذجي (Contrats types) ، وظهور هيئات ووكالات مختصة في التجارة الدولية ، وشركات ذات طابع دولي وأخرى متعددة الجنسيات أصبحت تسيطر على اغلب النشطة الاقتصادية في العالم[1].

يعتبر الاستثمار الأجنبي المباشر أحد الأساليب الهامة التي لجأت اليها الدول النامية لتقوية رأسمالها من أجل نموها. وقد اندفعت معظم الدول ، على غرار الجزائر ، نحو هذا الأسلوب من خلال تحديث منظومتها التشريعية لتتلاءم مع متطلبات المرحلة ، رغبة منها في تحقيق تنمية شاملة لاقتصادها ، فأصدرت قوانين لتشجيع الاستثمار تضمنت امتيازات هامة (امتيازات جمركية وضريبية) ، وأعطت المستثمر الأجنبي ضمانات كافية (كضمان تحويل رؤوس الأموال والفوائد بالعملة الأجنبية ، وضمان الحماية من التأميم والمصادرة ، والقبول بحل أي نزاع يتعلق باستثماره عن طريق التحكيم التجاري الدولي ...).

كما أبرمت الدول فيما بينها اتفاقيات ثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار[2] ، واتفاقيات متعددة الأطراف سواء لضمان الاستثمارات[3] ، أو لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات أو غيرها[4].

وذهبت بعض الدول إلى اعتماد سياسة الشراكة الدولية كوسيلة جديدة لتشجيع أكثر للاستثمارات الأجنبية[5] ، حيث وقعت الجزائر- مثلا - إتفاق الشراكة

(1) إلى غاية يوم 20 نوفمبر 2012 ، أبرمت الجزائر أكثر من 43 إتفاقية ثنائية لتشجيع وحماية الإستثمارات منها 12 إتفاقية مع الدول الإفريقية ، 15 إتفاقية مع الدول الأوروبية ، 05 إتفاقيات مع الدول الأسيوية ، 11 إتفاقية مع الدول العربية.
للإطلاع على هذه الإتفاقيات ، أنظر موقع الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار (ANDI): www.ANDI.dz

(2) كاتفاقية سيول لسنة 1985 ، المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الإستثمار (AMGI) المصادق عليها في الجزائر بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 95 - 345 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995 ، ج ر عدد 66 صادرة بتاريخ 05 نوفمبر سنة 1995.

(3) كإتفاقية واشنطن لسنة 1965 لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى ، المصادق عليها في الجزائر بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 95 - 346 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995 ، ج ر عدد 66 صادرة بتاريخ 05 نوفمبر سنة 1995.

(4) ثلجون شميسة ، الشراكة كوسيلة قانونية لتفعيل الاستثمار الأجنبي في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، جامعة أمحمد بوقرة ، بومرداس ، 2006 ، ص03.

(5) مرسوم رئاسي رقم 05 - 159 ، مؤرخ في 27 أفريل سنة 2005 ، يتضمن المصادقة على الإتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى ، الموقع في فالونسيا يوم 22 أفريل سنة 2002 ، ج ر عدد 31 ، صادرة بتاريخ 30 أفريل سنة 2005.

مع الإتحاد الأوروبي في 22 أفريل سنة 2002 بمدينة فالونسيا الإسبانية[1] ، وقامت على إثره بتعديل قوانينها الداخلية لتتلاءم مع مضمونه.

لكن تدفق رؤوس الأموال على اية دولة يبقى مرهونا بتوافر الظروف الملائمة والمناخ الاستثماري المناسب لاستقطابها ، حيث يبحث المستثمر الأجنبي على أحسن السبل لتحقيق اكبر ربح ممكن والمحافظة عليه وتحويله إلى الخارج وضمان الحلول العادلة لكل نزاع محتمل مع الدولة المستقبلة.

يعتبر التحكيم التجاري الدولي أهم ضمان يمنح للمستثمر الأجنبي ، الذي يرغب في قضاء عادل غير معقد الإجراءات ، يضمن له حقوقه أمام الدولة المتعاقد معها. وقد قبلت الدول النامية ـ بما فيها الجزائر ـ بعد تردد دام لعقود من الزمن ، استعمال الميكانيزمات الدولية في حل نزاعاتها مع المستثمرين الأجانب ، تحت ضغط عاملي العولمة والأزمة الاقتصادية[2] ، ما دفع معظم الدول إلى الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية والجهوية ، كاتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي صادقت عليها الجزائر سنة 1988[3] ، رغم أن قانونها آنذاك لم يكن يعترف بالتحكيم التجاري الدولي ، واتفاقية واشنطن لسنة 1965 التي انشأ بموجبها البنك العالمي ما يسمى: **المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (CIRDI)** والذي أصبح يلعب دورا جوهريا في مجال تحكيم الاستثمار.

للتحكيم في منازعات الاستثمار طبيعة خاصة لاسيما على مستوى المركز الدولي(CIRDI) ، فمصطلح الاستثمار له مفاهيم واسعة يصعب حصرها ، وللاستثمار أشكال متعددة يطرح كل منها إشكالية معقدة عندما تثور نزاعات بشأنها ، بالإضافة إلى الشروط غير الدقيقة التي وضعتها اتفاقية واشنطن لاعتبار المنازعة تتعلق باستثمار بين دولة ورعية دولة أخرى ، والصعوبات التي واجهت هيئات التحكيم عند تطبيقها لهذه الشروط ، ما أدى إلى الحد من سرعة تطور تحكيم الاستثمار (**المبحث الأول**).

---

(1) طالبي حسن ، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للإستثمارات ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة الجزائر 2006 ، ص15.

(2) مرسوم رئاسي رقم 88 ـ 233 ، مؤرخ في 05 نوفمبر سنة 1988 ، يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 والخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها ، ج ر عدد 48 صادرة بتاريخ 23 نوفمبر 1988.

(3) نشير إلى أن معظم القضايا التحكيمية التي كانت الجزائر طرفا فيها (في معظم الأحيان في وضعية مدعى عليه) ، عرضت على تحكيم CIRDI وCCI للإطلاع على نظام التحكيم لهاتين المؤسستين ، يمكن الرجوع إلى موقعهما : موقع (CIRDI):www.icsid.worldbank.org
موقع (CCI):www.iccwbo.org

كما أظهرت التطبيقات العملية لتحكيم الاستثمار نتائج هامة كان لها الأثر البالغ على اقتصاديات الدول المضيفة للاستثمار (**المبحث الثاني**) ، تدفع إلى التساؤل عن نوايا الشركات متعددة الجنسيات في تعاقدها مع الدول النامية ، نظرا لكثرة القضايا التحكيمية والخسائر الفادحة التي تكبدتها هذه الدول أمام المحاكم التحكيمية الدولية[1] ؛ فهل التحكيم طريق لحل النزاعات أم وسيلة لإبتزاز الدول الضعيفة إقتصاديا ، وهل قبول هذه الأخيرة للتحكيم جاء عن إرادة حرة ورغبة حقيقية أم تحت ضغط حاجيات التنمية الاقتصادية؟.

المبحث الأول ـ
تحكيم الاستثمار بين التطور والتعثر:

تعتبر إتفاقية واشنطن أهم إتفاقية دولية متعددة الأطراف في مجال الاستثمار حيث اختصت في تسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى ، فلا يمكن للأطراف اللجوء إلى المركز الدولي (CIRDI) إلا إذا تعلق نزاعهم بالاستثمار[2] ، والغريب في الأمر أن الإتفاقية لم تعط تعريفا دقيقا لمصطلح « **إستثمار** » بل وضعت شروطا لاختصاص المركز (**المطلب الأول**) ، ومع ذلك أنظمت إليها معظم دول العالم (**أكثر من** 140 **دولة حسب** الموقع CIRDI) ، مما يدل على قبول هذه الدول بالطرق البديلة لحل كل منازعات الاستثمار ، سواء بإرادتها الحرة أو مرغمة تحت ضغط حركية العولمة الاقتصادية[3].

