جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

منازعات عقود الاستثمار الأجنبي في التشريع الجزائري

مذكرة تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر
في الحقوق– تخصص: قانون الأعمال

الطالب:
عـادل قــدور

المشرف:
عمار زعبــي

لجنة المناقشة

الإسم واللقب	الجامعة	الصفة
أ. د خلف فاروق	جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي	رئيسا
د . عمار زعبي	جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي	مشرفا ومقررا
أ . عمامرة مباركة	جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2017/2016

جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

منازعات عقود الاستثمار الأجنبي في التشريع الجزائري

مذكرة تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر
في الحقوق– تخصص: قانون الأعمال

الطالب: عـادل قــدور

المشرف: عمـار زعبــي

لجنة المناقشة

الإسم واللقب	الجامعة	الصفة
أ. د خلف فاروق	جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي	رئيسا
د. عمار زعبـي	جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي	مشرفا ومقررا
أ . عمامرة مباركة	جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2017/2016

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وَكَذَلِكَ أَنْزَلْنَاهُ قُرْآنًا عَرَبِيًّا وَصَرَّفْنَا فِيهِ مِنَ الْوَعِيدِ لَعَلَّهُمْ يَتَّقُونَ أَوْ يُحْدِثُ لَهُمْ ذِكْرًا (113) فَتَعَالَى اللَّهُ الْمَلِكُ الْحَقُّ وَلَا تَعْجَلْ بِالْقُرْآنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُقْضَى إِلَيْكَ وَحْيُهُ وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا (114) ﴾ سورة طه.

الإهـــــداء

أهدي ثمرة عملي

- إلى رمز الحياة و الحنان إلى

التي تستحق التقدير و العرفان إلى

أعز ما لدي في الدنيا أمي الحنون.

- إلى من صبر و كافح من أجل أن يعيش

أبناؤه حياة نبيلة و كريمة أبي العطوف.

- إلى زوجتي الغالية هيفـاء.

- كل إخوتي الذين ساعدوني في مسيرتي الدراسية.

- إلى كل أصدقائي دون استثناء.

- وإلى جميع طلبة كلية الحقوق بجامعة الوادي.

قـــدورعـــادل

© Lelie Lynn
http://lelielynn.com

شكر و تقدير

نحمد الله العليّ القدير على أن منّ علينا بكل النعم، فلهُ الحمد ولهُ الشكر

و أتوجه بالشكر الجزيل لأستاذي الفاضل **عـمار زعبي**

الذي لن أوفيه حقه مهما قلت من كلمات، ومهما اخترت من عبارات

و إن كانت من عادة الأساتذة الكرام أن يسدوا لطلبتهم النصح والتوجيه، فإن أستاذنا الفاضل

يغمرهم بلطفه وبحلمه، قبل علمه

فجزآك الله عنّا كل خير، و أدامكِ خادما للعلم والمعرفة

مقدمة

مقـدمـــة

أضحت عقود الاستثمار الأجنبي أو ما يعرف بعقود الدولة الامتداد الطبيعي للاتفاقيات الدولية للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمار، والتجسيد الفعلي للخيارات الكبرى والاهتمام المتزايد الواسع النطاق من طرف الباحثين القانونيين والمستثمرين على حد السواء في الجزائر، بعد انخفاض العائدات النفطية وتدني حجم الواردات وتقلص الاستثمارات العمومية الذي أثر سلبا على النمو الاقتصادي في البلاد الأمر الذي دفع الدولة لبذل جهود كبيرة من أجل إرساء أرضية قانونية وتنظيمية فعالة، تعمل على إبرام عقود الاستثمار مع المستثمر الأجنبي بأقل مخاطر وأكثر ضمانات لاسيما ضمانة تسوية النزاعات في حال وقوعها، حيث يبرز دور الدولة في هذه العلاقة العقدية من خلال ممارستها لبعض الامتيازات في مواجهة المستثمر الأجنبي، مستمدة إياها من سيادتها الإقليمية خاصة أن تنفيذ العقد يتم في إطار النظام القانوني للدولة المضيفة ووفقا لمصالحها الاقتصادية وما قد يتمخض عن ذلك من خلافات ناتجة عن فرض بعض الشروط من أجل الحد من سلطات الدولة التي تتمتع بها كسلطة عمومية أو تلك التي تمارسها في إطار صلاحياتها التشريعية.

لدراسة منازعات عقود الاستثمار الأجنبي أهمية كبيرة، كون هذا الموضوع يكتسي طابعا إجرائيا وقانونيا كضمانة أساسية لجلب الاستثمارات الأجنبية من خلال آليات التسوية المتعددة المنصوص عليها ضمن التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية المكرسة ضمن هذه العقود في مختلف مراحلها، حيث تسعى الدولة المضيفة إلى خلق مناخ استثماري ملائم من أجل جذب وتشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة من خلال إصدار تشريعات داخلية تمنح المستثمر المزيد من الضمانات لاسيما ضمانة تسوية النزاعات ضمن بنود العقد الذي يحرص فيه المستثمر الأجنبي بعد تصدير أمواله إلى تحقيق الربح بأقل مخاطر من خلال نصوص وتشريعات كفيلة بحفظ حقوقه من خلال دراسة وتحليل آليات فض المنازعات التي تشوب عقود الاستثمار الأجنبي عند تنفيذها أو تفسيرها سواء بالآليات الودية أو الآليات القضائية ولهذا الموضوع أهمية علمية وأخرى عملية.

فأهميته العلمية تكمن في كون عقد الاستثمار الأجنبي والمنازعات الناشئة عنه ذات طابع قانوني واقتصادي، مما أدى بالفقهاء لدراسته في العديد من فروع العلم، فتناوله علم الإدارة المالية وعلم الاقتصاد والمحاسبة كل في مجال اختصاصه، واهتم الفقه القانوني بدراسة الإطار التعاقدي الذي يتم فيه هذا النظام.

أمّا الأهمية العملية لهذا الموضوع فتظهر في أن عملية تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي كحافز لجلب الاستثمارات الأجنبية والتي تودي بدورها إلى تحريك عجلة الاقتصاد الوطني، وتدعيم الطابع التنافسي للاقتصاد المحلي ونقل الخبرات التكنولوجية والفنية الحديثة.

أن المشكلة الأساسية التي تعالجها هذه المذكرة هي أن عقود الاستثمار تبرم بين طرفين ينتمي كل منهما لنظام قانوني مختلف عن الآخر ، الدولة من ناحية والمستثمر الأجنبي الخاص من ناحية أخرى ،مما يثير مشكلة أساسية في هذه العقود ، ألا وهي كيفية التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقها والتي تحرص في أغلب الأحيان على ممارسة حقوقها في السيادة والسلطة فيما يتعلق بمواردها الطبيعية ومصيرها الاقتصادي وبين أهداف الشخصية التي يسعى في تحقيقها الطرف الخاص المتعاقد معها ونظرا للحقيقة أن الدولة تتمتع بسلطة تتضح وتتمثل في ممارسة نفوذها فإنه يصبح من الضروري بالنسبة للطرف الخاص القائم بالاستثمار داخل الدولة المضيفة تأمين نفسه لذلك يتعين توفير آليات محايدة وفعالة لتسوية أي نزاع استثماري ينشأ بين الطرفين بما يتلاءم وطبيعة هذه العقود فإشكالية ظهور النزاع حول العقد الاستثماري يطرح مشكلة البحث عن الآلية الأنسب من أجل تسوية هذا النزاع ، وهو ما يفسح لنا المجال لطرح الإشكالية التالية:

- **ما هي آليات تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي وفق التشريع الجزائري؟ وكيف تعمل على خلق مناخ استثماري يحقق التنمية الاقتصادية؟.**

يرجع سبب اختياري لهذا الموضوع لعدّة أسباب ذاتية وأخرى موضوعية، فالأسباب الذاتية هي تماشي موضوع البحث مع تخصصنا العلمي كون عقد الاستثمار الأجنبي والمنازعات الناشئة عنه من عقود الأعمال التي وضعت حديثا للتطور التجارة الخارجية والاقتصاد الدولي في مجال الأعمال، وكذا الرغبة الملحّة في التعرّف على غاية المشرع من وضعه لآليات تضمن فض المنازعات المتعلقة بهذا العقد، ولماذا خصّ هذا العقد بجملة الضمانات القانونية والقضائية على غرار اختلاف المراكز القانونية بين المتعاقدين.

أمّا الأسباب الموضوعية فمن الثابت حاليا أن مشكلة عدم توفر رؤوس الأموال اللازمة وكذا المشكلات التي تواجه كل الدول النامية والتي من بينها الجزائر وذلك لسبب محدودية تلك القيم المالية أو التقنية بها فهي لا تكاد تفي بالخدمات الأساسية للمواطنين دون توفر الموارد المالية لتوفير الاستثمارات اللازمة لتحقيق أهداف التنمية الاقتصادية، ولذلك كان لابد أن تلجأ هذه الدول إلى تشجيع عملية انتقال رؤوس الأموال بما يتبعها من تكنولوجيا وخبرة فنية عن طريق الاستثمارات الأجنبية، حيث تسعى الدولة المضيفة إلى خلق مناخ استثماري ملائم من خلال ترسانة من التشريعات تضم جملة من الضمانات القانونية والقضائية والمتجسدة في بنود العقود المبرمة حتى يتسنى للمستثمر الأجنبي الاطمئنان على أمواله المحولة للاستثمار في السوق الجزائرية دون مخاطر، وذلك نظرا للحاجة الماسّة لأي مشروع اقتصادي مهما كان نوعه تجاريا أو صناعيا للكثير من الضمانات سواء أكانت اقتصادية أو قانونية وإسباغ المشرع على هذه العقود الطابع التنظيمي من خلال فرضه لآليات تسوية تضع الطرفان المتعاقدان في مراكز قانونية متساوية من حيث الإبرام أو التنفيذ .

إن الهدف من هذه الدراسة يتمثل في المساعدة على توفير بيئة خصبة ومناسبة للاستثمار الأجنبي في الدول النامية وتشجيع تدفق رؤوس الأموال عن طريق الاستثمارات حيث أن المشكلة الحقيقية التي يواجهها المستثمر الأجنبي اليوم في السوق الجزائرية ليست مشكلة التعريف بحقوقه والتزاماته أو تحديد مداها بقدر ما هي البحث عن آلية مستقلة ومحايدة وفعالة يمكن اللجوء إليها للفصل في المنازعات التي قد تنشأ بينه وبين الدولة المضيفة وهي الآليات التي ذكرناها آنفا والتي من خلالها يمكن أن تتجسد قنوات التفاعل والتوصل بين هذه الآليات

وتدفق رؤوس الأموال الأجنبية وتنوعها بعد نجاحها في طمأنة وكسب ثقة المستثمر الأجنبي للولوج إلى سوق الاستثمار الجزائري وإبرام عقده مع الدولة الجزائرية المضيفة للاستثمار بأقل مخاطر وأكثر مكاسب للطرفين وفقا لقوانين استثمار الوطنية والاتفاقيات تشجيع الاستثمار الثنائية والمتعددة الأطراف ومواكبة ذلك بتعديلات اللازمة والعاجلة.

تم معالجة هذا الموضوع في عدّة رسائل وأطروحات في جامعات مختلفة، نذكر منها على سبيل المثال، أطروحة دكتوراه ـ بعنوان تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات جامعة الجزائر للطالب حسن طالبي لسنة الجامعية 2006/2005 ـ ومذكرة ماجستيرـ بعنوان تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي لطالبة مرزاقة آسيا جامعة الجزائر كلية الحقوق الجامعية 2007 ـ ودراسة مقارنة ـ بعنوان حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني و القانون الدولي جامعة قسنطينة لطالب علة عمر السنة الجامعية 2008 ـ ورسالة تخرج لنيل شهادة ماجستير تخصص قانون دولي عام جامعة الجزائر ـ بعنوان نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر للطالب أحمد بوخلخال لسنة الجامعية 2013/2012

تكمن صعوبات هذا البحث في أنّ عقد الاستثمار الأجنبي وكذا مراحل إبرامه والمنازعات الناشئة عنه يكتنفها الكثير من السرية لما لها من أهمية اقتصادية وإستراتيجية بالنسبة للدولة والمستثمر الأجنبي لذا تعذر علينا الاطلاع عل العديد من العقود الاستثمارية والإطلاع على الآليات التي تمت بمقتضاه تسويتها وهذا نظر لأهمية هذه العقود وخصوصيتها على سمعة الأطراف وكذا رغبتهم على كتمان بعض الإجراءات لتسوية نزعاتهم الناشئة عند تنفيذ هذه العقود وكذا الأضرار الناجمة عنها وكيفيات التعويض عن ذالك سواء من قبل الدولة المضيفة أو الطرف الأجنبي فكان من العسير الحصول على جميع التفاصيل و المعلومات الدقيقة التي ترفع اللبس والغموض حول ظروف ووقائع تسوية منازعات هذه العقود .ضمن المجالات القضائية.

اعتمدنا في هذه المذكرة وبشكل أساسي على المنهج الوصفي والتحليلي من أجل الوقوف على العديد من آراء الفقهية والنصوص القانونية بالتحليل و التمحيص لبعض العقود كون المنهجين

هما الملائمين للموضوع البحث وما يشمله من تفاصيل سواء في التشريع الجزائري من خلال النصوص التشريعية والتنظيمية أو الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف .

وبناءا على ما سبق بيانه وللإجابة على الإشكالية المطروحة قمنا بتقسيم موضوعنا محل الدراسة الى فصلين اساسين وهما:

الفصل الأول تطرقنا فيه إلى آليات التسويــة الوديـة، حيث قسمنا هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث أساسية تمثلت في المبحث الأول آليات التي تقتصر على الاطراف ثم المبحث الثاني آليات التي تتضمن تدخل الغير ثم أخيرا مبحث آلية الخبرة الودية، أما بالنسبة الى الفصل الثاني فقد عالجنا آليات التسوية القضائية حيث قمسناه الى ثلاثة مباحث أساسية، المبحث الأول آليات التسوية القضائية الداخلية، المبحث آليات التسوية القضائية الدولية، ثم المبحث الأخير آليات التسوية عن طريق التحكيم التجاري الدولي.

الفصل الأول

آليات التسوية الودية

الفصل الأول:

آلـيات التسوية الوديــة

إن من أهم الضمانات التي يتمتع بها المستثمر الأجنبي في الدول المضيفة للاستثمار هو ضمان تسوية منازعاته الاستثمارية، حيث أن المناخ العام للاستثمارات لا يتأثر فقط بالنظم والقواعد السائدة في الدول المضيفة في مرحلة السكون، وإنما يتأثر بتسوية منازعات عقود الاستثمار وهي في مرحلة الحركية، حيث أنه في كثير من الدول المضيفة للاستثمار لا تتمتع الأجهزة القضائية فيها بدرجة من الاستقلال في مواجهة السلطات السياسية، إضافة إلى عدم توافر المحاكم المتخصصة لدى هذه الدول لحل منازعات الاستثمار، مما استدعى الإتجاه العام لدى هذه الدول إلى اللجوء إلى الآليات الودية من أجل فض نزاعهم بعيدا عن الآليات القضائية الطويلة الإجراءات المكلفة أحيانا والمعقدة أحيانا أخرى، والتي تتجسد في المساعي الدبلوماسية التي تبذلها أطراف العلاقات الاستثمارية لإيجاد تسوية ودية للنزاع دون اللجوء إلى المحاكم الوطنية، حيث تستمد هذه الآلية أساسها من القانون الدولي وفق لميثاق الأمم المتحدة والنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية[1]، وفي هذا السياق قد منحت الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مهلة محددة لإثارة النزاع للتسوية الودية قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم، حيث سنتناول في هذا الفصل أهم الآليات الودية لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي وفق للتشريع الجزائري، عن طريق تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

- **المبحث الأول:** الآليات التي تقتصر على الأطراف.
- **المبحث الثاني:** الآليات التي تعتمد على تدخل الغير.
- **المبحث الثالث:** آلية الخبرة الودية.

[1] أحمد بوخلخال: نظام تسوية الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي العام، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق بن عكنون، السنة الجامعية 2013/2012، ص38.

المبحث الأول:

الآليات التي تقتصر على الأطراف

يبرم عقد الاستثمار بين الدولة كشخص من أشخاص القانون الدولي والمستثمر الأجنبي ومركز الدولة في هذه العلاقة العقدية يجعلها تتمتع ببعض الامتيازات في مواجهة المستثمر المتعاقد معها مستمدة أيها من سيادتها الإقليمية، خاصة وأن تنفيذ العقد يتم في إطار النظام القانوني للدولة المضيفة، مما يسمح لها باتخاذ بعض الإجراءات من أجل الدفاع عن مصالح شعبها وتحقيق أهدافها التنموية[1].

من أجل تفادي الأخطار المختلفة الناتجة عن ممارسة الدولة لسلطتها صلاحيتها التشريعية وضمان الحماية اللازمة ، يحاول المستثمرين الأجانب فرض بعض الشروط من أجل الحد من سلطات الدولة سواء تلك التي تتمتع بها كسلطة عمومية أو تلك التي تمارسها في إطار صلاحيتها التشريعية أو التي تندرج في أطار سيادتها الإقليمية، ومن هنا تأتي أهمية الآليات التي تقتصر على الأطراف المتعاقدة في مباشرة وضع حلول لنزاعات في جوانب عديدة ضمن بنود العقد في مرحلة الإبرام أو في مرحلة التنفيذ وذالك من خلال تكريس عدة مبادئ تعاقدية دولية والتي من أهمها (مبدأ عدم تعديل شروط العقد، مبدأ احترام الحقوق المكتسبة، ومبدأ استقرار النظام القانوني) وذلك من خلال إجرائين:

المطلب الأول :

آلية الـــتشاور

أن التشاور قد يقوم تلقائيا بناء على اقتراح من الغير، أو من أحد أطراف النزاع قد يستمد مرجعيته في بعض الحالات من النصوص الاتفاقيات الثنائية ، أو العقود الاستثمارية ذاتها التي تتضمنه أذا ينعقد اللقاء التشاوري في جو دبلوماسي عادي دون إتباع إجراءات شكلية وبعيدا من الأشراف عليه من أي جهة أخرى بقصد الوصول إلى أتفاق ينهي النزاع أو على الأقل، أن لم يفلح في ذالك، يتوصل إلى تحديد معالمه أو إزالة العقبات تمهيدا لعرضه على الحل بوسيلة أخرى سواء أكانت ودية أو قضائية أو تحكيمية وقد يكون التشاور قائما بمضلة الرعاية والإشراف من جهة أخرى قد يكون منظمة دولية تتوصل من خلال إجراء التشاور إلى الظفر بحل المباشرة وفي هذه الحالة يكون غير ملزم لطرفي النزاع[2].

[1] عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الاجنبية في القانون الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 203.
[2] أحمد بوخلخال، مرجع سابق، ص 46.

وفي هذا السياق قد أستحدث هذا الإجراء الودي في تسوية المنازعات الاستثمارية عند إنشاء منظمة التجارة العالمية، لإحداث جهاز يقوم بالإشراف عليه هيئة حل المنازعات التي جاءت بها اتفاقيات الجولة الثامنة بالأورغواي 1994 التي نصت على أنها تدير القواعد والإجراءات بأحكام تسوية المنازعات، وإلى جانب إشرافه على المشاورات كما أنه يتمتع بسلطة إنشاء فرق التحكيم واعتماد تقارير جهاز الاستئناف ومراقبة تنفيذ القرارات والتوصيات، كما يقوم بإخطار المجلس واللجان المتخصصة بالمنظمة لتطورات أي من المنازعات التي تتصل بالاتفاقيات المشمولة.

لقد نصت المادة الرابعة من مذكرة التفاهم على تعزيز وتحسين فعاليات إجراءات التشاور والنظر بعين العطف إلى أية طلبات التي يقدمها الطرف الآخر، فيما يتعلق بالإجراءات المتخذة ضده بشأن تطبيق أي اتفاق مشمول، ويتحقق التشاور إذا قدم أحد الأعضاء طلب المشاورات حيث يجب على العضو الذي يقدم إليه الطلب أن يجيب عليه خلال 10 أيام من خلال تسلمه، وأن تتم المشاورات خلال فترة لا تتجاوز 30 يوما من تسلمه الطلب بهدف الوصول إلى حل مرضي للطرفين، فإن لم يرسل العضو الرد خلال10 أيام من تسلم الطلب أو لم يدخل في مشاورات خلال فترة 30 يوما حق للعضو الذي طلب عقد المشاورات أن يطلب إنشاء فرق التحكيم[1].

وتقدم طلبات عقد المشاورات كتابة وتدرج فيها الأسباب وأن تحدد فيها الإجراءات المعترض عليها مع ذكر الأساس القانوني للشكوى وعلى العضو طالب المشاورات ،أن يخطر هيئة التسوية المنازعات والمجالس واللجان ذات الصلة بطلبه المشاورات ، وتكون المشاورات سرية وينبغي أن لا تخل بحقوق أي عضو في أية إجراءات لاحقة ويجب على الأعضاء أن تسعى خلال سير المشاورات إلى تسوية مرضية للمسألة قبل اللجوء إلى أي أجراء آخر ينص عليه هذا التفاهم.

وفي حالة فشل المشاورات في تسوية النزاع خلال 60 يوما بعد تسلم طلب التشاور جاز للطرف الشاكي أن يطلب إنشاء فريق التحكيم، ويجوز أن يطلب إنشاء فريق التحكيم قبل انقضاء هذه المدة إذا ما اعتبر الطرفان المتشاوران أن المشاورات قد أخفقت في تسوية النزاع ويجوز للأعضاء في الحالات المستعجلة أن تتدخل في المشاورات في غضون ما لا يزيد عن

[1] أحمد بوخلخال، مرجع سابق، ص48.

10 أيام من تاريخ تسلم طلب التشاور وإذا أخفقت المشاورات في حل النزاع خلال فترة 20 يوما بعد تسلم الطلب، جاز للطرف الشاكي أن يطالب إنشاء فريق تحكيم.

كما يجوز التدخل في المشاورات لأحد الأعضاء المتشاورين وإخطار جهاز تسوية المنازعات برغبته في الانضمام إلى المشاورات، إذا كانت له مصالح تجارية جوهرية في المشاورات المعقودة وذلك خلال 10 أيام من تاريخ تقديم طلب عقد المشاورات، وينظّم طالب التدخل إلى المشاورات إذا وافق العضو الذي وجه إليه طلب إجراء المشاورات وفي هذه الحالة يتم إخطار الطرفان والجهاز بذلك، وفي حالة رفض طلب الانضمام للمشاورات يصبح العضو طالي التدخل حرا في تقديم طلب عقد مشاورات منفصلة.

وهذا وقد أظهرت الممارسة العملية أن هناك العديد من النزاعات التي تم حسمها في مرحلة التشاور وحتى بالنسبة للنزاعات التي فشل الأعضاء في تسويتها بطريق التشاور فإنه رغم ذلك أثر في تبادل المعلومات التي قد تودي أحيانا إلى حصر النزاع في المسائل الخلافية الهامة والجدية إلى سهولة عرض النزاع أمام فريق التحكيم، الأمر الذي يكون له أثر واضح وإيجابي في سرعة تسوية النزاع.

المطلب الثاني :

آليـة المفاوضـــات

وهي إحدى الآليات الودية البديلة ذات الاتصال الأولي بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له بغية التوصل إلى تسوية النزاع، وهو حوار بين طرفي العقد حول مسائل خلافية بهدف تقريب وجهات النظر لما يؤدي في النهاية إلى حل المسائل الخلافية وغالبا ما يكون ذلك عن طريق التنازل كل طرف عن جزء من مطالبه وتسليم الطرف الاخر ببعض ما يثبته من حقوق،[1] ويمكن تعريفها بأنها وسيلة للتداول تهدف على إنشاء أو تعديل أو إنهاء علاقة عقدية، وتشكل المفاوضات ركنا أساسيا من أركان الآليات البديلة في مرحلة ما قبل الوساطة، وتعد عملية التفاوض عملية معقدة في ما تحتويه من محاورة ومراوغة وإسرار ومثابرة من أجل الوصول إلى التسوية، وظهرت عملية التفاوض منذ وقت بعيد في شكل مساومة حيث يسعى كل طرف إلى تحقق أقصى منفعة من الصفقة المتفاوض عليها بمقابل أدنى[2].

1 عصام أحمد البهجي، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار الفكر الجامعي للطباعة والنشر، الطبعة الاولى، الاسكندرية، مصر، 2014، ص34.
2 أحمد بوخلخال ، المرجع السابق ص 49.

وبمرور الوقت لم تعد المسألة مجرد مساومة تحكمها اجتهادات شخصية وإنما أصبحت علما له قواعد وأصول أفردت لشرحها كتابات متخصصة، حيث أن مطالب كل المتفاوضين هي الوصول على اكبر قدر من المزايا والتخلص من أكبر قدر ممكن من الالتزامات، وتلعب تلك المفوضات دورا مزدوجا فلها دور وقائي يتمثل في منع تطور النزاع، ودور علاجي يمثل في تخفيف حدة التوتر بين الطرفين، نتيجة لتضييق شقة الخلاف بينهما ولتسويته.

وتمتاز المفاوضات بأنها لا تتقيد بأي نوع من الشكليات والقواعد الموضوعية بل تقتصر على مجرد تعيين المكان والزمان والمواضيع التي تحتاج إلى حوار ونقاش جدي[1].

وتتم في صورة شفوية أو كتابية، ويترتب على الدخول في مرحلة التفاوض التزامات على كل من الطرفين وآثار معينة.

فمتى دخل الطرفان في مرحلة التفاوض قد تنشأ حالة واقعية يترتب عليها التزامات على كل من الطرفين تتفرع جميعها من مبدأ حسن النية في المعاملات، تتمثل تلك الالتزامات في التفاوض والإعلام.

الفرع الأول:

الالتزام بالاستمرار في التفاوض

ويتمثل في الالتزام بالقيام بعمل وليس الالتزام بتحقيق نتيجة فهذا الالتزام لا يعني التزاما بالتوصل إلى اتفاق[2].

يعتبر هذا الالتزام نتيجة مترتبة على كل طرف يدخل في هذه المفاوضات وهو راغب في حل النزاع وهو ما يعطي الطرف الآخر الثقة والطمأنينة بأن يتفاوض معه بشكل جاد في ذلك[3].

الفرع الثاني :

الالتزام بالأعلام

وهو نتيجة منطقية لمبدأ حسن النية في المعاملات الذي يوجب على كل طرف أن يطلع الطرف الآخر على كافة الظروف التي تحيط بالنزاع ، وهو ما قررته غرفة التجارة الدولية في باريس ، حيث قضت في حكمها الصادر في سنة 1981على عدم أمكان تمسك المتعاقد

[1] أحمد بوخلخال: مرجع سابق، ص48.
[2] أنظر أحمد أبو الوفاء: الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية 2001، ص639.
[3] ابراهيم الدسوقي: الجوانب القانونية في إدارة المنازعات وإبرام العقود، الإدارة العامة للبحوث، المجلة العربية السعودية، سنة 1995، ص92.

بعدم جواز التحكيم بحجة أن هذا شرط يصدر بمرسوم حكومي مادام المتفاوض قد يثبت تنفيذ التزامه بالأعلام لطرف الأخر بهذا الشرط [1].

أما الأثر المترتب على المفاوضات يكون دائما متمثلا في أمرين لا ثالث لهما فأما أن يتوصل الطرفان إلى حل النزاع وبالتالي فلا حاجة للجوء إلى القضاء أو التحكيم، ولكن يجب في هذه الحالة أثبات هذا الحل في محرر مكتوب وذالك منعا من تجدد المنازعة مستقبلا ، وأما أن يفشل المتفاوضون في التوصل إلى حل النزاع وفي هذه الحالة يحق لهم اللجوء إلى الآليات الأخرى لحله عن طريق التوفيق أو التحكيم أو القضاء وقد نصت الاتفاقية المنشأة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه يتعين أتمام المفاوضات خلال ستة أشهر وهو نص مستحدث لم تتضمنه كثير من الاتفاقيات المتعلقة بالاستثمار.

لقد شهدت العلاقات التعاقدية في مجال الامتيازات البترولية منذ مطلع النصف الثاني القرن الماضي تغيرا كبيرا أسهمت في أحداثه المفاوضات المكلفة التي جرت بين الأطراف هذه العلاقات سواء في أطار منظمة **الأوبيك** أو خارجها، ولعل أهم هذه الاتفاقيات التي انتهت أليها هذه المفاوضات قد تم بنهاية الخمسينات بشأن المشاركة في الأرباح أو ما يعرف بمبدأ مناصفة الأرباح [2]، وهو ما تبلور في الستينات من علاقات متبادلة تجلت في (مبدأ تخفيف الإتاوة) وتقنين الإنتاج، كما نشطت المفاوضات في العقد السابع من القرن الماضي وأسفرت عن العديد من الاتفاقيات بين الدول المنتجة والعديد من الشركات العاملة في إقليمها وأسهمت هذه الاتفاقيات في تعاظم عائدات الدول الأطراف ومن هذه الاتفاقيات ، اتفاقيتا طهران وطرابلس حول الأسعار المعلنة واتفاقيتا أسعار شرقي المتوسط واتفاقية جنيف حول التعديلات التقنية والاتفاقيات الخاصة بالمشاركة في استثمارات الامتيازات القائمة.

