

فعالية التحكيم في فض المنازعات الاستثمارية وتطبيقاته في الجزائر

The effectiveness of arbitration in settling investment disputes and its applications in Algeria

محمد بودة(*)

جامعة محمد بن أحمد وهران 2، الجزائر

Moh.bouda@yahoo.fr

تاريخ الاستلام: 2022/02/21 تاريخ القبول للنشر: 2022/05/21

ملخص:

تعد دراسة فعالية التحكيم في فض المنازعات الاستثمارية وتطبيقاته في الجزائر مسألة أساسية في إدراك جوانب من خلفياته، مميزاته، إجراءاته ونتائجه القانونية في ظل تجارب النظم القانونية الناجحة، ويقصد بالتحكيم أو القضاء الموازي ذلك الإجراء القانوني والقضائي لفض منازعات الاستثمار في المجال الاقتصادي بقصد إيجاد الحلول للخلافات القائمة بين أطراف العملية الاستثمارية في قطاع اقتصادي حساس في مواجهة السلطات العمومية. دراسة أنجزت في ظل تحليل قانوني نقدي ومقارن ينتهي إلى طرح نتائج ومقترحات تتسق مع واقع النظام القانوني لتجارب النظم القضائية الناجحة. الكلمات المفتاحية: التحكيم، الاستثمار، القضاء، المنازعة، التعويض.

Abstract:

The study of effectiveness of arbitration in settling investment disputes and its applications in Algeria is a fundamental issue in understanding aspects of its background, advantages, procedures, and legal consequences through experiences of successful legal systems.

Arbitration or parallel judiciary means that legal and judicial procedure for settling investment disputes in the economic field, finding solutions to the existing disputes between groups of individuals represented by investors in a sensitive economic sector in the face of public authorities.

*محمد بودة.

A study carried out in the light of a critical and comparative legal analysis that ends with the reality of the legal system for the experiences of successful judicial systems.

key words: Arbitration, investment, judiciary, dispute, compensation.

مقدّمة:

لقد أفضى الانفتاح على الأسواق الأجنبية والمستثمرين الأجانب لإنتاج الكثير من القواعد والآليات الاجرائية وترك آثاره على اقتصاديات الدول واختصاص أنظمتها القضائية بشكل واسع، وهذا بتراجع دور القضاء الرسمي واختصاصه، بإدراج التحكيم لفض المنازعات ذات الطابع الاستثماري بحلول قواعد التحكيم على حساب مبدأ أولوية سيادة النظام القضائي الرسمي في منازعات الهيئات والأفراد بالأخص في الجانب الاقتصادي جراء اكتساح المبادئ الليبرالية للمنظومة القانونية عملاً بمبدأ حرية التعاقد والتوافق على الشروط في عرض النزاع حال الخلاف بين الدول والطرف المستثمر عن طريق اللجوء إلى تبني آلية التحكيم .

دراسة تتناول فعالية مسألة أهمية التحكيم أو ما أصطلح عليه بالقضاء الموازي أو البديل في فض المنازعات الاستثمارية داخل النظام القانوني استناداً على قواعد النظام الليبرالي وخلفياته القائمة على مبدأ حرية الاستثمار، تحكيم له مميزاته ونتائجه، والتي لا يمكن إدراك أهميتها إلا من خلال دراسة الجانب التطبيقي للمنازعات التحكيمية وإجراءاتها ذات الطبيعة التوافقية والودية وفق القواعد المعمول بها في النظام القانوني.

ترتبط أهمية الدراسة بتسليط الضوء على مكانة التحكيم في تشجيع حركية الاستثمار الاقتصادي سواء الوطني أو الأجنبي في مواجهة سلطة القضاء صاحب الاختصاص الأصيل، والذي يعكس مظاهر سيادة الدولة وقضائها للفصل في منازعات الأشخاص سواء كانوا وطنيين أو أجنب، كما في منازعات الأموال سواء عقارية أو منقولة.

أما عن خصوصية نفس موضوع الدراسة تستقى من السعي إلى ضرورة الموازنة بين كل من حتمية حماية الاستثمار الوطني والأجنبي وحقوق المستثمرين سواء وطنيين أو أجنب في البلد، وكذا حتمية أخرى لا تقل أهمية تتمثل في ضرورة الدفاع عن الاقتصاد الوطني ومكتسباته، وهذا قد يتحقق بالانتقال من العدالة الاتفاقية أو التوافقية إلى عدالة وطنية رسمية محل ثقة لأنها تستند إلى قوانين منصفة ويمثل لها الجميع، قضاء رسمي أو موازي قد يكون له دور واسع في الدفاع عن المصالح الوطنية الاقتصادية وفي تلبية المتطلبات الاجتماعية في إطار السياسات الوطنية التي تسعى إلى تحقيق التنمية المستدامة.

بهذا كانت عملية اختيار الموضوع بتلك الأهمية والخصوصية التي ترصد وضع قواعد وحلول لنظام تحكيمي موازي للنظام القضائي يشترط فيه الامتثال للضوابط القانونية، وبإمكانه بالتالي كسب ثقة المستثمر الأجنبي. إن من ضمن الأهداف المتوخاة من وراء هذه الدراسة عرض حالة قضاء التحكيم ودوره في فض المنازعات الاستثمارية لاستقطاب الرأس المال الأجنبي وإرساء الاستقرار التشريعي في المجال الاقتصادي.

تتمحور بالتالي الإشكالية الأساسية للدراسة في البحث عن الإطار القانوني المناسب لمناقشة أهمية قضاء التحكيم وقواعده الامتيازية في تسوية منازعات الاستثمار، إشكالية تأتي إلى توضيحها بطرح جملة تساؤلات فرعية على النحو التالي:

ما هي أهمية قضاء التحكيم وخلفياته التاريخية في فض المنازعات ذات الطابع الاقتصادي؟

ما هي تطبيقات التحكيم وحدوده في فض المنازعات الاستثمارية؟

الإجابة عن جملة الأسئلة المطروحة تدفع إلى تسليط الضوء على الموقف التشريعي الوطني والمقارن، ذلك أن أرقام الهيئات الاقتصادية الدولية تثبت بأن النظم القانونية التي تحظى بوجود قضاء مستقل ومرن استطاعت أن تنصف أطراف النزاع الاستثماري، وأن تكون ملاذا للرأس-المال الاستثماري. لهذا كان من الضروري البحث عن أهمية قضاء التحكيم وخلفياته في فض المنازعات الاستثمارية، ثم إظهار مميزات هذا القضاء ونتائجه من زاوية قرارات التحكيم الصادرة في المنازعات المطروحة، دراسة لا تتأني إلا بمقتضى الاستعانة بتجارب النظم القانونية المقارنة الناجحة.

إن دراسة الإشكالية والبحث لها عن حلول لا تتحقق بدورها إلا من خلال منهجية قانونية مقارنة في تعقب آليات فض المنازعات والدفاع عن حقوق فئة من الأفراد والهيئات المستثمرة في النظام القانوني، هذه المسألة تتطلب الاستعانة بالأدوات النظرية وبمنهج بحثي تحليلي ونقدي في آن واحد بكيفية تتوافق مع طبيعة المقاربة القانونية والاقتصادية بتحليل القواعد المعتمدة والممارسات السائدة في التقصي عن حالة النصوص الصادرة في مجال تنظيم وضبط قواعد قطاع الاستثمار. لكن الدراسة لا تحقق الغرض منها بطرح الحلول الناجعة وتدلليل الصعاب إلا بمقتضى الاستعانة بالمنهج المقارن، ذلك أن المنهج المقارن يقدم لنا في البعد المكاني وسائل معرفة موازية لتلك التي تمدنا بها باقي المناهج ويساعد على إعطاء نوع من التجربة غير المباشرة التي تكون غالبا جد ثمينة، وهذا عند رصد القواعد بمواصفاتها في إرساء قضاء

مستقل ومرن يطمأن أطراف العملية الاستثمارية ويدفع إلى ضرورة تطوير النصوص القانونية وإصلاح العدالة لتتوافق مع ضرورة استقطاب الاستثمار والحد من المديونية المتفشية.