أثار تحكيم الاستثمار جدلا واسعا حول ضرورة توافر بعض الضمانات الإجرائية والموضوعية ، فالدولة الطرف في النزاع تتعاقد مع المستثمر الأجنبي باسم الشعب الذي يرغب في الإطلاع على مضمون العقد ، والمستثمر الأجنبي خاصة الشركات العالمية ترغب في ضمان سرية المعاملات التجارية حفاظا على مصالحها؛ من هنا يظهر التعارض بين مصالح الطرفين وتطرح إشكالية القبول ببعض مستلزمات تحكيم الاستثمار (**المطلب الثاني**).

(1) تنص الفقرة الأولى من المادة 25 من إتفاقية تسوية المنازعات بين الدول ورعايا الدول الأخرى (واشنطن1965) : « يمتد إختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى ، والتي تتصل إتصالا مباشرا باحد الإستثمارات ، ... ».

(2) بشار محمد السعد ، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2006 ، ص450.

(3) عيبوط محند وعلي ، الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية في الجزائر ، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2006 ، ص 359.

المطلب الأول: شروط تحكيم الاستثمار بين النظرية والتطبيق

وضعت المادة 25 (1) من اتفاقية واشنطن شرط ارتباط النزاع بأحد «**الاستثمارات**» لقبول المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى ، التصدي للدعوى التحكيمية ، دون أن تعطي مفهوما للاستثمار ، وهذا يسمح للهيئات التحكيمية على مستوى المركز بقبول أكبر عدد من القضايا على أساس إعطاءه مفهوما واسعا في ضوء التطورات التي عرفها الاقتصاد العالمي التي ترتب عنها اتساع مفهوم الاستثمار من الطابع الاقتصادي القائم على أساس المساهمة المالية ، إلى كل نشاط يساهم في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة ، كما أدت مقتضيات التنمية الاقتصادية إلى ظهور ما يسمى بالأشكال الجديدة للاستثمار (Nouvelles formes d'investissement) كعقود الخدمات وعقود التسيير[1].

نشير إلى أن المشرع الجزائري حاول أن يجمع مختلف هذه الأشكال في تعريفه للاستثمار ضمن المادة الثانية من الأمر 01 ـ 03 المؤرخ في 20 أوت سنة 2001 ، المتعلق بتطوير الاستثمار(المعدل والمتمم)[2] ، حيث أعتبر الاستثمار في:

ـ اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة ، أو توسيع قدرات الإنتاج ، أوإعادة التأهيل ، أوإعادة الهيكلة ،

ـ المساهمة في رأسمال مؤسسة في شكل مساهمات نقدية أو عينية ،

ـ استعادة النشاطات في إطار خوصصة جزئية أو كلية.

وأحال كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده ، للجهات القضائية المختصة ، أو إلى المصالحة أو التحكيم في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف ، أبرمتها الجزائر ، أو وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية بواسطة التحكيم[3].

---

(1) معدل ومتمم بمقتضى:
ـ الأمر رقم 09 ـ 01 المؤرخ في 22 جويلية سنة 2009 ، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 ، ج ر عدد 44 ، صادرة بتاريخ 26 جويلية سنة 2009.
ـ الأمر رقم 10 ـ 01 ، المؤرخ في 26 أوت سنة 2010 ، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010 ، ج ر عدد 49 صادرة بتاريخ 29 أوت سنة 2010.

(2) أنظر المادة 17 من الأمر رقم 01 ـ 03 ، المتعلق بتطوير الإستثمار ، مرجع سابق.

(3) أدت إجتهادات المحكمين في بعض القضايا التحكيمية إلى ظهور ما يسمى «**التحكيم بدون إتفاق**» ، حيث يفرض التحكيم على الدولة المضيفة للإستثمار دون موافقتها الصريحة ، بل يكفي وجود إتفاقية ثنائية بينها وبين دولة المستثمر أو نص قانوني في تشريعاتها يشير إلى التحكيم ، لينعقد الإختصاص لهيئات التحكيم؛ ففي قضية «**سد كدية أسردون**» بولاية البويرة التي رفعتها الشركة الإيطالية (L.E.S.I et Dipenta) ضد الحكومة الجزائرية* ، إستندت هيئة التحكيم في إطار (CIRDI) على الإتفاقية الثنائية بين الجزائر وإيطاليا سنة 1991** (قبل إنضمام الجزائر إلى إتفاقية واشنطن سنة 1995) ، لاسيما

إذا كانت اتفاقية واشنطن لسنة 1965 خالية من تعريف الاستثمار لأسباب موضوعية ـ كما رأينا أعلاه ـ فإنها وضعت شروطا تتعلق بالاستثمار ، لتطبيق الولاية القضائية للمركز الدولي(CIRDI) ، يؤدي عدم توافرها إلى إعلان عدم اختصاص المركز بنظر النزاع (**الفرع الأول**) ، لكن التطبيق العملي لأحكام الاتفاقية في عدة قضايا تحكيمية أظهر بعض الاختلافات في الأحكام الصادرة بشأنها ، فبعض هيئات التحكيم أضافت شروطا لم تنص عليها الاتفاقية بشكل صريح ، وناقضتها هيئات أخرى مستبعدة من الشروط (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول : الشروط المتعلقة بالاستثمار في إتفاقية واشنطن

يستخلص من نص المادة 25 لاتفاقية واشنطن مجموعة من الشروط لقبول الدعوى التحكيمية على مستوى المركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى أهمها:

ـ الموافقة الكتابية للأطراف على عرض النزاع على تحكيم المركز[(1)].

ـ أن يكون النزاع ذو طبيعة قانونية يتصل بحقوق الطرفين الواردة في اتفاقية الاستثمار المبرمة بينهما.

ـ أن يكون أحد طرفي النزاع دولة متعاقدة والطرف الآخر رعية دولة متعاقدة أخرى.

ـ أن يرتبط النزاع بالاستثمار.

من المعايير الهامة التي اعتمدتها مختلف الهيئات التحكيمية لاعتبار النشاط ، الذي تقوم به رعية دولة متعاقدة على إقليم دولة متعاقدة أخرى ، استثمارا

المادة الثامنة منها ، لإعتبار الجزائر موافقة على تحكيم المركز رغم دفع هذه الأخيرة بعدم وجود إتفاق بين الطرفين على التحكيم.

* للإطلاع على تفاصيل هذه القضية يمكن الرجوع إلى موقع المركز الدولي (CIRDI) المشار إليه سابقا في الملف التالي:

_ CIRDI n° ARB/05/3 L.E.S.I s.p.a et ASTALDI s.p.a c/République algérienne démocratique et populaire.

** أنظر الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية إيطاليا ، حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات ، الموقع بالجزائر بتاريخ 18 ماي سنة 1991 ، المصادق عليه بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 91 ـ 346 ، المؤرخ في 05 أكتوبر سنة 1991 ، ج ر عدد 46 صادرة بتاريخ 06 أكتوبر سنة 1991.

