خلافات الاستثمار
بين المنازعة/التحكيم و الوساطة/ الطرق البديلة
"مقاربة من وجهة نظر تسيير الخلافات القانونية
في صفقات البترول و الغاز"([1])

الأستاذ مصطفى تراري الثاني

إذا كان التحكيم في إطار اتفاقية واشنطن لعام 1965 والتي أنشأت المركز الدولي لحل خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول ألأخرى CIRDI-ISCID(- ألأكسيد) هو الطريق العادي للفصل في الخلافات المترتبة عن الاستثمار بين المستثمر والدولة المضيفة في المنطقة العربية عموما، فإن الوضع يختلف قليلا حينما يتعلق الأمر بالخلافات الناتجة عن الاستثمارات في مجال البترول والغاز.

المنازعات البترولية و لأسباب تاريخية لم تكن دوما من نصيب مركز الأكسيد بحيث كانت ترفع للتحكيم الخاص (ad hoc) في البداية ثم للتحكيم المؤسسي في إطار محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية (ICC) بعد ذلك، بناء على رغبة الشريك ألأجنبي في غالب الأحيان، لأن الدول العربية طالما فضلت في هذا النوع من النشاط الصناعي الحيوي طريق المصالحة[2] كبديل عن التحكيم حينما لم تفلح في إخضاع العقد كلية لاختصاص محاكمها الوطنية.

فالمصالحة إذا تعبر عن رغبة ملحة لدى الطرف العربي سواء العمومي أو الخاص لأسباب ثقافية[3]بالنسبة للأول ولأسباب إيديولوجية بالنسبة للثاني، مردها استمرار ارتكاز الدولة على مفهوم السيادة في هذا الموضوع بالذات.

فإذا كان هذا هو الحال بالنسبة للجانب العربي فما هو السبيل لجعل الشريك الأجنبي يعدل عن التحكيم ويقتنع بالحل ألتصالحي عموما و بالطرق البديلة على وجه الخصوص؟

للإجابة على هذا السؤال يجدر بنا في إطار الموازنة بين التحكيم كضرب من ضروب المنازعة (litigation) والمصالحة (conciliation) كنموذج عن الطرق البديلة أن نبين دواعي تفضيل المصالحة عن التحكيم (arbitration) في العلاقات بين الدولة و المستثمر عموما والاستثمارات البترولية على وجه الخصوص (2°) ولكن قبل ذلك يجدر بنا أن نسجل التوجه الحاصل نحو تعميم المصالحة في شتى المجالات بفعل التطور المسجل في علوم التسيير والذي لم تسلم منه الوظيفة القانونية في المؤسسة الاقتصادية وفي موضوع البترول والغاز بالذات ولكن هده المرة تحت عنوان الوساطة(médiation) (1°)

I. نحو تغليب الوساطة على المنازعة في حل خلافات الاستثمار

تغليب المصالحة عن المنازعة لم يأت طفرة واحدة وإنما نتيجة تطور من اختصاص المحاكم إلى التحكيم (1.1) ومن المصالحة إلى الوساطة(2.1.).

1. من المحاكم إلى التحكيم

التحكيم كوسيلة للفصل في المنازعات من طرف محكم واحد أو عدة محكمين يصدرون قرارا تطبيقا لقواعد القانون أو قواعد

العدالة والأنصاف ويحوز قوة الشيء المقضي فيه منذ صدوره لم يكن هو الطريق المعتمد دائما لحل خلافات الاستثمار في المنطقة العربية، بل سبقه تيار لم يعمر كثير، يرى لاعتبارات متعلقة بسيادة الدول، بضرورة إخضاع هذا النوع من الخلافات للقضاء الداخلي للدولة المضيفة. هذا التوجه ساد في الستينات والسبعينيات في بقاع كثيرة من العالم و في أمريكا اللاتينية ضمن ما يعرف "بمشارطة كالفو" (Calvo clause) وفي المنطقة العربية حينما حدت حدوها بخصوص الاستثمارات البترولية(4).