تماشياً مع طبيعة الموضوع وخصوصيته ارتأينا في خضم الإجابة عن التساؤلات المطروحة لتقسيم الدراسة إلى مبحثين رئيسيين، تضمن المبحث الأول دراسة أهمية التحكيم في فض المنازعات الاستثمارية وخلفياته التاريخية، القانونية والسياسية استناداً على قواعد النظام الليبرالي، بينما تضمن المبحث الثاني واقع تحكيم المنازعات الاستثمارية في الجزائر باستظهار إجراءاته، ونتائجه على المستوى القانوني في ظل تجارب النظم القانونية الناجحة، لنخلص في الخاتمة لطرح جملة نتائج ومقترحات بقصد إرساء قواعد إصلاح القطاع الاقتصادي والمالي في مجال المنازعة الاستثمارية بناء على أساس فكرة الأمن القضائي.

المبحث الأول: أهمية التحكيم في فض المنازعات الاستثمارية وخلفياته

أظهرت أهمية التحكيم في المنازعات الاستثمارية على المستوى الدولي هيمنة النظام الاقتصادي الليبرالي على الاستثمارات والهيئات الدولية الاقتصادية، مما دعى للقول بوجود هيمنة منطق ليبرالي في مسألة فرض شروط لحل النزاعات الدائرة، بمعنى أوضح هيمنة الدول المتقدمة في مواجهة الدول النامية في شروط تقديم القروض والاستثمار، وشروط فض النزاعات التي تقع نتیجتها. لهذا وجدت دول العالم الثالث نفسها في مواجهة اقتصاد عالمي قائم على نظام مالي دولي قوي قادر على فرض شروطه في المسائل التنازعية بالأخص بعد أزمة المديونية الخارجية في أوائل الثمانينات، وقد سعت معظم الدول النامية إلى جذب هذه الاستثمارات للاستعانة بها في تمويل مشاريعها.

المطلب الأول: أهمية التحكيم في فض المنازعات الاستثمارية

تسعى مختلف الدول منها المستوردة لرأس المال إلى جذب رؤوس المال الأجنبية للمساهمة في تنفيذ برامج التنمية لديها عن طريق تبيد مخاوف المستثمرين الأجانب جراء المخاطر الاقتصادية التي قد تصادفهم بتقديم تنازلات قانونية وقضائية، تبرير يستند عليه دعاة الاتجاه الليبرالي مفاده أن اللجوء إلى التحكيم يحد من الطابع السياسي للنزاعات، والعمل على التقليل من تجاوزات السلطات العامة عند استعمال مبدأ السيادة (خالد، 2009، صفحة 2008).

ولقد ساهمت الهيئات الدولية ذات الطابع الليبرالي منها البنك العالمي ومنظمة التجارة العالمية OMC بدور في فرض تكتلات اقتصادية لتوجيه الاقتصاد العالمي سواء المحلي أو الدولي وفق المبادئ الليبرالية ولإرساء نوع من القضاء الموازي، لهذا قد نتساءل عن أسس

القضاء الليبرالي والنتائج المالية في اختياره دون القضاء الوطني في حل منازعات الاستثمار، حيث أن قائمة التنازلات من الدولة المستضيفة للاستثمار لا يمكن أن تصل إلى التخلي عن سلطة الهيئة القضائية والى حد تسجيل اختلال توازن ظاهر بين الإيرادات لصالح سلطة رأس المال، ولصالح وعود من الاستثمار الاقتصادي قد لا تتحقق على أرض الواقع.

الفرع الأول: خلفيات التحكيم

ظهر التحكيم أو ما اصطلح عليه بالقضاء الموازي باعتباره حلا بديلا ووسيلة للتمكين من العدالة أقل شكلية وأكثر توائما لحاجيات الخصوم في علاقاتهم التجارية، كما أن ضغوط حاجات التجارة الدولية بعد الحرب العالمية الثانية ساهمت بقسط أكبر في انتشاره، مقابل عجز السلطة القضائية الرسمية عن ضمان عدالة سريعة وفاعلة استنادا إلى المقولة الشائعة: البطيء في إصدار القرار القضائي بمثابة إنكار للعدالة (Farida, 2010, p. 88).

إن خلفيات اللجوء إلى تكريس التحكيم قد يكون لها بعدين الأول مرتبط بالمستثمر الأجنبي الذي يرى نفسه في مجال الاستثمارات الأجنبية طرفا ضعيفا أمام دولة لها قضاء سيادي داخل إقليمها وقد يمارس نشاطه بتخوف عند تسوية نزاعات محتملة، الأمر الذي يؤدي إلى نفور المستثمرين من قضاء الدولة المضيفة خوفا من تحيز القاضي الوطني، أو نقص خبرته، وبطيء وتعقيدات إجراءات التقاضي الوطني (لكننا قد نقع في محذور تحيز المحكم لمبادئ الذي يقوم عليه النظام الليبرالي). أما المبرر الثاني يرتبط بحاجة الدول المستضيفة للاستثمارات الأجنبية والتي تهدف النهوض باقتصادياتها تضطر للتنافس أو تلجئ إلى تقديم إجراءات استثمارية تدفعها للتنافس الشرس على المزيد من التسهيلات ثم التنازلات إلى حد التخلي عن مبدأ الدولة المستثمرة في القطاعات الحساسة والحد من استغلال مواردها بخلق الثروة لينتهي بها الأمر إلى تبديدها. هذه المبررات لا تمت بصله بتلك التسهيلات التي تأتي إلى تقديمها الدول في علاقات الصداقة الثنائية تيسيرا لمناخ الأعمال بين رعاياها.

الفرع الثاني: قواعد النظام الليبرالي

تظهر قواعد النظام الليبرالي في المبادئ ذات الطبيعة الاقتصادية التي أسس عليها هذا النظام ويحاول تعميمها في دول العالم الثالث، ففي إطار الحديث عن تنظيم مؤسسات النظام الليبرالي الغربي فإن مؤسسات القرار يتم تنظيمها عن طريق جماعات الضغط أو اللوبيات التي لم تتوافق في وقت ما مع فكرة التشريع والتعبير عن الإرادة العامة، إلا بشكل متأخر بإدراج مشاركة مجموعات المصالح. وكان تلاقي التقاليد القانونية في النظام الأوروبي سببا لتطویر

تطبيق يغلب عليه الطابع الأنجلوسكسوني في مشاركة مجموعات المصالح في عملية التفكير والمناقشة التي تؤدي إلى اتخاذ القرار. مجموعات مصالح منظمة لها مكاتب معتمدة ووضع لها مدونة حسن سير تكون متواجدة في كافة مراحل إعداد القرار إلى غاية اتخاذ التدابير التنفيذية، هيئات تمكن المؤسسات التقريرية من كل ما تمتلكه وتمثله من خبرة (Chaltiel، 2008).

استطلاع الكثير من المبادئ الاقتصادية يظهر أنها نتاج بيئة اقتصادية ومفهوم فلسفي اقتصادي لا يمكن تعميمه على إطلاقه لأن دول العالم الثالث لم تشارك في وضعه قائم على تصدير رأس المال والاستثمار فيه، بيئة تتجمع فيها دول تعمل على حماية مواطنيها واستثماراتهم في الخارج. موقف يبقى قائما مقابل أن تتخلى الدول المستقبلية للاستثمارات عن سيادتها القانونية والقضائية والاقتصادية.