أما بالنسبة للجزائر فأن الاتفاقيات المشاركة الأولية التي أبرمتها خلال الستينات لم تتبن فيها أسلوب التفاوض في حل المنازعات وأنما لجأت إلى وسيلة المصالحة قبل اللجوء إلى التحكيم كما ورد في المادة 159 من الاتفاقية المبرمة مع الحكومة الفرنسية بتاريخ 1965/07/29 وفي المادة 17 الفقرة 02 من الاتفاقية المبرمة بين شركة **(سوناطراك)** وشركة

[1] محمد حسام لطفي، مسؤولية مدنية في مرحلة التفاوض، طبعة 1999، ص21.

[2] اتفاقية ابرمت بين أبوظبي ، السعودية ، قطر، بناءا على مفاوضات أنجزت بقيادة الشيخ زكي يمني وزير البترول السعودي مع 16 شركة غربية ، وقعت بمدينة الرياض، في 1972/12/20، تضمنت 12 مادة و5 ملاحق تناولت جميع أنواع المشاركة في الامتيازات القائمة في راس المال وادارة ومراقبة الشركات المختلطة. أنظر عبد الرحمان منيف: مبدأ المشاركة وتأميم البترول العرب، دار العولمة ، بيروت، 1973

(جـي تـي) الأمريكية في سنة 1968 ، إلى أن جاءت الاتفاقيات المنظمة للإطار القانوني للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجزائر ومجموعة الدول منها أمريكا وبلجيكا والإتحاد الاقتصادي الليكسمبورغي وإيطاليا وفرنسا ورومانيا واسبانيا ثم قطر ومالي في الفترة من سنة 1994/1990 بعد أجراء الإصلاحات الاقتصادية وتبني نظام التحكيم التجاري الدولي ضمن تشريعها الوطني.

فقد تضمنت هذه الاتفاقيات أسلوب التفاوض في حل المنازعات بين الدول المتعاقدة فيما يخص تفسير أو تطبيق الاتفاقية المبرمة بين الطرفين ، أو التفاوض بين أحدى الدول المتعاقدة وأحد مستثمري الدولة الأخرى المتعاقدة بالإشارة إلى هذا الأجراء سواء بصريح العبارة ، التفاوض ،أو التراضي أو الاستشارة والطرق الدبلوماسية مع العلم أن مصطلح التراضي قد ينجلي أيضا على الآليات الودية البديلة عن التحكيم أو القضاء.

فبالنسبة للتفاوض بين الطرفين المتعاقدين حول تفسير أو تطبيق الاتفاق قد تضمنه كل من الاتفاق المبرم بين الجزائر وكل من أمريكا وإيطاليا ورومانيا و أسبانيا على أنه بالتراضي خلال مدة 3 أشهر بالنسبة لأمريكا ولمدة 6 أشهر بالنسبة لبقية الدول بعد أشعار الكتابي للخلاف ،وفي حالة الفشل أو عدم التوصل إلى حل ، يحال النزاع مباشرة لتحكيم المركز الدولي لتسوية المنازعات أو إلى التحكيم على غرار النظام النموذجي للأمم المتحدة أو إلى تحكيم خاص.

أما بالنسبة للتفاوض بين الدولة المتعاقدة ومستثمر أحدى الدول الأخرى المتعاقدة فأن الخلاف يحل بالتفاوض خلال مدة ستة أشهر من تاريخ الأخطار بالنزاع كتابيا وفي حالة عدم التوصل إلى حله فأنه على الطرف المعني بالنزاع الاختيار بين اللجوء إلى القضاء الوطني المختص للدولة المقام الاستثمار على إقليمها أو اللجوء إلى محكمة تحكيم مؤسسي أو إلى تحكيم خاص، وتطبيقا وتماشيا مع هذه التشريعات فقد أبرمت الوكالة الوطنية للاستثمارات اتفاقا مع الشركة الوطنية لاتصالات المتنقلة لذا نصت المادة 13 منه على أن يعبر الطرفان عن نيتهما لتسوية كل خلافات دون استثناء التي قد تنشأ فيما بينها والتي لها علاقة بالاتفاقية الحالية وذالك بكل روح موضوعية وودية وفي حال فشل التفاوض يحل الخلاف ويفصل فيه نهائيا من مركز الدولي لتسوية النزاعات الخاصة بالاستثمارات كذالك تطبيقا لقاعدة أجراء التفاوض في المنازعات الاستثمارية تم أبرام أتفاق في 2005/07/25 بين الوكالة الوطنية للاستثمار وشركة " **حامة ووتر ديالنش** " قد نصت أيضا في المادة 18 منها على أن يبذل

الأطراف ما في وسعهم لتسوية كل خلافات التي قد تنشأ فيما بينهما والتي تنجر عن هذه الاتفاقية أولما لها علاقة بها وذالك في أطار محادثات تجري في ظرف 15 يوما من تاريخ استلام التبليغ بالخلاف من قبل الطرف المرسل أليه وفي فترة لا تتجاوز شهرين من استلام لتبليغ بالخلاف، وتضيف الفقرة 02 من المادة على أنه في حالة استمرار الخلاف يفصل فيه. المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية وفي حالة تصريح هذا الأخير بعدم اختصاصه يعرض النزاع على التحكيم .

كما تضمنت المادة 19 من الاتفاقيات المبرمة بين الوكالة الوطنية للاستثمار والشركة "**أقواس سكيكدة** " على اللجوء إلى التفاوض بنص الإجراءات المذكورة سلفا قبل اللجوء إلى التحكيم ، كما نصت الاتفاقية المبرمة بتاريخ 2006/02/15 بين الوكالة الوطنية للاستثمار وشركة " **كهرمـاء** " قد تضمنت المادة 14 منها على القيام بنفس الإجراءات السابقة في التفاوض بين الطرفين وبذات المدة الزمنية ألا أنه في حالة الفشل التفاوض ونظرا لحيازة شركة **كهرماء**" على 95 من أسهم المشاركة فقد نصت المادة 18 فقرة 02 على أن النزاع تفصل فيه المحاكم الجزائرية نهائيا [1] .

الملاحظ من خلال استعراض هاتين الوسيلتين(المشاورات و التفاوض) التي[2] تعتمد فقط على الأطراف النزاع فأن التفاوض يختلف عن التشاور المنظم في نظام المنظمة العالمية لتجارة ، أذا أن عملية التفاوض لا تكاد تكون محفوفة بالشكليات ألا ما تعلق منها بقيد مدة التفاوض ووجوب التبليغ للطرف المقابل بوجود النزاع مع تحديد موضوعه والاتفاق على محل أجراء التفاوض بينما أجراء التشاور أن كان يتميز بهذه الشكليات البسيطة فأنه يقيد بشروط أخرى يستوجبها نظام المنظمة العالمية للتجارة بوجوب أخطار أجهزة المنظمة وخاصة هيئة فض النزاعات بطلب التشاور وعند انتهائه أخطار ذات الجهة بالنتيجة ، كما قيد التشاور بأجرائه تحت مظلة أحدى غرف المنظمة مثل جينيف ، وتلك قيود لا تظهر في التفاوض ألا أن هذه الآليات الودية عند مقارنتها بالتحكيم والقضاء تتميز على أن نفاذها يكون قصير المدى كما أن تكاليفها تكون قليلة جدا عند الموازنة بينها كما يعاب عليها أنها نادرة الخصوبة في أنجاب نسبة كبيرة من الحل للمنازعات المعروضة عليها وأن توصلت إلى ذالك فأنها غير فعالة

[1] مجموعة الاتفاقيات الاستثمارية في مجال الطاقة أبرمت بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركات مشتركة، الجريدة الرسمية، العدد 7، تاريخ 2007/01/28.

[2] أحمد بوخلخال المرجع السابق ص 53

حيث أنها لا تنتهي بقرار ملزم وفي حالة فشلها فسيعود النزاع إلى النقطة البداية مع خسارة الوقت والمال.

المبحث الثاني:

الآليات التي تتضمن تدخل الغير

سبق لنا في معالجة الآليات الودية التي تعتمد على الأطراف لحل النزاع المتمثلة في التشاور أو التفاوض والتي تخضع لإرادة الأطراف، بحيث تفرغ في عقد الاستثمار كبديل إجرائي في حل النزاع عند نشوبه إذ لابد من اجتيازه للمرور في حالة فشله على التحكيم أو القضاء، إلا أن الآليات التي تجسد حل النزاع وديا قد تعتمد على تدخل الغير كالمصالحة و التوفيق أو الوساطة والمساعي الحميدة، فهي بدورها تتأصل إلى حرية وإرادة الأطراف في العلاقة الاستثمارية، وقد حتمتها عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، وهي تستمد مرجعيتها من التشريعات الوطنية أو الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف، إلا ان هذه الأخيرة لا تلزم الأطراف بوجوب اللجوء إليها قبل اللجوء على التحكيم أو القضاء[1]، بل يترك الخيار في إتباعها لأطراف النزاع وهي كذلك بدورها تنقسم إلى اختيارية أو مؤسساتية، تجري تحت مضلة مؤسسة لفض النزاع كنظام المركز الدولي أو الغرفة التجارية الدولية بباريس الساري المفعول منذ 1998، أو مركز للوساطة والمصالحة التابع لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، وإن كانت هذه الآليات الودية تعتمد عل تدخل الغير تتميز كما أسلفنا بالحرية اختيار اللجوء التلقائي على إتباعها، فإنها قد تكون قضائية في حالة أتفاق طرفي النزاع على اللجوء إلى القضاء الوطني وهو ما يضفي عليها طابع الرسمية والزامية التنفيذ في حال توصلها إلى الحل، ومن هذا التمهيد يمكننا حصر هذه الآليات وفقا للتشريع الوطني والتشريعات المقارنة كالآتي:

المطلب الأول

التوفيق أو المصالحة

يعرف التوفيق أو الصلح أو المصالحة بأنه:"أسلوب أو إجراء يرمي إلى التقريب بين وجهات النضر المتعارضة بقصد الوصول إلى حل وسط بين الطرفين وذالك عن طريق طرف ثالث يتميز بالحياد والاستقلال[2].

[1] اتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية، المواد ما بين 28 الى 35.
[2] محمد حسام لطفي، مرجع سابق ، ص21.

وقد عرفته المادة 459 من القانون المدني الجزائري :"الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاع قائما أو يتوقعان نزاعا محتملا ، وذالك بأن يتنازلا كل من هما على وجه التبادل عن حقه "،وبذلك فأن المصالحة أو التوفيق يستهدف الجمع بين طرفي النزاع عن طريق موفق قد يكون فردا – أو هيئة مشكلة – محايدا يقوم بعرض اقتراحات على كل من الطرفين، ذلك بهدف الوصول إلى تسوية ودية لنزاع فهو على عكس المحكم أو القاضي لا يفصل في النزاع ،وبذالك فأن المصالحة تعتبر في غالب الأحيان مجرد عملية أكثر منها خصومة سواء كانت غير قضائية أو مؤسساتية.

وإذا ما لجأ طرفا النزاع إلى حلها عن طريق المصالحة فأن الاتفاق على ذالك يجب أن يتضمن وصفا لنزاع ومتطلبات الأطراف علاوة على تضمينه اسم المصلح الذي أختاره الأطراف وتحديد الأتعاب المقررة له ، كما يجوز لهما أن يضيفا في عقدهما مجموعة من القواعد المصالحة تكون من أعداد منظمة دولة .

ويسير الموفق في أداء مهمته بإبداء المقترحات الكفيلة للوصول إلى حل يقتضيه الأطراف، ويجب على الطرفين تزويد المصالح بالبيانات والوثائق التي تساعده في أدائه هذه المهام، ويقدم تقريرا بنتائج مهمته يتضمن تحديدا لأوجه الخلاف و مقدمات بشأن تسويتها لطرفين[1].

وقد اقتضت بعض التشريعات إلى المصالحة قبل التقاضي بالتحكيم ومثال ذالك ما تضمنته المادتين :159و170من اتفاقية الشراكة بين الجزائر وفرنسا المبرمة في : 1965/07/29،والمادتين 17،18، من اتفاقية " **جي تي** " الأمريكية " وشركة **سونطراك** التي اجتمعت على تحديد أجال شهرين لأجراء المصالحة، وفي حالة فشلها أو عدم التبليغ بقبول نتائج لجنة المصالحة يحال النزاع إلى التحكيم.

فأن كان هذا النوع من المصالحة أو التوفيق يعتر تلقائيا ويكون أطراف الاستثمار أحرار في اللجوء أليه فأن هناك نوعين:

1/ – المصالحة أو التوفيق المنظم والمعروف بالمؤسسي التي تنظمه أحد المراكز أو المؤسسات المتخصصة في التحكيم.

2/ – المصالحة القضائية التي تحت إشراف القضاء الوطني للبلد المضيف للاستثمار.

[1] أنظر عاطف إبراهيم محمد : ضمانات الاستثمار في البلدان العربية في ضوء أحكام المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، 1998،ص257

الفرع الأول:

المصالحة المنظمة أمام هيئة دولية

أبرز مثال على المصالحة المنظمة ما نص عليها نظام المصالحة لغرفة التجارة الدولية بباريس الساري منذ 1998، وهو يشبه إلى حد كبير نظام المصالحة الذي اعتمدته اتفاقية البنك الدولي لتسوية النازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى الصادرة في 1965 في الفصل الثالث منها بالمواد من 28 إلى 35 في الأحكام المتعلقة بالتوفيق وقد قسم هذا الفصل إلى ثلاثة أقسام.

اختص الأول بطلب المصالحة، وتناول الثاني تشكيل لجنة المصالحة، أما الثالث قد عالج إجراءات المصالحة أو التوفيق.

تتلخص أحكام المصالحة كما تضمنتها الاتفاقية في أنه إذا رغبت الدولة المتعاقدة أو رعايا الدولة المتعاقدة في الشروع بإجراء المصالحة، أن تتقدم بطلب كتابي للأمين العام يتضمن كافة البيانات المتعلقة بموضوع النزاع وأسماء الأطراف وقبولهم للتوفيق أو المصالحة، ويقوم الأمين العام بتسجيل الطلب، إلا إذا رأى بالاستناد إلى البيانات الواردة في الطلب لأن النزاع يتجاوز بصورة واضحة اختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات، الذي أنشأته الاتفاقية كما يتعين عليه إبلاغ الأطراف بتسجيل الطلب أو رفضه[1].

تتشكل لجنة من موفق واحد أو عدد فردي من الموفقين يعنهم الأطراف بالاتفاق فيما بينهم، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على عدد معين من الموفقين أو على طريقة تعيينهم، تتكون اللجنة من ثلاثة موفقين يعين كل طرف واحد منهم والثالث وهو الرئيس يعين باتفاق بين الأطراف.

وبالرغم من أن الاتفاقية منحت الأطراف قدرا كبيرا من الحرية في تشكيل لجنة المصالحة، بيد أنها أكدت على أن عدم الاتفاق حول هذا الموضوع أو عدم رغبة أي منهما في التعاون لن يؤدي إلى فشل الإجراءات، فإذا لم تتشكل اللجنة خلال 90 يوما من إرسال الأمين العام الإعلان بتسجيل الطلب إلى الأطراف، أو خلال مرة أخرى يتعين عليها الأطراف خلافا لذلك، يجب على رئيس المجلس الإداري– بناء على طلب أي طرف وبعد التشاور مع الأطراف بقدر الإمكان– أن يعين الموفق أو الموفقين الذين لم يتم تعيينهم، وتماشيا مع المرونة التي

[1] أنظر المادة 30 من اتفاقية البنك الدولي بشان تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات المبرمة في سنة 1965.

تتصف بها الاتفاقية يستطيع الأطراف أن يعينوا موفقين من خارج القوائم التي يحتفظ بها المركز بشرط أن يكونوا حائزين لنفس الصفات الواجب توفرها في من يعين لهذه القوائم.

تفصل لجنة التوفيق في موضوع اختصاصها، فلها أن تفصل في الدفوع التي قد يثيرها أحد الأطراف استنادا إلى موضوع النزاع ليس من اختصاص مركز تسوية المنازعات أو لجنة التوفيق، وتقوم اللجنة بعرض توصياتها بشأن تسوية في أية مرحلة من مراحل الدعوى ويجب على الأطراف ان تتعاون مع اللجنة كي تمكنها من القيام بأعمالها،كما يتعين عليها أن تتخذ توصيتها بعين الاعتبار، وفي حالة أتفاق الأطراف تضع اللجنة تقريرا توضح فيه أوجه النزاع كما تسجل فيه أتفاق الأطراف بيد أنه أذا رأت اللجنة في أية مرحلة من مراحل الإجراءات لا سبيل لاتفاق الأطراف أنها تنهي الدعوى كما تقوم اللجنة أيضا بإنهاء الدعوى أذا تخلف أحد الأطراف أو أمتنع عن المشاركة في الإجراءات، وليس لأي من الأطراف أن يستعين بآراء خصمه أو تصريحاته، أو عروضه بالتسوية التي قدمها خلال التوفي، أو تقرير اللجنة وتوصياتها في دعوى أخرى مقامة أمام محكمين وأية هيئة أخرى مهام يكن هناك أتفاق على اتخاذ هذه الإجراءات [1].

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الاتفاقية لم تشترط ضرورة عرض النزاع على للجنة التوفيق قبل عرضه على محكمة التحكيم، فضلا عن أن تقرير للجنة يعتبر بمثابة توصية غير ملزمة للأطراف المتنازعة،لهم أتباعها أو رفضها، بل يجوز للجنة أن تنهي الدعوى في أي وقت، سواء لتخلف أحد الأطراف عن المشاركة في الإجراءات أو أذا رأت لا سبيل لاتفاقهم.

فمن الاتفاقيات لإقليمية قد تضمن ملحقا الاتفاقية العربية بالاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدولة العربية، تنظيم إجراءات التوفيق المتفق عليه بن الأطراف المتنازعة في المادة01 فقرة 1:"على أنه في حالة أتفاق المتنازعين على التوفيق يجب أن يتضمن الاتفاق وصفا للنزاع وللمتطلبات الأطراف فيه وأسم الموفق الذي اختاراه وأتعاب التي قرراه له،ويجوز للمتنازعين أن يطلب من الأمين العام لجامعة الدول العربية اختيار من يتولى التوفيق بينهما وتقوم الأمانة العامة للجامعة بتبليغ الموفق بنسخة من أتفاق التوفيق ويطلب منه مباشرة مهمته.

وفي أطار تحديدها لاختصاصات الموفق نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أن " تقتصر مهمة الموفق على تقريب وجهات النظر المختلفة، ويكون له إبداء المقترحات الكفيلة

[1] أنظر المواد 35،34 من اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات المبرمة في سنة 1965

بحل يرتضيه الأطراف وعلى الأطراف تزويده لبيانات والوثائق التي تساعده على النهوض بالمهمة وعلى الموفق أن يقدم خلال ثلاثة أشهر من تبليغه من مهمة التوفيق تقريرا إلى المجلس يتضمن ترخيصا لأوجه الخلاف ومقترحاته بشأن تسويتها وما يكون الأطراف قد قبلوه من حلول،ويجب تبليغ الأطراف بهذا التقرير خلال أسبوعين من تقديمه ولكل منهم أبداء الرأي فيه خلال أسبوعين من تاريخ التبليغ .

وقد بينت الفقرة الثالثة أن الاتفاقية بطريقة غير مباشرة على عدم إلزامية الحل إلى توصل أليه الموفق بالنسبة للأطراف إذا نصت على :"لا يكون لتقرير الموفق أية حجية أمام القضاء فيما لو عرض عليه النزاع ".ومن هذا يفهم على أنه عند اللجوء إلى القضاء يكون تقرير الموفق قد فشل في قبول حله وبالتالي عدم الزاميته للأطراف .

الفرع الثاني :

المصالحة القضائية في التشريع الجزائري

أذا كان بحسب المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الساري مؤخرا تنص في الباب الاختصاص النوعي للمحاكم ،على شكل ما أستحدث من أقطاب المتخصصة تتشكل من هيئة قضائية تختص بنظر في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية ، فأن المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار بين طرف الوطني سواء كانت الحكومة أو أحدى مؤسساتها وبين المستثمر الأجنبي على الإقليم الوطني يؤول الاختصاص النوعي بنظرها إلى القطب المتخصص [1]، استنادا إلى تحديد الاختصاص النوعي في منازعات التجارة الدولية من جهة ، ومن جهة أخرى استنادا إلى المصدر التشريعي الاستثماري الذي يحيل حل المنازعات في هذه الاستثمارات الأجنبية إلى اختصاص القضاء الوطني طبقا لما ورد في المادة 41 [2] من قانون ترقية الاستثمار لسنة 1993، وكذا بعض الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين كل من الجزائر وإيطاليا أو في فرنسا التي تنص على أمكانية عرض النزاع القائم بين أحدى الدول المتعاقدة ومواطني الدولة المتعاقدة الأخرى على قضاء الوطني للدولة التي يقوم الاستثمار على إقليمها ، وكذا الاتفاقية المبرمة بين الوكالة الوطنية للاستثمار و شركة " **كهرماء** " المشتركة الموقعة بالجزائر في: 2006/02/15 التي نصت في مادتها 04 الفقرة 02 على أنه في حالة الاستمرار الخلاف بعد مرور شهرين من محاولة أو فشل التسوية الودية فأن المحاكم الجزائرية تكون المختصة

[1] انظر للمواد من 32 وما بعدها من قانون الاجراءات المدنية والادارية تحت رقم 08 /9 الصادر بتاريخ 25 /2008/4 الجريدة الرسمية العدد21.
[2] المادة 41 من مرسوم 12/93 المؤرخ في 1993/10/5 المتعلق بترقية الاستثمار ، الجريدة الرسمية، العدد 64، 93/10/10، ص3.

وتفصل فيه نهائيا، كما كانت أغلب تلك التشريعات الاستثمارية قد نصت في باب تسوية المنازعات بين الطرفين يكون ابتداء خلال مدة 6 أشهر بالتراضي وبكل روح موضوعية والودية ، فأن صيغة التراضي تنجلي على أجراء المصالحة أو التوفيق وقد تكون تلقائيا قبل اللجوء إلى القضاء أو أثناء اللجوء اليه مادام أن مفهوم التراضي يعتبر من مشتملا ت الآليات الودية كالمصالحة وغيرها قبل اللجوء إلى التحكيم أيضا أو يكون أثناء اللجوء إلى القضاء إذا ما تم اختياره من طرفين في حل النزاع باقتراح من القضاء.[1]

ففي عرض النزاع الاستثماري على القطب المتخصص، وفقا للقانون الجديد يمكن لهاته المحكمة بموجب المادتين (04 ، 990) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن تسعى إلى عرض المصالحة بين الطرفين في جميع مراحل سير الدعوى وحتى بعد قفل باب المرافعة يمكن طلب أخراج الدعوى للجدول وتقديم عرض المصالحة بين الطرفين ،وذالك بتدخل القاضي في تحديد المكان والوقت المناسبين لإجراء المصالحة ما لم يوجد نص يخـــالف ذلك، ويعين القاضي المختص بالخصومة ، الشخص المصلح بين الطرفين وفقا لشروط والمواصفات التي تستوجب في الصلح الذي يقوم بتلقي البيانات من الطرفين المتنازعين ويحاول التقريب بين وجهات النظر المتباعدة وذالك في جو من السرية التامة ثم يحرر محضر ، أما بالتوصل إلى نتيجة الحل أو الفشل في الوصول إلى ذالك المآل ، بعد تثبت الصلح بمحضر يوقع عليه كل من المختصمين والقاضي وأمين الضبط فيصبح المحضر الموقع سندا تنفيذيا يجوز تنفيذه جبرا في جميع الأداءات المثبة بموجبه.[2]

المطلب الثاني :

الوســـــــــاطة

تعتبر الوساطة الأساس الذي يقوم عليه نظام الآليات الودية في حل المنازعات ، فهي المحرك والسبيل الأول لإيجاد حل توفيقي بين المتنازعين ، وهي الآلية الأكثر شيوعا في حسم النزاعات التجارية لاسيما العقود التجارية الدولية الكبيرة وتعرف الوساطة على أنها وسيلة للتوصل بهدف الوصول إلى أتفاق أي أنها آلية تقوم على أساس تدخل شخص ثالث محايد في مفاوضات بين الطرفين متخاصمين بحيث يعمل هذا الطرف المحايد على تقريب وجهات النظر بين الطرفين ويسهل التواصل بينهما ، وبالتالي مساعدتهما على أيجاد تسوية مناسبة لحسم

1 أحمد بوخلخال، مرجع سابق، ص59.
2 أنظر المادة 993 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

النزاع ، فأن مهمة الوسيط محدودة في محاولة التوفيق بين الأطراف أو بذل المجهود لتقديم حل يرضي الطرفين [1].

وقد بدأت الوساطة تأخذ حيزا واسعا في حسم مختلف أنواع النزاعات وباتت تبدو وكأنها الوجه أو الصورة للقضاء أو العدالة الحديثة و الفعالة ، إذا تدل الإحصائيات على أن أربعة من أصل خمسة قضايا الوساطة الدولية تنتهي بالتسوية [2].

ويكون القرار من صنع أطراف الوساطة وليس من عمل شخص غريب حيث يقتصر دور الوسيط على تشجيع الأطراف على التسوية والمساعدة في تحديد النزاع وإزالة العقبات وتحري الخيارات ويبقى على الأطراف أن يتفقوا وأن يوافقوا على التسوية من ذاتهم وأن يصنعوا قرارهم بأنفسهم بدون أن يفرض عليهم حلا أو يصدر قرار ملزما وهنا يكمن جوهر الخلاف بين الوساطة والتحكيم ، فالمحكم يصدر قرار نهائيا وملزما ويخضع المتنازعون فيه لتنفيذ ، في حين أن الوسيط لا يملك سلطة إصدار القرار، بل أن سلطته أن وجدت فهي أدبية وتتجسد في حث المتنازعين على قبول اقتراحاته وتوصياته التي تشكل مدخلا وسبيلا لحل النزاع القائم ومن هنا تظهر أهمية الوسيط وشخصيته التي يتوقف عليها نجاح أو فشل الوساطة ، وهذا ما يضيف امتياز الوساطة على أنها آلية اختيارية ديمقراطية لأنها تستلزم حورا مفتوحا على قدم المساواة والقرار فيها ذاتي وهي مفيدة وعملية للمتنازعين الذين يريدون حلا سريعا للنزاع القائم بينهم.

كما أن من خصائص التي تميز الوساطة عن التحكيم والقضاء أنها غير مرتبطة بإجراءات المحاكمات والشكليات المعقدة ، بل أنها وسيلة سهلة ومرنة من حيث التئامها في الزمان والمكان وتهدف للوصول إلى نتاج ودية ومنطقية للنزاع وترضي جميع الأطراف حيث يبقى أطراف النزاع على حالتهم الطبيعية من رضا واطمئنان ومن المحتمل جدا أن تستمر العلاقات بينهما وكأن شيئا لم يحدث وذالك بفضل الوسيط الذي يساعدهم على التركيز على مصالحهم المشتركة ، بخلاف ما يحصل في النزاع القضائي ، حيث أن معظم المرافعات أثناء سير الدعوى تكون قاسية ومتحدية عدا ما يحاوله وكيل كل طرف من الأطراف المتنازعة من توجيه الوقائع والمواضيع القانونية والإجرائية والأدلة لتأتي ضد مصلحة الطرف الخصم وذالك كله في غياب الطرفين المتنازعين .

[1] أنظر حنيش كمال، الطرق البديلة لحل النزاعات ، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الثاني، ص572.
[2] انظر عبد الحميد الاحدب، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء 2، سنة 1998، دار المعارف بيروت، ص 25.

أما في الوساطة ، ما لأمر مختلف حيث يركز الأطراف جميعا بمساعدة الوسيط على القضايا الجوهرية ويحاولون معا لإيجاد حلا عمليا لنزاعهم وبهذا تكون الوساطة قد قدمت حلا عمليا من شانه تحقيق التسوية المنشودة من قبل الطرفين والمؤسسة على قناعتهما المشتركة ، فيكون الحل الأكثر قبولا من تقرير أو بقرار طرف ثالث كالقضاء والتحكيم .

يتبين مما تقدم أن الوساطة طريق سهلة ومجدية في حل النزاعات عن طريق شخص ثالث حيادي ونزيه يسهل المفاوضات بين المتنازعين ،وهي وسيلة اختيارية ولا يوجد فيها أية مخاطرة حيث بإمكان أي فريق من الأطراف المشتركين الانسحاب منها وفي أي وقت شاء ، ومن خصائصها أنها تكفل قدرا كبيرا من الخصوصية والسرية أثناء تسوية النزاع ، فالوسيط يجب أن يحفظ قدرا كبيرا من السرية بين أطراف والحرص على عدم تسرب كل ما يتعلق بالنزاع ، فشرط السرية يجب أن يذكر في أتفاق الوساطة ، أذا يتعهد أطراف الاتفاق بأن يحافظوا على الوساطة في جو من السرية والكتمان ، ومن مميزاتها أنها قليلة التكاليف ولا تستغرق وقتا طويلا أقصاه 6 أشهر بينما الدعوى أمام القضاء أو التحكيم قد تطول المدة إلى سنوات [1]، وتنقسم الوساطة إلى نوعين :

الفرع الأول :

الوســاطة الاتفاقيـــــة

وهي نوع من الوساطة تكون اتفاقية بين الأطراف ويكون مصدرها المعاهدات الدولية ، معاهدات محكمة التحكيم الدولية الدائمة " بلاهاي المبرمة في سنتي 1918، 1920 والتي تعتبر أول تنظيم للوساطة ، أو حديثا اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار" التي تنص على اللجوء أليها قبل اللجوء لتحكيم [2]، كما قد يكون مصدرها التشريع الداخلي في الدول المضيفة لاستثماركما هو الشأن في التشريع الأردني والمغربي ، وهو ما يحصل للأطراف المتعاقدة في العقود الاستثمارية على تبني نظام الوساطة في حل منازعاتهم فيما يتحدد من مجالات من علاقات مالية ، حيث تنقسم هذه الوساطة بحسب طبيعتها إلى ثـــلاث أنـــواع:

الوساطـــة البسيطـــة.