مشارطة اختصاص القضاء الوطني مسألة غير واردة في الوقت الراهن، لأن السيادة لم يعد لها معنى في ظل العولمة واقتصاد السوق، مما أعطى للتحكيم مكانة مرموقة للفصل في منازعات خاصة من خلال مركز واشنطن للفصل في منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا دول أخرى بما في ذاك المجال النفطي الذي مازالت العديد من الدول تتمسك بشأنه بنظرية السيادة بما في ذلك في نصوصها الأساسية. لالتفاف عن ذلك تبنت بعض الدول العربية نهجا جديدا في التعامل مع الشركات الأجنبية المستثمرة في مجال النفط والغاز مفادها عدم التعاقد المباشر وإنما بواسطة مؤسسات عمومية(5) أو هيئات مستقلة عنها تماما في إطار عقود أقرب إلى العقود التجارية الدولية منه لما أسمي بعقود الدولة سابقا(6).

2. من المصالحة إلى الوساطة

التياران الذي سبقت الإشارة لهما: اللجوء للقضاء أو للتحكيم والذي يمكن إجمالها في تيار واحد وهو تيار المنازعة لم يستبعد المصالحة في يوم من ألأيام، هذه المؤسسة القانونية التي تعتبر بحق قاسما مشتركا بين كل الثقافات الوضعية والسماوية،القانونية والشرعية[7]، إما كإجراء بديل عن التحكيم وإما كإجراء سابق عنه و إما كمبدأ يهيمن على الخصومة يجعل من حق القاضي والمحكم أن يصالح بين ألأطراف مهما كانت المرحلة التي تكون فيها الخصومة. اتفاقية واشنطن نصت على المصالحة كإجراء سابق على التحكيم في الفصل الثالث والعديد من المنازعات تبعا لذلك أخذت طريقها إلى الحل عن طريق المصالحة بدءا بأول قضية عرضت على المركز وهي قضية هولیداي إين ضد الحكومة المغربية[8] (Holiday Inn vs Goverment of Morrocco) إذ تشير الإحصاءات المتوفرة إلى أن 38 قضية من أصل 66 عرفت نهايتها بموجب مصالحة. في نفس السياق، لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية (UNCITRAL-CNUDCI الاونسترال) أوجدت مند 1985 نظاما خاصا بالمصالحة إلى جانب نظام التحكيم لسنة 1976.

النظرة الجديدة للمصالحة تحت تسمية الوساطة أتت على يد غرفة التجارة الدولية بباريس حينما تبنت عام 2001 نظاما للطرق البديلة(Aternative Dispute Resolution ADR) ألغى نظام المصالحة

المعمول منذ 1988 والذي نص، إلى جانب الوساطة ،على المحاكمة المصغرة (mini-trial)ومشورة الغير وكل طريقة أخرى يتفق عليها الأطراف تقضي بتدخل شخص ثالث (neutral) وهي لا تختلف في جوهرها على المصالحة[9] التي يمكن تعريفهما بأنها وسيلة ودية يتم بموجبها تدخل شخص ثالث: الوسيط، لتسهيل توصل طرفين في علاقة قانونية ما إلى حل توافقي ينهي حالة الخلاف بينهما. فالوسيط إذا لا يقترح حلا ولا يوصي بحل ومن باب أولى ألا يفرض حلا من الحلول، فهو يساعد الطرفين على الاجتماع إلى بعضهما البعض والاستماع إلى بعضهما البعض وعلى خلق فرص للتفاهم بين بعضهما البعض، فيصدق عليه وصف المسهل (Facilitator). فالفرق في النظرة والفلسفة التي تقوم عليها والثقافة التي تقف من وراءها.

في ظل ظروف المنافسة التي أصبحت سائدة بين مراكز التحكيم، تعالت أصوات في إطار مركز واشنطن تنادي بضرورة دعم المركز بخدمات للوساطة[10]. الشيء الذي يعترض علية البعض الآخر بالتركيز على ما تحتويه الأدوات المتاحة على مستوى المركز بخصوص المصالحة، لأنه لا فرق بينهما في الواقع، اللهم ما تفرضه الثقافات القانونية المتنوعة و المنطق الجديد الذي يفضل اصطلاح الوساطة النابع من الثقافة الأنجلوأمريكية في مجال الطرق البديلة. ولهذا السبب ربما معظم المراكز التي أصبحت تتنافس بين بعضها البعض لتقديم هذا النوع الجديد من الخدمات فإنها تقدمه تحت

عنوان" الوساطة" وليس "المصالحة"، نظرا للأفضلية التي أصبحت تتمتع بها في سباقها مع التحكيم عموما، فضلا عن ذلك فأن اصطلاح الوساطة هو الشائع في إطار النظرة التي فرضتها علوم التدبير والتسيير التي أصبحت تفرض نفسها لدى مكاتب الخبرة والمحاماة العالمية في إطار الطرق البديلة.