أولاً: مبدأ حرية الاستثمار

من المبادئ التي تم إقرارها، بل والتأكيد عليها في الدستور الجزائري نجد مبدأ حرية الاستثمار الذي حل محل أولوية الاستثمار العمومي في تمويل الاقتصاد الوطني والذي كان سائداً خلال الحقب الاشتراكية (مليكة، 2010، صفحة 238). التراجع عن القرارات السيادية يعود إلى الأزمة التي أصابت الاقتصاد الوطني لتفاعل الكثير من العوامل منها: انخفاض أسعار النفط، تفاقم الديون، فساد القطاع العمومي وضعف مردوديته، ولتجاوزها لجأت السلطات العمومية إلى المؤسسات المالية الدولية لطلب التمويل بالقروض، لكن تمت الموافقة مقابل إجراء إصلاحات سياسية، قانونية، واقتصادية وفرض قيود تحرير التجارة الخارجية، تخفيض العملة الوطنية، رفع الدعم عن السلع، توفير مناخ استثماري ملائم لتدفق رؤوس الأموال (مليكة، 2010، صفحة 239).

ثانياً: مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية

يعد شرط الدولة الأولى بالرعاية من المبادئ الكلاسيكية في القانون الدولي التقليدي باعتباره وسيلة لضمان المساواة بين المستثمرين الأجانب، ويمنع التمييز بينهم بسبب جنسية المستثمر اهتمت به الدول المتقدمة المصدرة لرؤوس المال لتوفير الجو المناسب للاستثمار لوجود التسهيلات والامتيازات الممنوحة، أهمية الشرط في العلاقات الدولية الاقتصادية تم تكريسه في الاتفاقيات الثنائية نظرا لعدم ثقة الرأس المال الأجنبي في التشريعات الوطنية الداخلية للدول النامية (وعلي، 2010). وتأكيدا على النوايا الحسنة تم تكريس هذا الشرط

الذي أضحى يشكل خطراً على سيادة الدول بسبب محاولات توسيع مجال تطبيقه إلى كل المسائل المتصلة بالاستثمار بما فيها التحكيم الدولي كوسيلة لتسوية المنازعات (وعلي، 2010، صفحة 78).

ثالثاً: مبدأ حرية التعاقد في القضاء الموازي

يتضح من دراسة طرق تسوية النزاعات في عقود الاستثمار أي كانت التسمية سواء تعلق الأمر بهيئات الوساطة، التوفيق أو التحكيم والقواعد التي تنظمها بوجود الطابع الإرادي في إبرام العقود وتصفية الخلافات وفضها. نفس التوجه تبناه في مضمونه المشرع الوطني، لكن بإصباح العقود المبرمة بطابع إداري عند إبرامها يبعدها عن حقيقتها الاقتصادية وبطابع آخر إرادي وودي يبعدها تماماً عن الطابع القضائي عند الرغبة في حل الخلافات فنانة تظهر لدى المشرع في العديد من المواضيع والقطاعات التجارية والاقتصادية، من ذلك ما جاء في نص المادة 153 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام: تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها. يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

- إيجاد توازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.

- التوصل إلى أسرع انجاز لموضوع الصفقة.

- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.

وفي حالة عدم اتفاق الطرفين يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة المنشأة بموجب أحكام المادة 154 أدناه لدراسته حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 155 أدناه.

يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط اللجوء إلى إجراء التسوية الودية للنزاعات هذا قبل كل مقاضاة أمام العدالة.

ويجب على اللجنة أن تبحث عن العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع لإيجاد حل ودي ومنصف، حسب الشروط المذكورة أعلاه للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات والمطروحة أمامها.

ويخضع لجوء المصالح المتعاقدة في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجنب إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من

الوزير المعني للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة (مرسوم رئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الصادر في 16 سبتمبر 2015، ج.ر.ع 50، ص (37)

تواصل نفس النهج بقانون صدر لاحقا يتعلق بترقية الاستثمار 16-09 في نص المادة 11: يحق للمستثمر الذي يرى بأنه قد غبن من إدارة أو هيئة مكلفة بتنفيذ هذا القانون بشأن الاستفادة من المزايا أو كان موضوع إجراء سحب أو تجريد من الحقوق شرع فيها تطبيقا للمادة 34 أدناه الطعن أمام لجنة تحدد تشكيلتها، تنظيمها وسيرها عن طريق التنظيم، وذلك دون المساس بحقه في اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة.

تتراوح النماذج الرئيسية وتتفق في نتائجها في تكريس القضاء الموازي بين التفاوض والتوفيق في شكل من أشكال الصلح عند البحث عن الحلول للخلافات الدائرة بين السلطات العامة والمستثمر الأجنبي بوجود توجه نحو إعطاء الأولوية للاتفاق الإرادي أو حل الخلاف وفق الطرق الإدارية مما قد يضعف من صورة سلطة القضاء، بذلك تظهر صور التحكيم على النحو التالي:

أ-التفاوض

يقصد بالتفاوض حدوث اتصال بين الأطراف سواء شفاهة أو كتابة التي تسهل الإثبات وتحديد ميعاده. تفاوض قد يتخذ صورة اجتماعات دورية بين ممثلي النزاع أو اللجوء إلى خبراء، يجوز معها تأليف لجنة فنية مختلطة من مندوبين عن كل منهما لتضع تقريرها يسترشد به المفاوضون، وعند حل النزاع يتعين عليهم إثبات مضمونه في محرر ليكون حجة عليهم، على نحو ما جاء في القسم الثاني من الباب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالنص على إلزامية الكتابة بالمادة 1012: يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا. نفس الإلزام أوردته المادة 1040 من نفس القانون تحت طائلة البطلان. أما إن فشل التفاوض ينتقل إلى التوفيق.

ب-التوفيق

لا يلجئ إلى التوفيق إلا بعد فشل التفاوض في تسوية النزاع المطروح خلال مدة معينة بتقديم مقترحات للوصول إلى حل يرضي الأطراف. بذلك يظهر الفرق واضح بين ميكانزمات القضاء وتلك الصورة التي يلجئ إليها المحكم والوسيط.
المطلب الثاني: الفصل في التنازع عن طريق التحكيم

لقد جرى إدراج آلية التحكيم في النظام القانوني تماشياً مع طرح أنصار التحكيم وحججهم في حل النزاعات الاستثمارية بناء على ما استقر عليه العمل الدولي الحديث في العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي (خالد، 2009، صفحة 467)، كما أن الطرح يسير في نفس الاتجاه على أسس اقتصادية صرفة من خلال البحث عن تطور مؤشرات النمو بإغراء الاستثمارات الأجنبية المباشرة عن طريق عدالة استثنائية متمثلة في التحكيم بتوفير جو ملائم للاستثمار والأعمال أو الحكم الجيد. لكن مع ذلك فإنه إلى غاية اليوم لم تظهر أي دراسة علمية جادة بوجود علاقة مباشرة بين الاستثمارات الأجنبية المباشرة وشرط التحكيم.