الوساطـــة الاستشارية .

[1] أحمد بوخلخال: مرجع سابق، ص61.

[2] المادة الثالثة من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار تنص : أذا لم تؤدي المفاوضات إلى اتفاق بين الإطراف في المنازعة جاز لهم محاولة تسويتها عن طريق الوساطة ، ويكون اللجوء إلى الوساطة بالاتفاق بين الإطراف ، فإذا تعذر هذا الاتفاق تعين اللجوء إلى التحكيم ، يجوز الإطراف أن يطلبوا من الأمين العام لجامعة الدول العربية بتعيين من يتولى الوساطة فيما بينهم." الجريدة الرسمية رقم 56 ،1995.

الوساطــة التحكيميــة .

1/ **الوساطة البسيطة** : هي قريبة من نظام التسوية عن طريق المصالحة وتتمثل في وجود شخص يسعى إلى تقريب بين وجهات النظر للمتنازعين .

2/ **الوساطـــة الاستشارية** : وهي التي يطلب فيها أطراف النزاع من محام أو خبير استشارته أولا في موضوع النزاع ، ثم يطلبون بعد ذالك التدخل كوسيط لحل النزاع .

3/ **الوساطــة التحكيمية** : وهي تظهر في شكل أتفاق أو بند تعاقدي ينص عليه العقد يقضي على أنه في حالة نشوب النزاع يتم عرضه على الوسيط إلى محكم يقوم بمهمة التحكيم بين الطرفين المتنازعين.

الفـــرع الثانـــي :

الوساطـــة القضائيـــة

وهي التي تكون على أساس اقتراح من القاضي رئيس محكمة القطب المتخصص المنظم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري حينما يتعلق النزاع بالاستثمار الأجنبي ويتم اللجوء أليــه في طلب حل النزاع رفع الدعوى القضائية العادية ويكون أطراف النزاع أحرار لرفض أو قبول الاقتراح ففي الحالة الثانية يعين القاضي المكلف بملف النزاع وسيطا وتسير الوساطة تحت رقابة القاضي إلى غاية أتفاق الأطراف الذي يضع حد لنزاع إذا يكون محضر الاتفاق موقعا من الأطراف الوسيط ، مثبتا بموجب أمر القاضي، وفي هذا المنحى الإيجابي يكون الاتفاق غير قابل للطعن ويشكل سندا ذا قوة تنفيذية [1].

المبحث الثالث :

آليــة الخبرة الوديــة

تعرف الخبرة على أنها علم وفن وأجراء معا حيث يكلف من خلالها رجل الفن (الخبير) بتوضيح بعض المسائل أو النقاط الفنية البحتة والتي تحتاج إلى معارف خاصة تمكنه من فحص المشكل الفني وتشريحه وتقديره بالوسائل التقنية لما يملك من قدرات مهنية عالية في مجال معين من تخصصه ، هندسي أو زراعي أو طبي أو صناعي .

حيث يجب الاعتراف اليوم أن العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمر الأجنبي ، غلبا ما تنصب على مشاريع استثمارية ضخمة ومعقدة وقد تثير هذه المشاريع مشاكل فنية يصعب

[1] انظر للمواد من 949الى 1004 من قانون الاجراءات المدنية والادارية .

حلها مما يستوجب معها اللجوء إلى الخبرة الفنية وبشكل طوعي وودي بين أطراف النزاع نظرا لتعلق الإشكالات الفنية بعدم تطابق المشروع المنجز مع المواصفات التقنية أو بخلل فني في التجهيز من شأنه أن يوقف سلسلة الإنتاج على المستوى المشروع ويؤدي إلى خسائر معتبرة وغيرها من الجوانب الفنية التي تعكس خصوصية هذه العقود وما قد تعتريها من عقبات عند التنفيذ وما قد ينجم عن ذالك من نزاعات ، حيث أن هذه الوضعية قد تدفع بأحد الطرفين إلى خبرة حضورية من أجل فحص الخلل وتقديره [1]، فالخبير لا يقوم بالفصل في النزاع ولكن يقتصر دوره عند تقريب وجهات النظر بين المتنازعين في المسائل الفنية محل الخلاف في جوهر العقد الجارية تنفيذه ويمكن أن يجمع الخبير بين صفته كخبير ومحكم في آن واحد إذا ما أرتضى الأطراف ذالك في مرحلة لاحقة عند مباشرة إجراءات التحكيم والالتجاء إلى رأيه الاستشاري في جميع الأحوال والمصادقة عليه لحسم النزاع [2] .

ومن خلال تفحصنا لبعض نماذج العقود المبرمة في هذا السياق يمكننا تقسيم أنواع الخبرات المعتمدة في هذه العقود إلى صنفين :

المطلب الأول :

الخبرة الوديـــة الحـرة

سنحاول في هذا المطلب التطرق إلى كيفيات تعين الخبراء وذالك وفقا لإرادة الأطراف الحرة وكذا السلطات المخول لهم في هذا السياق وذالك بتقسيم هذا الطلب إلى فرعين :

الفرع الأول :

تعيين الخبـــــراء

أن اللجوء إلى الخبرة الودية الحرة بواسطة خبير وحيد يعتبر من بين الحلول المعتمدة في بعض العقود المبرمة في هذا السياق فعلى سبيل المثال عقد الصيانة الإلكترونية الذي "الذي تنص أبرمته شركة الوطنية " سونلغاز" والشركة السويسرية " ABB" في مادته 12 على أن أي" نزاع ينشأ بين الطرفين حول نقاط تستدعي اللجوء إلى الخبير، هذا الخبير يجب أن يكون شخصية مختارة لمعرفتها الخاصة في المجال الفني المعني ، يعين الخبير بالاتفاق الأطراف وفي غياب هذا الاتفاق من طرف رئيس الغرفة الدولية لتجارة ، نفس البند التعاقدي

[1] حسن طالبي، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005، ص232.
[2] عصام احمد بهجي، مرجع سابق، ص44-45.

نجده في العقد المبرم بين الشركة الوطنية" Enad " والشركة الألمانية " Henkel " أن النزاعات ذات الطابع التقني تخضع أولا إلى خبير يختار من قبل الطرفين ، وفي غياب هذا الاتفاق فأن اختياره يتم عن طريق رئيس الغرفة الدولية للتجارة ." لكن اختيار خبير وحيد لا يعني البتة أن اللجوء إلى لجنة من الخبراء هو غير ممكن ، بل نعتقد أنه محبذ لأن جهد خبير قد لا يكفي لفحص المشكل الفني إن كان مستعصيا ومعقدا بقدر تعقيدات العمليات الاستثمارية والتكنولوجية المصاحبة لها . ولا نضن أيضا ، أن خبيرا وحيدا يكفي لإعطاء رأي واضح ودقيق حول المشكل الفني ، خاصة إذا كان أسبابه تتعدى مجرد عطب بسيط [1].

في عقد أبرم في مجال البحث و الاستغلال البترولي بين شركة "سوناطراك" والشركة الأجنبية " ب " تنص المادة 10 منه فقرة 04 على تشكيل للجنة من ثلاث خبراء خبير يعين من قبل الشركة الوطنية "سوناطراك" وخبير آخر تعينه الشركة الأجنبية " ب " أما الخبير الثالث فيعين من قبل الخبيرين الأولين وإذا وقع خلاف على تعين الخبير الثالث فأن ذالك لا يوقف إجراءات الخبرة لأنه في غياب مثل هذا التعيين " يعين الخبير الثالث من قبل رئيس المحكمة العليا أو نائبه وفي غياب ذالك من طرف رئيس الغرفة الدولية للتجارة ".

ويكون الخبير المعين من بين الشخصيات المعروفة بقدراتها الفنية في مجال البحث والاستغلال البترولي ، وإذا أردنا أن نقوم بمقارنة بين إجراءات تعيين الخبراء بالطريقة الودية هذه وأسلوب المتوخى على من التحكيم الحر فأننا نجد تشابها كبيرا ، وهذا التشابه مصدره هو اعتماد كل من الأسلوبين على حرية الأطراف في اختيار الخبراء وكذالك المحكمين كما أننا نلاحظ هذا التشابه حتى في طريقة تعيين الخبير الثالث التي تشبه كثيرا اختيار المحكم الرئيسي من طرف رئيس المحكمة العليا أو رئيس الغرفة الدولية للتجارة في التحكيم الحر.

ولكن مهما يكن من أمر فالعناية التي يوليها الأطراف عادة إلى تعيين الخبراء الهدف منها ضمان سير عادي لإجراءات الخبرة وهو الشيء الذي يدفع هؤلاء إلى منح الخبراء المعينين سلطات واسعة.

[1] حسن طالبي، مرجع سابق، ص233.

الفرع الثاني :

اختصاص الخبـــراء

إن اختصاص الخبراء واسع، يتمثل في تقريب وجهات النظر بين الطرفين في خصوص المشكل الفني قصد ايجاد ارضية مشتركة بينهما،[1] فيمكن أن يغطي نوعية وحجم الاستثمار إلى جانب المقاييس التي نفذت على أساسها مشاريع الاستثمارية ، عندما يتعلق الأمر مثلا ، بمجال دقيق مثل مجال البحث والاستغلال البترولي، فأن لجنة الخبراء مدعوة إلى" دراسة التقنيات التي استعملتها الشركة الأجنبية " ج " في البحث وما أذا كانت التكاليف هي مطابقة لبنود العقد وللموصفات المعمول بها دوليا " وفي هذه الحالة، يقع على الخبراء الالتزام بما هو مطلوب منهم في العقد كما أن عليهم كل ما في جهدهم وفقا لما يملكون من سلطات ومعرفة فنية حتى يدرسوا المشكل الفني وليس فقط بمجرد معاينة المشكل كأي عطب فني بسيط مثلما هو معمول به عادة في الخبرات العاديـــة، فعملهم يجب أن يتعدى مجرد المعاينة إلى التقييم والتقويم ومن أجل ذالك يمكن للجنة الخبراء _ إن اقتضت الضرورة _ أن" تستمع إلى الطرفين وأن تدرس كل الوثائق المعروضة عليها من قبل الطرفين"

كبيانات الصنع وشهادة التطابق الخاصة بالتجهيز...إلخ ، ولتفادي الثقل في الإجراء الاختياري والمراوغات التي من الممكن أن يلجأ إليها بعض الخبراء بسوء نية ، فأن من العقود ما تعطي مهلة محددة للخبراء لإنهاء تقاريرهم ، فالمادة 3/16 من العقد المبرم بين" سوناطراك " والشركة "ب" تنص مثلا على أن " قرار لجنة الخبراء يجب أن يصدر خلال مدة تسعين يوما ابتداء من الانتهاء من تشكيل اللجنة ". إلا أنه تشير المادة 7 الفقرة 4 من البروتوكول الاتفاق المبرم بين الشركة الجزائرية Enad و الشركة الألمانية Henkel إلى مدة أقل ، حيث تنص على الخبير أن يقدم تقريره في أجل لا يتعدى شهران من تعيينه "وهكذا وكما نلاحظ فإن المدة التي يقوم خلالها الخبير أو اللجنة من الخبراء بإعداد تقريرها تختلف من عقد إلى آخر ونعتقد أن هذا الاختلاف، قد يعود إلى طبيعة وحجم المشكل الفني موضوع الخبرة ، وإن كان الغالب أن المدة لا تتعدى حدود الشهرين لإنجاز المهمة حتى يفصل الخبير في المشكل الفني بسرعة ولا يكون سبب في تعكير العلاقات التعاقدية بين الطرفين .

أما في خصوص القيمة القانونية التي يمكن أن تمنح لتقرير الخبراء والنتائج التي تصلوا إليها،ففي العقد المشار إليه آنفا،نجد بندا يشير إلى أنه "إذا لم يرفض الأطراف بصورة

[1] مولاي بغدادي، الخبرة القضائية في المواد المدنية، مطبعة دحلب ، 1992، ص05.

صريحة النتائج التي توصل إليها الخبير في مدة شهر، ابتداء من تاريخ تبليغها إليهم ،"فإن هذه النتائج تعتبر مقبولة " بالنسبة للعقد الذي يربط بين الشركة الوطنية سوناطراك والشركة الأجنبية "ب" فإن نتائج الخبرة تعد مقبولة من قبل الطرفين منذ تبليغها إليهما إلا إذا رفض أحدهما صراحة في مدة شهر ابتداء من تاريخ التبليغ "،إن هذين البندين هما في انسجام تام مع طبيعة الخبرة التي لا تستهدف الفصل في النزاع بقدر ما ترمى إلى إعطاء رأي قد يأخذ به وقد لا يأخذ به إلا أن رفض النتائج يجب أن يقوم على رد صريح من قبل الطرفين ،لأنه بمفهوم المخالفة لا يمكن أن يأخذ السكوت بعد تلقي نتائج الخبرة على أنه رفض بل على أنه قبول بها، لأن الرفض يجد أن يكون رفض صريحا وليس ضمنيا [1].

وعلى العكس من ذلك، وفي غير الحالتين التي تعرضنا إليهما فإن بندا آخر من أحد العقود الاستثمار، تنص على أن " القرار ملزم للطرفين وأن النتائج المتوصل إليها في خصوص هذا السياق يجب أن يستجيب إليها الطرفان ابتداء من صدور هذا القرار " الملاحظ هنا أن استعمال البند التعاقدي لمصطلح قرار بدلا من رأي ، يؤكد أن الخبير سيفصل في المشكل الفني كأي محكم آخر يتمتع بسلطة القرار بأتم معنى الكلمة ' وليس فقط سلطة إصدار بعض التوصيات وبتالي فالشيء الذي يجب أن نؤكد عليه وهو أن العقود التي أمكننا الإطلاع عليها هي في الغالب تأخذ بالخبرة المؤسساتية وبالضبط بالخبرة المؤسساتية للغرفة الدولية للتجارة.

المطلب الثاني :

اللجوء إلى الخبرة المؤسساتية للغرفة الدوليـــة للتجـــارة

إن الحاجة الماسة إلى الخبرة تحت أشراف هيئة دائمة كانت ومنذ الستينات الهاجس لكل الاقتصاديين والخبراء في الميادين الأكثر تعقيدا، مثل المجال الصناعي والبترولي، خاصة مع تنامي العلاقات التجارية بين البلدان الغنية والفقيرة ، إلى أن أستقر الرأي بعد مؤتمرين ، الأول في فيينا سنة 1969 والثاني في موسكو سنة 1972 وعلى فكرة إعداد لائحة خاصة بالخبرة وكان ذالك سنة 1973 في مؤتمر ريودي جنيرو تحت إشراف الغرفة الدوليـــة ، إنتهى بتنصيب مجموعة عمل تحت أشراف الأستاذ جون روبرت كلفت بتحضير لائحة التي صادق عليها مجلس الغرفة في دورته 129 في نيوديلهي سنة 1976 والتي أصبحت تعرف بلائحة

[1] حسن طالبي، المرجع سابق، ص 235.

المركز الدولي للتجارة ، ومنذ ذالك الوقت، ما انفكت تعرف تلك اللائحة نجاحات تلوي النجاحات .

وكأي لائحة تابعة لهيئة دائمة ، فقد روعي في أعدادها جميع النقاط التي تتعلق سواء بمرحلة تعيين الخبراء أو بمرحلة تحديد مهامهم وكذالك بالمقترحات التي سيعرضها على الأطراف .

بالنسبة لدراسة هذه اللائحة ، محطتان رئيسيتان تستوقفنا: الأولى ، وهي محاولة الكشف عن أسلوب اختيار الخبراء والثانية نخصصها لدراسة المهام الموكلة للخبراء طبقا للائحة [1].

الفرع الأول :

اختيار الخبـــراء

يأتي في العادة تعيين الخبراء بناء على طلب أحد الطرفين في النزاع، ويمكن أن يكون ذالك في شكل بند يتفق الطرفان على إدراجه في عقد الاستثمار.

أن طلب تدخل مركز الخبرة التابع للغرفة الدولية للتجارة يأخذ عمليا شكل عريضة يتقدم بها أحد الطرفين إلى المركز أو الطرفان معا، بعد إيداع الطلب وتسجيله يتم بعد ذالك إرساله من قبل أمانة المركز إلى الطرف الأخر الذي يجب أن يبدي رأيه فيه في أجل تحدده تبعا لظروف القضية ، وعندما يتفق الطرفان على تعيين خبير فإن نسخة من هذا الاتفاق تبلغ إلى رئيس اللجنة الدائمة للمركز الذي يؤكد هذا الاختيار، أما في صورة ما إذا لم يتوصل الطرفان إلى تعيين هذا الخبير فأنه يقع تعيينه من طرفه .

وكما هو الشأن بالنسبة للمحكم ، فأن اللائحة الحالية لسنة 1993 تنص على إمكانية استبدال الخبير،وهذا وطبقا للمادة 7 من اللائحة فإن قرار استبدال خبير بآخر يرجع بالنظر إلى رئيس اللجنة الدائمة للمركز ، إذا تبين له أن أحد الطرفين قد أبدى تحفظات تتعلق أصلا بشخص الخبير ، كعدم كفاءته أو إنجازه لصالح طرف على حساب الطرف الآخر كما يمكن لرئيس اللجنة أن يستبدل الخبير إذا لاحظ أنه لم يؤدي الوظائف التي أسندت إليه طبقا للائحة أو أنه لم يقم بها في الآجال المحددة [2].

[1] لائحة خبرة المركز الدولي التابع للغرفة الدولية للتجارة والتي دخلت حيز التنفيذ في 1993/1/1، منشورات الغرفة، ديسمبر 1993.
[2] المادة 02/07 من لائحة الخبرة للغرفة لسنة 1993.

وفي غير هذه الحالات ، فإنه يجوز عموما لرئيس اللجنة أن يستبدل خبيرا بآخر عند المرض مثلا أو لظهور طارئ قد يجعله في وضعية لا تسمح له بأداء مهمته في أحسن الظروف،في الحقيقة لا يمكن حصر حالات المانع وهي كثيرة في الواقع ، ألا أنه خلافا للائحة الخبرة للعام 1976 التي تشترط لاستبدال الخبير أن يراعي في الدفاع عن نفسه ، فأن اللائحة الحالية لا تسمح له بذالك ، كون إسقاط هذا الحق من النص القديم يشكل إخلالا بحق الدفاع المكفول مبدئيا لأي خبير حتى يسمح له بأن يشرح موقفه من وضعية قد لا يكون هو المتسبب فيها مباشرة أو بصفة غير مباشرة إلى جانب كون هذا الإسقاط يعد تقهقرا عن النظام السابق ، أما على صعيد الشروط الواجب توافرها في الخبير فإنها نفس الشروط التي تطبق على المحكم ففي المقام الأول يجب أن يكون الخبير أمينا وغير منحاز من خلال إعمال المعايير التالية: الاستقلالية التي يجب أن يتمتع بها الخبير إزاء الأطراف إلى جانب معايير الجنسية والانتماء والإقامة بالنظر إلى البلدين اللذين ينتميان إليهما طرفان النزاع بالنسبة لمعيار الاستقلالية ، فأن الجديد الذي أتت به لائحة سنة 1993 مقارنة بسابقتها هي أنها تدعو الخبير إلى توجيه تصريح للمركز يؤكد فيه استقلاليته أما في المقام الثاني فعلى الخبير أن تتوفر فيه شروطِ التأهيلِ والكفاءة التي تتفق حولها جل اللوائح التحكيمية [1].

لم تشر في الحقيقة لائحة الخبرة إلى شرط الكفاءة بعينة ، ولم تخصص له أي مادة بعينها ، وإنما يمكن استخلاص شرط الكفاءة ، من الفقرة الثانية من المادة السابعة التي تشير إلى إمكانية استبدال الخبير عندما يثير أحد الطرفين اعتراضا يتعلق بشخص الخبير نفسه ، وهذا يعني بطريقة غير مباشرة ، أن من بين العيوب التي يمكن أن تثار إزاء شخصه هي عدم كفاءته وقدرته المهنية على القيام بالخبرة طبقا للأحكام التي جاءت بها لائحة سنة 1993

الفرع الثاني :

مهـــام الخبيـــــــر

بعد تعيينه، يقوم الخبير بالمعاينات ويكون ذالك بصفته الشخصية وحضوريا وفي الحدود المقررة من قبل اللائحة وطبقا لعريضة الخبرة ، حيث أن الخبرة الحضورية هي إجراء حضوري معمول به حتى في القوانين الوضعية ومن بينها قانون الإجراءات المدنية الجزائري

[1] المادة 02/05 لائحة الخبرة للغرفة لسنة 1979.

وتتمثل الصيغة الحضورية هنا في استدعاء الخصوم عند المعاينة ويشكل هذا إجراء شرطا جوهريا لصحة المعاينة وإلا تعرض عمل الخبير إلى البطلان [1].

بالنسبة للمهام المطلوبة من الخبير طبقا للائحة ، فأنه يجوز للطرفين أن يتفقا على توسيعها إلى مهام أخرى ، وهذا الاتفاق على توسيع مهام الخبير يمكن أن يدرجانه في العقد الأصلي أو في العريضة المشتركة التي يقدمانها لأمانة المجلس من أجل تعيين الخبير، والمهام الموسعة التي من الممكن تكليف الخبير بها هي وضع توصيات تتعلق بتنفيذ العقد بشكل متوازن، أو اقتراح إجراءات بديلة ترتبط بالمحافظة على الأشياء المتنازع عليها في انتظار الفصل في مصيرها، أو كأن يكون موضوع التوصيات اقتراح حلول فنية بديلة تتعلق بتقنيات الإنتاج وهو الجانب المادي اللصيق بالعملية الاستثمارية أو اقتراح مراقبة للتكوين المستخدمين من أجل مرحلة ما بعد الاستثمار ووضع تقييم مستمر لمدى تطابق هذا التكوين مع بند العقد وهو الجانب المتعلق بنقل التكنولوجيا ،ومن أجل التنفيذ الدقيق لكل هذه المهام وغيرها فإن على" الطرفين أن يلتزما بتقديم كل التسهيلات وخاصة منحه الوثائق التي يراها ضرورية كما عليهما أن يسما له بالانتقال بكل حرية إلى أمكان تنفيذ العقد " [2].

أما مصير الملاحظات والنتائج التي من الممكن أن يتوصل أليها الخبير، فأن الفقرة الثالثة من المادة الثامنة من لائحة الخبرة تنص على أنه " إذ الم يتفق الأطراف على غير ذالك فلن تكون للمعاينات و الملاحظات والتوصيات القيمة النهائية والملزمة لهم ".

ولكن هذا لا يمنع بالمقابل، أن تحفظ أعمال الخبير بقيمتها كوسيلة إثبات على الأقل وهي الوسيلة التي يمكن لمن كان طرفا في النزاع أن يدفع بها أمام القاضي أو المحكم لإثبات حق يعود إليه.

أما عن موقف المحكمين من نتائج الخبرة فأنهم قد يأخذون بها وقد لا يأخذون بها ولكن الأهم، هو ما إذا كان طرفان سوف يعتبران النزاع مجرد حجرة عثرة في علاقاتهم الاقتصادية يريدانها مستديمة، إلا أن ذلك يبقى مرهونا بمدى قدرة الطرفين على تجاوز خلافهما.

ولكن خارج التحكيم كطريق لحل النزاعات التي من الممكن أن تنشأ بين الدولة والمستثمر الأجنبي فإن هذا الأخير لا يمكن أن يتجاهل بت القوانين الداخلية للبلد المضيف

[1] المادة 53 من قانون الإجراءات المدنية 154/66 تحت رقم الصادر بتاريخ 1966/6/8 والمعدل بالمرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 04/27/ 1993الجريدة الرسمية العدد 27 .

[2] حسن طالبي، المرجع السابق، ص 239.

للاستثمار مثل الجزائر والخاصة تلك المرتبطة بالاختصاص القضائي الذي يعود إلى محكمها حتى وأن تعلق الأمر بعملية استثمارية الطرف فيها هو أجنبي لا يثق مبدئيا في محكمها لأنه ببساطة هنالك من النزاعات التي لا يمكن إخضاعها لتحكيم لارتباطها أشد الارتباط بما يسمى بسيادة القضائية للدولة.

الفصل الثاني

آليات التسوية القضائية

الفصل الثاني:

آليـات التسوية القضائيـة

يتبين من خلال دراسة غالبية اتفاقيات عقود الاستثمار في البلدان النامية، أنها قد فضلت الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة للتسوية لما قد يثور من منازعات بين أطرافها، مفضلة إياه عن على ما عداه من وسائل التسوية الأخرى، إلا أن الأمر لا يقتصر على التحكيم فهناك من الآليات المتاحة ما يمكنها أن تقدم حلولا فعالة في تسوية هذه المنازعات، وإن كانت هذه الوسائل صحيحة وجائزة قانونا إلا أنها لم تلقى نصيبا وافرا من التطبيق العملي، فإلى جانب وجود الوسائل الودية غير القضائية، هناك ما هو قضائي سواء على الصعيد الداخلي أو على الصعيد الدولي، وذلك وفق لنص المادة 24 من القانون رقم 16/ 09 المؤرخ في 2016/09/03 المعدل والمتمم لأحكام الأمر 03/01 المؤرخ في 2001/09/20 وكذا جملة الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف التي أبرمتها الحكومة الجزائرية مع حكومات أخرى، في حال فشل الحل الودي إلى منح الطرفين المتعاقدين أداة أخرى بديلة، ألا وهي الاحتكام للوسيلة القضائية التي كرستها الاتفاقات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف، وذلك وفقا لعدة خيارات تقتضيها هذه العقود الاستثمارية في التشريع الجزائري وعلى ضوء ذلك سنتطرق في هذا الفصل إلى آليات التسوية القضائية في ثلاثة مباحث:

- **المبحث الأول:** آليات التسوية القضائية الداخلية.
- **المبحث الثاني:** آليات التسوية القضائية الدولية.
- **المبحث الثالث:** آلية التسوية عن طريق التحكيم.

المبحث الأول :

آليات التسوية القضائية الداخليـــة

يعتبر القضاء الوطني هو الجهة الأصلية المختصة بالفصل في المنازعات التي تنشب بين المستثمر بين الأجنبي والدولة المضيفة الاستثمار حيث أن تلك النزاعات سوف تنشأ داخل الدولة المضيفة الاستثمار وهو ما يعطي بالتالي قضائها اختصاصا أصليا لفصل في تلك المنازعات وذالك في ضل غياب النص في النظم والتشريعات للآليات الأخرى المتفق عليها، وفي هذا السياق تتضمن الكثير من التشريعات المتعلقة بالاستثمار النص على اختصاص المحاكم الوطنية بالنظر في المنازعات العالقة به أو التي قد تنشأ عن تنفيذ الاستثمارات الأجنبية داخل إقليم الدولة المضيفة ، ويتعلق الأمر بالبحث عن أي من المحاكم الداخلية التي يعود إليها النظر في نزاعات الاستثمارات الأجنبية في الجزائر لأنه ببساطة قد تكون هذه المحاكم الداخلية ، المحاكم الإدارية أو المحاكم العادية وهذا حسب طبيعة النزاع ونوعه ، وذالك بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين : نخصص (المطلب الأول) للمحاكم الإدارية و(الطلب الثاني) للمحاكم العادية [1].

المطلب الأول :

آليات التسوية عن طريق المحاكم الإدارية

هنالك نوعان من المنازعات يمكن إخضاعها للمحاكم الإدارية ،حيث يتمثل النوع الأول في النزاع الذي ينشأ بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والمستثمر الأجنبي ، عندما ترفض الوكالة أن تمنح المستثمر المزايا طبقا لشروط المحددة في الأمر المتعلق بتطوير الاستثمار أما النوع الثاني من المنازعات فيتعلق بالجباية اللصيقة بعملية الاستثمار .

الفرع الأول :

النزاع الناشئ عن العلاقة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار(ANDI) والمستثمر الأجنبي

تقوم آلية التسوية لنزاع القائم بين المستثمر الأجنبي وهيئة تطوير الاستثمار وذالك بموجب الوظائف المخولة للوكالة وهي عديدة من بينها وضيفة الترقية والمتابعة ومنح المزايا المرتبطة بعقد الاستثمار وما يتخلله من إجراءات إدارية سواء خلال مرحلة انطلاق المشروع أو الإنجاز

[1] المادة 7من الامر رقم 01 -03 المؤرخ في 2001/08/20 المتعلق بتطوير الاستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 47، ص05.

المشاريع وفي هذا الإطار فهي تضع كل المعلومات ذات الطابع القانوني والاقتصادي والمالي والتكنولوجي تحت تصرف المستثمرين كما تعمل على حل كل مشاكل التي تعترضهم خلال مباشرة مشاريعهم الاستثمارية وهي بذالك تشتغل كسند للمستثمر أكثر ما تعمل كهيئة حكومية حيث تشكل عملية منح المزايا المرتبطة بالاستثمار من أهم العمليات التي تقوم بها الوكالة الاستثمار سواء أكانت مشاريع صغرى أو كبرى حيث أنه بعد الطلب المقدم من طرف المستثمر الأجنبي، تقوم الوكالة بمنح المزايا لفائدة المشاريع الاستثمارية المقترحة بالاستناد إلى الشروط المحددة من طرف المجلس الوطني للاستثمار وبعد فحص مدى تطابق المشاريع المقترحة تتخذ الوكالة قرارها ، بالقبول أو الرفض المزايا في مدة لا تتجاوز ثلاثين يوما ابتداء من تاريخ طلب الاستفادة من المزايا المقدم من قبل الوكالة للمستثمر الأجنبي ، والملاحظ هنا أن بداية سريان المدة القانونية لتبليغ القرار من قبل الوكالة للمستثمر يبدأ من تاريخ تقديم الطلب لاستفادة من المزايا، فهذا يعني أنه لا يمكن أن تسري المدة القانونية لرد الإدارة خارج هذا التاريخ ، أما عن شكل الطلب فيجب أن يأخذ شكلا كتابيا وموقعا من طرف المستثمر و ليس من طرف وكيله، أما عن التصريح بالاستثمار فسوف لن يخرج عن الإطار العام المنصوص عنه وفقا لمقتضيات المادة 02 من الأمر 03/01 وأن كان التصريح بالاستثمار ليس ضروريا للاستفادة من المزايا ، فأنه في ضل الأمر المذكور أعلاه يعد تقديم الطلب شرطا جوهريا لبداية احتساب المدة القانونية لرفض أو القبول وهو ما يبرر و جود رقابة قبلية تمارسها الوكالة للتأكد من مطابقة الطلب للاستحقاق المزايا المطلوبة[1].