التشريعات الوطنية في بعض الدول العربية بدأت تتجاوب مع هده المعطيات الجديدة مثل المشرع المغربي في قانون 2007 المعدل لقانون المسطرة المدنية الذي أدخل الوساطة الاتفاقية إلى جانب التحكيم[11]. وكذاك الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد لسنة 2008[12] الذي نص على الوساطة وعلى المصالحة إلى جانب التحكيم[13] وذلك لما للوساطة من مزايا على التحكيم. فأين تكمن هذه المزايا؟

II. دواعي أفضلية الوساطة على التحكيم في حل خلافات الاستثمار

1. أفضلية الوساطة على التحكيم عموما

الوساطة تتميز على التحكيم حتى على مستوى المزايا المشتركة بينهما. فدون الخوض هنا في موازنة دقيقة في المزايا المشتركة بين الوساطة والتحكيم عموما من سرية وخبرة في المعالجة واقتصاد في الوقت والمصاريف، تكفي الإشارة هنا إلى أن الدراسات تبين ترجيح كفة الوساطة على التحكيم، خاصة في الخلافات التي تطرأ

بصدد صناعات النفط والغاز والطاقة عموما[14]وهي الصناعة الغالبة في المنطقة العربية.

هذا ما دفع الجزائر مثلا في قانون المحروقات الجديد لسنة 2005[15] رغم اعترافه بالتحكيم الدولي مع الشركات الأجنبية[16] يفضل المصالحة بين وكالة النفط وهي الوكالة المستحدثة بموجب هذا النص والتي تتولى بصورة مستقلة عن الدولة الجزائرية إبرام عقود البحث و/أو استغلال المحروقات ضمن نشاطات المنبع. كذلك الشأن بالنسبة لمنازعات المتعلقة بالنقل عبر الأنابيب.

الدراسات تبين على سبيل المثال بأن المعالجة عن طريق الوساطة تستغرق وقتا أقل من المنازعة أمام محكم أو محكمين بمعدل 6 أسابيع في الوساطة مقابل سنة للتحكيم. المصاريف اقل في الوساطة بنسبة 15 إلى 20 % من المصاريف التي يتطلبها التحكيم وذلك بسبب ما تجند له من وسائل بشرية من محامين ومستشارين وقانونيين ومحكمين(3 محكمين) وكتاب ....الخ. فضلا عن أن التحكيم على خلاف الوساطة لا يستبعد القضاء كلية، سواء على مستوى إشكالات تكوين محكمة التحكيم أو الفصل في الأمور الإستعجالية وعلى وجه الخصوص للحصول على الصيغة التنفيذية في حالة التنفيذ الجبري و هذا الأمر في حد ذاته يقلل من السرية نظرا لأخذ القضاء بمبدأ العلنية.

أخيرا تتميز الوساطة في إطار الطرق البديلة عن المنازعة في إطار التحكيم بكون الوسيط على خلاف المحكم الذي يقوم بدراسة الوقائع والطلبات ويبت فيها بناء على حجج الإطراف القانونية التي تلغي بعضها البعض في جو من التناحر يصعب بعده على الأطراف أن يواصلوا علاقتهم الاقتصادية الحالية وحتى إبرام صفقات جديدة، الوسيط يغلب الاستماع للأطراف والاجتماع إليهم وإسداء النصح لهم ولا تقف علاقاته مع مصلحة المنازعات في المؤسسة الطرف بل يلج داخل التنظيم لتقصي أسباب الخلاف والوقوف على العراقيل والتشنجات.... فدوره بحق يتناسب مع مهمة المسير للمنازعات القانونية بشكل يرضي الطرفين. فهذا التيار تشبع بالتقدم الحاصل في مجال علم التسيير وتدبير شؤون المنظمات ويرمي إلى إفادة الوظيفة القانونية في المؤسسة من هذا التقدم بحيث لا تسير المنازعات على غرار باقي الشؤون القانونية الأخرى باعتباطية وأفكار مسبقة وإنما بموجب قرارات عقلانية تتخذ على مستوى المؤسسة بناء على حسابات وتحاليل، لأن الفوز بقضية ضد عميل أو شريك حالا هو خسران لهما مستقبلا.