الفرع الأول: الخلفية التاريخية للتحكيم

قد يطرح التساؤل نفسه عند الخوض في مسألة التحكيم وحالة الترويج لها من صناعات القرار الاقتصادي، وكذا تهافت بعض دول العالم الثالث، لكن معرفة الأسباب الحقيقية في بعدها التاريخي والقانوني تظهر أن خلفية إرساء التحكيم في الاتفاقيات له صلة بماضي جذور النظام الكولونيالي الذي كان يسمح فيه القانون للمستعمر تكريس هيمنته عن طريق استعمال القوة والتهديد بغطاء تشريعي لبسط النفوذ على مصادر الثروة ومقدرات الشعوب بغرض الربح. بذلك كانت القوى الاستعمارية أو الاستعمار الجديد يفرض قوانينه لحماية استثمارات شركاته بحجة أن قوانين الشعوب المستعمرة غير متحضرة، ففي القرن 19 الخلافات حول الاستثمارات التجارية التي كانت تواجه دول الشمال بتلك التي في الجنوب، بالأخص في أمريكا اللاتينية انتظمت بين خيارين إما اللجوء إلى القوة العسكرية أو اللجوء إلى التحكيم، مع اختلاف أن المستثمرون الخواص لم يكن بإمكانهم اللجوء مباشرة إلى هيئات التحكيم، بل كان عليهم الطلب أولاً الحماية الدبلوماسية لدولهم حتى تقبل طرح شكوى ضد الدولة الأخرى أمام محكمين.

في المقابل العديد من الطروحات جاء بها رجال قانون أمريكا اللاتينية منها نظرية كالفو التي أدرجت ضمن العديد من الدساتير، عرضت قاعدتين أساسيتين، القاعدة الأولى أن يقوم المستثمرون الأجانب بوجود حال الخلاف بداية اللجوء إلى المحاكم الوطنية للدولة المضيفة، أما القاعدة الثانية أن يستفيد المستثمرون بنفس الحماية الممنوحة للمستثمرين الوطنيين لا أقل ولا أكثر، لكنه طرح تم القضاء عليه من المركز الدولي للمنازعات الدولية بحيث في سنة 1907 ظهرت قاعدة جديدة في القانون الدولي تحت مصطلح دراكو منعت اللجوء إلى القوة

العسكرية عند المطالبة بالديون (المستندة أغلبها بمطالب المستثمرين الخواص الأجانب) إلا عند استثناء رفض الدولة المدينة الخضوع للتحكيم.

عقب موجات التحرر من الاستعمار في النصف الثاني من القرن العشرين تم استعمال التحكيم من الدول الاستعمارية لحماية مصالح الشركات الغربية في مواجهة إرادة الدول المستقلة لاستعادة سلطتها على ثرواتها الطبيعية.

من هذا المنطلق تم وضع ميكانزمات فعالة بدء من سنة 1959 في اتفاق ألمانيا مع باكستان، ميكانزمات تقضي بالسماح للمستثمرين الخواص الأجانب لمخاصمة الدول مباشرة دون المرور على الحماية الدبلوماسية، أسلوب تم تعميمه بإنشاء المركز الدولي لفض الخلافات المرتبطة بالاستثمارات بمقتضى اتفاقية واشنطن 18 مارس 1965. تحكيم عرف تطورا بدءا من نهاية ثمانينيات القرن الماضي بتزايد اتفاقيات التجارة والاستثمار باحتوائها على شروط فض النزاعات الاستثمارية في شكاوى الشركات متعددة الجنسيات ضد الدول. ولقد أحصي في هذا الصدد سنة 2019 ما يزيد عن 3245 اتفاق يحمي المستثمرين الخواص الأجانب، وفي الفترة ما بين 1987 و2018 عرضت أزيد من 942 شكوى انطلاقا من هذه الاتفاقيات في مواجهة 117 دولة في شتى القطاعات الاقتصادية.

الفرع الثاني: مميزات قضاء التحكيم وهيئاته

إن المميزات التي يتمتع بها التحكيم لا تصل بإجراء المقارنة لتلك المميزات التي يتمتع بها القضاء الرسمي بالنظر إلى المهام الموكلة إلى كل منهما، والمبادئ التي يقيم عليها كل من القضاء والتحكيم قراراته وأحكامه سواء بالتزام هذا الأخير في محدوديته بالمصلحة الخاصة والدفاع عنها، أو تقييد القضاء بمبدأ الموازنة بين كلا المصلحتين.

أولا- مميزات التحكيم

يستند التحكيم في مجمله إلى عناصر ذاتية قد تجعل القائمين عليه عند دراسة الملفات وإصدار الأحكام أقرب إلى تحقيق مصالح الشركات الكبرى بدلا عن حماية مصالح دول العالم الثالث، كما أن ما يميز التحكيم كونه يقيم أحكامه بناء على اتفاقيات بنودها واضحة وذلك القائم فقط على إرادات الأطراف.

تحكيم لا يراعي في شيء الواقع الاقتصادي والسياسي لطرفي العلاقة قدر اهتمامه بتنفيذ ما اتفق عليه، وان ظهر فيه إجحاف لطرف على آخر، لأن في أحكام التحكيم على مر الوقت ما يثبت إنتاج اجتهادات تحد من حقوق السلطات العمومية في استعمال امتيازاتها في

التأميم أو نزع الملكية، بشكل يتعارض مع عبارة المعالجة العادلة والمنصفة للنزاعات، لهذا كانت المساعي في البحث عن تشريع يحرم الدول من قيد التحكيم تحقيقا لمصالح الشعوب.

ثانيا: هيئات فض المنازعات التحكيمية

تعددت هيئات الفض في المنازعات الاستثمارية على المستوى الدولي لنجد من أهمها المركز الدولي لفض المنازعات الاستثمارية المنشئ باتفاقية واشنطن 18 مارس 1965 بتوجيه من البنك الدولي، سجل المركز سنة 2019 انضمام أزيد من 163 دولة عضو، بمثابة هيئة مفتاحية للتحكيم الدولي بما أنه يأوي أغلب المحاكم التحكيمية، ميزته الأساسية في كونه امتداد للبنك العالمي، وهذا ما يطرح مسألة تضارب المصالح لكون هذا البنك كثيرا ما يتدخل في مستويات عديدة لصالح المستثمرين الخواص في علاقاتهم بدول الجنوب بوضع إغراءات على قروضها أو إعفاءات من ديون لخصوصية قطاعات اقتصادية بعينها في الدول المدينة لتحضير الأرضية للشركات متعددة الجنسيات (الجبوري، 2019، صفحة 51)، ثم يصبح البنك مباشرة صاحب أسهم في بعض المؤسسات الخاصة من خلال فرعه المالي (المؤسسة المالية الدولية SFI)، ثم يقوم البنك من خلال مركز فض المنازعات المذكور بإيجاد حل للخلافات بين الشركات والدول المعنية. طريقة وصفها البعض بالانحراف بالعدالة لصالح أثرياء الشركات الكبرى، زيادة على غرفة التجارة الدولية بباريس ICC.

المبحث الثاني: واقع تحكيم المنازعات الاستثمارية في الجزائر ونتائجه

عرفت العديد من النزاعات الاستثمارية المرفوعة أمام هيئات القضاء التحكيمية نفس المنحى بتغليب المصلحة الخاصة على حساب مقدرات شعوب العالم الثالث في شواهد عديدة على نحو النماذج التي سيأتي التفصيل فيها بكيفية قد تدعو إلى التفكير مليا من لدن دول العالم الثالث في مراجعة قواعد الاحتكام إلى قواعد التحكيم الدولية على حساب سيادة القضاء الوطني، إذ أنه

لا يمكن تمجيد التحكيم باعتباره الطريق الأوحده والمثالي، بل لا بد من معرفة خلفياته والأرضية التي يركز عليها وغاياته.