يعد سكوت الوكالة بعد مضي ثلاثين يوما من إيداع طلب المزايا من قبل المستثمر رفضا ضمنيا لطلبه إضافة إلى أن المدة المقررة هي مدة قانونية لا يمكن تجاوزها بأي حال من الأحوال، حيث يعتبر قرار الوكالة قرار إداريا أحاديا وهو شبيه بالاعتماد أين تجد الإدارة نفسها حرة في منح أو في عدم منح الاعتماد وكذالك في عدم تسبيب قرارها في حال الرفض فيجب على الإدارة تسبيب قرارها بالرفض تكريسا لمبدأ الشفافية في علاقتها بالمستثمر، ومن جانب آخر نص الأمر 03/01 على سحب المزايا إذا لم يحترم المستثمر آجال الإنجاز وشروط منح المزايا كجزاء في مواجهة المستثمر وهو شكل من أشكال الرفض الذي يأتي في طور المتابعة، إلا أنه خارج حالة السكوت والرفض الصريح للمزايا المطلوبة فأن الأمر السلف الذكر

[1] يوجد مقر الوكالة في مدينة الجزائر الى جانب مكاتب جهوية وهي الهياكل المنصوص عليها في المادة 22من الامر المذكور أعلاه الى جانب امكانية انشاء مكاتب تمثيل بالخارج .

قد منح المستثمر في حال عدم اقتناعه بالقرار الصادر عن الوكالة حق التظلم لدى السلطة الوصية وفي هذا السياق تنص المادة 7 الفقرة 4 من الأمر المذكور أعلاه على أنه في حالة عدم الرد من قبل الوكالة أو الاعتراض على قرارها يمكن أن يقدم المستثمر طعنا لدى السلطة الوصية على الوكالة التي يتاح لها أجل أقصاه15 يوما للرد عليه، وتعطى هذه المادة [1] للمستثمر حق التظلم الإداري لدى الجهة الوصية هي رئيس الحكومة وذلك تطبيقا للمادة 6 من نفس الأمر التي تنص على أنه " تنشأ لدى رئيس الحكومة وكالة وطنية لتطوير الاستثمار وتدعى في صلب نص وكالة " ويعرف التظلم الإداري عموما على أنه يوجه من ذي الشأن ضد قرار غير مشروع للإدارة من أجل إعادة النظر فيه كما يمكن اعتبار هذا الإجراء كشرط ضروري بالنسبة للدعوى الإدارية بصفة عامة ودعوى الإلغاء بصفة خاصة [2].

وفي هذا الخصوص نص التعديل الجديد للأمر 03/01 بالقانون 09/16 وبالتحديد المادة 11 منه على أحقية المستثمر لتقديم طعن أمام لجنة تحدد تشكيلتها عن طريق التنظيم ، وذالك دون المساس بحقه في اللجوء إلى القضاء المختص ، وهذا ما نستنتج منه جوازية الطعن والذي يعني التظلم كمرحلة سابقة عن المرحلة القضائية لأن القرار المسبق الناتج عن التظلم الإداري هو قرار لا يربط ولا يمكن أن يحل محل القرار الأصلي للوكالة ، كون الوكالة هيئة وطنية عمومية ذات طابع إداري، حتى وأن كانت تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وكونها تقع تحت إشراف رئيس الحكومة مباشرة ولوجود مقرها في مدينة الجزائر العاصمة ،فهي بحكم هذه العناصر لا يمكن أن تكون قراراتها إلا قرارات إدارية مركزية[3].

وبناءا عليه فالطعن في قرار رفضها للمزايا الممنوحة للمستثمر ، لا يمكن أن يرفع ألا أمام مجلس الدولة المختص قانونا للفصل في الطعن المرفوع أمامه طبقا لمقتضيات للمادة 9 فقرة 1 من القانون العضوي المنشئ له، أما عن الإجراءات هذا المجلس من طرف المستثمر فهي المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والدعوى المرفوعة هي دعوى إلغاء يطلب فيها المستثمر الأجنبي إلغاء قرار الوكالة موضوع الطعن، كما أنه يمكن له لغاية الفصل في الدعوى الإلغاء هذه أمام مجلس الدولة ، أن يرفع دعوى إلى رئيس المحكمة الإدارية

[1] أنظر الى المادتين 32و33 من نفس الأمر ، مرجع سابق
[2] أحمد محيو، المنازعات الادارية ، ترجمة فائق انجق وبيود خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، 1983، ص69- 89.
[3] انظر المادة 22 من الامر 03/01 المذكور أعلاه والمادة 11 من القانون 09/16 المؤرخ في 3 اوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار الجريدة الرسمية العدد 46

من أجل وقف القرار الإداري المطعون فيه، وترتب عن صدور قرار من مجلس الدولة بالإلغاء وجوب امتثال إدارة الوكالة بتنفيذه وهذا بنص الدستور لاسيما المادة 145 من دستور 1989 المعدل على " أن كل الأجهزة الدولة المختصة أن تقوم في كل وقت وفي كل مكان، وفي جميع الظروف بتنفيذ أحكام القضاء "، أما لو فرضنا أنه بالرغم من الحصول المستثمر الأجنبي على قرار قضائي حائز لحجية الشيء المقضي فيه وترفض مع ذالك الوكالة الانصياع لهذا القرار، فإن رفضها هذا يعد مخالفة للقانون ، وفي هذه الحالة للمستثمر طريقين أولهما، مخاصمة القرار الإداري للوكالة المتخذ بصفة مخالفة للقرار القضائي بدعوى الإلغاء، بحيث تصبح هذه الأخيرة أداة قضائية لاحترام حجية الشيء المقضي فيه، وثانيا مسائلة إدارة الوكالة بدعوى التعويض، لأن امتناعها عن تنفيذ القرار القضائي يصبح يشكل خطأ مرفقيا وأن كان هذا مستبعدا وقوعه من طرف الوكالة، وهي التي تسعى جاهدة إلى جذب المستثمرين الأجانب، من خلال ما تقدمه من مساعدات قبل وحتى بعد الشروع في الانجاز لأن عدم تنفيذها القرار القضائي لا يمكن أن يعني ألا شيئا وحيدا ألا وهو عدم اكتراثها بقوانين الدولة ونزع الثقة من المستثمر إزائها بينما علاقة الوكالة والتي من خلالها تسعى الدولة لتعزيز ثقة بالمستثمر و المبنية على أساس الثقة لتطوير الاستثمار في الجزائر وجعله عاملا من عوامل التنمية [1].

الفرع الثاني :

النزاع الضريبي اللصيق بعقد الاستثمار الأجنبي

عند إنجاز الاستثمار تنشأ نزاعات عديدة يمكن أن تثور بين الدولة والمستثمر الأجنبي عند تنفيذ العقد إشكالات ونزاعات ذو طابع مالي على غرار الطابع الإداري المذكور آنفا أنا وهو الجانب الضريبي من الاستثمار والذي يرجع النظر فيه بعد الحصول على مقرر منح المزايا للمستثمر الأجنبي لاختصاص القضاء الإداري أي المحاكم الإدارية للدولة المضيفة،حيث ينشأ النزاع الضريبي بين الدولة والمستثمر الأجنبي بمناسبة فرض الضريبة وتحديد أسسها في مواجهة المستثمر، أما فيما يتعلق بالوعاء الضريبي أو بالحساب الضريبي والمعاير القانونية أو الاتفاقية في ربط الضريبة ، وفي المقابل الطعون التي يرفعها المستثمرون في خصوص هذين النوعين من المنازعات تحكمها القواعد المطبقة على الإجراءات الإدارية في مرحلتيها الإدارية المسبقة ثم القضائية، حيث أن إخضاع النزاعات الضريبية الخاصة بالمستثمرين الأجانب إلى اختصاص المحاكم الوطنية له ما يبرره والمتمثل خاصة في تطبيق مبدأ المساواة أمام القانون

[1] حسن طالبي، مرجع سابق، ص 256.

في تسديد معاليم الضريبة، ومن نتائج هذا المبدأ هو عدم التمييز بين المستثمرين الأجانب والوطنيين الذي أكد عليه الأمر 01/03 والذي سبقه أليها القانون 12/93 في تكريس المبادئ الاستثمارية المحفزة على السواء بين المستثمرين الوطنيين و الأجانب، بالإضافة إلى أن إخضاع النزاعات الضريبية اللصيقة بعملية الاستثمار يأتي تجسيدا لقاعدة أن الاختصاص التشريعي يحكم الاختصاص القضائي.

بالنسبة للمرحلة الإدارية[1]، للمستثمر حق التظلم أمام الجهة الإدارية ونعني به التظلم المسبق المرفوع أمام مدير الضرائب الذي عليه أن يبت في التظلم خلال 4 أشهر من تاريخ استلام التظلم، وفي حالة السكوت فإن المهلة هي 4 أشهر كذالك فالغرض من التظلم الذي يقوم به المستثمر لدى مدير الضرائب على مستوى الولاية هو إما طلب استدراك الأخطاء التي وقعت في وعاء الضريبة أو طلب تصحيح حسابات أسس فرضها، وإما تطلب الاستفادة من امتيازات ضريبية ناتجة عن نص تشريعي أو تنظيمي، تكون إدارة الضرائب قد أغفلتها عند فرضها الضريبة، ولكي يكون التظلم مقبول لا يكفي أن يرد ضمن الميعاد القانوني ولكن يجب أيضا أن يكون التظلم فرديا .

فلا يجوز أن يأخذ شكلا جماعيا سواء في الحالتين عند تفرض الضريبة جماعيا أو عندما يتعلق الأمر باحتجاج أعضاء في شركات الأشخاص على الضريبة المفروضة على الشركة [2].

لا يخضع التظلم للحقوق الطابع الذي تخضع له العريضة، من جهة أخرى يجب أن يتضمن التظلم جملة من البيانات يؤدي تخلفها إلى جزاء عدم قبول التظلم ، وتتعلق هذه البيانات أولا ، بذكر الضريبة والمعترض عليها ،وثانيا بيان رقم المادة في الجدول الذي سجلت فيه الضريبة إذا تعذر الاستظهار بالإنذار أو بأية وثيقة تثبت الاقتطاع ، ثالثا عرض مختصر لوسائل المتظلم وطلباته وربعا، توقيع التظلم بخط الشاكي، أما إذا قدم التظلم بواسطة وكيل فلابد أن ترفق به نسخة من الوكالة تكون محررة على ورق مدموغ ويعفى المحامي من شروط الوكالة وأخيرا على المتظلم الذي يكون موطنه بالخارج أن يتخذ موطن في الجزائر المادة 593 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، ويتضح من صياغة هذه الشروط أن البيانات المشار إليها في الفقرة الثالثة من المادة 323 من نفس القانون هي التي لا يكون غير قابلة لتصحيح، أن هذه المادة قد رتبت على مخالفتها عدم القبول بينما بقية البيانات يجوز أن

[1] انظر المادة 134 من الفقرة الاولى من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، قانون 90/ 36 و المؤرخ في 1990/12/31 المتضمن قانون المالية لسنة 1991 لاسيما المادة 38 المحدثة لقانون الضرائب المباشرة ، الجريدة الرسمية، العدد 84، س1991

[2] المادة 332 من الفقرة 1 من نفس القانون

تكون قابلة لتصحيح وعموما إذا كان التظلم معيبا بعيب من العيوب الشكلية الغير قابلة لتصحيح، جاز لمدير الضرائب رفضه مباشرة دون دراسة موضوعه [1].

أما عن إلزامية تسبيب قرار الرفض، فإن الفقرة الأخيرة من المادة 334 من نفس القانون تلزم الإدارة الجبائية في حالة عدم الاستجابة لتظلم تضمين قرار الرفض " الأسباب التي بنية عليها "، ويترتب عن هذا الرفض حق المتظلم أما في اللجوء إلى للجان الطعن البلدية والولائية والمركزية، وإما إلى الغرفة الإدارية لدى المجلس القضائي المختص سابقا والمحكمة الإدارية حاليا ، والملاحظ أن إتباع إجراءات الدعوى الإدارية توقف حق المستثمر في اللجوء إلى لجان الطعن، وعليه وطبقا لقانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، يحق للمستثمر الأجنبي أن يطعن في قرار مدير الضرائب للولاية أما الغرفة الإدارية للمجلس القضائي سابقا والمحكمة الإدارية حاليا المختصة خلال أجل أربعة أشهر ابتداء من تاريخ استلام القرار المتخذ ، أما في حالة سكوت فبعد مضي ثمانية أشهر باعتبار أن سكوت مدير الضرائب خلال المدة المذكورة يعد بمثابة رفض للتظلم، كما يحق لمدير الضرائب للولاية أن يعرض النزاع على المحكمة الإدارية تابعة لاختصاص ولايته وهذا طبقا للمواد 800 و801 و803 الفقرة 01 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا نص المادة 339 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، ولكن حتى يتمكن المستثمر من رفع دعواه أمام المحكمة الإدارية، فيجب عليه أن يودع عريضة لدى كتابة ضبط المحكمة على ورق مدموغ ويجب أن تكون العريضة ممضية من طرف صاحبها أو من له وكالة بصفة قانونية مع توقيع على العريضة هي عمليا تأكيد بأن المستثمر قد أقام الدعوى بإرادته الحرة السليمة وأن الدعوى أصبحت جدية وبالتالي أن عدم وجود الإمضاء على العريضة يؤدي لا محالة إلى عدم قبولها شكلا من طرف المحكمة الإدارية ومن جهة أخرى يمكن للمستثمر أن يضيف طلبات جديدة في عريضته غير تلك التي تقدم بها إلى مدير الضرائب وهذا طبقا للفقرة الثالثة من نص المادة 338 من قانون الضرائب المباشرة على أن يقدمها بصورة واضحة ،كما يمكنه أن يقترح المبلغ المناسب.

عندما تخطر المحكمة الإدارية بواسطة المستثمر، تقوم المحكمة بعملية تحقيق في العريضة المقدمة لها وتنضر في القضية بصفتها قاضي ضريبة ولها أن تأمر بتحقيق إضافي ولكن بشرط إذا قدم المستثمر وسائل جديدة قبل التصريح بالحكم طبقا لنص المادة 2/340 من نفس القانون، وعلى صعيد آخر تمثل الخبرة أحد الإجراءات الرئيسية للتحقيق تأمر بها المحكمة أما

[1] حسن طالبي ، مرجع سابق، ص 262.

تلقائيا وإما بناء على طلب المكلف أو بناء عن طلب مدير الضرائب والحكم الذي يأمر بهذا الإجراء في التحقيق يحدد مهمة الخبراء حيث تحدد المادة 341 الفقرة 1و 2 إجراءات تعيين الخبير أو الخبراء بحسب قيمة النزاع وشروط ومواعيد قيامهم بالخبرة وطرق ردهم [1].

وبعد الانتهاء من إجراءات الخبرة، يقوم الخبير بتقديم تقريره لدى قلم كتاب المحكمة الإدارية، غير أنه في جميع الحالات إذا ما رأت المحكمة أن الخبرة غير قانونية أو أنها ناقصة في بعض أجزائها تأمر بإجراء خبرة تكميلية وهذا طبقا لنص المادة 10/341 من نفس القانون المذكور آنفا، وبعد أن تصبح القضية جاهزة يقوم رئيس المحكمة الإدارية بإصدار حكمه طبقا للقانون الإجراءات المدنية والإدارية ويقوم بتبليغه بواسطة كتابة الضبط ليصبح الحكم حائزا لحجية الشيء المقضي فيه ما لم يطعن فيه بالاستئناف أمام مجلس الدولة طبقا للقانون من قبل الأطراف لتكون له سلطة الفصل في النزاع من جديد من حيث الوقائع والمسائل القانونية واتخاذ الإجراءات اللازمة، كالأمر بفتح تحقيق من جديد أو بإجراء خبرة، غير أنه لا يملك الفصل في طلبات جديدة تثار أمامه لأول مرة ، والتي هي طلبات تختلف على الطلبات الأصلية سواء من حيث الأطراف أومن حيث الموضوع أو السبب [2].

يصدر قرار مجلس الدولة متضمنا جميع البيانات الواجب توفرها فيه ويجري تبليغ هذا القرار بواسطة قلم كتاب ضبط المجلس بكتاب مع علم الوصول إلى الخصوم في الطعن وكذالك إلى كل من محامي المستثمر ومحامي مصلحة الضرائب المعنية وبصدور القرار عن مجلس الدولة يكون النزاع قد حسم وبشكل نهائي بحيازته لحجية الشيء المقضي فيه [3].

المطلب الثاني :

آليات التسوية عن طريق المحاكم العادية

تختص المحاكم الوطنية العادية بالنظر في نزاعات عقود الاستثمار بين المستثمر الأجنبي والشركة الجزائرية في إطار الاستثمار عن طريق الشراكة أو عن طريق نظام الاستثمار المباشر ولتحليل آليات التسوية للقضاء الوطني العادي وإجراءاته وذالك من خلال فرعين :

[1] زكاريا محمد بيومي، الخبرة في منازعات الضرائب المباشرة في التشريع الضريبي الفرنسي، مجلة القاهرة بالخرطوم، العدد 4، 1973، ص292.
[2] زكاريا محمد بيومي، الطعون القضائية في فرض الضرائب على الدخل، دار الإتحاد العربي للطباعة ، 1974 القاهرة 1974 .
[3] حسن طالبي، مرجع سابق، ص267.

الفرع الأول :

آليــات التسوية في إطار الاستثمار عن طريق الشراكة

يأخذ الاستثمار في السابق صيغة الاشتراك مع الشريك الأجنبي ، ولكن إذا كانت في السابق الغاية من هذا النوع من التعاون الاقتصادي هو إلى جانب إقامة صناعة جاهزة (مفتاح في اليد ثم الإنتاج في اليد)، نقل التكنولوجيا أما الآن أصبحت الشراكة نمط اقتصادي جديد للاستثمار المشترك له هدف آخر غير نقل التكنولوجيا وهو ضخ رؤوس الأموال لتقليص المديونية الخارجية من جهة وإعادة تشغيل المصانع التي عرفت إعادة هيكلة لإعادة تأهيلها من جديد بمقاييس عالمية من جهة أخرى ، ثم إذا كان الاستثمار عن طريق صيغة الاشتراك يقتضي في السابق وخاصة في المجال البترولي مساهمة الطرف الوطني بـــ51 % ومشاركة الطرف الأجنبي بـــ49 % فقط فإن هذه النسبة قد تغيرت اليوم لتصبح مفتوحة لطرفين بدون سقف محدد مسبقا بل وخاضعة لاتفاق الطرفين ، بالإضافة إلى أن الاستثمار لم يعد مقتصرا على مجالات دون أخرى كالمجالات الإستراتيجية لأنه أصبح يخضع إلى مبدأ حرية الاستثمار، مما يعني أن كل المجالات أصبحت الآن قابلة لأن يستثمر فيها بكل حرية [1].

إلا أن الشيء الذي يجب التنبيه أليه هو أن الاستثمار عن طريق الشراكة قد يأخذ شكل شركة ذات أسهم أو شكل شركة محاصة وفي كلا النوعين من الشركات وتحسبا لأي نزاع قد يطرأ في المستقبل يمكن لطرفين في القانون الأساسي لهذه الشركة بأن يتفقا على إدراج بند يحدد آلية فض النزاع عند مزاولة الشركة لنشاطها في كلا النوعين.

الفقرة الأولى :

النزاعات الناشئة عن نشاط الشركة الجزائرية الأجنبية ذات الأسهم

بادئ ذي بدأ تجدر الإشارة إلى أن الشخص المعنوي الأجنبي عليه إذا أراد أن يستثمر في الجزائر، أن ينشئ شركة تجارية تكون خاضعة لتشريع الجزائري وأن يختار مقرا اجتماعيا لها في الجزائر و يمكن أن تأخذ الشركة الجزائرية الأجنبية المنشأة عن طريق الشراكة أشكالا تجارية متنوعة ، ولكن غالبا ما تأخذ هذه الشركة في الواقع كما أسلفنا الذكر أما شكل شركة مختلطة ذات أسهم أو شركة محاصة ، حيث أن نظام تسوية نزاعات بالنسبة لهذين النوعين من الشركات قد نظمه القانون وأخضعه إلى اختصاص المحاكم العادية الجزائرية و لمواجهة ما قد يطرأ من يمكن للمساهمين في هذه الشركة أن يتفقوا على كيفيات تسوية النزاعات التي قد

[1] راجع المادة 4 من الامر 03/01 السالفة الذكر.

تنشأ في حياة هذه الشركة ضمن بنود العقد وأبرز مثال في هذا السياق ما نصت عنه المادة 1/18 من القانون الأساسي للشركة المختلطة الجزائرية الفرنسية والخاصة بصناعة الأدوية والمسماة " **راهون ـ بولونس سيدال** " على أن " كل نزاع يمكن أن يحدث خلال نشاط الشركة أو أبان تصفيتها سواء بين الشركة والمساهمين أو بين المساهمين أنفسهم في خصوص نشاط الشركة يخضع إلى مجلس الإدارة أو إلى الجمعية العامة لتسوية بصفة ودية . أما في حال عدم التسوية بالتراضي فإنه يعرض على المحكمة مكان مقر الشركة [1].

وطبقا لهذا البند من القانون الأساسي لشركة المذكورة تختص المحكمة الابتدائية بالجزائر القسم التجاري بالنظر في النزاع بين الشركة المطروح أمامها لوجود المركز الرئيسي للشركة في الجزائر(ولاية الجزائر)، وهذا وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية ولهذا الغرض تضيف المادة 2/18 أنه "في صورة حصول نزاع يتعين على كل مساهم أن يتخذ مقرا لمخابرته وكل استدعاء أو إعلام يقع إبلاغه بصفة قانونية إلى هذا المقر ".

ولكن الملاحظ ، أن هذا البند قد أغفل اختيار المساهم مقرا لمخابرته في هذه الحالة فإن القاعدة تكمن في أن يقع استدعاء المساهم أو إعلامه بصفة قانونية عن طريق نيابة وكيل الجمهورية للمحكمة أين يوجد بها المركز الرئيسي للشركة، ومن جملة الدعوى الخاصة التي تنشأ بين الطرفين الوطني والأجنبي والمنصوص عليها في القانون التجاري حيث تسمح هذه الدعوى لأحد المساهمين في الشركة بأن يرفع دعوى شخصية ضد مساهم آخر شريك له في الشركة ولكن أي نوع من الدعاوى يمكن أن يرفعها المستثمر الأجنبي في مثل هذه الظروف ؟ وعلى أي أساس؟ وما هي النتائج المترتبة عن هذه الدعوى؟ من أجل حماية مصالحه ضد انتهاكات شريكه في الشركة ، يمكن للمستثمر الأجنبي أن يمارس منفردا دعوى في المسؤولية المدنية ، ويقصد بهذه الدعوى التعويض عن الضرر الذي يكون قد لحق المستثمر مباشرة وشخصيا، بقطع النظر عن الضرر الذي يلحق الشركة ولكن في هذه الحالة فأنه يقع عبئ الإثبات الضرر الذي لحقه والذي يكون قد تسبب فيه المساهم شخصيا ، ومن الأثار المترتبة عن هذه الدعوى هو حصول المستثمر الأجنبي على تعويض عن الضرر الذي أصابه والذي لن يعود في صورة الحصول عليه إلى الشركة بل إلى المتضرر أنا وهو المستثمر الرافع الدعوى بصفته الشخصية وليس باسم الشركة ولصالحها ،غير أنه في الحالة العكسية، أي أن الغرض من رفع الدعوى من قبل المستثمر هو إصلاح الضرر الجماعي، فإن هذه الدعوى لا

[1] حسن طالبي مرجع سابق، ص 279.

يمكن أن يمارسها المستثمر شخصيا وإنما هي دعوى مخولة للممثلين الشرعيين للشركة وبالنتيجة فالتعويضات المتحصل عليها فهي ترجع بالأساس إلى الشركة وليس إلى المستثمر الأجنبي شخصيا[1]، ألا أن المستثمر قد يجد صعوبة في رفع دعواه إذا كان للطرف الوطني الأغلبية في رأس المال لأن احتلال هذا الأخير للمناصب الإدارية الهامة في الشركة باعتباره صاحب الأغلبية سوف يجعله في موقع قوي يمكنه من التصدي لهذه الدعوى من الأساس ألا أننا نعتقد أنه إذا كان ممكنا في السابق أي الطرف الوطني له الأغلبية في رأس المال فأن اليوم مع إلغاء نظام الأغلبية المستحقة لطرف الوطني فإن الطعن الذي سيرفعه المستثمر الأجنبي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يعرقل من طرف مسيري الشركة الذين كانوا يمثلون في السابق المساهمين بالأغلبية في الشركة ولكن بالمقابل يمكن للمستثمر الأجنبي أن يقوم منفردا برفع دعوى الشركة ضد القائمين على أساس سوء التسيير أو الخطأ الإداري يكون قد ألحق ضررا بالشركة ولو بصفة غير مباشرة وهذا طبقا للمادة 715 مكرر24 من القانون التجاري بل أن القضاء قد أستقر في فرنسا على أن إهمال القائمين بالإدارة يمكن أن يتمثل في إغفال الرقابة على تصرفات المديرين مما يسمح لهم بالاستمرار في مباشرة نشاط يضر بالشركة وبالمساهمين وبالغير كما وضع القانون التجاري قواعد خاصة من شأنها أن ترفع عن المستثمر كل الحواجز التي تحول دون ممارسته دعوى المسؤولية وهي القواعد المنصوص عليها في المادة 715مكرر25،[2] ومن جهة أخرى فقد منح القانون التجاري المستثمر الأجنبي الحق في ممارسة دعوى البطلان ضد القرارات الغير قانونية للأجهزة الاجتماعية للشركة التي تستهدف بصفة غير شرعية تعديل القانون الأساسي للشركة وهذا طبقا للمادة 733 من القانون التجاري.

وتهدف هذه الدعوى إلى إبطال كل الأعمال التي تصدر عن هذه الأجهزة والتي تأتي سواء من مخالفة نص ملزم للقانون المنظم للشركات أومن القوانين التي تسري على العقود وكل هذه الأعمال المخالفة للقانون من شأنها أن تمنح المستثمر الأجنبي الذي تضرر من جراء هذه الخروقات سواء بمقتضى القواعد التي تنظم المسؤولية التي تقع على عاتق القائمين بإدارة الشركة أو بمقتضى القانون العام للمسؤولية ، الحق في المطالبة بإبطال هذه الأعمال وقد وقفت المحاكم في خصوص هذه النقطة بذات موقفا متشددا فأعطت المساهم الذي يرتكز في طعنه

[1] حسن طالبي، المرجع السابق، ص 281.

[2] أنظر المادة 715 مكرر 2 من القانون التجاري الجزائري الصادر سنة 1975 المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي 08/93 الجريدة الرسمية العدد 27 لسنة 1993" على أن كل شرط في القانون الأساسي يقضي بجعل دعوة الشركة مشروطا بأخذ الرأي المسبق من الجمعية العامة أو إذنها أو يتضمن مبدئيا العدول عن ممارسة هذه الدعوة يعد انه لم يكن ولا يكون لأي قرار صادر عن الجمعية العامة أي أثر من انقضاء دعوة المسؤولية ضد القائمين بالإدارة لارتكابهم خطأ اثناء القيام بوكالتهم" .

ضد هذه القرارات على عدم مشروعيتها أو على عدم ملائمتها الحق في أن يطالب بإبطال هذه القرارات على أساس مخالفتها للقواعد التي تحكم تنظيم وسير الشركات التجارية بوجه عام ولكن النزاعات، لا تنحصر على مستوى الشركة الجزائرية الأجنبية ذات الأسهم فقد نجدها أيضا في الشركة المختلطة التي تأخذ شكل شركة محاصة.