2. أفضلية الوساطة على التحكيم في خلافات الاستثمار

هذا التيار في موازنته بين التحكيم والوساطة، يفضل هذه الأخيرة، خاصة حينما يتعلق الأمر بالعلاقات بين دولة و رعية دولة أخرى كما هو الحال في خلافات الاستثمار وفي بعض القطاعات

الحساسة كما هو الحال بالنسبة لمواضيع البترول والغاز والطاقة لأسباب نذكرها كالتالي:

الوساطة تعتبر هي الحل بالنسبة للدول التي مازالت تستند إلى فكرة السيادة في تسيير هذا النوع من الثروات، بل بالنسبة لكل لدول التي رغم عدم اعتبار النشاطات ألاقتصادية من صميم سيادتها تحسبها من النشاطات الحيوية والإستراتيجية، كما هو الحال بالنسبة للنشاط الذي يتم في الدومين العام المنجمي[17]. يمكن اعتبارها الحل أخيرا بالنسبة لكل للدول وفي كل الحالات من باب حفظ ماء الوجه للدولة الطرف ككيان يمثل مصالح أمة.

الوساطة بين الدولة المضيفة والمستثمر كثيرا ما تتوسع لتضم دولة المستثمر لمحاولة إيجاد حل بالطرق الدبلوماسية وهذه أقرب إلى المصالحة منه للمنازعة وهذا ما تعتمده الجزائر لتخطي بعض العقبات التي تعترض تنفيذ بعض المشاريع الكبرى في المجال توريد الغاز مع أطراف أوروبية كمشروع ميدغاز(Medgaz) لتوريد الغاز لأسبانيا عبر البحر البيض المتوسط أو مشروع قاسي الطويل (Gassi Touil)

الوساطة لا تسمح بتدخل الغير في إطار ما أصبح يعرف بأصدقاء المحكمة(amicus curiae) للدفاع على بعض المصالح التي تهم المجتمع المدني كما هو الحال في إطار اتفاقية التبادل الحر بين الولايات المتحدة الأمريكية وكندا والمكسيك(نفطا-NAFTA- ALENA) [18]

أخيرا الوساطة هي السبيل للتجاوز الانتقادات التي ما فتئت توجه للتحكيم عموما وتحكيم الاستثمار في إطار مركز ألأكسيد لما أصبح يتميز به عمله من تهميش للرضا[19]:

- ألاعتداد بوقت البث في الاختصاص و ليس بوقت إبرام الاتفاق للتأكد من أن دولة المستثمر ألأجنبي (سويسرا) معاهدة واشنطن كما في قضية هوليداي أين ضد المملكة المغربية،

- ألاعتداد بصفة الرعية البريطانية رغم تمتع المستثمر بالجنسية المصرية في نزاع مع جمهورية مصر العربية للتأكد من اختلاف الجنسية بين الدولة والمستثمر كما الحال في قضية فينا،

- توسيع مفهوم الاستثمار ليشمل عقودا كبرى أبرمت بين دول ومؤسسات أجنبية تنمي إلى قانون التجارة الدولية و ليس لقانون الاستثمار كما في قضية ساليني ضد المغرب (Salini Constructori Spa et Italstrade Spa Maroc contre le Maroc)[20]

- اللجوء ألأحادي "saisine unilatérale" من قبل المستثمر إلى المركز دون التوقيع على اتفاق تحكيم خاص" without rivacy"

أخيرا كخاتمة يمكن أن نقول بأنه في ضل هذه الظروف ليس بالغريب أن تظهر في أمريكا موجة في الشهور السابقة تنتقد نظام ألأكسيد في بوليفيا والأكواتور ونيكارغوا وفنزويلا وما تبعه من تنديد وانسحاب رسمي لدولة بوليفيا من اتفاقية واشنطن في 2 مايو 2007 مما يخلق نوعا من الارتباك في أوساط التحكيم ويفتح المجال

واسعا للتفكير في طرق بديلة تأتي على رأسها الوساطة في مجال الاستثمار.