(1) فسخت الجزائر العقد بسبب قوة قاهرة ، حيث تغيرت ظروف إنشاء السد بسبب العوامل الأمنية واستدعى الأمر استعمال وسائل أكثر قوة وصلابة ، لكن البنك الإفريقي للتنمية (B.A.D) (الممول للمشروع) ، اشترط للاستمرار في التمويل ، الإعلان عن مناقصة جديدة ، رفض الطرف الإيطالي المشاركة فيها ولجأ إلى التحكيم للإطلاع على التفاصيل يمكن الرجوع إلى الموقع: http:// icsid.worldbank.org وتفحص القضية: CIRDI n° ARB/05/3

يستوجب إختصاص المركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (CIRDI) ، نذكر:

1ـ استغراق الأنشطة والعمليات المرتبطة بها مدة زمنية مقبولة ، وقد دفعت الجزائر في قضية سد كدية أسردون ، بأن هذه المدة يجب أن تتجاوز خمس (05) سنوات ، استنادا للأعمال التحضيرية لاتفاقية واشنطن ، إلا أن هيئة التحكيم رفضت هذا الدفع معتبرة مدة 36 شهرا التي استغرقها نشاط الشركة الإيطالية في الجزائر كافية.

2 ـ المخاطرة الاقتصادية ، حيث يحتمل النشاط فرضية الربح أو الخسارة ، فتستبعد بعض العقود مثل عقد المقاولة وغيره ، إلا أن هيئات التحكيم على مستوى المركز الدولي (CIRDI) ذهبت بعيدا في تفسير هذه المخاطرة دفاعا على المستثمرين الغربيين ، ففي قضية سد كدية أسردون بالبويرة ، التي ثار بشأنها نزاع بين الوكالة الوطنية للسدود (ANB) والشركتين الإيطاليتين L.E.S.I et Dipenta ، يتعلق بعقد إنشاء سد بالجزائر ، اعتبرت المحكمة التحكيمية أن فسخ العقد يمثل بحد ذاته مخاطرة بالنسبة للطرف الإيطالي[1].

3 ـ إلتزام واضح بتنمية الدولة المضيفة ، وملائمة المشروع الاستثماري لأهداف التنمية[2] ، لكن هذا الشرط لم تقبل به بعض الهيئات التحكيمية ، بل اعتبرته غير موضوعي ويصعب إثباته ، إلى درجة استبعاده بشكل صريح كما حدث في الحكم الصادر في قضية سد كدية أسردون[3] ، بينما ألغت لجنة الطعن لدى (CIRDI) حكما تحكيميا صادرا عن إحدى هيئات تحكيم المركز بسبب عدم مساهمة النشاط موضوع العقد في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة[4].

أثار هذا التناقض في إحكام تحكيم الاستثمار ، جدلا كبيرا لدى الفقهاء والمحللين خاصة وأن هدف أي دولة مستقطبة للاستثمار الأجنبي هو المساهمة

---

(1) بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 451.

(2) جاء في نص الحكم الصادر في قضية أسردون ما يلي:

Un contrat pour constituer un investissement il faut :a/que le contrat ait affecté un apport dans le pays concerné. b/que cet apport porte une certaine durée. c/ qu'il comporte pour celui qui le fait un certain risque.

Il ne parait ; en revanche ; pas nécessaire qu'il réponde en plus spécialement à la promotion économique du pays ; une condition de toute façon difficile à établir et implicitement couverte par les trois éléments retenus.

(3) أنظر قضية المحامي الأمريكي Patrick Mitchell ضد جمهورية الكونغو الديمقراطية (R.D.C):

M.Patrick Mitchell c/ La république démocratique de Congo, affaire CIRDI n° ARB/99/7.

(4) Gaillard (E) , A black year for ICSID ,New york law journal, 1st mars 2007.

في تنميتها الاقتصادية.

الفرع الثاني : شرط المساهمة في التنمية الاقتصادية ضمن الاجتهاد التحكيمي

أثار قرار اللجنة الخاصة في قضية PATRICK MITCHELL الذي ألغى حكما تحكيميا صادرا عن هيئة تحكيم في إطار(CIRDI) ضد جمهورية الكونغو الديمقراطية على أساس أن المدعي ليس مستثمرا وفق مفهوم المادة 25 من اتفاقية واشنطن ، حيث أعلنت لجنة الطعن أن نشاط السيد/ MITCHELL لا يساهم في التنمية الاقتصادية لدولة الكونغو ، جدلا واسعا بين الفقهاء والباحثين حيث رأى البعض أنه بداية لانهيار تحكيم الاستثمار إذ يفسح المجال أمام إلغاء أكبر عدد من أحكام التحكيم ، إلى درجة أن الأستاذ/ Gaillard Emmanuel وصف سنة صدوره بالسنة السوداء للمركز الدولي[1] ، ولنا أن نناقش هذا الرأي من مختلف النواحي:

ـ **من الناحية القانونية** : تعتبر اتفاقية واشنطن المساهمة في التنمية الاقتصادية للدولة المتعاقدة شرطا جوهريا لمفهوم الاستثمار[2] ، وهو شرط مستقل بذاته لتحديد هذا المفهوم ، كما أن نظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (CIRDI) وارتباطه بالبنك العالمي يستند على ترقية الاستثمار في حدود ما يستفيد منها التطور الاقتصادي.

إن مساهمة الاستثمارات في التنمية الاقتصادية معيار واسع جدا ، لا يمكن تحديده بسهولة ، ويستوجب على الاجتهادات التحكيمية تحديد المعيار القانوني الذي يجب الاستناد عليه لإيجاد هذه الرابطة؛ فإذا لم تسهر الهيئات التحكيمية على إخضاع عمليات الاستثمار لاحترام شرط المساهمة في التطور الاقتصادي ، فإن العملية التحكيمية في إطار CIRDI تبتعد عن أهدافها القانونية الأصلية.

أما من الناحية العملية : فإن قرار اللجنة الخاصة يستجيب بصفة إيجابية لبعض التطورات المسجلة في السنوات الأخيرة في مجال الاستثمارات الدولية على المستوى الاقتصادي أو السياسي.

فعلى المستوى الاقتصادي : عرفت الاستثمارات تحولات هيكلية ، حيث

(1) جاء في ديباجة إتفاقية واشنطن 1965:« إن الدول المتعاقدة ، إذ تقدر ضرورة التعاون الدولي من أجل التنمية الإقتصادية ، والدور الذي تلعبه الإستثمارات الخاصة الدولية في هذا المجال؛ وإذ تأخذ في الإعتبار أن المنازعات يمكن أن تنشأ في أي وقت بشأن مثل هذه الإستثمارات بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول **المتعاقدة الأخرى ...**» .

(2) Grisel florian, Arbitrage d'investissement et promotion de développement économique ; une étude de cas , OECD Global forum of international investment , P.3. in:www.oecd.org/investment/gfi _ 7.

كانت في السابق موجهة من الدول المتقدمة إلى الدول النامية ، لكن التدفق أصبح يتم بين الدول النامية فيما بينها ، كما يسجله الاستثمار الأسيوي في أفريقيا ، فأصبحت استثمارات الدول المتقدمة تواجه منافسة هامة ، وأصبح هدف التطور الاقتصادي محورا لجذب الاستثمارات.

من الناحية السياسية : يبدو أن تحكيم الاستثمار يمر بأزمة شرعية تجسدها الدعاوى الكثيرة المرفوعة أمام المؤسسات التحكيمية والقرارات العديدة التي صدرت ضد الدول النامية ، دفعت بعض الدول إلى التفكير في الخروج من CIRDI ، وقد وقعت بعض دول أمريكا اللاتينية بعض الاتفاقيات دون أن تتضمن طريق التحكيم لحل النزاعات المحتملة[1] ، وهو مؤشر سلبي ، فعلى المركز الدولي أن يستمر في لعب دور الميكانيزمات المحايدة لحل النزاعات ، سواء من وجهة نظر المستثمر أو من وجهة نظر الدولة المضيفة للاستثمار دون أن يحيد عن الأهداف التي أسس من أجلها ، وبالتالي فإن اشتراط هيئات التحكيم مساهمة النشاط في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار مؤسس قانونا وواقعا ، بشرط وضع قواعد لتحديد مجال هذه المساهمة ، وعلى تحكيم الاستثمار أن ينحى في اتجاه الشفافية والملائمة والمشروعية.