الفقرة الثانية :

النزاعات الناشئة عن نشاط الشركة الجزائرية الأجنبية في إطار شركة المحاصة

أن الشريك الأجنبي الذي يرغب في الاستثمار في الجزائر يمكن أن يؤسس مع الطرف الأجنبي شركة محاصة وبناء عليه فإنه يمكن لشريكين الوطني و الأجنبي أن يتفقا بمحض إرادتهما وبمقتضى عقد تأسيس على إنشاء هذه الشركة وأن يحددا صلب هذا العقد كيفيات تنظيم وسير الشركة إلى جانب حقوق و الالتزامات كل طرف في الشركة سواء تعلق الأمر بحصة كل واحد منهما في الاستثمار أو في الإنتاج وفي الحقيقة تتميز هذه الشركة بخاصيات من شأنها أن تنعكس على وضعها القضائي في حال نشوب نزاع بين الشركتين.[1]

إن أول ميزة تتميز بها هذه الشركة هو أن كل عضو من هذه الشركة وليس الشركة نفسها لها الحق فأن ترفع دعواه أمام المحاكم العادية، ولكن أي نوع من الدعوى أن يرفعها هذا الشريك خاصة إذا كان أجنبيا وهل بإمكان أن يلجأ إلى الحماية الدبلوماسية لحكومته الأصلية عندما يتعلق الأمر بنزاع خطير يجمعه بطرف الوطني مثله مثل الشريك المساهم في شركة مساهمة جزائرية أجنبية ؟ وميزة أخرى تتميز بها الشركة الجزائرية الأجنبية المنشأة في شكل شركة محاصة هو عدم تمتعها بشخصية المعنوية من بين النتائج المترتبة عن غياب هذه الشخصية هو عدم وجود مقر اجتماعي لشركة وعدم إمكانية رفع دعاوى سواء من طرف الشركة أو ضدها كما أن لغياب المقر الاجتماعي انعكاسات على المسائل المتعلقة بالاختصاص الإقليمي للمحكمة المؤهلة للفصل في النزاع.

فمثلا ترفع النزاعات التي تنشأ عن سير الشركة أمام المحكمة القسم التجاري أين يوجد بها المقر الاجتماعي لشركة ومن جهة أخرى ، ولأن شركة المحاصة ليست لها شخصية قانونية فأنه من غير الممكن للشركة سواء عن طريق ممثلها القانوني أي مديرها العام أو عن طريق مجلس إدارتها أن ترفع دعوى قضائية، لشريك وحده الحق باعتباره عضوا في الشركة وطرفا في

[1] حسن طالبي، المرجع السابق، 283.

عملية الاستثمار المتنازع عليها في أن يرفع هذه الدعوى كما أنه بالمقابل لا يمكن أن تكون الشركة محل متابعة قضائية من قبل الشركاء.

أن أغلب شركات المحاصة لا تنص في قوانينها الأساسية بصفة واضحة على المحكمة المختصة في النزاعات الناشئة سواء فيما بين الشركاء داخل مجلس الإدارة أو بين هذه الأخيرة والشريك الأجنبي في خصوص تفسير أو تنفيذ البنود التعاقدية، ألا أنه ولتجاوز هذا الفراغ يستوجب الرجوع إلى القانون التجاري المنظم للشركات التجارية الذي يسمح بمقتضاه لأي شريك في أي نزاع أن يلتمس من المحكمة(القسم التجاري) لحماية حقوقه والدفاع عن إدعاءاته وأن كان التوفيق هو الحل لتفادي القطيعة بين الشريكين وبناء عليه فإنه يحق للشريك الأجنبي أن يرفع دعوى في البطلان ضد القرارات الصادرة عن مجلس الإدارة في خصوص الميزانية أو برامج الإنتاج أو التنظيمية المطبقة في شركة المحاصة وكذالك في صورة مخالفتها للقوانين الأساسية للشركة أو كأن تكون هذه القرارات معيبة بأحد العيبين التدليس أو التعسف في استعمال الحق.

من جهة أخرى يتمتع مسير الشركة الجزائرية الأجنبية وكأي مسير في شركة محاصة بصلاحيات واسعة من أجل تمثيل الأطراف طبقا للتعليمات التي يأذن بها المجلس الإدارة وفي حدود البرنامج والميزانية المصادق عليها من طرف نفس الجهاز وعليه فإن مسؤولية المسير إذا كان الطرف وطنيا تبقى كاملة تجاه الطرف الآخر ألا وهو الطرف الأجنبي، فهذا الأخير يمكن أن يقاضيه في حال خطأ جسيم أو عدم احترامه للالتزامات ومن بينها أن يبذل في الإدارة عناية الرجل المعتاد وذالك بامتثاله لما تم الاتفاق عليه في العقد التأسيسي للشركة كما يمكن أن يقاضيه من أجل المسؤولية الشخصية كوكيل عن الشركاء وبما يتمتع به من صلاحيات في إدارة وتسيير الشركة أو على أساس مخالفة القانون المنظم للشركات التجارية أو الخطأ أثناء تسييره للشركة والذي يكون قد ألحق ضرر بشركة.

ولكن هل يمكن للشريك الأجنبي في نزاعه مع الطرف الوطني أن يستنجد بالحماية الدبلوماسية لدولته الأصلية من أجل حماية مصالحه؟ مبدئيا لا شيء يمنع الشريك الأجنبي في شركة المحاصة أو مساهما في الشركة ذات أسهم من أن يستعين الحماية الدبلوماسية لدولته الأصلية في حال المساس بمصالحه وبحقوقه العائدة له في الشركة ، ومن وجهة نضر الدولة المستقبلة للاستثمار فقد كان ولازال موضوع الحماية الدبلوماسية عائقا في ممارستها لسيادتها الاقتصادية والقضائية، كما أنها تعتبر أن الحماية الدبلوماسية وضعا متميزا للمساهمين الأجانب

قد لا يعطيهم إياه حتى القانون الدولي نفسه بل وتنظر هذه الدول إلى الحماية الدبلوماسية باعتبارها الوسيلة الوحيدة التي تلوح بها الدولة الأصلية للمساهمين الأجانب ، من أجل الإبقاء على الهيمنة التي تمارسها الشركات المتعددة الجنسيات إزاء البلدان المضيفة للاستثمارات ولهذا الغرض فإن بعض من البلدان المنتجة للبترول مثلا، قامت في عقودها الاستثمارية وكرد فعل عن الحماية للمساهمين بفرض ما يعرف ببند على المساهمين الأجانب مما دفع بالدول الحامية للمساهمين إلى التخلي عن هذه الحماية.

الفرع الثاني :

آليـــات تسويـة النزاعات في إطار عقود الاستثمار المباشر

تخضع تسوية النزاعات الناشئة عن الاستثمار المباشر إلى مبدأ إقليمية النزاع كون الاستثمارات الأجنبية وعقودها تتم داخل إقليم الدولة المضيفة من جهة لانعقاد الاختصاص لمحكمها العادية، ومن جهة أخرى مدى فاعلية هذا المبدأ في الواقع العملي عند فصل الجهات القضائية المختصة في النزاع في إطار الاستثمار المباشر هذا ما سنتطرق له من خلال الفقرتين التاليتين

الفقـــرة الأولى :

مبـدأ إقليمية النـــزاع

إن مبدأ إخضاع نزاعات الشركات الأجنبية للمحاكم الوطنية للدول المستقبلة للاستثمار كان ولا يزال موضوع نقاش حاد بين مؤيدين لهذا المبدأ والرافضين له تحت عناوين وحجج مختلفة خاصة مع بداية التأميمات الأولى التي مست العديد من هذه الشركات باسم السيادة الوطنية لدولة على ثرواتها الطبيعية[1]، ألا أن الشيء الذي يجب التأكيد عليه هو أنه خارج هذا النقاش فقد كرس القانون الدولي الوضعي حق الدولة في إخضاع جميع النشاطات التي يقوم بها المستثمرون على ترابها إلى محاكمها الوطنية وهو نفس المبدأ الذي أخذت به الجمعية الدولية للحقوقيين الديمقراطيين سنة 1971 والتي أكدت في إحدى وثائقها على أن النزاعات التي تنشأ عن النشاطات البترولية والواقعة على تراب الدولة المنتجة للبترول تخضع إلى محاكم القانون العام لهذه الدولة كما سعت العديد من الدول في العالم آن ذاك إلى منح الأولوية إلى محاكم الدولة المضيفة الاستثمار، وذالك من خلال وضع مدونة سلوك تتقيد بها الشركات العبر دولية.

واليوم أيضا، يأتي مبدأ إقليمية النزاع في عقود الاستثمار المباشر كاستجابة طبيعية للعلاقة الوثيقة التي تربط بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي، ومن بين عقود الاستثمار

[1] احمد بوخلخال، المرجع السابق، ص82.

التي تأخذ بهذا المبدأ هي تلك المنصبة على إقامة مشاريع اقتصادية ذات قيمة مثل الصناعة البترولية والبتروكيماوية والتي تتطلب نقلا للتكنولوجيا وكذا تلك المتعلقة بالصناعة الصيدلانية حديثا، إلى جانب العقود المتعلقة بالمساعدة التقنية فمثلا في إطار عقد استثماري بين شركة سوناطراك والشركة الأجنبية "ب" نصت المادة 1/22 منه على أن " كل نزاع ينشأ في خصوص تفسير أو تنفيذ العقد الحالي ما لم يتمكن الطرفان من تسويته وديا يخضع إلى المحاكم الجزائرية"، والملاحظ هنا أنه إذا كان في السابق بحكم السياسة القضائية لدول ومعارضتها للتحكيم التجاري الدولي يعد إدراج مثل هذا البند في عقد استثماري من هذا الحجم أمرا سهلا فحاليا و نظرا للتغيرات الدولية وللتوجه العام فأنه يعتبر التمسك باختصاص المحاكم الوطنية ولاشك أن مثل هذا البند قد سبقته مفاوضات ومناقشات عسيرة بشأنه.

ولهذا الغرض فإن اختيار المحاكم الوطنية في مثل هذه العقود لا يمكن فرضه على الطرف الأجنبي بسهولة وإن جاز تقبله فهو ليس دائما وبصفة آلية ويكون عادة على حساب بنود أخرى تتعلق سواء بسعر أو بالضمان[1]، من جهة أخرى عادة ما تسبق اللجوء إلى المحاكم الوطنية محاولة توفيق مثلما وقع في بند تعاقدي بين شركة "سونلغاز" والشركة الأجنبية "ع" حيث ينص "على أن إي نزاع ينشأ عن تنفيذ أو تفسير العقد يجري تسويته بالتراضي وإذا تعذر فأن النزاعات تخضع إلى المحاكم الجزائرية"، والملاحظ هنا هو أن الحل التوفيقي يأخذ دائما الأولوية عن التسوية القضائية التي تبقى نتائجها غير مؤكدة ومكلفة وفي بعض العقود لا يمكن اللجوء إلى الحل الودي إلى إذا كان ذالك ممكنا ومن شأنه ألا يسبب للطرفين مضيعة للوقت وفي هذه الحالة بالذات يتفق الطرفان على أن يكون التوفيق جوازيا كمرحلة مسبقة وليس إجباريا حتى يمكن لهما المرور مباشرة إلى المحاكم الوطنية ، ولكن حتى وأن كان التوفيق إجباريا فقد يحاول الطرفان في العقد أن يتجنبا في تعاملهما مع هذه الوسيلة الإجراءات الثقيلة كالإجراء الكتابي وكيفية تعيين موفق طبقا لمواصفات معينة وتحديد مدة قصيرة لإيداع تقرير الموفق ...إلخ، وإن كانت هذه التشكيلات تمليها عادة الضرورة والفعالية ولكن مهما يكن من أمر فالتوفيق لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يعوض المحاكم الوطنية، إلا أنه يمثل حلا بديلا ومقبولا بالنظر إلى تعقيدات التي تعرفها الإجراءات القضائية.[2]

[1] Terki. N, L'arbitrage international et l'entreprise publique économique en Algérie, Rev.arb ,1990.p 58.

[2] حسن طالبي، المرجع السابق، ص 289.

إلا أنه أيضا من جهة أخرى، لا يمكن أن يشكل التوفيق وسيلة لتسوية نهائية لأنه ومن أجل إيجاد حل نهائي لنزاع لابد أذا فشلت محاولات التوفيق أن يلجأ الطرفان إلى الوسيلة القضائية، وحتى مع تنامي ظاهرة استعمال التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لتسوية النزاعات بين الدولة والمستثمر الأجنبي في عقود الاستثمار المباشر إلى أن مسألة المحاكم الوطنية مازالت تشغل محرري العقود الاقتصادية الدولية نظرا لتضارب المصالح بين طرفي العقد من جهة والموضوعية التي تفرض غالبا مثل هذا الاختيار من جهة أخرى.

ومما يدعم فكرة تمسك باختصاص المحاكم الوطنية من ناحية أخرى، هي عناصر الإسناد التي تكرسها قواعد تنازع القانون الدولي الجزائري، ومثيلاتها من القواعد التي استند عليها فقه القضاء التحكيمي في العديد من القضايا البترولية وجميع هذه العناصر تؤكد وبدون منازع أحقية المحاكم الجزائرية للنظر في النزاعات الناشئة عن هذه العقود وتعكس إرادة الطرفين في توطين العلاقات الاستثمارية على التراب الوطني ومن بين هذه العناصر نذكر خاصة بعنصرين أساسيين وهما عنصر مكان انعقاد العقد وعنصر مكان تنفيذ العقد فبالنسبة للمكان انعقاد العقد ، فأنه بالإطلاع على مجموعة من العقود المبرمة في الجزائر بين الرئيس المدير العام للشركة الوطنية والممثل القانوني للشركة الأجنبية تأكد وبشكل واضح أن إبرام هذه العقود والعلاقات التعاقدية التي تنظمها يحكمها قانون مكان انعقادها والذي من نتائجه إخضاع النزاع الناشئ عنهما إلى محكمة مكان انعقاد العقد أي إلى اختصاص المحاكم الوطنية[1].

غير أن عنصر مكان انعقاد العقد لم يعد العنصر الذي يعتمد عليه في تحديد المحكمة المختصة بالنزاع لأنه ببساطة يشكل في نظر بعض الفقهاء مظهرا من مظاهر الاحتفالية فقط ولهذا الغرض فإنه غالبا ما يعتد بمكان تنفيذ العقد كمرجعية يمكن التمسك بها للمطالبة باختصاص المحاكم الوطنية ، الذي يعني التنفيذ المادي له لأنه في مكان تنفيذ العقد أين يقع معاينة المشاكل اللصيقة بعملية التنفيذ والتي يجب عرضها على المحكمة مكان التنفيذ لحلها.

ثم إلى جانب هذين العنصرين هنالك عنصر آخر لا يقل أهمية عن العنصرين السابقين وهو مكان موقع العقار الأكثر استجابة لتحديد المحكمة المختصة بفضل ما تتمتع به من روابط مادية ووثيقة بالأرض التي يقع عليها العقار فضلا على ما يتمتع به هذا المعيار من ثبات وديمومة يجعلان منه معيارا ذا قيمة أعلى من القيمة التي يتمتعان بها المعياران السابقين ومن

[1] المادة 9 من قانون الإجراءات المدنية تحت رقم 66 /154 الصادر بتاريخ 8 جوان 1966 والمعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي رقم 93/ 09 الصادر سنة 1993 الجريدة الرسمية العدد 27 .

ثما فإن اختصاص يعود على المحاكم التي يقع بها موقع العقار، كذالك الشأن بالنسبة للاختصاص التشريعي مهما اختلفت جنسية الطرفين المتنازعين وطبيعة الدعوى القضائية سواء أكانت هذه الدعوى عينية أو شخصية أو مدنية أو تجارية وعلى صعيد آخر، يتميز مكان موقع العقار بكونه يسهل إجراءات التحقيق والخبرة وإجراءات تنفيذ الأحكام القضائية بعد صدورها[1].

وخلاصة القول إن المعايير الثلاثة جميعها تؤدي في النهاية اختيار قانون البلد المضيف للاستثمار وإلى إخضاع النزاعات المتولدة عن العملية الاستثمارية إلى اختصاص محاكمه أي إلى المحاكم الجزائرية بالنتيجة ، ولكن الملاحظ أيضا ، أنه بالرغم من أن هذه المعايير تنتهي إلى الأخذ باختصاص المحاكم الوطنية إلا أن الطرفين ممكن أن يدرجا في العقد الاستثماري شرطا تحكيميا مخالفين بذالك المعايير السالفة الذكر ، بالرغم من الموضوعية التي تتميز بها هذه المعايير والتي من شأنها أن تؤهل المحاكم الوطنية للنظر في النزاع على حساب أي وسيلة أخرى ولكن عموما ، حتى وإن كان مبدأ إقليمية النزاع هو وجيه من الناحية الموضوعية والقانونية للأسباب التي أشرنا إليها سلفا إلا أن مثل هذا المبدأ قد لا يجد طريقه إلى التطبيق العملي بسهولة [2].

الفقرة الثانية :

عــدم فعالية مبدأ إقليمية النـــزاع

إن أول مشكل يصطدم به مبدأ إقليمية النزاع هو تخلي الدولة الطوعي عن ممارسة الطعون الداخلية ، بمعنى آخر أنه من الممكن أن تخلى الدولة عن إقليمية النزاع بواسطة اتفاق صريح تعن فيه عن عدم تمسكها بحقها في اللجوء المسبق إلى الطعون الداخلية أمام أي هيئة تحكيمية دولية لأن مجرد التمسك به يعني فرض الاختصاص المحلي في مواجهة محاولة المستثمر الأجنبي للجوء للتحكيم في حال إدراج الطرفين لشرط يقضي باستعمال هذه الوسيلة الدولية.

وثان مشكل يعترض مبدأ إقليمية النزاع عند التطبيق هو أنه بالرغم من اتفاق الأطراف على اللجوء إلى المحاكم الوطنية للدولة المضيفة للاستثمار فإن هذا البند يصبح بدون معنى عندما يعجز الطرف الوطني على تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة المحلية، سواء لأن الشركة الأجنبية ليس لها أملاك في الجزائر من الممكن حجزها أو أن الأملاك وأن وجدت فهي لا تفي

[1] المادة 18 الفقرة الثانية من القانون المدني الصادر سنة 1975 التي تخضع العقود المتعلقة بالعقار إلى قانون موقعه والمادة 8 الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية التي تخضع كل ما يتصل بالعقار سواء كانت دعوى عقارية أو أشغال أو إيجارات تتعلق بالعقار لاختصاص المحكمة التي يقع العقار في دائرة اختصاصها.

[2] حسن طالبي، المرجع السابق، ص 292.

بالغرض لكون المبالغ المحكوم بها لفائدة الطرف الوطني تفوق بكثير قيمة الأملاك المطلوب حجزها، وفي صورة أخرى يمكن أن نلمس نقصا في فاعلية مبدأ إقليمية النزاع وبالتالي تعذر التلويح باختصاص المحاكم الوطنية، عندما تقرر مثلا شركة وطنية رفع دعوى قضائية أمام المحاكم المحلية ضد شركة أجنبية، في حين أن هذه الأخيرة تكون قد غادرت التراب الوطني تاركة ورائها الأشغال بدون إنجاز أو أن تكون في وضعية إفلاس ففي مثل هذه الحالات يكون قد صدر حكم غيابي ضدها، ويصبح الحكم ليس ذا قيمة حتى يمكن بعد صدور الحكم الحجز حتى تغطية الضرر الذي يلحق الشركة الوطنية، ومن الحالات التي يمكن ذكرها في هذا السياق قضية الشركة التي تحمل الجنسية الكندية التي كانت قد أبرمت عقدا للتكوين المهني لمدة ثلاث سنوات ، ونظرا لعدم كفاءتها غادرت الجزائر بدون سابق إعلام في مدة لا تتجاوز بضعة أشهر من الشروع في تنفيذ العقد وبعدما رفعت الشركة الوطنية دعوى ضدها أمام المحكمة المختصة وهي محكمة الجزائر الوسطى فلم تستجب هذه الشركة حتى للاستدعاءات التي وجهتها لها المحكمة للحضور فلم يكن بدا من القاضي الوطني إلا أن أصدر الحكم غيابيا ضدها[1] ثم إلى جانب هذه الحالة توجد أيضا مشاكل أخرى متعلقة بمقر الشركة الأجنبية الموجودة خارج الجزائر و باللغة المستعملة في تبادل الوثائق والمذكرات وما لهذه المشاكل من انعكاسات سلبية على إجراءات التقاضي ونخص بذكر منها على وجه التحديد استدعاءات الشركات الأجنبية للحضور فمثلا إرسال تكليف بالحضور عن طريق النيابة للسلطات الدبلوماسية وتسلمه من طرف كاتب الضبط الأجنبي إلى الممثلين الشرعيين للشركة الأجنبية ثم أعادة إرسال وصل استلام التكليف بالحضور إلى المحكمة التي وقع ألتماسها ثقيلة وثقيلة جدا مما يستدعي معها غالبا التمديد في الدعوى التي من المفترض أن تنتهي بإصدار حكم في آجال معقولة، ولكن أمام تلك الظروف جميعها وحتى وإن وقع تكليف الشركة الأجنبية في الآجال وبصورة صحيحة فأن هذه الأخيرة غالبا ما ترفض المثول أمام المحكمة الوطنية وفي هذه الحالة، فإن المحكمة تصبح مضطرة لإصدار حكم غيابي الذي لا يمكن إضفاء الصيغة التنفيذية عليه من طرف القاضي بلد التنفيذ أي من قاضي البلد الذي توجد به الشركة الأجنبية الرافضة لانصياع للحكم بحجة عدم احترام حقوق الدفاع أو لأي سبب آخر يتعلق بشكل أو الموضوع حتى وإن جاز معه ضرب عرض الحائط اتفاقية دولية باسم النظام العـام.[2]

[1] محكمة الجزائر ، الفرع التجاري ، 15جويلية 1975، العدد 119 من القيد العام
[2] حسن طالبي، المرجع السابق، ص293.

ومن أجل تجاوز كل هذه المشاكل أصبحت الشركات الوطنية اليوم وخاصة "سوناطراك" تطلب من الشركات العاملة في الجزائر أن تقدم مكاتب اتصال أو مكاتب مشاريع لها حتى يمكن استدعاؤها ضمن هذه المكاتب[1].

المبحث الثاني :

آليـات التسوية القضائيـة الدوليـــة

لما كانت آليات التسوية الداخلية في بعض البلدان النامية لا توحي بالثقة للمستثمر الأجنبي ضمن عقد الاستثمار وذالك لعدم وجود نظام قانوني كاف وفعال للوفاء بمقتضيات العلاقة التعاقدية الاستثمارية المعاصرة التي تخدم قضايا التنمية الاقتصادية، أو لعدم وجود نظام قضائي يؤكد حق التقاضي ويبعث الطمأنينة لدى المتعاقدين على أنهم سيمثلون أمام محاكم محايدة ومختصة تعمل بالقانون وتكفل انصياع أطراف النزاع لحكمها فرغبة لتنمية المعايير التي تحكم حقوق المستثمر الأجنبي الخاص وفقا للعقد الاستثماري و التزاماته اتساقا مع التوجه المعاصر في حل المشكلات الدولية التي أسهمت في خلقها الإنجازات العلمية الهائلة ومتطلبات التعاون الاقتصادي الدولي فقد أقترح من طرف الفقه والقضاء الدولي أن تكون الآليات الدولية هي الأنسب لمالها من فعالية وثقة من بالنسبة المستثمر الأجنبي الخاص من خلال تمكينه من تسوية نزاعاته الاستثمارية سواء بمناسبة إبرام أو تنفيذ عقده الاستثماري بينه وبين الدولة المضيفة [2].

المطلب الأول :

آليات التسوية عن طريق المحاكم الدولية

يبدو أن المشكلة الأساسية التي تجابه المستثمر الاجنبي الخاص في هذا الصدد هي عدم قدرة الشخص الطبيعي أو المعنوي بوصفه كذالك على اتخاذ الإجراءات ضد الدولة أمام غالبية المحاكم القضائية الدولية وتظل الوسيلة الوحيدة المتاحة أمام المستثمر الأجنبي الخاص لإقامة دعواه ضد الدولة المضيفة أمام غالبية المحاكم الدولية وهي موافقة دولة جنسيته على تبني دعواه أمام القضاء الدولي وذالك أمر محفوف بالمخاطر بالنسبة للمستثمر الأجنبي ذالك أن دولة جنسيته تتمتع بحرية مطلقة في هذا المجال ويتوقف قرارها على اعتبارات سياسية

[1] للإشارة وعلى سبيل المثال فقد تم مؤخرا إنشاء مكتب تنسيق رسمي مكتب تنسيق العلاقات الاقتصادية الجزائرية الالمانية وكان ذلك بتاريخ 13 ديسمبر 2004 يعنى هذا المكتب بترقية وتطوير الشراكة الصناعية بين الشركات الوطنية الصناعية والشركات الخاصة الالمانية، ومن غير المستبعد أن يشكل المكتب محل مخابرة يمكن للطرف الوطني استدعاء الشركات الالمانية فيه، راجع جريدة لا ليبرتي بتاريخ 14 ديسمبر 2004، الصفحة الاقتصادية.

[2] عصام الدين مصطفى بسيم: النظام القانوني للاستثمارات في الدول الاخذة في النمو ، دار النهضة العربية، 1971، ص 170.

واقتصادية متباينة في تقدير حمايته أمام القضاء الدولي أو انعدام تلك الحماية، كذالك ما يحد من تنمية آليات التسوية القضائية الدولية الإيديولوجيات المعاصرة التي أدت إلى تقسيم العالم إلى كتل سياسية متعددة اختلفت وجهات نظرها بالنسبة لدور القانون في المجال الدولي وأسهمت في بعضا الحالات في خلق نفور من الآليات القضائية الدولية [1] لفض المنازعات كما تنظر الدول الحديثة الاستقلال التي يشتد تمسكها باستقلالها وسيادتها لما عانته من استعمار بعين الشك لأي قيود دولية قد ترد على حريتها في التصرف ولا تثق في القانون الدولي التي لم تشارك في إرساء قواعده وتجد عدم ملائمته لاحتياجاتها في كثير من الحالات وقد تتوارى قليلا الشكوك بالنسبة للآليات القضائية الدولية وتقتصر هذه الشكوك على عدم قدرة هذه الآليات على تأكيد حق التقاضي وطمأنة الأطراف على المثول أمام محكمة محايدة ومختصة قادرة على إنزال حكم القانون وتنفيذ قضائها وأمام هذه المشكلات اتجهت الدراسات إلى محاولة تطوير الوسائل القضائية الموجودة أو إنشاء وسائل أخرى جديدة تعمل على إيجاد آلية قضائية دولية محايدة وفعالة ومقبولة تتحقق أمامها المساواة بين أطراف النزاع ويمكن للفرد اللجوء إليها بصفته الشخصية لفصل في منازعاته مع الدولة المضيفة دون حاجة إلى ممارسة دولة جنسيته حمايته الدبلوماسية وتبني دعواه [2].

وقد مست محاولة تطوير الآليات القضائية الدولية القائمة كمحاولة استهدفت محكمة التحكيم الدائمة وفقا لما نصت عليه المادة 47 من اتفاقية لاهاي لسنة 1907 بتوسيع اختصاص للجان التحكيم إلى نظر المنازعات بين الدولة و المؤسسات الخاصة كما أمتد تفكير الفقه إلى محاولة تخطي جمود المادة 34 من النظام الأساسي للمحكمة العدل الدولية التي قصرت اختصاصها على نظر المنازعات بين الدول فقط فحاول بعض الفقهاء في مناقشات المعهد الدولي حول تعديل نظام المحكمة سنة 1954 إلى اقتراح لجان في نظر المنازعات الاستثمارية بين الفرد والدولة دون العبور على مسلك الحماية الدبلوماسية فوجد ذالك الاقتراح صعوبات في إحداث اللجان الذي يستدعي تعديل النظام الأساسي والميثاق كما أن التطبيق العملي لحل نوع النزاعات التي تتسم بطابع الفني لا يرقى قضاة المحكمة إلى التمتع به نظرا لتكوينهم القانوني وباستثناء محكمة منظمة الفحم والصلب الأوروبية ومحكمة المنظمات الأوروبية التي تخول للفرد حق التداعي ضد قرارات وتوصيات هذه المنظمات في المجالات

[1] أحمد بوخلخال، المرجع السابق، ص 77.
[2] أحمد عبد الحميد عيشوش، النظام القانوني لاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، 1975، دار النهضة العربية ، ص 422.

التجارية فقط فإن كل من منظمة البلدان العربية المصدرة للبترول المنشئة في السعودية باتفاقية جانفي 1968 قد نصت في مادتها 21 على إمكانية نظر المحكمة التي ستنشأ وتنظر في المنازعات بين أحد الدول الأعضاء وبين شركة بترول تابعة لأي عضو آخر كما أن منظمة " **الأوبيك** " قد قررت إنشاء محكمة عليا في نطاق " الأوبيك "إلى أن هذه الأجهزة لم ترى النور في أرض الوجود [1].

ومن هذا العرض يتضح أنه مازالت إلى حد الآن القاعدة قائمة التي تدين بعدم قدرة الشخص الطبيعي أو المعنوي بصفته كذالك على اتخاذ إجراءات مباشرة ضد الدولة أمام المحاكم القضائية الدولية القائمة أو إنشاء آليات قضائية دولية جديدة بغية تمكين الفرد من الإدعاء مباشرة أمام المحاكم الدولية أو في تقديم حلول للمشاكل ذات الصبغة الدولية ويضل السبيل أمام الأفراد في غالبية الحالات هو تبني دولة جنسيتهم دعواهم أمام القضاء الدولي وهو ما يعرف بالحماية الدبلوماسية وهو ما أشارت إليه المادة 26 من اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات الموقعة في 1965.

المطلب الثاني :

آليـــة التسوية عن طريق الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة وأمـــوالهم بالخـــارج

يعترف القانون الدولي بحق الدولة في التدخل دبلوماسيا لحماية شخص أو أموال رعاياها التي تقع في إقليم دولة أجنبية من الأضرار التي تلحق بها ونتيجة إجراءات اتخذتها ـ أو تهدد باتخاذها ـ حكومة الدولة الأخيرة أو المضيفة ويعرف هذا الحق(بحق الحماية الدبلوماسية).

أي أنه قد يلحق أحد رعايا الدولة أضرارا معينة نتيجة إجراءات اتخذتها أو هددت باتخاذها حكومة أجنبية ويتعذر على هذا الرعية أن يحصل على التسوية المناسبة من القضاء الداخلي لهذه الدولة، كما تضفي الدولة حصانتها القضائية على إجراءاتها مما يحول دون حصول المضرور على هذه التسوية، كذالك وكما عرفنا سلفا أن الفرد لم يخول في جميع الحالات الإدعاء أمام المحاكم الدولية.