المطلب الأول: واقع تحكيم المنازعات الاستثمارية في الجزائر وإجراءاته

قامت الجزائر لأجل جلب الاستثمار الأجنبي بإبرام العديد من الاتفاقيات الثنائية والجماعية مثل اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالاعتراف بالأحكام التحكيمية الأجنبية وتنفيذها (اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بالقرارات التحكيمية وتنفيذها المصادق عليها

من الأمم المتحدة في 10-06-1958، صادقت عليها الجزائر بموجب قانون 1988-233، بتاريخ 05-11-1988، ج.ر.رقم 48)، والمصادقة على اتفاقية واشنطن المتعلقة بإنشاء المركز الدولي لتسوية الخلافات الناجمة عن الاستثمار 1965 (اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول، المصادق عليها بالمرسوم الرئاسي 95-346 بتاريخ 30-10-1995، ج.ر.66)، وكذلك مراجعة قوانين الاستثمار في عديد المناسبات استجابة لمطالب الهيئات الدولية والأطراف المعنية بضخ استثمارات في السوق الداخلي بكيفية أحدثت حالة من عدم الاستقرار القانوني في القطاع الاقتصادي.

الفرع الأول: واقع تحكيم المنازعات الاستثمارية في الجزائر

يعتبر نظام التحكيم بمثابة سلاح قانوني بيد الشركات الكبرى العابرة للقارات يمكنها من الادعاء ضد الدول لتبترها بأموال طائلة عند طلب التعويض فقط عند وجود قرار أو قاعدة قانونية تقلص من أرباحها، وان تم إصدارها بطريق ديمقراطي أو كانت موجهة للمصلحة العامة مثلا المطالبة باحترام الصحة أو البيئة، أو عند فرض غرامات أو فرض احترام حقوق الأفراد، حيث في اتفاق التحكيم لم يتم تخصيص نصيب لحقوق الإنسان، بل حتى الأحكام الصادرة عن القضاء الوطني التي تتصادم مع مصالح الشركات الاستثمارية الأجنبية الخاصة وضعت هذه الأخيرة شروطا للتمكن من استئنافها أمام هيئات التحكيم مشكلة من محكمين.

الغريب في الأمر أن الدول التي تبرم اتفاقيات التجارة وتستقبل الاستثمار تعطي للشركات الخاصة هذا الحق بمخاصمتها دون حدوث العكس، اتفاقات تكتفي بإعطاء امتيازات لصالح هذه الأخيرة دون باقي أطراف العلاقة التحكيمية.

الفرع الثاني: إجراءات إبرام التحكيم وتنفيذ أحكامه

جاء النص على التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنص المادة 1008 وما يلها بتثيبت شرط التحكيم، إضافة لما جاء من قواعد قانون ترقية الاستثمار 16-09 الموجه إلى تحديد النظام المطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية لإنتاج السلع والخدمات، دون إغفال ما تضمنته باقي النصوص الصادرة لاحقا من تحفيزات وامتيازات ممنوحة للمستثمر الأجنبي.

في القانون المشار إليه هناك قواعد تحكم التحكيم وهناك قواعد أخرى خاصة واردة في الفصل السادس تحت عنوان أحكام خاصة بالتحكيم التجاري الدولي بدء من نص المادة 1039 والتي ذكرت بأنه يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات

المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل (قانون 08-09 المتعلق بقواعد الإجراءات المدنية والإدارية). لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه 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.

ونصت المادة 1059 بأن يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه، ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم. يوقف تقديم الطعون وأجل ممارستها، المنصوص عليها في المواد أعلاه تنفيذ أحكام التحكيم. ومن ضوابط التحكيم التي يتوجب التقيد بها قضاء اشتراط عدم تعارض أحكام التحكيم مع أحكام القضاء يجعل هذا الأخير أولى بالتطبيق، عملاً بمبدأ السيادة، وبالتالي تعارض الحكم الأجنبي يجعله في تعارض مع حجية الشيء المقضي به التي كفلها القانون للأحكام الوطنية، التي لا تهدرها أحكام أجنبية.

المطلب الثاني: نتائج التحكيم في المسائل الاستثمارية وحدوده

بالنظر إلى الظروف الاقتصادية الصعبة التي مرت بها البلاد، وحاجة الاقتصاد الوطني إلى الشراكة الأجنبية في جانبها التمويلي والتقني فقد لجأ الطرف الوطني إلى طرح قوانين استثمار تنافسية بغرض استقطاب رؤوس الأموال بعرض تنازلات حال النزاع بقبول التحكيم كطريقة بديلة وتفضيل الحلول الودية وتجنب فرض المسائل السيادية، لكن كانت العواقب وخيمة على الخزينة العمومية في عديد الأحكام الصادرة في حق الدولة الجزائرية، وهذا ما يثبت عدم نجاعة الاعتماد كلية على طريق التحكيم باعتباره السبيل الوحيد في فض المنازعات ذات الطبيعة الاستثمارية.

الفرع الأول: نتائج التحكيم في المسائل الاستثمارية

تتبع مسار الأحكام الصادرة من لدن هيئات التحكيم الدولية خلال القضايا المرفوعة يظهر ميزة خسارة الحكومة لأغلب النزاعات المرفوعة ابتداء، أي قبل رفع النزاع لكون الطرف المدعى عليه من المؤسسات العمومية لا تحترم بنود العقد، ولكونها تتعامل بأنها صاحبة الحق والمالك وليس باعتبارها شريكا مطالبة باحترام تعهداتها، وأن لها نفس الحقوق والالتزامات التعاقدية.

أحكام تحكيمية تكبدت جرائها الخزينة العمومية للدولة خسائر فادحة جراء التحكيم الدولي بلغت حدود 3.5 مليار دولار (بلخير، 2015). في المقابل نجد أن نتائج تحكيم النزاعات

تعود بالفوائد على مكاتب المحامي وهيئات الدفاع المتواجدة مقارها بأوروبا. ولقد تم إحصاء حوالي 20 عقد استثماري محل نزاع لدى هيئات التحكيم الدولية، غالبا يكون من الطرف الشريك الأجنبي، صدر في الكثير منها أحكام تميزت بطابع التوافق والسرية.

ومن القضايا التي أظهرت لامبالاة المؤسسات الوطنية:

1- أول نزاع تحكيمي دولي في إطار الاستثمار تم عرضه على المركز الدولي لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار سنة 2004 بين الجزائر والشركة الإيطالية مجموعة كونسورزيو دي قرومبو دي بونتيا، حول قضية بناء مشروع سد كوديت أساردون بالبوية هيئة التحكيم أسست اختصاصها بناء على الاتفاقية الثنائية بين الجزائر وإيطاليا حول ترقية وحماية الاستثمارات المتبادلة التي نصت على إمكانية عرض النزاعات على المركز الدولي. (حسان، 2010، صفحة 28)

2- النزاع الذي ثار في خلاف المستجد مع عملاق الفرنسي توتال بعد فرض رسم على الأرباح الاستثنائي (ت.ب.أ)، الذي تعمل به الكثير من الدول بشكل سيادي، نظير أرباح يحققها الشركاء الأجانب عندما يبلغ سعر البرميل معدلات معينة بين 5 إلى 50٪ كحد أقصى، بخصم كمية المحروقات الموافقة لمبلغ الرسم من حصة إنتاج الشركاء وهي القاعدة التي ظلت الشركة الفرنسية تمثل لها وتدفع طيلة 10 سنوات منذ 2006 والذي يصل سنويا الى 1.5 مليار دولار سنويا في الجزائر، إلا أن الشركة الأمريكية أناداركو عارضت هذه المادة ولجأت الى التحكيم الدولي سنة 2012 لكن الجزائر فضلت التفاوض المباشر واضطرت إلى دفع 4.4 مليار دولار.