المطلب الثاني : متطلبات تحكيم الاستثمار وحماية مصالح الأطراف

يقوم تحكيم الاستثمار على أساس التراضي في اللجوء إليه بين دولة متعاقدة ورعية دولة متعاقدة أخرى هي:« **المستثمر الأجنبي** » ، فإذا كان المستثمر يسعى إلى تحقيق مصالحه الخاصة بناء على حرية التصرف وحرية التعاقد ، فإن الدولة تسعى إلى تحقيق مصلحة عامة تقوم على التنمية الاقتصادية للوصول إلى رفاهية أفراد المجتمع ، وهي ملزمة بالعمل بكل شفافية تجاه رعاياها (**الفرع الأول**) ، احتراما لمبدأ الشرعية (La légitimité) (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول : مبدأ الشفافية في منازعات الاستثمار

تم تطبيق طرق حل المنازعات المتعلقة بمتعاملين اقتصاديين من القطاع الخاص ، على حل نزاعات تتعلق بالقانون التجاري الدولي وبالقانون الدولي العام

(1) تكبدت الدول النامية خسائر فادحة في قضايا التحكيم التجاري الدولي دفعتها من أموال شعوبها دون إستشارتها ، فالجزائر مثلا اضطرت إلى دفع ملايير الدولارات للشركة الأمريكية أناداركو مقابل تنازلها على الدعوى التحكيمية امام CIRDI ، وجمهورية مصر العربية خسرت 76 قضية من بين 78 قضية تحكيمية : أنظر في هذا الصدد : مقال منشور على جريدة المساء بتاريخ 2012/03/11 ، تحت عنوان :«سوناطراك وأناداركو يتفقان حول الرسم على الأرباح الإستثنائية».
أشرف سيف ، خسائر قضايا التحكيم الدولي نزيف مستثمر ، موقع جذور للتنمية القانونية وإدارة الأزمات ، ص02.

دون مراعاة خصوصيات هذا الأخير.

لئن أثبتت هذه الطرق نجاعتها في حل المنازعات الخاصة ، فإن هناك عنصر هام تم تجاهله عند التصدي للمنازعات ذات الطابع الدولي ، ألا وهي: المصلحة العامة ، حيث تعتبر المشاريع التي يترتب عنها إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار ، ذات أهمية قصوى على اقتصاد الدولة ، وأحيانا على كل أفراد المجتمع ، فكيف ندمج المصلحة العامة في إجراءات وضعت أساسا لفض نزاعات تتعلق بمصالح خاصة؟.

من الناحية الإجرائية ، يجب أن يعمد إلى الشفافية ، علما بأن التحكيم التجاري الدولي يتميز بالسرية ، لكن تحكيم الاستثمار يجب أن يكون مفتوحا للجمهور ، للصحافة ، للمنظمات غير الحكومية التي تدافع عن مشروعية بعض القضايا. يجب إعلامهم والسماح لهم بالتعبير في إطار التحكيم ، لأن الآثار المترتبة على الأحكام التحكيمية تمسهم بشكل مباشر أو غير مباشر[1]. يمكن اعتماد الشفافية في قضايا تحكيم الاستثمار بعدة طرق منها:

ـ الإعلان على وجود دعوى تحكيمية بكل الوسائل المتاحة بما فيها المواقع الإلكترونية.

ـ السماح للغير بتقديم ملاحظات مكتوبة لهيئة التحكيم.

ـ السماح بحضور المرافعات العلنية ، خاصة باستعمال الوسائل المتطورة التي لا ترغم الجمهور على الانتقال إلى مكان إجراء التحكيم.

ـ يجب العمل على مبدأ الشفافية أخذا بعين الاعتبار المصلحة العامة ، دون المساس بفعالية الإجراءات التحكيمية ، حتى ولو تعارض هذا المبدأ مع طموحات الشركات متعددة الجنسيات.

الفرع الثاني : مبدأ الشرعية في تحكيم الاستثمار

يتم اختيار المحكمين من طرف الخصوم ، أو بتفويض منهم ، من طرف المؤسسات التحكيمية؛ يختص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (CIRDI) باختيار أعضاء هيئة التحكيم في المنازعات المتعلقة بالاستثمار[2].

(1) أنظر المواد من 37 إلى 40 من إتفاقية واشنطن لسنة 1965 ، مرجع سابق.

(2) Stern Brigit, International economic relations and the MAI dispute settlement system, 7th Geneva global arbitration forum ; journal of international arbitration, vol.16, 1991,PP.118 ـ 128.

المحكّمون خواص لا يشغلون مناصب رسمية وليسوا بالضرورة مختصين في ميدان الاستثمار ، ويفصلون في الأسس القانونية ، في الملائمة مع القانون الدولي ، في المشروعية ، ... .

تعالت أصوات هنا وهناك تطعن في شرعية هؤلاء القضاة الخواص ، حيث نعت البعض هيئة التحكيم بحكومة الظل « Gouvernement de l'ombre » ، أوالإرهاب التحكيمي « Terrorisme arbitral » ، ويرى بأن التحكيم طريقة غير ملائمة لحل نزاعات الاستثمار(1).

بينما يرى اتجاه آخر ، أن تحكيم الاستثمار يمر بمرحة انتقالية ، فلا يجب انتقاده أو استبعاده ، بل يجب البحث عن وسائل لتطويره ، كأن يعوض المحكم العادي بمحكم مختص(2) ، أو إنشاء محكمة دولية خاصة بمنازعات الاستثمار وإن كانت هذه الفكرة مستبعدة وغير قابلة للتحقيق ، فأكثر من 140 دولة انظمت إلى اتفاقية واشنطن ولا يمكن تعديلها إلا بإجماع هذه الدول ، وأكثر من 2000 اتفاقية دولية ثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار تضمنت كلها بندا للتحكيم(3) ، بالإضافة إلى الاتفاقيات متعددة الأطراف ، فمن غير المنطقي العمل على تعديلها كلها ، بل يجب العمل على تطوير التحكيم الموجود حاليا لتقوية جانب شرعيته « Salégitimité » ، والبحث على توحيد الاجتهاد التحكيمي للحد من عدم انسجام الأحكام التحكيمية.

(1) كما هو المعمول به في نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية (CCI) ، يمكن الإطلاع على النظام في الموقع:.www.iccbo.org

(2) قادري عبد العزيز ، الاستثمارات الدولية ، دار هومة للنشر والتوزيع ، الجزائر 2004 ، ص 182.

(3) أنظر مثلا: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الذي خصص بابا للصلح والوساطة وبابا للتحكيم:
- قانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فيفري سنة 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر عدد 21 صادرة بتاريخ 23 افريل سنة 2008.

المبحث الثاني ـ
آثار تحكيم الاستثمار على التنمية الاقتصادية :

إذا كانت الغاية من قبول معظم الدول التنازل على حصانتها القضائية وحصانتها التنفيذية ، وإخضاع نزاعاتها مع المستثمر الأجنبي إلى قضاء ذي طبيعة خاصة وهو القضاء التحكيمي ، تتمثل في الحاجة الماسة لهذه الدول إلى تدفق رؤوس الأموال الأجنبية من أجل المساهمة في تنميتها الاقتصادية ، فإن تحقيق هذه الغاية كثيرا ما تعارض مع مطامع الشركات العالمية الكبرى.