وعلى ذالك وتجنبا لهذه المخاطر يعترف القانون الدولي للدولة باحتضان دعوى الفرد الذي ينتمي إليها أمام المحاكم الدولية ، وقد عبرت عن ذالك محكمة العدل الدولية الدائمة بقرارها " يعد من المبادئ الأساسية في القانون الدولي أن يكون للدولة الحق في حماية رعاياها عندما يلحق بهم ضرر نتيجة إجراءات مخالفة للقانون الدولي ترتكبها دولة أخرى ويكونون غير قادرين

[1] أحمد بوخلخال، المرجع السابق ص 79.

على أن يحصلوا منها على تسوية مناسبة عندما يسلكون الطرق العادية [1].

وإذا كان المستثمرون الأجانب هم أكثر الهيئات حاجة لأن يستظلوا بمظلة الحماية الدبلوماسية التي تقدمها دولهم، خاصة إذا كانت مصادر الحماية الأخرى غير فعالة، فإن هناك شرطين أساسين لممارسة الدولة حمايتها الدبلوماسية على رعاياها وأموالهم بالخارج ويتعلق الشرط الأول بالجنسية أما الشرط الثاني فيتعلق باستنفاذ طرق التقاضي الداخلية، حيث سنتعرض لهذين الشرطين من خلال فرعين.

الفرع الأول :

شـــرط الجنسيـــة

تتدخل الدولة دبلوماسيا لحماية أشخاص وأموال رعاياها على إقليم دولة أجنبية عندما يلحقهم ضرر حال أو وشيك الوقوع تسببت في إحداثه الدولة الأخيرة، وذلك إذا ربط بين الشخص والدولة التي تتدخل لحمايتها رباط الجنسية ويقوم القانون الداخلي في كل دولة بتحديد الأشخاص الذين يتمتعون بجنسيتها وقد أكدت محكمة العدل الدولية الدائمة على ضرورة تمتع الشخص بجنسية الدولة التي تضفي حمايتها الدبلوماسية كما وضح ذالك الفقيه " أوبنهايم " على أنه تمارس الدولة حقها في الحماية الدبلوماسية يجب أن يحمل الشخص جنسيتها وقت حدوث الضرر ويستمر متمتعا بها حتى ممارسة دولته حق الحماية الدبلوماسية ومباشرة دعواه فلا يكفي أن يكون الشخص متمتعا بجنسية في وقت من الأوقات ثم تزول عنه لأحد الأسباب وتعرضت صعوبة حماية الأشخاص ذوي الجنسية المزدوجة إذا عالجتها المادتين 3 و4 من اتفاقية لاهاي الخاصة بتنازع القوانين الموقعة في 1930/04/12 بلاهاي إذ اعترفت المادة 3 بحق الشخص في تمتعه بجنسية كلا الدولتين ولكنها منعت من إضفاء حمايتها الدبلوماسية ضد دولة أخرى يتمتع نفس الشخص بجنسيتها كما اشترطت المادة 5 من تلك الإتفاقية الرابطة الفعلية بين الدولة والأشخاص خاصة منها المعنوية حتى تحتضن هذه الدولة دعواهم ويستظلون بمظلة حمايتها الدبلوماسية ومفاد ذلك أن ممارسة الحماية على الشخص أن يقيم في دولة جنسيته بصفة أصلية أو يرتبط بدولته ارتباطا وثيقا وهذا الارتباط يتحدد بالنسبة لشركات على الرغم من الجهة التي رخصت بإنشائها أو الموقع الرئيسي لمركز الإدارة في الشركة أو اختلاف جنسيات المساهمين فيها فإن الواقع يأخذ بمعيار مركز الإدارة الرئيسي وهو المعيار الوحيد

[1] عبد الحميد عيشوش، المرجع السابق ص 444.

والمفضل الذي تأسست عليه الرابطة بين الدولة والشركة وهو المعيار الذي يتميز بالثبات والاستقرار[1].

الفرع الثاني :

شـــروط استنفاذ طـرق التقاضي الداخليـــة

أنه لا يكفي لمباشرة الدولة حق الحماية الدبلوماسية أن يحمل الشخص المضرور جنسية هذه الدولة ،بل يتعين على هذا المضرور قبل أن يستفيد من الحماية الدبلوماسية أن يستنفذ طرق التقاضي الداخلية ويتأسس هذا الشرط كما أوضح " أوبنهايم " على مبدأ معترف به في القانون الدولي يقضي بأنه على الأجنبي الذي يلحقه ضرر في دولة اجنبية ان يستنفذ كافة طرق التقاضي المتاحة قبل أن يلجأ إلى مساعدة دولته ويبرر هذا الشرط بأنه يتعين إتاحة الفرصة للدولة المدعى عليها لتقديم تسوية وفقا لقوانينها وقد يعني ذالك دولة المضرور عن ممارسة حقها في حماية رعاياها فإذا استنفذ المضرور طرق التقاضي الداخلية دون أن يحصل على تسوية عادلة فإن دولته تستطيع عند إذن مباشرة دعواه إمام المحاكم الدولية ، بل و يتعين أن يستنفذ المضرور كافة طرق التقاضي الداخلية حتى يصل بدعواه إلى آخر درجات التقاضي ويصبح الحكم نهائيا.

بينما ثمة استثناءات ترد على شرط استنفاذ طرق التقاضي الداخلية يكون للدولة فيها الحق أن تتخذ أن تتخذ عملا على المستوى الدولي لحماية رعاياها بالخارج دون أن يكونوا قد استنفذوا بعد طرق التقاضي الداخلية، وقد استقر من هذه الحالات الاستثنائية في التعامل الدولي حالة ما إذا كانت الدولة ذات سيادة نصيبا في ملكية الأموال التي لحقها ضرر بالخارج ، فلا تخضع في هذه الحالة لشرط استنفاذ طرق التقاضي الداخلية وذالك بالنسبة لمطالبتها بحصانتها الخاصة، كما أن الاستثناء الوارد قد استبعد حق الدولة في ممارسة الحماية الدبلوماسية بمقتضى نص يكون قد ورد في معاهدة أو عقد، فمن البديهي أن تكون ثمة ضرورة لشرط استنفاذ طرق التقاضي الداخلية ، فقد يتنازل أحد رعايا الدولة في عقد يبرمه مع دولة أجنبية عن اللجوء إلى دولته لمساندة لدعواه ضد الدولة الأجنبية المتعاقد معها وهو ما يعرف بشرط " **كالفو** " وقد شاع استعمال هذا الشرط في دول أمريكا اللاتينية التي كانت كثيرا ما تحضر على المستثمر الأجنبي الخاص اللجوء إلى دولته لكي تضفي عليه حمايتها الدبلوماسية .

[1] احمد بوخلخال، مرجع سابق، ص 80.

وقد ثار جدل فقهي حول مدى صحة هذا الشرط حيث انتهى بالتسليم من غالبية القضاء و الفقه الدوليين بعدم صحته ويتأسس ذالك على أن حق الدولة في ممارسة الحماية الدبلوماسية لرعاياها هو أحد المبادئ القانونية الدولية السائدة في الأمم المتمدنة التي لا تقبل أن تكون محلا لتنازل أو التصالح من جانب أحد رعايا الدولة.[1]

فإذا لم يتاح للأجنبي آلية من آليات التقاضي الداخلية تكفل له حماية من الأضرار التي لحقت به كمثال سلوك الحكومة الأجنبية لإجراءات التأميم أو نزع الملكية وتعتبر هذا العمل بأنه من قبيل أعمال السيادة منكرة على الأجنبي حقه في اللجوء إلى المحاكم الداخلية لبحث مشروعية هذا الإجراء أو المناسبة التعويض عنه، ففي هذه الحالة لا تكون طرق تقاضي داخلية حتى يشترط استنفاذها وينجر في نفس الحكم إذا كان الضرر الذي أصاب المستثمر الأجنبي نجم عن تنفيذ تشريع داخلي دون أن تكون هناك آلية للطعن في التشريع ذاته أو
كانت هناك آلية تقاضي داخلية ولكنها غير كافية لإصلاح الضرر، وقد أورد الفقيه " لوتر باشت " برأيه المنفصل باستثناء آخر مؤداه أنه إذا كان الإجراء المطلوب هو مجرد مصالحة أو توفيق فلا يلزم استنفاذ طرق التقاضي الداخلية حتى تمارس دولة الجنسية حقها في الحماية رعاياها[2].

وإزاء اختلاف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لشرط استنفاذ طرق الطعن الداخلية على اعتباره شرطا موضوعيا وجوهريا يترتب على إغفاله إلغاء كافة الإجراءات القانونية وهو شرط لازم للمطالبة الدولية، فقد قلل البعض الآخر من وزنه وتأثيره القانوني باعتباره ذو طبيعة مزدوجة يجب تفسيره بحسب كل حالة في الوقت وملابسات كل قضية ويكون الأمر تقدير طبيعة هذا الشرط وضرورته للمحكمة المعروض عليها النزاع ، ومن ثمة إذا ما توافر شرط ممارسة حق الحماية الدبلوماسية تكون مبادأة الدولة بتقديم احتجاج قبل اللجوء إلى القضاء لتسوية النزاع وباعتبار الاحتجاج آلية معترف بها دوليا، قد يثار إزاء التصرفات التي قامت أو تعتزم القيام بها الدولة، ويخول الاحتجاج للدولة التي قدم لها الفرصة العدول عن تقوم بها مخالفة للقانون الدولي، ولذالك فإنه يتعين ممارسة الحماية الدبلوماسية وإعلان الاحتجاج عند وقوع الضرر أو في حالة التهديد به ذالك أنه يؤول عدم الاحتجاج على أنه رضا أو موافقة على التصرف المخالف للقانون.

[1] عبد الحميد عيشوش، مرجع سابق، 464.
[2] أحمد بوخلخال، المرجع السابق، ص83.

المبحث الثالث :

آلـية التسوية عن طريق التحكيم التجاري الدولي

إن اختيار التحكيم يبقى الوسيلة الأكثر استعمالا لتسوية منازعات الناشئة عن عقود الاستثمار، وهو اختيار أصبح مكرسا بصفة رسمية في قانوني الاستثمار و قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا الاتفاقيات التي أبرمتها الحكومة الجزائرية مع الحكومات الأخرى في إطار الحماية المتبادلة للاستثمار، بعدما كانت الجزائر ولسنوات تبدي تخوفا منه حتى وإن كانت تعمل به في الواقع، وربما كان أيضا لوقع الأزمة الاقتصادية دور في إسراع الجزائر لاتخاذ موقف أكثر إيجابية الآن من ذي قبل حيث يأخذ التحكيم في عقود الاستثمار في الجزائر شكلين ، شكل تحكيم حر وشكل تحكيم مؤسساتي ومن خلال هذين النوعين يسعى طرفان العقد الدولة من جهة والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى، إلى تسوية نزاعهما المتعلق بالاستثمار، يبقى أن نشير إلى أن اللجوء إلى التحكيم الحر أو إلى التحكيم المؤسساتي ليس الوسيلة الوحيدة لتسوية النازعات الناشئة عن الاستثمار، وعلى هذا الأساس سنعالج هذين النوعين من التحكيم من خلال مطلبين: (المطلب الأول) إلى التحكيم الحر و(المطلب الثاني) التحكيم المؤسسي.[1]

المطلب الأول :

آليـة التسوية عن طريق التحكيم الحر

الملاحظ في هذا الإطار إلى أن التحكيم الحر يعتبر آلية إرادية لأطراف العقد، حيث يتسم بكونه يمنح أكبر قدر من الحرية للأطراف في تنظيم التسوية عن طريق هذه الآلية بعيدا عن أي لائحة تحكيم موجودة مسبقا حيث يطرح هذا النوع من التحكيم عدت تساؤلات حول اختيار هذا النوع من التحكيم من قبل الأطراف المتعاقدة.

[1] حسن طالبي، المرجع السابق، ص 175.

الفرع الأول:

العقود التي تنص على اللجوء إلى التحكيم الحر

برغم من السرية التي تحيط بعقود الاستثمار فقد تمكنا من الإطلاع على عقدين يأخذ كل واحد منهما بالتحكيم الحر العقد الأول المبرم بتاريخ 1991/02/02 بين شركة "سونلغاز" والشركة و السويسرية "ABB" لصناعة الأجهزة الإلكترونية وإصلاحها وصيانتها أما العقد الثاني المبرم بين الشركة الجزائرية " إنـــاد" لمواد التنظيف والشركة الألمانية " هنكل " من أجل إنشاء شركة مختلطة جزائرية ألمانية تكون مختصة في صناعة التنظيف والذي كان قد أبرم بتاريخ 2000/05/21

الفقرة الأولى :

عقد الشراكة بين الشركة الوطنية "سونلغاز" والشركة السويسرية " ABB"

تنص المادة 02/31 من عقد الشراكة المبرم بين الطرفين على أن " النزاعات الناشئة عن تفسير أو تنفيذ العقد تخضع إلى إجراءات الحل الودي المسبق بين المتعاقدين وفي حالة فشل محاولة التوفيق تسوى النزاعات والخلافات عن طريق التحكيم بواسطة لجنة التحكيم ..."

الملاحظة الأولى التي يمكن أن نسوقها هنا هي توخي الطرفين التوفيق كوسيلة مسبقة عن التحكيم ،إلى أننا من جهة أخرى نسجل الغياب أي تنظيم لهذا الإجراء ،ولكن خلافا لتوفيق فقد نظم الطرفان التحكيم في جميع جزئياته، أولا من أول وهلة فقد أتفق الطرفان على أن من توكل إليه مهمة الفصل في النزاع بواسطة التحكيم يجب أن يأخذ شكل هيئة للتحكيم وليس محكما وحيدا وهذا طبقا للمادة 02/31 دائما تتكون هذه الهيئة بصفتها جماعية من ثلاثة محكمين إثنان منهم يقع اختيارهما من طرف المتعاقدين أما الثالث فمن قبل المحكمين وفي حال عدم تعين المحكم من قبل أحد المتعاقدين ، فيتولى رئيس المحكمة العليا بتعيين هذا المحكم ويكون ذالك بطلب من الطرف المبادر وهذا خلافا للعادة أين يستنجد فيها الطرفان برئيس الغرفة الدولية للتجارة لتعين محكم عوضا عن الطرف الذي تخلف عن التعيين.

أما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق فتنص الفقرة 03من المادة 31 من العقد على أن القانون المختار هو القانون الجزائري ، حيث أنه يبدو من نص الفقرة السالفة الذكر أن المتعاقدين قد اختارا أن يكون القانون الواجب التطبيق على الإجراءات هو نفسه المطبق على الموضوع أي تطبيق مبدأ وحدوية القانون على موضوع النزاع ، وهذا تكريسا لمبد أسلطان الإرادة الذي يحكم التحكيم الحر منذ مدة واتخاذ القانون الجزائري وليس أي قانون أولا لكون

اجتماع هيئة التحكيم يقع في الجزائر و ثانيا أن القانون الجزائري قد تم اختياره لعلاقته الوثيقة بموضوع النزاع وأحد طرفي العقد وهو بالطبع جزائري ، أما عن القرار التحكيمي فتقضي المادة 31 الفقرة الأخيرة من العقد بأن يكون القرار الصادر عن المحكمة التحكيمية نافذا ومعفى من إجراءات التنفيذ الجبري وغير قابل للطعن ، وهذا يعني أنه لا يمكن أن يكون موضوع طعن عن طريق الاستئناف على مستوي أي درجة سواء أمام هيئة تحكيمية دولية أو محلكم داخلية وبعبارة أخرى يجب اعتبار القرار التحكيمي على أنه قرار نهائي وملزم لطرفين ومكتسب للحجية الشيء المحكم فيه[1]، يمكن من إقصاء طرق الطعن أن الطرفين ربما أرادا من خلال هذا الإقصاء تكريس استقلالية القرار التحكيمي عن غي وسيلة أخرى كاللجوء إلى المحاكم الوطنية لأحد الطرفين المتعاقدين وهذا يرجع إلى إرادة المتعاقدين إلى تطبيق روح وفلسفة التحكيم ومن هنا كان على المتعاقدين أن يستبعدا تدخل المحاكم الداخلية حتى لا يترك موضوع تسوية النزاع بين يدي محاكم غير محايدة ودفاع همه الوحيد عرقلة الإجراءات ، ولكن ومهما يكن الأمر فأن تنفيذ القرار التحكيمي يبقى مرهونا بإرادة الطرفين وفي الحدود التي لا تمس مصالحها ، مصلحة الطرف الأجنبي في أن ينفذ القرار التحكيمي ومصلحة الطرف الوطني أي الشركة الوطنية ومن ورائها الدولة في أن يخضع ذالك القرار إلى رقابة المحكمة المحلية.[2]

الفقرة الثانية :

بروتوكول الاتفاق المنشئ للشركة المختلطة بين الشركة الوطنية Enad **و الشركة الألمانية** Henkel

تنص المادة 1/17 من البروتوكول الاتفاق هذا على أن " كل نزاع أو خلاف ينشأ بخصوص تفسير أو تنفيذ البروتوكول الحالي، يحل عن طريق التراضي وفي حالة عدم التوصل إلى تسويته بهذه الطريقة، يتم عرض النزاع أو الخلاف على محكمة تحكيمية وفقا للإجراءات التالية ... " حيث يبلغ أحد الطرفين الطرف الآخر بواسطة رسالة مضمونة مع الإعلام بالوصول طلبا يحدد فيه موضوع النزاع والمحكم المختار، ويلتزم الطرف الآخر في ظرف 20 يوما ابتداء من هذا التبليغ بإعلام الطالب بالمحكم الذي عينه، أما في غياب تعيين هذا المحكم في الآجال المحددة فإن رئيس الغرفة الدولية للتجارة يقوم بتعيين محكم للطرف المطلوب ويأخذ هذا الطلب شكل عريضة بعدها يقوم المحكمان في أجل لا يتعدى15 يوما ابتداء من تاريخ تعيينهما

[1] عليوش كمال قربوع، قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص125.
[2] حسن طالبي، المرجع السابق، ص216.

باختيار محكم ثالث لينضم إلى المحكمين المعينين وليشكلوا الثلاثة في النهاية المحكمة التحكيمية إذا لم يتوصل المحكمان إلى اتفاق على اختيار" المحكم ــ الرئيس "، يقوم رئيس الغرفة الدولية للتجارة بتعيينه بطلب من الطرف المبادر وهذه الشخصية الدولية هي مدعوة أيضا لاستبدال واحد من المحكمين المعينين في حالة الوفاة أو المنع أو الشغور أو الرفض.

وعلى صعيد آخر يجب على المحكمة أن تصدر قرارا تحكيميا في خصوص النزاع المعروض عليها ثم تبلغه الى الطرفين في أجل لا يتعدى 3 أشهر إبتداءا من تاريخ قبول المحكمين لمهاهم طبقا للمادة 7 فقرة 3 من العقد وإن غياب أو تخلف أحد الطرفين لا يشكل عقبة في وجه إجراءات التحكيم والقرار المصرح به في مثل هذه الظروف يعد وكأنه صادر حضوريا ويتخذ القرار التحكيمي بأغلبية الأصوات ويعد نهائيا وغير قابل للطعن لا عن طريق المراجعة أو الاستئناف " ويلتزم الطرفان في تنفيذ القرار التحكيمي بحسن نية " أن سكوت البند التعاقدي السالف الذكر عن التنفيذ الجبري للقرار التحكيمي يطرح تساؤلا حول ما إذا كان لزاما اللجوء إلى التنفيذ الجبري في حال رفض الطرف الخاسر في الدعوى الانصياع إلى هذا القرار.

أما في خصوص إجراءات التحكيم فإن للمحكمة التحكيمية سلطة تحديد القواعد الإجرائية والملاحظ أن هذا العقد لم يحدد مكان اجتماع الهيئة التحكيمية ونعتقد أن هذا ربما يرجع إليه في مرحلة ما بعد تشكيل الهيئة إلا إذا كان هذا التحكيم هو من النوع الذي يتم بالمراسلة، أما على القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع فتنص 7 ـ 2 الفقرة 5 أنه " يفصل المحكمون بالعدل بالرجوع إلى بنود العقد الحالي ولواحقه وإلى المبادئ العامة للقانون وكذا القواعد المألوفة في التجارة الدولية "، ويجب التنبيه إلى أن هذا البند التعاقدي يعد من البنود الغير مألوفة عادة في مثل هذه العقود الاستثمارية إلا أنه ومذ التوجه الليبرالي للقانون الجزائري وما تبعه من انعكاس على العقود الحالية يجعل من إدراج مثل هذه البنود في هذه العقود أمرا طبيعيا إلا أن الغموض الذي يحيط بمصطلح "عدل "[1] قد يثير حفيظة المستثمرين الأجانب الذين يعتبرون أنه لا يمكن أن يحقق الأمن والاستقرار في معاملاتهم مع الشركاء الوطنيين خاصة وأنها عقود طويلة المدى لأنه لا يمكن أن تبقى هذه العقود على حالها إذا كانت سوف تضر بمصالح أحد الطرفين مع وجود تغير ظرف هام وهكذا فإن مصطلح "عدل " المدرج في هذا العقد سوف يسمح للمتعاقد المتضرر أن يحصل على إعادة التوازن الاقتصادي للالتزاماته التعاقدية بعدما كان هذا التوازن مفقودا وهنا يكمن عمل المحكم في تقدير ما إذا كانت الظروف المحيطة بالعقد

[1] حسن طالبي، مرجع سابق، ص 216.

تبرر إعادة مثل هذا التوازن ثم بعدها يحاول تكييف العقد بطريقة تسمح بإعادة التوازن إلى الالتزامات التعاقدية للطرفين وإذا كنا نعتقد أن المهمة الموكلة للمحكم هي ليس في تكملة أو مراجعة أو تعديل الالتزامات التعاقدية وإنما في التأكد من شرط التنفيذ الحسن للعقد وذلك من خلال تفسير العقد بطريقة تسمح بإيجاد حلول مناسبة أما عن المبادئ العامة للقانون فهي أيضا ولا تزال محل نقد من طرف الفقه نضرا لغموضها ولكن بالرغم من النقد الموجه لهذا المصطلح فأن فقه القضاء التحكيمي قد طبقته في أكثر من مناسبة ومن بين هذه المبادئ يمكن لنا أن نذكر الإثراء بدون سبب واحترام الحقوق المكتسبة ومبدأ سلطان الإرادة والصفة الإلزامية للعقود .... إلخ و بالنسبة لدول المضيفة للاستثمار و من بينها الجزائر كانت ترى في هذه المبادئ مساسا بسيادتها التشريعية ووسيلة يستعملها المحكمون من أجل عدم توطين العقد الذي يربطها بالشركاء الأجانب.

ولكن مع زحف العولمة وتعديل قانون الإجراءات المدنية حتى يواكب التطورات التشريعية الكبرى في العالم فهل من الممكن التحدث اليوم عن السيادة وعن امتداداتها على مستوى وسائل آليات تسوية النزاعات بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي؟ خاصة ونحن نلاحظ سنة بعد أن لم نق يوم بعد يوم اتساع رقعة التحكيم باعتباره الوسيلة الأكثر استعمالا بالنسبة لهذا النوع من النزاعات.

الفرع الثاني :

أبعاد التحكيم كآلية تسوية لنزاعات بين الدولة الجزائرية والمستثمرين الأجانب

إن اختيار الشركات الجزائرية للتحكيم كوسيلة لحل نزاعاتها الاستثمارية مع الشركات الأجنبية ، سواء أكان التحكيم حرا أو مؤسساتيا، فإنه يخضع إلى وضع قائم يسمى العولمة وتأثيراتها الاقتصادية على العقود الاستثمارية ، حيث يبدو جليا أن منى بين هذين النوعين من التحكيم فقد وقع التركيز في هذه العقود عل التحكيم المؤسساتي وبالضبط على تحكيم الغرفة الدولية لتجارة.[1]

الفقرة الأولى :

العولمـــة والتحكـــيم

شهد العالم بعد نهاية الحرب الباردة بين القطبين والذي كان يقودانه كل من الولايات المتحدة الأمريكية والإتحاد السوفياتي سابقا تحولات اقتصادية هذه التحولات الاقتصادية مست هياكل

[1] أحمد بوخلخال، المرجع السابق، ص 90.

العلاقات الدولية هي ما يعبر عنها اليوم " بالعولمة " أو الكونية في مفهومها الاقتصادي، حيث يصعب تقديم تعريف دقيق لهذين المصطلحين إلا أنهما يعنيان طريقة معقدة وذات طبيعة متعددة الجوانب، وأحيانا متناقضة لنشر أشكال رأسمالية إنتاجا واستهلاكا ، وتعني أيضا " تحرير التبادلات الاستثمارية وتدفق للرساميل والتنافس الدولي في إطار الاقتصاد العالمي وتعرف أيضا على نظام ذو أبعاد متعددة تتجاوز دائرة الاقتصاد لتشمل المال والتسويق والمبادلات و الاتصال وكذالك السياسة والفكر كما تعرف العولمة على أنها أيضا نهاية و الإيديولوجيا واندثار للحدود واندماج أكثر للبلدان النامية في الأسواق العالمية.

أما عن انعكاسات العولمة عن السيادة الوطنية على وجه الخصوص، فيكمن في التخلي التدريجي للدولة عن ممارسة السلطة القضائية التي تعود إليها طبيعيا ، حيث تؤدي العولمة نفس الوظيفة التي يؤديها التدويل ذالك أن كلاهما يحرم الدولة من ممارسة سلطة القضاء وبتالي استعمال وسيلة أخرى بديلة عن قضاء الدولة ألا وهي التحكيم وهكذا يتطور التحكيم في الجزائر تحت تأثير العولمة إلى جانب عوامل داخلية أخرى، كسقوط الحر لمداخيل البترول والتي استدعت إعادة الهيكلة العضوية والمالية للشركات الوطنية وكل الإصلاحات الأخرى التي تبعت تلك العملية والتي كانت من أولى نتائجها إعادة نظر في دور الدولة في التنمية الاقتصادية ومن ثمة فإن العولمة قد أنجبت ما يسمى بعولمة التحكيم ومن إفرازاتها على دول ومنها الجزائر إعادة تكييف نظامها القانوني مع المنظومة العالمية التي تأخذ بالتحكيم كآلية حتمية لتسوية النزاعات الناشئة عن عقود الاستثمار.

والعمل الآخر الذي ساعد التحكيم لدخوله نطاق العالمية هو مبدأ سلطان الإرادة وهو التعبير عن إرادة رجال الأعمال وهو جزء من حركية عامة يشهدها العالم وعلى رأسها العولمة الاقتصادية التي نجدها في جميع المجالات وفي كل الميادين بما فيها القطاع الخدماتي والمعلوماتي وحتى الفنون والإنتاج الفكري والأدبي وهذه الحرية في التعامل خلقت تنافسا فيما بين الدول وفي الأواسط العالمية على استعمال التحكيم حتى أصبح ليس الآلية الوحيدة الضرورية لحل النزاعات بل الأكثر انتشارا والمتفق عليها بين جميع الأشخاص والهيئات فاليوم مثلا ، لم يعد أطراف التحكيم الدول من جهة، والأشخاص الأجنبية من جهة أخرى ، ولكن أيضا الدواوين والشركات الوطنية والشركات العملاقة ، حيث أن سبب اتساع رقعة التحكيم يعود إلى العولمة ، فحتى المنظمات الدولية تقبل التحكيم كآلية لحل النزاعات مع الأطراف أخرى بدون تدخل أي محكمة وطنية وهذا راجع إلى السرعة والفعالية والتنظيم ، ومن مظاهر عولمة

التحكيم أيضا أنه إذا كانت المنازعة القضائية هي عبارة عن خصومة لابد أن تحسم لصالح طرف من الأطراف ، فإن المنازعة التحكيمية هي خلاف يرتضي الطرفان أو الأطراف عرضه على شخص ذي كفاءة ومحل ثقة قصد حسم الأمر بينهم وكذالك فإنه إذا كانت إجراءات الخصومة القضائية لا أحد يمكن أن يتنبأ بنهايتها على العكس من ذالك ففي التحكيم يحدد الأطراف موطن الداء ويرغبون في الدواء وهو عبارة عن قرار المحكم الذي يلزمهم ولا يعقبون عليه ولهذه الأسباب فإن التحكيم أخذ في الرواج عبر العالم على حساب الآليات الأخرى في تسوية النزاعات الاستثمارية لكونه آلية تحقق غايتين : الأولى ، الاقتصاد في الوقت والثانية، التخفيف من الأعباء الإجرائية لتقاضي ونفقاتها ، وهذه المزايا جميعا نجدها في إجراءات التحكيم للغرفة الدولية للتجارة وهذا ما يبرر التجاء الدولة الجزائرية إلى هذه الهيئة الدائمة في العديد من العقود الاستثمارية التي تربط الدولة الجزائرية من جهة والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى [1].