ومطالب توتال التحكيمية يقول البعض أن توقيتها مريب بقصد لي ذراع الحكومة ودفعها للتنازل لها عن مشاريع تنقيب بالخصوص بعد انتهاء مدة المعاملة التفضيلية الممنوحة للشركات الفرنسية. صرح وزير الطاقة الأسبق إلى أن شركة توتال كانت ترفض التصريح عن أرباحها الاستثنائية السنوية وهي التي كانت تنتج أزيد من 41 ألف برميل سنويا عكس باقي المستثمرين. (العربي الجديد، 2016)

3- ومن القضايا خسارة النزاع مع شركة ايديسون الإيطالية أمام التحكيم الدولي بخصوص أسعار الغاز الطبيعي، حكم مكن الطرف الإيطالي من الحصول على 300 مليون يورو سنة 2013.

4- قضية مجمع بي.أش.أل الاسباني للمنشآت ضد شركة سوناطراك لدى الغرفة الدولية بباريس نهاية 2012 على خلفية مبالغ غير مدفوعة من أشغال تحسينات بمركز الاتفاقيات

بوهان، طالت الشركة بمبلغ 269 مليون منها 199 مليون مخلفات فوائد ودين أصلي ب70 مليون يورو، وقد رفض الطرف الايطالي الحل الودي من البداية.

كما قد سبق وأن لجأ الطرف الوطني للحلول الودية وتجنب المنازعة، لكن بمبالغ باهظة للطرف الأمريكي قدرت بنحو 4.4 مليار دولار تعويض لشركة أناداركو، وقرابة 1 مليار دولار لشركة ميريسك، لكن الغريب أن تم إعادة بعث مشاريع نفس الشركات في الحقول النفطية بالجنوب الجزائري. يشير بعض المختصين ومنهم المدير العام الأسبق لشركة سونطراك عبد المجيد عطار إلى تعقيدات التحكيم وتفضيل التسوية الودية لتقليص الخسائر المالية.

5- يضاف إلى ذلك، فإن من القضايا التي أظهرت لامبالاة المؤسسات الوطنية في تطبيق القانون قضية السيد ح. قربوعة التي انتهت بحجز طائرة الخطوط الجوية الجزائرية في بروكسيل ببلجيكا، ودفع مبلغ 2 مليون يورو الذي يشكل مبلغ الضمان المستحق قانونا، لكن الشركة تعنتت، بعد رفض مسؤولي الشركة دفع ديون مستحقة عليهم للمعني الذي رفضت مطالبه بالتسوية الودية، ليلجئ إلى التحكيم التجاري بالغرفة الدولية للتجارة بباريس والتي ألزمت الخطوط الجوية الجزائرية بإعادة قيمة الضمان المالي المحكوم به، إلا أنها رفضت طالبة نقل الخلاف إلى القضاء الوطني، فلجأ إلى القضاء البلجيكي لتنفيذ القرار التحكيمي الذي أصدر حكم في 16 أوت 2014 بتأييد مطالبه تبعه قرار بحجز إحدى طائرات الشركة (جريدة الخبر ، 2014).

6- فشل مشروع الاستثمار في مركب الحجار الذي كان يعد مفخرة الصناعة الثقيلة للجزائر بعد انسحاب المستثمر الهندي، مركب كان عنوان للإفلاس المتكرر بعد الوصول إلى اتفاق بتحويل حصة الشريك الهندي للحديد والصلب العالمي أرسلور ميتال والتنازل عن 49٪ الممثلة لحصته من المركب إلى الطرف الجزائري ممثلة في شركة اميتال الحكومية كنوع من التأميم باهظ الثمن وبمبالغ مضاعفة. الحكومة قبل ذلك عرضت على الشريك الهندي شراء 21٪ من حصته سنة 2013 مقابل صك ب1 مليار دولار مع مسح جزء من ديون المركب لدى فروعه في العالم مع عمليات استيراد الحديد على أن يتعهد باستثمار جزء منه في إعادة تهيئة المركب وشراء أفران جديدة، وهو ما لم يتم بعد تسليم المبلغ كاملا ، مركب كان حتى 2009 يحقق أرباح ضخمة كانت تحول للخارج دون رقابة، شريك خفض قدرة الإنتاج إلى الربع ونسبة العمال من 12 ألف إلى 5 آلاف عامل بما يظهر فشل الاستثمار، شريك استلم مبلغ 355 مليون دولار من بنك الجزائر لاستيراد عتاد جديد دون أن يلتزم بشيء، وقد اشترى المستثمر الهندي

الحصص سنة 2001 المقدرة ب 70٪ مقابل 300 مليون دولار، إلا أنها كلفت استرداد أقل من تلك النسبة وهي 49٪ بمبلغ أكبر في صفقة دفعت الجزائر 400 مليون دولار، دون أن يضيف طيلة 17 سنة شيء للمركب، وقد تعهدت الحكومة بضخ مبلغ 1 مليار دولار في المركب لحماية المناصب ورفع طاقة الإنتاج. (الجديد، 2016)

7- قضية جازي ما يعني الجزء أو الجزائر، للاتصالات تمثل طريقة للنصب وتبيد المال وجريمة اقتصادية قامت بها أوراسكوم تلكوم هولدينغ وهي مؤسسة مصرية للهاتف النقال بإدارة نجيب سواريس المساهم الأكبر إلى جانب أخاه ناصف مدير مؤسسة لفارح الذي تخلى له نفس الشخص بطريق غير قانوني عن مصنع اسمنت المسيلة التي تحصل عليها في إطار الخصخصة، دجزي تحصلت على استثمار في قطاع يمس الأمن الوطني في 26 سبتمبر 2001 بمبلغ 737 مليون دولار في 2006، بعقد يتضمن الكثير من البنود الغامضة لمدة مقدرة ب 15 سنة أي أنها تنتهي بدء من سنة 2016؟ أي أن العقد كان بالإمكان فسخه بقوة القانون عند سحب الترخيص أو تخلي من المستثمر ليقوم المالكين أثناء النزاع بتقدير استثمارات الشركة إلى حدود 7 مليار دولار في أقل من 10 سنوات، وعلق البعض أنه حتى في الكازينوهات لا يمكن تحقيق هذه الأرباح المهولة، وبمراجعة المرسوم التنفيذي 02-213 الصادر في 31 يوليو 2001 نجد كثير من المخالفات القانونية في العقد، منها عدم التخلي للغير عن الامتياز، محدودية الزمن للعقد، حق الشفعة... الخ، ولقد تم نقل الملكية إلى الشريك الجديد الروسي فمبليكوم. التنازل في قطاع حساس واستراتيجي وأمني لا يتم بالكيفية التي يتم فيها منح الامتياز التنازل عن خط سير لحافلة في قطاع النقل، وبمعنى أن الجزائر أنفقت مبلغ 7 مليار لاسترداد عتاد قديم لا يساوي شيئاً، بالنظر للتطور الهائل في وسائل الاتصال ولأنه عتاد سريع التلف، مقابل الأرباح السنوية التي كانت تحققها الشركة، استرداد تحت مسمى السيادة والاسترداد لاستغلال رخصة هي في الأصل ملك لها وبإمكانها استردادها بلا مقابل لانتهاج المدة أو لخرق بنود الاتفاق. لهذا سعت الشركة الذهاب إلى قضاء تعلم فيه أنها الرابحة بسبب التسرع في سحب الترخيص قبل انتهاء مدته وفسخ العقد، بما يظهر وجود فساد في القرارات ونمط من الحكم سيئ (Lazar، 2012)، في يناير 2015 قام الصندوق الوطني للاستثمارات Fni بشراء 51٪ من أسهم رأسمال الشركة بعد 3 سنوات من المفاوضات مقابل مبلغ 2,643 مليار دولار وبحسب الاتفاق احتفظت مجموعة فمبليكوم بالاحتفاظ بمسؤولية المناجمت ب 49٪.