عمدت الدول إلى تطوير نظامها القانوني ليتلاءم مع متطلبات المرحلة ويلبي رغبات المستثمرين الأجانب ، فنصت في قوانينها على آليات بديلة لحل منازعات الاستثمار ، وخصصت أبوابا كاملة للتوفيق والوساطة والتحكيم تضمنت إجراءات الخصومة التحكيمية وطرق الطعن في أحكام المحكمين وميكانيزمات تنفيذها[1] ، وأبرمت اتفاقيات ثنائية ومتعددة الأطراف تتعلق بالتحكيم كضمان لحماية الاستثمارات الأجنبية[2].

أدت كل هذه الإجراءات إلى تحصين موقع المستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة للاستثمار إلى درجة تجاوزت أحيانا الحصانة الممنوحة لمواطني هذه الدولة ، فبالإضافة إلى التحفيزات والامتيازات ، يعتبر التحكيم التجاري الدولي ضمانا قويا للاستثمار الأجنبي في أية دولة ، يشجع المستثمرين على تحويل رؤوس أموالهم إليها ، ويؤدي إلى آثار إيجابية على تنميتها الاقتصادية.

من المفروض أن العقود التجارية الدولية تنفذ بحسن نية ، وأن نشوب النزاعات حالة استثنائية ونادرة ، لكن الواقع العملي بيّن أن العقود المبرمة بين الدول النامية ومستثمري الدول المتقدمة أدت في معظمها إلى نزاعات على مستوى التحكيم الدولي أثرت سلبا على اقتصاديات الدول .

المطلب الأول : الآثار الإيجابية لتحكيم الاستثمار على التنمية الاقتصادية

يقتضي سعي الدولة إلى جذب الاستثمارات الأجنبية ، أن يتضمن قانونها ،

(1) أبرمت الجزائر أكثر من 43 إتفاقية ثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار منشورة على موقع الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار: www.ANDI.dz

(2) أنظر المادة 17 من الأمر رقم 01 ـ 03 المتعلق بتطوير الإستثمار (المعدل و المتمم) ، مرجع سابق.

لاسيما قانون الاستثمار[1] ، مبدأ جواز عرض منازعات الاستثمار على جهة محايدة يثق فيها المستثمر الأجنبي ، في إطار ما يقع الاتفاق عليه مع المستثمر أو في إطار الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة. دأبت عقود الاستثمار على الإشارة إلى التحكيم كوسيلة مفضلة لفض النزاعات المحتملة بشأنها ، سواء بنص صريح أو الإحالة إلى اتفاقية دولية أو إلى مركز من مراكز التحكيم الدولية ، ولا شك بأن إقرار مثل هذا المبدأ يزيد من مصداقية التزام الدولة المضيفة في الوفاء بالتزاماتها وتعهداتها تجاه الطرف المتعاقد معها[2].

أصبح التحكيم أمرا حتميا لدى الكثير من المتعاقدين لحل منازعات الاستثمار ، نظرا لما يتمتع به من مزايا تتناسب مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار[3] ، ولما يتضمنه من ضمانات تبدد مخاوف المستثمرين مما يجعله إحدى الوسائل الهامة لاستقطاب الاستثمار الأجنبي وحمايته من المخاطر غير التجارية (**الفرع الأول**) ، ويجسد مبدأ التعاون الدولي أو التعاون بين الدول ورعايا الدول الأخرى (**الفرع الثاني**) فيساهم بذلك المستثمر الأجنبي في دفع التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة لاستثماره تحت مظلة ضمانات إجرائية وموضوعية لأمواله المستثمرة أو عوائد وأرباح نشاطه الاستثماري.

الفرع الأول : التحكيم وسيلة لاستقطاب الاستثمار الأجنبي

لكي يقرر المستثمر الأجنبي تحويل أمواله نحو دولة معينة ، لابد أن تتوفر له مجموعة من الضمانات لتوفير الحماية الكافية لاستثماره ، فرأس المال جبان يحتاج إلى أمان ، والمستثمر قلق وخائف يحتاج إلى طمأنته[4].

تعد الضمانة القضائية أهم الضمانات التي يطمئن لها المستثمر الأجنبي فهو لا يرغب أن تحل نزاعاته مع الدولة المضيفة لاستثماره أمام قضائها الذي يطبق قانونا يجهله ، ويشرف على تطبيقه قضاة يخضعون لسلطة دولتهم ، ويعتبر التحكيم التجاري الدولي القضاء الملائم ، والطبيعي الذي يبدد مخاوف المستثمر الأجنبي ويدفعه إلى الاستثمار بكل راحة وطمأنينة.

(1) بشار محمد الأسعد ، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 356.
(2) بشار محمد السعد ، الفعالية الدولية في للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 2009 ، ص 18.
أنظر أيضا : حفيظة السيد الحداد ، الإتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر 2001 ، ص 03.
(3) بشار محمد السعد ، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية ، مرجع سابق ، ص 23.
(4) عكاشة محمد عبد العال ، الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية ، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الإستثمارات العربية ـ الأوروربية في بيروت ، من 13 إلى 15 فيفري سنة 2001 ، ص59.

يبدو مما سبق ، الارتباط الوثيق بين التحكيم وتدفق رؤوس الأموال وتنوعها[1] ، فالتحكيم وسيلة من وسائل استقطاب الاستثمار الأجنبي وضمانا من ضماناته ضد المخاطر غير التجارية ، فهو يضمن تحقيق العدالة الدولية ويؤمنها من كسب ثقة التجارة الدولية والاستثمارات[2]. فالدولة التي لا تقبل بالتحكيم وتتمسك بقضائها الوطني ، لا تستطيع جذب استثمارات الشركات العالمية التي تمتلك رأس المال الذي تحتاج إليه هذه الدولة ، خاصة إذا كانت من الدول النامية التي تحتاج أيضا إلى المعرفة الفنية والعملية المتطورة لهذه الشركات.

لم تستطع الدول النامية مقاومة الاتجاه الجارف نحو التحكيم التجاري الدولي ، رغم تحفظ بعضها في البداية بحجة التمسك بالسيادة والمصلحة الوطنية ، فراحت تقر بالتحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار في قوانينها وفي إطار اتفاقياتها الدولية الثنائية ومتعددة الأطراف حرصا منها على جذب الاستثمارات الأجنبية التي تحتاج إليها لدفع عجلة التنمية.

الفرع الثاني : التحكيم تجسيد لعلاقة الدولة مع رعايا الدول الأخرى

الأصل في العلاقات الاقتصادية الدولية أن يتم التعاقد فيما بين الدول ، لكن اتجاه الفقه الحديث نحو الأخذ بالحصانة المقيدة للدولة ، ومفادها عدم استفادة الدولة من حصانتها إلا بصدد أعمالها السيادية دون التصرفات الأخرى المتعلقة بممارستها لأنشطتها التجارية وأعمال الإدارة العادية[3] ، أدى إلى قيام علاقات تعاقدية بين الدولة ورعايا الدول الأخرى ، سواء الأشخاص الطبيعية أو الأشخاص المعنوية ، وبالخصوص في مجال الاستثمار حيث تبذل الدولة كل ما بوسعها لاستقطاب الاستثمار الأجنبي من خلال الحوافز المتعددة التي تعرضها على المستثمر في قانونها الوطني أو الاتفاقي ، لكن المستثمر يحرص على إدراج شرط التحكيم في العقد خوفا من تعرضه لقرارات مفاجئة أو تعسفية يمكن أن تصدرها الدولة لما لها من سيادة لتحقيق اعتبارات سياسية أو اقتصادية[4] .

(1) عبد الحميد الأحدب ، آليات فض النزاعات من خلال الإتفاقيات الإستثمارية العربية الأوروبية ، مركز الدراسات العربي ـ الأوروربي ، القاهرة ، مصر 2001 ، ص 71.
(2) بشار محمد السعد ، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية ، مرجع سابق ، ص 22.
(3) بشار محمد السعد ، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 449.
(4) تستبعد إتفاقية واشنطن لسنة 1965 اللجوء إلى الحماية الدبلوماسية ، حيث نصت في المادة 27:« لا يجوز لأي دولة متعاقدة أن تمنح الحماية الدبلوماسية أو ترفع قضية دولية في خصوص أي نزاع متى إتفق أحد رعاياها مع الدولة الأخرى على طرحه على التحكيم أو تم طرحه بالفعل على التحكيم في نطاق هذه الإتفاقية ، إلا إذا رفضت الدولة المتعاقدة الأخرى تنفيذ الحكم الصادر في النزاع ...« .

أما بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار ، فإن قبولها بالتحكيم في منازعات الاستثمار يوفر لها مناخا استثماريا جيدا وزيادة في تدفق الاستثمارات ، ويحميها من كل تدخل أجنبي في شؤونها ، حيث لا يمكن لدولة المستثمر أن تلجأ إلى الحماية الدبلوماسية وإجراءاتها المعقدة[1] ، فالتحكيم يمتاز بالسرعة والائتمان ، وتستغرق الخصومة التحكيمية مدة متفق عليها مسبقا أو منصوص عليها في القانون واجب التطبيق[2] ؛ أما تدخل دولة المستثمر في النزاع فقد يؤدي إلى إضاعة وقت طويل ، وتعطيل المشاريع الاستثمارية في الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي ، وعرقلة تسيير التنمية الاقتصادية فيها.

إذن ، يؤدي قبول الدولة بالتحكيم في منازعات الاستثمار إلى قيام علاقات مباشرة بينها وبين المستثمر الأجنبي ، تسوى خلافاتها معه بالطرق المتفق عليها في العقد أو في القانون الواجب التطبيق ، بعيدا على تدخل دولة هذا الأخير ، وحفاظا على مصالح الطرفين.

المطلب الثاني : الآثار السلبية لتحكيم الاستثمار على التنمية الاقتصادية

إذا كانت معظم الدول ، خاصة الدول النامية ، قبلت بالتحكيم التجاري الدولي وأدخلته في منظومتها القانونية ، بغية الحصول على الأموال اللازمة لتنميتها الاقتصادية المتعثرة جراء خضوع معظم هذه الدول لنير الاستعمار لعشرات السنين إن لم نقل مئات السنين ، وسوء تسيير مرحلة ما بعد الاستقلال بتفشي الفساد الإداري والمالي في مختلف مفاصل الدولة الفتية ، فإن الخسائر التي تكبدتها هذه الدول جراء لجوء المستثمرين الأجانب إلى المراكز التحكيمية وأحيانا التحكيم الحر ، تقدر بملايين الدولارات إن لم نقل بالملايير (**الفرع الأول**) ، ويرجع السبب أحيانا إلى تعسف المحكمين ، خاصة في بداية ظهور التحكيم التجاري الدولي ، واعتماده كوسيلة لحل منازعات التجارة الدولية ، وفي معظم الأحيان إلى ضعف العنصر البشري أو نقص الكفاءات مقابل الكفاءات العالية لممثلي الشركات العالمية أو المستثمرين الأجانب بصفة عامة بالإضافة إلى تذبذب القوانين وعدم استقرار المنظومة التشريعية (**الفرع الثاني**).

(1) تنص المادة 1018 من القانون رقم 08 ـ 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري :«يكون إتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجل لإنتهائه ، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإنهاء مهمتهم في ظرف أربعة (04) أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم...».

(2) أنظر في هذا الصدد: صلاح الدين جمال الدين ، محمود مصيلحي ، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر 2004 ، ص 61.

الفرع الأول : خسائر تحكيم الاستثمار

يفترض أن تنفذ عقود الاستثمار بحسن نية ، من خلال وفاء كل طرف بالتزاماته تجاه الطرف الآخر ، فينجز المستثمر الأجنبي استثماره ويستفيد من كل الحقوق والامتيازات التي تضمنها العقد ، وتستفيد الدولة المضيفة لاستثماره من المشروع من خلال تحقيق أهدافها التنموية المرجوة من العملية.

أثبت الواقع العملي أن حسن النية قد يتوفر في الدولة النامية المضيفة للاستثمار ، لكنه لا يتوفر ، في معظم الأحيان ، في الطرف الأخر أي المستثمر الأجنبي الذي يعمد بخبرته وكفاءته العلمية والقانونية ، إلى تضمين العقود بنودا مجحفة تسمح له بربح القضايا التحكيمية ضد هذه الدولة ، وكأنه جاء أصلا لافتعال المشاكل حتى لا ينتهي مشروعه ، بل يلجأ إلى محاكم التحكيم للحصول على التعويضات دون عناء.

قد يبدو تحليلنا غير منطقي أو مبالغا فيه ، لكن الخسائر الفادحة التي تكبدتها الدول النامية في قضايا التحكيم تدعو إلى التأمل والتدبر ، وأحيانا لأسباب واهية بل إجحاف واضح من طرف هيئة التحكيم ، كما حدث في قضية شيخ إمارة أبو ظبي التي اعتبر فيها المحكم أن القانون الواجب التطبيق هو قانون أبو ظبي ، لكن الشيخ شخبوط شيخ الإمارة المذكورة ، يحكم وفق مبادئ القرآن ، ولا يمكن تصور قانون بأتم معنى الكلمة في هذه الإمارة وبالتالي يجب استبعاده واعتماد مبادئ الدول المتحضرة ، فطبق القانون الإنجليزي وحكم لصالح الشركة الأمريكية[1].

أما في الجزائر فإن الخسائر باهظة ، فتعدد قضايا التحكيم والأحكام الصادرة فيها ، كلفت الخزينة العامة ملايير الدولارات ، فشركة أنادارکو (ANADARCO) الأمريكية تحصلت من شركة سوناطراك على أكثر من ملياري دولار على شكل كميات من البترول الجزائري ، مقابل موافقتها على توقيف إجراءات التحكيم[2] ، وشركة أوراسكوم تليكوم المسماة جيزي رفضت ممارسة

(1) أنظر المقال المنشور في جريدة المساء اليومية بتاريخ 11 مارس 2012 ، تحت عنوان: « سوناطراك وأنادارکو يتفقان حول الرسم على الأرباح الإستثنائية ، التخلي على التحكيم الدولي» .

(2) تضمن الأمر رقم 10ـ 01 المؤرخ في 26 أوت سنة 2010 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010 ، تعديلا للأمر رقم 01 ـ 03 المتعلق بترقية الإستثمار ، حيث جاء في المادة الرابعة مكرر 3 « تتوفر الدولة وكذا المؤسسات العمومية اقتصادية بحق الشفعة على كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين الأجانب... ».

لم تستطع الدولة الجزائرية تطبيق هذا النص على شركة « جيزي» أو غيرها إلى حد الآن ، بل أدى هذا النص إلى نفور المستثمرين الأجانب.

الجزائر حق الشفعة[1] ، في أصولها مقابل 6.5 مليار دولار ، وقررت الشركة الروسية **فيمبلكوم** اللجوء إلى التحكيم[2].

أما في قضية ENAD/Henkel بين الشركة الوطنية الجزائرية ENAD والفرع الفرنسي لشركة Henkel الألمانية ، فإن الخسائر كانت أخطر ، حيث أبرم الطرفان عقدا يقضي بإنشاء شركة مختلطة تسمى(ENAD Algerie ـ Henkel HEA) ، على ان تقوم الشركة الجزائرية بكل إجراءات الإنشاء ، ثم تحصل الشركة الألمانية على نسبة 60% من الأسهم والشركة الجزائرية 40% ، وتضمّن العقد بندا يقضي بالسماح للشركة الأجنبية بالحصول على كل أسهم الشركة المختلطة بعد ثلاث سنوات من النشاط ، وهو ما طالبت به فعلا الشركة الألمانية أمام هيئة تحكيم تابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس ، وتحصلت على الوحدات التالية:

ـ مركب المنظفات بشلغوم العيد (شرق الجزائر).

ـ مركب المنظفات بعين تيموشنت (غرب الجزائر).

ـ وحدة المنظفات برغاية (وسط البلاد).

وهكذا استطاع المجمع الألمانيHenkel من الاستيلاء على ثلاث مركبات هامة في شرق ووسط وغرب البلاد مقابل مبالغ زهيدة ، حيث كان الخلاف المرفوع أمام هيئة التحكيم يتعلق حول تقييم هذه المركبات .

ولنا أن نتساءل عن قيمة المبالغ الهائلة التي تكبدتها المؤسسة الوطنية الجزائرية في هذه القضية وغيرها ، ألم يكن بالإمكان تجنب هذه الخسائر لو كان المتعاقد الجزائري يقظا فطنا محبا لوطنه ومواطنيه؟

هذه عينة من القضايا التي واجهت فيها الجزائر ومؤسساتها مستثمرين أجانب أمام مؤسسات تحكيمية دولية ، وتكبدت فيها خسائر باهضة كافية لإنشاء جامعات أو مستشفيات أو أي مرافق أخرى يستفيد منها المواطن.

---

(1) أنظر: سليم بن عبد الرحمان ، «في تطور جديد لقضية جيزي ، فيمبلكوم تعلن قطع المفاوضات واللجوء إلى التحكيم الدولي» جريدة الخبر اليومية ، عدد 6685 ، صادرة بتاريخ 14 أفريل لسنة 2012.

(2) أطراف قضية ENAD/Henkel:

ENAD: Entreprise nationale des détergents et produits d'entretien, entreprise économique ayant la forme d'une société par actions de droit algérien, ayant sur siège social, route de setif, sour el ghozlane(w.bouira).

Henkel S.A: Société anonyme de droit français, ayant son siège social 161, Rue de SILLY,92100,Boulogne, Billancourt, France:القضية التحكيمية

(2) Affaire CCI n° 12945/EC, Henkel France SA (France) C/ ENAD(Algérie), sentence prononcée le 02 octobre 2004.

تعد خسائر التحكيم في الدول النامية نزيفا مستمرا لاقتصادها ، لكننا نرى بأن الحل لا يكمن في التراجع عن القبول بالتحكيم التجاري الدولي لأن ذلك سيؤدي إلى إنكفاء الدولة وانغلاقها حول نفسها الأمر الذي أصبح مستحيلا في ظل العولمة الاقتصادية ، بل يجب توفير الظروف الملائمة للاستفادة من التحكيم فيصبح نعمة بعد نقمة دامت عشرات السنين ، والأفضل من ذلك كله أن نستثمر في العنصر البشري الذي يستطيع التعاقد مع الأجانب بكفاءة عالية لا يترك الثغرات التي تسمح لهم بمقاضاة دولته.

الفرع الثاني : أسباب خسائر تحكيم الاستثمار

عرف التحكيم التجاري الدولي ، لاسيما في بدايته ، بعض إخفاقات في أحكام تحكيمية غير عادلة كلفت الدول النامية خسائر لم يكن بالإمكان تحملها ، فعطلت مشاريعها للتنمية واستنزفت مداخيلها.

لكن التطور الكبير الذي عرفه التحكيم في العصر الحالي ، خاصة التحكيم المؤسسي ، الذي نتج عن إتفاقيات دولية متعددة الأطراف مثل المركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (CIRDI) ، وتحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس (CCI) ، ومركز القاهرة الدولي للتحكيم ، والمركز العربي للتحكيم الذي أنشئ بمقتضى إتفاقية عمان العربية للتحكيم لسنة 1987[1] ، وغيرهم...أدى إلى إسناد المهمة التحكيمية إلى محكمين محترفين ومختصين لا يمكن الطعن في نزاهتهم؛ لكن خسائر الدول النامية مازالت مستمرة ، فما هي الأسباب إذن؟

نرى بأن الأسباب المباشرة لهذه الخسائر مستمدة من داخل هذه الدول بذاتها ، فضعف الهيئات القانونية والاقتصادية في إبرام العقود التجارية مع الشركات والهيئات الأجنبية إلى جانب ضعف الهيئات المكلفة بالاستثمار في هذه الدول ، أدى إلى إبرام عقود استثمارية تحمل في طياتها بنودا خطيرة على اقتصاد الدولة المضيفة للاستثمار ، فاحترافية الطرف الأجنبي تقابلها عدم كفاءة ولامبالاة الطرف الوطني ، وفي بعض الحالات يتعلق الأمر بفساد المتعاقدين باسم الدولة ، فيتلقون الرشاوى والهدايا والعمولات ، مقابل تفريطهم في مصالح بلدانهم ، فقد

(1) تقرير البنك العالمي الخاص بمناخ الأعمال والاستثمار لسنة 2011 تحت عنوان:« القيام بالأعمال 2011 ، إبراز الاختلاف لفائدة المتعاملين »

Doing business 2011,Making a difference for entrepreneurs

http://www.doingbusiness.org/reports/global_reports/doing_business2011

تضمن تقرير البنك العالمي لسنة 2011 حول مناخ الاستثمار ، أن إنجاز استثمار في الجزائر يتطلب تقديم ما يقارب 10% من قيمة المشروع كعمولة أو رشوة[1] .

يكمن الحل إذن ، في تكوين الكفاءات الوطنية والتكفل بها ، لحمايتها من كل أنواع الفساد ، وتنمية الروح الوطنية لديها ومراقبة عملها. وتكليف أهل الاختصاص لإبرام العقود الدولية لأن الشركات العالمية تمتلك هيئات قانونية محترفة لا يستطيع الوقوف أمامها إلا من كان متشبعا بروح حب الوطن.

كما يتطلب الوضع تكوين محكمين مختصين في منازعات التجارة الدولية خاصة تحكيم الاستثمار ، لأن قدرة المحكم في الدفاع عن مصالح بلاد تؤدي في النتيجة إلى تجنب الخسائر المترتبة عن الأحكام التحكيمية.

الخاتمة :

تحكيم الاستثمار واقع لا مفر منه ، عنصر جوهري في حل النزاعات الناتجة عن العلاقات التجارية الدولية ، وسيلة ومحرك للإصلاحات الاقتصادية للدولة ، إحدى الدعائم السياسية والضمانات الجوهرية التي تمنح للمستثمر الأجنبي من أجل استقطابه إلى الدول النامية ، لكنه منتقد من جهات مختلفة ، فالحكومات تقبل به عن مضض خوفا من الخسائر المترتبة عنه ، والباحثون القانونيون يرون في بعض أحكامه نقصا وإجحافا... .

هناك بعض الانتقادات مبالغ فيها وغير مؤسسة يمكن استبعادها ، لكن معظم الانتقادات الموجهة للتحكيم موضوعية ويجب أخذها بعين الإعتبار.

اشتراط بعض محاكم التحكيم أن أي نشاط لا يمكن أن يوصف بالاستثمار إلا إذا أدى إلى التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة ، أمر إيجابي يؤدي إلى حماية الدول النامية من تعسف الشركات العملاقة ، ومبدأ الشفافية أمام هيئة التحكيم منطقي للغاية ، فالواقع يثبت أن أحكاما تحكيمية هزت اقتصاديات دولة بأكملها نتيجة الخسائر التي لحقتها ولم تنشر هذه الأحكام ولم يعلم بها أحد ، ألا يحق للمواطن الذي يدفع الضريبة لدولته أن يساهم في الدفاع على مصالحه ولو بإبداء الرأي أمام المحاكم التحكيمية؟.

(1) M.Géorge Burdeau Cours de droit Constitutionnel d'institution politique.

خسائر تحكيم الاستثمار بالملايير ، دون أن تستفيد الدولة النامية من المشروع الذي تعاقدت من أجل إنجازه ، فلا المشروع ساهم في التنمية الاقتصادية ولا الأموال صرفت لتحقيق هذه التنمية ، بل حكم بها كتعويضات وغرامات وأتعاب للمحكمين !.

لا تطرح المسألة حاليا ، على مستوى العلاقات التجارية الدولية ، من زاوية قبول أو رفض التحكيم الاستثماري ، بل يجب أن تطرح من زاوية سد الثغرات المترتبة على تطبيق هذا التحكيم ، وعليه يجب العمل على السماح لكل الأطراف ذات الصلة (الدولة ، المستثمر ، الجمهور ، ONG ، ...) بالمشاركة في العملية التحكيمية ، ويجب إعداد العنصر البشري والاستثمار فيه خاصة المكلفين بإبرام العقود الدولية فكل البلاء يأتي من العقد الأصلي ، لأن التنمية الاقتصادية تتطلب القبول بالتحكيم لحل المنازعات المترتبة عن هذه العقود ، فلا بد من إعداد العدة الكافية لمواجهة أي دعوى تحكيمية من قبل المستثمر الأجنبي ، والاستعداد لرفع أي دعوى تحكيمية إذا استدعت المصلحة العامة ذلك.

قائمة المراجع :

أولا: باللغة العربية

I/الكتب

1- ابو زيد رضوان ، الأسس العامة في تحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة 1981.
2-بشار محمد السعد ، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2006.
3-بشار محمد السعد ، الفعالية الدولية في للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 2009.
4-حفيظة السيد الحداد ، الإتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2001.
5-صلاح الدين جمال الدين ، محمود مصيلحي ، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، دارالفكر الجامعي ، الإسكندرية 2004
6-عبد الحميد الأحدب ، آليات فض النزاعات من خلال الإتفاقيات الإستثمارية العربية الأوروبية ، مركز الدراسات العربي-الأوروربي ، القاهرة ، 2001.
7-قادري عبد العزيز ، الاستثمارات الدولية ، دار هومة للنشر والتوزيع ، الجزائر2004

II/ الرسائل والمذكرات

ثلجون شميسة ، الشراكة كوسيلة قانونية لتفعيل الاستثمار الأجنبي في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، جامعة أمحمد بوقرة ، بومرداس ، 2006.
طالبي حسن ، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للإستثمارات ، رسالة لنيل شهادةالدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة الجزائر 2006.
عيبوط محند وعلي ، الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية في الجزائر ، رسالة لنيل درجةدكتوراه دولة في القانون ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2006.

III/ المقالات والبحوث

سليم بن عبد الرحمان ، « في تطور جديد لقضية جيزي ، فيمبلكوم تعلن قطع المفاوضات واللجوء إلى التحكيم الدولي» ، جريدة الخبر اليومية ، عدد 6685 ، صادرة بتاريخ 14 أفريل لسنة 2012.

عكاشة محمد عبد العال ، «الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية» ، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الإستثمارات العربية–الأوروربية في بيروت ، من 13 إلى 15 فيفري سنة 2001.

IV /النصوص القانونية

أ/الاتفاقيات الدولية

1- الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 جوان سنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها ، الموافق عليها بتحفظ بمقتضى القانون رقم 88-18 المؤرخ في 12 جوان سنة 1988 ، ج.ر عدد 28 صادرة في 13 جويلية سنة 1988 ، المصادق عليها بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر سنة 1988 ، ج.ر عدد 48 صادرة بتاريخ 23 نوفمبر سنة 1988.

2-الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية ، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات ، الموقع بالجزائر بتاريخ 18 ماي 1991 ، المصادق عليه بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 91-346 المؤرخ في 05 أكتوبر 1991 ، ج.ر عدد 46 صادرة بتاريخ 06 أكتوبر سنة 1991.

3-الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الإستثمار (AMGI) ، الموافق عليها بمقتضى الأمر رقم 95-05 المؤرخ في 21 جانفي سنة 1995 ، ج.ر عدد 7 صادرة بتاريخ 15 فيفري سنة 1995 ، المصادق عليها بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 95-345 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995 ، ج.ر عدد 66 صادرة بتاريخ 05 نوفمبر سنة 1995.

3- اتفاقية تسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى ، الموافق عليها بمقتضى الأمر رقم 95-04 المؤرخ في 21 جانفي سنة 1995 ، ج.ر عدد 7 صادرة بتاريخ 15 فيفري سنة 1995 ، المصادق عليها بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995 ، ج.ر عدد 66 صادرة بتاريخ 05 نوفمبر سنة 1995.

4-الإتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى ، الموقع في فالونسيا يوم 22 أفريل سنة 2002 المصادق عليه بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 05-159 ، مؤرخ في 27 أفريل سنة 2005 ، ج ر عدد 31 ، صادرة بتاريخ 30 أفريل سنة 2005.

ب/النصوص التشريعية

1- أمر رقم 01-03 مؤرخ في 20 أوت سنة 2001 ، يتعلق بتطوير الإستثمار ، ج.ر عدد 47 صادرة بتاريخ 22 أوت سنة 2001 ، موافق عليه بمقتضى القانون رقم 01-16 المؤرخ في 21 أكتوبر سنة 2001 ج ر عدد 62 صادرة بتاريخ 24 أكتوبر سنة 2001

2-قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري سنة 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر عدد 21 صادرة بتاريخ 23 أفريل سنة 2008.

3-أمر رقم 09-01 مؤرخ في 22 جويلية سنة 2009 ، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 ، ج ر عدد 44 ، صادرة بتاريخ 26 جويلية سنة 2009.

4-أمر رقم 10-01 ، مؤرخ في 26 أوت سنة 2010 ، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010 ، ج ر عدد 49 صادرة بتاريخ 29 أوت سنة 2010

IV/الوثائق

- تقرير البنك العالمي الخاص بمناخ الأعمال والاستثمار لسنة 2011 تحت عنوان:« القيام بالأعمال 2011 ، إبراز الاختلاف لفائدة المتعاملين»

doing business 2011,Making a difference for entrepreneurs " »
http://www.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2011/

ثانيا : باللغة الأجنبية

I/ARTICLES

1- Gaillard (E) , = A black year for ICSID =,New york law journal, 1st mars 2007

2- Grisel florian, = Arbitragétude de cas =, OECD Global forum of internatioe d'investissement et promotion de développement économique ; une nal investment, P.3. in:www.oecd.org/investment/gfi-7

3-Stern Brigit, International economic relations and the MAI dispute settlement system, 7th Geneva global arbitration forum ; journal of international arbitration, vol.16, 1991,PP.118-128.

II/ SITES INTERNET

1-www.andi.dz

2-www.iccwbo.org

3-www.icsid.worldbank.org

III/JURISPRUDENCE ARBITRALE

1-M.Patrick Mitchell c/ La république démocratique de Congo, affaire CIRDI n° ARB/99/7

2-Affaire CCI n° 12945/EC, Henkel France SA (France) C/ ENAD(Algérie), sentence prononcée le 02 octobre 2004.

3-CIRDI, N° : ARB/05/3, L.E.S.I s.p.a et ASTALDI s.p.a C/ République Algérienne Démocratique Populaire : http:// www.icsid.Worldbank.org/icsid/