الفقرة الثانية :

الاختيار المفضل لتحكيم الغرفة الدولية للتجارة

على غرار اعتماد الأطراف التحكيم الحر في حل النزاعات الناشئة عن عقود الاستثمار فإن الواقع العملي الذي فرض نفسه في هذا الصدد على حساب التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي آخر أن في العديد من العقود التي أبرمت بين الدولة الجزائرية والمستثمرين الأجانب هو تغليب خيارات اللجوء إلى تحكيم الغرفة للتجارة ضمن الخيارات الممنوحة في إطار الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف للحماية المتبادلة للاستثمارات باعتباره مؤسسة تحكيمية دائمة لها مزايا عديدة، ومن بين هذه المزايا هو وجود نظام تحكيمي يهتدي به الأطراف ويشكل بالنسبة إليهم الآلية الأكثر أمانا واستقرارا مثل لائحة تحكيم الغرفة الدولية للتجارة التي توفر كل الوسائل المادية من سكريتاريا وقاعات للاجتماع ووسائل للاتصال التي من شأنها أن تيسر للمحكمين عملهم ويشهد على كل هذه المزايا نشاطها المتزايد وعدد النزاعات المعروضة على هذه المؤسسة ، فبالنسبة للعقود الاستثمارية التي أبرمتها الشركات الوطنية وعلى رأسها شركة "سوناطراك" فإنه إحصائيا وبشهادة الفقيه بن شنب فإن أغلب هذه العقود تشير إلى تحكيم الغرفة كألية لتسوية النزاعات مع المستثمرين الأجانب، وفي دراسة حديثة تشير إلى أنه فيما بين 1981 و1990 شاركت الجزائر في 79 تحكيما تابعا للغرفة الدولية للتجارة وبذالك فهي

[1] حسن طالبي، المرجع السابق، ص 226-127-

تحتل مقارنة ببعض البلدان الخاضعين لتحكيم الغرفة سواء كمدعية أو كمدعى عليها المرتبة الثالثة على مستوى العالم العربي بعد مصر بـ 143 مشاركة والسعودية بـ 83 وقبل تونس بـ 51 والمغرب بـ 32 وحتى ليبيا بـ 45 مشاركة .

وغالبا ما يفسر هذا الاختيار ، بالنظر إلى المزايا المرتبطة بالتحكيم المؤسساتي للغرفة ومن بينها ما يلي :

ـ الحياد من حيث جنسية المحكمين ومكان التحكيم واللغة المستعملة .

ـ المرونة في تعيين الأشخاص القادرين على تسوية النزاع وكذالك في اختيار القانون الواجب التطبيق طبقا لإجراءات التي تتماشى وظروف النزاع .

ـ الفعلية في تنفيذ القرارات التحكيمية من خلال إمكانية التخلي عن ممارسة طرق الطعن والتنفيذ الجبري .

ـ سرية الجلسات والقرارات والمحافظة على أسماء الأطراف[1].

وكل هذه المزايا اللصيقة بالتحكيم التابع للغرفة الدولية للتجارة تجعل من هذا الأخير من بين اللوائح التحكيمية الأكثر تثمينا في العالم ، حيث أن مثل هذا الحكم تؤكده بعض الحقائق ومن بينها أن تحكيم الغرفة يغطي العديد من النزاعات المتعلقة بمختلف العقود الدولية المتعلقة بالتجهيزات الصناعية وعقود المجمعات الصناعية إلى جانب عقود أخرى مثل عقود البيوعات التجارية وعقود الملكية الصناعية وبيع الأسهم ...إلخ ، وحسب الأمين العام للغرفة السيد " دوريناس " فقد عرفت تحكيم الغرفة في سنة 1980 العديد من النزاعات المتعلقة بعقود الاستثمار و هي متفاوتة مابين 20 %و 30 %من حجم النزاعات الإجمالي وذالك بحسب نوع العقود ومن أهم هذه النزاعات تلك المتعلقة بعم تنفيذ الالتزامات التعاقدية و المعاملات التجارية وعيوب الصنع.

يصعب حاليا أن نقدم إحصائيات دقيقة عن عدد العقود التي أخذت بنظام تحكيم الغرفة منذ سنة 1993 تاريخ إصدار المرسومين التنفيذيين المتعلقين بترقية الاستثمار وبتعديل قانون الإجراءات المدنية إلى غاية صدور الأمر 03/01 والمتعلق بتطوير الاستثمار ولكن لدى إطلاعنا على بعض العقود يمكن لنا أن نقول أن اختيار تحكيم الغرفة هو الاختيار الغالب فهو يشكل استمرار وتقليدا درجت عليه الشركات الوطنية ، نظرا لتسهيلات التي توفرها الغرفة[2]

[1] فمثلا في سنة 1981 يلاحظ الاستاذ بن شنب أنه من بين 23 عقدا اطلع عليها يوجد 17 بندا تحكيميا أين رجع فيها المتعاقدان الى لائحة الغرفة الدولية نقلا عن حسن طالبي المرجع السابق ص 228.

[2] عليوش كمال قربوع، المرجع السابق، ص 68.

المطلب الثاني :

آلية التسوية عن طريق التحكيم المؤسسي للغرفة الدولية للتجارة

في الواقع يغطي تحكيم الغرفة الدولية للتجارة ، مجالات عدة للنشاط الاقتصادي الوطني، فقد نجده في مجال البناء والصيدلية والحديد والصلب ولكن أكثر المجالات حساسية وإقبالا على تحكيم الغرفة هو المجال البترولي ويشهد لسوناطراك الخبرة في هذا المجال وفي استعمالها كم من مرة لتحكيم الغرفة ، واعتمادها في الكثير من العقود التي أبرمتها قد أدرجت ضمن باب المخصص لتسوية النزاعات البند النموذجي لتحكيم الغرفة الدولية للتجارة وهذا البند النموذجي يرجع بالطرفين إلى إجراءات التي تنص عليها لائحة الغرفة.[1]

الفرع الأول :

نطاق تحكيم الغرفة الدولية للتجارة

عند التمعن في الكثير من العقود التي أبرمتها سوناطراك مع الشركات الاجنبية ندها تعتمد على تحكيم الغرفة الدولية لتجارة لاسيما العقود المنشئة للشركة المختلطة الجزائرية الإنجليزية في المجال البترولي أوضمن عقود البحث والاستغلال ، مثل عقد الاستغلال الذي أبرم بين الشركة الوطنية "سوناطراك " وشركة " أجيب " الإيطالية .

الفقرة الأولى

حالة القانون الأساسي للشركة المختلطة الجزائرية الإنجليزية "Rook Condor Browen" شركة ذات أسهم

يتعلق الأمر هنا بالقانون الأساسي للشركة مختلطة تجمع بين الشريك الوطني والمتمثل في شركتي " سوناطراك " و" نفطاك " ومن جهة والطرف الأجنبي والمتمثل في الشركة الإنجليزية " براون وروت لميتاد " من جهة أخرى ويتعلق موضوع هذه الشركة بإنجاز خدمات هندسية تسييرية والتركيب في مجال البترول والغاز إلى جانب عمليات الهندسة والهندسة المدنية أما من حيث الشكل فإلى جانب خضوعها إلى قانونها الأساسي فهي تخضع أيضا إلى القوانين واللوائح السارية المفعول والمطبقة على الشركات ذات الأسهم إلى جانب خضوعها إلى المرسوم التشريعي رقم 12/93 الصادر 10/05/ 1993 والمتعلق بترقية الاستثمار[2].

---

[1] توصي الغرفة الاطراف الذين يرغبون في استعمال لائحة التحكيم التابعة لها بأن يدرجوا في عقودهم البند النموذجي الذي هو نصه "جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد او التي لها علاقة به يتم حسمها نهائيا وفقا لنظام الغرفة التجارة الدولية بواطية محكم او عدة محكمين يتم تعيينهم طبقا لهذا النظام" عن لائحة التوثيق والتحيكم الغرفة السارية المفعول ابتداء من 1جانفي 1998، الطبعة الاولى، الغرفة الدولية للتجارة ، المنظمة العالمية للمؤسسات، أوت 1998، ص 8.

[2] حسن طالبي، المرجع السابق، ص 177.

بالنسبة للنزاعات التي قد تثور بين المساهمين في الشركة المختلطة ، فإن المادة 31 من القانون الأساسي للشركة تنص على أن " النزاعات الناشئة بين المساهمين من مجموعة " أ " والمساهمين من مجموعة " ب " الذين لم يتمكنوا من إيجاد حل لها بالتراضي، يمكن أن يتم تسويتها بصفة نهائية طبقا للائحة التحكيم غرفة التجارة الدولية ، والملاحظ في هذا الخصوص هذه النقاط بالذات ، أنه إذا كان في الماضي إدراج مثل هذا البند في عقد استثمار من هذا الحجم يشكل محل استغراب من قبل جانب من الفقهاء الذين يرون في ذالك تناقضا صريحا مع الموقف المعادي للجزائر إزاء التحكيم التجاري الدولي ، فإن هذا البند في ظل التعديلات التي أجريت على قانون الإجراءات المدنية وإفراد باب خاص بالتحكيم التجاري الدولي من قبل المشرع ، لم يعد يثير الدهشة و الاستغراب بالإضافة إلى أن بعضا من الفقهاء من يرون أن اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي يشكل في تعامل الدولة الجزائرية مع الشركة الأجنبية الضمان الذي لابد منه حتى تقبل هذه الشركة على الاستثمار في الجزائر إلى جانب كونه يعد من بين وسائل جذب الاستثمارات إلى جانب المزايا والحوافز الجبائية والجمركية التي تقوم على نفس الفلسفة وتخدم نفس الهدف وبالمقابل فهذا الضمان القانوني للشركة الأجنبية يأتي كعوض لنقل تدريجي لتكنولوجيا لفائدة الشريك المحلي من خلال المساعدة الفنية وبرامج التكوين التي يحظى بها مستخدمو الشركة المحلية وهو النقل اللصيق بالعملية الاستثمارية في جانبها المادي البحت ، وبالرغم من إدراج بند خاص بالتحكيم التجاري الدولي وفي العقد ، فهل هذا يعني عمليا أنه سيتم اللجوء إليه بصفة آلية في خالة نشوب نزاع بين شركة "سوناطراك" والشريك الأجنبي؟ الواقع أن الطرفين، وخاصة الطرف الأجنبي لا يحبذ اللجوء إلى التحكيم ، لأنه يعتقد أن الوقوف أمام المحاكم التحكيمية من شأنه أن يمس بصورة اللامعة التي يريد المحافظة عليها في عالم تسوده المنافسة، ومن الأسباب التي دعت وتدعو عادة الأطراف إلى اختيار تحكيم الغرفة الدولية للتجارة والتي نوجز منها أن عنصر التمسك بالسيادة أضحى أقل حدة من إي وقت مضى، وخاصة بالنظر إلى السنوات السبعينات إين عرفت الجزائر ما يعرف بالسيادة على الثروات الطبيعية ومبدأ السيادة الاقتصادية على العموم، والتي كانت من إحدى انعكاساتها على مستوى تسوية النزعات القائمة بين الدولة الجزائرية أنداك والشركات البترولية ،هو محاولة الدولة فرض اللجوء إلى المحاكم الوطنية وتطبيق قوانينها باسم السيادتين القضائية والتشريعية، كما أثبتت التجربة أنه نظرا لكون العقود التي أبرمتها الدولة الجزائرية هي عقود منصبة على تكنولوجيا عالية وتتطلب استثمارات هائلة ومقتضى اللجوء إلى التحكيم هو سببه الخبرة وعجز

محاكم الدولة التي تفتقر إلى الخبرة ، حيث يصعب على قضاة هم غير مؤهلين لذلك وهو ما يبرر اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي كأنجع وسيلة ، على غرار تأكيد المادة 31 الفقرة 2 من العقد على أن " القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري " وهو ما يعد تعبيرا عن حرية الأطراف في تحديد هذا القانون، خاصة وأن ما يميز التحكيم في الجزائر بعد التعديلات التي اعترت قانون الإجراءات المدنية وهو التوجه الليبيرالي الحر لهذا القانون ، والعلة في اختيار القانون الجزائري في هذا العقد وليس القانون الوطني لطرف الآخر أو على الأقل أي قانون دولي آخر ، كون التطبيق القانون الوطني لدولة المضيفة للاستثمار ينسجم مع طبيعة قواعد الإسناد المكرسة من طرف القانون الدولي الخاص في تلك الدولة (كمكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه العقد) وبالرجوع إلى العقد التأسيسي الذي يربط بين شركة سوناطراك والشركة الإنجليزية أن تطبيق مبدأ الإرادة الحرة سواء في اختيار للغة أو مكان التحكيم وفقا للائحة الغرفة الدولية للتجارة وهو ما يعكس فعالية التحكيم في مثل هذه العقود سواء من ناحية اختيارا القانون الذي يحكم الإجراءات أو الموضوع وهو ما يعزز فعاليته فيما بعد عل الحكم التحكيمي.

الفقرة الثانية

حالة عقد البحث والاستغلال البترولي المبرم بين شركة سوناطراك وشركة ايطالية " AGIP

بالنسبة لهذا العقد تعرف فيه تسوية النزاع مرحلتين مرحلة ودية مسبقة ثم مرحلة لاحقة إين يلتجأ فيها الطرفان إلى تحكيم الغرفة الدولية للتجارة قبل كل شيء يجب التفكير هنا أنه بالنسبة للمرحلة الودية المسبقة يشكل فيها التوفيق الوسيلة الأنسب والأكثر مرونة من أجل تسوية النزاع القائم على التفاهم الودي بين الطرفين لأن الاضطرابات التي يمكن أن تهز المشاريع الاستثمارية قد تؤدي في النهاية إلى خسائر مالية إذا لم يتوصل الطرفان إلى تفاهمات ينهيان بواسطتها النزاع ، ولهذا الغرض فإن آلية الودية تشكل آلية المجدية لتسوية النزعات التعاقدية أو على الأقل تبديد أسباب عدم التفاهم من أن تكون هناك حاجة إلى اللجوء إلى آلية القضائية سواء قضاء الدولة أو قضاء خاص.

ولهذه الأسباب نصت المادة 1/36 من البند التعاقدي الذي يربط بين شركة " سوناطراك " وشركة " أجيب " الإيطالية ، على التوفيق كحل ودي للنزاعات التي قد تقوم بين هاتين الشركتين، حيث يبدأ التوفيق طبقا للبند السالف الذكر والذي تقوده لجنة برسالة مضمونة الوصول يرسلها طالب التوفيق إلى الطرف الأخر في ظرف شهرين ابتداء من نشأة النزاع يجب أن يتضمن طلب التوفيق عرضا لإدعاءات طالب التوفيق وأن صياغة الطلب لا يخضع إلى

أي شرط شكلي وغياب الشكلية هنا تعني شيئا وحيدا وهو حرص الطرفين على أن تكون الشكلية سببا في عرقلة التوفيق أو وسيلة تستعمل من قبل الطرف بسوء نية لإعاقة المسار الطبيعي لعملية التوفيق ، خاصة وأن الهدف من التوفيق ليس إيجاد حل مؤسس على القانون المحض ، وإنما الوصول بعد تقييم مسبق لإدعاءات ومصالح كل طرف إلى حل مرض ومقبول من قبل الطرفين، ومن جهة أخرى تبدأ إجراءات التوفيق الفعلي وبالمعنى الدقيق للكلمة خلال 30 يوما ابتداء من تسلم الرسالة المضمونة الوصول من قبل الطرف الآخر حيث تشرف على التوفيق لجنة مكونة من ثلاث موفقين معين من قبل كل طرف في التوفيق يعينان بدورهما موفق ثالث يترأس لجنة التوفيق وعند الاختلاف في تعيين الموفق الثالث أو تعيين أحد الأطراف موفقه فإن على الطرف المبادر تقديم طلب التعيين إلى الرئيس المحكمة العليا خلال ثلاثين يوما وأن تعذر على رئيس المحكمة العليا التعيين يقوم نائبه بذالك ويقوم رئيس للجنة التوفيق بالإشراف على جميع إجراءات التوفيق بداء بالإطلاع على إدعاءات الأطراف و الوقائع و استحضار الوثائق والأمر بإجراء التحقيق وهذا ما نصت عنه الفقرة (هـ) من المادة 36 من نفس البند التعاقدي السالف الذكر وفي ختام أعمال اللجنة تصدر بعد دراستها لإدعاءات وفحصها للوثائق المدعمة لها توصيات في مدة لا تتجاوز 120 يوما ابتداء من تعيين الرئيس ، أما بالنسبة لتنفيذ توصيات اللجنة فتبقى رهينة لإرادة الحرة لطرفين المتنازعين فلا تفرض عليهما بالقوة عن طريق سلطة خارجية أو باستعمال وسائل وإجراءات خاصة تكون شبيهة بتلك التي نجدها في قضاء الدولة أو في التحكيم كلجوء أحد الخصمين إلى محاكم مكان التنفيذ واستعمال التنفيذ الجبري عوضا عن التنفيذ التلقائي أما إذا لم تنجح محاولات التوفيق وذلك بإصرار كل طرف في النزاع على مواقفه يلجأ إلى التحكيم كمرحلة لاحقة حيث تنص المادة 2/36 من عقد البحث والاستغلال الجزائري الإيطالي هذا على أنه " في حال فشل إجراء التوفيق فإن النزاعات المتعلقة بتفسير أو تنفيذ القد الحالي، يمكن تسويتها بصفة نهائية طبقا للائحة الغرفة الدولية للتجارة السارية المفعول من طرف ثلاثة محكمين معينين وفقا لهذه اللائحة " من القراءة الأولى لهذه اللائحة تؤكد لنا أن التحكيم لا يغطي فقط النزاعات المتعلقة بتفسير العقد بل وأيضا تلك المتعلقة بتنفيذه، أما عن إجراءات التحكيم المطبقة على هذين النوعين من النزاعات الذين وقع حصرهما من طرف المتعاقدين فهي تلك التي تنص عليها المادة 15 من لائحة تحكيم الغرفة مسألتان يؤكد عليهما هذا البند التعاقدي الأولى، وهي أن لائحة تحكيم الغرفة الدولية للتجارة هي التي يجب أن يأخذ بها في تسوية النزاع ولكن ليست أي

لائحة إذ يتعلق الأمر بلائحة السارية المفعول أما المسألة الثانية، وهي تأكيد البند التعاقدي على أن المحكمة التحكيمية الفاصلة في النزاع يجب أن تكون في شكل هيئة تحكيمية مكونة من ثلاثة محكمين أما عن كيفية تعين هؤلاء المحكمين فتحكمها لائحة تحكيم الغرفة باعتبارها لائحة التحكيم المؤسساتي المختار ولكن ماذا يعني أن تسوى النزاعات المتعلقة بتفسير العقد أو بتنفيذه طبقا للائحة الغرفة السارية المفعول؟[1] نعتقد أن ذالك يعني شيئا وحيدا وهو أن الهيئة التحكيمية لدى فحصها مثلا لمدى صحة إجراءات التحكيم المطبقة يجب أن تراعي في ذالك أحكام لائحة تحكيم الغرفة الدولية للتجارة ليس في حالتها قبل نشوب النزاع ولكن عند الفصل في النزاع لأننا كما نعلم لقد عرفت لائحة تحكيم الغرفة التي دخلت حيز التنفيذ في غرة 1955 تعديلات عديدة في جوان 1975 ثم في 1988/01/01 وقد مست هذه التعديلات الجانب المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على إجراءات التحكيم وعرفت مثلا المادة 15 حاليا[2] 11 سابقا والتي كانت تنظم إجراءات تحكيم الغرفة تعديلا شمل توطين الإجراءات ومن يقوم بتحديدها فقد أزاحت مثلا في المادة في صياغتها الجديدة عن إجراءات المكان الذي يجري فيه التحكيم ثم في خصوص من يتولى تحديدها أكدت على أن عملية الإجراءات هي موكلة للطرفين عملا بمبدأ سلطان الإرادة ، وإلى المحكم في حالة سكوت اللائحة بالرجوع أو عدم اللجوء إلى قانون داخلي للإجراءات.

أما في خصوص تعيين المحكمين طبقا للمادة 2/36 من العقد فقد نصت هذه الأخيرة صراحة على تعيين ثلاثة محكمين تجسيدا للمبدأ حرية الأطراف في تعيين المحكم وحيد أو عدة محكمين والذي كرسته لائحة تحكيم الغرفة وعلى إثر هذا التعيين يقوم مجلس الغرفة بتأكيد هذا التعيين أما إذا لم يتفق الطرفان على تعيين محكم أو عدة محكمين فإن المجلس يتولى بنفسه هذا القيام بهذا التعيين .

وقد تتشكل المحكمة التحكيمية من محكم وحيد أو ثلاثة محكمين بحسب أهمية القضية ، لماذا الطرفان الجزائري و الإيطالي ثلاث محكمين عوض محكم وحيد ، أم عن مكان التحكيم واللغة المعتمدة في الإجراءات فإن المادة 3/36 من العقد تشير إلى جنييف كمكان للتحكيم[3] ، وبما أن الطرفين قد اتفقا على جنييف كمكان للتحكيم فهو مكان يتصف بالحياد باعتبار أن

[1] حسن طالبي، المرجع السابق، ص 189.
[2] جرى تعديل ثاني للمادة سنة 1988 ولكن هذا التعديل لم يمس المادة 11 والتي شهدت تعديلا وحيدا كان ذلك سنة 1975 والتي اصبحت تحمل دخول هذا التعديل حيز التنفيذ في غرة جانفي من نفس السنة رقم 15 نقلا عن حسن طالبي المرجع السابق الصفحة 189.
[3] راجع المادة 14 من لائحة تحكيم الغرفة الدولية للتجارة

التحكيم سوف لن يقع في حال نشوب النزاع على تراب أي أحد من الطرفين ونعتقد أنه بالرجوع إلى لائحة تحكيم الغرفة فإن هذه الأخيرة أعطت كامل الحرية للإطراف في أن يختار و مكان للتحكيم، في الحقيقة أن اختيار مكان التحكيم يثير تساؤلا وهو : هل أن قانون البلد الذي اختير من قبل المتعاقدين يأخذ بعين الاعتبار خصوصيات التحكيم الدولي أم أنه يشبه بصفة مطلقة التحكيم الداخلي بالتحكيم الدولي ؟ إن قانون إجراءات مكان إجراءات التحكيم يلعب دورا هاما في الممارسة العملية حتى وأن كان المعترف هو مبدأ سلطان الإرادة كونه المبدأ الضامن لاستمرار ونجاح إجراءات التحكيم الأخرى ، فمن حيث اختيار لغة التحكيم فقد إختار الطرفان الفرنسية وهي لغة العقد أما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فقد اتفقا الطرفان على أن يكون القانون الجزائري هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وخاصة قانون 14/86 الموافق لـ 07/19/ 1986 والمعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له وهذا الاختيار جاء تطبيقا لنص المادة 1/17 من لائحة تحكيم التابعة للغرفة الدولية للتجارة التي تكرس مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وهو المبدأ الذي كرسته العديد من لوائح التحكيم الدولية وكذالك القانون الدولي الخاص بالعقود[1] وهو الأمر الذي جرى عليه الأمر بالنسبة للعقد الذي يربط الشركة الجزائرية "سوناطراك" وشركة " AGIB " الإيطالية وهو اختيار وقع صراحة على القانون الجزائري.

الفرع الثاني

إجراءات التوفيق والتحكيم طبقا للائحة الغرفة الدولية للتجارة

تبدأ إجراءات التسوية طبقا للائحة الغرفة الدولية للتجارة بمرحلة مسبقة تسمى مرحلة التوفيق ثم مرحلة ثانية تليها وهي مرحلة التحكيم بمختلف محطاتها وهذا من خلال فقرتين التاليتين:

الفقرة الأولى :

مرحـلة التوفيـــق

الملاحظة الأولى هي أنه يشترط في التوفيق أن يكون منصبا على نزاع تجاري ذي طابع دولي أما من حيث المكلف بالتوفيق ، فإذا كان في السابق تتولى مهمة التوفيق لجنة ثلاثية[2]، فإنه طبقا للائحة الحالية لسنة 1988 يقوم بعملية التوفيق موفق وحيد تعيينه الغرفة الدولية للتجارة إلى جانب كونه يجب أن يتصف في عمله بالحياد والإنصاف والعدالة أما في خصوص

[1] اتفاقية روما لسنة 1981 حول قانون الواجب تطبيق التزامات تعاقدية
[2] حسن طالبي، المرجع السابق، ص 197.

الإجراءات المتبعة في التوفيق، فتبدأ بتقديم المدعي لمطلب في التوفيق لدى أمانة مجلس الغرفة الدولية للتجارة ويمكن أن يقدم هذا المطلب بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق اللجنة الوطنية للغرفة، الواقعة في بلد الطالب إن وجدت و حاليا يمكن لطرف الجزائري الذي يكون طالبا في التوفيق عن طريق اللجنة الوطنية التي تتبع الغرفة والتي أنشئت سنة 2000 . يجب أن يتضمن هذا المطلب المرفوع لدى الأمانة على عرض موجز لدفوعات المدعي ، مرفوقا بكل الوثائق التي تدعم إدعاءاته إلى جانب فعه لجميع معاليم إجراءات التوفيق الواجبة ، حيث يأخذ المطلب شكل عريضة وعلى إثر قبول هذه العريضة تقوم أمانة المجلس بالاتصال بالطرف الآخر سواء بشكل مباشر أوعن طريق للجنته الوطنية لإعلامه بمحتوى العريضة في أقرب وقت ممكن وبعد تسليم المدعي عليه العريضة وقبوله بالتوفيق يجب عليه أن يخبر أمانة المجلس بهذا القبول في أجل محدد وهو 15 يوما لأنه في غياب أي رد أو في حال عدم قبوله بالتوفيق في أجل معين، فإن طلب التوفيق يعد مرفوضا من قبل الأمانة [1].

أما من حيث محتوى هذا القبول ، فإنه يجب أن يتضمن رأيا للمدعي عليه مرفوقا بجميع المستندات المتعلقة بالنزاع وبناء على هذا الرد، يقوم الموفق بدراسة الملف كما يتلقى جميع المعلومات ذات الصلة بالنزاع يمكن للموفق من جهة أخرى، أن يتصل بطرفي النزاع مباشرة أو عن طريق لجانهما الوطنية ، كما يمكن للطرفين وهما يكونان قد قدما بعد كل دفوعاتهما و مستنداتهما إلى الموفق أن يستعينا بأي محام يختارانه بمحض إرادتهما.

لم تمنح لائحة التوفيق الحالية لسنة 1988 أي مهلة للموفق ، من أجل تقديم اقتراحات للطرفين ، تكون بمثابة صيغة للتوفيق ينتهي على أساسها النزاع خلافا للوائح السابقة والغاية من هذا السهو هو منح الموفق حرية كبيرة في مباشرته لعمله وإضفاء نوع من المرونة عليه إلا أن لائحة تصر بالمقابل على أن يقوم الموفق بعمله بكل سرية وعلى كل شخص يشارك في هذا العمل أن يحترم هذه السرية .

يمكن أن تنتهي عملية التوفيق إما بقبول الطرفين لنتائج التوفيق وهذا القبول يجب أن يأخذ شكل اتفاق يمضي من قبل طرفي النزاع ويجب أن يبقى سريا، إلا إذا اقتضى تنفيذه غير ذالك أو بإعلان الموفق أن محاولة التوفيق لم تصل إلى نتائج إيجابية وفي هذه الحالة فعلى الموفق أن يحرر محضرا في ذلك كما يمكن أن يوضع حد لعملية التوفيق في حالة تبليغ أحد الطرفين

[1] المادة 2/3 من لائحة التوفيق للغرفة الدولية للتجارة والتي دخلت حيز التنفيذ في غرة انفي سنة 1988، عن منشورات ، الغرفة ، أوت 1997.

الموفق عن نيته في حال عدم مواصلته محاولة التوفيق، ولهذا وفي جميع الحالات ، إذا ما وصل التوفيق إلى طريق مسدود فلن يبقى لطرفي النزاع إلا حل وحيد ألا وهو اللجوء لتحكيم ، ولكن حتى في هذه الظروف فيشترط أن يكون الطرفان مرتبطين باتفاقية للتحكيم ويبقى أن نشير إلى أنه يمنع على الطرفي النزاع استعمال أي رأي أو اقتراح أو حل أو مشروع حل يكون قد صرح به أو أستعرض أثناء محاولة التوفيق " كعنصر إثبات " في إجراءات قضائية أو تحكيمية تباشر فيما بعد وتكون هي التمهيد للوضع معلم أحد الحلول التي تستكمل عن طريق آلية التحكيم وتفرغ ضمن مضامينه[1].

الفقرة الثانية

مرحلـة التحكيـــم

يمر تحكيم الغرفة بمراحل عديدة بدءا من مباشرة التحكيم ومرورا بسير إجراءات التحكيم ثم انتهاء بالقرار التحكيمي، فبالنسبة لهذه المراحل فقد نظمت لائحة الغرفة الدولية للتجارة بشكل مفصل كيفية تقديم مطلب التحكيم ومحتواه وهو المطلب الذي يأخذ شكل عريضة إلى جانب تنظيمها للأثار المترتبة عن هذا المطلب كما وضعت لائحة من جهة أخرى لقواعد تشكيل المحكمة التحكيمية ورد أعضائها إلى جانب القواعد التي تحدد كيفية سير الإجراءات أمامها وانتهاء بالقرار التحكيمي الذي يصدر عنها.

وعن عريضة التحكيم التي على أساسها يشرع طالب التحكيم في مباشرة التحكيم تنص المادة 3 من لائحة تحكيم الغرفة على أن من يريد مباشرة التحكيم لديها ، عليه أن يلتمس أمانة المجلس التحكيم مباشرة أو بطريقة غير مباشرة بواسطة لجنته الوطنية ، ويعد تاريخ قبول العريضة من قبل أمانة مجلس التحكيم بداية الشروع في إجراءات التحكيم يجب أن يحتوي مطلب مباشرة التحكيم على العناصر التالية : اسم ولقب وصفة وعنواني الطرفين وعر ض لإدعاءات الطرف المدعي في التحكيم وكذالك اتفاقية التحكيم وكل وثيقة أو معلومة من شأنها أن تلقي الضوء على ظروف القضية ، وكل إشارة مفيدة تتعلق بالمحكمين وباختيارهم .

بعد تلقيها العريضة من المدعي في التحكيم تنقل أمانة المجلس نسخة من هذه العريضة وكل الوثائق الملحقة بها إلى المدعي عليه في التحكيم ، ثم على هذا الأخير وطبقا للمادة 5 من لائحة الغرفة ، أن يجيب عن المقترحات لمعروضة عليه والتي تتعلق أصلا بعدد المحكمين في أجل لا يتعدى ثلاثين يوما ابتداء من تسلمه العريضة .

[1] المادة 1 وما بعدها من لائحة التوفيق للغرفة الدولية للتجارة.

يجب عليه أيضا أن يقدم وسائل دفاعه وكل الوثائق المدعمة لها في الآجال المحددة ماعدا ذالك يمكن له أن يطلب مهلة إضافة لتقديم دفوعاته لكن بصفة استثنائية[1] .

وفي هذه الحالة فإن طلب مهلة جديدة يكون خضعا شروط جد مقيدة من جهة أخرى إذا طلب المدعى عليه في التحكيم مهلة إضافية فيجب أن يرفق طلبه هذا برده على المقترحات التي جاءت في طلب المدعي والتي تتعلق عادة بعدد المحكمين وبتعيينهم أما في غياب أي رد من قبل المدعى عليه في التحكيم تلتمس الأمانة عندئذ " المجلس التحكيمي" الذي يقوم بوضع إجراءات التحكيم حيز التطبيق وتتولى لائحة تحكيم الغرفة الدولية للتجارة عناية خاصة لأثـار التي تترتب عن إدماج الشرط التحكيمي للغرفة في عقد استثمار دولي وعلى صعيد آخر فإن عدم مشاركة أحد الطرفين في التحكيم بعد قبوله له لا يمكن أن يشل في أي حال من الأحوال إجراءات التحكيم وإذا أثار أحد الخصمين دفعا أو عدة دفوع تتعلق بوجود أو بصلاحية اتفاقية التحكيم فإن المجلس يمكن له ـ وقبل الخوض في الموضوع ـ وإذا لاحظ أن اتفاقية التحكيم موجودة فعلا ، أن يقرر إجراء التحكيم بقطع النظر عن مسألة قبول أو عدم قبول دعوى التحكيم من قبل الطرف الآخر أو وجاهة الوسائل المثارة ، مع حفظ حق المحكمة التحكيمية في أن تقرر ما إذا هي مختصة بالنظر في النزاع أم لا وهو ما يعرف عموما " بمبدأ اختصاص الاختصاص " حيث تكرس المادة 8/ 4 من لائحة الغرفة ما يعرف بالاستقلالية القانونية للشرط التحكيمي من جهة أخرى إن إدعاء أحد الطرفين ببطلان العقد أو بعدم وجوده أصلا لا يؤدي إلى عدم اختصاص المحكمة التحكيمية الذي يبقى قائما حتى في عدم وجود العقد وبطلانه ، للنظر في الحقوق التي يتمتع بها الطرفان .[2]

يكلف مجلس بتشكيل المحكمة التحكيمية وذلك بعد التعيين أو إقرار المحكمين المعينين إلا إذا قام الخصمان بذالك آخذين في عين الاعتبار جنسية كل محكم وانتمائه وكذالك مكان إقامته بالنظر إلى البلد الذي ينتمي إليه الطرفان في النزاع ، أما فيما يخص إجراءات الرد فهي مقتضبة ضمن مقتضيات المادة 2 الفقرة 7 حيث تبدأ الإجراءات الرد وفقا للمادة بمطلب يقدمه أحد الطرفين المتنازعين إلى المجلس التحكيمي للنظر فيه أما ما يثار عن الأسباب أمامه فإن ذالك يرجع إلى السلطة التقديرية التي يتمتع بها والتي تعطيه الحق في أن يقبلها أو يرفضها[3] .

[1] حسن طالبي، المرجع السابق، ص200.
[2] أحمد عبد الحميد عيشوش، المرجع السابق، ص 61.
[3] حسن طالبي، المرجع السابق، ص204.

أما المادة 18 من لائحة الغرفة فتنص على أنه قبل التحقيق في النزاع يعد المحكم وفقا للأوراق التي بين يديه وبحضور الطرفين المتنازعين محررا يحدد فيه مهمته ويمضي هذا المحرر من قبل الطرفين والمحكم أو المحكمين المختارين ، وإذا رفض أحد الأطراف التوقيع على المحرر محتجا في ذالك بعدم وجود أو عدم وجود صلاحية الشرط التحكيمي فإن على المحكم أن يعلم المجلس بذالك ، يمنح هذا الأخير الطرف الرافض للإمضاء مهلة محددة للتراجع عن رفضه فإذا لم يستجب تستمر إجراءات التحكيم لا محالة بالرغم من هذا الرفض يبقى أن يشير من جهة أخرى ، إلى أنه يجب أن تحتوي الوثيقة المهمة على البيانات هامة ومن بين هذه البيانات ، تحديد مقر التحكيم وتحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع النزاع ، ثم بمجرد الانتهاء من إعداد الوثيقة المهمة يشرع المحكم في التحقيق في النزاع حيث يتمتع المحكم في إطار الإجراءات التي يقوم بها بصلاحيات واسعة وهي تتسم خاصة بطابعها " التحقيقي "على صعيد آخر من أجل تسوية النزاع فإن المحكم مدعو إلى تطبيق القانون المختار على التحكيم من قبل الطرفين سواء أكان على الإجراءات أو الموضوع وهنا تشير المادة 15 من لائحة الغرفة الدولية للتجارة على " أن القواعد المطبقة على الإجراءات أمام المحكم هي تلك وهي التي تطبقا وفقا لهذه اللائحة وفي سكوت هذه الأخيرة تطبق ، تلك التي يحددها الأطراف المحكم بالرجوع أولا إلى قانون الداخلي للإجراءات يكون قابلا للتطبيق على التحكيم " ، فالمبدأ الأصل هو تحديد الطرفين للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات وفي حال سكوتهم استثناءات يطبق قانون وطني يختاره أو إلى بلد مكان التحكيم وغلى قانون الدولة التي ينتمي إليها أحد طرفي العقد ، وهذا راجع لسببين اثنين هما:

أولا : أن العديد من العقود الاستثمارية التي أبرمت في هذا الصدد قد اختارت القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع القانون الداخلي الجزائري ، وفي هذا الإطار نجد أن إرادة الطرفين قد اتجهت بصورة ضمنية إلى اختيار القانون الجزائري كقانون يطبق على الإجراءات.

ثانيا : لا أحد ينكر أيضا ما للقانون الجزائري كالقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع من قيمة في حد ذاته ، لما لهذا القانون من علاقة مباشرة بالعقد والنزاع ، لأنه في الجزائر أين ينفذ العقد الاستثماري والجزائر بصفتها البلد المضيف للاستثمار فهي المعنية قانونيا واقتصاديا بالنزاع القائم بين الأطراف المتعاقدة .

وهذا يعبر في الحقيقة عن اختيار الطرفين للقانون الجزائري هو تطبيقا للمبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون " الذي على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع مثلما تنص عليه المادة 17

الفقرة 1 من اللائحة والفقرة الثانية تضيف أنه " على المحكمين ، وفي جميع الحالات، أن يأخذوا في عين الاعتبار بنود العقد وأعراف التجارة الملائمة، ومن جهة أخرى نصت المادة 3/17 من اللائحة "أنه بإمكان المحكمين أن يفصلوا في النزاع بصفتهم محكمين مفوضين في الصلح ، حيث أصبح هذا البند بندا نموذجي ضمن العقود التي أبرمتها سوناطراك مع العديد من الشركات الأجنبية ، وبعد عملية تحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم يشرع المحكم أو المحكمين في تحقيق في النزاع وذالك طبقا للمادة 20 الفقرات من 1 إلى 16 .
وبعد مرحلة التحقق والدراسة تصدر المحكمة التحكيمية قرارا لتضع من خلاله حدا للنزاع القائم كما يمكن لها أن تصدر حكما بالصلح وفقا للمادة 17 من لائحة الغرفة الدولية للتجارة يسمى " قرار اتفاق الاطراف " تصدره المحكمة ويجب ان يكون بسبب وموقعا وبعد ذلك يصبح القرار نهائيا حيث يجب على الاطراف تنفيذه والتنازل عن طرق الطعن الممكن رفعها امام محاكم الدولة ويصبح ملزما للأطراف وجب ان يكون القرار التحكيمي غير مخالف للنظام العام في بلد التنفيذ وفق التشريع الوطني وهو النظام العالمي الدولي.[1]

[1] أحمد بوخلخال، المرجع السابق، ص168.

خاتمة

خاتمـة:

حاولنا من خلال هذه الدراسة أن نتعرض وبشكل مفصل لآليات تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي سواء في مراحلها الودية أو مراحلها القضائية المرتبطة في احتكامها وتأثرها بطبيعة عقد الاستثمار الأجنبي ، حيث سجلنا عدة نتائج وملاحظات من تفاعل تلك العلاقة مع آليات التسوية والعقد الاستثماري في خصوصيته المتميزة .

ـ فمن خلال ما سبق دراسته نخلص إلى أن منازعات عقود الاستثمار الأجنبي تنشأ عن عقد أحد طرفيه المستثمر الأجنبي الذي يكون شخص طبيعي أو اعتباري حيث يقوم باستخدام أصوله المالية أيا كانت طبيعتها للمشاركة في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة وذالك بإقامة مشروع اقتصادي أو المساهمة في مشروع قائم بقصد تحقيق عوائد مجزية، بتسخير أمواله وخبرته في مشروع اقتصادي وفقا لقانون الدولة المضيفة .

ـ عقود الاستثمار هي طائفة من العقود الدولية التي تبرمها الدولة أو أجهزة التابعة لها مع شخص طبيعي أو اعتباري يلتزم بمقتضاها المستثمر الأجنبي بنقل قيم اقتصادية إلى الدولة المضيفة لاستغلالها في مشروعات على أرضها بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة والربح للمستثمر الأجنبي وهي تتمتع بطبيعة خاصة ، حيث ترجع من ناحية إلى طبيعة أطرافها ، كونها تبرم بين طرف عام وهو الدولة وطرف خاص أجنبي وهو المستثمر وبالنظر إلى موضوعها تهدف هذه العقود بشكل أساسي هو الإسهام في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة مما يكسبها بعدا شامل في الارتباط بالمجتمع بمعنى أن هذه العقود لن تعد في مصلحة الأطراف وإنما في مصلحة المجتمع أيضا بسبب تعلقها بالثروة الوطنية للدولة .

ـ أن هذه العقود هي عقود دولية بالنظر إلى توافر المعيار القانوني والاقتصادي فيها ويترتب على ذالك خضوعها للآثار المترتبة على العقود الدولية وهو ما أخذت به اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

ـ أن اللجوء في تسوية عقود الاستثمار إلى مسلك الطرق الودية سواء أكانت اتفاقية أو تنتمي إلى نظام مؤسسي أو قضائي فبحكم أنها لا تخضع لتأثير طرف ثالث غير طرفي النزاع ويطبق قانون يكون ملزما في صدور قرار أو حكم باستثناء المصالحة القضائية فإن الواقع قد سجل فشلها في حل النزاع الاستثمارات ذات الأهمية الكبيرة

والقيمة المالية ، لذالك اقتصر تطبيق هذه الوسائل الودية في حالتي التشاور أو التفاوض و الأخذ بهما لمجرد الاستئناس و التمهيد لطرح النزاع على التحكيم أو القضاء

ـ لقد أثار اللجوء إلى تسوية المنازعات عقود الاستثمار الأجنبي إلى المحاكم الوطنية لدولة المضيفة للاستثمار العديد من الصعوبات التي ما كان منها ما يتعلق بطول الإجراءات بالإضافة إلى هذا فإن المحاكم المحتكم فيها لم تكن متخصصة في المسائل الفنية المعقدة التي تبرزها علاقات الناشئة عن عقود الاستثمار بالإضافة إلى هذا كان يسود القلق الذي يشعر به المستثمرون الأجانب اتجاه حيادية القضاء الوطني لذالك لا يرتاح المستثمرون الأجانب إلى عرض منازعاتهم على القضاء المحلي وإنما يفضلون عرضها على التحكيم ، وقد توصلنا إلى رغبة الدول النامية في جذب الاستثمارات الأجنبية قد دفعها إلى مسايرة المستثمر الأجنبي في هذا الاتجاه في انتظار نتيجة الحلول الإصلاحية التي انتهجتها في إصلاح أجهزة العدالة بها وهذا الأمر استدركته الجزائر من خلال التعديلات التشريعية للقانوني الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الاستثمار باعتمادهما إنشاء قطب مخصص على مستوى المحكمة الابتدائية ضمن التنظيم القضائي العادي يتكون من قضاة متخصصين في منازعات التجارة الدولية ولما يرتبط بها من منازعات كتأمين والبنوك إلا أن نتيجة هذه الإصلاحات التشريعية و التنظيمية لم تتطور بعد لضعف الإقبال على الاستثمار من الأجانب في البلد المضيف والتأخر المترتب عن ذالك في تفعيل هذه الإصلاحات وجعلها في الخدمة .

ـ أن لجوء المستثمر الأجنبي في تسوية منازعاته مع الدولة المضيفة إلى القضاء الدولي لم يسجل تفعيله وتناسبه مع حجم المنازعات الاستثمارية القائمة ، بل انعدام في التوجه إليه في حالة قيام المنازعات مع الدول النامية وذالك نظرا لاختلاف الأطراف المتنازعة وتعلق ذالك الاختلاف باعتبارات السياسية و الاقتصادية في العلاقة بين طرفي النزاع ، بالإضافة إلى ارتباط حق الحماية الدبلوماسية بشرط توفر الجنسية لبسط مضلة الحماية من جهة ، ووجوب استنفاذ طرق التقاضي الداخلية من جهة أخرى ، ولذالك تمخضت حتمية اختيار وتفضيل المستثمرين الأجانب اللجوء إلى التحكيم بنوعيه الحر والمؤسسي لاعتبارات عديدة ضمن بنود عقد الاستثمار وهذا ما يتجلى في العديد من العقود التي أبرمتها الشركات الوطنية مع الشركات الأجنبية كما ذكرنا في سابق بحثنا .

ـ لاعتبار أن نظام التحكيم يحكمه قانون الإرادة سواء بالنسبة لتشكيل المحكمة التي تنظر في النزاع أو بالنسبة للقانون الواجب التطبيق لإصدار الحكم في النزاع في الغالب ما يكون بتوجيه وتأثير الأطراف المتأمل في الاتفاق .

ـ أن التحكيم في منازعات عقود الاستثمار لا يكون محكوما في طبيعة نشأته إلى مرجعية إرادة الأطراف فقط ، بل هو مزيج من العمل المختلط بالعمل القضائي ويتأثر به خاصة في حالات تعيين أعضاء محكمة التحكيم وتنفيذ الحكم الصادر في المنازعات بل ينتقل الاختصاص في ذالك والتكفل به إلى قضاء الذي على ضوئه يتحدد مصير الحكم سواء بالتنفيذ أو إعدامه بالبطلان وهذا نتيجة لتدخل العمل القضائي وتأثيره في إرادة الأطراف التي أوجدت اتفاق التحكيم ، بحيث أن الحكم التحكيمي الصادر في المنازعة الاستثمارية يتشابه في الكثير من عناصره بالحكم القضائي من حيث طريقة إصداره في أغلب الأحيان يكون من هيئة تداولية تتخذ قرارها بالإجماع أو الأغلبية إلا أنه محكوم في مدة إصداره بمدة معينة غالبا ما تكون قصيرة وهي قابلة للتمديد من الأطراف بالنص عليها مسبقا أومن هيئة المحكمة أو المؤسسة التحكيمية التي يخضع لها التحكيم وهو في هذا المجال يختلف تمام الاختلاف عن القضاء .

ـ أن التحكيم و أن كانت الأطراف في العلاقة الاستثمارية تحبذ اللجوء إليه لما يحتويه من محاسن ، فإنه لا يعتبر نظاما متكاملا ، إذا إنه يعود بعدة مساوئ على الطرف المنتمي للبلدان النامية نتيجة لفرضه كنظام في المؤسسات والاتفاقيات المتعددة الأطراف تخدم مصالح هذه البلدان التي فرضته ، وذالك يستوجب على البلدان النامية أن تحترز منه عند التعاقد واللجوء إليه لفرض بنود اشتراطية التي تخدم مصالحها هي أيضا حتى يكون هناك توازن في معادلة المعاملة والمصالح المتبادلة بالتساوي بين طرفين العلاقة الاستثمارية فيما يخص آليات تسوية منازعاتها وفقا لتطبيق مبدأ المصلحة المشتركة والمتبادلة لطرفي العقد باستحداث آليات قانونية وتنظيمية تواكب تطور إبرام العقود الاستثمارية لتحقيق المصالح المتبادلة ، بالعمل على إنشاء هيئة تحكيمية إقليمية خاصة يمكن اللجوء إليها عند قيام النزاع الاستثماري كبديل عن الهيئات المتواجدة حاليا كضمان فعلي لاستقطاب الاستثمار الأجنبي وتحقيق التنمية المرجوة من خلاله .

1- قائمة المراجع:

أولا: الكتـب:

1- أحمد محيو، المنازعات الادارية ، ترجمة فائق انجق وبيود خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، 1983.

2- أحمد أبو الوفاء: الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية 2001.

3- أحمد عبد الحميد عيشوش، النظام القانوني لاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، 1975، دار النهضة العربية.

4- عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الاجنبية في القانون الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 203.

5- عصام أحمد البهجي، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار الفكر الجامعي للطباعة والنشر، الطبعة الاولى، الاسكندرية، مصر.

6- عليوش كمال قربوع، قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999.

7- عبد الحميد الاحدب، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء 2، سنة 1998، دار المعارف بيروت.

8- عاطف إبراهيم محمد : ضمانات الاستثمار في البلدان العربية في ضوء أحكام المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، 1998.

9- عصام الدين مصطفى بسيم: النظام القانوني للاستثمارات في الدول الاخذة في النمو ، دار النهضة العربية، 1971.

10-محمد حسام لطفي، مسؤولية مدنية في مرحلة التفاوض، طبعة 1999.

11-مولاي بغدادي، الخبرة القضائية في المواد المدنية، مطبعة دحلب، 1992.

ثانيا: المقالات القانونية:

12-ابـراهيم الدسـوقي، الجوانـب القانونيـة فـي إدارة المنازعـات وإبـرام العقـود، الإدارة العامـة للبحوث، المجلة العربية السعودية، سنة 1995.

13-زكاريا محمد بيومي، الخبرة في منازعات الضرائب المباشرة في التشريع الضريبي الفرنسي، مجلة القاهرة بالخرطوم، العدد 4، 1973.

14- حنيش كمال، الطرق البديلة لحل النزاعات ، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الثاني.

ثالثا- الرسائل الجامعية:

15-أحمد بوخلخال، نظام تسوية الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي العام، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق بن عكنون، السنة الجامعية 2013/2012.

16-حسن طالبي، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005.

رابعا: النصوص القانونية:

17-قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، قانون 90/ 36 و المؤرخ في 1990/12/31 المتضمن قانون المالية لسنة 1991 لاسيما المادة 38 المحدثة لقانون الضرائب المباشرة ، الجريدة الرسمية، العدد 84، 1991.

18-المرسوم التشريعي رقم 08/93 مؤرخ في 25 افريل 1993 يعدل ويتمم الامر 59/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية، العدد 27 ، 27افريل 1993.

19-المرسوم التشريعي رقم 09/93 مؤرخ في 27افريل 1993 يعدل ويتمم الامر 154/66 مؤرخ في 8جوان 1969و متضمن قانون الاجراءات المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 27، 1993.

20-المرسوم التشريعي رقم 12/93 مؤرخ في 5اكتوبر 1993 يتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية 64، سنة 1993

21-الامر رقم 04/95 مؤرخ في 21يناير 1995 يتضمن الموافقة على اتفاقية تسوية المنازعات متعلقة باستثمارات بين الدول ورعاية دول اخرى، الجريدة الرسمية، العدد7، 1995.

22-مجموعة الاتفاقيات الاستثمارية في مجال الطاقة أبرمت بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركات مشتركة، الجريدة الرسمية، العدد 7، تاريخ 2007/01/28.

23-قانون الاجراءات المدنية والإدارية رقم 08 /09 الصادر بتاريخ 25 /04/ 2008 الجريدة الرسمية عدد 21.

24-الامر رقم 01 -03 المؤرخ في 2001/08/20 المتعلق بتطوير الاستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 47 .

25-قانون رقم 16-09 مؤرخ في 2016/08/03 يتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية ،46، سنة 2016.

خامسا- الاتفاقيات الدولية:

26-اتفاقية البنك الدولي بشان تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات المبرمة في سنة 1965.

27-اتفاقية ابرمت بين أبوظبي ، السعودية ، قطر، بناءا على مفاوضات أنجزت بقيادة الشيخ زكي يمني وزير البترول السعودي مع 16 شركة غربية ، وقعت بمدينة الرياض، في 1972/12/20، تضمنت 12 مادة و5 ملاحق تناولت جميع أنواع المشاركة في الامتيازات القائمة في راس المال وادارة ومراقبة الشركات المختلطة. أنظر عبد الرحمان منيف: مبدأ المشاركة وتأميم البترول العرب، دار العولمة ، بيروت، 1973.

28-لائحة الخبرة للمركز الدولي للغرفة الدولية للتجارة لسنة 1979 منشورات الغرفة لسنة 1979.

29-اتفاقية روما لسنة 1981 حول قانون الواجب تطبيق على التزامات تعاقدية .

30-لائحة خبرة المركز الدولي التابع للغرفة الدولية للتجارة والتي دخلت حيز التنفيذ في 1993/1/1، منشورات الغرفة، ديسمبر 1993.

31-لائحة التوفيق للغرفة الدولية للتجارة والتي دخلت حيز التنفيذ في غرة انفي سنة 1988، عن منشورات ، الغرفة ، أوت 1997.

سادسا- المراجع الأجنبية:

32- Terki. N, L'arbitrage international et l'entreprise publique économique en Algérie, Rev.arb ,1990.

33- .l'entreprise Algérienne et la négociation des contrats internationaux, Actes du séminaire, 22-24 déc. 1991.

الملخـــص:

من خلال هذه الدراسة نخلص أن منازعات عقود الاستثمار في التشريع الجزائري تنشأ عن عقد أحد طرفي المستثمر الاجنبي والدولة المضيفة للاستثمار بغية تحقيق أهداف مشتركة للمستثمر الأجنبي ، فوائد مالية وللدولة المضيفة اكتساب التقنيات التكنولوجية والخبرة من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية، حيث يلجأ المستثمر الأجنبي في ظل نشاطه الاقتصادي في الدولة المضيفة إلى العديد من الآليات منه ما هو ودي يكون بسعي من الاطراف ذاتهم من خلال آليتين(التشاور والتفاوض) ومنها ما يكون بتدخل الغير(التوفيق أو المصالحة – الوساطة) أو من خلال الية ودية أخرى ذات طابع فني تتجسد في ألية الخبرة الفنية الودية سواء كانت (حرة أو مؤسساتية) كما قد يلجأ المستثمر الاجنبي الى اليات قضائية عديدة منها ما هو داخلي وطني وذلك من خلال المحاكم الوطنية بنوعيها(الإدارية والعادية) وباختلاف نمط التعاقد للمستثمر الاجنبي (التعاقد عن طريق الشراكة أو عن طريق الاستثمار المباشر) كما يمكن له اللجوء الى القضاء الدولي سواء عن طريق المحاكم والهيئات الدولية المختصة أو الحماية الديبلوماسية، وعند إبرام عقد الاستثمار الاجنبي أثبتت جميع عقود الاستثمار الأجنبي من خلال هذه الدراسة تغليبها لتحكيم بنوعيه المؤسسي والحر، وهذا ما سايره المشرع الجزائري من خلال استحداث تعديلات جديدة تتماشى مع واقع الاستثمار الأجنبي وسبل تحفيزه من خلال ضمانة قضائية هامة وهي ضمانة فض النزاعات من خلال تعديل قانون الاجراءات المدنية بالأقطاب المتخصصة وقانون الاستثمار من خلال القانون 09/16 المعدل الأمر 01/03 المؤرخ في 3 /2016/8 لكنها لم تشهد تفعيلها الى غاية صدور التنظيم الذي يحدد جميع الآليات لتنفيذها.

R E S U M E:

A travers cette étude, nous concluons que les litiges des contrats d'investissement dans la législation algérienne découlant de la tenue d'une fin de l'investisseur étranger et l'État d'accueil pour les investissements afin d'atteindre les objectifs communs des avantages financiers des investisseurs étrangers pour le pays d'accueil d'acquérir des techniques technologiques et de l'expertise afin d'assurer un développement économique, où la station investisseur étranger compte tenu de l'activité économique dans le pays d'accueil à un grand nombre des mécanismes de ce que Woody est l'effort des parties elles-mêmes par le biais de deux mécanismes (consultation et de négociation), y compris ce qui est l'intervention de tiers (conciliation ou de réconciliation - médiation) ou par un autre mécanisme convivial de nature technique incarnée dans le mécanisme de la Balance amicale artistique si (gratuit ou institutionnel) comme un investisseur étranger à de nombreux mécanismes judiciaires peuvent avoir recours, y compris ce qui est interne et national par les juridictions nationales des deux types (administratifs et réguliers) et selon le contrat pour le modèle des investisseurs étrangers (contracté par le partenariat ou par le biais d'investissements directs) il peut aussi avoir recours à la justice internationale, que ce soit par les tribunaux de protection compétents ou diplomatiques et les organismes internationaux et à la conclusion d'un contrat d'investissement étranger tous les contrats d'investissements étrangers par le biais de cette étude a prouvé sa préférence pour l'arbitrage et institutionnelle libre des deux types, et c'est ce que la législature Saira algérienne par Asthd de nouveaux changements féminins en cohérence avec la réalité des investissements étrangers et les moyens de stimuler grâce à une garantie judiciaire importante, une garantie de la résolution des conflits par la modification des pôles procédure civile droit spécialisée et la loi de l'investissement par la loi taux 16/09 est 03/01 08/03/2016, mais n'a pas vu activé jusqu'à ce que la libération de l'organisation, qui identifie tous les mécanismes pour sa mise en œuvre.

الموضوع	الصفحة
المقدمة:.....	أ – هـ
الفصل الأول : آليات التسوية الودية	7
المبحث الأول: الآليات التي تقتصر على الأطراف.....	8
المطلب الأول: آلية التشاور	8
المطلب الثاني: آلية المفاوضات	10
الفرع الأول: الالتزام بالاستمرار في التفاوض	11
الفرع الثاني: الالتزام بالإعلام	11
المبحث الثاني: الآليات التي تتضمن تدخل الغير	15
المطلب الأول: التوفيق أو المصالحة	15
الفرع الأول: المصالحة المنظمة أمام هيئة دولية.....	17
الفرع الثاني : المصالحة القضائية في التشريع الجزائري	19
المطلب الثاني : الوساطة	20
الفرع الأول : الوساطة الاتفاقية	22
الفرع الثاني : الوساطة القضائية	23
المبحث الثالث: آلية الخبرة الودية	23
المطلب الأول: الخبرة الودية الحرة.	24
الفرع الأول: تعيين الخبراء	24
الفرع الثاني :اختصاص الخبراء.....	27
المطلب الثاني : اللجوء إلى الخبرة المؤسساتية للغرفة الدولية للتجارة .	28
الفرع الأول : اختيار الخبراء	28
الفرع الثاني : مهام الخبير	29

الفصل الثاني: آليـات التسوية القضائيـة	34
المبحث الأول: آليات التسوية القضائية الداخلية	34
المطلب الأول: آليات التسوية عن طريق المحاكم الإدارية.....	34
الفـرع الأول: النـزاع الناشـئ عـن العلاقـة بـين الوكالـة الوطنيـة لتطـوير الاسـتثمار(ANDI) والمستثمر الأجنبي	34
المطلب الثاني: آليات التسوية عن طريق المحاكم العادية	37
الفرع الأول: آليات التسوية في إطار الاستثمار عن طريق الشراكة	40
الفرع الثاني: آليــات تسويـة النزاعات في إطار عقود الاستثمار المباشر.....	40
المبحث الثاني:آليـات التسوية القضائيــة الدوليـــة.....	51
المطلب الأول:آليات التسوية عن طريق المحاكم الدولية.....	51
المطلب الثاني : آليـة التسوية عن طريق الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة وأموالهم بالخارج...	53
الفرع الأول: شـرط الجنسيـة	54
الفرع الثاني:شـروط استنفاذ طرق التقاضي الداخليـة	55
المبحث الثالث: آلـية التسوية عن طريق التحكيم التجاري الدولي	57
المطلب الأول: آليـة التسوية عن طريق التحكيم الحر.....	57
الفرع الأول:العقود التي تنص على اللجوء إلى التحكيم الحر.....	58
الفرع الثاني :أبعاد التحكيم كآلية تسوية لنزاعات بين الدولة الجزائرية والمستثمرين الأجانب	61
المطلب الثاني :آلية التسوية عن طريق التحكيم المؤسسي للغرفة الدولية للتجارة.....	65
الفرع الأول : نطاق تحكيم الغرفة الدولية للتجارة.....	65
الفـرع الثاني :إجراءات التوفيق والتحكيم طبقا للائحة الغرفة الدولية للتجارة.....	70

الخاتمة:.....	79 - 77
قائمة المصادر والمراجع:.....	79 - 77
فهرس الموضوعات:.....	82 -80