8- قضية سايبام الإيطالية ضد سونطراك الذي عرضت فيه الشرك الإيطالية نزاعه على التحكيم الدولي بعدما رفضت الحل الودي وطالبت الشركة الوطنية للمحروقات (سونطراك) بدفع 700 مليون يورو، أي 20,000 ألف مليار سنتيم، بعد إصرارها على المضي قدما إلى التحكيم الدولي الذي رفعته بغرفة التجارة الدولية بباريس في أربع قضايا تتعلق بمشاريع نفطية وغازية الخاصة بمشروع منزل لجمة الشرق MLE بتاريخ 2015-12-23، بعد خروجها منتصرة في محاكمة سونطراك 1 حيث لم تغرم سوى بمبلغ زهيد 34 ألف يورو واستعادتها لحسابين بنكيين بقيمة ألف مليار سنتيم وعدم وجود أي قرار بمنعها من تقديم عروضها في المناقصات بالجزائر. وقد طالبت الشركة الإيطالية من سونطراك تمديد الشروط التعاقدية لـ 30 شهر ودفع تعويضات بمبلغ 895 مليون يورو. أما القضية الثانية تتعلق بمشروع مركب أل.ب.ج بحاسي مسعود طالبت بدفع 172 مليون يورو. أما القضية الثالثة تتعلق بمشروع أل.زاد2 تخص أنبوب غاز بين حاسي مسعود والأغواط وميناء أرزيو طالبت بتعويض قدره 7.33 مليون يورو، ومبلغ آخر مقدر بنحو 600 مليون د.ج. أما النزاع الرابع يتعلق بمشروع مركب الغاز المسال بأرزيو ج.أن.أل3 زاد، طالبت فيه بنحو 500 مليون يورو (جويشة، 2016).

9- أولى المنازعات التي سجلها المركز الدولي لفض المنازعات الاستثمارية بداية السنة الحالية كانت ضد الجزائر بتاريخ 9 يناير 2020 قامت المؤسسة البحرية للبحر المتوسط (م.س.ن) بطرح شكوى عن طريق مكتبها الرئيسي في سويسرا ضد الجزائر (Tv maghreb.com, 2022)، شكوى طرحت بحجة أن وزارة المالية التي على رأسها الوزير عبد الرحمان راوية جمدت نقل مستحققاتها ليطم طرح شكوى جديدة أمام التحكيم الدولي ضد السلطات الجزائرية، بناء على تعليمة صادرة في 5 يناير 2010 تحدد شروط نقل المبالغ المالية بالعملة الصعبة من فروع الشركات الأجنبية العاملة بالموانئ الجزائرية، تعليمة مكملة لأخرى سابقة صادرة في تاريخ 15-2-1987، أي في فترة الاقتصاد المركزي الموجه.

الفرع الثاني: حدود نتائج التحكيم في ظل تجارب النظم القانونية الناجحة

المنطق القانوني يقضي بوجود تفاوت في الإيرادات بين قواعد القانون الخاص والقانون العام، وأن الدولة لا يمكن أن تنزل في كل الأوقات بالأخص عندما يتعلق الأمر بتمويل مشاريع كبرى وبالمصلحة العليا للدولة إلى مرتبة الأفراد والهيئات وتدعن لرغباتهم بالخضوع لشروط التحكيم.

كما أن ما ينتهي إليه التحكيم قد يمس بالكثير من المبادئ التي استقر عليها القانون الدولي نفسه ومنها حق الدولة في احترام سيادتها، مبدأ عدم جواز التنفيذ على الأموال العامة. لكل ذلك فإنه لا يمكن لأفراد مهما كانت قدراتهم الحلول محل هيئات عمومية والحد من حجم سلطة القضاء التي تصدر أحكامها باسم القانون وباسم الشعب. وأمام تزايد الانتقادات في مواجهة التحكيم كآلية لفض النزاعات التي تكون الدول صاحبة السيادة طرفا في عقد أو اتفاقية فقد جرت محاولات لإصلاح عيوبه، من ذلك أن نظام التحكيم أصبح المحكم فيه يعين بشكل دائم ويتلقى علاوة أدائه للعمل، عكس ما كان عليه في السابق، إذ كان يتلقى المقابل بحسب الملف بخلاف قضاة القضاء العادي، كما تم إنشاء درجة الاستئناف للتقاضي، وتبني ميثاق حسن سيرة للمحكمن، مع ذلك تبقى النقائص قائمة.

أولا: حدود نتائج التحكيم

متابعة تطبيقات التحكيم تظهر أن هاجس الساعين وراءه يكمن في التعويض المحدد في المبالغ المحكوم بها من هيئات التحكيم. إذ أصبح التحكيم تعبير عن حالة الخضوع السياسي أو الخضوع تحت الاضطرار لوجود اختلال توازن القوى بتعرض الدول الضعيفة لمساومات الهيئات الدولية، بما يظهر الطابع السياسي للتحكيم، كما كان الحال في منح الاتحاد الأوروبي لقرض بمبلغ 300 مليون دولار لتونس بشرط موافقتها في مفاوضات التبادل الحر على شرط التحكيم. من الأمثلة الأوضح والتي تعبر عن هيمنة الاستعمار الجديد قيام محامي بلجيكي مختص في مجال الأعمال بالحديث سنة 2018 باسم البنين خلال اجتماع الأمم المتحدة حول إصلاح نظام التحكيم في فيينا! تحكيم يبقى هاجس مؤيديه من الأفراد والمؤسسات الاستثمارية الحصول على تعويض بمبالغ جد ضخمة ومبالغ فيها. وما يظهر الاندفاع نحو فكرة التحكيم قيام محكم بتمثيل بلجيكا في مفاوضات الأمم المتحدة حول إصلاح التحكيم.

تتضح محدودية إجراء التحكيم في اصطباغه بالطابع السياسي في فرض منطق قوة الطرف القوي في العلاقة الاقتصادية التي تربط المستثمر بالدولة المستضيفة، ولعل هنالك عبارة سحرية أقرب إلى هذه المقاربة متمثلة في شرط المعاملة العادلة والمنصفة يثيرها المستثمرون في دفعوهم بنجاح للتصدي لتدابير الحكومات المرتبطة بالمصلحة العامة سواء تمت بشكل مباشر أو غير مباشر، أو عند خرق لبنود العقد في إشارة مثلا إلى التأميم أو إلى كل تدبير شبيه بنتائجه، وان لم يكن له نفس الأثر مثل العجز عن توقع إضراب عام، رفض تجديد رخصة استغلال، رفع الحد الأدنى من الأجر، منع تلوين أو استعمال مبيدات سامة، فرض رسم

على التعاملات المالية، تبني إصلاح تشريعي في قطاع الطاقات المتجددة، أو مظاهرات المواطنين المحليين أو بتهمة التحرش القضائي المنسوب للسلطات عن متابعات جزائية لوجود غش أو رشوة أو تمويل إرهاب والتي تعتبرها الشركات بنود قمعية (Renaud Vivien, 2019).