الهوامش

1. هذه المداخلة ألقيت في مؤتمر وزارة العدل الكويتية حول التحكيم و الاستثمار الذي أنعقد بمدينة الكويت من 24 إلى 26 مارس 2008 تحت عنوان :

- **INVESTMENT DISPUTES BETWEEN LITIGATION/ ARBITRATION AND MEDIATION/ADR**

-A Legal Dispute Management Approach in Oil and Gas Transactions

2. Sentence CCI n° 4463/AR rendue en 1982 entre l'entreprise nationale SH et une société étrangère.

3. *Cf.* Le hadith: *Il ne faut pas faire traîner le procès en longueur, mais au contraire chercher la conciliation* ". A. Zahi: " *La conciliation et le processus arbitral* ", in Actes du Séminaire d'Alger, *op. cit.*, p. 22. On a eu connaissance de plusieurs cas où des confréries religieuses très répandues au Maghreb, pratiquent une sorte de conciliation très proches de l'arbitrage ou le Cheikh est saisi parfois unilatéralement comme en matière d'arbitrage. Celui-ci mettra en oeuvre son autorité morale pour faire accepter la décision.

4. في الجزائر على سبيل المثال منذ أن قامت بتأميم صناعاتها البترولية في السبعينيات منعت التحكيم في عقود البحث والتنقيب و في مشاريع نقل البترول والغاز عبر الأنابيب في قانون أوت 1986 سواء تعلق الأمر بالخلافات التي قد تنشأ بين الدولة والمستثمر الأجنبي أو الخلافات التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي و الشركة الوطنية سوناطراك.

5. كما هو الحال في ظل تعديل سنة 1991 الذي جعل العقود البترولية تتم بان أجازت بين سوناطراك و المتعامل الأجنبي فقط و تكتفي الحكومة بالمصادقة عليها مع إجازة التحكيم في هذا النوع من العقود M. TRARI-TANI, Privatisation (de la gestion) et accès à l'arbitrage international, l'exemple des hydrocarbures en Algérie, Colloque international organisé par la Faculté de droit de Perpignan (France) à Ouagadougou, les , Presse universitaire de Toulouse,

6. قانون المحروقات 2005 المعدل سنة 2006 أنشأ وكالة لتثمين المحروقات سماها وكالة النفط هي التي تبرم مع المتعاقد (سوناطراك وحدها او سوناطراك في إطار شراكة مع شركة نفطية أجنبية)، يمكن أن تحتوي على شروط عادية للتحكيم إلا أن إجراءات التحكيم الدولي لا تهم إلا الطرف الأجنبي. M. TRARI-TANI, The New Legal Framework of Prospecting, Research and Exploitation of Hydrocarbons in Algeria, International Buisness Law Journal, 2008, 1, p. 53.

7. Samir SALEH, " ***Commercial international arbitration in the Middle-East*** ", Graham &Trottman, London. p. 22. " ***Perception de l'arbitrage au Machrek et dans les pays du Golfe*** ", Rev. Arb. 1992, p. 537.

8. P. LALIVE, The first World Bank arbitration (Holiday Inns V. Morrocco in some legal problems, B.Y. B.I.L. 1980, p. 123.

9. E. Gaillard, B. Goldman et Ph. Fouchard: " *Traité...* ", Litec 1997., p. 16; n° 16 et s.

10. Roberto Dañino said in his presentation " Recent Developments at ICSID " at the 21st Joint Colloquium on International Arbitration November 19, 2004 Paris : "As many of you know, we had also commissioned a client survey, which was concluded last month. The results were impressive. Arbitrators, parties to proceedings and member governments gave ICSID outstanding ratings for customer service, value, the quality of its staff, and the fairness of the ICSID arbitral process.

- Many survey respondents saw conciliation as a useful mechanism for the settlement of investment disputes. Other areas identified in the client survey as needing improvement included the speed of the registration process and the transparency of the proceedings.

- ICSID has already been taking action in these areas. It is now our practice, on receipt of a request for arbitration, to call the attention of the parties to the alternative of ICSID conciliation. With oursister institutions, the International Finance Corporation and the Multilateral Investment Guarantee Agency, ICSID is also examining the possibility of the establishment of a World Bank Group mediation service for investment disputes.

11. انظر المواد الفرع الثالث المواد من 327-55 إلى 327-68 قانون 08-05 الصادر بمقتضى الظهير رقم 1-07-169 المؤرخ في 30 نوفمبر 2007 ، المجلة الرسمية ى°5584 في 6-12-2007ة ص, 1369 و خاصة بالنسبة للوساطة الاتفاقية ص. 1376,

12. تمت المصادقة عليه في شهر جانفي 2008 مكن قبل الغرفتين و لكن لم ينشر بعد في الجريدة الرسمية.

13. **Médiation /Alternative Dispute Resolution in Oil, Gas and Energy Transaction : Superior to Arbitration/Litigation from a Comercial and Mnagement Perspective, in Transnational Dispute Management (TDM), www. tansnational-dispute-management.com**

14. **Anadarko Petroleum Corp. (U.S.) v. SONATRACH (AlgeriaCorporation, The parties initiated conciliation proceedings against each other in summer 2006, regarding SONATRACH's request to renegotiate a long-term oil production contract in light of the new hydrocarbons law passed by Algeria in 2005. The stakes are considerable if the dispute evolves to encompass the exceptional profits tax passed by Algeria in 2006. Anadarko has estimated that this tax, if imposed on the difference between $30 and $60 a barrel, would cost it $225 million annually, and the company's production contracts in Algeria run for an additional 25 years. The parties submitted memorials to a three-member conciliation board, selected under standard arbitration rules. In February 2007, the board issued a nonbinding recommendation. If the parties do not reach agreement on that basis, either may initiate a binding arbitration under UNCITRAL rules.**

15. **M. TRARI-TANI, "*The New Framework, of prospecting, research and exploitation of hydrocarbons in Algeria*" , International business law journal, 2008, 1, p. 59. (in French also)**

16. تراري الثاني مصطفى «التحكيم في المنازعات المتعلقة بالمحروقات طبقا لقانون المحروقات الجزائري الجديد» الاتحاد العربي للتحكيم،مؤتمر عربي إسباني حول حماية وترقية الأستثمار و التجارة العربية الأسبانيةالمحكمة العليل للتحكيم السبانية، معهج إإكانو, مدريد 13 و 14 نوفمبر 2006.

17. من أمثلة ذلك ما حدث في العديد من دول أمريكا اللاتينية في المجال النفطي، أعاد مفهوم التأميم إلى واجهة الأحداث بعد إن ظن الجميع أنه ولى بدون رجعة. أو ما ذهب أليه

المشرع الجزائري من تفضيل للمصالحة عن التحكيم رغم اعترافه به في ظل قانون المحروقات لسنة 2005 المعدل في 2006 والذي يعتبر من النصوص القانونية الأكثر تفتحا عن التحكيم في هذا القطاع و التي عرفتها البلاد منذ الاستقلال هذا بعد أن كان قانون 68-14 المتعلق بالبحث واستغلال والنقل عبر الأنابيب للمحروقات لا يعترف إلا بالمصالحة.

18. **B. STERN, L'entrée de la société civile dans l'arbitrage international et investissement, Rev. Arb. 2002, p. 329. D. SHELTON, The participation of non-governemental organizations in international proceedings, AJIL 1994, PP. 616-619.**

19. ثاني مصطفى " ظاهرة تهميش الرضا في التحكيم الدولي عموما و في تحكيم الاستثمار على وجه الخصوص"، مؤتمر الرباط من 1 إل 4 جويلية 2004.

20. **Affaire CIRDI, 23 juillet 2001, note M. Zerouali, in Revue Marocaine des contentieux, 2004, n°1, p. 147.**