ثانيا: تجارب النظم القانونية الناجحة في التخلي عن شرط التحكيم

استطاعت الكثير من النظم القانونية تحقيق المعادلة التي استعصت على البعض الآخر من النظم العاجزة عن ضرورة الجمع بين توفير مناخ جاذب وملائم لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية دون الإضرار بمكانة السلطة القضائية واستقلاليتها بالحد من المعوقات القانونية المقيدة للمهام المنوطة بها. وعلى عكس النماذج المعروضة التي رتب لديها التخلي عن أولوية القضاء الوطني واللجوء إلى التحكيم نتائج مخيبة فان البعض الآخر من النظم الاقتصادية الرائدة حققت ما عجزت عنه الكثير من الدول الباحثة عن النمو الاقتصادي لنجد كل من جنوب إفريقيا والبرازيل والهند والتي تعد أهم الدول المستقطبة للاستثمارات الأجنبية المباشرة مع ذلك ترفض شروط التحكيم في اتفاقياتها وتمتنع عن الانضمام إلى المركز الدولي لفض النزاعات.

كما أن أندونيسيا قامت في 2014 بوضع حد لاتفاقيات حماية الاستثمارات المبرمة مع هولندا مقابل ذلك قامت هذه الأخيرة بعد مرور أقل من سنة بضخ استثمارات مباشرة كبرى في 2015.

الأمر لا يتوقف على دول بعينها في اتخاذ موقف من التحكيم، بل يسجل امتعاض الكثير من الدول حتى الغربية بالنظر إلى مساوئه ومساسه بمبدأ السيادة والحقوق الاقتصادية للشعوب، والمثال الأقرب انسحاب إيطاليا من المركز المشار إليه في ديسمبر 2014.

خاتمة:

دراسة أهمية آلية التحكيم ودورها في فض المنازعات الاستثمارية في ظل النظام القانوني والقضائي تدفع لضرورة الموازنة بين طرح يوفق بين رؤية مزدوجة ذات بعد قانوني مرفوقة بقناعة اقتصادية تقتضي ضرورة الاستعانة بالرأس المال الأجنبي واستقطابه، لكن دون التخلي عن مقومات السيادة وتأهيل القضاء الوطني ليساير قواعد العدالة والإنصاف حتى يلجئ إليه جميع الأفراد أي كانت مقاصدهم لأن العدالة لا تجزئ.

فمن جملة النتائج والتوصيات التي انتهينا إليها والتي يمكن أن نشير إليها فإنها تتمثل في

الآتي:

أولاً: النتائج

-الحد من العمل بقواعد إجرائية حمائية استثنائية بتسوية النزاعات بالطرق التي تستند إلى الاتفاق مع المستثمر أو بناء على الاتفاقيات مع دولة المستثمر مما قد يقلص من دور القضاء الرسمي ويحجم من أدائه ليجعله استثناء عوض أن يكون القاعدة، ذلك أن هنالك خطورة في لجوء أطراف الخصومة من المستثمرين الأجانب مباشرة إلى التحكيم دون المرور على الطعن المسبق أو طرق الطعن العادية أمام القضاء الوطني.

-توفير الحماية القانونية والقضائية للمستثمر الأجنبي لا تكون على حساب القضاء الوطني.

-أنسنة قواعد التشريع الاقتصادي وتغيير نظرة التشريع إلى الأجنبي بالأخص المستثمر الذي يقدم خدمات تسهم في إنعاش الاقتصاد بتجسيد مبدأ الحق في التساوي بين المواطنين إلى التساوي بين الأفراد.

-ميزة قواعد القانون الدولي أو إن صح التعبير ذات الطابع الليبرالي أنها تنبني على المصلحة المادية والمصلحة الفردية ولا تعبئ في كثير من الأحيان بالاعتبارات الجماعية والأخلاقية، كما أنه لا يمكن تبرئة ساحة المحكمين من عمليات الضغط واستعمال النفوذ، يتضح ذلك في الكثير من أحكام التعويض المحكوم بها.

ثانياً: التوصيات

-إن مقاصد إصلاح القطاع الاستثماري والمالي لا تحقق نتائجها إلا بضرورة إصلاح قطاع القضاء والعدالة والذي تفرضه تحولات تملحها الحاجة إلى المحافظة على مقدرات الاقتصاد الوطني والدفاع عن مصادر تمويله.

-البحث عن تشريع يحجر الدول من قيد التحكيم تستعيد بموجبه السلطة القضائية سطوتها وهيبتها، بالأخص إن اتضح بأن الكثير من النشاطات الاستثمارية تفضي إلى ارتكاب جرائم اقتصادية أو جرائم في حق الاقتصاد الوطني.

-القاعدة أن المحاكم الجزائية العادية هي صاحبة الاختصاص والولاية العامة للنظر في الدعاوى ذات الطبيعة الجزائية، لكن السياسة التشريعية الجيدة تقتضي وجود محاكم خاصة للنظر في جرائم تقع من فئات معينة من المجرمين ضمن جرائم الاستثمار.

-الاعتراف برقابة حقيقية، يمنح القضاء فيها الصلاحيات الكافية والكفيلة بضرورة احترام السلطة الإدارية للقواعد القانونية في ظل شرعية الاختصاص والممارسة، حتى لا يتحول إلى مجرد مرفق يقتصر على مجرد التنفيذ والامتثال إلى قرارات السلطة الإدارية والسياسية.

-تجنب حصانة غير مبررة لتصرفات إبرام العقود الاستثمارية وتنفيذها عند وجود مخالفات للتشريع والقوانين، في ظل إرادة سياسية تعمل على الحل دون تمكين الأفراد من التصدي لحالات التجاوز التي لا يمكن أن يفصل فيها إلا القضاء، ذلك أن رفع الاعتراضات التي تحول دون تواصل الأفراد مع هذا الأخير لا يكون إلا بمعالجة الجوانب الإجرائية في النصوص القانونية لتمكينهم من المساهمة في التطبيق الصحيح للقانون واستيفاء حقوقهم في المجال الاستثماري القائم على المنافسة.

-كافة تلك المقاصد لا يكون لها صدى على أرض الواقع دون وجود إصلاح حقيقي للنظام القضائي ليتماشى مع مقتضيات البدائل الأخرى في إمكانية انفتاحه على الأفراد وتبسيط الإجراءات بتيسير آلية الولوج إلى القضاء، توسيع مجال الاختصاص وسرعة تنفيذ أحكامه.

قائمة المراجع:

باللغة العربية:

1. عبد الستار أحمد مجيد الجبوري (2019)، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية، دراسة مقارنة، دار الكتب والوثائق القومية.
2. هشام خالد (2008)، عقد ضمان الاستثمار، دار الفكر العربي.
3. بقة حسان (2010)، الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر عن طريق التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماجستير جامعة بجاية.
4. أوباية مليكة (2010)، مكانة مبدأ الاستثمار في القانون الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، ع 2.
5. عيبوط محمد وعلي (2010)، شرط الدولة الأولى بالرعاية في القانون الدولي للاستثمارات، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، ع 2.

باللغة الفرنسية:

1. Florence Chaltel (2008), Le droit constitutionnel européen, revue française de droit constitutionnel, 2,74, puf.
2. -Hocine. Farida (2010) L'intervention du juge dans le processus Arbitral en droit de l'arbitrage commercial international Algérien, Revue critique de droit et sciences politiques n02.
3. - Nasserredine Lazar:Affaire djezzy autopsy d'une vraie Gabegie programmée,16 mai 2012,consulté le 02 mars 2020 a 16.00.- Renaud Vivien ,Arbitrage : les raisons de

cette « justice d'exception » et les moyens d'en sortir, 14 aout 2019, consulte le 19 mars 2020 a 13.45.

4. - Sentences arbitrales : Lesi-di penta contre l'Algérie, aff,arb 03-08,2005,en ligne CIRDI, [http : www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm](http://www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm)