الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة باجي مختار –عنابة

UNIVERSITE BADJI MOKHTAR ANNABA

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الحماية الدولية للمستثمر

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص

التخصص: قانون دولي خاص وعقود التجارة الدولية

إعداد الطالب: طوطاوي محمد أمين

تحت إشراف: أ.د:بلغيث عمارة

أعضاء لجنة المناقشة:

الأستاذ	الرتبة	الجامعة	الصفة
ساسان رشيد	أستاذ محاضر – أ –	جامعة باجي مختار – عنابة –	رئيسا
بلغيث عمارة	أستاذ	جامعة باجي مختار – عنابة –	مشرفا ومقررا
بلعيساوي محمد الطاهر	أستاذ	جامعة محمد لمين دباغين– سطيف–	عضوا
نجاح عصام	أستاذ	جامعة 08 ماي1945 – قالمة –	عضوا
براحلية بدر الدين	أستاذ محاضر – أ –	جامعة باجي مختار – عنابة–	عضوا

السنة الجامعية: 2021/ 2022

" وقل ربي زدني علما "

شكـــر وتـــقدير

الحمد لله حمدا طيبا مباركا فيه الذي مكنني من انجاز هذا العمل والصلاة والسلام على أشرف الخلق والمرسلين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه أجمعين.

أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي المشرف الدكتور "بلغيث عمارة" الذي رافقني بتوجيهاته ونصائحه القيمة خلال كل مرحلة من مراحل إنجاز هاته الرسالة.

ومن باب الإعتراف بالجميل أتوجه بالشكر الى جميع الأساتذة في كلية الحقوق كل باسمه ومقامه خاصة مدير التكوين الدكتور"عليوش قربوع كمال".

كما أتوجه بالشكر إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد لإنجاز هذا البحث

والشكر والعرفان موصول إلى أساتذة أعضاء لجنة المناقشة الموقرة لقبولهم مناقشة هذه الرسالة.

إلى كل هؤلاء أتقدم بالشكر الجزيل.

إهـــــداء

أهدي هذا العمل الى

من كان مصدر قوتي وسبب وجودي وقدوتي أبي الغالي

إلى نبع الحنان **التي وهبتني نور الحياة فأنارت دربي حتى** ***فارقتني أمي الغالية رحمة الله عليها فللهم طيب ثراها وادخلها فسيح جناتك*** **واحشرها مع الصديقين والشهداء وحسن أولئك رفيقا .**

إلى أخواتي البنات

إلى أخي أحمد

إلى كل من قاسمني لحظات عمري أصدقائي وزملائي

إلى كل من وسعهم قلبي ولم يذكرهم لساني وقلمي

الى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي

قائمة المختصرات:

GAAT: General Agreement on Tarifs and Trade, (Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce

CCI : Chambre de Commerce Internationale

CIRD : Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements

ASPI: Agence de Soutien et de Promotion d e L'investissement

MIGA: Agence Multilatérale de Garantie des Investissements

ANDI : agence nationale de développement de l'investissement

P : Page

N: Numéro

VOL : volume

Op. Cit : Référence Précitée

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ق.ت.ج : القانون التجاري الجزائري

ج– ر، ج – ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

ص: الصفحة

ط: الطبعة

مقدمة

في ظل اشتداد تنافسي اقتصاد عالمي تسعى الدول لتحقيق التقدم والنمو عن طريق تطوير اقتصادها، كما تعمل على خلق ذلك بإستغلال جميع وسائلها وقدراتها المتاحة، ورغم امتلاك كل دولة من دول العالم لموارد معينة فإن العالم اليوم يقسم الى قسمين أحدهما متقدم وتعمل دوله على تحقيق مزيد من التقدم والنمو الاقتصادي، وآخر نام تسعى الدول من خلاله الى تحقيق التنمية الإقتصادية.

وفي ظل حاجة كل دولة لتحقيق التنمية بجميع صورها لاسيما النمو والتقدم الإقتصاديين الذي يستلزم لتحقيقه توافر مجموعة من العوامل وتضافرها سواء كانت قانونية أو سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية ويأتي في مقدمة تلك العوامل الخبرات الفنية والعلمية والتكنولوجية، بالإضافة إلى رأس المال الّذي يعتبر شريان التنمية الإقتصادية في العصر الحديث، وهو ما تفتقر اليه الدول خاصة النامية منها وذلك راجع لضعف مواردها وكذا عدم قدرتها على استغلال ما لديها من موارد بالشكل المناسب.

وعليه يمكن القول أن التنمية تقوم على عنصرين هامين وهما رأس المال وكذا الخبرات الفنية والتقنية والتكنولوجية باعتبارهما يشكلان العصب الرئيسي لتطوير الإقتصاد وتحقيق التنمية الشاملة.

ومع تزايد ترسيخ فكرة أهمية الدور الذي يلعبه رأس المال الأجنبي في بناء قاعدة اقتصادية قوية تكسب الدول مكانة تنافسية في الأسواق العالمية خاصة ما يعرف اليوم بالعولمة، ظهرت الحاجة الملحة الى استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، وعلى ضوء هذا سعت الدول ومن بينها الجزائر إلى أن تضع في مقدمة أولوياتها جذب المستثمرين الأجانب من خلال العمل على إرساء نظام حمائي يشجع وفودهم على إقليمها.

غير أن هذه الحماية لا تتم بصورة عفوية وإنما وفقا لمجموعة من المعايير الدقيقة، إذ ليس هناك أكثر حرصا من المستثمر على رأس ماله عندما يريد الإنتقال به من مكان لآخر والدافع الأساسي من وراء انتقال هذا الأخير هو السعي نحو مناخ أكثر طمأنينة وأكثر تحقيقا للربح وبالتالي لا يجذبه الا هذا الجو من الحرية الإقتصادية والسياسية بحيث يكون بعيدا كل البعد وفي منأى عن القيود القانونية والضريبية وكذا جملة التعقيدات الإدارية التي يمكن أن تعيق نشاطه.

ومنه تأتي أهمية دراستنا لهذا الموضوع عن طريق إبراز أوجه الحماية الدولية المكرسة للمستثمرين الأجانب في ممارسة استثمارهم داخل أراضي الدول المضيفة بشقيها الموضوعي والإجرائي.

فعلى الصعيد الموضوعي تتمثل في سعي الدول الى توفير الحماية القانونية خاصة مع تبني أغلبيتها اقتصاد السوق وكذا تراجع دور الدولة صراحة في ممارسة الأنشطة الإقتصادية هذا الوضع أدى بهذه الأخيرة لتكريسها لترسانة من النصوص القانونية من أجل بناء منظومة قانونية متكاملة.

بالرجوع لدولة الجزائر نجدها قد عملت على توفير الحماية للمستثمر بموجب تشريعها بدءا من قانون الإستثمار رقم 93-12 المتعلق بحماية وتشجيع الإستثمارات وترقيتها وهوالنص الذي جاء مؤطرا للإستثمارات في ظل التحولات الإقتصادية التي شهدتها ،أي الانتقال من النظام الإشتراكي الى الرأس مالي الى غاية صدور قانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الإستثمار والمشرع الجزائري يشجع الإستثمارات الأجنبية والإنفتاح عليها،من خلال النص على مجموعة من الضمانات الرامية الى حماية المستثمر الأجنبي وتشجيعه من أجل النهوض باقتصادها الوطني وتطويره بما يخدم مصالحها وينعش أهدافها الإقتصادية شأنها في ذلك شأن العديد من الدول الأخرى.

كما تتجسد الحماية عن طريق إدراج ما يسمى بعقود الإستثمار التي تبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي لخلق نوع من التوازن الإقتصادي، نظرا لما تتمتع به هذه العقود من خصوصية أكثر مقارنة بالتشريعات الداخلية للدول، حيث نجدها تحتوي على مجموعة من الشروط تختلف حسب كل عقد وحسب ما تمليه كل عملية استثمارية، لهذا تم التركيز في عقود الإستثمار على بعض الشروط الحساسة كتحديد القانون الواجب التطبيق وشرط الثبات التشريعي.

غير أنّ موضوع حماية المستثمر الأجنبي لا يقتصر عما تتضمنه القوانين الوطنية فحسب فهي لا تحقق وحدها الحماية الكافية بسبب قابليتها للتعديل والإلغاء، كما أن نسبة الأمن القانوني والجاذبية لهذه الإستثمارات تختلف من دولة لأخرى بحسب سياساتها العامة وكذا احتياجاتها الإقتصادية والتنموية ما يخلق عزوفا لدى المستثمر الأجنبي تجعله يبحث عن حماية أكثر، في ظل تنامي وتطور العلاقات الإقتصادية الدولية.

وعليه استقر القانون الدولي في مجمل قواعده على ضمان توفير حماية خاصة لهؤلاء المستثمرين عن طريق ابرام الإتفاقيات الدولية بنوعيها "الثنائية أو المتعددة الأطراف" في مجال الإستثمار على اعتبارها تكفل حماية أفضل مقارنة بما هو منصوص عليه في التشريعات الوطنية المشوبة إن صح القول بالقصور، وعلى ذكر الإتفاقيات الدولية نجدها تلعب دورا محوريا في تشجيع وحماية المستثمرين فهي تحول العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة الى علاقة دولية خاضعة للقانون الدولي مما يكسب المشروع الإستثماري الصبغة الدولية.

من جهة أخرى تضفي الإتفاقيات الدولية نوعا من الثبات والإستقرار حيث تنشأ حقوقا والتزامات تعاقدية لايمكن تعديلها ولا إلغائها بالإرادة المنفردة للدولة المضيفة، أضف الى أنها تطرح فكرة قيام المسؤولية الدولية على عاتق الدولة المخالفة وهو ما يضمن للمستثمر الأجنبي دون أدنى شك حماية أكبر وأوسع خصوصا حال تغيير الدولة لتشريعاتها أو إخلالها بإلتزاماتها.

أما الشق الثاني من الحماية فيتمثل في الحماية الإجرائية الممنوحة للمستثمر الأجنبي لتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار، على اعتبار أن جوهر الحماية لا يقتصر فقط في ما مدى توافر النصوص التشريعية والإتفاقية على ضمانات موضوعية لحماية المستثمرين الأجانب بل يتجلى كذلك في مدى فاعلية هذه القوانين في تسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار، خاصة في ظل عدم توازن وتكافؤ العلاقة بين الأطراف المتعاقدة وهما الدولة المستضيفة المشمولة بالسيادة، والمستثمر الأجنبي ولهذا يصعب صراحة تحقيق المساواة الفعلية بينهما.

لهذا عملت الدول الى إيجاد آليات فعالة لتسوية منازعات التي تثور بينها وبين المستثمر منها ما تمثل في الجانب الودي للحد من هذه المنازعات كالتفاوض والتوفيق أو ما يسمى بالأجهزة القضائية على شاكلة القضاء الداخلي وضمانة التحكيم التجاري الدولي.

كما عملت الإتفاقيات الدولية خاصة المتعددة الأطراف على تكريس أجهزة دولية متخصصة سواء الإقليمية منها أو الدولية، وهي أجهزة كفيلة بحماية المستثمر بالدرجة الأولى من خطر المساس بحقوقه داخل الدولة المضيفة.

وقد اعتمدنا في هذه الدراسة على مجموعة من القوانين الداخلية للعديد من الدول المختلفة وكذا من خلال الإتفاقيات الدولية المبرمة في مجال الإستثمار، وما جاء في عقود الإستثمار المبرمة بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي مع تدعيمها بنماذج تطبيقية، كما تم تركيز اهتمامنا عن طريق إسقاط هذه الدراسة في كل مرة على دولتنا الجزائر والرجوع الى تشريعها في كل مرة لتدعيم الموضوع أكثر على غرار غيرها من الدول الأخرى.

أما أهذاف الدراسة فتكمن في:

- تبيان أوجه الحماية الدولية بنوعيها الموضوعية والإجرائية التي توفرها التشريعات بمقتضى قوانينها الداخلية.
- التركيز على الدور المحوري الذي توفره ضمانات الإستثمار وكذا ما تضمنته الإتفاقيات الدولية.
- إضافة الى تسليط الضوء على مدى نجاعة أجهزة الضمان في ضمان المستثمر من المخاطر غير التجارية.
- تبيان دور الوسائل المكرسة في تسوية منازعات الإستثمار ومدى فعاليتها في حل النزاع.

أما الأسباب التي دفعتني لإختيار هذا الموضوع فهي نابعة من دوافع ذاتية وأخرى موضوعية تعكس أهمية وحساسية موضوع الإستثمار ودوره الفعال في تحقيق التنمية الإقتصادية والإجتماعية للدول وكذا تسليط الضوء على حقيقة الحماية المكرسة للمستثمر الأجنبي من قبل الدول مبرزا دورها على الصعيدين الداخلي والدولي، أضف الى الميل الشخصي لهذا النوع من الدراسات وزيادة التحصيل المعرفي في مجال الإستثمار بإعتباره القلب النابض لإقتصاد أي دولة، أضف الى المساهمة في إثراء الدراسات القانونية السابقة في مجال الإستثمارات الأجنبية .

أما في ما يخص الدراسات السابقة نجد أنه رغم اعتبار موضوع حماية الإستثمارات الأجنبية من المواضيع التي تم تناولها وتخصيصها في العديد من الدراسات القانونية السابقة، الا أنها تطرقت في مجملها لحماية الإستثمارات الأجنبية بصفة عامة، دون الإشارة الى حماية المستثمر على وجه التحديد،إلا أننا استعنا بما جاء فيها من مذكرات وما تناولته بعض الكتب والمقالات المتخصصة والمتنوعة في مجال الإستثمارات الأجنبية وإسقاطها على موضوع دراستنا، وبما أن موضوع دراستنا يندرج في إطار القانون الدولي الخاص فقد تم حصر دراستنا والتركيز على ما توفره هذه الدول من حماية مكرسة للمستثمر الأجنبي دون الوطني .

من خلال هذا تتمحور الإشكالية الرئيسية حول ما مدى نجاعة التشريعات الداخلية والإتفاقيات الدولية في إرساء نظام الحماية الدولية بشقيها الموضوعي والإجرائي للمستثمر الأجنبي؟ وما مدى نجاح أجهزتها في ذلك؟

هذا يجرنا الى مجموعة من الأسئلة الفرعية:

فيما تتمثل الضمانات التي كرستها التشريعات الداخلية والدولية في سبيل جذب وحماية المستثمر الأجنبي داخل أراضيها؟

هل استطاعت التشريعات الوطنية توفير ضمان كاف للمستثمر الأجنبي لإنجاز مشروعه في إطار قانوني تشريعي ثابت ومستقر؟

- هل وفقت الإتفاقيات الدولية المبرمة في مجال الإستثمار للتوصل إلى وضع إطار قانوني منشود لحماية هؤلاء المستثمرين وتجاوز القصور الذي يشوب القوانين الداخلية؟
- كيف يتم تسوية منازعات الإستثمار بين الأطراف المتعاقدة؟

وللإجابة على هذه الإشكالية الرئيسية التي يطرحها موضوعنا وكذا الأسئلة الفرعية التابعة لها اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج التحليلي كمنهج رئيسي الذي يتناسب مع حيثيات الموضوع من خلال تحليل مختلف النصوص القانونية المتعلقة بالإستثمار، سواء الداخلية منها أو من خلال نصوص الإتفاقيات الدولية بنوعيها التي جاءت في مجال حماية الإستثمارات الأجنبية وتشجيعها.

إن الهدف من إتباع هذا المنهج هو محاولة تسليط الضوء على الحماية الدولية التي توفرها الدول للمستثمرين الأجانب ومدى ملائمتها مع عناصر ومعطيات الموضوع، ومحاولة استقراء وتحليل ما توافر من نصوص واتفاقيات دولية كما ذكرنا التي تعنى بحماية المستثمر.

هذا لا يمنعنا من استخدام بعض المناهج الأخرى كالمنهج المقارن عن طريق مقارنة ما جاء في بعض الأنظمة التشريعية وما تناولته بنود الاتفاقيات الدولية، وكذا استعمال المنهج الوصفي قصد وصف وتحديد ماهية الضمانات والأجهزة القانونية المشكلة لمضمون الحماية.

ومحاولة منا لتغطية مجمل القضايا القانونية التي يثيرها موضوع الحماية الدولية للمستثمر فقد ارتأينا تقسيمه الى بابين وفق الخطة التالية:

الباب الأول تناولنا فيه: الحماية الموضوعية الممنوحة للمستثمر الأجنبي

حيث تم تقسيمه الى فصلين:

الفصل الأول: الحماية على ضوء التشريعات الداخلية وعقود الإستثمار

الفصل الثاني: الحماية على ضوء الإتفاقيات الدولية المبرمة في مجال الإستثمار

الباب الثاني: الحماية الإجرائية الممنوحة للمستثمر الأجنبي لتسوية نزاعاته الإستثمارية

حيث قسم الى فصلين:

الفصل الأول: الضمانات المكرسة للمستثمر الأجنبي لتسوية نزاعاته

الفصل الثاني: التسوية عن طريق ضمانة التحكيم التجاري الدولي

لنختم موضوعنا بمجموعة من النتائج والمقترحات

الباب الأول:

الحماية الموضوعية للمستثمر الأجنبي

نظرا للدور الحيوي الذي يلعبه الإستثمار الأجنبي في تحقيق التنمية الإقتصادية للدول خاصة النامية منها التي تعاني عموما من عدم القدرة على استغلال ما لديها من موارد بالشكل الأمثل، بحيث تضع هذه الدول في مقدمتها جذب المستثمرين الأجانب، فهي بحاجة ماسة لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية والعمل على تنمية مواردها المالية.

في المقابل تعد فكرة الحماية القانونية التي توفرها هذه الدول من بين أبرز الأسباب التي تحذو بالمستثمر الأجنبي لممارسة نشاطه الإستثماري داخل أراضيها،في هذا الصدد نجد العديد من التشريعات الداخلية وكذا الإتفاقيات الدولية بنوعيها المبرمة في مجال حماية الاستثمارات الأجنبية وتشجيعها قد تطرقت لموضوع حماية المستثمر الأجنبي، حيث تمخض عنها جملة من الضمانات على اختلافها تستهدف بالدرجة جلب رأس المال المملوك للمستثمر الأجنبي، كما تعمل على تحقيق الربح والغايات المنشودة لكلا الطرفين في بيئة استثمارية يسودها جو من الأمن والضمان القانونيين.

وعليه نخص دراستنا لهذا الباب للحماية الموضوعية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، حيث تم تقسيمه الى فصلين تطرقنا في الفصل الأول للحماية على ضوء التشريعات الداخلية وعقود الإستثمار.

أما الفصل الثاني فخصصناه لحماية المستثمر الأجنبي على ضوء الاتفاقيات الدولية المبرمة في مجال الدولية.

الفصل الأول

الحماية على ضوء التشريعات الداخلية وعقود الإستثمار

تسعى الدول خاصة النامية منها لانعاش اقتصادها عن طريق فتح المجال أمام المستثمرين الأجانب لممارسة نشاطهم الإستثماري داخل أراضيها، من جهة مقابلة يسعى المستثمر الأجنبي من وراء هذا الى تحقيق أكبر ربح، ومما لاشك فيه أن انتقال رؤوس الأموال من الدول المصدرة الى الدول المستوردة إنما يرتبط صراحة بدرجة ما تقدمه هذه الدول من حماية كفيلة بسن النصوص القانونية على الصعيد الداخلي[1]، كما قد تتجسد هذه الحماية عن طريق إدراج ما يسمى بعقود الإستثمار التي تبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي.

من خلال هذا نخصص دراستنا لهذا الفصل للحماية التي توفرها التشريعات الداخلية للمستثمر الأجنبي "مبحث أول" وكذا الحماية بمقتضى عقود الإستثمار" مبحث ثان ".

المبحث الأول: الحماية بمقتضى التشريعات الوطنية

تعد الإستثمارات الأجنبية وسيلة فعالة لتحقيق التنمية الإقتصادية للدول الأمر الذي يستوجب معه إضفاء نوع من الحماية للمستثمرين الدين يزاولون نشاطهم الإستثماري داخل أراضيها عن طريق تكريس هذه الحماية في نصوصها الداخلية وذلك بتحديد الأشخاص والإستثمارات المشمولين بها.

ثم إن المستثمر الأجنبي بإعتباره الطرف الضعيف في العلاقة فإنتقال رأس ماله من بلد لآخر تتحكم فيه العديد من العوامل والمعايير جراء السياسات الحكومية للدول المضيفة، حيث تعد في نظره هاجسا

[1]– شريف علي محمد شريف الكندري ، الحماية الدولية للإستثمارات الأجنبية " دراسة تطبيقية على دولة الكويت " ،أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، مصر، 2015، ص08.

يحول دون تحقيقه لأهدافه التي يصبو اليها، وعليه كان لزاما على الدول إحاطة هذه الحماية بجملة من الضمانات والمزايا على ضوء تشريعاتها الداخلية.

من خلال هذا نتطرق لنطاق الحماية التي توفرها تشريعات الدول "مطلب أول "الى جانب الضمانات والمزايا الممنوحة على ضوء قوانينها الداخلية "مطلب ثاني".

المطلب الأول: نطاق الحماية التي توفرها التشريعات الداخلية

يحتل الإستثمار الأجنبي مكانة بارزة لدى الدول الراغبة في تحقيق النمو الاقتصادي، كما يمثل أهم مصادر التمويل الخارجي لمختلف الدول، من هذا الجانب عملت الدول المستضيفة على ضرورة تكريس الحماية الكافية لهؤلاء المستثمرين عن طريق إصدار منظومة قانونية كفيلة بتحقيق أهدافها في اجتذاب رأس المال الأجنبي وفرض الرقابة عليه[1]، وعليه إن نطاق الحماية التي توفرها الدول المضيفة في تشريعاتها الداخلية يشمل الأشخاص ويقصد بهم المستثمرين وكذا استثماراتهم وهو ما سنوضحه على النحو التالي:

الفرع الأول: نطاق الحماية التي توفرها التشريعات من حيث الأشخاص

نصت أغلب التشريعات الداخلية على تجسيد الحماية الكافية للمستثمرين الأجانب داخل أراضيها، حيث حددت قوانينها أشكال المستثمرين المعنيين والمشمولين بالحماية، وهم الأشخاص الطبيعية وكذا المعنوية وهو ما سنوضحه على النحو التالي:

[1]– قصوري رفيقة، النظام القانوني للإستثمار الأجنبي في الدول النامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2010–2011، ص55.

أولا: المستثمر الأجنبي

تعد القوانين الوطنية من أهم مصادر التنظيم الدولي للإستثمارات الأجنبية[1]، مما تعكس سياسة الدول المتبعة في مجال الإستثمارمؤكدة على مدى رغبتها في تشجيع المستثمرين الأجانب واجتذاب رؤوس أموالهم .

تجدر الإشارة أن بعض القوانين خاصة العربية منها لم تفرق بين المستثمر الأجنبي والوطني حيث اكتفت بتعريف عام لمصطلح المستثمر،حرصا منها على جذب رأس المال الوطني سواء المهاجر أو الموجود داخل أرض الوطن[2]،أما رجوعا للنصوص التشريعية نجدها أعطت تعريفا لهذا الأخير الا أنه لا يغدو أن يكون تعريفا عاما،مثال ما تضمنه نظام الإستثمار السعودي رقم" م-1" لعام 2000 الذي تطرق لتعريف المستثمر الأجنبي في نص المادة 1-منه[3]،أما المشرع المغربي فنص من خلال قانونه المتعلق بالدخول

[1]- دريد محمد السامرائي، الإستثمار الأجنبي، المعيقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، القاهرة، مصر ،1990، ص29.

[2] - نجد المشرع الليبي في هذا الصدد قد عرف المستثمر بضفة عامة دون التمييز بين الوطني و الأجنبي في نص المادة 01 فقرة تاسعة من قانون الإستثمارالتي جاء فيها "..المستثمر كل شخص طبيعي أو اعتباري وطني أو أجنبي يستثمر وفقا لأحكام هذا القانون .." قانون رقم 9 لعام 2010 الخاص بشأن تشجيع الإستثمارات مدونة التشريعات، العدد الرابع، السنة العاشرة، 2010.

[3] -نصت المادة 01من قانون الإستثمار السعودي على "الشخص الطبيعي الذي لا يتمتع بالجنسية العربية السعودية أو الشخص الإعتباري الذي لا يتمتع جميع الشركاء فيه بالجنسية العربية السعودية"، راجع ، زياد فيصل حبيب الخيزران ، المزايا والضمانات التشريعية للإستثمار الأجنبي في قوانين الإستثمار العربية "دراسة تحليلية مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2014، ص48.

للمملكة المغربية والإقامة بها لعام 2003[1]،على أن المقصود بالأجنبي هنا هو الشخص الغير حامل للجنسية المغربية كما يدخل تحت هذه الطائفة الأشخاص المتعذر تحديد جنسيتهم.

في حين اكتفى قانون الإستثمار العراقي في تعريفه بصياغة عامة[2]، عكس ماهو عليه في قانون الإستثمار القطري رقم 13 لعام 2000[3]التي نصت المادة الأولى من الباب الأول منه على "يطبق هذا القانون على المستثمرين الأجانب الغير مواطني الدولة القطرية ويباشرون نشاط استثماري داخل إقليمه".

بالرجوع للتشريع الجزائري نجد الأمر رقم 16-09 المتعلق بقانون الإستثمار الجزائري[4]لم يتطرق لتعريف المستثمر، الا أن مسألة المستثمر المقيم وغير المقيم تتحدد بالنظر للعملة التي يستعملها هذا الأخير لإنجاز استثماره،وعليه يعد المستثمر المقيم ذاك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي ينجز استثماراته بواسطة عملة قابلة للتحويل الحر وتكون مسعرة رسميا من طرف البنك المركزي الجزائري أو بواسطة إسهامات عينية

---

[1] – نص المشرع المغربي من خلال قانونه رقم 03-02 المتعلق بالدخول للمملكة المغربية والإقامة بها الصادر بتاريخ 11 نوفمبر 2003 وتحديدا نص المادة01 في فقرتها الثانية " يراد بالأجانب في مثل هذا القانون الأشخاص الذين لا يتوفرون على الجنسية المغربية أو الدين ليس لديهم جنسية معروفة أو الذي تعذر تحديد جنسيتهم" .

[2] – في هذا الصدد نصت الفقرة "ط" من المادة 01 من قانون الإستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 في تعريفها للمستثمر الأجنبي على أنه " الذي لا يحمل الجنسية العراقية في حال الشخص الحقيقي ومسجل في بلد أجنبي اذا كان شخصا معنويا أو حقوقيا " ، راجع أكثر، زياد فيصل حبيب خيزران ، مرجع سابق ، ص46.

[3]– نص المشرع القطري من خلال القانون المسمى بتنظيم رأس المال الأجنبي للنشاط الاقتصادي رقم 13 لعام 2000 في المادة الأولى من الباب الأول على "المستثمرون الأجانب الأشخاص غير القطريين الطبيعيون منهم أو المعنويون الدين يقومون بإستثمار أموالهم في أحد المشروعات المصرح بالإستثمار المباشر فيها من قبل الدولة وفقا لأحكام هذا القانون".
وهذا ماجاء في قانون رقم 1 لسنة 2019 بتنظيم رأس المال غير القطري في النشاط الإقتصادي في المادة الأولى كذلك "المستثمر غير القطري الشخص الذي يقوم باستثمار أمواله في أحد المشروعات المصرح بالإستثمار فيها وفقا لأحكام هذا القانون".

[4]– قانون رقم 16-09 ، مؤرخ في03 أوت 2016، يتعلق بترقية الإستثمار ج-ر، عدد 46 ، الصادر في 03 أوت سنة 2016.

مستوردة، في حين نجد مشروع قانون الاستثمار لعام 2022[1]، قد عرف بوضوح المستثمر بموجب نص المادة الخامسة منه التي نصت على " كل شخص طبيعي أو معنوي ،وطنيا كان أم أجنبيا مقيم أو غير مقيم بمفهوم التنظيم الخاص بالصرف ينجز استثمارا طبقا لأحكام هذا القانون".

كما نجد قانون النقد والقرض رقم 90 -10[2]يأخذ بجنسية رأس المال لا بجنسية الأشخاص المالكين له وعليه لا تطبق أحكام هذا القانون على استثمارات الشخص المقيم ولو كان ذا جنسية أجنبية فهي بذلك تسري عليها أحكام القواعد العامة[3].

من خلال استقراءنا لجملة التعاريف التي أوردتها قوانين الاستثمار نجدها اقتصرت على مجرد إعطاء لمفاهيم وصيغ عامة لمصطلح المستثمر الأجنبي دون أن تأتي بتعريف جامع ودقيق، لكن يفهم من مضمونها صراحة بأنه شخص تابع لدولة غير الدولة المضيفة، فهو بهذا يعد مستثمرا أجنبيا بالنسبة لها، كما لا يتمتع بجنسيتها وفق هذا المنطلق، ولما كان الشخص الأجنبي يدخل ضمن نطاقه مفهوم المستثمر الأجنبي هنا نكون بصدد نوعين من الأشخاص، يتعلق الأول بالشخص الطبيعي، أما الثاني فهو الشخص الإعتباري وهو ما نوضحه على النحو التالي:

---

[1] – مشروع قانون الإستثمار في الجزائر لسنة 2022.

[2] – قانون رقم 90-10 المؤرخ في 19 رمضان الموافق 14 أفريل 1990 والمتعلق بالنقد والقرض، ج-ر، عدد16، الموافق 18 أبريل 1990، **ملغى**.

[3] – aggoune Walid، «Question autour du nouveau code d'investissement» ،Revue idara. Vol 4 ; n1 ; 1994, p46.

ثانيا: المستثمر الأجنبي شخص طبيعي

ليس هناك ما يمنع من أن تتعاقد الدولة مع شخص طبيعي أجنبي لتنفيذ المشروعات الاستثمارية، لذلك يثار التساؤل حول المعيار المعتمد لتمييز المستثمر الوطني عن الأجنبي؟ ومما لا شك فيه أن المقصود به هو رابطة الجنسية[1]، لكن ما يثير الإشكال في حال ما اذا كان المستثمر يتمتع بجنسية أكثر من دولة أي "مزدوج الجنسية" وكانت إحدى هذه الجنسيات هي جنسية الدولة المستثمر فيها ،أو جنسية الدولة المضيفة فهل يعد بهذا المفهوم مستثمرا أجنبيا بالنسبة للدولة المضيفة أم لا ؟

من المبادئ المسلم بها في القانون الدولي مبدأ حرية الدولة في منح الجنسية[2]، الا أن هذه السلطة لا تكتسي طابع الإطلاق على الدوام، حيث ترد عليها بعض الضوابط بحيث تخضع وهي بصدد تنظيم جنسيتها لقواعد القانون الدولي[3].

إن مسألة تحديد جنسية المستثمر الأجنبي هو أمر يخضع حتما للقواعد الداخلية للدولة المضيفة على اعتبار أن قانون هذه الأخيرة لا يمنع ازدواج الجنسية ،مثلما هو الشأن في القانون الجزائري، ومنه لا يمكن اعتبار المستثمر أجنبيا فهو يعد مستثمر وطني رغم أنه يحمل جنسيات أخرى غير جنسية الدولة المستثمر

---

[1] – تعرف الجنسية على أنها تلك الرابطة القانونية التي تربط الفرد بالدولة، كما يعرفها البعض الآخر على أنها " هي رابطة سياسية وقانونية تنشأها الدولة بوصفها شخصا دوليا تجعل الفرد عضوا في الدولة"، راجع، شمس الدين الوكيل، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب ، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط ثانية ، 1968 ، ص27.

[2]- فهي بهذا المنطلق تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تحديد الأفراد الدين يتمتعون بجنسيتها وفقا لإعتبارات خاصة بصيانة الدولة وحماية مصالحها العليا وتحقيق أمنها، راجع ، حسن النمر، الإستثمارات الأجنبية بين الجذب و الحماية في الإتفاقيات العربية والدولية ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، مصر، ط الأولى ، 2017 ، ص 88.

[3] – تخضع الدولة وهي بصدد تنظيم جنسيتها لقواعد القانون الدولي المتمثلة في المعاهدات والعرف والمبادئ العامة للقانون كما يضيف جانب من الفقه احترام أحكام القضاء الدولي ، نقلا عن، إبراهيم أحمد إبراهيم ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2000 ، ص25.

فيها وعليه فالمستثمر الذي يحمل الجنسية الجزائرية والجنسية الايطالية لا يعتبر أجنبيا اذا ما استثمر في الجزائر بالنسبة للقانون الجزائري، كما لا يعد أجنبيا اذا استثمر في إيطاليا بالنسبة للقانون الايطالي ذلك أن المعمول به أن تعدد الجنسيات يحل في إحدى الدول التي يحمل الفرد جنسيتها بتغليب هذه الجنسية عما سواها.

بالرجوع لرابطة الجنسية نجد البعض[1]قد اختلف حول طبيعتها هل تصلح لأن تكون رابطة لجميع الأشخاص القانونية أم أنها تقتصر على الأشخاص الطبيعية فقط؟ .

يعرفها الفقيه" باتيفول " على أنها انتماء الفرد قانونا للشعب المكون للدولة[2]، بينما تعرف على أنها العلاقة القانونية بين الفرد والدولة، من خلال هدين التعريفين نجد تركيزهما قد انصب على جنسية الأشخاص الطبيعية دون المعنوية.

وفي حال ما إذا ثار الجدل حول حالة الشخص الطبيعي المفقود الجنسية، يذهب البعض الى وجوب تطبيق القواعد العامة في القانون الدولي الخاص، التي تقضي بأنه لا يمكن اعتبار شخص ما أجنبيا في دولة يتمتع بجنسيتها لمجرد تمتعه بجنسية دولة أخرى، فتعدد الجنسيات يحل في إحدى الدول التي يحمل الفرد جنسيتها عما سواها[3].

---

[1]- يذهب البعض على اعتبارها رابطة سياسية قانونية كالأستاذ " لوسوران " الذي عرفها على أنها الصفة في الشخص التي تقوم على رابطة سياسية وقانونية بينه وبين الدولة بحكم أنها عنصر من عناصر تكوينها و أنها رابطة تربط الفرد بتلك الدولة .

[2] – اسعاد محند ، القانون الدولي الخاص الجزائري ،الجزء الثاني، ترجمة الأستاذ فائز انجاق ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ،1989، ص 100.

[3] – شريف علي محمد شريف الكندري ، مرجع سابق ، ص26.

ثالثا: المستثمر الأجنبي شخص معنوي

إن تحديد انتماء الشخص الإعتباري لدولة معينة هو محطة أولية يتوقف عليها معرفة القانون الواجب التطبيق وكذا تحديد مدى تمتع الشخص الإعتباري بالحقوق السياسية نظرا لانتمائه لها، إلا أن البعض قد أنكر وجود هذا الأخير وجعلها حكرا على الشخص الطبيعي فقط، في حين نجد أن الإعتراف بفكرة الجنسية كرابطة للأشخاص الإعتبارية يمثل شهادة الشخص الإعتباري[1]، وعليه لا يمكن إقراره الا اذا انشأ هذا الشخص وفقا لنظام قانوني معين.

واذا كانت الجنسية هي الفيصل الرئيسي في تحديد الشخص الطبيعي كما رأينا، هنا يطرح الإشكال بالنسبة للشخص المعنوي، إن اكتساب الأشخاص الإعتبارية للجنسية يتطلب بالضرورة وجود روابط اقتصادية بين الدولة والشركة تخضع حتما لضوابط ومعايير مختلفة تعتمدها الدول في منح جنسيتها وفقا لسلطاتها التقديرية وتبعا لظروفها الإقتصادية، عكس الأشخاص الطبيعية التي تستلزم عادة توافر روابط حقيقية واقعية[2].

[1] – تعرف الشخصية الإعتبارية على أنها وسيلة من وسائل الصياغة القانونية التي ترمي لإيجاد استقلال لجماعة من الأفراد يبتغون غرضا معينا والى إيجاد حياة قانونية ذاتية تميزها عن حياة الأفراد المكونين لها، كما تتمتع بمجموعة من المزايا أنها شخصية مستقلة عن الأشخاص المكونين لها، كما تتوافر على ذمة مالية مستقلة تمكن من جمع متشاركين داخل إطار منظم تتفاوت درجة تعقده طبقا لشكل المنظمة. راجع في ذلك ، ينشحي عز الدين ، الشركات في التشريع المغربي والمقارن، الجزء الأول في النظرية العامة للشركات، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء،المغرب ، ط1، عام 1996 ، ص98.

[2] – تذهب الإتجاهات الفقهية الحديثة الى التفرقة بين التبعية القانونية للأشخاص الإعتبارية التي تخضع لمعايير قائمة على الثبات والاستقرار، وبين التبعية السياسية والإقتصادية القائمة على ارتباط مصلحة الشخص الإعتباري للدولة التي ينتمي اليها فعليا، راجع ، كعباش عبد الله ، مسؤولية الدولة المضيفة اتجاه أموال المستثمر الأجنبي، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة الجزائر، 2012–2013، ص32.

الفرع الثاني: معايير تحديد جنسية الشخص الإعتباري

بالرجوع للتشريعات الوطنية نجدها خلافا للفقه تقر بحق الأشخاص الإعتبارية بالتمتع بالشخصية القانونية وكيفية قيامها بأنشطتها الإستثمارية، غير أن توافر الصفة الأجنبية التي تميز شركات الإستثمار الأجنبي عن مثيلاتها من الشركات الوطنية يجعل من الأمر أكثر صعوبة مقارنة بجنسية الشخص الطبيعي.

على الرغم من إقرار التشريعات الوطنية بجنسية الشخص الإعتباري، الا أن الإختلاف صراحة يكمن في تحديد المعايير التي يمكن الإستناد عليها في تحديد الجنسية وهذا ما نتطرق إليه.

أولا: معيار مكان التأسيس

يقوم هذا المعيار على مبدأ خضوع التصرف لقانون محل إبرامه وبمقتضاه يعد الشخص الإعتباري شخصا من الأشخاص الوطنية متى تأسس ذلك على إقليم دولة ما ومنحته قرار التأسيس ليصبح قانون الدولة التي تأسست بموجبه الشركة هو القانون المحدد لجنسيتها[1]، وهنا سوف تعتبر الشركة وفق هذا المنظور أجنبية إذا تم التأسيس في دولة أخرى غير الدولة المتعاقدة، من جهة أخرى يمكن للشركاء تأسيس الشركة في دولة معينة تربطها بها رابطة حقيقية، سواء تم ذلك من حيث الإدارة أو النشاط وكذا من خلال رأس المال.

وعليه تكون إجراءات التأسيس قد اتخذت وفقا قانون هذه الدولة ومنح الشخصية القانونية بمقتضى قوانينها[2]، تجدر الإشارة أن هذا المعيار قد تبنته العديد من التشريعات الوطنية، كما عملت على تكريسه الدول

---

[1] – بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ، ط1 2006 ، ص30.

[2] – أبو العلا النمر، موطن الشخص الطبيعي والشخص الإعتباري في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، ط2، 2008، ص207.

الانجلوسكسونية، الا أنه لم يسلم من النقد فهو في حقيقة الأمر لا يكشف عن ارتباط الشخص الإعتباري بدولة المنشئ، خاصة اذا كان قانون الدولة مانحة الجنسية لا يشترط شروطا موضوعية لمنحها مما يؤدي للتحايل وهروب المتعاقدين من القانون الواجب التطبيق التي أنشأت الشركة طبقا لأحكامه.

ثانيا : معيار الرقابة والسيطرة

يعد الشخص الإعتباري أجنبيا متى كان خاضعا لرقابة أو سيطرة أجنبية ،سواء تعلق الأمر بالأموال المستثمرة أو من حيث تمتع القائمين على إدارة المشروع بجنسية دولة أجنبية[1]، كما يعد معيار الرقابة متفقا على الأساس الذي تقوم به فكرة جنسية الأشخاص الإعتبارية، فالإعتماد على معيار التأسيس أو معيار مركز الإدارة الرئيسي لا يكفي وحده لتجسيد فكرة التبعية السياسية والإقتصادية للشخص الإعتباري من منظور الفقه الحديث[2]، ومنه يفهم أن هذا الأخير يتحدد على أساس جنسية الأشخاص الذين يكونونه ويديرونه ويراقبونه

[1] – نجد التشريع الفرنسي قد قام بتعريف معيار الرقابة في المنشور المؤرخ في 15 جانفي 1990 " تعتبر الشركة ذات رقابة فرنسية اذا كانت 20بالمئة من رأس مالها أو من حقوق التصويت مملوكة لأشخاص مقيمين في فرنسا أو المؤسسات تخضع بدورها لرقابة أشخاص مقيمين في فرنسا" ، راجع ، كمال سمية ، النظام القانوني للإستثمار الأجنبي في الجزائر ، مذكرة ماجيستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان ، 2003 ،ص21.

[2]– في هذا الصدد نجد الفقه الفرنسي الحديث قد دافع عن معيار الرقابة ، في الفترة الممتدة ما بين الحرب العالمية الأولى والثانية وجود بعض الشركات تحمل الجنسية الفرنسية ، غير أنها مملوكة لأشخاص ينتمون لدولة ألمانيا ومنه اصدر القضاء الفرنسي قرارا من شأنه حراسة أموال الأعداء و لا يتم ذلك إلا عن طريق الرقابة التي بمقتضاها تعتبر الشركة أجنبية متى كان القائمون عليها من غير الفرنسيين، راجع في هذا الصدد ، اقلولي محمد ، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار (التجربة الجزائرية نموذجا)، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تيزي وزو ،2006 ، ص169.

كما يحوزون جزء من رأس المال أو كله[1]،وعليه لا يغدو أن يكون معيارا تكميليا لتحديد جنسية الشركات بينما يرى البعض أنه لا يعد أكثر المعايير اتفاقا فالقول بعكس ذلك ينطوي على مغالطات واضحة[2].

كما أن هذه الرابطة لا تتحقق دوما بانتماء الأفراد المهيمنين على الشركة لدولة معينة، فمن المتصور أن تمارس الشركة نشاطها الإقتصادي في دولة معينة رغم انتماء جميع الأفراد المكونين للشركة للدولة، ثم إن الأخذ به يثير العديد من الصعوبات العملية، تتمثل في إمكانية خضوع الشركات لسيطرة الأشخاص الطبيعية أو أصحاب رؤوس الأموال مما يثير خلطا واضحا لمعرفة الأفراد المسيطرين على الشركة.

ثالثا: معيار مركز الإستغلال أو النشاط

وفق هذا المعيار فالشركة تتمتع بجنسية الدولة التي يوجد بها مركز نشاطها الرئيسي التي تتمركز فيه مصالحها الفعلية، باعتبارها تقوم على رابطة فعلية الأمر الذي يصعب من مؤمورية الأفراد التحايل على القانون، كما يحد من سلطات القاضي في تطبيق الأساس الذي تبنى عليه جنسية الشخص الاعتباري[3].

كما تبنى القضاء الفرنسي هذا المعيار، فيما يخص الشركات الأجنبية التي لها فروع في فرنسا بينما لا تمارس نشاطها هناك الا بصفة عرضية، حيث اعتبرتها الدولة الفرنسية على أنها شركات أجنبية تسوق منتجاتها في مقر الشركة.

---

[1] – هفال صديق إسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دراسة تحليلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2014 –2015، ص28.

[2] – عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان 2010 –2011، ص105.

[3] – أحمد محمد عبد الله رابح، القانون الواجب التطبيق على الشركة متعددة الجنسية، دار الثقافة العلمية، القاهرة، مصر ط02، 2002، ص124.

رغم المزايا التي يتمتاز هذا المعيار غير أنه معرض للنقد، حيث يتعذر تطبيقه عمليا خاصة أمام الحالات التي تكون فيها للشركة مراكز أنشطة أو استغلال عديدة ومتساوية الأهمية[1]، ومنه لا يتسنى عند تحديد الجنسية تفضيل أحد المراكز على الأخرى، كما هو الحال بالنسبة للشركات التي تؤسس لاستغلال آبار البترول لأكثر من دولة كدولة ليبيا، كما أنه لو مارست الشركة نشاطها في أكثر من دولة فهنا على أي أساس سوف يتم تحديد جنسيتها، وفي هذا يرى البعض بأنها تتعارض مع طبيعة رابطة الجنسية التي تتسم بالإستقرار[2].

رابعا: معيار مركز الإدارة الرئيسي

يعد معيار مركز الإدارة الرئيسي المقر الذي توجد فيه الإدارة الرئيسية للشركة، ومقتضاه اكتساب الشركة لجنسية الدولة التي يوجد فيها مركز إدارتها الرئيسي، بغض النظر عن مقرها، فهنا يرتكز نشاطها الإقتصادي وحياتها القانونية الأمر الذي يؤدي لقيام رابطة اقتصادية حقيقية بينها وبين الدولة التي يوجد فيها مقرها الإجتماعي ومركز إدارة نشاطها الاقتصادي[3]، كما يقصد به المكان الفعلي الذي يرتكز فيه نشاط الأشخاص الإعتبارية.

الجدير بالملاحظة أن هذا المعيار قد تبنته معظم الدول سواء في تشريعاتها الداخلية أو من خلال اعتماد نمط الإتفاقيات الدولية، نظرا لقيامه على ارتباط حقيقي بين الدول والشركة، ولتحديد مركز الإدارة الرئيسي لا ينبغي

---

[1] – أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص215.

[2] – راجع أكثر، بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص31.
وأبو العلا النمر، مرجع سابق، ص217-218.

[3] – اقلولي محمد، شرط الاستقرار التشريعي المدرج في عقود الدولة في مجال الإستثمار " المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية"، العدد01 جانفي، 2000، ص166-167.

الاكتفاء بالمكان الذي اتفق عليه المؤسسون للشركة، بل يجب لزاما البحث عن مركز الإدارة الفعلي والحقيقي[1]، كما يتوقع أن تقوم هذه الأجهزة بمباشرة نشاطها الفعلي في مكان آخر خلافا لما تم الإتفاق عليه في العقد التأسيسي لها.

بالرجوع للتشريعات الداخلية نجدها عملت على تكريس هذا المعيار، وهو ما جاء في نص المادة 50 من القانون المدني الجزائري[2]، وكذا ما جاءت به المادة 547 القانون التجاري الجزائري[3]التي نصت على خضوع الأشخاص الإعتبارية لمقر الإدارة الرئيسي، أما في حال ممارسة الأشخاص الأجنبية لنشاطها في الجزائر فهنا ستخضع للقانون الجزائري.

ما تجدر الإشارة اليه أن غالبية الدول قد كرسته في قضائها[4]بإعتباره يجسد فعلا رابطة التبعية الفعلية بين الأشخاص الإعتبارية كطرف والدولة بوصفها صاحبة الجنسية كطرف ثان.

---

[1] – هشام خالد، شرط الجنسية وفق النظام العربي لضمان الإستثمار، مؤسسة الشباب العربية، الإسكندرية، مصر 1988، ص72.

[2] – نصت المادة 50 من القانون المدني الجزائري على " أما الأشخاص الإعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد مقرها الإجتماعي الرئيسي والفعلي، غير أنه اذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطها في الجزائر فإنها تخضع للقانون الجزائري" .

[3] – نصت المادة 547 من القانون التجاري الجزائري على " يكون موطن الشركة في مركز الشركة تخضع الشركات الّتي تمارس نشاطها في الجزائر للتشريع الجزائري" .

[4] – نجد في هذا الصدد ما أقره القضاء الفرنسي حيث تبنى هذا المعيار من خلال محكمة النقض الفرنسية، حيث استقر على أن جنسية الشركات تقوم على أساس مركز إدارتها الرئيسي بغض النظر عن مركز ممارسة النشاط ،كما نجد المحكمة الدائمة للتحكيم الدولي في القضية الشهيرة (كانيفارو) التي صدر حكمها بتاريخ 03-05-1912 حكمت بقيام الجنسية هنا على أساس مركز إدارة الشركة الرئيسي ، وهذا هو الرأي السائد كذلك عند غالبية الفقه في أوروبا ،راجع أكثر، عدلي محمد عبد الكريم ، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، مرجع سابق، ص102.

الفرع الثالث: نطاق الحماية من حيث طبيعة الإستثمارات

الى جانب الحماية التي توفرها التشريعات الداخلية للمستثمر الأجنبي، نجد هذه الأخيرة كرست ما يعرف بأسلوب الحماية الموضوعية لإستثمارات هؤلاء المستثمرين، وبالتالي وجب تعريف الإستثمارات الأجنبية من الوجهة القانونية والإقتصادية الى جانب إعطاء نماذج منها على ضوء التشريعات الوطنية.

أولا: مفهوم الاستثمارات الأجنبية

يختلف ويتعدد مفهوم الإستثمار الأجنبي بحسب طبيعته من دولة لأخرى، وعليه قبل التطرق لهذا الأخير من قبل التشريعات الداخلية، و جب علينا تعريفه أولا من الوجهة الإقتصادية والقانونية وهذا ما سنوضحه تواليا.

1- الإستثمار من الوجهة الإقتصادية

كان للإقتصاديين الفضل السبق على فقهاء القانون في محاولة إيجاد تعريف للإستثمار، فمفهوم الإستثمار في نظرهم يستمد أصوله من علم الاقتصاد، حيث يعرف من الناحية الإقتصادية على أنه انتقال رأس المال عبر الدول بقصد التوظيف في عمليات اقتصادية مختلفة، شريطة أن يتم خارج المنظومة القانونية والنقدية و المالية والاقتصادية للدولة المستثمرة[1].

كما يمكن تعريفه على أنه انتقال رؤوس الأموال وجميع الخبرات التقنية والفنية والإدارية عبر الحدود.

من خلال استقراءنا لهذه التعاريف نجد البعض قد ارتكز صراحة في تعريفه للإستثمار الأجنبي على أساس مالي مفاده ربط الإستثمار بعملية الإدخار، بينما على صعيد آخر نجد البعض قد جعل من معيار النفقات

[1] – دريد محمد السامرائي ، مرجع سابق ، ص47.

هو الأساس في تعريفهم بإعتبارها الصفة الطاغية عليه بقولهم هو مجموع النفقات التي توجه لأجل تحقيق عوائد مستقبلية ناتجة في غالب الأحيان عن مؤسسات صناعية للحصول على وسائل الإنتاج والتسويق[1].

رجوعا لهذه التعريفات نجدها تتنوع بحسب طبيعة الإستثمارات، سواء كان الإستثمار يأخذ شكل استثمار نقدي أو عيني أو حتى تقني أو بالنظر للشخص القائم به، أو في شكل الإستثمار إذا كان مباشرا أو غير مباشر، بالرغم من ذلك تم الإجماع والتسليم على أن وجود مشروع استثماري من الوجهة الاقتصادية ينبني على توافر ثلاث شروط تتمثل في عنصر الحصة والزمن وكذا عنصر المخاطرة.

نخلص من صياغة هذه التعاريف السابقة أنها غير دقيقة وكافية، فهي قاصرة نوعا ما في تحديدها للمفهوم بشكل واضح بقدر ما نجدها محددة من حيث الغايات والأهداف التي تسعى اليها الدول، لهذا وجب التطرق للمفهوم من الوجهة القانونية.

2- الإستثمار من الوجهة القانونية

هناك من يعرف الإستثمار الأجنبي على أنه كل الأموال المنقولة وغير المنقولة تهدف لإنشاء التوسع في مشروع قائم[2]،كما يعرف كذلك على أنه[3]" استخدام أصول مالية مهما كانت طبيعتها أو نوعها من شخص طبيعي أو اعتباري في نشاط اقتصادي خارج حدود دولته،سواء خوله هذا الإستغلال السلطة الفعلية في توجيه النشاط الإقتصادي أولا بهدف تحقيق عائد مجز،كما يعرف على أنه " كل إسهام نقدي أو كيفي يقوم به

---

[1]-denisbabusiaux, décisions d'investissement et calcul économique dans l'entreprise économico et édition technip، P17 . نقلا عن مذكرة قصوري رفيقة، مرجع سابق ، ص09

[2]- علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الإستثمارات الخاصة في الدول النامية ، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ،1998، ص66.

[3] - علي حسين ملحم ، مرجع نفسه ، ص66.

شخص طبيعي أو معنوي خاص غير تابع للدولة المضيفة،في حين يمكن أن يأخذ شكل إنشاء مؤسسة جديدة أو الإسهام في رأس مال مؤسسة قائمة كالمؤسسات العمومية المعروضة للخوصصة [1]".

وعليه يشمل الإستثمار استخدام أصول مالية مهما كان نوعها وصياغتها من شخص طبيعي أو اعتباري خارج حدود دولته.

من خلال هذه التعريفات نجدها مختلفة وغير موحدة، فالبعض قد ارتكز في تعريفه له على أساس تحريك رأس المال لبلد آخر، لكن لم يفصح عن طريقة هذا الإنتقال، بينما ارتكز البعض على عنصر الربح باعتباره العنصر المهيمن والمعيار الثابت في تعريفهم.

على النقيض من ذلك يرى البعض أن معيار الربح لا تنطبق حالاته على جميع الإستثمارات الأجنبية فقد لا يتحقق دوما، لكن له دور مساعد في إنشاء وتشغيل المشروعات داخل البلد المضيف[2].

وعليه نشير أن الإستثمار مزيج يجمع بين عناصر إقتصادية وأخرى قانونية ذلك يتطلب الوقوف على أهميته وإن كانت التعريفات القانونية لم تعطي تعريفا جامعا مانعا، الا أنه يعكس الأهمية الكبيرة على مستوى التنمية الإقتصادية المحلية وكذا الدولية[3]،وعليه يمكن القول أن عدم الإتفاق الموحد على تعريف الإستثمار الأجنبي يرجع صراحة لطبيعته وتركيبته المعقدة ، كما يختلف ويتفاوت من شكل لآخر حسب ما تقتضيه تشريعات كل دولة .

---

[1]-Terki Nourdine, La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie, R.A ; J ; P. E .Vol 39, n02, 2001، p9

[2] – قصوري رفيقة، مرجع سابق، ص12.

[3] – لطرش علي عيسى عبد القادر، النظام القانوني للإستثمارات الدولية بالمناطق الحرة العربية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط أولى، 2017، ص39.

3-الإستثمارات الأجنبية على ضوء التشريعات الوطنية

بعد التطرق لتعريف الإستثمارات من الناحيتين الاقتصادية والقانونية، نجد جل التشريعات الداخلية قد تبنته لكن بوجهات وصيغ مختلفة، فلإستثمار الأجنبي بالنسبة إليهم يختلف من دولة لأخرى، كما يتغير بحسب ما يتلاءم مع ظروف كل دولة اقتصاديا وسياسيا واجتماعيا .

كما نشيرأن أغلبية قوانين الإستثمار خاصة النامية منها لم تتبع صراحة سياسة تشجيع الإستثمار عن طريق تشريعاتها، الا بالنسبة لرأس المال الأجنبي فقط دون تعدي ذلك للوطني بإعتبار الدول النامية لاتغدو عن كونها دول مستقطبة للإستثمارات الأجنبية[1]، وعليه بات من الطبيعي أن تعطي اهتماما وأولوية لرأس المال الأجنبي عن طريق إحاطته بجملة من الضمانات على حساب الإستثمارات الوطنية.

رجوعا لبعض التشريعات نجدها تشمل الإستثمارات الأجنبية بنوعيها، على سبيل المثال نجد المشرع الجزائري في القانون رقم 88-25[2]المتعلق بتوجيه الإستثمارات الإقتصادية الخاصة الوطنية قد قام بتحديد كيفيات توجيه الإستثمارات دون إعطاء تعريف لها.

بدوره نجد المرسوم رقم 93-12 لعام 1993[3]المتعلق بترقية الإستثمار، لم يعط تعريفا هو كذلك للإستثمار بل اكتفى بذكر جوانبه، لكن رجوعا للمرسوم التشريعي رقم 01-03 الملغي للمرسوم السابق نجده قد تدارك

---

[1] -علي حسين ملحم، مرجع سابق، ص 211.

[2]- قانون رقم 88-25 مؤرخ في 12 جويلية 1988 ، يتعلق بتوجيه الإستثمارات الإقتصادية الخاصة الوطنية ج-ر، ج.ج العدد 23 ، الصادر بتاريخ 13 جويلية 1988.ملغى

[3]- انظر المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار، المؤرخ في 05 أكتوبر، ج.ر، ج.ج، عدد 64، الصادر بتاريخ 10 أكتوبر 1993.ملغى

الوضع من خلال إعطاء تعريف لهذه الإستثمارات، وهو ما أكده المرسوم الأخير 16-09 المتعلق بقانون الإستثمار الجزائري وتحديدا في نص المادة الثانية منه التي نصت " يقصد بالإستثمار في مفهوم هذا القانون ما يأتي:

1-اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة وتوسيع قدرات الإنتاج أو إعادة التأهيل

2-المساهمات في رأس مال الشركة"[1].

يستشف أن قانون استثمار 16-09 قلص من مجالات الإستثمار، حيث تراجع عن تكريس الإستثمارات التي تنجز في إطار منح الرخص والإمتياز وفقا لما كان عليه في قانون 01-03، واكتفى بالإستثمارات المنجزة في النشاطات الإقتصادية لانتاج السلع والخدمات، كما ألغى إمكانية الإستثمار عن طريق الخوصصة.

أما مشروع قانون الاستثمار[2]الذي جاء به المشرع لعام 2022 فنصت المادة الرابعة منه على تغيير في الصياغة كما نجدها أضافت مصطلح "أصول مادية أو غير مادية ".

أما بالنسبة للمساهمة في رأس مال الشركة نجد المشرع قد أضاف نوع الحصص فيها فهي بذلك تشمل الحصص النقدية وكذا العنية، كما تم إضافة فقرة تالثة" نقل أنشطة من الخارج"، خلافا لما هو عليه في قانون رقم 16-09، بينما تطرق بنوع من التوسع في تحديد أنواع الاستثمارات وهو ما يتجلى في نص المادة الخامسة منه[3].

[1] -المادة 02 من قانون رقم 16-09 يتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

[2] - مشروع قانون يتعلق بالإستثمار في الجزائر لعام 2022.

[3] - انظر نص المادة 05 من مشروع قانون الإستثمار لعام 2022.

إن المشرع الجزائري في ظل المرسوم السابق 01-03 أوحتى المرسوم الأخير 16-09 المتعلقان بتشجيع وحماية الإستثمارات قد قام بتعريف الإستثمار خلافا لما كان عليه في المراسيم السابقة.

أما رجوعا للقانون العراقي نجد قانون استثماره قد اعتمد في تعريفه للإستثمار على أساس توظيف رؤوس الأموال في المشاريع التي تعود بالنفع والفائدة على ذلك البلد[1].

في حين جاء المشرع الفرنسي بتعريف للإستثمارات الأجنبية،حيث قام بحصرها في نطاق الإستثمارات المباشرة مع انتهاجه لمعيار التعداد لمجموع الأموال المستثمرة التي تعتبر عمليات استثمارية في إطار هذا القانون،كما عرفه المنظم السعودي في نظام استثماره الأجنبي لعام 1421هـ[2]،أما المشرع المصري لم يعطي تعريفا دقيقا للإستثمار الأجنبي حيث اكتفى بتعداد أوجه و مجالات الإستثمار فقط[3]،شأنه في ذلك شأن العديد من الدول النامية، بينما نجد بعض التشريعات قد أعادت وضع شروط معينة وجب توافرها في عنصر أو أكثر من عناصر الإستثمار المشمول بأحكامها،وهنا يتعلق بالمال المستثمر أو بعض مجالات الإستثمار التي تدخل في إطار هذا القانون .

في حقيقة الأمر ليس من اللازم حصر مفهوم الإستثمار بتعريف يتسم بصيغة الثبات لأن مفهومه يتغير ويتطور خصوصا ما تعلق منها بالجانب الإقتصادي، كما يرجع من جانب آخر لحرية كل دولة في وضع قانونها بما يتلاءم ويتماشى مع أهدافها وغاياتها التي تسعى اليها.

---

[1] – مثلا نجد قانون استثماره رقم 13 قد عرف الاستثمار في الفقرة" " ن" من المادة الأولى لعام 2006 التي جاء فيها " توظيف المال في أي نشاط أو مشروع اقتصادي يعود بالمنفعة المشروعة على البلد ".

[2] – نصت الفقرة "و" من المادة الأولى من قانون الإستثمار السعودي لعام 1421 هـ على أنه " توظيف رأس المال الأجنبي في نشاط مرخص له بموجب هذا النظام"، المرسوم الملكي رقم، م-1 بتاريخ 05-01-1421 هـ.

[3] –راجع في هذا الصدد قانون ضمانات وحوافز الإستثمار في مصر رقم 8 لعام 1997، وقانون الإستثمار في إقليم كردستان لعام 2006 وقانون الإستثمار في السودان لعام 1999.

ثانيا: أنواع الإستثمارات الأجنبية

تتحد الاستثمارات الأجنبية المشمولة بالحماية شكلين وهما:

1-الإستثمار الأجنبي المباشر

يعرف الإستثمار الأجنبي المباشر على أنه تلك المشروعات المملوكة للأجانب سواء كانت الملكية كاملة أم عن طريق الاشتراك بنسبة كبيرة مع رأس المال الوطني بما يكفل السيطرة على إدارة المشروع يستوي في ذلك أن يكون المستثمر الأجنبي فردا أو شركة أجنبية فرعا لإحدى الشركات الأجنبية أو لمؤسسة خاصة[1].

كما عرفه الفقيه ريموند برنارد بالقول[2]" يعد من مساهمة رأس مال مؤسسة أخرى عن طريق إنشاء فرع لها في الخارج أو رفع رأس مالها، أو قيام مؤسسة أجنبية رفقة شركاء أجانب، كما يعد وسيلة لتحويل الموارد الحقيقية لرؤوس الأموال في دولة أخرى وخاصة عند إنشاء المؤسسة ".

كما يعرف على أنه كل عمليات شراء أو خلق أو توسيع لمجال التجارة أو منشآت فردية أوفروع أو مشروعات ذات الطابع الشخصي[3]، كما يخول هذا النوع من المشروعات لصاحبه الحرية المطلقة في إدارة مشروعه واتخاذ القرار، كما يشكل وسيلة لنقل التقنيات الجديدة وكذا الصناعية والتجارية لكن يلازمه إطار قانوني

---

[1] – عبد الواحد محمد الفار، أحكام القانون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية، عالم الكتاب، القاهرة، مصر، 1979 ص97.

[2]– Bernard Raymond, économie financière international édition IRPP. Canada، 1988 ،p109.

[3]– سامي عبد الباقي أبو صالح، الإطار القانوني للاستثمارات الأجنبية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ، 2002– 2003، ص04.

جاذب لدى البلدان المضيفة[1]، كما يتخذ شكلين يتمثل الأول في المشروعات المشتركة، أما الثاني يشمل الشركات المتعددة الجنسيات.

بالنسبة للمشروعات المشتركة[2]، يقصد بها تلك الإستثمارات التي تقوم على أساس المشاركة في رأس المال الوطني، كما تتحدد نسب المشاركة في رأس المال المشروع على ضوء القانون الداخلي للدولة المضيفة[3]، فهي المشروعات التي يمتلكها أو يشارك فيها بصفة دائمة طرفان أو شخصان قانونيان أو أكثر من دولتين مختلفتين.

إذا ما رجعنا لموضوع هذه الأخيرة نجد غالبية الدول تحبذ هذا النوع من الإستثمارات حيث ترى فيه الأسلوب الأمثل لاستغلال ثرواتها والسيطرة عليها.

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري في قانون استثماره رقم 16-09 بالنسبة للمشاركة المشترطة لايوجد في النص ما يدل على تحديد نسب معينة لمشاركة الأجانب في مشروعات مشتركة مع القطاع العام.

---

[1]- Abderrahmane Benhama, Le régime d'investissements étrangers en Algérie : aspects juridiques Université Paris Panthéon-Sorbonne , cole doctorale de Droit de la Sorbonne, Département de droit privé,Année 2020 ،p47-48.

[2] -تبدو فكرة المشروعات المشتركة حديثة ، الا أنه لو تعمقنا في جذور نشأتها تعود لأزيد من قرن، كما جاء في العقد المبرم بين الحكومة الإيرانية وشركة ارسي عام 1901 حيث جاء في العقد المذكور، أن الحكومة الإيرانية تحوز على حصة من آسهم الشركة المستثمرة بعد مضي شهر من تأسيسها مما يعني تبني العقد لهذا النوع من الاستثمارات، كما تبنته العديد من الدول في تشريعاتها ، راجع في ذلك ، أحمد القشيري ، الإستقرار والتطور في الأساليب القانونية المستخدمة من قبل الدول الأخذة في التصنيع ، مجلة النفط و التنمية والتعاون العربي، العدد01 ، عام 1976، ص71.

[3]- صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الإستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، القاهرة، مصر، 2006، ص41.

لكن بالرجوع للقانون رقم 86 -13[1]نجد نص المادة الثانية تطرقت الى " تعد الشركات المختلطة الموجود مقرها في الجزائر شركات تجارية بالأسهم تخضع للقانون التجاري وتحوز جزءا من رأس مالها مؤسسة أو عدة مؤسسات اشتراكية وطنية ويندرج إنشاؤها وقانونها الأساسي المعد طبقا للتشريع".

كما اشترطت المادة 19 من القانون السوري لعام 2000 أن نسبة مساهمة القطاع العام للمشروعات المشتركة لا تقل نسبة معينة المساهمة في المشروع[2]،وبغض النظر عن كيفية ممارسة المشروع الإستثماري فإن هذا النوع من الإستثمارات يحبذه كل من الطرفين، فهو يضمن للدولة المضيفة المشاركة بالعنصر الوطني في الإدارة، أضف الى تحقيق الرقابة المباشرة على الإستثمارات الأجنبية، في حين ييسر للمستثمر الأجنبي الإستفادة من بعض المزايا والتسهيلات التي تضمنها له الدولة المضيفة والتقليل من المخاطر التي يمكن التعرض لها على شاكلة التأميم والمصادرة ونزع الملكية[3]وغيرها من الإجراءات التي تنفرد بها الدولة المضيفة باعتبارها صاحبة السيادة .

الى جانب المشروعات المشتركة، تعد الشركات المتعددة الجنسيات نوعا آخرمن أنواع الإستثمارات الأجنبية فهي ذلك المشروع الضخم الذي يضم شركات وليدة تتمتع كل واحدة منها إستقلال قانوني عن الآخر الا أنها

---

[1] – قانون رقم 86-13 المؤرخ في 19 أوت 1986، يعدل ويتمم القانون 82-13، المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة للاقتصاد وسيرها، ج، ر، ج-ج، عدد 35، الصادرة في 27 أوت 1986.

[2] – قد يشترط القانون أن تكون مساهمة العنصر الوطني رأس مال المشروع الأجنبي بنسبة معينة كحد أنى، مثال ما نصت عليه المادة 19 من قانون الإستثمار السوري رقم 7 لعام 2000 التي جاء فيها على أن لا تقل نسبة مساهمة القطاع العام في المشروع المشترك عن 25 بالمائة في رأس مال المشروع، كما ذهب المشرع الكويتي في قانون استثماره رقم 112 لعام 2013 الذي قدر نسبة مشاركة الأجانب ب12 بالمائة، راجع في ذلك، سميحة مصطفى القيلوبي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط4، 2008، ص571.

[3] –للمزيد راجع، دريد محمد السامرائي، مرجع سابق، ص29.

وكذا علي حسين ملحم، مرجع سابق، ص09.

ترتبط بالمركز الأصلي بعلاقات قانونية، تتجسد عن طريق هيمنة وسيطرة الشركة الأم على نشاطاتها والرقابة عليها أثناء قيامها بالإستثمار في مناطق جغرافية متعددة وذلك في إطار إستراتيجية عالمية موحدة[1].

كما عرفتها كذلك منظمة الأوكتاد[2]على أنها " تلك المؤسسات ذات المسؤولية المحدودة وغير المحدودة تتألف من الشركة الأم وفروعها الأجنبية، حيث تعد الشركة الأم مالكة للأصول المستخدمة للإنتاج في الخارج، أما الفرع الأجنبي المملوك كليا أو جزئيا فيعد مؤسسة ذات مسؤولية محدودة وغير محدودة مقرها الدولة المضيفة التي تمتلك فيها الشركة الأم حصة لها تخول لها حق المشاركة في الإدارة ".

على الرغم من الإمتيازات التي تمتاز بها هذه الأخيرة وحاجة الدول لاستقطابها، إلا أنه اذا ما نظرنا للجانب الثاني نجدها تمثل تهديدا حقيقيا لإقتصاد العديد من الدول خاصة النامية منها، كما لم تتوقف الهيمنة عند هذا الحد بل تجاوزت لتشمل التدخل في العمل السياسي[3]، وعليه يمكننا القول أن تبني عملية الإستثمار عن طريق هذه الشركات هو أمر صعب التطبيق من الناحية العملية كونه يتطلب تحقيق نوع من التكافؤ بين هذه الأخيرة وبين الدول المضيفة ،من خلال خلق نوع من المرونة لهذه الشركات وفي نفس الوقت محافظة الدول على سيادتها.

---

[1]– علي حسين ملحم، مرجع سابق، ص14.

[2]– علي حسين ملحم، مرجع نفسه، ص14.

[3] – تجدر الإشارة أن هيمنة الشركات المتعددة الجنسيات لم تقتصر على الجوانب الاقتصادية فقط بل تجاوزته لتشمل الحياة السياسية البلاد التي تمارس فيه نشاطها وتهدد سيادتها الوطنية، وخير مثال على ذلك ما وقع في أوائل السبعينات من القرن العشرين أين استخدمت شركة دولية للبرق والهاتف .....itt. نفوذها لمناهضة الاتجاه الاشتراكي بالتنسيق مع المخابرات الأمريكية ...c.i..aوذلك لمنع وصول رئيس الجمهورية تشيلي ..سلفادور الليندي ..للسلطة و انتهى الأمر باغتياله عام 1973، نقلا عن مذكرة قصوري رفيقة، مرجع سابق ، ص31.

أخيرا باستقرائنا للإستثمار الأجنبي بنوعيه نجده بقدر ما يحققه من امتيازات للدول المستقطبة الا أنه سلاح دو حدين حيث تعتريه صراحة بعض العوامل السياسية والإجتماعية والإقتصادية التي تؤثر سلبا على نشاط الدول المضيفة خاصة النامية منها، التي يجب أن تواكب هذا الركب من الشركات والعمل على تفادي الإشكالات التي تعتريها، وبالتالي نتطرق للنوع الثاني وهو الإستثمار الأجنبي غير مباشر.

2 -الإستثمار الأجنبي غير المباشر

بعدما رأينا الدور الذي تلعبه الإستثمارات الأجنبية المباشرة في تحقيق التنمية الإقتصادية للدول المضيفة فإن الشكل الثاني يطلق عليه الإستثمارات غير المباشرة التي تعرف على أنها تلك الإستثمارات التي تتدفق الى داخل الدولة في شكل قروض مقدمة من قبل أفراد، أو هيئات أجنبية عامة أو خاصة أو تأتي في شكل اكتتاب في الصكوك الصادرة عن تلك الدولة، أو عن طريق الأسهم بشرط أن لا يكون للمستثمر الأجنبي الحق في الحصول على نسبة من الأسهم تخوله حق إدارة المشروع "[1].

كما يختلف هذا النوع من الاستثمارات عن الإستثمارات المباشرة في حين يتخذ شكليين وهما:

القروض التي تقدمها الهيئات الخاصة للأفراد: وتتخذ هذه القروض شكلين وهما قروض الصادرات وهي القروض الإئتمانية التي تقدمها الشركات والأفراد، وكل الموردين الأجانب لتوريد سلع وخدمات وتسمى قروض الصادرات أو تسهيلات الموردين، وغالبا ما تمنح هذه القروض لفترات متوسطة الأجل.

[1] -عمر هاشم محمد صدقة ، ضمانات الإستثمار الأجنبية في القانون الدولي، مذكرة ماجيستر، جامعة أسيوط، مصر 2006، ص17.

كما أن سعر الفائدة يحدد على ضوء السعر السائد في سوق الإقتراض طويل الأجل في الدولة المصدرة التي ترتبط بالضرورة بأسعار الفائدة في الأسواق العالمية[1]، الا أن هذا النوع من القروض يؤدي الى إغراق الدول المقترضة بالديون فضلا عن تقييدها بمجموعة من الشروط، كأن يتحمل البلد المقترض تكاليف التأمين على القرض[2]، على النقيض من ذلك يعد عاملا ايجابيا بالنسبة للدول المقرضة حيث تهدف من وراء هذا لزيادة حجم صادراتها خاصة الدول النامية منها.

في حين يطلق على النوع الثاني من القروض "قروض البنوك الأجنبية الخاصة"، فهي تعد من أهم مصادر التمويل الخاصة التي تلجأ اليها الدول لتمويل عجزها في ميزان مدفوعاتها، ثم إن ما يميز هذا النوع من القروض أنها تمنح عادة لأجل قصير، كما تقترن بأسعار فائدة مرتفعة سواء في شكل قروض قصيرة أو متوسطة أو طويلة الأجل،كما يرى البعض أن غايتها هو المضاربة بالدرجة الأولى وليس إنشاء علاقات اقتصادية ثابتة[3].

كما يعد الإستثمار عن طريق حافظة الأوراق المالية نوعا من أنواع الاستثمار غير المباشر، كما يقوم هذا النوع من الإستثمارات على أساس طرح وإصدار السندات في الأسواق المالية للتداول، في حين تتحدد قيمة السندات فيها بقيم مالية معينة متبوعة بسعر فائدة محدد[4].

---

[1] – راجع: غسان علي علي، الإستثمارات ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2004، ص50.

وشريف علي محمد شريف الكندري، مرجع سابق، ص 64.

[2] – عبد الستار أحمد مجيد الحوري، الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية، دراسة مقارنة بين القانونين العراقي والمصري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013، ص64.

[3] –صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص47.

[4] – قصوري رفيقة، مرجع سابق، ص 41.

رغم اعتماد هذا النوع من الإستثمارات كمصدر من مصادر التمويل الخارجي،الا أنه يشهد تراجعا مقارنة بغيره من الأشكال الأخرى لعدة مبررات، نذكر منها عدم ثقة المستثمرين الأجانب بحكومات الدول المضيفة خاصة من حيث الوفاء بإلتزاماتها، كما يعتمد هذا النوع بالدرجة الأولى على الثقة التي تتمتع بها الدولة المطروح سندها وأسهمها للأسواق المالية العالمية وعلى قدراتها الاقتصادية ،وهو ما تفتقر اليه صراحة الدول النامية لعدم قدرتها على الوفاء بإلتزاماتها ،الأمر الذي يترتب عليه تفضيل الأشكال الأخرى للأسباب المذكورة سلفا.

المطلب الثاني: الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي على ضوء التشريعات الداخلية

من المسلم به أن انتقال رؤوس الأموال الأجنبية من بلد الى آخر تتحكم فيه العديد من المعايير لعل أبرزها يكمن في خشية المستثمرين من حكومات الدول المضيفة وكذا إجراءاتها المعقدة التي تحول دون تحقيق الربح أو الأمن الكافي لرأس المال[1]، على ضوء هذا سعت الدول لتكريس جملة من الضمانات والمزايا التي نصت عليها في إطار منظومتها التشريعية.

كما تعد الحماية القانونية الممنوحة للإستثمارات الأجنبية ضمانة إضافية لصالح هؤلاء المستثمرين[2]وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري في قانون استثماره رقم 16-09 المتعلق بترقية الإستثمارات الذي نص على مجموعة من الضمانات التي جاءت تحت الفصل الرابع المعنون بالضمانات الممنوحة للإستثمارات، وعليه

[1] -إبراهيم بن مدخن، ضمان الإستثمار الأجنبي الخاص ومنازعاته، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، 2009، ص32.

[2]-Abderrahmane Benhama, Le régime d'investissements étrangers en Algérie, op. cit, p146

فيما تتمثل الضمانات والحوافز التي أرستها التشريعات الداخلية في سبيل جذب وحماية المستثمرين الأجانب على أراضيها؟

الفرع الأول: حرية المستثمر الأجنبي في ممارسة استثماره وتحويل رؤوس أمواله للخارج

على الرغم من تكريس الدول لجملة من الضمانات التي تنصت على معاملة المستثمر الأجنبي وحماية أمواله يبقى الأخير متخوفا من حرية ممارسة نشاطه الإستثماري، فلا يقوم المستثمر الأجنبي بتحويل رأس ماله الا اذا كان مناخ الإستثمار مناسبا له، كما يخلق له جوا من الأمن القانوني[1]، هذا ما دفع بالعديد من التشريعات من بينها التشريع الجزائري على إيجاد ضمانات أخرى تفي بالغرض، لعل أهمها ما يتعلق بحرية المستثمر في استثمار أمواله وكذا حرية تحويل أمواله للخارج وبالتالي وجب التطرق لهاتين الضمانتين.

أولا: حرية المستثمر الأجنبي في استثمار أمواله

يعد مبدأ حرية الإستثمار مصدرا للحرية الاقتصادية، حيث نجد هذه الأخيرة تحمل عدة معاني أهمها حرية الفرد في اختيار العمل الذي يمارسه[2]،إن إقرار هذا المبدأ من أهم العوامل التي ينظر اليها المستثمر الأجنبي قبل اتخاذ قرار استثمار أمواله في بلد معين، كما يصعب من إنشاء مشروع استثماري نظرا للتراخيص والإعتمادات الإدارية التي يعتبرها أول عامل لتغييره[3]، نجد بعض التشريعات العربية والأجنبية قد أخذت

---

[1]-Zouaimia Rachid, Réflexions sur la sécurité juridique de l'investissement étranger en Algérie, Revue académique de la recherche juridique faculté de droit، université de béjaya، n 01 , 2010, p5

[2]– أوباية مليكة، مبدأ حرية الإستثمار في القانون الجزائري، مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2005، ص07.

[3] – صالح بودهان وخويلدي للسعيد، حرية الإستثمار الأجنبي في ظل التشريعات الحالية بين (التجسيد والتقييد)، مجلة دفاتر سياسية والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد 18 جانفي 2018، ص148.

بحرية ممارسة المستثمر للأنشطة التجارية على شاكلة المشرع التونسي،حيث نجد المجلة التونسية لعام 1993 قد تضمنت حرية الإستثمار وما يدل على عدم التمييز بين المستثمر الأجنبي

والوطني وبين ما يعتبر مقيما[1]، كما ورد في الفصول الأولى منها التي نصت على ضرورة العمل بمبدأ الحرية التامة مع استثناء بعض الأنشطة صراحة.

بالرجوع للتشريع الجزائري، نجده قد نص على مبدأ حرية الإستثمار كضمانة للمستثمر الأجنبي سواء في دساتيره أو في قوانين استثماره، حيث نص التعديل الدستوري لعام 2016[2]في المادة 43 فقرة أولى منه بقولها "حرية الإستثمار والتجارة معترف بها وتمارس في إطار القانون" وهو نفس المبدأ المكرس في دستور 2020[3].

أما بالرجوع لقوانين الإستثمار، نجد المرسوم التشريعي رقم 93-12[4]المتعلق بترقية الإستثمار الذي صدر في ظل دستور1989[5] قد كرس صراحة هذه الحرية بموجب نص المادة الثالثة منه، ثم جاء المرسوم رقم01-03 المتعلق بتطوير الإستثمار ليوسع من نطاق هذه الحرية بموجب نص المادة الرابعة منه[6]بقولها " تنجز

---

[1] – نجد مجلة الإستثمار التونسية قد نصت على هذا الضمان بقولها " انطباق أحكامها على المستثمرين الوطنيين والأجانب وتمتع هؤلاء بحرية الإستثمار في المشاريع المنجزة في إطار هذه المجلة".

[2]- قانون رقم16 -01، مؤرخ في 6 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، ج ر، ج ج، عدد 14، الصادر في 07 مارس عام 2016.

[3] -المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 سبتمبر 2020 المتضمن التعديل الدستوري المصادق عليه في نوفمبر 2020 ج-ر ج ج، عدد 82 الصادر بتاريخ 30 ديسمبر 2020.

[4] – مرسوم تشريعي رقم 93-12، ملغى مؤرخ في 05 أكتوبر سنة 1993، مرجع سابق.

[5] -المرسوم الرئاسي رقم89-18، المتضمن دستور الجمهورية الجزائرية الشعبية، المؤرخ في 28 فيفري 1989، ج، ر، ج، ج، عدد 64، سنة 1989.

[6] – المرسوم التشريعي رقم 01-03 المؤرخ في جمادى الثانية الموافق 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الإستثمارات، ج.ر، عدد 47، الموافق 20 أوت 2001. ملغى

الاستثمارات في حرية تامة مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية البيئة وتستفيد هذه الإستثمارات بقوة القانون من الحماية والضمانات المنصوص عليها في القوانين والتنظيمات المعمول بها".

أخيرا جاء قانون الإستثمار 16-09 المعدل والمتمم على ضوء التعديل الدستوري لسنة 2016 الذي نص على حرية الإستثمار، متضمنا مجموعة من التعديلات الجوهرية في ميدان الإستثمارات الأجنبية لكنه لم يتضمن أي إشارة لمصطلح حرية الإستثمار، هذا ما تجلى بموجب نص المادة الثالثة منه[1].

ما يستشف من نص المادة أنها جاءت بضمان قانوني للمستثمر إذ يوفر له صراحة جوا من الأمن القانوني كما يسمح له بممارسة مختلف الأنشطة الاقتصادية المتعلقة بإنتاج السلع والخدمات، وهنا يسمح للمستثمر أن يأخذ استثماره عدة أشكال حسب ما هو وارد في المادة الثانية[2].

كما نجد المشرع قد استغنى عن ما كان قد أورده في إطار المادة الثانية من المرسوم السابق 01-03 المتعلق بأشكال الإستثمار حيث تم استبعادها من نطاق قانون 16-09[3].

---

[1] – جاء في المادة 03 من مرسوم رقم 16-09 المتعلق بالإستثمار على " تنجز الإستثمارات المذكورة في أحكام هذا القانون وفي ظل احترام القوانين والتنظيمات المعمول بها لاسيما تلك المتعلقة بحماية البيئة والنشاطات والمهن المقننة وبصفة عامة بممارسة النشاطات الاقتصادية ".

[2]– نصت المادة 02 من مرسوم 16-09 على" يقصد بالإستثمار في مفهوم هذا القانون ما يأتي :
اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة وتوسيع قدرات الإنتاج وإعادة التأهيل.
المساهمات في رأس مال الشركة".

[3] –Zouiten abderrezak, La mise en œuvrer des avantages optionnels dans la nouvelle législation algérienne de investissement, Revue sciences humaines, n47, juin, 2017, p 08.

خلافا لما هو وارد في نص المادة الثالثة من قانون 16-09، نجد مشروع قانون 2022 قد كرس مصطلح حرية الإستثمار بصريح العبارة وهو ما تجلى في نص المادة الثالثة منه[1]، كما حددت بوضوح الشخص المعني بالحرية، في حين اكتفت المادة الثالثة من مشروع قانون 2022 بقولها" في ظل احترام التشريع والتنظيم المعمول"، كما أكدت على ضرورة تكريس كل من الشفافية والمساواة في التعامل مع الإستثمارات

إن تكريس الدولة الجزائرية لمبدأ حرية الإستثمار في تشريعها الداخلي لم يرد بصفة مطلقة، ولو تراءى لنا أن غالبية قوانين الإستثمار في عمومية صياغتها توحي بذلك، الا أن المشرع الجزائري كغيره التشريعات قد ألزم حرية المستثمر بضوابط تقيد من ممارسة نشاطه الإستثماري في بعض الحالات.

ثانيا: القيود التي ترد على حرية المستثمر

رغم الحرية الممنوحة لهؤلاء المستثمرين في مختلف القطاعات الاقتصادية، إلا أنها مقيدة بضرورة مراعاة بمجموعة من الظوابط على رأسها ضابط البيئة، كما علق المشرع ممارسة بعض الأنشطة التي أطلق عليها تسمية النشاطات المقننة[2]وفي هذا الصدد نجد المشرع الجزائري قد اشترط فيها ضرورة حصول المستثمرين

[1] –نصت المادة 03من مشروع قانون الإستثمار 2022 على " يرسخ هذا القانون المبادء التالية:
حرية الإستثمار: كل شخص طبيغي أو معنوي ...هو حر في اختيار استثماره ...".

[2] – يقصد بالنشاطات المقننة عدم قدرة المستثمر على اقتحام بعض النشاطات المخصصة صراحة للدولة أو أحد فروعها وان كان المشرع لم يحدد طبيعتها فهي تكيف على أنها إستراتيجية من الصعب حصرها وتعدادها لعدم وجود نص قانوني صريح يحدد هذه النشاطات ويضبطها، راجع في ذلك، أوباية مليكة، مبدأ حرية الإستثمار في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص254.

على بعض التراخيص من طرف السلطات المعنية وفقا لشروط وإجراءات خاصة وهو ما ورد في نص المادة الثالثة من قانون الاستثمار 16-09[1].

كما نجد الإستثناء في نص المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 97-40 المتعلق بمعايير النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للقيد في السجل التجاري وتأطيرها[2]بقولها " يعتبر كنشاط أو مهنة مقننة كل نشاط أو مهنة يخضعان للقيد في السجل التجاري ويستوجبان بطبيعتهما وبمحتواهما وبمضمونهما وبالوسائل الموضوعة حيز التنفيذ توفر شروط خاصة للسماح بممارسة كل منها ".

نفس الحل بالنسبة التشريع الفرنسي الذي أورد الإستثناء على حرية الإستثمار من خلال المراقبة الشديدة للمال من تأثير على سوق الصرف في فرنسا وكذا على اقتصادها، هذا ما نصت عليه المادة 3 الفقرة 1 تحت c بالخصوص للحكومة السلطة "لضمان حماية المصالح الوطنية" وإخضاعها للتصريح، والترخيص المسبق أو المراقبة... الإنشاء والتصفية للإستثمارات الأجنبية في فرنسا".

كما نجد قانون الإستثمار الفرنسي لعام 2003 قد ألزم في مادته الرابعة[3]في حال ما إذا تجاوز المبلغ المراد تحويله قيمة 15 مليون أورو، هنا على الشخص المعني القيام بالتصريح لدى البنك المركزي الفرنسي مهما كانت صفته سواء شخصا مقيما أو غير مقيم في فرنسا.

---

[1]- نجد المادة 03 من قانون الاستثمار 16-09 قد نصت على ذلك " تنجز الاستثمارات المذكورة ... لاسيما تلك المتعلقة بحماية البيئة وبالنشاطات والمهن المقننة ...".

[2] - المرسوم التنفيذي رقم 97 -40 المؤرخ في 18 جانفي 1997 المتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للقيد في السجل التجاري، ج-ر، عدد05، عام 1997.

[3]- Article 4, Arrêté du 7 mars 2003 portant fixation de certaines modalités d'application du décret n° 2003-196 du 7 mars 2003 .

كما تظهر إرادة المشرع الجزائري في تنظيم الإستثمار من خلال إلزام المستثمر الأجنبي بشرط الحصول على رخصة من السلطات المعنية، كون هذه الأنشطة متعلقة بالأسباب الوارد ذكرها في نص المادة الثالثة[1] من المرسوم التنفيذي رقم 97-40 السالف الذكر.

على هذا الأساس أمكننا القول أن النشاطات المقننة من اختصاص الدولة المضيفة دون سواها فلا هي ممنوعة ولا مخصصة بنص صريح إنما ألزم المشرع الدولة بمنح تراخيص مسبقة للقيام بهذه النشاطات الإقتصادية نظرا لأهميتها، كما يؤكد البعض على ضرورة توافر التوازن من طرف السلطات العمومية ووجود توافق بين هذا المبدأ وكذا حقها الرقابي والحفاظ على الأمن والنظام العام.

باستقراء العديد من النصوص القانونية التي تطرقت الى النشاطات والمهن المقننة، نجدها تشترك جميعها على أنها نشاطات تحكمها قواعد وشروط خاصة للسماح بممارستها بسبب طبيعتها ومحتواها فهي أنشطة ومهن لها طابع خاص، وبالتالي لا يسمح بممارستها الا بتوافر شروط يتطلبها التنظيم[2].

أما الإستثناء الثاني فيتمثل في وجوب احترام النصوص المتعلقة بحماية البيئة، كما ننوه أن قانون الإستثمار 16-09 لم يتطرق إلى تحديد النشاطات التي يمس فيها الإستثمار لإعتبارات حماية البيئة، بل اكتفت بالنص على أن حماية البيئة تعد قيدا يحد من مبدأ حرية الإستثمار، وبالرغم من النص على هذه الضوابط في نص المادة الثالثة،الا أنه لم يورد تعريف هذه الاستثناءات، بل اكتفى باعتبارها تعد قيودا ترد على حرية الإستثمار وهو ما جاءت المادة الخامسة عشر من مشروع قانون الإستثمار التي نصت على وجوبية إلزام المستثمر

---

[1] – نصت المادة 03من المرسوم التنفيذي رقم 97-40 على" يخضع تصنيف النشاط أو المهنة ضمن النشاطات أو المهن المقننة لوجود انشغالات أو مصالح أساسية تتطلب تأطيرا قانونيا وتقنيا خاصا" .

[2] – انظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 15-234، المؤرخ في 29 غشت 2015 المتعلق بتحديد شروط وكيفيات ممارسة الأنشطة والمهن المنظمة الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري، ج-ر ، ج-ج ، عدد 48 ،الصادرة بتاريخ 09 سبتمبر 2015.

بإحترام التشريع المعمول به،لاسيما تلك الخاصة بحماية البيئة والصحة العمومية كما أضافت قواعد المنافسة والتقيد بالشفافية[1].

كما نجد المشرع قد أصدر قانون رقم 03-10 لعام 2003[2]المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة وبموجب هذا القانون عملت الدولة على فرض جزاءات حماية لمواردها الطبيعية، وعليه يشترط على المستثمر الحصول على رخصة من الوزير المكلف بالبيئة أو الوزير المعني بالقطاع موضوع المشروع الاستثماري[3]،أضف الى مجموعة من القيود الأخرى تتمثل في نظام الإعتماد المسبق،حيث تخضع الإستثمارات هنا للتسجيل لدى الوكالة عن طريق صدور المرسوم التنفيذي رقم 17-102[4]المحدد لكيفيات تسجيل الاستثمار من خلال إخضاع النشاطات الإقتصادية لهذا النظام .

من بين القيود كذلك ما يعرف بقاعدة الشراكة أو ما يسمى بالقاعدة السيادية، هذا ما نلمسه في قانون المالية التكميلي لعام 2009[5] الذي جاء متماشيا مع نص المادة 4 مكرر من قانون 01-03 على " لا يمكن انجاز الإستثمارات الأجنبية الا في إطار شراكة تمثل فيها المساهمة الوطنية المقيمة نسبة 51بالمئة على الأقل من رأس المال الإجتماعي".

---

[1]- انظر نص المادة 15من مشروع قانون المتعلق بالإستثمار، مرجع سابق.

[2]- انظر قانون رقم 03-10 المؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة ،ج-ر ، العدد 43 الصادر بتاريخ 20يوليو 2003.

[3]- انظر نصوص المواد 18و19 من قانون 03-10 السالف الذكر.

[4] -المرسوم التنفيذي رقم 17-102 مؤرخ في 05 مارس 2017 يحدد كيفيات التسجيل الإستثمارات وكذا شكل ونتائج الشهادة المتعلقة به ، ج-ر، عدد 16، لعام 2017.

[5] - الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتضمن قانون المالية التكميلي ج.ر، عدد 44، لعام 2009.

هذه القاعدة تعني ضرورة امتلاك الشريك الجزائري عاما كان أو خاصا بنسبة 51 بالمئة من أصول الإستثمار المراد إقامته في الجزائر، أما المستثمر الأجنبي فيكون بنسبة 49 بالمئة.

بالرغم من أن قانون الإستثمار 16-09 لم يتطرق لمسألة الشراكة شأنه في ذلك شأن مشروع قانون الإستثمار 2022، الا أنه أبقى عليها في ظل قانون المالية لسنة 2016 وتحديدا في نص المادة 66 منها[1]التي نصت " ترتبط ممارسة الأجانب لأنشطة إنتاج السلع والخدمات والاستيراد بتأسيس شراكة تحوز المساهمة الوطنية المقيمة على نسبة 51 % على الأقل من رأس مالها".

كما ننوه أن قانون المالية التكميلي لعام 2020 قد أبقى على قاعدة الشراكة، الا أنه قلص من نطاقها فجعل تطبيقها يشمل فقط أنشطة شراء وبيع المتجات وكذا أنشطة الاستيراد وبعض القطاعات التي وصفها المشرع أنها تكتسي طابعا استرتيجيا، وهي كل أنشطة استغلال القطاع الوطني للمناجم والثروات الجوفية والسطحية المتعلقة بنشاط استخراج على السطح أو تحت الأرض وأي أنشطة أخرى تخضع لقانون المحروقات حسب ما جاء في نص المادة 50[2]من قانون المالية تكميلي لعام 2020.

وعليه يتضح أن ما تضمنته كل من قوانين الاستثمار وكذا قوانين المالية تعد قيودا ترد على حرية المستثمر في ممارسة استثماره داخل دولة الجزائر.

---

[1]- انظر القانون رقم 16-14 مؤرخ في 28 ديسمبر2016، يتضمن قانون المالية لسنة 2016، ج ر،ج ج، عدد 77 الصادر في 29 ديسمبر 2016.

[2] - راجع نص المادة 50 من قانون رقم 20-07 المتضمن قانون المالية التكميلي لعام 2020، مرجع سابق.

ثالثا: ضمان تحويل المستثمر لرؤوس أمواله للخارج

يعد الحق في تحويل الأموال من بين أهم الضمانات المالية التي تمنحها الدولة المضيفة للمستثمر الأجنبي كما يعد شرطا جوهريا لجذب رؤوس الأموال الأجنبية، مما يعود بالفائدة على الدولة المضيفة والمستثمر على حد سواء[1]نظرا لما يمثله تقييد حرية خروج أو تحويل رؤوس الأموال والأرباح المحققة من انعكاسات سلبية أو ايجابية على اقتصاد الدولة المضيفة، وكذا حرية أو حق المستثمر الأجنبي في التصرف في أمواله ومنه لا يتصور وجود نشاط استثماري دون أن يتجسد بجملة من القواعد القانونية التي تتيح لهؤلاء المستثمرين الحرية في تحويل أموالهم.

كما أن المستثمر لا يقوم بأي عملية استثمارية داخل الدولة الا اذا أجازت تشريعاتها ذلك[2]، أضف أنه غالبا ما نجد التشريعات تلجأ لمنح هذه الضمانة رغم الصعوبات التي يمكن أن تشوبها، حيث كرست حق التحويل بمقتضى قوانينها، من بينها القانون العراقي رقم 13 لعام 2006[3]، وعليه يتمتع المستثمر بمجموعة من المزايا من بينها حقه إخراج رأس ماله لكن شريطة إتباع عليمات البنك المركزي العراقي وبعد استيفاء الإجراءات المقررة قانونا.

تجدر الإشارة في هذا الصدد أن المشرع العراقي من خلال نص المادة لم يفرق بين المستثمر الأجنبي وعليه يفهم أن كلاهما يتمتع بهذه الضمانة، أي جاءت صياغة المادة عامة خلافا لبعض قوانين الدول الأخرى.

---

[1] – جعيرن بشير وبرايك الطاهر، ضمانات تحويل رؤوس الأموال و الأرباح المحققة في عقود الدولة الاستثمارية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة ثليجي الأغواط، المجلد العاشر، العدد الثاني، 2017، ص31.

[2]–Zouaimia Rachid, Le régime des l'investissements étrangers en algérienne , journal de droit international، n03 ,1993, p574.

[3]– نص قانون الإستثمار العراقي رقم 13 لعام 2006 للمستثمر الخاضع لأحكامه " يتمتع المستثمر بالمزايا الآتية: أولا إخراج رأس المال الذي ادخله الى العراق وعوائده وفقا لأحكام هذا القانون وتعليمات البنك المركز العراقي وبعملة قابلة للتحويل بعد تسديد التزاماته وديونه كافة للحكومة العراقية وسائر الجهات الأخرى".

بدوره نص قانون الإستثمار الكويتي رقم 8 لعام 2001 في المادة الثانية عشر على حرية المستثمر الأجنبي في تحويل أرباحه وأملاكه للخارج، بينما خولت المادة الحادية عشر من نفس القانون للمستثمر الأجنبي الأحقية في تحويل ماله لمستثمر آخر كان أجنبي أم وطني وفقا لشروط المساواة لدولة الكويت[1]، وهو ما جاء في المادة السادسة من قانون الإستثمار المصري رقم 76 لعام 2017[2].

بدورها أقرت الجزائر حرية التحويل في إطار قانون 16-09 المتعلق بتشجيع وحماية الإستثمارات وتحديدا في نص المادة 25 منه[3]، كما تناولت الفقرة الرابعة من نفس المادة كل ما يتعلق بمحل التحويل، نفس المبدأ أبقى عليه مشروع قانون المتعلق بالإستثمار السابق الذكر وتحديدا في نص المادة الثامنة منه.

كما ننوه أن مشروع قانون الإستثمار الجديد وسع صراحة من نطاق تحويل المبالغ المستثمرة وعائداتها الى المستثمرين غير المقيمين كذلك، خلافا لما كان عليه في قوانين الاستثمار السابقة.

في حين حدد المشرع الجزائري شروط الاستثمار المرغووب إنجازه بالخارج في المادة الرابعة من نظام رقم 14-04[4] المتعلق بشروط تحويل رؤوس الأموال الى الخارج، كما نجد قانون النقد والقرض رقم

---

[1] – أنور بدر منيف العنزي، النظام القانوني للإستثمار الأجنبي المباشر، دراسة في قانون الاستثمار الكويتي رقم 8 لعام 2001، مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الكويت، 2012، ص67-68.

[2] – انظر نص المادة 06 من قانون الاستثمار المصري رقم "76"لعام 2017.

[3] – نصت المادة 25 من قانون الإستثمار رقم 16-09 على " تستفيد من ضمان تحويل رأس مال المستثمر والعائدات الناجمة عنه الاستثمارات المنجزة انطلاقا من حصص في رأس مال في شكل حصص نقدية مستوردة عن الطريق المصرفي ومدونة عملة حرة للتحويل يسعرها بنك الجزائر بانتظام، ويتم التنازل عنها لصالحه والتي تساوي قيمتها أو تفوق الأسقف الدنيا المحددة حسب التكلفة الكلية للمشروع ووفق الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم".

[4]– انظر نص المادة 04 من نظام رقم 14-04 مؤرخ في 29 سبتمبر 2014 يحدد شروط تحويل رؤوس الأموال الى الخارج بعنوان الإستثمار في الخارج من طرف المتعاملين الاقصاديين الخاضعين للقانون الجزائري ،ج.ر،ج ج ، عدد 63 الصادر في 22 أكتوبر 2014 .

03-11[1] الذي نص في مادته 126 على السماح كذلك لغير المقيمين بتحويل رؤوس أموالهم في الجزائر من أجل تحويل أي أنشطة اقتصادية غير مخصصة صراحة للدولة أو المؤسسات المتفرعة منها أو أي شخص معنوي مشار اليه بموجب نص قانوني، أما بنك الجزائر نجده قد أشار إلى ذلك في قانونه رقم 05-03 تحديدا في نص المادة الثانية منه[2].

يفهم من نص المادة أن بنك الجزائر ألزم المؤسسات المعتمدة بدون تأخير لتحويل الأرباح والفوائد الناتجة عن التنازل عن الإستثمارات الأجنبية،الى جانب تقديم علاوات الحضور وكذا مكافآت أعضاء مجلس الإدارة الأجانب،كما لا يفهم من عمومية النص أن للمستثمر الحق المطلق في تحويل أمواله بل يستوجب عليه احترام التشريع والتنظيم المعمول به، في هذا الصدد نجد الدولة الجزائرية قد فرضت إجراءات معينة يلزم التقيد بها احتراما لتنظيم الصرف وكذا حرية تحويل رؤوس الأموال للخارج،هذا ما أقره قانون الإستثمار في المادة 25 منه وكذا ما جاءت به قوانين النقد والقرض، كما ألزم صراحة المستثمر الأجنبي بضرورة الحصول على بيان بالمطابقة، كما أقر نظام الإعتماد كشرط قبلي لإنجاز هذه الإستثمارات الأجنبية[3]،وهنا يفهم أن المشرع قد خص قانون حركة رؤوس الأموال بقواعد وآليات رقابية[4]عند كل تحويل تتولى تجسيدها الأجهزة المختصة.

---

[1]- المادة 126 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض ، ج.ر، عدد52 ، مؤرخة في 27 أوت 2003.

[2]- انظر نص المادة 02 من نظام بنك الجزائر رقم 05-03 المؤرخ في 6 جويلية 2005 يتعلق بالإستثمارات الأجنبية، ج-ر، عدد 53 الصادرة بتاريخ 21 جويلية 2005.

[3] - Lagune Walid، «Question autour du nouveau code des investissements» …op.cit. p43-44

[4] -زويبري سفيان، حرية الإستثمار والرقابة على الصرف في القانون الجزائري ، مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بجاية ، 2012 ، ص88 .

إذا كان المبدأ هو ضمان حرية المستثمر في تحويل رؤوس أمواله، الا أن هذا لا يقيد من حرية الدول من فرض الرقابة على هذه الشركات رغم ما تخلفه من قيود أمام تدفق رؤوس الأموال الأجنبية، كما أن هذه الحرية من شأنها التأثير على اقتصاد البلدان المضيفة إذا كان للمستثمر مثلا حق الإنسحاب، وعليه عملت الجزائر على تجسيد بعض القيود للحد من هذه الأخيرة، كالقيد على عملية التحويل وفرض الرقابة عليها من طرف البنك المركزي الجزائري.

أما فيما يخص آجال التحويل، نجد المشرع الجزائري قد أغفل في قوانينه عامة وقوانين الاستثمار خاصة آجال معينة يمكن التقيد بها، شأنه في ذلك شأن مشروع قانون الإستثمار الجديد 2022، عكس ما هو عليه في بعض الإتفاقيات الدولية.

أما بالرجوع لمجلة تشجيع الإستثمارات التونسية، نجدها لم تنص على مبدأ حرية التحويل، وقد تدارك المشرع التونسي هذا النقص في قانون المالية لسنة 2007، الذي أكد على حرية تحويل الأرباح وعوائد رأس المال المستثمر بعملة قابلة للتحويل، كما يظهر أن المشرع التونسي لا يفرض أي عرقلة على عملية تحويل الأموال من طرف المستثمر الأجنبي على غرار الدول الأخرى.

بينما قام المشرع الفرنسي بتعديل التشريع المتعلق بالإستثمار بموجب المرسوم 2003-126 المؤرخ في 07مارس 2003 الذي ينظم العلاقات المالية مع الخارج،[1] والذي تلاه القرار التنفيذي هذا الأخير جاء بتعديل في مفهوم الإستثمار المباشر بالمقارنة مع ما كان منصوص عليه في السابق، وعليه يكون تحويل رؤوس الأموال الأجنبية سواء عند انجاز الإستثمار أو في حالة تصفيته.

---

[1]- Article 4, Arrêté du 7 mars 2003 portant fixation de certaines modalités d'application du décret n° 2003-op.cit .

على غرار البعض الآخر الذي نجده قد فتح المجال واسعا دون أدنى قيد أو شرط على شاكلة دولة الكويت والأردن وتونس، حيث نجد تشريع هذه الأخيرة لا يفرض أي عرقلة على تحويل الأموال من طرف المستثمرين الأجانب، كما لا يلزم الحصول على ترخيص من طرف البنك المركزي التونسي.

وعليه نؤكد على ضرورة تضمين تشريعات الإستثمار للدول المضيفة حق المستثمر كذلك في الإستفادة من الأموال العينية التي يجلبها من الخارج للمساهمة بها في رأس مال المشروع الإستثماري من خلال السماح له بإعادة تصديرها خارج الدولة المضيفة وفقا لضوابط وشروط معينة.

نخلص في الأخير أنه بغض النظر عن الإختلافات المتعلقة بحرية التحويل وطبيعة نظام كل دولة لا مانع من السماح للمستثمر بتحويل أرباحه التي يحققها للخارج كحافز مهم لجذبه، لكن وجب الموازنة صراحة بين مصالح هذه الدول حفاظا على توازنها المالي والإقتصادي ومصلحة المستثمر في هذا الشأن.

الفرع الثاني: حماية ملكية المستثمر الأجنبي من خطر نزع الملكية

قد تعترض المستثمر مجموعة من العراقيل وهو بصدد ممارسة نشاطه الاستثماري الأمر الذي يؤثر سلبا على استثماره داخل الدولة المضيفة في العديد من المسائل على شاكلة التمييز بينه وبين المستثمر الوطني من حيث الضمانات والإمتيازات المقدمة لكل منهما،ثم إن المعاملة التي يتلقاها المستثمر الأجنبي قد تختلف عن المعاملة التي يحظى بها نظيره الوطني،أضف الى مسألة التعويض في حال نزع الملكية وما يعتريها من إشكالات في ما اذا كانت مناسبة أم لا، كل هذا دفع بالعديد من تشريعات الدول الى إضفاء جملة من الضمانات التي اتفقت في مجملها على حماية المستثمر من خطر نزع ملكيته وهذا ما نتطرق اليه على النحو التالي:

أولا : الحماية عن طريق التعويض

يعرف التعويض على أنه دفع مبلغ مالي معين من النقود يعادل الضرر الذي أصاب الغير وما لحقه من خسارة وما فاته من كسب نتيجة للفعل الذي قام به وتسبب في ضرره[1].

هذا ما نصت عليه الدول بشكل عام وتناولته قوانين استثمارها بشكل خاص، من حيث إلزامية القيام بعملية التعويض للمستثمر الأجنبي،وإن كان من حق الدولة المضيفة نزع الملكية والإجراءات المشابهة لها بوصفها صاحبة سيادة،إلا أنها بمقتضى قواعد القانون الداخلي مجبرة على التعويض جراءالضرر الذي يصيب المستثمر نتيجة تقييده لأمواله المستثمر لديها[2]، من بين هذه التشريعات نجد التشريع الجزائري قد كرس في قانون استثماره ضمانة حق المستثمر في التعويض مثلما جاءت بها المادة 23 من قانون 16-09[3] التي نصت على إلزامية تعويض المستثمر في الحالات المنصوص عليها.

كما أقرت على أن يكون التعويض عادلا ومنصفا، وهو ما أكده مشروع قانون الإستثمار لعام 2022 في مادته العاشرة[4]، كما نجد المشرع الجزائري قد استبدل مصطلح "الإستيلاء "الوارد في نص المادة 23 من

---

[1]– بلحطاب بن حرز الله ، الضمانات المكفولة ضد نزع الملكية والإجراءات المشابهة لها ، مجلة الدراسات القانونية والسياسية ، جامعة ثليجي الاغواط ، الجزائر ، المجلد الخامس ، العدد الأول ، جانفي 2019.، ص245.

[2] – معيفي لعزيز ، تعويض المستثمر بين القانون الدولي والقانون الجزائري ،" آلية تفعيل العملية الاستثمارية" ،المجلة الأكاديمية للبحث القانوني" ، بجاية ،المجلد 17 ، العدد الأول ،2018، ص461.

[3]– نصت المادة 23 من قانون 16 –09 على " زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية لا يمكن أن تكون الإستثمارات المنجزة موضوع استيلاء الا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به .
يترتب على هذا الاستيلاء تعويض عادل ومنصف ".

[4] – راجع نص المادة 10 من مشروع قانون الإستثمار في الجزائر لسنة 2022.

قانون 16-09 بمصطلح" التسخير من طرف الإدارة " في مشروع قانون استثماره الأخير، إلا أنهما يتفقان على أن يكون التعويض عادلا ومنصفا.

كما استتبعه الدستورالجزائري لعام 2020[1]الذي أكد على إلزامية عدم نزع الملكية إلا في إطار القانون ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف، كما انتهج نفس القواعد العامة في التعويض في القوانين الخاصة بنزع الملكية[2] حيث أقر على أن يكون التعويض عادلا ومنصفا.

في حين نجد المشرع السوداني قد ساير نفس النهج، حيث جاء بمجموعة من الضوابط كعدم جواز اللجوء لتأميم المشروع أو مصادرة أمواله أو الحجز عليه أو تجميده، إلا بناءا على قانون ومقابل تعويض فوري وعادل.

أما المادة الرابعة من مدونة الإستثمارات الموريتانية[3]فنجدها حددت الأسس التي يقوم عليها إجراء التأميم ونزع الملكية وغيرهما حيث وصفت التعويض هنا بالسريع والكاف والفعال.

ما تجدر الإشارة اليه أن التعويض يشمل جميع صور نزع الملكية، سواء ما تعلق الأمر بعملية التأميم أو مصادرة أو نزع ملكية للمنفعة العامة، فجميع أشكال نزع الملكية يدخل تحت نطاقها الحق في التعويض رغم

[1] – انظر المادة 60 من المرسوم 20-442 المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2020، مرجع سابق.

[2] – راجع نص المادة 21 من القانون رقم 91-11 المؤرخ في 21افريل 1991 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ج-ر، عدد 21، عام 1991.

[3] – انظر قانون رقم 2002-03 الصادر في 20 جانفي 2002، المتضمن مدونة الإستثمار الموريتانية، ج.ر، رقم 1020، بتاريخ 15 افريل 2002.

اعتبار هذا الحق من المبادئ المسلم بها على المستوى الدولي، إلا أن تحديد محتواه يبقى محل خلاف بين الدول المصدرة لرؤوس الأموال والدول النامية المضيفة لها[1].

أما بالتعريج على شروط نزع الملكية للمنفعة العامة، نجد المشرع الجزائري اشترط القيام بتعويض المالك على أن يكون التعويض جابر للضرر الذي لحق به، كما يستوجب أن يكون موازيا للقيمة الحقيقية للعقار المنزوع ملكيته، في حين نجد المشرع الكويتي قد تضمن نفس الحل في قانون استثماره من خلال نص المادة 19[2]حيث جاء فيها عدم جواز مصادرة أو حرمان أي مشروع استثماري الا في شكل قانوني ويترتب على ذلك تعويض.

أما بالرجوع لأوصاف التعويض، نجد العديد من التشريعات تختلف حول كيفية أداءه، فالمشرع الجزائري ألزم في قانون استثماره رقم 16-09 على أن يكون التعويض منصفا وعادلا[3]، بينما نجد البعض الآخر قد اكتفى بعبارة التعويض العادل فقط، على شاكلة قانون الإستثمار السعودي الذي نص على ضمان عدم نزع الملكية عقارات المشاريع الإستثمارية الخاضعة لأحكامه الا بقانون وأن يكون ذا مصلحة عامة مستتبع بتعويض عادل.

---

[1] -حساييني لامية، مبدأ عدم التمييز بين الإستثمارات في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بجاية، 2017 ، ص 138.

[2]- نجد المشرع الكويتي رقم 112 لعام 2013 المتعلق بقانون الإستثمار قد نص في مادته 19 على " لا يجوز مصادرة أي كيان استثماري مرخص فيه طبقا لأحكام هذا القانون أو نزع ملكيته للمنفعة العامة طبقا للقوانين المعمول بها ومقابل تعويض يعادل قيمة الحقيقية للمشروع المتروكة ملكيته وقت نزع الملكية، ويدفع التعويض المستحق فور اتخاذ القرار المشار اليه ".

[3] - نصت المادة 23 فقرة ثانية من قانون الإستثمار 16-09 على " يترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف "

ثانيا: مبدأ المساواة وعدم التمييز

رغم استقرار القانون الدولي على فكرة حق الدولة المضيفة في اتخاذ إجراءات انفرادية في مواجهة أملاك المستثمرين،نجد التشريعات قد تبنت هذا المبدأ بإعتباره ضمانة محورية ذات طابع حمائي[1]ضد كل الإجراءات التعسفية التي يمكن أن تصدر من طرف الدول المضيفة للإستثمارات الأجنبية ،وهنا يقصد به أنه لا يجوز أن ينطوي على تمييز مجحف بين الأجانب والوطنيين لغير صالحهما، فهو مبدأ يفرض نفسه في جميع مجالات نزع الملكية ، كما يرجع إعمال هذا الشرط ليس لحماية المستثمر الأجنبي ضد تعسف الدولة المضيفة فقط، وإنما لضمان وتحقيق المنافسة التي يخضع لها المستثمر على إقليمها[2]كما يتم إخضاع المستثمرين لنفس القواعد و المبادئ والإجراءات وبالتالي تفادي المعاملة التفضيلية مهما كان نوعها[3].

[1] – قبايلي الطيب، حماية ملكية المستثمر في القانون الجزائري وقضاء التحكيم ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، جامعة بجاية ، المجلد 10 ، العدد02 ، 2019 ، ص308 .

[2] –بقة حسان، حماية الملكية الخاصة للمستثمر الأجنبي في القانون الجزائري ، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تيزي وزو، 2020،ص172.

[3] – …aoute des obligation lestât devaient adopter également des mesures spéciales en vue de promouvoir une égalité des chainses voir de garantir une égalité effective dans la jouissance des droit …limos Alexandre، siciliens droit de Lhomme, Revue trinstrielle 16eme année, n64 , 1 octobre، 2005، p886

نقلا عن رسالة حسين نوارة ، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تيزي وزو ،2013، ص 117.

كما نصت الدولة الجزائرية على هذا المبدأ، سواء في دساتيرها[1]أو من خلال قوانين استثمارها، وبالرجوع لهذه الأخيرة نجد المشرع صراحة لم يذكر مصطلح المساواة وعدم التمييز لكن أشار الى ما يدل عليه في نص المادة 21 منه[2] بقوله " معاملة منصفة وعادلة " .شريطة مراعاة ما جاء في بنود الإتفاقيات الدولية المبرمة في مجال الإستثمار.

ثالثا: القيد المتمثل في المصلحة العامة

تجمع غالبية الدول على ضرورة عدم إضرار الدول المضيفة بحقوق وممتلكات المستثمر الأجنبي الا إذا كان الباعث من اتخاذها هو تحقيق المصلحة العامة، وعليه يمكن تعريفها على أنها ضرورة استيلاء الدولة على الممتلكات الخاصة بحسن نية من أجل صالح أفراد المجتمع وفقا للسلطة التقديرية للدولة المضيفة[3].

بينما نجد الأستاذ laveic عرفها على أنها" تلك المصلحة المشتركة للدولة أو مصلحة لمجموعة وطنية "[4].

---

[1] – نصت المادة 32 من دستور 2016من الفصل الرابع تحت عنوان الحقوق والحريات على "كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه الى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط او ظرف آخر شخصي أو اجتماعي".

[2] – نصت المادة 21 من قانون الإستثمار الجزائري 16–09 على "مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الثنائية والجهوية متعددة الأطراف الموقعة من قبل الدولة الجزائرية يتلقى الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب معاملة عادلة ومنصفة في ما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة بإستثماراتهم".

[3] –قبايلي الطيب، حماية ملكية المستثمر في القانون الجزائري وقضاء التحكيم، مرجع سابق، ص306.

[4] – محمد محمود ولد عبد الله المختار، الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية في تشريعات دول المغرب العربي، دراسة تحليلية مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة 2004، ص148.

فحق الدولة في نزع الملكية هو حق معترف به كما يمارس في إطار السيادة الدائمة على إقليم الدولة النازعة للملكية، فهي بهذا مصلحة خاصة بالدولة تقدرها حسب ما تراه لخدمة الصالح العام، وهنا لا يتصور نزع الملكية الا إذا توافرت مبرراتها وفق مقتضيات المنفعة العامة وكذا المصلحة الوطنية[1].

من وجهة أخرى تعد في نظر المستثمر قيدا من القيود الرامية لحماية الملكية الخاصة من الإجراءات التحكمية التي تلجأ اليها الدولة لتحقيق مصالحها المتنوعة عن أي إجراءات تعسفية أو تحقيقات مسبقة عند انحرافها بالسلطة المخول لها[2]،رجوعا للتشريع الجزائري نجده لم يغفل على تكريس هذا المبدأ عند قيام الدولة الجزائرية بنزع ملكية مستثمريها الأجانب سواء من خلال دستورها[3]،أو حتى في القوانين الأخرى كقانون رقم 91-11المتعلق بنزع الملكية[4]حيث يمثل الإطار العام الذي تتم فيه نزع الملكية لأنه ينظم الشروط والإجراءات المتعلقة بها.

فالأصل هو عدم المساس بالملكية الخاصة، أما الإستثناء جوازيته للنفع العام شريطة أن يتم في إطار قانوني، أما بالرجوع لقانون الإستثمار رقم 16-09 نجد نص المادة 23 " زيادة على القواعد التي تحكم نزع

---

[1] -Terki Nour Eddine، La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie op.cit، p15

[2]- kadi hanifi mokhtaria، Le Régime juridique de lequel dutitile en matière expirations، Revue idara ,Vol 15, n29 ,2005, p74-75.

[3]- نص دستور 2016 في المادة 22 منه على " لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون ويترتب عليه تعويض قبلي عادل ومنصف " .

[4]- قانون رقم 91-11 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، مرجع سابق.

الملكية لا يمكن أن تكون الإستثمارات المنجزة موضوع استيلاء الا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به ويترتب على هذا الإستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف[1]".

يستشف من نص المادة السابقة أنها ذكـرت مصطلحي الإستيلاء ونـزع الملـكية كإجراء واحد رغم اخـتلافهما، كما لم تشر بصريح العبارة لمصطلح "المصلحة العامة " شأنها في ذلك شأن المادة 22 من دستور 2016، وكما ذكرنا سابقا أن مشروع قانون الإستثمار في نص المادة العاشرة استعمل عبارة "محل تسخير من طرف الإدارة" وهذا يدل على أنه قصد من وراء ذلك نزع ملكية المستثمر من طرف هذه الأخيرة مع التقيد طبعا بالشروط الواردة في عملية النزع وما يستتبعها من تعويض.

نفس الحل أخد به قانون الإستثمار الأردني رقم 13 لعام 2006الذي جاء خاليا من عبارة المصلحة أو المنفعة العامة، على النقيض من ذلك نجد كلا من قانوني الإستثمار السوداني والقطري قد تضمنا ذلك[2].

ما تجدر الإشارة إليه أنه على الرغم من اختلاف قوانين وتوجهات الدول في حماية المستثمر من خطر نزع الملكية الى أنه التمسنا أنهم يجمعون على أن الدولة لا تستطيع اللجوء لإجراءات النزع الا في إطار قانوني شرعي مخصص لها.

---

[1] – نص المادة 23 من قانون 16–09 متعلق بالإستثمار، مرجع سابق.

[2]– نصت المادة 17 فقرة الأولى من قانون الإستثمار السوداني لعام 1999 على" ...يتمتع المستثمر بالضمانات الآتية ... عدم التأميم ...أو نزع ملكية عقارات متروكة كلها أو بعضها أو استثماراته للمنفعة العامة الا بقانون ...ومقابل تعويض عادل ". بينما نصت المادة13 من قانون رقم 1 لسنة 2019 تنظيم استثمار رأس المال غير القطري على " لا تخضع الإستثمارات غير القطرية سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة لنزع الملكية أو لأي اجراء ذي اثر مماثل مالم يكن ذلك للمنفعة العامة ..."

الفرع الثالث: الحوافز والإعفاءات الممنوحة للمستثمرين

يعترف القانون الدولي بحق الدولة ذات السيادة في فرض الضرائب والرسوم والأعباء ذات الطبيعة المالية المماثلة على الأشخاص بما فيهم الأجانب وأموالهم المستثمرة داخل أراضيها، الا أن الدول المضيفة قد تمنح لهؤلاء المستثمرين معاملة خاصة كإعفاء أو تخفيض ما تفرضه مثلا من أعباء في سبيل تحفيزهم وتشجيعهم على إقامة المشاريع الإستثمارية وكذا توسيعها.

من زاوية أخرى تتضمن تشريعات الإستثمار مجموعة من التيسيرات الإدارية والضريبية التي تصدر من السلطات المختصة بهدف تقليل الصعوبات التي تواجه المشروعات الإستثمارية، وعليه نتطرق للحوافز الإدارية لتسهيل عملية المستثمر الأجنبي، ثم ما يسمى بالإعفاءات الضريبية كحوافز مهمة لجذب المستثمر الأجنبي.

أولا: الحوافز الإدارية

لا شك أن حق المستثمر في تحويل أرباحه وعوائده تعترضها بعض المعيقات من طرف الجهات الإدارية للدول المستضيفة حيث تعد هذه الإجراءات عبئا على عمل المستثمر الأجنبي، من جهة أخرى تعرقل ممارسة نشاطه الإستثماري،وعليه تضمنت النظم التشريعية نصوصا قانونية تقضي بإنشاء هيئة مختصة يتمثل عملها في تخطي العقبات التي يتلقاها هذا الأخير داخل الدولة المستضيفة من أجل تسهيل الإجراءات الإدارية أمامه، من بين هذه التشريعات نجد ما تضمنه قانون الإستثمار الجزائري رقم16-09 السالف الذكر الذي

نص على إنشاء الوكالة الوطنية لترقيةالإستثمار[1]ودعمها وفقا لمهام حددتها المادة الرابعة منه[2].

كما نجدها ألزمت المستثمر للإستفادة من المزايا المقررة في أحكام هذا القانون التسجيل لدى الوكالة الوطنية لتطويرالاستثمار، بينما ألزم المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي المتعلق بصلاحيات الوكالة وتنظيمها وسيرها[3]وضع كل المعلومات في خدمة المستثمر الأجنبي متى احتاج اليها، كما تضمن له توزيع كل المعطيات والمعلومات المتعلقة بغرض الإستثمار كيفيات منح المزايا المرتبطة بها.

بالإضافة لهذا نجد المشرع قد جاء بمجموعة من التسهيلات الإدارية كإنشاء الشباك الوحيد اللامركزي الذي يعتبر الممثل الوحيد للمستثمرين[4]أمام السلطات العمومية المعنية[5]، كما لم يتوقف المشرع الجزائري عند هذا بل خول لهذا الأخير حق الطعن ضد القرار الذي يتخذ ضده من قبل الوكالة وهو مايستشف من نص المادة الحادية عشر[6]من قانون 16-09 المتعلق بالإستثمار التي جاء فيها" يحق للمستثمر الذي يرى أنه قد غبن من إدارة أو هيئة مكلفة بتنفيذ هذا القانون بشأن الاستفادة من المزايا، أو كان موضوع إجراء سحب أو تجريد

---

[1] – تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري في إطار مشروع قانون استثماره 2022 قد استبدل مصطلح الوكالة الوطنية للإستثمار التي كانت عليه في قانون 16-09 بمصطلح الوكالة الجزائرية لترقية الإستثمار في الفصل الثالث تحت عنوان الإطار المؤسساتي حسب ما ورد في نص المادة 16 وكذا المادة 18 منه.

[2]– نجد المادة 04 من قانون الإستثمار 16-09 قد نصت على " تخضع الإستثمارات قبل إنجازها من أجل الاستفادة من المزايا المقررة في أحكام هذا القانون للتسجيل لدى الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار المذكورة في المادة 26 أدناه " .

[3]– المرسوم التنفيذي رقم 06-356 مؤرخ في 9 اكتوبر2006، يتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار وتنظيمها وسيرها، ج ر، عدد 64 ، صادر في 11 أكتوبر2006.

[4] – هوام علاوة واوراغ آسيا، الضمانات والحوافز التشريعية لجذب الإستثمار في ظل قانون 16-09، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، العدد 11 جانفي ،2019، ص165.

[5] – أضاف مشروع قانون استثمار 2022 بموجب نص المادة 20 منه شبابيك أخرى مركزية على المستوى المحلي حيث أوكلت لها مهمة مساعدة المستثمر في إتمام جميع اجراءاته الإستثمارية.

[6] – نص المادة 11 من قانون رقم 16-09 المتعلق بالاستثمار، مرجع سابق.

من الحقوق شرع فيه تطبيقا لأحكام المادة 34 أدناه الطعن أمام لجنة تحدد تشكيلتها وتنظيمها وسيرها عن طريق التنظيم، وذلك دون المساس بحقه في اللجوء الى الجهة القضائية المختصة "

أما الوضع الجديد الذي استحدثه مشروع قانون الإستثمار 2022 أنه ألزم المشرع الجزائري بموجب نص المادة 25 من المشروع على وجوبية خضوع الإستثمارت قبل إنجازها للتسجيل أولا لدى الشبابيك الوحيدة المذكورة في نص المادة 18 منه[1]، وكذا انشاء لجنة وطنية عليا لدى رئاسة الجمهورية تختص مهمتها بالنظر والفصل في الطعون المقدمة من قبل المستثمرين[2]، كما خولت للمستثمر حق التقاضي عن طريق تقديم طعنه أمام الجهات القضائية المختصة.

بدورها نجد التشريعات الأخرى على شاكلة الأردن والسعودية ودولة مصر كرست هي الأخرى أجهزة وطنية لتسهيل الإجراءات الإدارية' ورغم الجهود الذي تلعبه هذه الهيئات صراحة باعتبارها أجهزة أنشأت لخدمة هؤلاء المستثمرين وتسهيل إجراءاتهم الإدارية، إلا أن الدور الذي تلعبه مازال يفتقر لمجموعة من الضوابط والآليات الفعالة خاصة الدول النامية منها.

ثانيا: الإعفاءات الضريبية

إن تطبيق الدول السياسة الضريبية على الإستثمارات الأجنبية يشكل في غالب الأحيان عائقا أمام تدفق رؤوس الأموال،كما يعد سببا في عزوف وفود المستثمرين الأجانب،ثم إن الحوافز التي تقررها هذه الدول اتجاه المستثمر تجعل منه حافزا مشجعا للإستثماروهذا بحسب كل معيار تتبعه الدولة في فرض الضريبة على

[1] – جاء في نص المادة 18من مشروع قانون الإستثمار على " تنشأ لدى الوكالة الشبابيك الوحيدة الأتية:
الشباك الوحيد للمشاريع الكبرى والاستثمارات الأجنبية
الشبابيك الوحيدة الامركزية ".

[2] – راجع نص المادة 11من مشروع قانون الإستثمار لعام 2022.

النشاط الأجنبي، فهي استثناء من نظام الضرائب العام[1]،كما تعد ميزة أو نظام مالي[2]يتم في إطار السياسة المالية للدولة بهدف تشجيع الاستثمارات بينما تتفاوت من دولة لأخرى حسب الأهداف المسطرة لكل منها جراء استخدام سياسة الإعفاءات الضريبية[3]،هذا ما يفسر المعايير التي تعتمدها الدول في المعاملة الضريبية للإستثمارات الوافدة اليها،كما تؤثر الحوافز الضريبية في اتخاذ قرار الإستثمار تأثيرا مباشرا على العائد المتوقع من حيث توظيف رؤوس الأموال، فإذا كان العائد مثلا يخضع لعبء ضريبي مرتفع هنا لا يمكن نقله للغير لأن هذا يقلل من نسبة الأرباح[4]، مما يقابله إجحاف في انتقال رؤوس الأموال والعكس الصحيح .

رغم وجود الإختلافات الضابطة للسياسات الضريبية،الا أن مختلف الدول خاصة النامية منها تتفق في ما بينها على أن أهم عائق يتعرض اليه المستثمر هو عبء الإزدواج الضريبي لما له من أثر سلبي ومانع أساسي لتدفق رأس المال الأجنبي داخل الدولة المستضيفة،كما ارتكزت الجهود الدولية في نصوصها التشريعية على التخفيف من عبء هذا الأخير على مواطنيها المستثمرين و أموالهم داخل أراضي الدول المضيفة حتى لا يكون عرضة لإزدواجية الضرائب من قبل الدولتين، وهما الدولة الأم والدولة المضيفة

---

[1] – منى محمود ادلبي، سياسة الحوافز الضريبية وأثرها في توجيه الإستثمارات في الدول النامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2006، ص111.

[2] – حاتم غائب سعيد، النظام القانوني لضمانات وحوافز الإستثمار الأجنبي الخاصة في العراق، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، 2017، ص83.

[3]– نجد ما يسمى بسياسة الإعفاءات الضريبية في المناطق الحرة ، في هذا الصدد نجد قانون الاستثمار اللبناني قد نص على أن جميع الشركات الواقعة في هذه المناطق تستفيد من الإعفاء الضريبي لمدة 10 سنوات، كما تعفى كذلك من تسجيل موظفيها لدى الضمان الاجتماعي شريطة أن يحصلوا على تقديمات مماثلة أو أفضل، كما تناولت الإعفاء من الضريبة للمؤسسات الصناعية، راجع، عبد الله عبد الكريم عبد الله ، ضمانات الإستثمار في الدول العربية ،دراسة قانونية مقارنة لأهم التشريعات العربية والدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان، الأردن، ط أولى،2010، ص 65-66.

[4] – محمد يونس يحي الصائغ، المركز القانوني للإستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية في ظل القانون الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، عام 2005، ص58.

للإستثمارات، في هذا الصدد نجد موقف الدول يختلف صراحة في منح هذه الإعفاءات والمزايا الضريبية التي تتأرجح بين إعفاء كلي للضرائب أو تنحصر عن طريق إعفاءات جزئية فقط، من بين هذه التشريعات نجد التشريع الجزائري يكرس سياسة الإعفاءات والمزايا الضريبية للمستثمرين الأجانب ضمن قانون تشجيع الإستثمار رقم 16-09 السالف الذكر،حيث تشمل الإعفاءات الجمركية وكذا الرسم عل القيمة المضافة بمقتضى نص المادة الثانية عشر منه[1]التي جاءت تحت عنوان المزايا المشتركة لكل الإستثمارات القابلة للاستفاذة،أما مشروع قانون الإستثمار فتطرق اليها في الفصل الرابع تحت عنوان الأنظمة التحفيزية والشروط المؤهلة للاستفاذة من المزايا، في حين حذا قانون الإستثمار العراقي حذو المشرع الجزائري في قانون استثماره رقم 13 لعام 2006 حيث نص على منح المشروع الحاصل على إجازة الإستثمار إعفاءا كليا من الضرائب والرسوم لمدة تصل الى10 سنوات تحسب من تاريخ التشغيل بحسب المنطقة التموينية التي يقام بها المشروع[2].

على النقيض من ذلك لم ينص قانون الإستثمار السعودي على الإعفاءات من الضرائب والرسوم للمشاريع الإستثمارية سواء في نظام استثماره رقم م-1 أو لائحته التنفيذية، كما نجد المنظم قد أجاز للمشاريع

---

[1] – نصت المادة 12 من قانون الإستثمار 16-09 على " زيادة على التحفيزات الجبائية وشبه الجبائية الجمركية المنصوص عليها في القانون العام تستفيد الاستثمارات المعنية بالمزايا والمحددة في المادة الثانية أعلاه مما يأتي بعنوان مرحلة الإنجاز كما هو مذكور في المادة 20 أدناه من المزايا الآتية:

الإعفاء من الحقوق الجمركية فيما يخص السلع المستوردة التي تدخل مباشرة في انجاز الإستثمار

الإعفاء من رسم على القيمة المضافة فيما يخص السع والخدمات المستوردة أو المقتناة محليا التي تدخل مباشرة في انجاز الاستثمار...".

[2]– نجد نص الفقرة "أولا "من المادة 15 من قانون الإستثمار العراقي رقم 13 لعام 2006 جاءت كما يلي " يتمتع المشروع الحاصل على إجازة الاستثمار من الهيئة بالإعفاء من الضرائب والرسوم لمدة 10 سنوات من تاريخ بدأ التشغيل وفق المناطق التنموية التي يحددها مجلس الوزراء".

الإستثمارية بترحيل الخسائر التي تحققها الى السنوات اللاحقة وعدم احتسابها في التسوية الضريبية للسنوات التي تحقق المنشأة أرباحا فيها[1].

نخلص أخيرا أن منح المستثمر الأجنبي لمجموعة من الضمانات سوف يساهم بصورة أكبر في تدفق رؤوس الأموال الأجنبية داخل الدول المضيفة،كما يبعث الطمأنينة في نفسية هذا الأخير، وبالتعريج على هذه الضمانات نجد أن حرية المستثمر في استثمار أمواله و تحويل رءوس أمواله للخارج رغم اعتبارها ضمانة مالية تحسب لصالح هذا الأخير،إلا أنها لا تغدو عن كونها عبئا تقيلا خاصة على البلدان النامية التي نجدها قيدت صراحة من هذا المجال للعديد من الأسباب،على الرغم من الإمكانيات التي أتاحتها التشريعات الوطنية في فرض قيود على تحويل رؤوس الأموال الا أننا نجد عكس ذلك على الصعيد الدولي فأغلبية الإتفاقيات الدولية لم تتماشى مع هذه المقتضيات بشكل صريح ومباشر.

أما فيما يخص الحماية من خطر نزع الملكية وما يستتبعها من تعويض، نجد أنه رغم الإعتراف بهذا المبدأ وتضمينه على النطاقين الوطني والدولي، الا أن الإشكال هنا يكمن في صعوبة إثبات هذا الشرط واعماله حيث يبقى محل خلاف، كما يرجع الفصل فيه لقرار الدول المستضيفة بوصفها صاحبة السيادة.

فيما يخص الإعفاءات الضريبية نجد أنه رغم الإتفاق على منح الحوافز بشقيها يبقى الإختلاف قائما بين الدول من حيث الطرق والقواعد والإجراءات المنظمة لها نظرا للإختلافات العملية والإقتصادية والإجتماعية التي تسود هذه الدول.

---

[1]– في هذا الصدد نصت المادة 05 من اللائحة التنفيذية لنظام الإستثمار الأجنبي على " تتمتع منشآت الإستثمار الأجنبي بالمزايا والحوافز والضانات التي تتمتع بها المنشأت الوطنية منها على سبيل المثال ترحيل الخسائر التي تحققها المنشاة الى السنوات اللاحقة وعدم احتسابها عند التسوية الضريبية للسنوات التي تحقق المنشاة أرباحا فيها " راجع أكثر:
زياد فيصل حبيب خيزران، مرجع سابق، ص171.

المبحث الثاني: حماية المستثمر الأجنبي بمقتضى عقود الإستثمار

تحظى عقود الإستثمار المبرمة بين الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب بأهمية خاصة بإعتبار هذه العقود تبرم في إطار علاقات دولية خاصة فهي تدرج اشتراطات تعاقدية، من أجل تفعيل العملية الإستثمارية كشرط القانون الواجب التطبيق، ثم إن المستثمر الأجنبي قد يواجه عدة صعوبات في المستقبل كتعديل الدولة المضيفة لتشريعاتها لدى يهدف للحفاظ على استقرار القانون الذي أنشأ القانون في ظله.

تطبيقا لهذا سنعالج موضوع الحماية الممنوحة للمستثمر بموجب عقد الاستثمار عن طريق إدراج شرط القانون الواجب التطبيق" مطلب أول"، أما ثانيا إدراج شرط الثبات التشريعي " مطلب ثاني".

المطلب الأول: الحماية بإدراج شرط القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

تكتسي مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الاستثمار الدولية أهمية بالغة وهذا راجع للطبيعة التي يمتاز بها هذا النوع من العقود، ونظرا لخصوصية العلاقة المبرمة بين الدول والمستثمرين الأجانب يثار الإشكال حول تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من العقود، ومنه يستلزم دراسة الطبيعة القانونية أولا للعقد المبرم بين الطرفين، وصولا لمبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق مع إضفاء بعض النماذج العملية الواردة في هذا المجال.

الفرع الأول: طبيعة العقد المبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي

يمتاز العقد المبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي بنوع من الخصوصية من حيث الأطراف المتعاقدة، فإذا كانت العقود المبرمة بين الخواص لا يثير إشكالات، فإن هذا النوع من العقود الإستثمارية يطرح العديد من الإشكالات والتساؤلات المتعلقة بالنظام القانوني الذي يحكمها، ونظرا للخصوصية التي تتمتع بها هذه العقود

التي تسمى بعقود الدولة فهي تبرم بين الدول وأشخاص القانون الخاص[1]، يطرح الإشكال حول القانون الذي يحكم هذا النوع من العقود.

أولا: خضوع العقد للقانون الداخلي للدولة المضيفة

يرى أنصار هذا الإتجاه أن عقود الدولة في مجال الإستثمار تستمد قوتها الإلزامية من القانون الوطني للدولة المضيفة،وعليه فإخلال الدولة بإلتزاماتها التعاقدية لا يرتب أي التزام دولي،فكل نزاع يقع بين الطرفين يجب أن يخضع للقانون الداخلي لتلك الدولة ،استنادا لفكرة حصانة الدولة أو أحد أجهزتها وهنا يكون القانون المطبق هو الذي يحكم هذه العلاقة، كما يؤكد البعض الآخر على ضرورة الرجوع للقانون الوطني فالأطراف وإن كان لهم حرية اختيار القانون فإن العقد نفسه لا يستمد قوته من اختيار هؤلاء لكن من قواعد خارجية قد تتعلق بالقانون الوطني[2].

بينما ذهب البعض للقول بأن العقد بين حكومة إحدى الدول وأحد الأجانب هي علاقة يحكمها القانون الداخلي للدولة المتعاقدة، هذا ما صرح به القضاء الدولي في الحكم الصادرعن محكمة العدل الدولية في قضية القروض الضريبية البرازيلية لعام 12 يوليو 1922[3]، ومنه فأنصار هذا المبدأ يستندون صراحة لفكرة السيادة التي تتمتع بها الدولة المضيفة للإستثمارات الأجنبية المتواجدة على إقليمها.

---

[1]–Zouiten abderrezak, La mise en œuvrer des avantages exptionnels dans la nouvelle législation algérienne de investissement, op.cit, p15

[2] – شوشو عاشور، الحماية الإتفاقية للإستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر،2007–2008 ، ص20.

[3]– جاء في الحكم الصادر في قراره ما يلي " كل عقد لا يكون بين دولتين بوصفهما أشخاصا للقانون الدولي يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما". وقد أخذت بهذه الاتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار لعام 1965حيث نصت على أنه "يفصل في النزاع طبقا للقواعد التي يتفق عليها الأطراف وفي غياب هذا فان المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف بما في ذلك اقواعد المتعلقة بتنازع القوانين بالاضافة الى مبادء القانون الدولي المتعلقة بالموضوع " ومنه فقانون الدولة المستقبلة=

ثانيا : خضوع العقد للقانون الدولي العام

يرى جانب من الفقه أن عقد الإستثمار المبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي يخضع لأحكام القانون الدولي،كما يرى الأستاذ pweil أن اتفاقيات التعاون الإقتصادي تنتمي الى نظام قانوني دولي للعقود يشتمل على مجموعة قواعد القانون الدولي العام التي تخص العقود المبرمة بين الدولة والمستثمر الأجنبي[1]،كما أن خضوع العقد للقانون الدولي ينبني على مجموعة من المزايا حيث يتساوى الطرفان على قدم المساواة مما يمكن الأطراف اختيار قواعد القانون الدولي الملائمة،كمبدأ احترام الحقوق المكتسبة ومبدأ حسن النية مما يترتب عليه إعطاء نوع من القوة الإلزامية لهذه العقود ،على غيرما إذا كانت تخضع للقانون الوطني نتيجة تخلي الدولة عن ممارسة بعض سلطاتها، فإذا قامت بمخالفة ذلك وجب قيام المسؤولية عليها .

كما يرى أصحاب هذا الرأي بأن العقود التي تبرمها الدول مع الأشخاص الخاصة تعد عقودا دولية وحجتهم في ذلك أن شركات الإستثمار كالشركات المتعددة الجنسيات يغلب عليها الطابع الدولي وبالتالي هي علاقة عقدية قوامها إرادة المتعاقدين،بينما يستند البعض إلى فكرة الحقوق المكتسبة،بحكم أن الطرف الأجنبي يعد خارجيا عن الدولة المضيفة ومن تم الإقرار له بالحقوق صار مكتسبا لها،كما أن القانون الجديد هو الكفيل بحماية الحقوق وعليه يتحقق تدويل العقد بشكل صريح عندما ينص على تطبيق القانون الدولي صراحة،هذا ماجاء في العقد المبرم بين الحكومة الإيرانية مع شركة langlo iranian oilu حيث اتفقا في العقد على

=يطبق حتى في حال عدم وجود اتفاق من قبل الأطراف ، راجع قادري عبد العزيز ، الإستثمارات الدولية –التحكيم التجاري الدولي – ضمان الإستثمارات، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص41.

[1] – شوشو عاشور، مرجع سابق، ص 24.

تطبيق القانون الدولي، نفس العقد قد أشار الى تطبيق القانون الدولي لكل من دولة عمان و كازاخستان من جهة وشركات كونورتيوم من جهة أخرى حول المسألة المعروفة بقضية خط الأنابيب[1] .

من جهة أخرى قد تتحد مبادئ القانون الدولي مع التشريعات الداخلية في مجال تطبيق القانون الدولي على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، فالقانون الواجب التطبيق الذي يحيل الى قانون الدولة المتعاقدة مقرون بشرط وهو عدم تعارضه مع القانون الدولي أو أحد مبادئه، نجد تطبيق هذا الشرط في القضية المعروفة بقضية هضبة الأهرام ضد جمهورية مصر العربية[2].

ثالثا: خضوع العقد للقانون عبر الدولي

لمنح المستثمر الأجنبي حماية واسعة في مواجهة الدولة المضيفة وتحريره من سطوة قوانينها الداخلية ظهر اتجاه وسطي يخضع عقود الدولة في مجال الإستثمار إلى نظام قانوني مستقل عن كل من القانون الداخلي والقانون الدولي العام، فهناك من يرى أن عقود الدولة تخضع لقانون عبر الدولي[3]استنادا لنفور الأطراف من

---

[1] –حيث نجد العقد قد تضمن مايلي: .. shall be governed by général international legal principeles including the principle that agrements of the parties shall be observed …pacta sunt servanda the contact…

نقلا عن اقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الإستثمار، مرجع سابق، ص364.

[2] – لمزيد من التفاصيل حول القضية راجع، جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للإستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2001، ص76-77.

[3]– لقد عرف الأستاذ JESSUP القانون عبر الدولي بأن تتجاوز النطاق الوطني للدولة الواحدة، سواء كانت هذه القوانين وطنية أو دولية، من القانون العام أو من القانون الخاص"راجع، اقلولي محمد، مرجع سابق، ص385.

الخضوع للقانون الداخلي ليحكم العقد، وبالتالي هو كل قانون يحكم التصرفات أو الأحداث التي تسمو على الحدود الوطنية للدولة[1].

بينما يرى البعض الآخر أن الإتفاقات التي تبرم بين الدولة والمؤسسات الأجنبية في مجال البترول تشكل مجالا عبر دولي بهذا المفهوم، كما يرى الأستاذ pierre Mayar أن هذه العلاقات التعاقدية تسمى بالعلاقات المختلطة سواء تم ذلك في نطاق العقد أم خارجه، بدوره نجد القضاء التحكيمي قد تطرق لفكرة القانون عبر الدولي جاء تحديدا في قضية aminoil ودولة الكويت، حيث تضمن حكم المحكمة في هذه القضية العبارة التالية " بالنظر الى الصيغة التي تشكلت بها هيئة التحكيم فإن طابعها هو طابع دولي بل عبر دولي".

وعليه يبدو أن القانون عبر الدولي أوجد بهدف تجاوز الخلاف المتعلق بتطبيق القانون الداخلي أو الدولي والعمل على إيجاد الحلول لتجنب الرجوع الى قواعد التنازع المعمول بها في القانون الدولي الخاص[2]،إلا أن الإشكال يكمن صراحة حول محتوى هذا القانون، فالبعض يرى بأن محتواه يتطابق مع محتوى القواعد التي تحكم عقود التجارة الدولية، بينما يرى البعض بأنه يشمل المبادئ العامة للقانون على شاكلة الأعراف والعادات التجارية وغيرها فهو قانون تلقائي يجد صداه في المعاملات التجارية الدولية وكذا المؤسسات الدولية دون تدخل من القواعد الوطنية والدولية[3].

---

[1]–pierre Mayar, « la neutralisation du pouvoir normatif de l’état en matière de contrats d’état » g–d–i n1،1986، p22

[2] –حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية "تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2003، ص751.

[3] – حفيظة السيد الحداد، مرجع نفسه، ص753.

الفرع الثاني: دور إرادة الأطراف المتعاقدة في تحديد القانون الواجب التطبيق

تعد مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار من بين المسائل القانونية المهمة فلا يمكن اعتبار قانون معين بين الدولة والمستثمر الأجنبي مجرد مسألة تفضيل قانون على آخر، فالمستثمر الأجنبي يرفض الخضوع لقانون الدولة المضيفة بحجة عدم تأمينه للحماية الكافية لذلك يتجه لإخضاع العقد لقوانين خارجة عن القانون الداخلي للدولة المضيفة.

أولا: المقصود بقانون الإرادة:

هو الإعتراف لأطراف العقد بحق الإختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم بحيث يخضع هنا العقد خضوعا تاما للقانون المختار[1].

بينما يرى البعض الآخر أن هذا المبدأ هو السلطة المعترف بها في نظام قانوني معين واحد أو أكثر من الأشخاص لإنشاء مراكز قانونية يقر بها هذا النظام الذي لو لا تدخله ومنحه إياهم هذه السلطة ما كان لتلك المراكزمن وجود[2]،بينما يقر الدكتورعبد الكريم سلامة[3] أنه لا توجد قواعد موضوعية ذاتية التطبيق طالما أن القواعد تخرج عن نطاق القاضي أو المحكم ولا تشكل جزء من نظامهما القانوني، فهو لا يطبقها تقائيا ودون وساطة أو وسيلة فنية يعرفها، كما يؤكد أن القواعد الموضوعية الخاصة بالعقود الدولية مآلها النهائي إرادة الأطراف .

---

[1] –بلاش ليندة، إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2017، ص372.

[2] – عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص212.

[3] – أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 371.

فالتسليم بمبدأ سلطان يخول للمتعاقدين اختيار القانون الأمثل لهما وتأكيد ضمان احترام التوقعات المشروعة للمتعاقدين، كما تعتبر قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة من أهم قواعد الإسناد التي أقرتها التشريعات لحل مشكلة تنازع القوانين التي تحكم العقود الدولية، هذا ما أكده مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة بأثينا لعام 1979[1]، كما أن وجود الدولة أو أحد مشروعاتها لا يؤثر إطلاقا على خضوع العقد لقاعدة مبدأ سلطان الإرادة.

ثانيا: صور التعبير عن الإرادة

تتسم عقود الإستثمار كما رأينا بخصوصية التفاوت في المراكز القانونية لأطرافها، بإعتبارها تندرج تحت طائلة العقود الدولية يستلزم فيها اللجوء لمبادئ القانون الدولي الخاص، وهو ما يطلق عليه مبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة، لكن بخلاف ذلك يثير العديد من الإشكالات في حال غياب الإرادة الصريحة وهذا ما نوضحه:

1- **الإرادة الصريحة:** ويقصد بها أن يتضمن العقد بندا يشير للقانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف المتعاقدة مع الزاميته من طرف للقاضي أوالمحكم بالعمل على تطبيقه حال وقوع النزاع.

يفهم أن العمل على تحديد القانون الواجب التطبيق سيخضع لقاعدة مبدأ سلطان الإرادة، من هنا تظهر أهمية الإختبار الصريح لقانون العقد، تفاديا لما يمكن أن يثار في حال غياب هذا الإختيار، كما يرى البعض أن

[1] – نصت المادة02 من مجمع القانون الدولي على" تخضع العقود المبرمة بين الدول والشخص الأجنبي الى القواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف المتعاقدة ".

المتعاقدين بتضمين عقدهم شرطا يحدد الإختصاص التشريعي فهم بذلك كمن يبرم عقد تأمين على الحياة تحوطا للمستقبل وما يكتنفه من أخطار محتملة[1].

ثم إن تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق يلازمه صراحة التزام المحكمة بتنفيذه على أساس مبدأ حرية اختيار القانون الذي يندرج ضمن صلاحياتهم التعاقدية.

كما نجد المجتمع الدولي قد حرص على تضمينه في حال القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بينهم[2]، كما أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد يكسب الأطراف ميزة خاصة، إذ يوفر لهم حماية مستقبلية من أخطار عدم وجود ذلك النص[3]، مثال ما نصت عليه المادة التاسعة من العقد المبرم بين شركة ALTANTIC TRITON COMANY LIMITED ودولة غينيا[4]حيث نص العقد المبرم بينهما على تطبيق القانون الغيني باعتباره القانون المختار.

2- الإرادة الضمنية: قد يفصح الأطراف في عقد الإستثمار عن إرادتهم الصريحة في اختيار القانون الواجب التطبيق، لكن في بعض الحالات قد يغفل المتعاقدان عن ذلك وهنا يقع الإختيار على عاتق القاضي أو المحكم، في هذا الإطار أكدت أحكام القضاء الداخلي على ضرورة الكشف عن الإرادة الضمنية مثل ما

---

[1] – بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص107-108.

[2] – نجد المادة 04-01 من قرار المجمع قد نصت على" من المأمول فيه أن يعين الأطراف صراحة القانون الواجب التطبيق على عقدهم" راجع ، عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 214.

[3] – معيفي لعزيز، الوسائل القانونية لتفعيل الإستثمارات في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2015، ص292.

[4]– اقلولي محمد، مرجع سابق، ص296.

قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 5 ديسمبر لعام1910[1]،حيث نجدها ألزمت القاضي هنا بالبحث عن الظروف الملابسة للعقد في حال غياب الإرادة الصريحة للمتعاقدين.

على صعيد آخر نجد المشرع الجزائري قد نص في المادة الثامنة عشر من القانون المدني الجزائري على اللجوء لضوابط أخرى احتياطية حال غياب إرادة الأطراف[2]، يفهم من نص المادة أن المشرع الجزائري أخذ بالإرادة بنوعيها سواء الصريحة منها أو الضمنية.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من تطبيق قانون الإرادة في عقود الإستثمار

كرس المشرع الجزائري صراحة قاعدة الخضوع لقانون الإرادة وتحديدا في نص المادة الثامنة عشر السالفة الذكر من القانون المدني الجزائري، حيث منح للأطراف المتعاقدة حرية اختيار القانون الواجب التطبيق لتنظيم عقدهم.

كما نجد المشرع ساوى بين الإرادة الصريحة وكذا الضمنية وهو ما تجلى في نص المادة 60 من نفس القانون[3]، كما لم يكتف بهذا ففي ما يخص حل النزاعات المتعلقة بعقود التجارة الدولية حرص على اعتبار مبدأ سلطان الإرادة إحدى الركائز الأساسية التي يقوم عليها التحكيم، طبقا لما ورد في نص المادة 1050 من

---

[1] – نجد محكمة النقض الفرنسية قد تضمن حكمها ما يلي " القانون المختار بواسطة العقد ليس هو القانون فقط المختار بواسطة إرادتهم الصريحة ولكن من الممكن استخلاصه من مختلف الظروف الملابسة للعقد" راجع:
رحمان أمينة، النظام القانوني للعقد المبرم بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية ،2020، ص190.

[2] – نصت المادة 18 من القانون المدني الجزائري على "...في حال عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وفي حال عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد".

[3] – نصت المادة 60 من القانون المدني على" التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يتم اتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه".

قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي جاء فيها " تفصل محكمة التحكيم عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف[1]".

وفي ما يخص تسوية المنازعات منح المشرع الجزائري الصلاحية الكاملة للأطراف في اختيار الجهة القضائية المختصة لحل النزاع بين الدولة الضيفة والمستثمر الأجنبي بناءا على اتفاق خاص، وهنا يقصد به "عقد الإستثمار" مثلما ورد في نص المادة 24 من قانون بالاستثمار[2]، وعموما إن عقود الإستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية ومستثمريها الأجانب يطبق عليها كقاعدة عامة القانون الجزائري، أما استثناءا يؤخذ بعين الاعتبار مبادئ وقواعد القانون الدولي.

الفرع الثالث: نماذج تطبيقية لإعمال قانون الإرادة والإستثناءات الواردة عليها

إن السلطة المعترف بها لأطراف العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق جوهرها إرادة الأطراف وإذا كان هذا المبدأ ثابتا مند القدم، إلا أنه يتضح أكثر بعد تكريسه ميدانيا بموجب عقود الإستثمار، حيث يجد صداه في العديد من القضايا والممارسات التحكيمية، لكن هذا لا يمنع من وجود بعض الضوابط التي تحد من سلطان هذا المبدأ وتقيدها وهذا ما سنوضحه.

أولا: نماذج تطبيقية لبعض الأحكام الصادرة عن محاكم التحكيم الدولية

هنا نتناول بعض القضايا التي فصلت فيها محاكم التحكيم الدولية بناء على إرادة الأطراف.

---

[1] – المادة 1050 من مرسوم رقم 08 – 09 المؤرخ في23 أفريل 2008 ،المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج–ر، عدد 21، الموافق 23 افريل 2008.

[2] – نصت المادة 24 من قانون 16–09 المتعلق بالإستثمار على " ...أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالإتفاق على تحكيم خاص".

1-قضية شركة أرامكو ضد الحكومة السعودية:

نجد ما ذهب اليه القضاء التحكيمي في قضية أرامكو ضد الحكومة السعودية، حيث نجد محكمة التحكيم قد أكدت في حكمها الصادر في أوت 1958 على " وفقا لمبادئ القانون الدولي الخاص فإن القانون الواجب التطبيق على العقد دو الطابع الدولي هو في المقام الأول القانون المختار صراحة من قبل الأطراف وفي حال غياب مثل هذا الاختيار يطبق في المقام الثاني قانون الإرادة المفترضة[1]".

كما نجد المحكم في هذا الصدد قد أضاف " لا بد من اللجوء الى مبدأ القانون الدولي الخاص والمعروف باسم حرية أو استقلالية الإرادة، وبناء على هذا المبدأ وفي أي عقد دو طابع دولي، ينبغي أولا أن يتم تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف صراحة".

2-قضية سافير ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول:

نجد المحكم هنا cavin قد أكد في حكمه الصادر في 15 مارس 1963 على أن إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق على المسائل التعاقدية،وبما أن العقد المبرم بين الطرفين لا يتضمن نصا صريحا للقانون الواجب التطبيق فهنا يقع على عاتق المحكم تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق الأكثر ملائمة ،طبقا للمؤشرات الدالة على إرادة الأطراف خصوصا تلك التي يتضمنها العقد[2]وبالتالي يفهم من نص الحكم الصادر أن الإختيار الصريح هو صاحب الأولوية في تحديد القانون الواجب التطبيق،حيث يؤكد بذلك احترام توقعات الأطراف المتعاقدة والمشروعة لإختيار القانون الذي يحكم عقدهم.

---

[1] – سراج حسين أبو زيد، " التحكيم في عقود البترول" دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، عام 2000، ص574.

[2] – سراج حسين محمد أبو زيد، مرجع نفسه، ص575.

3- العقد المبرم بين شركة Aapl وحكومة سريلانكا:

بالنسبة للإرادة الضمنية ،نجد من أبرز القضايا التي تناولت ذلك قضية شركة Aapl وحكومة سريلانكا حيث تم هنا إبرام العقد دون اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق، مستندين في تنفيذ العقد على الاتفاقية الثنائية للإستثمار المبرمة بين دولة سريلانكا والمملكة المتحدة عند عرض النزاع القائم بين الطرفين بشأن القانون الواجب التطبيق على المركز الدولي CRDI ،حيث قضى هذا الأخير في حكمه " في ظل هذه الظروف الخاصة سوف تتجسد عملية اختيار القانون عقب ظهور النزاع وذلك عن طريق ملاحظة وتأصيل سلوك و تصرف الأطراف عبر وقائع التحكيم،ولقد تصرف كل من الطرفين بشكل يظهر الموافقة المتبادلة على احترام ومراعاة بنود الإتفاقية المبرمة بين البلدين لتكون المصدر الأساسي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق التي استند اليها الطرف المدعي ووافق عليها المدعى عليه ".

نفس المذهب نجده قد كرس من طرف هيئة التحكيم المشكلة في إطار الغرفة الدولية بباريس وذلك في النزاع القائم بين شركة انجليزية بشأن استيراد وإنشاء وتشغيل وصيانة مصنع ودولة عمان[1]، حيث ارتأت هيئة التحكيم الى تطبيق القانون العماني بإعتباره القانون المختار.

ثانيا: الإستثناءات الواردة على إعمال مبدأ سلطان الإرادة في عقود الإستثمار

رغم الإقرار بمبدأ سلطان الإرادة وتكريسه في جل العقود الدولية كما رأينا، إلا أن هذه القاعدة مرهونة ببعض الضوابط، حيث تعد بمثابة استثناءات تحد من إعماله في بعض المسائل، كإعمال مسائل النظام العام ومراعاة قواعد الأمن والبوليس.

[1] – بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص105.

1- إعمال قواعد الأمن والبوليس:

بإعتبار أطراف العقد أحرار في اختيار القانون الواجب التطبيق كما ذكرنا، الا أن عمليات الإستثمار يتم تنفيذها في الدولة المضيفة، وهنا يكون له الأثر على القانون المختار خصوصا فيما يتعلق بالقواعد ذات التطبيق الفوري أو ما يسمى بقواعد البوليس التي يتوجب على الأطراف احترامها عند اختيارهم للقانون الواجب التطبيق، كالقواعد المعروفة بالتوجيه الإقتصادي، والقوانين التي تنظم عمليات الرقابة على النقد وكذا البنوك وقيود الاستيراد والتصدير والقوانين المتعلقة بالجمارك وحماية المستهلك وضمان المنافسة.

كما تهدف قواعد ذات التطبيق الفوري للحد من هيمنة مبدأ سلطان الإرادة، في حين يلتزم المحكم في هذا الصدد لقواعد البوليس في البلد الذي تم اختيار قانونه ليحكم العقد، ومنه لا يمكن للأطراف التحرر منها كما لا يمكنهم الإستناد الى شريعة المتعاقدين على ما يخالف النصوص الآمرة للقانون الواجب التطبيق.

2-إعمال قيد النظام العام:

مما لا شك فيه أن هناك بعض القواعد الوطنية ذات الطابع الدولي التي يتم إعمالها عند حسم المنازعات التي تثيرها عقود الدولة ،حيث تلعب هذه القواعد دورا حاسما في تسوية المنازعات التي تثور حول تحديد القانون الواجب التطبيق سواء تم عرضها على القضاء أو حتى هيئات التحكيم[1]، نظرا لما تتضمنه من حماية المبادئ الأساسية للمجتمع سياسية كانت أو اقتصادية واجتماعية ، وهو ما يعرف بإسم النظام العام الأمر الذي يجرد هنا استبعاد تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في عقود الإستثمار، يحدث هذا حال تعارضها مع هذه القواعد أو الإخلال بها ،كما نجد المشرع الجزائري قد قام باعمال النظام العام وتحديدا في نص المادة 24 من

[1] -عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص242.

القانون المدني الجزائري[1]، كما لم يتوقف الأمر عند هذا الحد، بل يجب مراعاة ما يعرف بالنظام العام الدولي أو ما يسمى عبر الدولي وهنا إلزامية استبعاد هذه الإرادة من قبل المحكم إعمالا لفكرة النظام العام.

في هذا الصدد نجد العديد من القضايا التحكيمية نصت على تطبيق مبدأ النظام العام على الإشتراطات التعاقدية[2]وهنا يجب على الأطراف احترام النظام العام الدولي والذي يشمل حسب البعض قواعد البوليس أضف الى بعض المبادئ الأساسية كالقواعد المتعلقة بحماية الملكية الخاصة، كما تعتبر من قواعد النظام العام الدولي القواعد التنظيمية التي يفرضها واقع المجتمع الدولي لحماية حقوق الإنسان[3]،وعلى الرغم من الإختلاف في علاقات النظام العام الداخلي التي تعد علاقات داخلية مجردة عكس ما هو في النظام العام الدولي المشوب بالعنصر الأجنبي،فهو يهدف في طياته لحمايةالنظام الوطني وتدعيم قوانين الدولة الأساسية التي تحدد الحد الأدنى من المبادئ الوطنية المشتركة التي تتفاوت من دولة لأخرى.

يتضح أن القواعد ذات التطبيق الفوري وقواعد النظام العام مطابقة لبعضها، فكلاهما يهدف لحماية المقومات الأساسية، ثم إن العمل بهذه المبادئ كما رأينا من شأنه الحد من هيمنة مبدأ سلطان الإرادة في عقود الإستثمار،حيث تعد استثناءات ترد على هذا الضابط و تحد من إعماله على الصعيدين معا.

---

[1] – نصت المادة 24 من القانون المدني على "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر".

[2] – في هذا الصدد نجد الدعوى المعروضة أمام لجنة التحكيم الخاصة لعام 1993 أين أبطل فيها المحكم شروط عدم قابلية الثمن للمراجعة الذي تم الإتفاق عليه بعد الرجوع لنصوص القانون المختار ليحكم العقد الذي يعتبر نظرية عدم التهرب من النصوص الآمرة، راجع:

Jean-Baptiste Racine, préface de Philippe Fouchard, L'arbitrage commercial international et l'ordre public. L.G.D.J., Paris, 1999 p244.

[3] – أبو زيد رضوان، الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي "القسم الثالث "القانون الذي يحكم النزاع، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثالثة، العدد 02، عام 1979، ص62.

المطلب الثاني: الحماية عن طريق إدراج شرط الثبات التشريعي

نظرا للصعوبات التي تعتري المستثمر الأجنبي في إخضاع عقده لنظام مغاير للنظام الداخلي للدولة المضيفة وللحد من هيمنة وسيادة هذه الأخيرة، يسعى الى تقليص دور الدولة من المساس بالتوازن العقدي وتغيير العقد بإرادتها المنفردة، كما أن وجود مبرراتها تختلف صراحة عن عقود الدولة في مجال الإستثمار[1].

ثم إن أهمية هذا الأخير يجعل منه مكسبا هاما للإقتصاد الوطني لأي دولة، وبالتالي وجب بالضرورة منحه ظروف جاذبة تنطوي على ضرورة تنازلها عن جزء من سيادتها[2]، كما نجد أغلب العقود المبرمة بين الدول والمستثمرين الأجانب نصت على ما يسمى بشرط الثبات التشريعي الذي يعتبر ضمانة حمائية للحد من سلطة الدولة المضيفة في تغيير قانونها، وعليه وجب التطرق لمفهومه أولا مرورا بالتكييف القانوني له مع إعطاء نماذج تطبيقية .

الفرع الأول: مفهوم شرط الثبات التشريعي

يعرف شرط الثبات التشريعي على أنه التزام الدولة بعدم إدخال تعديلات على الإطار التشريعي والتنظيمي الذي يحكم الإستثمارات المنجزة عن تعديل أو إلغاء القوانين الخاصة بالاستثمارات"[3].

---

[1] – حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص220–221.

[2]– Bentoumi Mohamed, Le droit de l'investissement étranger en Algérie et le droit au développement – thèse de doctorat en droit université de Nice – Sophia Antipolis ، 2002, p89.

[3] – عيبوط محند وعلي، الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط2، عام2014، ص82–83.

كما يعد هذا المبدأ الأكثر شيوعا في العقود التي تبرم بين الدولة وأحد الأشخاص الأجنبية[1]، بمعنى آخر يقصد به عدم تغيير الدولة للبنود الواردة في العقد طيلة سريان العلاقة المبرمة بينها وبين المستثمر الأجنبي.

كما يعد شرط الثبات التشريعي وسيلة قانونية تكرسها تشريعات الدول المضيفة كضمانة حمائية لصالح المستثمرين الأجانب على إقليمها، وإذا لم تستطع الدولة منع نفسها من تعديل الإطار القانوني فإنها مع ذلك ملزمة بتوضيح قواعد اللعبة التي توجه تدخلها في مجال الاستثمارات[2] .

أولا: مضمون شرط الثبات التشريعي

يعد شرط الثبات التشريعي تعهدا من قبل الدولة المستقبلة لرؤوس الأموال الأجنبية بتثبيت القواعد القانونية الاقتصادية والمالية المنظمة للإستثمارعلى إقليمها، سواء تم تطبيقه عند حدوث الإستثمار وكذا أثناء تنفيذ الإستثمارات الأجنبية، كقصر نظام ضريبي لمشروع استثماري ،ومن هنا يمنع عليها تعديل القواعد المتعلقة بوعاء الضريبة وكذا تحصيلها بعد الانتقال برأس المال[3]، كما يعد مبدأ الثبات التشريعي أو كما يسمى مبدأ التجميد التشريعي المطلوب ضمانه من الناحية القانونية[4]من بين أهم الضمانات الأساسية المكرسة للأمن القانوني، وإذا كانت الدولة تمارس حقها السيادي في تعديل أو إلغاء أي قانون مسايرة للتطورات

---

[1] –أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعية في عقود الإستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الـدولي العدد 43، عام 1987 ، ص68.

[2]-Zouaimia Rachid, Réflexions sur la sécurité juridique de l’investissement étranger, op.cit p12.

[3] – دريد محمد السامرائي، مرجع سابق، ص241.

[4]–Zouaimia Rachid، Réflexions sur la sécurité juridique de l’investissement étranger en Algérie، op.cit، p 6

الإقتصادية،فإن المستثمرهنا يتمتع بموجب مبدأ عدم رجعية القوانين بحق مكتسب وهو الخضوع للتشريع الساري المفعول عند انجاز نشاطه الإستثماري[1].

كما يشكل حصانة لهذا الأخير في مواجهة سلطات الدولة المضيفة،حيث يعد استثناءا من القاعدة التي تقر بخضوع المستثمر لسلطان الدولة على إقليمها وخضوعه للتعديلات خلال مدة نفاذ العقد[2]،فهوحق المستثمرين الأجانب في تجميد للقانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار من حيث الزمان[3]،إن الهدف من هذا التنازل هو ضمان سريان الإطار القانوني الذي أنشأت في ظله الإتزامات بين الطرفين.

في هذا الإطار نجد تجسيدا لشرط الثبات التشريعي في نص المادة 22 من قانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمارات[4]حيث عملت على ادراجه، وهذا يعد أكبر امتياز يمكن أن يناله المستثمر الأجنبي في دولة الجزائر للحد من خطر صدور نصوص أخرى جديدة قد تؤثر وتعيقه من مزاولة نشاطه الإستثماري،الا أن تكريس هذه الأخيرة لشرط الثبات الوارد في نص المادة لا يفقدها حقها في ممارسة سلطتها السيادية من تعديل وإلغاء لنصوصها القانونية[5]، كما خولت المادة 22 السالفة الذكر للمستثمر الأجنبي حق المفاضلة بين القانون القديم والجديد،معنى ذلك أن للمستثمر الأجنبي له كامل الحرية في اختياره إلا أن الأمر يظل مرهونا ومتوقفا

---

[1]- Terki Nour-Eddine، La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie، op.cit، p19

[2]- والي نادية، النظام القانوني الجزائري للإستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الإستثمارات الأجنبية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2015، ص 226.

[3]-Robert Howse, Le gel politique gouvernementale « les clauses de stabilisation dans les contacts l'investissement », Revue investment treay news,N3,vol 1, Avril، 2011,p3.

[4] – نصت المادة 22 من قانون 16-09 المتعلق بترقية الإستثمار على" لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون التي قد تطرأ مستقبلا على الإستثمار المنجز في إطار هذا القانون".

[5]- Zouiten Abderrezak, L'investissement en droit algérien, thèse de doctorat en sciences, spécialité droit public, faculté de droit, université de Constantine, 2015, p257.

على طلب صريح مقدم من طرف هذا الأخير، وهو ما يستشف من عبارة " إلا اذا طلب المستثمر ذلك صراحة "، وفي هذا الصدد يقر الدكتور زويتن عبد الرزاق إلى جانب تمتع المستثمر بضمان عدم رجعية القوانين فهو يتمتع كذلك بضمانة إضافية تحفيزية، ما يجعله مخير في اختيار أي منهما الأفضل لممارسة مشروعه الاستثماري"[1].

ثانيا: التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي

تكتسي مسألة التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي قضية في غاية الأهمية ذلك أن تحديد هذا الأخير ينعكس على إعمال المبدأ على الصعيد العملي في حال ما تم إدراجه في العقد، وبالرغم من تفعيل هذا الشرط في عقود الإستثمار الا أن الإتجاهات قد اختلفت في تكييفه.

1- شرط الثبات التشريعي شرط تحويلي لطبيعة القانون:

على الرغم من أهمية شرط الثبات التشريعي المدرج في العقد ،يذهب أصحاب هذا الرأي على اعتباره شرطا تحويليا لطبيعة القانون أي يعد شرطا تعاقديا كباقي الشروط الأخرى وهنا يفقد القانون صفته كتعبير عن إرادة المشرع و لا يبقى منه الا اسمه فقط[2]، كما يؤدي الى عدم سريان التعديلات التشريعية اللاحقة التي تطرأ عليه بعد إبرام العقد أو الاتفاق، كما يبرر البعض موقفهم استنادا لمبدأ سلطان الإرادة وكذا الحرية الدولية للعقود مما يجيز للأطراف تجنب واستبعاد بعض القواعد الآمرة من تطبيقها على العقد الدولي ودمجها في عقدهم بحيث لا تكون لها أي قوة إلزامية الا تلك التي يمنحها الأطراف[3].

---

[1]-Zouiten Abderrezak, L'investissement en droit algérien, Op.cit, p257.

[2]-عدلي محمد عبد الكريم ، مرجع سابق، ص148.

[3]- أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الإستثمار، مرجع سابق، ص78.

وإن كان الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة ينتهي في حال اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد أمكننا القول أنه لا يصح دمج القانون في العقد، فهو بذلك ينفي إرادة الأطراف، كما يفسح المجال هنا لإختصاص السلطات السيادية للدولة المضيفة.

2-شرط الثبات يوقف سريان القانون الجديد:

يستند شرط الثبات لمبدأ التطبيق الفوري المباشر للقانون الجديد[1]، وعليه في حال اتفاق الأطراف على سريان القواعد القانونية النافدة وقت إبرام العقد، دون تلك التي تطرأ بعدها، لا يرتب فعلا تغيير لطبيعة القانون الذي يتضمن هذه القواعد، بل يوقف فقط سريان النصوص الجديدة التي تستجد بعد إبرام العقد.

كما أن قابلية سريان القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره رغم صدور تشريع جديد يعد استثناءا من مبدأ السريان الفوري والمباشر الأمر الذي يحول دون تطبيق أحكام هذا القانون.

بالرجوع للقضاء نجد دور القاضي يتعلق بتطبيق القانون المختص بإعتباره قانونا وليس شرطا تعاقديا[2]كما لا يؤخذ المبدأ بمطلقه، بل تعتريه بعض الإستثناءات المتعلقة بالإتزامات التعاقدية التي نشأت في ظل القانون القديم وظلت سارية حتى نفاذ القانون الجديد.

---

[1] – يعد شرط الثبات التشريعي لدى غالبية الفقه ليس استنادا من مبدأ التطبيق الفوري والمباشر للقانون الجديد هذا المبدأ يقتضي كما هو معلوم عند دخوله حيز النفاذ والتطبيق بمجرد نشره وفقا للأوضاع القانونية المقررة ولحظة نفاذه هي الفاصل بين انتهاء سريان القانون القديم وبدأ سريان القانون الجديد، راجع في ذلك بن أحمد الحاج، شرط الثبات التشريعي بين تجسيد الأمان القانوني ومصلحة الدولة في قانون الإستثمار الجزائري، مجلة دراسات القانونية والسياسية، جامعة الأغواط، العدد05، المجلد 02، عام2017، ص534.

[2] – أحمد عبد الكريم سلامة، شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، مرجع سابق، ص80.

الفرع الثاني: الأثر المترتب على شرط الثبات التشريعي بالنسبة لأطرافه

تعد مسألة تحديد الآثار القانونية الناتجة عن نفاذ شرط الثبات التشريعي من بين أكثر المساءل جدلا بين مؤيد للأخذ بها ومعارض لها، وبين حتمية المزج بين الرأيين وهذا ما نتناوله.

أولا: الإقرار بصحة شرط الثبات التشريعي وإنتاج آثاره

يؤكد أنصار هذا الإتجاه على صحة شرط الثبات التشريعي وهو ما يتضح في عدم قيام الدولة بأي تعديل أو إلغاء من شأنه التأثير على صحة هذا الشرط دون موافقة الطرف الخاص المتعاقد معها،هذا من شأنه الإضرار بمصالح المستثمر بالدرجة الأولى[1]،كما يذهب هؤلاء في تبريرهم على أساس الخضوع لأحكام القانون الدولي دون قانون الدولة المتعاقدة ،كما أن انتهاك هذه الشروط سوف يدرج في مصف الإنتهاك المنصوص عليه في القانون الدولي[2]،على النقيض من ذلك يرى البعض أنه لا يمكن للعقد في هذه الحالة أن يبقى حبيس نزاع قانوني بين تعديل وإلغاء بصدور قانون جديد ،فهذا سوف يؤثر حتما على مسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ،هذا ما تم تدعيمه من قبل هيئة التحكيم تحديدا في قضيةaramco[3]،

---

[1]– Robert Howse, op.cit, p4.

[2] –بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص171.

[3] –جاء في هيئة التحكيم في قضية أرامكو على "من الواضح أنه لا يوجد عقد من فراغ ومن الضروري أن يتعلق بقانون وضعي مما يعطي أثرا قانونيا لإرادة الأطراف المتبادلة أو المتطابقة في شأن التعديل، فلا يمكن تصور العقد ذاته بدون نظام قانوني وفقا لما يتم تكوينه "، لمزيد من التفاصيل راجع، حفيظة السيد الحداد، الإتفاق على التحكيم في عقود الدولة ص48 وما بعدها.

وعليه لا يمكن لهذا الشرط في كل الأحوال أن يرتب عليه سمو العقد الى درجة تسمو من القانون الذي يحكمه[1].

ثانيا: شرط الثبات لا يؤثر على سيادة الدولة المضيفة

يبرر أنصار هذا الإتجاه على أن شرط الثبات التشريعي لا يشكل أي قيود تحد من تقليص الدولة المضيفة أو المساس بسيادتها ، فلها مطلق الحرية في تعديل العقد بالإرادة المنفردة اذا ما تعلق بالمصلحة العامة مع واجب مراعاة عنصر التعويض بالنسبة للطرف الأجنبي المتعاقد معها، كما يحق لها ممارسة سلطتها من تعديل و إلغاء بما يتماشى مع خططها التنموية، فهو شرط يستوي مثله مثل باقي الشروط الأخرى المدرجة في العقد،كما يبرر أنصار هذا الإتجاه موقفهم على الإمتيازات السيادية للدولة،من جهة أخرى قد تقتضي بذلك ضرورة المصلحة العامة التي تستوجب معها مراجعة وتعديل العقود القانونية، هذا ما تم تأكيده في القرارات الصادرة عن جمعية الأمم المتحدة لاسيما الخاص بالثروات الطبيعية[2].

لم يسلم هذا الإتجاه من النقد فهو يسمح للأطراف من التحلل من التزاماتهم بكل أريحية، ومنه تتحول الرابطة العقدية لرابطة خضوع وتبعية يذهب ضحيتها الطرف الضعيف وهذا سيؤثر على استمرار العلاقات الدولية الخاصة[3].

---

[1]– قصوري رفيقة، ضمانات تثبيت التشريعات الوطنية في مواجهة المستثمرين الأجانب،" شروط الثبات التشريعي"، مجلة الأحياء، عدد الرابع عشر، بدون سنة، ص571.

[2] – اقلولي محمد، شرط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الإستثمار، مرجع سابق، ص 113–114.

[3]–بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص173.

ثالثا: التوفيق بين الحرية التعاقدية والحق السيادي للدولة

يمزج أنصار هذا الإتجاه بين الرأيين السابقين، أي العمل على التوفيق بين الحرية التعاقدية والحق السيادي للدولة وعليه نكون أمام حلين، إذا كان العقد يرتكز على النظام القانوني الوطني فإنه هو الذي يحكم جميع المسائل المتعلقة بالشروط المبرمة في العقد بما فيها شرط الإستقرار التشريعي، وهنا يكون وحده هو المختص بتحديد القيمة القانونية لهذه الشروط وما مدى صحتها.

أما في حال ارتكاز العقد على النظام القانوني الدولي، فهو بذلك يخضع له دون المساس بالحقوق السيادية للدولة[1]، ونحن نميل برأينا لهذا الإتجاه لما فيه صراحة من خلق نوع من التوازن والتوفيق بين الإقرار السيادي للدولة المضيفة،من جهة ثانية يجب تدعيم هذا المبدأ صراحة بشروط أخرى ،كشرط إعادة التفاوض وشرط التعويض بإعتبارها شروطا حمائية للمستثمر الأجنبي في حال ما اذا تم خرق شرط الثبات التشريعي لخلق نوع من التوازن العقدي بين المستثمر والدولة التي يمارس نشاطه الإستثماري على إقليمها.

الفرع الثالث: نماذج تطبيقية لإعمال قاعدة مبدأ سلطان الإرادة في عقود الإستثمار

بإعتبار شرط الثبات تعهدا من قبل الدولة المضيفة كما رأينا، فإنه ينبني عليه تحقيق الروابط العقدية وتقييد حق للدولة في تغيير قانونها[2]، وبما أن جل الإتفاقيات المبرمة في مجال عقود الإستثمار تبنت هذا الشرط من الناحية النظرية، فإن هذا الأخير يجد صداه في العديد من الممارسات العملية، هذا ما نتطرق اليه من خلال إعطاء نماذج تطبيقية.

---

[1] – معيفي لعزيز، الوسائل القانونية لتفعيل الإستثمارات في الجزائر، مرجع سابق، ص324.

[2] –لبيك شوقي، شرط الثبات التشريعي كآلية لتوفير الأمن القانوني في عقود الإستثمار، مجلة دراسات قانونية، جامعة أبو بكر قايد تلمسان، العدد 14، 2017، ص62.

أولا: تكريس شرط الثبات التشريعي في عقود الإستثمار الجزائرية

هنا نعطي نماذج من عقود المبرمة بين الدولة الجزائرية وبعض الشركات على النحو التالي:

1- العقد المبرم بين دولة الجزائر وشركة اوراسكوم تليكوم لعام 2001:

نجد الجزائر قد تبنت هذا الشرط بموجب عقود الإستثمار التي أبرمتها مع المستثمرين الأجانب، مثال ذلك الإتفاق المبرم بينها ممثلة في الوكالة الوطنية لترقية الاستثمار ودعمها ومتابعتها apsi وشركة اوراسكوم تليكوم لعام 2001[1]بموجب الإتفاقية استفادت هذه الأخيرة بموجب المرسوم 01-416 من مجموع الحقوق والإمتيازات بالنظر للأهمية الخاصة للمشروع الإستثماري بالنسبة للإقتصاد الوطني الجزائري.

حيث نصت المادة السادسة من الإتفاقية على[2]" تمنع الدولة الجزائرية على نفسها بعد التوقيع على هذه الإتفاقية أن تتخذ إزاء الشركة ترتيب خاص، قد يعيد النظر بصفة مباشرة في الحقوق والإمتيازات المخولة بموجب هذه الإتفاقية إذا تضمنت القوانين والتنظيمات المستقبلية لدولة الجزائر نظام استثمار أفضل من النظام المقرر في الإتفاقية، يمكن للشركة أن تستفيذ من النظام شريطة استيفاء الشروط المقررة في هذه التشريعات أو تنظيماتها التطبيقية ".

يستشف من نص المادة أن الدولة الجزائرية عملت على تكريس شرط الثبات التشريعي، كما لم تكتفي بهذا حيث نصت على إمكانية استفاد شركة اوراسكوم تليكوم من الإمتيازات الأخرى التي يتضمنها القانون الجديد

[1] – انظر نص المادة 02 من المرسوم رقم 01-416 جاء فيها " تستفيد شركة اوراسكوم تيليكوم من الحقوق والإمتيازات كما هي محددة في اتفاقية الإستثمار هذه الملحقة بهذا المرسوم".

[2]– نص المادة 6 من الإتفاق المبرم بين الجزائر المتمثلة من طرف وكالة ترقية الإستثمار وبين شركة اوراسكوم تيليكوم الجزائر موافق عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-416 مؤرخ في 20ديسمبر 2001 ج-ر، عدد80، مؤرخة في 2006.

إذا ما قدم مزايا أكثر من التي اتفق عليها في العقد، وهذا في نظرنا يعد بحق امتيازا واضحا للعمل على تشجيع وفود واستقطاب المستثمرين الأجانب على الأراضي الجزائرية.

2 – العقد المبرم بين الدولة الجزائرية وشركة سيدار:

من جهة أخرى نجد الجزائر قد كرست هذا الشرط بموجب العقد المبرم بينها وبين شركة سيدار[1]، وعليه تكون الجزائر كطرف متعاقد قد منحت ضمانة للشركة بالإبقاء على امتيازاتها الممنوحة على ضوء القانون القديم مع إمكانية منحها امتيازات جديدة في حال ما إذا تضمن النص الجديد مزايا أفضل من تلك المقررة في ظل القانون القديم بموجب شرط الثبات التشريعي.

ما تجدر الإشارة إليه أن العقود المبرمة بين الدولة الجزائرية والشركات المذكورة سابقا جاء متماشيا مع نص المادة 22 من قانون 16-09 المتعلق بالاستثمار[2]التي أعطت المكنة للمستثمر الأجنبي في التمتع بالمزايا التي تضمنتها النصوص القانونية الجديدة إذا ما طالب بها المستثمر الأجنبي صراحة.

كما أبقى المشرع الجزائري على هذا الشرط بموجب نص المادة الثالثة عشر من مشروع قانون الإستثمار[3]السالف الذكر، ومنهم من يرى أن ما جاء في الإتفاقيتين يحد صراحة من ممارسة الدولة

---

[1] –انظر الإتفاقية الموقعة بين الوكالة الوطنية للاستثمار القائمة لحساب الدولة الجزائرية وشركة دار العالمية. سيدار، ج.ر عدد07 ،عام 2007.

[2]– نصت المادة 22 من قانون 16-09 المتعلق بالإستثمار على "لاتسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون التي قد تطرأ مستقبلا عليه الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة ".

[3]– أبقى المشرع الجزائري بموجب مشروع قانون الإستثمار 2022 على نفس الصياغة التي جاء بها المادة 22 من قانون 16-09 راجع نص المادة الثالثة عشر من مشروع قانون الإستثمار، مرجع سابق.

الجزائرية لسيادتها في إصدار قوانينها التي تتناسب مع الوضع الإقتصادي وكذا السياسة التنموية في المستقبل[1]، وفي هذا يرى الأستاذ زوايمية رشيد أن الأخذ بشرط الثبات التشريعي سوف يضع الدولة بين أمرين، إما التزامها بتعهداتها فيما يخص تجميد التشريع واستقراره، من جهة ثانية تقرير حقها السيادي في تعديل أو إلغاء النصوص القانونية التي لا تتماشى مع الأوضاع الاقتصادية الداخلية[2].

كما يجد شرط الثبات التشريعي صداه في العديد من الممارسات التعاقدية، كالنص عليه في العقد المبرم بين الحكومة الاندونيسية وشركة Freeport indonésien .inc لعام1967[3].

كما نصت المادة 21 من العقد المبرم بين حكومة ليبيريا وشركة الحديد والصلب الليبيرية التي جاء فيها على أن اتفاقية الإمتياز هذه تكون خاضعة لقوانين جمهورية ليبيريا ويتم تأويلها وتفسيرها بموجبها[4]، إنما بإستثناء أي تشريع يصدر أو ينفذ في الجمهورية قبل تاريخ هذه الإتفاقية أو بعده ويكون غير متوافق أو مناقض لنصوصها".

---

[1]– Bentoumi Mohamed، op.cit , 2002 , p91

[2]–Zouaimia Rachid, Réflexions sur la sécurité juridique de l'investissement étranger en Algérie, op.cit, p17.

[3] – في هذا الصدد نجد المادة 14 من العقد المبرم بين الحكومة الأندونيسية وشركة Freeport indonésien .inc في 07 افريل لعام 1967نصت المادة 14 منه على" تلتزم وزارة التعدين نيابة عن الحكومة الأندونيسية بأنه لا يجوز للحكومة الأندونيسية أو أي جهة تابعة لها أن تتخذ طول مدة العقد أي إجراء يتعارض وسير المشروع بما يتفق مع بنود الإتفاقية بما في ذلك أي إجراء من إجراءات الإدانة أو التأميم أو ما شابه ذلك، راجع ، عدلي محمد عبد الكريم ، مرجع سابق ، ص162-163.

[4] – بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص165.

ثانيا: نماذج عن بعض أحكام التحكيم الدولية

1- حكم تحكيم تكساكوTexaco 19 جانفي 1977

بالرجوع لأحكام التحكيم الدولية ،تعد أبرز القضايا التحكيمية التي كرست هذا الشرط حكم التحكيم في دعوى Texacoحيث تتلخص في إبرام الحكومة الليبية في الفترة الممتدة من عام 1955 لعام 1971 مجموعة من عقود الامتياز لصالح شركتين أمريكيتين ،مع نص العقد النموذجي الملحق بقانون البترول الليبي الصادر سنة 1955 في المادة 16[1]منه على "يمكن تعديل النصوص الناجمة صراحة عن هذا الإتفاق إلا بالموافقة المتبادلة بين الأطراف ويتم تفسير هذا الاتفاق وفقا للقانون الحاكم للبترول واللوائح السارية وقت توقيع العقد " و أي تعديل أو إلغاء لهذه القوانين واللوائح لا يؤثر على الحقوق الناجمة عن العقد والتي تقرره الشركة بمقتضاه طالما تمت دون رضاها.

وبعد قيام الدولة الليبية بالتأميم بصدور قانون عام 1974 عرض النزاع على التحكيم حيث تم الفصل فيه على أساس أن شروط الثبات إنما تمتاز بخاصية استثنائية وأن تضمين هذا الشرط يحول العقد عن طبيعته وفي حال المخالفة يرتب عليه قيام المسؤولية الدولية، وبالتالي عدم التذرع تحت مظلة السيادة والاستناد إلى إجراءات القانون الدولي من أجل تبرير تنصلها عن العقد[2].

2-حكم تحكيم امينويل aminoil الصادر بتاريخ 24 مارس عام 1982

تتلخص وقائع القضية في إبرام أمير دولة الكويت عقدا مع الشركة الأمريكية ايمينويل، حصلت بمقتضاه هذه الأخيرة على امتياز تنقيب البترول واستغلاله في دولة الكويت لمدة ستين عاما، في حين تضمن العقد شرطا

[1] – والي نادية، مرجع سابق، ص234.

[2] – حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 378.

للثبات يحول دون قيام الدولة بإجراء أي تعديل للعقد خلال مدة سريانه، بعد رفض الشركة طالبت الحكومة الكويتية بتعديل العقد طبقا للإتفاقيات التي أبرمت بين الدول المصدرة للبترول.

ومنه خلصت حكومة الكويت لتأميم الشركة بموجب القرار رقم 124 لعام 1977، وهنا تم اللجوء لآلية التحكيم أين التمسنا تمسك الشركة الأمريكية بشرط الثبات التشريعي، كما أقرت المحكمة أن من وراء هذا الشرط قصد الأطراف الإجراءات التي يمكن أن تسبب ضررا ماليا جسيما بمصالح الشركة نظرا لاتصافها بطابع المصادرة،إذ يخضع وفقا للقانون الدولي لعدة شروط من بينها دفع التعويض المناسب، وعلى هذا الأثر رفضت المحكمة حجج الشركة والتي مفادها أن شروط الثبات الواردة في العقد قد صيغت بعبارات مطلقة، ومنه فالتعهد بعدم التأميم لا يمكن استخلاصه من شروط الثبات التي وردت في العقد بعبارات عامة[1].

كما نجد الحكم الذي أصدره حكم التحكيم عام 1977 في النزاع بين الحكومة الليبية وشركة " ليامكو " البترولية الذي نص على أن شرط التجميد الزمني لقانون العقد له معصومية عدم جواز خرق العقود المعترف بها على الصعيدين معا "الداخلي وكذا الدولي"، كما أن هذا الشرط يتفق مع مبدأ عدم رجعية القوانين، نفس الحل نجده في الحكم التحكيمي الصادر بصحة شرط الثبات التشريعي تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار في قضية Agip ضد حكومة جمهورية الكونغو[2].

---

[1]– سمية صخري، النظام القانوني للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار البترولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ورقلة ، 2017–2018 ، ص 208–209.

[2] – نجد في هذا الصدد الإتفاق المبرم بين حكومة الكونغو والشركة المدعية ينص على وجود شرط يقتضي بتجميد القواعد القانونية التي تطبق على الاتفاق المذكور، بحيث تكون وحدها هي السارية المفعول دون غيرها من التعديلات اللاحقة التي تصدرها دولة الكونغو ، وهنا قضت هيئة التحكيم بأنه من حق سلطة الدولة تغيير تشريعاتها الداخلية باعتبار أن ذلك ينبع من حقها السيادي على إقليمها متى وافقت الدولة المضيفة للإستثمار على تضمين عقد الإستثمار شرطا يقضي بتجميد العلاقة في الوقت الذي انعقد فيه الإتفاق ، وعليه فالقوانين الجديدة لا تؤثر و لا تنقص من الإلتزامات التعاقدية للدولة ، نقلا عن مقال لبيك شوقي، مرجع سابق، ص57.

بناء على ما تقدم نجد الحماية المكرسة بموجب عقود الإستثمار تتوقف بالدرجة الأولى على الثقة والحماية المبنية على مجموعة من الإعتبارات القانونية، فالقانون الواجب التطبيق مستمد من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين الذي يعتبر أساس الحماية في مجال العقود بصفة عامة وعقود الإستثمار بصفة خاصة.

كما ارتأينا أن هذه القاعدة من حيث التطبيق تحدها مجموعة من الضوابط حال تعارضها مع النظام العام وكذا قوانين الأمن والبوليس.

أما بخصوص شرط الثبات التشريعي منحت التشريعات الداخلية للمستثمر أوحتى بموجب عقود الإستثمار المبرمة بين المؤسسات التابعة للدولة والطرف الأجنبي هذا الإمتياز في جل القضايا كما رأينا، كما تجيز التشريعات الداخلية حق المفاضلة بين القانون القديم والجديد، بعبارة أخرى السماح له الاستفادة من أحكام القانون الذي يضمن له أفضل المزايا ،ثم إن إدراج مثل هذا الشرط، سوف يحمي المستثمر الأجنبي من التعديلات المستقبلية للتشريعات الداخلية، لكن في الجانب المقابل قد يؤدي تطبيقها دوما إلى تجميد التشريع الداخلي،هذا ما يصطلح عليه في القانون الدولي العام بالتجميد الذاتي الذي يترتب عنه التدخل في سيادة الدولة والحد من سلطاتها التشريعية.

الفصل الثاني:

حماية المستثمر الأجنبي على ضوء الإتفاقيات الدولية المبرمة في مجال الإستثمار

رغم الجهود التي تبذلها التشريعات الداخلية في إيجاد قواعد تكفل الحماية اللازمة للمستثمرين الأجانب وعلى الرغم من ما تتوافر عليه من وسائل متعددة الا أنها أثبتت عدم نجاعتها عن توفير القدر الكافي للحماية خاصة الدول النامية منها،وعليه بات من الضروري البحث عن آليات أخرى كفيلة لتوفير هذه الحماية أوما يسميها البعض بالوسائل غير الوطنية "الدولية "[1]،كما استقر القانون الدولي في مجمل قواعده على ضمان توفير حماية خاصة لهؤلاء المستثمرين، حيث أسفر عن تبني الإتفاقيات الدولية، وهنا نخص بالذكر الإتفاقيات الدولية الخاصة بحماية الإستثمارات بنوعيها،على اعتبارها تكفل حماية أفضل مقارنة بما توفره التشريعات الوطنية للدول المضيفة.

كما تبرز أهمية الإتفاقيات الدولية الخاصة في مجال حماية وتشجيع الإستثمارات في أنها لا تنحصر فقط في تحديد حقوق وإلتزامات أطرافها بقدر ما تكمن في تنفيذ إلتزاماتها الدولية الواردة عليها، وكذا إثارة المسؤولية الدولية[2]حال إخلال أحد الأطراف المتعاقدة بالتزاماتها.

وعليه سوف نلقي الضوء في هذا الفصل على الحماية المكرسة للمستثمر على ضوء الإتفاقيات الدولية المبرمة في مجال حماية الإستثمارات، سواء الثنائية منها "مبحث أول" أو بمقتضى الإتفاقيات متعددة الأطراف "مبحث ثان".

[1] – طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الإقتصادية، دراسة سياسية قانونية للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2008، ص227.

[2] – كعباش عبد الله، مرجع سابق، ص173.

المبحث الأول: حماية المستثمر الأجنبي بمقتضى الإتفاقيات الثنائية

تعد الإتفاقيات الثنائية بمثابة تنظيم قانوني يكفل حماية المستثمرين، حيث يرجع ظهورها لعدم إمكانية الدول لإيجاد قانون دولي ينظم الإستثمارات وكذا المستثمرين نظرا لوجود الفكرة التقليدية المتعلقة بالسيادة أمام إصرار الدول على ضرورة تطبيق قانونها الداخلي[1].

كما تمتاز الإتفاقيات بميزة أنها تطرح فكرة ترتيب المسؤولية الدولية على عاتق الدولة المخالفة[2] حفاظا منها على العلاقات التعاقدية بين الطرفين، من جهة أخرى العمل على خلق جو من الاستقرار القانوني للإستثمار داخل الدولة[3]، كما تشكل جملة من الإلتزامات التي يلتزم بها كل من الطرفين المتعاقدين اتجاه الآخر حول توضيح مفاهيم الحماية والضمان للإستثمار الأجنبي، في حين تهدف لتحفيز المستثمرين وتشجيعهم عن طريق إدراج مجموعة من المبادئ، ثم إن ممارسة المستثمر الأجنبي لنشاطه يتطلب إضفاء العديد من الضمانات التي تكفل له هذه الحماية.

إن تكريس هذه الحماية بصفة عامة على ضوء الإتفاقيات الثنائية يتطلب منا دراسة المبادئ الدولية " التي جاءت بها "مطلب أول" وكذا الضمانات الحمائية بمختلف أنواعها "مطلب ثاني".

---

[1]– شوشو عاشور، مرجع سابق، ص172.

[2]– يراعى في هذا الصدد أن مصدر مسؤولية الدولة هنا هو معاهدات الإستثمار التي تبرمها، والتي من شأنها أن تثير مسئوليتها على الصعيد الدولي بإعتبار هذه المعاهدات تعد مصدرا من مصادر القانون الدولي العام، راجع:

Hesham Hassanein Mahmoud Soliman Elwakeel; International Journal of Doctrine Judiciary, and Legislation Vol 2, Issu1 ,2021, p138.

[3]-Nourdine terki, op. Cit, p 272.

المطلب الأول: أسس معاملة المستثمرين على ضوء الإتفاقيات الثنائية

سعت الدول إلى جذب المستثمرين الأجانب مما دفعها لإبرام العديد من الإتفاقيات الثنائية في مجال حماية الإستثمارات الأجنبية نصت في بنودها على تحقيق المساواة وبعث نوع من الإستقرار والطمأنينة في نفوس المستثمرين، عن طريق حمايتهم من كل المعاملات التمييزية التي يمكن أن يتعرضوا لها على إقليم الدولة المضيفة، من خلال تكريس جملة من المبادئ الدولية وضمان نفس المعاملة التي يحظى بها المستثمر الوطني، تمثلت هذه المبادئ أساسا في مبدأ المعاملة المنصفة والعادلة ومبدأ المعاملة الوطنية وشرط الدولة الأولى بالرعاية.

الفرع الأول: مبدأ المعاملة الوطنية

يعد مبدأ المعاملة الوطنية من المبادئ المقررة لحماية المستثمر الأجنبي حيث نشأ هذا المذهب في ظل رحاب المذاهب الفردية الرامية الى تسيير ممارسة النشاط الإقتصادي والتجاري دون التفرقة بين الوطنيين والأجانب[1]، كما يعد الفقيه الأرجنتيني "كافو[2]أول من نادى بمبدأ المساواة بين الوطنيين والأجانب في المعاملة وبموجبه يتم توحيد قواعد المعاملة لجميع المستثمرين على حد سواء.

يقصد بمبدأ المعاملة الوطنية إلتزام الدولة المستضيفة بمنح المستثمر الأجنبي نفس المعاملة التي يستفيد منها مستثمري هذه الدولة، وهذا الإلتزام يمنح المستثمر الأجنبي حماية ضد التصرفات التي من شأنها وضع

---

[1]– هشام خالد، الحماية القانونية للإستثمارات العربية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر 1988 ، ص73.

[2] – يعد الفقيه كافو أول من نادى بمبدأ المساواة بين الأجانب والوطنيين في المعاملة وعدم تمتع الأولى بحقوق ومزايا خاصة في مجال الاستثمار وتزيد بما هو مقرر للأول كان ذلك بسبب معارضة دول أمريكا اللاتينية لمعيار الحد الأدنى لمعاملة الأجانب كأسباب للمسؤولية الدولية عن الأضرار التي تصيب الأجانب، راجع، علي حسن ملحم، مرجع سابق، ص101.

المستثمر الأجنبي في وضع تنافسي أقل مقارنة بنظيره الوطني[1]وهنا يفهم التوازي في المراكز القانونية للأطراف وفي ذلك تشجيعهم وتحفيزهم على ممارسة نشاطهم الاستثماري، وإن تضمنت القوانين الداخلية حماية تقل عن تلك الممنوحة للوطنيين فهنا نكون بصدد تعارض بين القوانين الداخلية ومحتوى الإتفاقيات المصادق عليها[2].

كما يجد المبدأ صداه في التشريعات الداخلية وما ورد في بنود الإتفاقيات الدولية، هذه الأخيرة قد رفعت من نمط الحد الأدنى من المعاملة الممنوحة للأجانب المقيمين على إقليمها الى درجة المساواة بين المستثمر الوطني والأجنبي في المعاملة، وكذا بالمزايا القانونية نفسها بالنص في صلب الإتفاقية على قاعدة المساواة في المعاملة الوطنية.

بالرجوع لبعض الإتفاقيات الثنائية المبرمة في مجال الإستثمار، نجد الإتفاقية المبرمة بين الدولة الجزائرية ودولة فرنسا قد نصت في المادة الرابعة منها على[3]" يطبق كل طرف متعاقد على إقليمه ومنطقته البحرية في صالح مواطني وشركات الطرف الآخر فيما يخص استثماراتهم ونشاطاتهم المرتبطة بهذه الإستثمارات المعاملة العادلة الممنوحة لمواطنيه وشركاته".

بمقتضى نص المادة يرى الدكتور زويتن عبد الرزاق أنه توجد نوعان من المعاملة لا يتمتعان بنفس المستوى من الحماية فلأولى أصلها وطني، أما الثانية مرجعها دولي، وعليه تطبق كل منهما في الحالة التي

---

1 –Zakaria Laghzaoui , The International Responsibility of theState within theFramework of International Agreements to Protectand Encourage Investment International, Journal of Doctrine Judiciary, and Legislation, Volum2 , Issue 1, 2021 ،p120.

2– Zouaimia Rachid, Le régime des investissements étrangers en Algérie, Op. Cit, p 575

3 –المرسوم الرئاسي رقم 94 –01 يتضمن المصادقة على الإتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية فرنسا حول التشجيع والحماية المتبادلتين في ما يخص الإستثمارات والرسائل المتعلقة بها الموقعة بالجزائر في 13 فبراير 1993، ج.ر، عدد01 ، المؤرخ في 23 يناير 1994.

تستدعيها[1]، كما تم تكريس هذا المبدأ في الإتفاقية المبرمة بين دولة مصر العربية ونظيرتها السودان تحديدا في نص المادة الثالثة فقرة ثانية منها[2]التي نصت على" يتعهد كل من الطرفين المتعاقدين بأنه لن يخضع الاستثمارات التي يقوم بها المستثمر الطرف المتعاقد الآخر لمعاملة لا تقل عن المعاملة التي يقرها لمواطنيه".

إن معيار المعاملة الوطنية يندرج عموما ضمن غالبية الإتفاقيات الثنائية في مجال حماية الإستثمارات وتشجيعها فهو بذلك يحمي المستثمرين الأجانب من السياسيات والإجراءات التمييزية التي قد تتخذها الدولة المضيفة ضدهم ،كما أن إعمال هذا المبدأ لصالح المستثمر الأجنبي يعد تنازلا تمنحه الدولة المضيفة لرعايا الدولة الأجنبية،إلا أن تعهد الدولة المضيفة الطرف في الإتفاقية في الأخد به لصالح المستثمر الأجنبي يخص المستثمرين الأجانب فقط التابعين للدول المتعاقدة في الإتفاقية،وهنا يفهم أن الطرف الأجنبي هو المخول له للاستفاذة من هذا الشرط، كما يستثنى من نطاق هذا المبدأ باقي المستثمرين الأجانب خارج الإتفاقية .

ثم أن إدراجه في بنود الإتفاقية لا ينزوي فقط على الضمانات المقررة بمقتضى القوانين الداخلية بل يشمل الضمانات والمزايا التي سوف تقررها النصوص اللاحقة على إبرام الإتفاق التي من شأنها إحداث تعديلات أو تغييرات لأحكام هذه القوانين.

رغم النص على المبدأ كما رأينا، الا أنه كغيره من المبادئ الأخرى يثير العديد من الإشكالات فالأخذ به لا يكتسي طابع الدوام بمطلقه وإنما ينصب فقط على الموضوعات التي نظمتها المعاهدة[3]، فقد تستثني بعض

---

[1]– Zouiten Abderrezak، L’investissement en droit algérien, op.cit، p251

[2] – الإتفاقية المبرمة بين جمهورية مصر العربية ودولة السودان الموقعة بالخرطوم بتاريخ 08-07- 2001 تم الموافقة عليها بقرار من رئيس الجمهورية مصر العربية رقم 333 ، ج-ر، عدد17 ، في 03 مايو 2003.

[3] – حسين علي ملحم، مرجع سابق، ص104.

الاتفاقيات موضوعات محددة أو تخص قطاعات اقتصادية ذات طبيعة معينة دون سواها، كما قد ترد هذه الاستثناءات بصورة شخصية كإستثناء الإتفاقية من تطبيق هذا المعيار للمستثمرين الأجانب الذين لا يتواجدون في وضعية مماثلة مع المستثمرين الوطنيين، بمفهوم المخالفة هنا لا يحق للدولة المتعاقدة أن تطالب بما هو أكثر لمستثمريها خارج ما تم الإتفاق عليه في بنود المعاهدة مثل ما ورد في المادة الرابعة من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية التي استثنت تطبيق هذا المبدأ على بعض القطاعات[1].

كما أن العمل به يجعل من الحماية المراد كفالتها بصفة عامة غير محددة المضمون دوما فهي معرضة للزيادة والنقصان ومتوقفة على إرادة المشرع في الدولة المستضيفة، أما من حيث تطبيق المبدأ فتعتريه العديد من الإشكالات نظرا لعدم توازن المراكز القانونية للدول التي تمتاز بعدم المساواة[2]، هذا ما نستشفه من النزاع القائم بين شركة pope and talbot والحكومة الكندية حيث أعطت محكمة التحكيم الحق الكامل للدولة الكندية بوصفها صاحبة السيادة[3].

ما يستشف من نصوص الإتفاقيات الثنائية أن بعضها عمد الى تكريس مبدأ المعاملة الوطنية وربطه بمعيار الدولة الأولى بالرعاية، مثل ما ورد في الإتفاقية المبرمة بين الدولة الجزائرية ودولة تونس فيما يخص حماية

---

[1]– نصت الإتفاقية المبرمة بين دولة الجزائر وفرنسا في مجال حماية الإستثمارات الأجنبية في نص المادة الرابعة " أن هذه المعاملة لا تمتد الى الإمتيازات التي يمنحها الطرف المتعاقد لمواطني وشركات دولة ثالثة بموجب مشاركتها أو مساهمتها في منطقة التبادل الحر في انتماء جمركي أو سوق مشتركة أو أي شكل آخر من أشكال التنظيم الاقتصادي الجهوي".

[2] –هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول الغربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002، ص213.

[3]– نجد في هذا الصدد حكم محكمة التحكيم التي لم تقر بوجود إخلال بمبدأ المعاملة الوطنية من قبل الحكومة الكندية استنادا للحق السيادي لها من سياسة تفضيل الإستثمارات المحلية على نظيرتها الأجنبية بما يخدم مصالحها الإقتصادية حيث أرادت خلق موازنة للمنافسة في سياستها الاقتصادية العامة، راجع أكثر:

OCED «le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit internationa .

des investissements »2004, p 42-43.

الإستثمارات لعام 2006[1] التي جاء في فحواها أن المعاملة التي تمنحها كل من الدولتين لمستثمريها الأجانب لا تقل عن مبدأ المعاملة الوطنية، كما يرى البعض الآخر أن هذا المبدأ لا يحقق صراحة الحماية الكافية لدى وجب ربطه وتدعيمه بمبادئ أخرى كمبدأ التبادل ومبدأ المعاملة بالمثل.

الفرع الثاني: مبدأ المعاملة المنصفة والعادلة

يعد معيار المعادلة المنصفة والعادلة من أهم المعايير التي تطبق في العلاقات بين الدول[2]، كما تطبق على العلاقات بين الدول والمستثمرين الأجانب، كما يقصد بهذا المبدأ أن تلتزم الدولة التي أقرت هذا المعيار في اتفاقية الثنائية أو جماعية بأن تمنح للمستثمر الأجنبي معاملة لا تخلو من الظلم وعدم الإنصاف في جميع الظروف[3]، كما يذهب البعض للقول بأن هذا المعيار يتجاوز قاعدة الحد الأدنى من المعاملة وبالتالي يستلزم حماية أوسع وأكبر طبقا لقاعدة أكثر موضوعية ومن أي تعبير استعمل من قبل بخصوص معاملة الأجانب[4].

---

[1]– جاء في الإتفاقية الجزائرية التونسية ما يلي " أن المعاملة التي تمنحها كل من الدولتين لمستثمري دولة الأخرى لا تقل عن المعاملة الوطنية وفي جميع الأحوال ألا يكون أقل امتيازا عن المعاملة التي تخصصها إحدى الدولتين لدولة أخرى "
المرسوم الرئاسي رقم 06– 402 مؤرخ في 14–11 2006 يتضمن المصادقة على الإتفاقية المبرمة بين الجزائر ودولة تونس حول تشجيع وحماية الإستثمارات المتبادلة الموقعة بتونس، بتاريخ 16–02– 2006 ، ج.ر، عدد 73 ، بتاريخ 19–11–2006.

[2] – رغم رفض معيار المعادلة المنصفة والعادلة سابقا فقد ارتقت هذه المعاملة الى مرتبة العرف الدولي بفضل السلطات القضائية الدولية وكذا الممارسات التقليدية التي لعبت لصالحها بشكل خاص، راجع:
Abderrahmane Benhama, Le régime d'investissements étrangers en Algérie , op.cit, p78
ولمياء متولي يوسف، التنظيم الدولي للإستثمار في إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2011، ص194.

[3] – ماهر جميل أبو خوان، حماية الاستثمار الأجنبي في ضوء قواعد القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2014، ص51.

[4]–Haeri .H. « fair and equitable treatment and the minimum standard in international law » kluwer law. International. Vol 27 ،no 1 ،2011، p27.

إن الإقرار بمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للمستثمرين الأجانب دون تمييز بينهم يعني تمتعهم بنفس الحقوق وتحملهم نفس الواجبات، كما يجد المبدأ أساسه في المذهب الكلاسيكي للقانون الدولي والذي مفاده ضمان الحد الأدنى للمعاملة،بدورها سعت الإتفاقيات الثنائية لإدراجه في مجال حماية وتشجيع الإستثمارات الأجنبية تخوفا من قصور تشريعاتها الداخلية خاصة ما تعلق منها بالدول النامية ،بالرجوع لهذه الإتفاقيات نجد الإتفاقية الثنائية الموقعة بين الدولة الجزائرية والإتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي قد نصت في المادة الثالثة فقرة أولى منها على أن جميع استثمارات الأطراف المتعاقدة بنوعيها سوف تخضع حتما بمعاملة منصفة وعادلة بقولها " تتمتع الإستثمارات المباشرة وغير المباشرة التي تمتد من طرف أحد الأطراف المتعاقدة على إقليم الطرف المتعاقد الآخر بمعاملة منصفة وعادلة "[1].

كما استتبعتها المادة الرابعة[2]من الإتفاقية المبرمة بين دولتي الجزائر والدانمرك في ما يخص ضمان نزع الملكية وعليه يفهم من نص المادتين أن نزع الملكية حسب ما ورد في بنود الإتفاقية يكون حسب متطلبات المنفعة العامة وعلى أساس غير تمييزي مراعاة لمبدأ المعاملة المنصفة والعادلة بعدم تطبيق إجراء نزع

[1] – المرسوم الرئاسي رقم 91 –345 المؤرخ في 05 أكتوبر 1991 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين دولة الجزائر والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي الموقع عليها بتاريخ 24 أفريل، 1991المتعلق حول الشراكة والحماية المتبادلة للإستثمارات، ج–ر، عدد 46، عام 1991.

[2]– تم التطرق لمبدأ المعاملة المنصفة والعادلة في هذه الإتفاقية بقولها " لا يمكن أن تكون ملكية استثمارات مستثمري كل طرف متعاقد على إقليم الطرف المتعاقد آخر موضوع نزع ملكية أو تأميم أو تخضع لتدابير ذات آثار مماثلة للتأميم أو تخضع لتدابير ذات أثار مماثلة للتأميم أو نزع الملكية الا لغرض المنفعة العامة وعلى أي أساس تمييزي".

الملكية على أملاك المستثمر بالنظر لجنسيته، وهنا يعد عملا تمييزيا يضر بمبدأ المعاملة العادلة وبالتالي خرق المبدأ المكفول، هذا ما أكدته المادة الثانية في فقرتها الثانية من الإتفاقية الألمانية التونسية[1].

بينما نصت الإتفاقية المبرمة بين الجزائر والأردن بموجب نص المادة الرابعة فقرة أولى منها التي جاء في مضمونها على أنه لكل طرف متعاقد أن يمنح في أراضيه لمستثمري الطرف المتعاقد الآخر معاملة لا تقل تفضيلا عن تلك الممنوحة للمستثمرين أو لمستثمري دولة ثالثة[2].

يفهم من هذا أن المعاملة المقررة للدولة المضيفة الممنوحة للمستثمر والتي لا تكون بمستوى المعاملة التي يحظى بها الوطني وفق هذا المبدأ تعتبر معاملة جائرة، كما تعرض الدولة العضو في الإتفاقية لمسائلات على الصعيد الدولي[3].

ما تجدر الإشارة اليه أن معيار المعاملة العادلة والمنصفة هو معيار يتصف بطابع مطلق، كما أن المعاملة الممنوحة في ظله تختلف صراحة عن باقي المبادئ الأخرى فالنص عليه غالبا ما يكون بوجه عام دون تحديد لنطاقه أو تقييده بجملة من الضوابط، ورغم تبني هذا المعيار في جل الإتفاقيات الثنائية إلا أن مضمونه يشوبه بعض الغموض.

---

[1] – نصت الفقرة الثانية من المادة الثانية من الإتفاقية التونسية الألمانية التي جاء فيها " تتمتع استثمارات كل من الطرفين المتعاقدين التي يتم تحقيقها طبقا للشروط التي يضبطها التشريع الوطني للبلد المضيف بمعاملة عادلة ومنصفة".
نقلا عن سالم سميحي، الإطار القانوني الجديد للاستثمار الصناعي، دراسة مقارنة لنيل دبلوم الدراسات العليا ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس ، عام 1991 –1992، ص18.

[2]– Abderrahmane Benhama, op, cit.p82.

[3] – نجد في هذا الصدد تحديدا في قضية Salini –Maroc تم اعتبار أن الحكومة هنا قد أخلت بالالتزام بالشفافية والمتمثل في النظر بشكل واضح والملموس للتشريع المطبق، حيث نجد المحكمة التحكيمية قد رجعت لهذا الالتزام من أجل الحكم بغياب المعاملة المنصفة والعادلة نتيجة رفض منح رخصة البناء ومنه أعتبر أن هذا يشكل نزع ملكية غير مباشر، راجع أكثر:
Emmanuel Gallard. Chronique des sentences arbitrale « cirdi « J.D.I n1.2002 p192.

أما بالرجوع لبعض النماذج التطبيقية لمعيار المعاملة المنصفة والعادلة في ميدان التحكيم الدولي نجد قضية CMS Gas c/ argentine حيث تم التأكيد من طرف المحكمة على أنه يوجد خرق للقواعد الموضوعية للحماية من خلال اتخاذ الدولة مجموعة من الإجراءات، كما عللت المحكمة أن المعاملة العادلة والمنصفة وعلاقتها مع متطلبات الإستمرار والوقع للمحيط التجاري المؤسس على الإلتزامات الناتجة عن القانون أو العقد لا تختلف عن مستوى الحماية الأدنى المتطلبة في القانون الدولي[1].

في حين نجد توضيحا للمعيار في الحكم الذي أصدره المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار وتحديدا في قضية Maffizini ضد دولة اسبانيا[2]، وهنا يظهر التضارب في تكريس المبدأ، فالأصل أن يختص بجميع مظاهر الإستثمار دون قصره على بعض المسائل الأخرى،هذا ما جاء كذلك في قضية " مثال كلاد " الأمريكية ضد دولة المكسيك[3]، وهنا يختلف مضمون القاعدة من حالة لأخرى،بينما يترك تحديده على ضوء

---

[1]– في هذه القضية تم الرجوع الى تفسير النص الوارد في الإتفاقية المتعلقة بالمعاملة المنصفة والعادلة، وهنا حكمت المحكمة بمسؤولية الدولة بالرجوع لمعايير الموضوعية وعدم احترام لدولة لشرط الإلتزامات الذي يدعم فعالية شرط الاستقرار المدرج في عقد الامتياز مع فكرة استقرار المحيط القانوني راجع أكثر:

Emmanuel GAILLARD, « Chronique des sentences arbitrales, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) », J.D.I., n° 01, 2006 p325

[2] – في هذا الصدد جاء القرار الصادر عن المركز بالقول بأن الدولة الإسبانية لم تحترم ما جاء في نص المادة الأولى فقرة الرابعة من الاتفاقية الأرجنتينية الاسبانية التي تقضي على أن معيار المعاملة العادلة والمنصفة بسبب عدم التزام الشفافية من طرف المؤسسة العمومية الاسبانية في عملية القرض. راجع: فريد ولد العايب ، حماية الإستثمارات الخاصة في الإتفاقيات الدولية المصادق عليها من الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة باجي مختار عنابة 2009-2010 ، ص48.

[3] – نجد في قضية شركة "مثال كلاد " الأمريكية ضد دولة المكسيك حيث أصدر المركز الدولي قرارا يوضح فيه معيار مبدأ المعاملة المنصفة والعادلة حيث ورد في القرار الصادر في 30-08 -2000 أن عدم توفير دولة المكسيك كدولة مضيفة لإطار شفاف لمشروع الشركة يعد غير مطابق لمعيار المعاملة المنصفة والعادلة – قرار منشور في مجلة المركز الدولي للقانون الدولي للإستثمار عام 2000 ، ص194 .

الممارسات التطبيقية بعد دراسة متطلباتها وظروفها، وبعد التشاور بين الأطراف وما تدليه الأحكام القضائية الصادرة في هذا المجال[1].

في حين يذهب البعض الآخر الى ربط هذا المعيار بالحد الأدنى لمعاملة الأجانب معتبرين أن هذا المعيار ما هو في النهاية الا تسمية أخرى لمعيار الحد الأدنى المدرج في أحكام القانون الدولي، مثل ما جاء في الإتفاقية الثنائية المبرمة بين الدولة الجزائرية والإتحاد الإقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي السابقة الذكر تحديدا في نص المادة الثالثة منها فقرة ثالثة[2]،كما عبرت عن ذلك إدارة القانون الدولي العام بالوزارة الخارجية السويسرية " وفي كل حال من الأحوال لا تنزل هذه المعاملة عن الحد الأدنى الذي يحدد قياسه وضع مجموعة القواعد الدولية[3]" .

ومنهم من يرى أن المبدأ يلقى صداه في الطابع الإتفاقي، حيث يفسر مضمونه جزئيا عن طريق الإتفاق نفسه، كما يتغير بحسب نوع المعاملة المختارة، أي المعاملة الوطنية أو معاملة دولة الأكثر رعاية الأمر الذي يجعل منها معاملة منقحة[4].

---

[1] –علي حسين ملحم، مرجع سابق، ص97.

[2] – نصت الفقرة ثالثة من المادة 03 من الإتفاقية الجزائرية والإتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي على " لا تكون بأي حال من الأحوال أقل امتيازا مما هو معترف به من قبل القانون الدولي "

[3] – نصت إدارة القانون الدولي العام بوزارة الخارجية السويسرية على مبدأ المعاملة المنصفة والعادلة بقولها " إن المعادلة المنصفة والعادلة ليست في الحقيقة سوى تعبير عن المعيار التقليدي المسمى بشرط الحد الأدنى" راجع أكثر:
هشام عمر صدفة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، دون سنة، ص76.
وحسين الموجي، دور الإتفاقيات الثنائية في تطوير النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 1992، ص64.

[4] – عليوش قربوع كمال، قانون الإستثمارات في الجزائر ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،1999، ص106.

نخلص في الأخير أنه بالرغم من تكريس مبدأ المعاملة المنصفة والعادلة في الإتفاقيات الثنائية لحماية الإستثمارات بشكل خاص، ورغم المزايا والحماية التي يوفرها هذا الأخير، الا أن مضمونه يبقى غامضا حيث يطرح العديد من الإشكالات على الصعيد الدولي، وعليه وجب النظر في صياغة هذا المبدأ على نحو دقيق ومفصل حتى يتسنى العمل به على وجه أحسن في بنود الإتفاقية بين الدول المتعاقدة.

الفرع الثالث: مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية

يعتبر مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية من بين الضمانات الحمائية لرفع الحد الأدنى لحقوق الأجانب في الدولة المستقبلة وكذا المستثمرين الأجانب، كما عرفه هشام خالد بالقول هو مبدأ تتعهد الدولة الملتزمة بمقتضاه في إطار الإتفاقية المبرمة مابين الدولتين بأن تعطي رعايا الدولة الطرف في الاتفاقية أكبر قدر من المزايا التي تمنحها الأولى للدول الغير، كما يترتب على الأخد بهذا المبدأ وتطبيقه تشابه مواطني الدولة المستفيدة مع مواطني الدولة الملتزمة[1]".

كما يفترض هنا حسب المفهوم وجود ثلاث دول وهي الدولتان طرفا المعاهدة المتضمنة للشرط أي الدولة الملتزمة به والدولة المستفيدة منه ودولة خارجة عن المعاهدة وهي الدولة الأكثر رعاية التي يتمتع رعاياها بأفضل معاملة يتلقاها رعايا دولة أجنبية لدى الدولة الملتزمة به.

[1] – هشام خالد، الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مرجع سابق، ص76.

كما يرجع ظهور هذا المعيار حسب البعض الى اتفاق التعريفة الجمركية والتجارة GAAT[1] حيث كان لهذا الإتفاق الأثر الفعال في تكريس هذا المعيار في مجال الإتفاقيات الدولية خاصة الثنائية منها حيث عملت على ضرورة تكريس هذا الشرط تجسيدا منها لمبدأ عدم التمييز في المعاملة،وبمقتضى هذا تتعهد الدولة المستقبلة للإستثمارات بمقتضى الإتفاقية المبرمة بينها وبين الدولة المصدرة بتمكين المستثمرين الذين يحملون جنسية الدولة المضيفة من هذا الشرط للحصول على جميع الضمانات والمزايا التي قررتها الدولة المستقطبة للإستثمارات، من بين هذه الإتفاقيات نجد الإتفاقية المبرمة بين الدولة الجزائرية ودولة اسبانيا[2]تحديدا في نص المادة الرابعة فقرة الثانية التي جاء فيها " لا تكون المعاملة التي يمنحها كل الطرفين المتعاقدين للاستثمارات المنجزة على إقليمه من طرف مستثمري بلد آخر يتمتع بمعاملة الدولة الأكثر رعاية".

في نفس السياق، تبنت الجزائر هذا الشرط مع دولة سويسرا بالنص في فقرتها الثانية من المادة الرابعة[3]على "يمنح كل طرف متعاقد على إقليمه لإستثمارات وعائدات مستثمري الطرف المتعاقد الآخر معاملة لا تقل رعاية عن تلك الممنوحة لاستثمارات أو عائدات مستثمري أية دولة أخرى وتكون المعاملة الأكثر رعاية للمستثمر المعني جازمة".

---

[1]– يشكل هذا الشرط أهمية كبيرة في القانون بين الدول في المجالات الاقتصادية كما يعد مبدأ أساسيا في الاتفاقية العامة الجمركية والتجارة حيث استندت هذه الأخيرة أنه اذا كان الإقتصاد الدولي يستند لقانون العرض والطلب فيجب أن تزال بطريقة تدريجية كافة التدابير المقيدة عن طريق تعميم اشتمال المعاهدات ذات الطابع الإقتصادي على شرط الدولة الأولى بالرعاية ومنه القضاء على كافة مظاهر التفرقة في إطار المعاملات الإقتصادية الدولية، راجع في ذلك، علي حسين ملحم، مرجع سابق، ص108.

[2]– المرسوم الرئاسي رقم 95–88، مؤرخ في 25 مارس1995 يتضمن الإتفاقية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الاسبانية المتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات، ج ر، عدد23، الصادر بتاريخ 26افريل 1995.

[3]– المرسوم الرئاسي رقم 05–235، المؤرخ في 23 جوان 2005 يتضمن الإتفاقية المبرمة حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمجلس الفدرالي السويسري، الموقع ببيرن في 30 نوفمبر 2004، ج ر، عدد 45، صادر في 29 جوان 2005.

كما أقرت الإتفاقية المبرمة بين الجزائر ودولة صربيا على ضرورة الجمع بين شرط المعاملة الوطنية مع مبدأ الدولة الأكثر رعاية[1]، في حين نصت الإتفاقية المبرمة بين دولة المغرب وإيطاليا في المادة الثامنة والأربعون منها[2]"على كل طرف عدم التمييز بين مستثمرين أو مستثمري أي دولة ثالثة وبين مستثمري الطرف الآخر لما مؤداه ضمان المعاملة الأكثر أفضلية لمستثمري كل طرف، سواء فيما يخص تسيير الإستثمارات أو صيانتها أو استعمالها أو الإنتفاع بها أو التصرف فيها ".

من خلال استقراءنا لبعض الإتفاقيات الثنائية نجد جلها قد تطرق لمبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية نظرا لما يوفره هذا الأخير من حماية وضمانات على مستوى الدول المتعاقدة، كما أن هدفه حماية مستثمري الدول المستفيدة من أي تمييز موازاة بينها وبين الدول المتعاقدة الأخرى، من جهة أخرى يقي ويحمي المستثمر الأجنبي من سوء المعاملة حال إخلال إحدى الدول المتعاقدة به أو إسقاطه، وبالتالي وجب معاملة المستثمر الأجنبي معاملة غير تمييزية مع نفس المعاملة الممنوحة لكل مستثمر أجنبي سواء تم الاستثمار بصفة انفرادية أم بالشراكة مع المستثمر المحلي[3].

الجدير بالذكر أن شرط الدولة الأولى بالرعاية يجد صداه وتطبيقاته في العديد من منازعات الإستثمار الدولية من بينها نجد الحكم الصادر في قضية Maffizini ضد دولة اسبانيا[4]،حيث تم المطالبة بتوسيع العمل بشرط

---

[1] – عيبوط محند علي، شرط الدولة الأولى بالرعاية في القانون الدولي للإستثمارات "المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد02 ، 2010، ص85.

[2] – انظر الإتفاقية المبرمة بين دولة إيطاليا والمغرب في مجال حماية الإستثمارات الأجنبية.

[3] –Emmanuel Gallard. Chronique des sentences arbitrale « cirdi « J.D.I n1،2005، p147.

[4]– لقد تم الاستناد الى اتفاق الاستثمار الثنائية المبرمة بين دولة الأرجنتين ودولة اسبانيا ، حيث احتج هذا الأخير بحكم الدولة الأكثر رعاية الوارد في المادة الرابعة من اتفاقية الإستثمار المبرمة بين الأرجنتين واسبانيا الذي ينص على "جميع المسائل التي تخضع لهذا الاتفاق لا تكون المعاملة أقل مواتاة من تلك يمنحها كل طرف في الاتفاق لاستثمارات المستثمرين من بلد ثالث في أراضيه"، وهنا طالبت الشركة الأرجنتينية بتطبيق هذا الشرط استنادا لنصوص الإتفاقية المبرمة بين دولة اسبانيا=

الدولة الأولى بالرعاية ليشمل إجراءات التحكيم، وهنا خلصت المحكمة أنه يمكن للمدعي الإحتجاج بحكم الدولة الأولى بالرعاية الواردة في المعاهدة المبرمة بين دولتي الأرجنتين واسبانيا للمطالبة بالحصول على المعاملة الأفضل التي يوفرها اتفاق الإستثمار بين دولة اسبانيا والشيلي.

بالرغم من تفعيل هذا الشرط في أغلب القضايا الدولية، الا أن الحقوق والمزايا التي تمنح للدول المستفيدة مترابطة من حيث الوجود والنطاق فأي زيادة أو نقصان هي مقدار الحقوق والتسهيلات الممنوحة للإستثمارات ومواطني الدولة الأولى بالرعاية ستنعكس حتما على مقدار الحقوق والتسهيلات التي تتمتع بها استثمارات ومواطني الدولة المستفيدة،كما أن انقضاء هذا الحق يقابله بالضرورة زوال الحق الذي تمنحه للدول المستفيدة،هذا ما تم تأكيده من طرف محكمة العدل الدولية في النزاع القائم بين فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية بشأن قضية المحاكم القنصلية المراكشية[1]،كما أن الأخد به في الإتفاقيات الدولية من غير تحديد نطاقه قد يؤدي بها للتخوف التي تبرمها الدولة المضيفة بمنح حقوق ومزايا لدولة معينة خشية مطالبتها من طرف رعايا دول أخرى للاستفادة هي الأخرى من نفس المزايا، من هذا المنطلق يجب التحديد الصريح عند صياغة المبدأ في اتفاقيات الإستثمار تحديدا صريحا عن طريق تبيان المواضيع التي يتم استبعاده وكذا

=والشيلي في ما يتعلق بإجراءات التحكيم ، حيث أن مستثمري دولة هذه الإتفاقية قد استفادوا من امتياز اللجوء للتحكيم مباشرة قبل استنفاذ طرق الطعن الداخلية المدرج في الاتفاقية المبرمة بين الأرجنتين و اسبانيا ، وهنا حكمت المحكمة لصالح الشركة بالرجوع مباشرة للمركز استنادا لشرط الدولة الأولى بالرعاية، راجع :

Emmanuel GAILLARD, « Chronique des sentences arbitrales. (CIRDI). Op, cit, p193

[1]– نجد محكمة العدل الدولية نصت بشأن المحاكم القنصلية المراكشية لعام 1952 على " أن الدولة المستفيدة من شرط الدولة الأولى بالرعاية لا تتمتع بالحقوق والمزايا المقررة في المعاهدة المبرمة بين الدول الملتزمة بالشرط والدولة الأولى بالرعاية الا في حدود ما تتمتع به هذه الأخيرة من حقوق ومزايا وبالتالي فإن إلغاء هذه الحقوق والمزايا المقررة للدولة الأكثر رعاية أو الانتقاص حتما أثره على الدولة المستفيدة من هذا الشرط " ، نقلا عن علي حسين ملحم ، مرجع سابق ، ص109.

إعماله فيها[1]،كما ترد عليه مجموعة من الإستثناءات اذا تعلق الأمر بالإتحادات الجمركية أو الأسواق المشتركة و المناطق التجارية الحرة التي تربطها بها إحدى الدول المتعاقدة ،هذا ما نجده في الإتفاقية الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع دولة فرنسا لتشجيع وحماية الإستثمارات الأجنبية لعام 1994[2]حيث استثنت المادة الرابعة منها فقرة ثانية من هذا الشرط الإمتيازات الناجمة عن المشاركة في المناطق الحرة أو أي اتحاد جمركي.

أخيرا رغم أهمية شرط الدولة الأولى بالرعاية وإعماله ضمن بنود الإتفاقيات الدولية الا أن المبدأ يعترضه بعض الغموض من حيث التطبيق، فهو لا يحدد بشكل مباشر الضمانات التي تقدمها الدول الملتزمة بالمبدأ لرعايا الدولة المستفيدة الأمر الذي يترتب عليه إلغاء الإتفاقية لهذا الشرط سقوط وزوال هذا الامتياز، كما من شأنه أن يشل يد الدولة عن منح أي امتياز تريد منحه لدولة أخرى حيث يضطرها الى منح نفس الإمتياز للدولة المستفيدة،وعليه وجب تحديد نطاقه بصورة أدق عن طريق ضبطه وتحديد دوره في اتفاقيات الإستثمار حتى لا ينفرد وحده على سائر المبادئ الأخرى في الإتفاقية.

[1] –قبايلي الطيب، التحكيم في عقود الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص188.

[2] – المرسوم الرئاسي رقم 94–01 المؤرخ في 02–01 –1994 المتضمن المصادقة على الإتفاقية المبرمة بين دولة الجزائر وفرنسا، مرجع سابق.

المطلب الثاني: الضمانات التي جاءت بها الإتفاقيات الثنائية

الى جانب مجموعة المبادئ التي تناولتها الإتفاقيات الدولية الثنائية، نجد هذه الأخيرة بدورها قد نصت على جملة من الضمانات الكفيلة بحماية المستثمرين الأجانب وتحصين أموالهم ضد الإجراءات التي تتخذها الدول المضيفة في حقهم، حيث نجدها تتنوع على اختلافها سواء ما تمثل فيها من ضمانات قانونية أومالية يظهر ذلك في العديد من نماذج الإتفاقيات الثنائية المبرمة في مجال حماية الإستثمارات الأجنبية وتشجيعها.

الفرع الأول: الضمانات القانونية

اشتملت الإتفاقيات الثنائية في مجال حماية الإستثمارات على جملة من الضمانات القانونية تمثلت أساسا في

أولا: الحق في التعويض

من المواضيع التي تناولتها الإتفاقيات الثنائية لحماية المستثمرين هي مسألة التعويض وأن المستثمر الأجنبي في كل الحالات لا بد أن يقدم له تعويض جراء جملة الإجراءات التي تمس ملكيته وتعرقل حرية التصرف فيها،ورغم النص صراحة على ضرورة حق الدولة في نزع الملكية الخاصة للمستثمر استنادا لمجموعة من الاعتبارات،الا أن هذا الحق صراحة ليس مطلقا، بل ترد عليه مجموعة من الضوابط تتعلق بمسألة التعويض[1].

[1] – تتفق أغلب الإتفاقيات الدولية على ضرورة تقديم التعويض حال قيامها بنزع الملكية للمستثمر الأجنبي، وفي هذا السياق يمكن القول أنه اذا كان للدولة المضيفة الحق في تقييد حرية المستثمر الأجنبي في ملكيته من خلال الاستيلاء على المشاريع الاستثمارية، من جانب آخر فإنها مقيدة ومرغمة على تعويضه عن كل الإجراءات الناتجة من جراء ذلك. راجع، معيفي عزيز، تعويض المستثمر بين القانون الدولي والقانون الجزائري، مرجع سابق، ص463.

وعليه يعرف التعويض بأنه إلتزام دولي بمقتضاه يتوجب على الدولة المضيفة حماية حقوق المستثمر وحماية أمواله وأملاكه حال إخلال الدولة المضيفة بالتزاماتها اتجاه هذا الأخير، هنا يتوجب عليها التعويض[1].

من خلال هذا التعريف يعد التعويض بمثابة التزام قانوني صادر من اختصاص وسلطات الدولة المضيفة

كما يعد ضمانة فعالة لجبر الضرر ولإلزام الدول المتعاقدة بدفعه للمستثمر الأجنبي، هذا ما يتضح من خلال الإتفاقية الثنائية المبرمة بين الدولة الجزائرية ودولة فرنسا[2]في مجال حماية وتشجيع الإستثمارات الأجنبية التي نصت على أنه في حال نزع الملكية وجب التعويض، كما وصفته بالمناسب والفعلي والذي يقدر على أساس القيمة الحقيقية الاستثمارات وفقا للأوضاع الاقتصادية.

نفس الحل جاءت به الإتفاقية المبرمة بين الدولة البريطانية ودولة مصر الخاصة بالإستثمار[3]حيث يمنع على كل دولة طرف أن تؤمم ملكيتها أو نزعها الا عن طريق ضمانة التعويض.

نجد نصوص الإتفاقيات الثنائية قد ألزمت في بنودهاعلى ضرورة دفع التعويض حال قيامها بنزع ملكية المستثمر الأجنبي في جميع صورها، ففي مجال التأميمات مثلا نجد قضية التأميمات الروسية لعام 1971 قد

---

[1] – حميد هروي شيرزاد، الضمانات التشريعية للإستثمارات الأجنبية " دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر 2017، ط أولى، ص153.

[2] – نصت الاتفاقية الفرنسية الجزائرية في مجال حماية الإستثمارات في مادتها 05 فقرة ثالثة على "يجب أن ترفق تدابير نزع الملكية اذا اتخذت بدفع تعويض مناسب وفعلي بحسب مبلغه على أساس القيمة الحقيقية للإستثمارات المعفية والتي تم تقييمها وفقا للظروف الاقتصادية السارية".

[3]– نصت الإتفاقية أعلاه على " أن استثمارات شركات ومواطني أي من الطرفين المتعاقدين يجب أن لا تؤمم أو تنزع ملكيتها إلا بناءا على تعويض حال وكاف ومؤثر ...".

تمت دون أداء تعويض وهنا قوبلت بإستنكار شديد من قبل الفقه الغربي حيث وصل الحد لتشبيهها بإجراءات المصادرة، كما نجد الالتزام بأداء التعويض ثابتا من خلال أحكام محاكم التحكيم الدولية[1].

رغم إجماع الإتفاقيات الثنائية على تكريس ضمانة التعويض، الا أنها اختلفت حول الطريقة التي يتم بها فمنهم من ذهب لطريقة التقديرعلى أساس القيمة الحقيقية للإستثمار،هذا ما أكدته أغلب الإتفاقيات كالإتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1994[2]التي أوردت في نص المادة الخامسة فقرة ثانية منها على أن التعويض هنا يحدد على أساس القيمة الحقيقية للإستثمارات المعنية، كما يكون التقييم وفقا للشروط الإقتصادية السائدة قبل يوم اتخاذ إجراء النزع،وهنا يمكن حساب التعويض وفقا لقيمة السوق أو رجوعا للقيمة التجارية أو وفقا للقيمة الإقتصادية للإستثمارات،مثلما جاء في الإتفاقية الجزائرية السورية إذ تشمل كل العناصر الاقتصادية المرتبطة بالإستثمارمما يتيح للمستثمر الحصول على تعويض أكبر بعيدا عن متطلبات السوق وبالتالي تحقيق ضمانة و حماية أكثر.

أما بخصوص الحالات التي يستوجب فيها التعويض ،نجد جل الإتفاقيات قد نصت على ضرورة تقديم التعويض للمستثمر الذي يصدر أي إجراء يمس ملكيته،على أن ينبني هذا الأخير على مجموعة من الضوابط

---

[1] – في هذا الصدد نجد محكمة المطالبات الأمريكية الإيرانية قد أوضحت في العديد من أحكامها، أن إجراء نزع الملكية لا بد من اقترانه بتعويض، مؤكدة ذلك في حكمها في قضية AIG لعام 1983 حيث ذهبت للقول " ... المبادئ الثابتة في القانون الدولي أنه في حال التأميم المشروع يستحق المالك السابق للملكية المؤممة التعويض." كذلك ما ذهبت اليه محكمة التحكيم في قضية LIAMCO التي أكدت هي الأخرى على ضرورة التعويض ودفعه حال ممارسة حق التأميم بالنص على " ...وفقا للقواعد المشتركة المقبولة في القانون الوطني والدولي فإن التعويض امتياز قد تأمم هو نتيجة ضرورية لحق التأميم " راجع في ذلك، علي حسين ملحم ، مرجع سابق ، ص132-133 .

وخالد محمد جمعة، إنهاء الدولة المضيفة للإستثمار" اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي "الطرق المشروعية – الشروط " مجلة الحقوق، العدد 03، الكويت ، 1999، ص109.

[2]– راجع الفقرة الثانية من المادة05 من الإتفاقية المبرمة بين دولة الجزائر وفرنسا لعام 1994، مرجع سابق.

والمعايير كالحالات التي يلزم فيها التعويض بخصوص مسألة التأميم مثلا[1]،كما يشترط اللجوء للتعويض في حال ما اذا قامت الدولة بنزع الملكية للمنفعة العامة بحيث يجب تقديم التعويض العادل والفعال سواء كانت الإجراءات التي أدت الى نزع الملكية قد تمت بطريقة مباشرة أو غير مباشرة[2]،كما يتم في حال وجود بعض المخاطر السياسية التي تؤثر سلبا على ملكية المستثمر الأجنبي.

أما بالتعريج على أوصاف التعويض، نجد الإتفاقيات قد اختلفت حول طريقته فمن الإتفاقيات ما نصت على أن يكون مناسبا، كالإتفاقية المبرمة بين دولة اسبانيا والجزائر[3]، إن النص على مصطلح التعويض المناسب وفق لما ورد في الإتفاقية يفهم أن تحديده يكون وفقا لقوانين الدولة التي اتخذت إجراء النزع.

ومنها ما اشترطت أن يكون التعويض مقترنا بالفعالية والتناسب[4]ويقصد بالفاعلية على هذا الأساس أن يتم نقدا أو على شكل مجموعة من الأموال القابلة للتحويل للخارج أو بعملة لها قيمة في السوق من تاريخ نزع الملكية[5].

---

[1]– هذا ما أكدته محكمة الاستئناف الفرنسية " amiene "بخصوص إلزامية التعويض الناتج في مسألة التأميمات الجزائرية في فيفري لعام 1971 " التأميمات تعد معارضة للنظام العام الدولي الفرنسي ولأحكام اتفاقية ايفيان الفرنسية الجزائرية ومن ثمة فهي ترخص للحكومة الفرنسية الجزائرية أن تخصم التعويض عن هذه التأميمات من ميزان التعاون بين الدولتين المذكورتين "راجع في ذلك أطروحة حسين نوارة ، مرجع سابق ، ص126.

[2]– أحمد شرف الدين، نزع الملكية وضمان الإستثمار العربي " مجلة العلوم القانونية والاقتصادية"، جامعة عين شمس، العدد 26، عام 1984، ص 24.

[3] – انظر المرسوم الرئاسي رقم 95–88 لعام 1995، يتضمن المصادقة على الإتفاقية الجزائرية الاسبانية، مرجع سابق.

[4] – في هذا الصدد نجد نص المادة 05 فقرة ثالثة من الإتفاقية الفرنسية الجزائرية قد أخدت بالتعويض المناسب والفعلي يقولها " يجب أن ترفق تدابير نزع الملكية إذا اخدت بدفع تعويض مناسب وفعلي بحسب مبلغه...".

[5] – علي حسين ملحم، مرجع سابق، ص141.

بينما اشترط البعض الآخر أن يكون التعويض حقيقيا وملائما[1]، والتعويض الملائم هنا هو الذي يشمل الخسارة التي وقعت والكسب الفائت، كما يجب أن يغطي القيمة التجارية أو الحقيقية للإستثمار والمحددة بطرق موضوعية، أما التعويض الفوري أو ما يطلق عليه مصطلح "الحالي" فيقتضي أن يتم دفعه للمستثمر فور وقوع إجراءات نزع الملكية وبدون مهلة وفي حال التأخير نجد من الإتفاقيات ما اشترطت وجوب أن يستتبع بفائدة عند قيمة التأخير.

نخلص من كل هذا أن الإتفاقيات الثنائية في مجال حماية الإستثمارات الأجنبية تناولت مسألة التعويض كإجراء ناتج عن نزع الملكية مهما تعددت صورها، ومن خلال استقراءنا لبعضها نجد التعويض كأصل عام يشتمل على نوعين وهما التعويض العيني[2] والنقدي، الا أن أغلب الإتفاقيات قد حبذت النوع الثاني.

كما نجد بعضها قد اشترطت أن يكون فوريا وعادلا وفعالا، كما يتجلى لنا الإختلاف بين الدول حول كيفية وطريقة أداءه وتحديد مقداره بالنسبة للمستثمرين الأجانب، هذا الإختلاف صراحة جسد مواقف الدول النامية وكذا المتقدمة، حيث نجد الدول النامية غير رافضة لمسألة التعويض بصفة عامة لكن في الوقت ذاته ترى أن التعويض المناسب مثلا لإجراءات التأميم أو نزع الملكية لا يجب أن يقيد بمجموعة من المعايير كعبارة "فوري وفعال وكاف " عكس ما هو معمول به عند الدول المتقدمة التي تطالب بالتعويض الكامل ،وعموما تمحور

---

[1] – وهو ما ورد في مضمون الاتفاقية المبرمة بين الجزائر ودولة رومانيا وتحديدا في نص المادة 04 في فقرتها الأولى التي نصت على "تكون التدابير المتخذة مزودة ومصحوبة بأحكام تنص على دفع تعويض حقيقي وملائم".

[2] – نجد الإتفاقيات الدولية قد ذهبت لأبعد من هذا من خلال إقرارها لفكرة التعويض العيني مع مراعاة الظروف الإقتصادية للدولة التي اتخذت إجراءات التأميم، حيث نجد دولة بولندا لعام 1948 بموجب الإتفاقية المبرمة بينها وبين دولة فرنسا على أداء لتعويضات لهذه الأخيرة تمثلت في شكل تصدير كميات من الفحم اليها، راجع:

هشام علي صادق، مرجع سابق، ص80.

وحسن النمر، مرجع سابق، ص102.

دور الإتفاقيات الثنائية في هذا المجال حول إلزامية الدول المتعاقدة بالتعويض بغض النظر عن الأسلوب والوسيلة المستعملة وبغض النظر عن كون الدول في الإتفاقية دولا متخلفة أم متقدمة.

كما إلتمسنا في العديد من القضايا أن طريقة التعويض تمت عن طريق دفع أقساط في فترات محددة[1]وهنا يفهم عدم الإشتراط أن يكون حالا وفعالا دائما، الا أننا نتفق على أن الرفض الكامل لمسألة التعويض حتما سوف يعرض الدولة الطرف للعديد من الإلتزامات الدولية.

ثانيا: نزع الملكية للمنفعة العامة

يعرف البعض نزع الملكية على أنها ذلك الإجراء الذي تتخذه الدولة أو أحدى هيئاتها العامة لنزع ملكية أموال عقارية محددة بالذات مقابل تعويض مالكها[2]، وعليه حق نزع الملكية هو حق مكفول دوليا تمارسه الدول في إطار سيادتها الدائمة على إقليمها وثرواتها[3]،ولقد تأكد هذا المبدأ من خلال اللائحة التي أصدرتها الجمعية العام للأمم المتحدة بتاريخ 14ديسمبر 1962 والتي تحمل رقم 1803 بعنوان "السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية[4]،بينما أشارت أغلب الإتفاقيات الثنائية الى حماية المستثمر الأجنبي من خطر نزع الملكية بإعتباره

---

[1]– نجد في هذا الصدد بعض التعويضات قد تمت في صورة تعويض عن طريق أقساط ومن خلال مدد تتفق مع لقدرات المالية للدولة المؤممة ،مثال ما قامت به دولة المكسيك بتعويض المواطنين الأمريكان عن ممتلكاتهم البترولية والزراعية التي جرى تأميمها بمبلغ تم سداده في مقدار 16 سنة قسطا سنويا ، كما أجازته دولتي فرنسا وبولندا عن طريق الاتفاق الذي يقضي بدفع تعويض لبولندا عن أموال المواطنين الفرنسيين نتاج قيامها بعملية التأميم وذلك على أقساط امتدت الى 15 سنة ،راجع ، أحمد عبد الحميد عيشوش ، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية ، أطروحة دكتوراة ، جامعة القاهرة ، مصر 1975، ص369 وما بعدها.

[2] – زياد فيصل حبيب الخيزران، مرجع سابق، ص267.

[3] – بزاز وليد، آليات القانون الدولي لحماية الإستثمارات الأجنبية من المخاطر غير التجارية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد الحادي عشر، سبتمبر 2018، ص477.

[4]–http : www.un.org/french/documents/resga.htm راجع الموقع :

من أهم الضمانات المتفق عليها، نجد ما ورد في الإتفاقية المبرمة بين دولتي الجزائر وفرنسا وتحديدا نص المادة الخامسة في فقرتها الثانية حيث لا تنزع الملكية هنا إلا بشرط المنفعة العامة وفقط مرعاة للشروط المذكورة في نص المادة ومقابل تعويض مناسب وفعلي حددت كيفية تقديره وطريقة دفعه المادة نفسها بقولها :

1- تستفيد استثمارات مواطني أو شركات أحد الطرفين المتعاقدين الى جانب مداخيل هذه الاستثمارات المنجزة على الإقليم والمنطقة البحرية للطرف المتعاقد الآخر من حماية وأمن وتأمين كاملين .

2 – لا يتخذ الطرفان المتعاقدان تدابير نزع الملكية أو التأميم ...يرتب عليها نزع بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من مواطني وشركات الطرف الآخر استثماراتهم التي يمتلكونها على إقليمهم أو منطقتهم البحرية الا اذا كان ذلك بسبب المنفعة العامة، بشرط أن تكون هذه التدابير اتخذت طبقا لإجراءات قانونية و أن لا تكون تمييزية أو مخالفة لالتزام خاص" [1].

هنا أدخلت الإتفاقية الجزائرية الفرنسية استثناءا من خلال حظر استخدام هكذا إجراء في المناطق البحرية وعليه لا يتصور نزع الملكية الا إذا وجدت مبرراتها مع مقتضيات المصلحة العامة[2].

كما أقرت الإتفاقية التونسية الألمانية نفس المبدأ في فصلها الثاني الذي جاء فيه أنه لا يتم إجراء نزع ملكية المستثمر الأجنبي لكل من الطرفين المتعاقدين الا للصالح العام وبدون تمييز ومقابل تعويض[3].

---

[1] – المرسوم الرئاسي يتضمن الاتفاقية المبرمة بين الدولة الجزائرية ودولة فرنسا، مرجع سابق.

[2]–Terki Nourdine ,La protection conventionnelle de l'investissement t étranger en Algérie op.cit ،p15

[3]- نصت الإتفاقية التونسية الألمانية في فصلها الثاني الذي جاء فيه " عدم تعرض استثمارات رعايا أحد الطرفين المتعاقدين الى التأميم أو الانتزاع، كما لا يمكن إخضاع هذه الإستثمارات الى أي إجراء له نتيجة مشابهة على تراب الطرف المتعاقد الآخر الا اذا توافرت الشروط التالية:

– يقع اتخاذ هذه الإجراءات لفائدة المصلحة العامة وطبقا للصيغ التي ينص عليها القانون

– تتخذ الإجراءات المذكورة بدون تمييز كما تتم مرافقتها بدفع تعويض".

رغم تكريس غالبية الإتفاقيات الثنائية لهذا الشرط في بنودها، الا أنها راعت جملة من الشروط القانونية الواردة في بنود الاتفاقية تمثلت في شرط المصلحة العامة، وعليه يمكن القول أن مصطلح نزع الملكية مصطلح متشعب يشمل كافة صور المساس بالحقوق المكتسبة للمستثمر الأجنبي، سواء تمت هذه الإجراءات في صورة ضرائب أو بيع جبري أو أي إجراء هدفه الحد من سيطرة المستثمر على ممتلكاته أو حرمانه من استخدامها.

كما نجد من الإتفاقيات ما اشترطت لصحة إجراء نزع الملكية أن لا تكون مخالفة لإلتزام خاص مثلما هو الحال في الإتفاقية المبرمة بين دولة فرنسا والجزائر في مادتها العاشرة[1]التي الزمت الرجوع لهذا الشرط أولا.

عموما إن مزج الإتفاقيات وربطها بمصطلح نزع الملكية لتحقيق المنفعة العامة دليل على أن هذه الأخيرة قد ألزمت الدول المتعاقدة بضمانات مقابلة لنزع الملكية، كما أن خرقها سوف يرتب قيام المسؤولية على الدولة المخلة بشروطها، وبالعودة لشرط المصلحة العامة نجد غالبية الإتفاقيات الثنائية رغم إضفاءها صفة الشرعية على مثل هكذا إجراء الا أنها لم تتطرق اليه بالشكل المفصل، حيث ثم قصره على باقي الشروط الأخرى، كما يرجع البعض الى صعوبة إثبات وجود هذا الشرط من عدمه في حالات ما إذا لم تفصح الدولة المضيفة في قرارها المتضمن نزع الملكية لأهداف عامة خالية من القواعد العدالة والإنصاف .

[1] – نصت المادة 10 من الإتفاقية المبرمة بين دولة فرنسا والجزائر على"...تسير مع عدم الإخلال بأحكام هذا الاتفاق الاستثمارات التي شكلت موضوع التزام خاص من أحد الطرفين المتعاقدين حيال مواطني أو شركات الطرف المتعاقد الآخر من خلال النص على هذا الالتزام، مادام هذا الأخير يتضمن أحكاما أكثر امتيازا من تلك التي يتضمنها هذا الاتفاق".

ثالثا: الحماية من خطر التأميم

انتهجت الدول سياسة ترمي إلى إعادة استرجاع ثرواتها الطبيعية التي انصبت على عملية التأميم، كما وجدت هذه الأخيرة في مفهوم فكرة التأميم الأداة القانونية لنقل وتحويل ملكية المشروعات الخاصة الى الملكية الجماعية للدولة، وقد تجسد ذلك لأول مرة من خلال التأميمات السوفيتية ونظيرتها المكسيكية[1]

يقصد بالتأميم تحويل مال معين أو نشاط ما من أجل المصلحة العليا الى ملكية جماعية أو نشاط جماعي بقصد استعمال هذه الملكية أو النشاط في الحال لتحقيق المصلحة العامة وليس في سبيل المصلحة الفردية الخاصة[2].

بهذا ينصب التأميم على ملكية المشروع الخاص والأموال التي ينجر عليها هذا الأخير تكون عادة أموالا ذات أهمية للإقتصاد الداخلي للدولة المستضيفة كما تعطي لأصحابها مركزا هاما أو احتكار لقطاع أو أكثر من الحياة الإقتصادية[3].

بينما نجد معهد القانون الدولي قد تطرق لمسألة التأميم، حيث اعتبره عملا من أعمال السيادة العليا تقوم به الدولة من أجل تغيير بناءها الاقتصادي تغييرا كليا أوجزئيا بكف يد القطاع الخاص عن بعض المشروعات الصناعية أو الزراعية ذات الأهمية وضمها للقطاع العام خدمة لمصالح الأمة[4].

---

[1] – نجد أولى تطبيقات التأميم في كل من روسيا والمكسيك لعام 1918 تحت تأثير المفهوم الجديد للملكية باعتبارها وظيفة اجتماعية وليست حقا مطلقا، كما وجدت الفكرة صداها في كثير من الدول بعد الحرب العالمية الثانية مثل دول شرق أوروبا والصين والفيتنام وكوريا الشمالية ومصر، راجع، علي حسين ملحم، مرجع سابق، ص122.
وهشام صادق، مرجع سابق، ص4.

[2] –هشام محمد صدقة، ضمانات الاستثمار الأجنبية في القانون الدولي، مرجع سابق، ص40.

[3] – أحمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط4، 2004، ص607.

[4] – أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية، مرجع سابق، ص345.

من خلال التعاريف السابقة نجد أن الهدف من التأميم هو تحويل الملكية الخاصة الى ملكية عامة عن طريق تسخير الأموال المؤممة ووضعها تحت سلطة الدولة بصورة كلية أو جزئية، وإذا كان هذا الأخير معترفا به على المستوى الدولي، فهنا يطرح الإشكال حول جدوى الحماية المقررة في الإتفاقيات نظرا لإعتباره من التصرفات الإنفرادية التي تصدر عن الدولة.

بالرجوع للجانب الإتفاقي نجد نص المادة الرابعة من الإتفاقية المبرمة بين الدولة الجزائرية والاتحاد الإقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي[1]التي جاء فيها على أنه يمنع على كل طرف في الإتفاقية عدم القيام بأي إجراء يمس ملكية المستثمر الطرف الآخر المتواجد على إقليمها.

وعليه يعد التأميم مظهرا من مظاهره سيادة الدولة لا يحتاج الى إقرار أو موافقة من الدولة التي مسها قرار التأميم، هذا ما استندت عليه الحكومة الليبية كأساس قانوني بوصفه عملا سياديا في نزاعها مع الشركات البترولية الأمريكية[2]، مثلما جاء في مذكرتها الموجهة الى رئيس محكمة العدل الدولية مشيرة في القرارات الصادرة عن الجمعية العامة وبالأخص القرار رقم 1803الصادر في ديسمبر 1962 التي نصت المادة الرابعة منه على الحق السيادي للدولة في التأميم مقابل منح تعويض للمستثمر الأجنبي المتضرر.

---

[1] – في هذا الصدد نصت المادة 04 من الاتفاقية الجزائرية والإتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي على "يقوم كل طرف متعاقد بعدم القيام بأي إجراء لنزع الملكية أو التأميم أو أي إجراء من شأنه نزع الإستثمارات التي يمتلكها مستثمرو الطرف المتعاقد الآخر على إقليمه وذلك بصفة مباشرة".

[2] – تتمثل وقائع النزاع بين الشركات الأمريكية والحكومة الليبية في إبرام هذه الأخيرة في الفترة الممتدة من 1955 الى 1971 ، حيث أبرمت مجموعة من عقود الامتياز لفائدة الشركتين الأمريكيتين تكساسو texao و Californie nasiaticoil cimpany حيث ورد في نص المادة 16 من العقد النموذجي المدرج في عقود النصوص الأخرى الملحقة بقانون البترول الليبي لعام 1955 ، بأن تتولى الحكومة الليبية ضمان تمتع الشركة بالحقوق التي يخولها لها هذا العقد و لا يجوز تعديله الا بموافقة الطرفين ، كما أن أي تعديل في القوانين واللوائح لا تؤثر على الحقوق الناجمة عن العقد طالما تمتد بدون موافقة الطرفين. راجع، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص372–373.

أما من حيث الموضوع وسعت الإتفاقيات من مجال تطبيقه ليشمل كافة إجراءات نزع الملكية، ولما كان التأميم حقا لصيقا بسيادة للدولة كما رأينا، فلا يتم الا وفق إجراءات وأسس معينة تفوق بذلك المصلحة الخاصة،هذا ما نجده في الإتفاقية المبرمة بين الجزائر ودولة الكويت[1]التي جاء مضمونها واضحا وهو أن الاستثمارات المنجزة لأي من الطرفين لن يتم إخضاعها لأي إجراء على شاكلة التأميم، الا ما تعلق منها بالمصلحة العامة لتلك الدولة مع حتمية التعويض الفوري جراء هذا النزع.

فالتأميم كإجراء لا يخلو من هذه الشروط الجوهرية فهو بهذا يقيد من سلطة الدول المضيفة للعمل به إلا من خلال شروط محددة في بنود الإتفاقية، فهو يؤدي لإنتقال ملكية كاملة للمشروع الإستثماري من الخاص للعام ويتم اللجوء اليه اقتضاء للصالح العام،أضف الى ذلك أن تتم على قدم المساواة بين المستثمر الوطني والأجنبي حال القيام بعملية التعويض جراء التأميم، نجد في هذا الصدد احتجاج الحكومة الهولندية لعام 1958على التأميمات الأدونيسية للمشروعات الهولندية حيث تم وصفها بأنها إجراءات تمييزية غير مشروعة كونها انصبت على الهولنديين فقط[2]بوصفهم مستثمرين أجانب دون الوطنيين، كما لم يقتصر التأميم عن كونه سياسي أو اقتصادي بل أصبح نظاما قانونيا يحظى بمكانة خاصة، كما يمكن أن يؤدى في صورة تأميم كلي أو جزئي لأموال المستثمر الأجنبي.

---

[1]– نصت الإتفاقية الكويتية الجزائرية على " أن الإستثمارات التي يقوم بها المستثمرون التابعون لأي من الطرفين ....لن يتم تأميمها أو إخضاعها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة لإجراءات ذات أثر يعادل التأميم من قبل الطرف الآخر، الا لغرض عام يتعلق بمصلحة وطنية لذلك الطرف و مقابل تعويض فوري" ، المرسوم الرئاسي رقم 03-370 المؤرخ في 23-11-2003يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة دولة الكويت حول تشجيع وحماية الإستثمارات الموقع عليها بدولة الكويت بتاريخ 30-11-2001 ، ج.ر، عدد66، سنة 2003.

[2] –عبد المومن بن صغير، التأميم بين السيادة الإقليمية للدولة وأحكام القانون الدولي، مجلة القانون الدولي والتنمية، جامعة سعيدة، المجلد الثامن، العدد 01، 2020، ص101.

أخيرا بالرغم من مشروعية التأميم وضبطه بمجموعة من الضوابط ،إلا أن أثره على الإستثمارات الأجنبية الخاصة يعد سلبيا، حيث يمثل اللجوء اليه هاجسا بالنسبة للمستثمر الأجنبي[1]حيث يعرض استثماراته لخطر الاستيلاء عليها وإن تم مقابل تعويض، إلا أنه يشكل قيدا من قيود حرية ممارسة هذا الأخير لنشاطه الإستثماري داخل إقليم الدولة المضيفة،وإن كان لقرار التأميم صراحة أثر في تجسيد مبدأ سيادة الدولة إلا أنه ينبغي بالمقابل مراعاتها من خلال خلق نوع من التوازن بين حقها السيادي في اتخاذ قرار التأميم ومدى تأثيره على المستثمرين الأجانب حتى لا يكون عائقا أمام وفود رأس المال الأجنبي لهذه الدول.

الفرع الثاني: الضمانات المالية

الى جانب الضمانات السابقة نجد الإتفاقيات الدولية قد نصت على جملة من الضانات المالية تمثلت في:

أولا: تكريس ضمان حرية الإستثمار

تملك الدولة المضيفة نظرا لتمتعها بالسيادة على ثرواتها الطبيعية ومواردها الإقتصادية مطلق الحرية في تحديد القطاعات التي تسمح للمستثمر باستثمار أمواله عليها، وغالبا ما يتم تحديد هذه القطاعات استنادا لمبدأ سيادة الدولة وسعيها لتحقيق أهدافها التنموية، ومنه يعد ضمان حرية الإستثمار من أهم الضمانات التي يسعى اليها المستثمر الأجنبي فهو حق يجيزه كل من القانونين الوطني والدولي[2].

[1] –حاتم غائب سعيد، مرجع سابق، ص139.

[2]–Othmane Mohamed Aissam Benaissa, la Protection De l'investissement étranger Au Magrib (Algérie , Maroc, Tunisie), Revue international et développement, Volume 5 , n2 ،2017, p17.

بدورها عمدت الدول المضيفة لتكريسه في اتفاقياتها الثنائية بإعتبار هذه الأخيرة توفر الحماية أكثر مقارنة بالتشريعات الداخلية، كما تشكل جملة معقدة من الإلتزامات التي يتعهد بها كل طرف اتجاه الآخر[1]،وفي إطار هذا نصت المادة الثانية من الإتفاقية المبرمة بين دولة الجزائر ودولة فرنسا[2]على تشجيع مستثمري كل من الدولتين المتعاقدتين على حرية ممارسة نشاطهم الإستثماري، وهو ما سلكته الإتفاقية المبرمة بين دولة الجزائر وتونس التي جاء في فحواها أن الأطراف المتعاقدة ملزمة بقبول الإستثمارات التي تنجز في إطار إقليم كل دولة ووفقا لقوانينها[3]،بمعنى آخر الأمر متروك للسلطة التقديرية للدولة التي ينجز في إقليمها الإستثمار ومؤدى ذلك أنه في حال انتهاك هذه القواعد من قبل المستثمر فإن استثماره يكون خارج نطاق الحماية المتفق عليها بين دولته والدولة المضيفة .

كما كانت بعض الاتفاقيات أكثر وضوحا بخصوص مسألة السلطة التقديرية للدولة المضيفة ونظيرها المستثمر في تطبيق الإتفاق المبرم بينها من حيث قبول الإستثمار وحمايته على إقليمها، مثلما ورد في الإتفاقية الجزائرية الإسبانية في مجال حماية الإستثمارات لعام 1995[4]التي أكدت على ضرورة بذل كل طرف

---

[1]– **J**ean LAMODIERE, L'évolution du droit des investissements étrangers au Maroc. Lamy, Marseille, 1977, p12.

[2]– نصت المادة 02 من الإتفاقية الفرنسية الجزائرية على " يقبل ويشجع في إطار تشريعاته وأحكام هذا الاتفاق كل من الطرفين المتعاقدين للإستثمارات التي تتم على إقليمه ومنطقته البحرية بين مواطني وشركات الطرف الآخر".

[3] – المرسوم الرئاسي رقم 06–404 مؤرخ في 14 نوفمبر 2006، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة جمهورية تونس، مرجع سابق .

[4] – نجد نص المادة 03 فقرة رابعة من الاتفاقية المبرمة بين الدولة الجزائرية ودولة اسبانيا في مجال حماية الإستثمارات وتشجيعها على " يبذل كل طرف متعاقد جهده لمنح في إطار تشريعه الرخص الضرورية المتعلقة بالاستثمارات المنجزة على إقليمه من قبل مستثمري الطرف المتعاقد الآخر".

متعاقد في مجال الإستثمار لنفس الضمانات المكرسة للطرف المتعاقد الآخر، وفي هذا خلق نوع من المساواة بين الأطراف المتعاقدة على حد سواء.

من خلال نصوص الإتفاقيات الدولية نجدها تختلف في تطرقها لمعالجة مسألة حرية الإستثمار، حيث نجد البعض لم تتطرق اليه على نحو مفصل ودقيق ضمن بنودها مقارنة ببعض الضمانات الأخرى الواردة في الاتفاقية.

في حقيقة الأمر إن تكريس حرية الاستثمار بمقتضى هذه الإتفاقيات لا تلغي سيادة الدول المضيفة لقبول الإستثمار من عدمه، كون اتفاقيات تشجيع وحماية الإستثمارات الأجنبية تظهر من خلالها الإرادة السياسية للدول في تشجيع الإستثمار من قبل مستثمري الطرف الآخر، دون تخلي كل من الطرفين عن سيادته[1]في وضع القواعد الداخلية الخاصة لقبول الإستثمار من عدمه وفقا لما سطرته من أهداف اقتصادية.

على الرغم من تضمين حرية الإستثمار كمبدأ عالمي كما رأينا لخلق نوع من التكافؤ والتوازن بين مصالح الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب، إلا أن العمل به في الإتفاقيات الدولية لا يخص جميع القطاعات وبصريح العبارة أمكننا القول أن الدول المضيفة لا تمنح الحرية المطلقة لهذا المستثمر في ممارسة نشاطه الإستثماري بل هو راجع لسيادة الدول في ذلك لعدة اعتبارات تماشيا مع اقتصادها وأهدافها التي تصبو اليها.

[1] – قادري عبد المجيد، مرجع سابق، ص183.

ثانيا: تكريس ضمان حرية تحويل الأموال

يعد تحويل رأس المال من بين أهم الضمانات المالية الممنوحة للمستثمر الأجنبي بحيث لا يشرع هذا الأخير في تحويل رأس ماله إلا اذا منحته الدولة المستقبلة معاملة تحفيزية[1]من تحويل رؤوس أمواله المتواجدة في إقليم الدولة المضيفة، كما يعد الحق في تحويل رأس المال للخارج عنصرا أساسيا لجذب الإستثمارات الأجنبية، وفي نفس الوقت تحفيز انتقال رؤوس الأموال وتداولها من و الى الدولة المضيفة دون أي قيود تعيقها[2].

إن المشكلة التي يقع فيها المستثمرعند اللجوء لإقامة مشروعه الإستثماري هو كيفية تحويل رأس ماله كما نجد بعض الحالات يسعى فيها هذا الأخير لتحويلها لدولة أخرى غير دولته[3]،وبما أن الحماية التي توفرها التشريعات الداخلية غير كافية بسبب قابليتها للتعديل والإلغاء،تم تصعيد هذه الضمانة في الاتفاقيات الدولية على ضوء هذا يحق للمستثمر طبقا للإتفاقيات الدولية تحويل أصول استثماره وعائداتها للخارج سواء تمت في صورة عينية أو نقدية، أما بالنسبة للحق في التحويل أقرت المادة السادسة من الإتفاقية المبرمة بين دولة الجزائر ودولة النمسا[4] ذلك بقولها " يعمل كل من الطرفين المتعاقدين على أن يتم تحويل التسديدات بحرية على إقليمه وخارجه بدون تأخير في ما يخص الإستثمار المنجز من قبل مستثمري الطرف المتعاقد " .

---

[1]–Zouaumia Rachid, La recherche de la sécurité juridique de l'investissement étranger , Revue Académique de la Recherche Juridique, N 01, 2021, p631.

[2] – جعيرن بشير وبرايك الطاهر، مرجع سابق، ص 32.

[3] –هفال صديق إسماعيل، مرجع سابق، ص43.

[4]– المرسوم الرئاسي رقم 04–327، يتضمن المصادقة على الإتفاقية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية ودولة النمسا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع في فيينا، ج.ر، عدد 65، الصادرة بتاريخ 29 ديسمبر 2004.

في حين أجازت المادة الثامنة من الإتفاقية الجزائرية الإيرانية[1] للطرف المتعاقد حرية التحويل خارج إقليمها للمبالغ الناتجة عن الاستثمار والمتفق عليها، كما نجد الإتفاقيات الثنائية لا تمانع من السماح للمستثمر الأجنبي بتحويل أرباحه كلها أو حتى نسب منها للخارج كحافز مهم لجذب الإستثمارات،مع ضرورة مراعاة المصلحة الوطنية للدولة المضيفة[2]،زيادة على ذلك يحق لها أن تعرض على المستثمر إعادة استثمار جزء من أرباحه التي يحققها في أوجه نشاط وطني بغية تنمية اقتصادها.

كما تضمن البعض الآخر منها قوائم تحدد فيها الأموال الإستثمارية التي يحق للمستثمر تحويلها للخارج على سبيل المثال ما سلكته الدولة الجزائرية في الإتفاقية المبرمة بينها وبين دول الإتحاد الإقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي في مجال حماية الإستثمارات الأجنبية، التي نصت في المادة الخامسة منها على مجموعة من العناصر المالية القابلة لتحويل التي تكون مقترنة بالأرباح المحققة ،مداخيل الاستثمار بما فيها الأرباح والفوائد وعائدات رأس لمال – الحصص الموزعة على الشركاء و الإتاوات المرتبطة بالمساعدات التقنية وحقوق الرخصة والمساعدات التقنية وحقوق المساعدات التجارية والإدارية – منتوج إعادة تغطية مستحقات الدائن – المبالغ الضرورية لتسديد القروض المحصل عليها بانتظام[3].

[1] – المرسوم الرئاسي رقم 05–75 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المبرمة حول ترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات بين دولة الجزائر ودولة ايران، ج.ر، عدد15 ، الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005.

[2] – حاتم غائب السعيد، مرجع سابق، ص80.

[3] – المرسوم الرئاسي رقم 91–345 مؤرخ في 15 أكتوبر 1991 يتضمن الإتفاقية المبرمة بين جمهورية الجزائر والإتحاد الإقتصادي البلجيكي، مرجع سابق.

نفس الإتجاه تم تكريسه في الاتفاقية الألمانية السورية لعام 1977[1]حيث أجازت لكلا الطرفين المتعاقدين لرعايا وشركات الطرف المتعاقد الآخر فيما يتصل باستثمار رؤوس أموالهم بالتحويل الحر.

من خلال استقرائنا لبعض الإتفاقيات الثنائية نجد غالبيتها نصت على حرية تحويل الأموال من غير أي تحفظات وبناءا على ذلك لا تقوم الدولة التي هي طرف في الإتفاقية بأي تقييد أو حصر لعملية التحويل بل هي مرهونة بضرورة أن تتم إجراءات التحويل في إطارها القانوني المسموح، وأن تحترم الإجراءات المعمول بها، أما من حيث ما يمثله رأس المال المخول، نجدها تجيز للمستثمرين الأجانب تحويل المال المستثمر وجميع العوائد الاستثمارية المضافة إليه والمكونة لرأس المال الجديد، ومنها ما سمحت بتحويل رأس المال المستثمرمع الزيادات الطارئة في قيمته ،بمعنى آخر لا تشترط بنود الإتفاقيات تساوي قيمة رأس المال المعاد تصديره الى الخارج مع قيمته في حين وروده للبلد المضيف .

إذا كانت المعاهدات قد أعطت حرية المستثمر الأجنبي في تحويل أمواله وعائداته، فهي بهذا تسعى لخلق نوع من التوازن بينه وبين الدولة المضيفة، كأن تسمح للمستثمر الأجنبي من تحويل بعض المبالغ المسموح له تحويلها عن طريق أقساط موزعة مثلا في الظروف الإقتصادية الإستثنائية التي تمر بها الدول المضيفة

[1] – تطرقت الاتفاقية المبرمة بين دولة ألمانيا وسوريا لعام 1977 الى نوعية المال القابل للتحويل بقولها:
– الأرباح الصافية الناتجة عن الاستثمار.
– إتاوات الترخيص الناجمة عن الحقوق المعنوية – أقساط سداد الدين.
– رأس المال المضاف الضروري للمحافظة على الاستثمار.
–قيمة التصفية الكلية أو الجزئية للإستثمار بما في ذلك التصفية الناتجة عن الحرب والنزاعات المسلحة والثورات والكوارث الطبيعية.

المتعاقدة، كما نجد من الإتفاقيات ما فرضت قيودا على هذه الحرية وجعلتها مرهونة بضرورة وفاء المستثمر بإلتزاماته الجبائية[1].

رغم النص على تكريس حرية التحويل، الا أن الدول اختلفت حول مسألة العملة القابلة للتحويل وسعر الصرف الموجب اعتماده من جراء عملية التحويل، فالبعض منها وضع نظاما عاما حيث يجرى التحويل بدون تأخير وغير مبرر بعملة قابلة للتحويل، وهو ما جاء في نص المادة السادسة في فقرتها الثالثة من الإتفاقية المبرمة بين دولة الجزائرو فرنسا التي نصت "تتم التحويلات المشار اليها في الفقرات السابقة بدون تأخير"[2].

أما بعضها الآخر نجده لم يحدد نوعا معينا من العملة التي يجب اعتمادها لعملية التحويل وإنما فسحت المجال للمستثمر الذي له مطلق الحرية التامة، وهو ما يستشف من نص المادة الخامسة من الإتفاقية الثنائية المبرمة بين الدولة الجزائرية وسوريا[3]التي جاء فيها على ضرورة السماح للأطراف المتعاقدة بإعادة تحويل رأس المال وعائداته أما بالنسبة للعملة نجدها قد تركت الخيار أن تكون بنفس العملة أو أي عملة أخرى قابلة للتحويل.

---

[1]– تفرض في هذا الصدد بعض الإتفاقيات الدولية مجموعة من القيود على حرية التحويل بشرط أن تنفد هذه القيود بحسن نية وبعيدة عن أي تمييز، وبشكل يتفق مع قوانينها النافذة ، كالإتفاقية المبرمة بين الجزائر وسوريا التي جاء فيها على أنه " يسمح بإعادة تحول رأس المال وعائداته الى الخارج بنفس العملة التي ورد بها أصلا ... وفقا للقوانين والأنظمة...وذلك بعد وفائهم بالتزاماتهم الجبائية ".

هذا ما ذهبت اليه الإتفاقية المبرمة بين دولة استراليا ولفيتنام لعام 1991، وكذا الاتفاقية المبرمة بين دولة اليابان والصين لعام 1988، نقلا عن حسين علي ملحم، مرجع سابق، ص203.

[2] – الاتفاقية المبرمة بين دولة الجزائرو فرنسا، مرجع سابق.

[3] –نصت المادة05 من الإتفاقية أعلاه على التي جاء فيها " يسمح كل من الطرفين المتعاقدين إعادة تحويل رأس المال بنفس العملة التي ورد بها أصلا أو بأي عملة أخرى قابلة للتحويل".

ما يفهم من نصوص هذه الإتفاقيات أنها لم تحدد نوعا معينا يستند اليه المستثمر في عملية التحويل يفهم من ذلك أنها قد راعت أكثر مصلحة المستثمر الأجنبي المتواجد على إقليم الدولة المضيفة، بينما نجد البعض قد نص على ضرورة أن يجرى التحويل بنفس العملة التي يقع بها الإستثمار كالمادة الخامسة من الإتفاقية الجزائرية الإيطالية لعام 1991[1]التي أقرت على يجرى التحويل يكون وفق العملة التي يتم بها الاستثمار للدول المتعاقدة ،أما في حال غياب النص على العملة التي يتم بها هذا الأخير فهنا يتم بناءا على اتفاق صريح بين الدولة المتعاقدة و المستثمر الأجنبي.

وبخصوص مسألة آجال التحويل ،نجد جل الإتفاقيات الثنائية قد اكتفت بعبارة أن يتم في الآجال المحددة له وبدون تأخير،متلما جاء في نص المادة الخامسة فقرة ثالثة من الاتفاق المبرم بن الجزائر ورومانيا[2]، ومنها ما نص على أن يتم في أجل شهرين أو ستة أشهر[3]،وعليه تحدد هذه الإتفاقيات الشروط الواجب توفرها في عملية التحويل الخاصة مع ضرورة احترام المدد[4]،ومن الإتفاقيات ما أشارت الى أن أجل التحويل يتم من

---

[1] –المرسوم الرئاسي رقم 91–346، المؤرخ في 5 أكتوبر 1991 يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية ودولة إيطاليا حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات، الموقع عليها بالجزائر في 18 ماي 1991، ج–ر، عدد 46، عام 1991.

[2] – نصت المادة 05 في فقرها الثالثة من الاتفاقية المبرمة بن الجزائر ورومانيا على " تجرى التحويلات بدون تأخير بالعملة التي انجز فيها الإستثمار أو أي عملة قابلة للتحويل ".

[3] – نجد في هذا الصدد ما نصت عليه المادة 06 فقرة رابعة من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والبرتغال التي نصت على أن تتم في أجل شهرين كاقصى أجل لاتمام الاجراءلت الخاصة بالتحويل، أما الاتفاقية الجزائرية الإيطالية فحددتها بستة أشهر حسب ما ورد في نص المادة 05 في فقرتها الثالثة.

[4]– Zouiten Abederrazak , L’investissement en droit algérien, op.cit, p267

خلال الرجوع لمبدأ الدولة الأولى بالرعاية الذي يترتب عليه أن تلتزم الدولة على أن تقوم بالتحويل في الأجل الذي تمنحه لمستثمر آخر.

ثالثا: الحماية من خطر الإزدواج الضريبي

يحدث الإزدواج الضريبي الدولي نتيجة تطبيق الدول لتشريعاتها الضريبية المختلفة التي قد تتعدى نطاق إقليمها وفقا لما تقتضيه مصالحها الوطنية بما ينطوي عليه من زيادة العبء الضريبي نتيجة عدد مرات إخضاع الدخل أو المال للضرائب، والحد من المميزات المالية التي تسعى الدول لتحقيقها من وراء تشجيع الإستثمارات الدولية وتدعيم علاقاتها الاقتصادية والتجارية[1]، كما لم تكتفي الدول بعقد معاهدات الإستثمار الثنائية التي تتضمن قواعد محددة لحماية المستثمر الأجنبي عن طريق الإزدواج الضريبي بل مضت تعقد اتفاقيات خاصة لتجنب ومعالجة المشكلات الناجمة عنه.

ومن المعلوم أن فرض هذه الضرائب على الرعايا الأجانب المقيمين على إقليمها لا تكتسي طابع الإطلاق دوما فعلى سبيل المثال لا يجوز لها أن تفرض على طائفة منهم ضرائب أكبر من الضرائب المفروضة على غيرهم من الأجانب حال تساوي مراكزهم القانونية لمجرد انتمائهم الى جنسية دولة معينة[2]، فحرية الدولة في هذا الصدد يحددها القانون الدولي هو أن تكون الضرائب عامة وموحدة على الأشخاص المتساويين في نفس المراكز القانونية ،كما يعد من أكثر المخاطر الضريبية التي يخشاها المستثمر الأجنبي إذ تظهر آثاره على حركة رؤوس الأموال والتجارة الدولية، ومن أمثلة الإزدواج الضريبي في حال ما اذا كانت الدولة التي يتبعها

[1] – سالم الشوابكة، الإزدواج الضريبي في الضرائب على الدخل وطرائق تجنبه مع دراسة تطبيقية مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 21، العدد الثاني، 2005، ص61.

[2] –علي حسين ملحم، مرجع سابق، ص185.

المستثمر بجنسيته أو يقيم فيها تأخذ معيار الجنسية أو الإقامة لتحديد الأشخاص الخاضعين لضرائبها في الوقت نفسه تأخذ الدولة المضيفة للإستثمار بمعيار موقع المال أو مصدر الدخل الخاضع لضرائبها ففي هذه الحالة ينشأ الإزدواج الضريبي الدولي.

كما يعرف بأنه فرض نفس الضريبة مرتين على نفس المستثمر بالنسبة لنفس الأموال الخاضعة للضريبة[1]

كما عمدت الإتفاقيات الدولية للحد من ذلك عن طريق تجنب الإزدواج الضريبي، كالإتفاقيات المبرمة في المجال الضريبي وهو ما نجده في الإتفاقية المبرمة بين الدولة الجزائرية والمملكة العربية السعودية المبرم قصد تفادي الإزدواج الضريبي وإزالته، يظهر ذلك تحديدا في نص المادة الرابعة والعشرين التي أقرت عدم خضوع المستثمر داخل الدولة المضيفة الا لضريبة واحدة بقولها [2] " اذا اكتسب مقيم في دول متعاقدة دخلا أو تملك رأس مال أن يخضع للضريبة في الدولة المتعاقدة الأخرى، فإن الدولة المتعاقدة المذكورة أولا تعفي مثل هذا الدخل أو رأس المال من الضريبة ".

نفس الحل جاء في نص المادة العاشرة من الإتفاقية المبرمة بين الجزائر وفرنسا حيث نصت على " أرباح الأسهم التي تدفعها شركة مقيمة في دولة متعاقدة إلى مقيم في الدولة المتعاقدة الأخرى تخضع فقط للضريبة

[1] –حسين علي ملحم، مرجع سابق، ص187.

[2] – راجع المرسوم الرئاسي رقم 15–337 المؤرخ في 27 ديسمبر 2015 يتضمن المصادقة على الاتفاقية قصد تجنب الازدواج الضريبي وتفادي الغش الجبائي في الميدان الضريبي بين دولة السعودية ودولة الجزائر الموقعة في الرياض، في 12 ديسمبر 2013 ، ج.ر، عدد01 ، الصادرة في 6 يناير 2016.

في تلك الدولة المتعاقدة الأخرى"[1]وكذا الإتفاقية المبرمة بين حكومة دولة البحرين وحكومة الجمهورية الفرنسية[2] بشأن تجنب الإزدواج الضريبي.

مما لا شك فيه أن مزايا الإتفاقيات الضريبية تظهر من منطلق أن مجرد وجود هذه الإتفاقيات يخلق جوا تعاونيا يساهم في تقدم العلاقات بين الدول، كما تلعب المعاملة الضريبية دورا مزدوجا في الإتفاقية الدولية وهو ما تجلى في الإتفاقية المبرمة بين دولة مصر وفرنسا لعام 1974 التي أكدت على ضرورة عدم خضوع مستثمري أي من الطرفين لضرائب ورسوم مزدوجة[3].

إن مسألة الإزدواج الضريبي ليست الا مظهرا من مظاهر التعارض في المصالح الإقتصادية والمالية لمختلف الدول، في هذا الصدد يرى الأستاذ حسين ملحم أنه ستبقى هذه المسألة قائمة مادام التعارض موجودا، لكن يمكن للمعاهدات الدولية أن تصل الى هذا الحل إذا ما حافظت كل دولة متعاقدة على التوازن بين تضحيتها بشطر من مواردها الضريبية وبين تهيئة الجو المناسب لتنمية التجارة والاستثمارات الدولية فيها[4].

---

[1] – المرسوم الرئاسي رقم 02-121 المؤرخ 7 أفريل 2002، يتضمن المصادقة على الإتفاقية قصد تجنب الازدواج الضريبي وتفادي الغش الجبائي ووضع القواعد المساعدة المتبادلة في الميدان الضريبي الموقعة بين فرنسا والجزائر بتاريخ 17 أكتوبر 1999،ج.ر، عدد 24، الصادرة في أفريل ،2002.

[2] – الإتفاقية المبرمة بين حكومة دولة البحرين وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن تجنب الإزدواج الضريبي المبرمة في البحرين بتاريخ 10 مايو 1993، ج.ر، عدد 2115، الصادرة بتاريخ 8 يونيو1994.

[3]– نصت الإتفاقية المبرمة بين دولة مصر وفرنسا لعام 1974 على "يخضع مواطنو وشركات أي من الطرفين المتعاقدين في إقليم الطرف المتعاقد الآخر لضرائب أو رسوم أو أي أعباء مالية أخرى تحت أي تسمية كانت غير تلك التي يخضع لها مواطنو وشركات الطرف المتعاقد الآخر أو أكثر ممن هم في نفس مراكزهم القانونية".

[4] – علي حسين ملحم، مرجع سابق، ص193.

ثم إن تضمين مثل هذا الشرط في الإتفاقيات يمكن الدول المتعاقدة من اضفاء القواعد المحددة لإختصاص كل دولة عن طريق فرض الضريبة وقواعد استحقاقها على نحو موحد ودقيق، كما يفتح المجال أمامها للتيسيرات الضريبية المختلفة.

نخلص أن الإتفاقيات الثنائية في مجال حماية الإستثمارات قدمت حماية كافية للمستثمر الأجنبي من خلال تكريسها لجملة من المبادء والضمانات على اختلافها، فعلى الصعيد المالي نجدها سمحت للمستثمر بحرية استثمار أمواله وتحويلها للخارج مع مراعاة جملة من التنظيمات المعمول بها، كما نجد بعض الإتفاقيات قد أوردت جملة من الضوابط كإستثناء بعض النشاطات الإقتصادية من ممارسة الإستثمار فيها حيث تبقى حكرا على الدولة المضيفة دون سواها.

وبخصوص مسألة ملكية المستثمر عملت الإتفاقيات على توفير الحماية ضد إجراءات التأميم ونزع الملكية كما ننوه أن هذه الأخيرة لم تميز بينهما من حيث القواعد القانونية طالما أنهما يهدفان لحرمان المستثمر من ملكيته، كما لم تسمح بإتخاذ هذه الإجراءات إلا بتوافر شروط معينة كما رأينا، في حين سعت إلى تلاقي قصور التشريعات الداخلية خاصة في مجال التعويض.

في الجانب المقابل أبرمت العديد من الإتفاقيات الثنائية المتعلقة بالمجال الضريبي عن طريق حظر الازدواج الضريبي هذا من شأنه تسهيل التيسيرات الضريبية وبالتالي تدفق أكثر لرؤوس الأموال الأجنبية.

ومما لا شك فيه تكريس مثل هذه الضمانات في أن الإتفاقيات الثنائية للإستثمار من شأنه بعث الإطمئنان للمستثمر الأجنبي فهي بذلك تجسد الحماية القانونية المطلوبة لإستثماراته، كما تعمل على جذبها وتهيئة المناخ المناسب لها.

المبحث الثاني: الحماية بمقتضى الإتفاقيات المتعددة الأطراف

إلى جانب الحماية الممنوحة للمستثمر الأجنبي على ضوء الإتفاقيات الثنائية، نجد الإتفاقيات المتعددة الأطراف قد لعبت هي الأخرى دورا بارزا في البحث عن آليات جديدة لتشجيع وحماية المستثمرين الأجانب عن طريق خلق مجوعة من التكتلات المكرسة على الصعيدين الإقليمي أو العالمي، كما توفر هذه الإتفاقيات ميزة معينة من المعاملة، فهي تضمن حق المستثمر في ممارسة وتنفيذ نشاطه الإستثماري في أحسن الظروف.

من هنا تقتضي دراستنا لهذا المبحث حماية المستثمر الأجنبي على ضوء الإتفاقيات المتعددة الأطراف نخص بالذكر نماذج عن بعض الإتفاقيات الإقليمية " مطلب أول" ولشمولية الحماية كان لزاما على الدول إيجاد أجهزة دولية كفيلة ومعترف بها لضمان استثمارات المستثمرين من المخاطر غير التجارية التي يتعرضون لها داخل إقليم الدول المضيفة والمعروفة بأجهزة الضمان الدولية "مطلب ثان ".

المطلب الأول: الحماية الإقليمية للمستثمر الأجنبي

تتعدد وتتنوع الإتفاقيات الدولية تباعا حسب أشكالها وأهدافها عن طريق الحماية التي توفرها، وعلى إعتبار الإتفاقيات الإقليمية نابعة من الإتفاقيات المتعددة الأطراف، فهي تعمل على خلق نوع من التكتلات الإقليمية لحماية المستثمرين، كما تقوم هذه الاتفاقيات على افتراض مجموعة من الدول المشتركة تسعى لتوفير قدر لازم من الحماية لمستثمريها، أضف الى تمتعها بقدر كبير من التجانس من حيث الظروف على الصعيد الإقتصادي والثقافي والسياسي[1]،الأمر الذي من شأنه إتاحة الفرص أمامها لتوفير الحماية الكافية للمستثمرين.

[1] – علي حسين ملحم، مرجع سابق، ص271.

من خلال هذا تتمحور دراستنا لهذا المطلب بإعطاء نماذج من هذه الإتفاقيات ونخص بالذكر الاتفاقية المغاربية لتشجيع وضمان الإستثمار" كفرع أول" واتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية " فرع ثان

الفرع الأول: الإتفاقية المغاربية لتشجيع وضمان الإستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي

نصت اتفاقية تشجيع ضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي[1]في المادة الثالثة منها على" أن هذه السياسة المشتركة للإتحاد في الميدان الاقتصادي لتحقيق التنمية الصناعية والزراعية والتجارية والإجتماعية للدول الأعضاء واتخاذ ما يلزم اتخاذه من وسائل بلوغ هذه الغاية خصوصا بإنشاء مشروعات مشتركة وإعداد برامج عامة ونوعية في هذا الصدد".

كما أكدت الإتفاقية محل الدراسة أن دول الإتحاد مقتنعة بالتشجيع وضمان الإستثمارات لدعم التنمية وتعزيز التبادل التجاري بين بلدان اتحاد المغرب العربي لمختلف المجالات، كما أقرت جملة من المبادئ والضمانات الممنوحة للمستثمرين الحاملين لجنسية إحدى الدول الأعضاء في الإتفاقية.

أولا: المبادئ التي جاءت بها الإتفاقية المغاربية

تضمنت الإتفاقية المغاربية لتشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي جملة من المبادئ المتعلقة بمعاملة المستثمرين والاستثمارات المتبادلة أو المتنقلة بين دول الإتحاد أهمها مبدأ حرية الإستثمار

[1]– المرسوم الرئاسي رقم 90–420، المؤرخ في 22 ديسمبر 1990 يتضمن المصادقة على الإتفاقية المغاربية لتشجيع وضمان الإستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة في الجزائر، بتاريخ 23يوليو1990 ج.ر، عدد05، الموقع عليها عام 1990.

كأساس لمعاملة الإستثمارات الأجنبية، كما نجدها كرست الحريات المتعلقة بالإستثمارات الخاصة جاء ذلك في نص المادة الأولى من الفصل الثاني بقولها " ويشجع استثمارها فيه بحرية ".

من بين المبادئ التي نصت عليها الإتفاقية المغاربية هي حرية تصرف المستثمر في أملاكه، مثلما ورد في المادة الخامسة منها[1]، وعليه إن بند هذه الإتفاقية قد وسعت من مجال حرية التصرف بعدم تدخل الدولة المضيفة في إدارة المشروع بشكل من أشكال التدخل، كما منحت للمستثمر حرية إدارة مشروعه[2].

كما لم تتوقف المادة عند هذا الحد، بل أضافت مصطلح " غيرها " مما يفهم أن نطاق الحرية غير محدد بل يمتد ليشمل كل تصرف آخر يمكن أن يلحق بالمشروع في أي مرحلة كان عليها.

على صعيد آخر نجد المادة الثانية قد تناولت جملة من التسهيلات الإدارية بوجه خاص عن طريق اصدار مجموعة من التراخيص والموافقات اللازمة لقيام الإستثمار واستيراد المعدات أو المواد اللازمة للمشروع.

وهنا يحق للمستثمر المغاربي على ضوء الإتفاقية تسويق منتجاته بكل حرية، سواء تم ذلك بصفة داخلية أوعلى النطاق الخارجي وكذا مبدأ حرية الإستيراد، ماعدا ما تعلق منها بإحترام القيود الجمركية المفروضة[3].

---

[1] – نصت المادة 05 من نفس الإتفاقية على "يحق للمستثمر أن يتصرف بحرية في الإستثمار بجميع أوجه التصرف القانونية التي تسمح بها طبيعته من ذلك نقل لملكيته كليا أو جزئيا لمواطني دول اتحاد المغرب العربي وفي زيادته أو نقصانه أو تصفيته أو ترتيب حقوق الغير عليه".

[2]– نجيب بادي بوقميجة، الضمانات الإتفاقية للإستثمار الأجنبي في الجزائر، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، العدد12 جوان، 2019، ص51.

[3]– انظر نص المادة 07 من نفس الاتفاقية المغاربية، مرجع سابق.

ثانيا: أنواع المعاملة التي يتلقاها المستثمر الأجنبي على ضوء الإتفاقية المغاربية

تضمنت الإتفاقية المغاربية لضمان الإستثمار جملة من المعاملات التي يتلقاها المستثمرون الأعضاء بإعتبار الدول المنظمة اليها هي دول نامية، ووعيا منها باستقطاب الإستثمارات الأجنبية سعت الى تدعيم مبادئها من خلال إقرار مجموعة من المبادئ أو المعايير للمعاملة تجلت فيما يلي:

شرط الدولة الأولى بالرعاية: نجد ما نصت عليه المادة السادسة من الإتفاقية بقولها " يتمتع الإستثمار المنجزمن قبل مستثمري بلدان اتحاد المغرب العربي بأية مزايا يقدمها الطرف المتعاقد الآخر لمواطني أي دولة أخرى"[1]، وعليه يفهم أن جل الإمتيازات التي تنص عليها المعاهدة سوف تخضع لهذا الشرط فشرط الدولة الأولى بالرعاية يقصد به هو التعامل بين دول الإتحاد بالموازاة مع مستثمري الدول الخارجة عنه كما يسري هذا الشرط على الدول المتشابهة في مصالحها وأوضاعها الاقتصادية ،مما يصعب تعميمه فعلا على مختلف العلاقات الإقتصادية[2]خاصة المعاهدات متعددة الأطراف،كما أن إدراج هذا الشرط في الإتفاقية المغاربية يستجيب لهذا المنطق لذا وجب تضمينه في بنود الإتفاقية.

أما معيار المعاملة المنصفة والعادلة فتم تكريسه ضوء المادة الأولى من الفصل الثاني من الإتفاقية التي نصت على " وتقدم للاستثمار معاملة عادلة ومنصفة تتعلق بما يلي:

- تعامل الإستثمارات معاملة عادلة ومنصفة مهما كان نوع صاحبها.
- عدم تحمل الإستثمار الرسوم التأسيسية ورسوم أجور الخدمات أكثر مما يتحمله الإستثمار الوطني
- كل الإستثمارات في دول الإتحاد تتمتع بنفس الإمتيازات.

---

[1] – نص المادة 06 من الإتفاقية المغاربية، مرجع سابق.

[2] – محمود ولد عبد الله المختار، مرجع سابق، ص221.

- تنسجم القوانين الداخلية مع هذه الإتفاقية.

في حين نصت المادة الثانية من الفصل الثاني على مبدأ عدم التمييز وكذا معاملة الوطني[1]، ويعني بذلك أن يعامل المستثمر على ضوء الإتفاقية المغاربية شأنه شأن المستثمر الوطني، وهنا يمنع أن يكون هناك أي تمييز أو تفضيل بين المستثمر الوطني في أي بلد مغاربي.

الى جانب مجموعة المبادئ عملت الإتفاقية المغاربية على تدعيمها بمجموعة من الضمانات لصالح هؤلاء المستثمرين في دول الإتحاد.

ثالثا: الضمانات التي جاءت بها الإتفاقية المغاربية

نصت الإتفاقية المغاربية كغيرها من الإتفاقيات على جملة من الضمانات التي تكفل حماية المستثمر العضو في الاتفاقية ورجوعا لهذه الضمانات يمكن تقسيمها لثلاث أنواع:

1- الضمانات المالية:

تتمثل هذه الضمانات في ضمان المستثمر لحرية تحويل أمواله، وكذا مسألة التعويض عن الأضرار التي تلحق بالمستثمر على ضوء هذه الإتفاقية، أما بالنسبة لتحويل أموال العائدات خولت الإتفاقية المغاربية للمستثمر العضو في الإتفاقية تحويل أمواله من دون أي آجال مفروضة بالنسبة لرأس المال أو عوائده هذا ما

[1]- نصت المادة 02 من الفصل الثاني من الإتفاقية المغاربية لضمان وتشجيع الإستثمار على " عدم تحمل الإستثمار الرسوم التأسيسية المختلفة والرسوم التأسيسية المختلفة ورسوم وأجور الخدمات أكثر مما يتحمله الاستثمار الوطني".

جاء في مادتها الحادية عشر[1]، أما موضوع العملة فاشترطت فيها أن تكون قابلة للتحويل حسب سعر الصرف الرسمي السائد في الدولة المضيفة من تاريخ التحويل.

الجدير بالذكر أن نص المادة الحادية عشر من الإتفاقية جاء مطابقا لجميع تشريعات الدول الداخلية لدول الإتحاد سواء ما تعلق منها بحرية الإستثمار أو فيما يخص تحديد آجال التحويل، وعليه يفهم وجوب احترام القواعد المقررة في القوانين الداخلية لكل دولة في مجال الإستثمار، كما وسعت الإتفاقية صراحة من مجال حرية التصرف حيث خولت للمستثمر حرية إدارة وتحديد السياسة الإنتاجية والمالية والتوظيفية لمشروعه[2].

أما بالنسبة لمسألة التعويض، نجد هذه الأخيرة قد تناولت أحكاما خاصة به حال إحداث أضرار تصيب الإستثمار هذا ما ورد في المادة الثانية عشر منها التي جاء في فحواها أنه في حال حدوث أضرار تصيب الاستثمار فإن الدولة المضيفة للإستثمار ملزمة بتعويض المستثمر، سواء كان المتسبب في الضرر الطرف المتعاقد أو إحدى سلطاته العامة أو المحلية أو إحدى مؤسساته، ومن بين الأضرار التي تستوجب التعويض هي مخالفة الأحكام القانونية النافذة في الدولة التي يقع فيها ويكون التسبب في إحداث الضرر بالفعل أو الإمتناع[3]، وهنا تدخل مسؤولية الدولة عن مخالفة الأحكام القانونية.

---

[1] – نصت المادة 11 من الفصل الثالث تحت عنوان الضمانات المالية على " يسمح كل طرف متعاقد بحرية تحويل وبدون آجال لرأس المال وعوائده أو أي مدفوعات أخرى متعلقة بالإستثمار وينجز التحويل بعملة قابلة للتحويل حسب سعر الصرف الرسمي الجاري العمل به من تاريخ التحويل."

[2] – نجيبة بادي بوقميجة، مرجع سابق، ص51.

[3] – محمد محمود ولد عبد الله المختار، مرجع سابق، ص99.

أما بالنسبة لطرق التعويض نجدها تشترط أن يتم نقدا، ما عدا ما تعلق منها في حال تعذر إزالة الضرر يمكن أن يكون عينيا هذا ما تناولته المادة الثالثة عشر في فقرتها الأولى[1]التي نصت على " يكون التعويض نقديا إذا تعذر إزالة الضرر".

وأخيرا اشترطت المادة الثانية عشر أن تكون قيمة التعويض مساوية لما لحق المستثمر من ضرر تبعا لتنوعه ومقداره.

2- الضمانات القانونية:

بالنسبة للضمانات القانونية فهي تتمثل في التعويض عن خطر التأميم وكذا الإجراءات المماثلة، وفي هذا الصدد نصت المادة الخامسة عشر من الإتفاقية المغاربية لتشجيع الاستثمار على أنه [2]" لا يمكن تأميم أو نزع استثمارات رعايا أي أحد من الأطراف المتعاقدة ولا يمكن إخضاع هذه الإجراءات له نتيجة مشابهة على تراب الأطراف المتعاقدة الأخرى إلا إذا توافرت الشروط التالية:

- تتخذ تلك الإجراءات لفائدة المصلحة العامة وطبقا للصيغ التي ينص عليها القانون في البلد المضيف للإستثمار.
- تتخذ الإجراءات المذكورة دون تمييز.

تتم موافقة تلك الإجراءات بدفع تعويض عاجل وعادل وفعلي خلال مدة لا تزيد عن سنة من تاريخ اكتساب قرار نزع الملكية صفته القطعية وقابل لأن يحول بكل حرية".

[1] – نص المادة 13 من الإتفاقية المغاربية، مرجع سابق.

[2] – نص المادة 15 من الإتفاقية المغاربية، مرجع سابق.

هنا أوردت الإتفاقية القيد المتعلق بالمصلحة العامة ومدى مطابقة إجراءات نزع الملكية للصيغ القانونية للبلد المضيف للإستثمار، كما أن طابع التعويض التي حددته دول الإتحاد صراحة يستلزم أن يكون عادلا وفعليا[1]، نجد مسألة التعويض الوارد في الإتفاقية لا يتطابق صراحة مع أي من دساتير الدول المغاربية[2]مع ذلك وجب الإلتزام ببنود الإتفاقية باعتبارها ملزمة بالنسبة لدول الاتحاد المغاربي، كما يتم التعويض كذلك في حال إخلال الدولة بالإلتزام الوارد في الإتفاقية أو الانتقاص من حقوق المستثمر المغاربي أو أي مساس آخر.

3-الضمانات القضائية:

نصت الإتفاقية المغاربية على جملة من الضمانات القضائية ويقصد بها تلك الضمانات المتعلقة بكيفية حل النزاعات التي تنشأ بين دولة من دول الإتحاد والمستثمر، وتحديدا في نص المادة التاسعة عشر[3]، ومنه كل نزاع ذا صبغة قانونية يعرض على هيئة قضائية لدول اتحاد المغرب العربي، وهنا يقصد بالهيئة إحدى هياكل الإتحاد التي أنشأت بمقتضى نص المادة الثالثة عشر من معاهدة مراكش في فقرتها الثانية.

---

[1] – إن المقصود بالتعويض المناسب والعادل لدى الفقه هو التعويض الشامل، ويقصد به التعويض الذي يجب أن يغطي الخسارة الفعلية التي تتحدد غالبا بقيمة كافة الأموال التي انتزعت ملكيتها وفقا للسعر السائد في السوق، راجع أكثر، هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص66.

[2] – بالنسبة للتشريعات العربية نجد نص المادة 14 من الدستور التونسي نصت على " حق الملكية مضمون ويمارس في حدود القانون ".

أما المادة 20 من الدستور الجزائري فنصت على " لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون ويترتب عليه تعويض قبلي عادل ومنصف " والمادة 15 من دستور المغربي التي نصت على " لا يمكن نزع الملكية إلا في الحالات والأشكال التي نص عليها القانون".

[3]– نصت المادة التاسعة عشر من الإتفاقية المغاربية لدول اتحاد المغرب العربي على " تقبل الأطراف المتعاقدة عرض كل نزاع له صبغة قانونية ينشأ بين أحدهم ومستثمر أحد الأطراف الأخرى بخصوص استثمار مقام في بلاده على الهيئة القضائية لدول اتحاد المغرب العربي ، أو محكمة الإستثمار العربية طبقا للإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية أو هيئات التوفيق والتحكيم الدولية المتخصصة بتسوية النزاعات المتعلقة بالإستثمار طبقا للإتفاقيات الدولية المتعلقة بها والمصادق عليها من قبل الأطراف المتعاقدة في النزاع " .

كما يجوز عرض النزاع على محكمة الإستثمار العربية التي أنشأت طبقا للإتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية، أو الهيئات الأخرى كالتوفيق والتحكيم الدولي، مع مراعاة لجملة من الشروط المحددة[1]، في حين كرست المادة التاسعة عشر من الإتفاقية المغاربية حق اللجوء لضمانة التحكيم، إضافة الى تحديد الجهات المختصة للفصل في الخلافات الإستثمارية.

كما نجد الإتفاقية كغيرها من الإتفاقيات الأخرى قد سلكت طريق التسوية الودية أولا، هذا ما جاء في نص المادة عشرين فقرة الأولى منها " يقع بقدر الإمكان تسوية النزاعات التي تنشأ بين الأطراف المتعاقدة والخاصة بتفسير أو تطبيق الاتفاقية بالطرق الودية"[2]، ورجوعا للواقع العملي نجد الإشكال المطروح هو أن دول الإتحاد وضعت نفسها على قدم بالمساواة مع المستثمرين، هنا يفهم ضمنيا أنها قبلت المثول أمام هيئة قضائية دولية للفصل في المنازعات بين الدول، وليست تلك التي تنشب بين دولة من دول اتحاد المغرب العربي والمستثمر الذي أضحى يتمتع بالشخصية القانونية الدولية، بالمقابل تنازلت الدولة عن كونها تمثل السلطة العامة.

بينما يرى الدكتور عليوش قربوع كمال بأنه لا يمكن تبرير الإفتراضين فالوضعية التي أنشأتها الإتفاقية فريدة من نوعها، بما أن الهيئة القضائية تعتبر هيئة دولية مثل محكمة العدل الدولية فهي بهذا لا تفصل في

---

[1]- في ما يخص الشروط التي وضعتها اتفاقية تشجيع وضمان الإستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي يمكن تقسيمها وفقا لشروط متعلقة بموضوع نزاع وأخرى تتعلق بأطرافه ، و حتى يتمكن عرض النزاع على محكمة تحكيمية يشترط فيه أن يكون متعلقا بالإستثمار في أحد جوانبه ،أما من حيث الأطراف نجدها اشترطت أن يكون المستثمر شخص طبيعي أو معنوي ، كما عرفت المستثمر بالمواطن الذي يملك رأس المال ويقوم باستثماره في أحد بلدان المغرب العربي ،أما معيار الجنسية حسب الإتفاقية فهو معيار المقر الإجتماعي لدى دولة من دول الإتحاد المغاربي ،أما في ما يخص الدولة المضيفة هي إحدى دول الإتحاد وتكون إما الجزائر موريتانيا ، ليبيا ، المملكة المغربية وتونس ، راجع ، والي نادية ، التحكيم كضمان للإستثمار في إطار الاتفاقيات العربية الثنائية والمتعددة الأطراف ، مذكرة ماجيستر ، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة بومرداس، 2006، ص83.

[2] – نص المادة 20فقرة أولى من الإتفاقية المغاربية، مرجع سابق.

النزاعات التي تثور بين الدول، كما أن خضوع دول الإتحاد للهيئة القضائية في مجال الإستثمار يفهم منه تنازل هذه الدول عن حصانتها القضائية والتنفيذية ما دامت أحكام الهيئة ملزمة ونهائية[1].

الفرع الثاني: الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية

تهدف الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية[2]لتحقيق تعاون عربي مشترك للوصول الى تكامل اقتصادي، حيث ورد في ديباجة الاتفاقية ما يلي "انطلاقا من هدف تعزيز التنمية العربية الشاملة والتكامل الإقتصادي العربي وإيمانا بأن علاقات الإستثمار بين الدول العربية تشغل في العمل الإقتصادي العربي المشترك مجالا أساسيا، يمكن من خلاله تنظيم تعبئة عوامل الإنتاج لدعم التنمية المشتركة فيها على أساس المنافع المتبادلة والمصالح العربية".

من خلال استقرائنا لديباجة الإتفاقية، نجد أن هدفها الأساسي منصب حول تشجيع الإستثمارات بين الدول العربية ومستثمريها وكذا استغلال الأموال العربية داخل المنطقة العربية، حيث كان لزاما على الدول العربية استغلال أموالها العربية على مستوى أقاليمها، كما عملت الإتفاقية على تحقيق المزيد من التحرر وإزالة كافة العوائق التي تحول دون انسياب رأس المال الأجنبي بما تسمح به الأهداف الإنمائية للدول[3] الأطراف في حين تضمنت قواعد الحماية الموضوعية التي تكفل تشجيع الإستثمارات العربية وتسهيل انتقال رؤوس الأموال بين

---

[1] – عليوش قربوع كمال، قانون الإستثمارات في الجزائر، مرجع سابق، ص88.

[2]– تمت المصادقة على الإتفاقية في مؤتمر القمة العربية الحادي عشر في عمان 25-27-11-1980 حيث تم التوقيع عليها من جميع البلدان العربية، نشير الى أن دولة الجزائر صادقت على هته الإتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-306 المؤرخ في 07 أكتوبر، ج.ر، عدد 59، عام 1995.

[3] UNCTED, mande d'investissent transnational corporation et compétitivité,Nations Unies, 1995, p10.

المستثمرين العرب،من جهة أخرى كفلت الإتفاقية الحماية الإجرائية حال وقوع النزاع بين دول الأقطار المتعاقدة.

أولا : الحماية التي توفرها الإتفاقية

وضعت الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية مجموعة من القواعد كما نصت على تحديدها ببعض المفاهيم والمصطلحات التي تستخدم في العلاقات الإستثمارية العربية،هذا ما نجده في نص المادة الأولى التي تناولت جملة من التعريفات المعينة، حيث نصت على أن الدولة يقصد بها هنا الدولة العربية التي تكون الإتفاقية نافذة بالنسبة اليها[1]،أما بالنسبة للدول المضيفة يقصد بها الدولة الطرف التي تكون الإستثمارات العربية داخل حدودها الجغرافية، كما تضمنت المادة الأولى[2]تعريفا لرأس المال العربي وكذا بالنسبة لإستثماراته.

أما من حيث الأشخاص يقصد بالمستثمر العربي كل شخص طبيعي أو معنوي يملك رأس مال عربي ويقوم باستثماره على إقليم دولة طرف، أي الدولة العربية العضو في الإتفاقية شريطة أن لا يكون هناك رأس مال الشخص المعنوي جزء يعود الى غير المواطنين العرب سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

---

[1] – انظر نص المادة 01 من الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، مرجع سابق.

[2] – نجد الإتفاقية قد عرفت رأس المال العربي تعريفا واسعا على أنه " المال الذي يملكه المواطن العربي ويشمل كل ما يمكن تقويمه بالنقد من حقوق مادية ومعنوية بما في ذلك الودائع المصرفية والإستثمارات المالية والعوائد الناجمة عن المال العربي.
أما استثمار رأس المال العربي فيقصد به استخدام رأس المال العربي في أحد المجالات الإقتصادية أو الإجتماعية في إقليم دولة طرف غير دولة جنسية المستثمر العربي أو تحويله اليها بهدف تحقيق عوائد وفقا لأحكام هذه الاتفاقية، راجع في هذا الصدد الفقرة السادسة والسابعة من نص المادة 01 من الإتفاقية السالفة الذكر.

كما يعد مواطنا عربيا المشروع العربي المشترك المملوك ملكية كاملة لمواطنين عرب حال عدم تمتعه بجنسية دولة أخرى، وبالرجوع لقواعد المعاملة نجد الإتفاقية قد فصلت بشكل دقيق لقواعد المعاملة التي يجب توافرها كل من دولة طرف المستثمر العربي، كما فرقت هذه الأخيرة بين نوعين من المعاملة فالمعاملة العادية تفرضها الإتفاقية على كل دولة طرف أن تعامل الإستثمارات العربية القائمة على إقليمها معاملة عادية فيما يتصل بحقوق المستثمر العربي وضمانه وواجباته على نحو ثابت[1].

كما يخول للمستثمر حرية ممارسة استثماره في إقليم أي دولة طرف في المجالات غير الممنوعة على مواطني تلك الدولة، وفي ما يخص رأس المال يعامل رأس المال العربي للمستثمر داخل الدولة المضيفة معاملة لا تقل تفضيلا عن رأس المال المملوك لمواطني تلك الدولة أو دولة ثالثة أيهما كان أفضل دون أي تمييز،كما يحق له على ضوء هذه الإتفاقية اختيار أي معاملة أخرى يحصل عليها المستثمر غير العربي في أي مجال مماثل تكون قد اقرتها الدولة التي يقع فيها الإستثماربموجب قانون أو اتفاقية دولية أو اتفاقات استثمارية أخرى،ولا يشمل ذلك ما قد تمنحه الدولة الطرف من معاملة تمييزية لإستثمار محدد نظرا لأهميته الخاصة لتلك الدولة[2]،لكن وفق استثناءات حصرتها الفقرة الرابعة من المادة الخامسة[3].

---

[1]– علي حسين ملحم، مرجع سابق، ص283.

[2] – انظر نص المادة05 من الفصل الثاني من الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية، مرجع سابق.

[3] – نجد الفقرة الرابعة من المادة 05 قد نصت على مجموعة من الإستثناءات بقولها " لا تسري أحكام هذه المادة على ما يلي:

– المزايا التي يمنحها أي من الأطراف المتعاقدة لمستثمري دولة ثالثة بمقتضى عضويتها في منطقة تجارة حرة أو إتحاد جمركي أو سوق مشتركة

–المعاملة الضريبية أو الزكوية.

–تملك الأراضي والعقارات ".

1- **المعاملة التفضيلية:** تناولت المادة الرابعة عشر من الإتفاقية أنه من حق الدولة المضيفة تقرير أي مزايا إضافية للإستثمار العربي تجاوز الحد الأدنى المنصوص عليها على ضوء الاتفاقية[1]، وإذا كانت الحقوق والضمانات تمثل الحد الأدنى من المعاملة التي يجب توفيرها للمستثمر العربي، فإنه يسمح للدولة الطرف تطبيق معاملة تفضيلية عن طريق منحه مزايا إضافية تجاوز الحد الأدنى من الحقوق المشار اليها طبقا لإعتبارات معينة.

وأخيرا من بين الضمانات الهامة التي أقرتها الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية هي حق المستثمر العربي في التأمين على استثماره، عن طريق مؤسسات ضمان الإستثمار العربية وهي المؤسسة العربية لضمان الإستثمار، وائتمان الصادرات أو أي جهة تأمين يراها ملائمة على ضوء المادة الثامنة عشر، كما يجرى التأمين على استثماراتهم وفق لنظام هذه المؤسسة.

2-الحق في تحويل رأس المال: كرست الإتفاقية الحق في التحويل بالنسبة للمستثمرين الأجانب العرب من خلال نص المادة السادسة التي جاء فيها [2]"يتمتع المستثمر العربي بحرية تحويل رأس المال المستثمر وعوائده في إقليم أي دولة طرف بدون تأخير بعد الوفاء بالإلتزامات القانونية التي ترتبت على المشروع الاستثماري".

كما لم تحدد المادة صراحة أي نوع الأموال محل الحق القابلة للتحويل، حيث تضمنت رأس المال أو عوائده بخلاف الإتفاقيات الثنائية التي وضحت أكثر هذه المسألة، كما اقتصر النص على السماح للمستثمر العربي الحق في إعادة تحويل أمواله في دولة عربية أو خارجها.

---

[1] – انظر نص المادة الرابعة عشر من اتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية، مرجع سابق.

[2] – نص المادة06 من الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية، مرجع سابق.

بينما يجوز أن يجرى التحويل بصفة دورية حسب العائدات الناتجة من عملية الإستثمار وليس حصره فقط على العائدات في نهاية المشروع[1]، وهنا تتم التحويلات بحرية دون تأخير، كما نجد الإتفاقية لم تشترط نوعا معين بالنسبة للعملة التي يجرى بها التحويل سواء بالعملة الأصلية للإستثمارات أو بعملات أخرى قابلة للتحويل .

بالرجوع لعملية التحويل نجدها تتم حسب سعر الصرف السائد للدول المضيفة، وبالتعريج على نص المادة السادسة نجدها استلزمت عدم معاملة المستثمر العربي لمعاملة تمييزية أثناء تقديمه لطلب تحويل أمواله بحيث يتم عرقلته بمجموعة من القيود ذات الطبيعة المصرفية أو القانونية والإدارية كونه أجنبي وعدم التقيد بفرض التزامات مالية مقابل عملية التحويل، سواء في شكل ضرائب أو رسوم، ماعدا ما يخص أداء خدمة التحويل كأي عملية بنكية تقدم مقابل الخدمة.

ثانيا: حماية ملكية المستثمر العربي من المخاطر غير التجارية

جاء في أحكام الإتفاقية وتحديدا فيما تعلق منها بتحصين رأس المال العربي ضد المخاطر غير التجارية التي تمس ملكية المستثمر لاستثماراته، حيث نصت على موضوع رأس المال العربي للمستثمر بموجب أحكام هذه الإتفاقية لأي تدابير خاصة أو عامة كانت دائمة ومؤقتة، بغض النظر عن طبيعتها القانونية التي تلحق أيا من أصولها واحتياطاته أو عوائده كليا أو جزئيا[2].

[1] – بن عميور أمينة، الحماية القانونية للإستثمار الأجنبي المباشر من المخاطر غير التجارية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2017–2018، ص189.

[2]– علي حسين ملحم، مرجع سابق، ص285.

الجدير بالملاحظة أن الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية قد كرست حق المستثمر العربي ضد جميع الإجراءات التي تقوم بها الدولة المضيفة على إقليمها من شأن ذلك أن تؤدي لحرمانه حق ملكيته الخاصة هذا ما أكدته المادة الثامنة فقرة أولى من الإتفاقية[1].

كما أكد النص على حق المستثمر الأجنبي العربي في توفير الضمان القانوني من كل إجراءات نزع الملكية بجميع أشكالها وصورها، مثلما ورد في المادة الثامنة فقرة الأولى منها التي فصلت في كل الإجراءات المماثلة لنزع الملكة المباشرة وغيرالمباشرة، فالمستثمر العربي في ظل هذا النص يتمتع بحماية واسعة النطاق ضد جميع المخاطر التي يتعرض لها جراء عملية النزع.

أما ما جاء في الفقرة الثانية من نص المادة الثامنة والمتمثل في الحق السيادي للدولة في نزع الملكية الخاصة وجب توافر بعض الشروط المحددة[2]، ومن هذا المنطلق يعترف لحق الدولة المضيفة في ممارسة إجراءات نزع لملكية المستثمر العربي استنادا لدورها السيادي متى توافرت جملة الشروط المنصوص عليها أو المتفق عليها في العقد.

من جملة الضمانات نجد النص على مسألة التعويض المنصوص عليها في المادة التاسعة من نفس الإتفاقية حيث يحق للمستثمر العربي الحصول على التعويض، كما وصفته بالتعويض العادل عما يصيبه جراء قيام

---

[1]– نصت المادة 08 فقرة أولى من نفس الإتفاقية على " لا يخضع رأس المال العربي للمستثمر...تؤدي الى المصادرة أو الاستيلاء الجبري أو نزع الملكية أو التأميم ... أو غير ذلك من صور المساس بحق الملكية في حد ذاته، أو الإخلال بما يترتب عليه المالك من سلطات جوهرية تتمثل في سيطرته على الاستثمار وحيازته وحقوق إدارته وحصوله على عوائده أو استيفاء حقوقه والوفاء بالتزاماته ".

[2] – نصت المادة 08 فقرة ثانية من الاتفاقية على "نزع الملكية لتحقيق النفع العام ...شريطة أن يتم ذلك على أساس غير تمييزي مقابل تعويض عادل ...".

الدولة المضيفة الإخلال بإلتزاماتها وتعهداتها الدولية المفروضة، كما يلزم التعويض أيضا عند الإمتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية أو التحكيمية الواجبة التنفيذ التي لها صلة مباشرة بالإستثمار.

في حين اشترطت الإتفاقية أن يكون التعويض نقدا إذا ما تعذر إعادة الإستثمار لما كان عليه حسب ما هو وارد في نص المادة العاشرة منها[1].

المطلب الثاني: حماية المستثمر الأجنبي عن طريق هيئات الضمان الدولية

سعت الاتفاقيات الدولية لتحقيق الحماية الكافية للمستثمرين داخل إقليم الدولة المضيفة، حيث بذلت العديد من الجهود الدولية يمكن إرجاع مبادرتها لعصبة الأمم لعام 1929، ثم تواصلت بعد ذلك الى غاية إيجاد صيغ دولية ملائمة وكنتيجة حتمية تزايد رغبة الدول الى إيجاد قواعد موحدة دولية ومعترف بها عالميا لضمان الإستثمارات، حيث جاءت فكرة إنشاء أجهزة دولية هدفها الأساسي توفير نظام ضمان الإستثمارات الأجنبية للمستثمرين بغية تغطية الخسائر الناجمة عن الأخطار السياسية غير التجارية التي تتعرض لها المشاريع الإستثمارية داخل الدولة المضيفة،فإلى جانب اعتبار المخاطر التجارية هي من مسؤولية المستثمرين فإن المخاطر غير التجارية تخرج عن نطاق سيطرة هؤلاء، كما لا تدخل في توقعات الأفراد أما تحققها يعني الإضرار بمصالح المستثمر الأجنبي[2]،وهنا عمدت الإتفاقيات المتعددة الأطراف إلى تجسيد الحماية عن طريق ما يسمى بهيئات الضمان الدولية،نذكر منها المؤسسة العربية لضمان الإستثمار "فرع أول" والوكالة الدولية

[1] – نصت المادة 10من اتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية على " يكون التعويض نقديا إذا تعذر إعادة الإستثمار الى حاله قبل وقوع الضرر".

[2] – ماهر جميل أبو خوان، مرجع سابق، ص96-97.

لضمان الاستثمار " فرع ثاني " كنموذجان بموجب اتفاقيات دولية وإقليمية أبرمتها الدول في مجال الإستثمار وهذا ما نتناوله.

الفرع الأول: المؤسسة العربية لضمان الإستثمار

تعد المؤسسة العربية لضمان الإستثمار[1]أول مؤسسة إقليمية تعنى بضمان الإستثمار، كما تقبل بصفة أساسية ضمان الإستثمارات العربية من الدول المصدرة والمستوردة لرؤوس الأموال بين المستثمرين لتمويل جهودها الإقتصادية لصالح شعوبها في إطار التعاون الفعال، سعيا منها لتقديم ضمانات مالية للمستثمر العربي الذي يستثمر أمواله في القطر العربي غير بلده، ومن هنا يلزم دفع تعويض حال تعرض استثماراته للمخاطر غير التجارية المحددة بموجب نص الإتفاقية[2]، وعليه نتطرق للنظام القانوني والتنظيمي لهذه المؤسسة.

أولا: النظام القانوني والهيكلي للمؤسسة العربية لضمان الإستثمار.

1- النظام القانوني للمؤسسة العربية:

تعد المؤسسة العربية لضمان الإستثمار منظمة دولية إقليمية تخضع للقانون الدولي، كما تقبل بصفة رئيسية الاستثمارات العربية على أساس الدول المختلفة التي تضمها، بغض النظر عن نظامها الإقتصادي سواء كانت دولة مصدرة لرأس المال أو مستوردة له وبصرف النظر عن نظمها السياسية والاجتماعية[3].

---

[1] – اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الإستثمار وائتمان الصادرات صادقت الجزائر على هذه الإتفاقية بموجب الأمر رقم 72-16 مؤرخ في 7جوان1992، يتضمن المصادقة على الإتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الإستثمار، ج .ر عدد53 ، الصادر في 4 جويلية 1972.

[2] – ماهر جميل أبو خوان، مرجع سابق، ص99.

[3] – نصت المادة 07 فقرة ثانية من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الإستثمار على " يجوز لأي قطر عربي آخر الانضمام الى هذه الاتفاقية بمراعاة الإجراءات الواردة فيها وفي هذه الحالة يكتسب القطر المنظم أو الهيئة العامة التي يعينها بصفة العضوية في المؤسسة على أساس المساهمة في رأس المال وتحمل سائر التزامات العضوية".

وعليه تتخذ المؤسسة في شكلها القانوني شكل شركة المساهمة الدولية[1]، ولها شخصية قانونية، كما تتمتع باستقلاليين مالي وإداري، بينما تعتمد في تكوين رأس مالها على مساهمة الدول الأعضاء بحصص تحدد حسب اتفاق الأطراف كما هو وارد في الإتفاقية.

في حين يتجلى النظام الذي اعتمدته المؤسسة بالبساطة وكذا توزيع المسؤولية على كل الدول الأعضاء المساهمة في رأس مال المؤسسة[2]، كما تعمل على تجنب الخسائر التي تضمنها المؤسسة، مما يجعل ثقة المستثمرين من وجهة نظرنا تزداد أكثر في حين تكتسب المؤسسة العربية شخصيتها القانونية من خلال تاريخ نفاذ الاتفاقية وسريانها هذه الشخصية يمكن الاحتجاج بها على الصعيدين معا[3]، كما يتخذ الجانب القانوني للمؤسسة شكل مشروع دولي إقليمي تم قصره على المستثمرين العرب في الدول العربية المتعاقدة بموجب نص هذه الإتفاقية.

2-النظام التنظيمي للمؤسسة العربية:

من حيث الجانب التنظيمي يمتاز النظام المتبع وفق هذه الإتفاقية بفتح مجال للعضوية لجميع الدول العربية وهيئاتها العامة حسب ما ورد في نص المادة السابعة في فقرتها الثانية[4]التي نصت على" يجوز لأي قطر عربي آخر الانضمام الى هذه الإتفاقية بمراعاة الإجراءات الواردة فيها، وفي هذه الحالة يكتسب القطر المنظم أو الهيئة العامة التي يعينها صفة عضوية في المؤسسة على أساس المساهمة في رأس المال وتحمل سائر التزامات العضوية".

---

[1] -عبد الله عبد الكريم عبد الله، مرجع سابق، ص138.

[2] - انظر الموقع الرسمي للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار، متاح على: http://www. laigc .org

[3]- إبراهيم شحاتة، الضمان الدولي للإستثمار الأجنبي، دار النهضة العربية،القاهرة، مصر 1971، ص62.

[4] - نص المادة 07 فقرة ثانية من إنشاء المؤسسة العربية لضمان الإستثمار

من خلال نص الإتفاقية ليس هناك ما يشير الى التمييز في العضوية بين الدول المصدرة لرأس المال أو تلك المستوردة له، فهذه الأخيرة تمتاز بتنظيم مجموعة من الأحكام الخاصة للتعامل مع الأعضاء حال إخلالهم لأحكامها، أين أقرت ضمن مقتضيات المادة الواحد والثلاثون من نفس الإتفاقية أن العضو الذي تم إيقافه بإجماع من أعضاء مجلس المؤسسة تبقى مسؤوليته قائمة اتجاه الضمانات التي رتبتها التزاماته طوال فترة توقيفه الى غاية انتهائها، ولقيام لمؤسسة بنشاطها لابد من توافر أجهزة تكفل لها ذلك وعلى رأسها مجلس الدولة أو ما يسمى "بمجلس المؤسسة"[1]هذا الأخير يتمتع باختصاص مجلس الإدارة الذي خولت له صلاحيات كاملة بموجب اتفاقية إنشاء المؤسسة لتحقيق الأهداف المرجوة.

الى جانب هذا الأخير نجد المادة الحادية عشر قد نظمت أحكام جهاز إداري آخر داخل المؤسسة وهو لجنة الإشراف التي تتولى مهمة الإشراف على نشاط المؤسسة وتقديم ما تراه مناسبا.

كما تختار رئيسا من بين أعضاءها وتصدر قراراتها بإجماع أصوات الحاضرين، أما بخصوص الجهاز الثالث فيتمثل في المدير العام الذي يختاره المجلس من بين من يرشحهم الأعضاء بين مواطني الأقطار العربية المتعاقدة لمدة خمس سنوات قابل للتجديد، كما يعد هذا الأخير الممثل القانوني للمؤسسة ومن الخصوصيات التي تتميز بها المؤسسة العربية لضمان الإستثمار، نجدها تجيز لكل من الدول وجميع هيئاتها العامة التابعة لها دون تمييز سواء كانت دول مصدرة لرأس المال أو مستوردة له حسب ما جاء في نص المادة الثامنة فقرة أولى من الإتفاقية.

[1] – قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص454.

ثانيا: المستثمرون الصالحون للضمان على ضوء المؤسسة العربية

تعرف عملية الضمان كأصل عام بأنها مقصد من جانب الهيئة الضمانية تتحمل عن المستثمر الذي تعاقد معها الخسائر الناجمة عن نوع محدد ، أو كل المخاطر التي قد تتعرض لها استثماراته في الخارج تشجيعا له على القيام بهذا الاستثمار[1]،من هذا المنطلق أقرت المؤسسة العربية الضمان اتجاه المستثمر عن طريق مجموعة من الشروط وجب توافرها في المستثمر،تجسدت في نص المادة السابعة عشر من الإتفاقية[2]،حيث تم قصر مزايا هذه الإتفاقية على الدول المنظمة اليها، إذ تمتد آثارها من حيث الحقوق والواجبات لهذه الدول دون غيرها من الدول العربية التي لم تكن موقعة عليها ،كما يفهم من نص المادة أن مواطني الدول المتعاقدة هم المخول لهم فقط الاستفادة من آثار هذه الإتفاقية وبذلك نجدها استبعدت من نطاق الضمان كافة الإستثمارات المملوكة لرعاياها خارج الدول المتعاقدة .

إن نص المادة السابعة عشر من الإتفاقية قد عمدت للتفرقة بين الشخص الطبيعي والمعنوي من جهة أخرى نجدها فرقت أيضا بين مواطني الدول المضيفة ومواطني باقي الدول الأعضاء الأخرى، وعليه يشترط في

---

[1] – إبراهيم شحاتة، مرجع سابق، ص52.

[2] –نصت المادة 17 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الإستثمار على " يشترط في المستثمر الذي يقبل طرفا في عقد التأمين أن يكون فردا من مواطني الأقطار المتعاقدة أو شخصا اعتباريا تكون حصصه وأسهمه مملوكة بصفة جوهرية لأحد هذه الأقطار أو لمواطنيها ويكون مركزه الرئيسي في أحد هذه الأقطار ويشترط في جميع الأحوال أن لا يكون المستثمر من مواطني القطر المضيف.

– تتضمن عقود التأمين ما يجيز للمؤسسة تعديل العقد أو فسخه واتخاذ أي إجراء مناسب آخر إذا تخلف بعد تاريخ إبرام العقد شرط من الشروط الواردة في الفقرة السابعة، الا أنه يجب توافر هذه الشروط عند مطالبة المستثمر بما يستحقه من تعويض عن الخسائر المؤمن عليها.

إذا تعددت جنسيات المستثمر يكفي أن تكون إحداها جنسية أحد الأقطار المتعاقدة، فإذا كان التعدد ما بين جنسية أحد الأقطار وجنسية القطر لمضيف يعتد بهذه الأخيرة".

الشخص الطبيعي أن يكون حاملا لجنسية دولة عضو في الدولة المضيفة لا يستوي بذلك أن يكون متمتعا بجنسية واحدة أو أكثر، كما يشترط في المستثمر المؤمن له الذي يعد طرفا في عقد التأمين أن يكون فردا من مواطني الدول المتعاقدة.

أما في حال تعدد جنسيات المستثمر العربي لمؤمن له، فيكفي أن تكون إحداها جنسية إحدى الدول المتعاقدة مثال ذلك إذا كان المستثمر العربي يحمل بجانب جنسيته الجنسية الإمريكية، فهنا يعتد بجنسية دولته العربية طالما تعد دولة متعاقدة[1]، بالمفهوم المخالف إن عدم تمتع هذا الأخير بجنسية الدولة المضيفة للإستثمار يقابله عدم جواز المؤسسة العربية أن تضمن له ذلك حتى ولو لم يحمل جنسية دولة أخرى غير الدولة المضيفة.

أما رجوعا للشخص الإعتباري كالشركات مثلا، فتشترط لصلاحية الضمان أن تكون حصصه أو أسهمه مملوكة لأحد الأقطار المتعاقدة أو لمواطنيها وأن يكون مركزه الرئيسي في أحد هذه الأقطار[2].

وقد استبعدت الإتفاقية مواطني الدول المضيفة من نطاق الضمان، حيث راعى هذا الإستبعاد الإعتبارات السياسية بالدرجة الأولى على أساس لا تجبر الدولة على أداء التعويض لمواطنيها مقابل الأضرار من جراء ما اتخذته في مواجهتهم من إجراءات سياسية كالتأميم مثلا.

---

[1]– مسعودي يوسف، عقد ضمان الإستثمار كآلية لحماية الإستثمارات العربية ضد المخاطر غير التجارية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الثاني، العدد التاسع ،2018، ص692.

[2] – هشام علي صادق، مرجع سابق، ص316.

كما نجد المؤسسة قد ربطت المستثمر العربي بالمنطقة العربية ككل وبالتالي لم تقصره على دولة عربية فقط حيث استعانت هنا بمعيار عام يتعين الأخذ به بوصفها معاهدة تسمو على أحكام التشريع الداخلي[1]وهما معيار مركز الإدارة الرئيسي ومعيار الرقابة في أن واحد.

حسب استقرائنا لأحكام الإتفاقية على ضوء المادة السابعة عشر، نجدها لم تلتزم عندما تطرقت لمصطلح الملكية بصفة جوهرية أن تكون الحصص والأسهم مملوكة بكاملها للدول الأعضاء أو أحد رعاياها[2]، ومن هذا المنطلق يمكن أن يشاركهم مواطنو دول غير الأعضاء، كما ذهبت المؤسسة العربية لأبعد من هذا حيث تجيز قبول الشخص الإعتباري طرفا في عقد التأمين، رغم تواجد المركز الرئيسي في قطر غير متعاقد بهدف تحقيق مجموعة من الإعتبارات الخاصة.

أخيرا نجدها تشترط توافر شرط الجنسية المذكور متى تم إبرام عقد الضمان وكذا عند المطالبة بالتعويض المستحق حال وقوع الخسارة التي تم إبرام العقد لتغطيتها، أما في حال تخلف الشرط المذكور فمن حق المؤسسة تعديل العقد أو فسخه واتخاذ أي إجراء مناسب آخر بموجب نص في عقد الضمان وهو ما يعرف " بشرط استمرار الصلاحية"[3].

---

[1] – عبد الله عبد الكريم عبد الله، مرجع سابق، ص143.

[2] – في هذا الصدد نجد الدكتور هشام صادق قد عبر عن هذا بقوله إن الإتفاقية المنشأة للمؤسسة لم تحرص على تحديد جنسية الأشخاص الإعتبارية المضمونة، وإنما حرصت على تحديد شروط ضمانها لدى المؤسسة، ذلك أن تحديد جنسية الشخص الإعتباري يفترض بذلك ربطه بدولة معينة عكس الإتفاقية التي ربطته بمجموعة من الدول، ولم تقصره على دولة معينة ، راجع ، هشام صادق ، مرجع سابق ، ص316.

[3] – حسن النمر، مرجع سابق، ص155.

الفرع الثاني: الوكالة الدولية لضمان الإستثمار

ظهرت فكرة إنشاء جهاز دولي لضمان الاستثمارات في الخمسينيات في القرن الحالي، إذ جرت مناقشتها في العديد من المنظمات الدولية ذات العلاقة، كالبنك الدولي للإنشاء والتعمير ومنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية في العديد من المناسبات خلال الفترة الممتدة من 1962 الى 1972 دون اتخاذ قرار في هذا الشأن كما تم إنشاء مشروع الوكالة الدولية لضمان الإستثمار MIGA وإقراره في سبتمبر عام 1985.

وللإحاطة بموضوع الوكالة الدولية وجب التطرق لنظامها القانوني والتنظيمي، من جهة أخرى المستثمرين المشمولون بالضمان وفقا لأحكام الإتفاقية وذلك على النحو التالي:

أولا : النظام القانوني والتنظيمي للوكالة الدولية لضمان الإستثمار

1- النظام القانوني للوكالة:

تتميز اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار[1] بتملكها للأموال الثابتة والمنقولة والتصرف فيها واتخاذ الإجراءات القضائية في ظل قواعد القانون الدولي والقوانين الوطنية لأعضائها، كما تتمتع الوكالة بذمة مالية مستقلة ورأس مال خاص بها، حتى يتسنى لها إصدار الضمانات باسمها ولحسابها الخاص[2].

كما توفر الوكالة التأمين ضد المخاطر السياسية للمستثمرين المؤهلين للحصول على الإستثمارات المباشرة والمشروطة في البلدان النامية[3]، كما يذهب البعض لجعل الوكالة الدولية منظمة دولية مستندين الى توافر

---

[1]- تمت المصادقة على هذه الإتفاقية عن طريق المرسوم الرئاسي رقم 95-345، الموافق 20 أكتوبر 1995، المتضمن إنشاء الوكالة الدولية لضمان الإستثمار، ج-ر، عدد 66، مؤرخة في 5 نوفمبر 1995.

[2] - انظر نص المادة 05 من اتفاقية الوكالة الدولية، مرجع سابق.

[3] -شريف على محمد شريف الكندري، مرجع سابق، ص251.

العناصر اللازمة لقيامها في أحكام الإتفاقية المنشئة للوكالة، كما تمتاز بإرادة مستقلة عن إرادة الدول التي تدخل في تكوينها إرادة ذاتية مستقلة ولها وضع دائم ومستمر.

2- النظام التنظيمي أو الهيكلي للوكالة الدولية :

نجد عضوية الوكالة مفتوحة لجميع الدول الأعضاء في البنك الدولي، فرغم ارتباط هذه الأخيرة بعضوية البنك الدولي، الا أن الأعضاء هنا غير مجبرين بالانضمام للعضوية فهي بذلك متاحة لجميع الدول الأعضاء سواء كانت دولا مصدرة لرأس المال أو مستوردة له[1].

كما أن مبدأ عمومية العضوية وشموليتها يحقق فائدة مشتركة لكل من الدول المصدرة والمستوردة[2]، ولا شك أن التسليم للوكالة بالشخصية القانونية الدولية يعني أنها مؤهلة تلقائيا للدخول في علاقات مع أشخاص القانون الدولي، هذا ما يتجلى في إطار الغرض منها، كما نجد الإتفاقية قد وضعت الدول المتقدمة المصدرة لرأس المال في الطائفة الأولى من الجدول " ألف " كأعضاء أصليين في الوكالة شريطة انضمامهم للإتفاقية قبل 30 أكتوبر 1987، أما الدول المنتمية للطائفة الثانية فتمثلت في الدول النامية.

كما ننوه أن عضوية الوكالة تقتصر فقط على الدول لإرتباطها بعضوية الدول الأعضاء في البنك الدولي بمعنى آخر لا يعني أن كل دولة عضو في البنك الدولي ملزمة بأن تكون عضوا في الوكالة بالمفهوم المعاكس، أما في ما يخص الانسحاب من العضوية فيسمح به للدول شريطة بقائها من تاريخ انضمامها ثلاث سنوات، كما يخول للوكالة تسليط عقوبة الإيقاف لكل دولة أخلت بإلتزاماتها خلال مدة تاريخ الوقف

---

[1]- ماهر جميل أبو خوان، مرجع سابق، ص108.

[2] - إن الدول المستوردة للإستثمارات تستطيع من خلال عضويتها في الوكالة الإسهام في إدارتها ورقابتها من الداخل، كما تضمن للدول المصدرة من خلال عضوية الدول المستوردة سلوكا أفضل اتجاه الإستثمارات الأجنبية حيث يترتب عليها قبول التزامات معينة في معاملة الإستثمارات، راجع حسن النمر، مرجع سابق، ص170.

ولتحقيق الأهداف المسطرة لعمل للوكالة وجب التطرق لنظامها الهيكلي،حيث نجد مجلس المحافظين يتألف من محافظ ونائب له لكل عضو من أعضاء الوكالة، في حين نجد الإتفاقية لا تفرض على الأعضاء أي عراقيل أو قيود بشأن تعيين المحافظين أو نوابهم حسب نص المادة 31منها[1].

أما الجهاز الثاني فيتمثل في مجلس الإدارة الذي يتكون بعدد من الأعضاء لا يقل عددهم عن 12 عضوا كما يعد هذا الأخير الجهاز التنفيذي للوكالة ويتم انتخابه من طرف المحافظين، وأخيرا نجد الجهاز المتمثل في رئيس الوكالة الذي يعين من قبل مجلس الإدارة بناءا على ترشيح من رئيس المجلس، كما يختص رئيس الوكالة بإدارة الشؤون العادية للوكالة تحت إشراف ورقابة مجلس الإدارة، أضف الى تعيين وتنظيم وفصل موظفي الوكالة[2].

ثانيا: المستثمرون الصالحون للضمان على ضوء الوكالة الدولية

بالرجوع لنص المادة الثالثة عشر من اتفاقية إنشاءالوكالة،نجدها تشترط تمتع المستثمر بالصلاحية في إطار الضمان تحت مظلة الوكالة، كما نصت على مجموعة من الشروط الواجب توافرها في المستثمر[3]كأن يحل

---

[1] – نصت المادة 31فقرة أولى منها على "يتألف مجلس المحافظين من محافظ ونائب محافظ يعينهما كل عضو بالطريقة التي يقررها، ولا يجوز لنائب المحافظ أن يصوت الا في حال غياب المحافظ ويختار المجلس أحد المحافظين لرئاسة المجلس".

[2] – راجع في هذا الصدد نصوص المواد 41 "ألف" والمادة 33 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الإستثمار، مرجع سابق

[3]– نصت المادة 13من الإتفاقية تحت عنوان صلاحية المستثمرين على:

ألف –يتمتع بالشخصية لضمان الوكالة أي شخص طبيعي أو اعتباري بشرط:

– أن يكون الشخص الطبيعي من مواطني عضو غير الدولة المضيفة

أن يكون الشخص الإعتباري قد تم تأسيسه وتعيين مقر أعماله الرئيسي في إقليم أحد الأعضاء أو تكون غالبية رأس ماله مملوكة لعضو أو أكثر أو لمواطنيهم، بشرط أن لا يكون العضو في أي من الحالات السابقة هي الدولة المضيفة.

–أن يقوم الشخص الإعتباري سواء كان مملوكا ملكية خاصة، أو لم يكن كذلك بممارسة نشاطه على أسس تجارية.

ب– في حال تمتع المستثمر بأكثر من جنسية واحدة فإن جنسية العضو تجب جنسية الدولة الغير عضو، كما تجب جنسية الدولة المضيفة جنسية غيرها من الأعضاء وذلك لأغراض الفقرة " ألف " أعلاه=

على تأمين لإستثماره في هذه الوكالة في بلدان أعضاء التابعة لها، كما يعتبرون أجانب بالنسبة لها شريطة أن يأتوا بأموال المشروع المراد استثماره من الخارج وعلى موافقة الدولة المضيفة، أما في حال ما كان للمستثمر أكثر من جنسية ،هنا يعتد بالجنسية العضو في الوكالة، واذا اكتسب جنسيتين أحدهما كانت جنسية الدولة الضيفة هنا يعتد بجنسيتها ويعتبر من مواطنيها[1]مما يؤدي الى عدم صلاحية هذا المستثمر للضمان،إلا في حال ما اذا تمت الموافقة عليه للدولة المضيفة باعتباره أجنبيا.

أما بالنسبة للشخص الإعتباري فتحدد جنسيته وفقا لمعيارين وهما معيار التأسيس ومقر العمل الرئيسي[2]. وهنا يكون الشخص الإعتباري قد تم تأسيسه وتعيين مقر إعماله الرئيسي في إقليم أحد الأعضاء غير الدولة المضيفة فإن لم يتحقق هذا المعيار تأخذ الإتفاقية بعدها بمعيار الرقابة.

أما الوضع الجديد الذي استحدثه اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الإستثمارنجدها تجيز صراحة لمجلس الإدارة استنادا لطلب مشترك من المستثمر والدولة المضيفة أن يضفي الصلاحية على الشخص الطبيعي الذي ينتمي بجنسيته الى الدولة المضيفة أو على شخص اعتباري تم تأسيسه فيها ويباشر نشاطه الرئيسي على إقليمها[3]،أوتكون غالبية رأس ماله مملوكة لمواطني الدولة المضيفة،شريطة أن يستتبعه تحويل الأصول

=ج- يجوز لمجلس الإدارة بالأغلبية الخاصة وبناء على طلب مشترك من المستثمر والدولة المضيفة أن يضفي الصلاحية للضمان على شخص طبيعي ينتمي بجنسيته الى الدولة المضيفة أو على شخص اعتباري يكون قد تم تأسيسه في الدولة المضيفة أو تكون غالبية رأس ماله مملوكة لمواطني الدولة المضيفة بشرط أن يتم تحويل الأصول المستثمرة من خارج الدولة المضيفة "".

[1]- راجع الموقع الإلكتروني التالي للوكالة الدولية: miga.org..www

[2] - يلاحظ أن صلاحية الضمان بالنسب للأشخاص الإعتبارية تشكل كلا من الأشخاص المملوكة للقطاع العام أو الخاص على حد سواء، كما تشمل الإستثمارات التي تتخذ شكل المشروعات المشتركة الحكومة وغير الحكومية طالما أن الشخص القائم على ممارسة نشاطه الإستثماري على أسس تجارية، راجع، حسن النمر، مرجع سابق، ص181.

[3] - انظر نص المادة 13 فقرة "ج" من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الإستثمار، مرجع سابق.

المستثمرة من خارج الدولة المضيفة، نجد هذا الإستثناء يتماشى مع هدف الوكالة الرئيسي الذي هو زيادة وقود الإستثمارات للدول النامية[1]،الذي يترتب عليه استرجاع الأموال التي سبق تحويلها من الدولة المضيفة الى الخارج.

نخلص أخيرا أن الإطار الشخصي لعمل الوكالة، أو بعبارة المستثمر الذي تعمل الوكالة على تقديم خدماتها اليه، قد وسعت من احتمال تدخلها بغية تحقيق أهدافها الأساسية التي تسعى اليها وهي ضمان أموال المستثمر وبالتالي تشجيع انتقال رؤوس الأموال نحو الدول التي هي بحاجة ماسة اليه خاصة الدول النامية منها.

الفرع الثالث: دور هيئات الضمان الدولية في ضمان المستثمر من المخاطر غير التجارية

بعد دراسة هيئات الضمان الدولية والمتمثلة في المؤسسة العربية لضمان الإستثمار، والوكالة الدولية كنموذجين، نتطرق للدور الذي تلعبه كل من هذين المؤسستان في ضمان استثمارات المستثمرين من المخاطر غير التجارية.

أولا: المخاطر الصالحة للضمان على ضوء اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الإستثمار

تطرقت الإتفاقية المنشأة للمؤسسة العربية للمخاطر الصالحة للضمان في نص المادة الثامنة عشر[2]على أن التأمين الذي توفره المؤسسة يغطي كل أو بعض الخسائر المترتبة على تحقق واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية كالمخاطر السياسية بإعتبارها خسائر ناتجة عن عمل أو امتناع يصدر من حكومة الدولة

[1] – إبراهيم شحاتة، التعليق على إنشاء الوكالة الدولية لضمان الإستثمار، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 41 سنة 1975، ص196.

[2] – انظر نص المادة 18 من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار.

المضيفة أو إحدى سلطاتها،مما يترتب عليه حرمان المستثمرمن حقوقه أو سلطاته الجوهرية على الإستثمار ومنافعه[1]، وعليه يخرج تحديد طبيعة الأخطار السياسية ضمن أحكام نص المادة الثامنة عشر من الإتفاقية الا ما تعلق منها بتحديد أنواع المخاطرعلى وجه الخصوص كالتأميم والمصادرة وفرض الحراسة ونزع الملكية وغيرها ،يتضح من نص المادة أعلاه أنها وسعت في تحديدها لضمان المخاطر السياسية التي يتعرض لها المستثمرون الأجانب، فقيام الدولة المضيفة فعلا بعملية التأميم هو أمر يستوجب التعويض فعلا.

أما بالنسبة لخطر التحويل فيقصد به عموما الخسارة الناجمة عن تقييد حرية المستثمر في تحويل أصول استثماره أو دخله للخارج شريطة تمتعه بممارسة هذه الحرية عند القيام بنشاطه الإستثماري[2]، مثلما جاء في نص المادة الثامنة عشر فقرة1 "ب" التي نجدها نظمت أحكام مخاطر تحويل العملة، كما حددت حالات القيود المفروضة من الدولة المضيفة بشأن تحويل عوائد الإستثمارات أو أصولها الى الخارج وتصنيفها كمخاطر يسري عليها الضمان من طرف المؤسسة العربية. وعليه يفهم من نص المادة أنها وسعت في تحديد مضمون الخطر، من جهة أخرى استبعدت من نطاق المخاطر خطر تخفيض أو الإنقاص بالنسبة لسعر العملة من نطاق المخاطر التي يغطيها ضمان المؤسسة طبقا لما ورد في المادة الثامنة عشر فقرة الأولى"ب".

كما يشترط لقبول مخاطر العجز عن تحويل العملة أن لا تكون قائمة بالفعل عند توقيع عقد الضمان[3]وأن تكون إجراءات منح التحويل لاحقة على تاريخ إبرام العقد، أما بالنسبة لخطر الحرب والإضطرابات الأهلية، فهي كذلك معنية بالضمان حيث يدخل ضمن نطاقها.

---

[1] – إبراهيم شحاتة، الضمان الدولي للإستثمارات الأجنبية، مرجع سابق، ص74.

[2] –عبد الواحد محمد الفار، مرجع سابق، ص75.

[3]– هذا ما أكدته المادة 04 فقرة "ألف" من عقد ضمان الإستثمار المباشر، ونص المادة الخامسة فقرة "ألف "من عقد ضمان القرض، راجع في ذلك، علي حسين ملحم، مرجع سابق، ص411.

ثانيا: المخاطر الصالحة للضمان على ضوءالوكالة الدولية

حرصت الوكالة الدولية على استبعاد المخاطر التجارية من نطاق ضمانها، هذا ما جاء في نص المادة الحادية عشر التي تولت تقسيم أنواع المخاطر وصورها دون ذكر المخاطر التجارية، بالنسبة لخطر عدم القدرة على تحويل العملة نجد ما ذهبت اليه المادة الحادية عشر فقرة أولى[1]التي جاء في فحواها أنه يشكل خطرا متى توافرت مجموعة من الشروط كفرض السلطات العامة في الدولة المضيفة لقيود تمنع المستثمر من تحويل أمواله للخارج بعملة قابلة للتحويل الحر أو عملة أخرى.

أما بالنسبة للحالة الثانية فتتمثل في خطر التأميم والإجراءات المشابهة، كالمصادرة والحراسة والإستيلاء والحجز وغيرها، كما تشمل العبارة أي إجراء تشريعي أو إداري الواردة في نص المادة وهي الإجراءات التي تتخذها السلطة التنفيذية في حين لا تتعدى الإجراءات التي تتخذها الهيئات القضائية في إطار قيامها بوظائفها[2].

أما في ما يخص مخاطر الإخلال بالعقد فنصت عليها المادة الحادية عشر فقرة أولى[3]تمثلت في قيام الدولة المضيفة بخرق التزاماتها التعاقدية مع المستثمر الأجنبي، متى اقترن ذلك بإنكار العدالة قي حالات معينة كما

---

[1] – انظر نص المادة 11فقرة أولى من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الإستثمار، مرجع سابق.

[2] – إبراهيم شحاتة، التعليق على إنشاء الوكالة الدولية لضمان الإستثمار، مرجع سابق، ص193.

[3] – تناولت الفقرة الاولى من نص 11على جملة من مخاطر الإخلال بالعقد حيث نصت عليها بالقول:

– إذا لم تتوفر للمستثمر هيئة مكن اللجوء اليها لمتابعة مطالباته التعاقدية في مواجهة الدولة المضيفة.

– إذا كان التجاء المستثمر لتلك الهيئة معوقا بتأخير غير مبرر على النحو الذي يحدده عقد الضمان.

– إذا لم يكن من المكن للمستثمر تنفيذ القرار الصادر لصالحه من الهيئة المذكورة ".

هو وارد في الإتفاقية، من هنا تبرز أهمية توفير الضمان بشكل جلي بالنسبة للمستثمرين، فغالبية أنظمة الضمان الوطنية الأخرى لا تغطيها[1].

أخيرا تغطي الفقرة الرابعة من المادة الحادية عشر مسائل الحرب والاضطرابات المدنية والمقصود بها الثورات والتمرد والإنقلابات وما يماثلها من الأحداث السياسية، التي تتميز بخروجها عن سيطرة الحكومة المضيفة، في هذا الصدد يرى الدكتور إبراهيم شحاتة[2] أن النص السابق لا يشمل الأعمال الإرهابية والأنشطة المماثلة التي تستهدف المستفيد من الضمان.

ما تجدر الإشارة إليه أن للوكالة صلاحية واسعة في تقدير أنواع أخرى من المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها المستثمرون الأجانب، بعبارة أخرى جواز الضمان، لكنها مرهونة بضرورة الحصول على طلب مشترك يتم تقديمه كل من المستثمر والدولة المضيفة للإستثمار، شريطة موافقة مجلس الإدارة بالأغلبية وعدم تعلق المخاطر بالأضرار الناجمة عن إعادة العملة وانخفاضها.

ثالثا: نماذج تطبيقية لبعض الضمانات المقدمة من طرف هيئات الضمان الدولية

من خلال عمل الوكالة الدولية والمؤسسة العربية لضمان الإستثمار وتحديد الأحكام التي تغطيانها من الناحية النظرية بإعتبارهما تضمنان استثمارات المستثمرين الأجانب من المخاطر غير التجارية سوف نلقي الضوء على بعض النماذج التطبيقية لبعض المشاريع والضمانات المقدمة من الوكالة لمختلف الدول، حيث نجد هذه الأخيرة قد أصدرت ما مجموعه2.1مليار دولار أمريكي من التغطيات الضمانية الجديدة لعام 2001 وهو ما يشكل زيادة بنسبة 43/عن السنة التي تسبقها ،مما يدل على توصل الاهتمام بأدوات لتخفيض المخاطرغير

[1] –حسن النمر، مرجع سابق، ص177.

[2] – إبراهيم شحاتة، مرجع سابق، ص194.

التجارية بدءا بمساندتها لمصنع الصناعات التحويلية في دولة العراق مرورا بمشروع صناعات زراعية لدولة ليبيريا ودراسة جدوى عن التعدين في أندونيسيا وكذا أنشطة عمل في مصر لمساندة مؤسسات صغيرة وأخرى متوسطة في 14 دولة[1].

كما قامت الوكالة بتغطية الإستثمارات في الدول التي تعرف صراعات وعدم استقرار سياسي باستخدام ما لديها من خبرات وقدرات مالية،بهدف التركيز على الأسواق لتلك الدول[2]،كما ارتكزت على تشجيع الإستثمار في الدول المؤهلة لاقتراض من المؤسسة الدولية للتنمية ومجموع الدول المتأثرة بالصراعات[3]وكذا المشاريع الموجهة لقطاع البنية الأساسية والصناعات الإستراتيجية وتشجيع الإستثمار بين الدول النامية.

من بين النماذج نجد ما أصدرته الوكالة الدولية التي كرست جملة من الضمانات بلع مجموعها 135 مليون دولار لشركة tractebel.s.aالبلجيكية وبنك BNP. Paribas الفرنسي حيث نجدها تغطي ضمان قرض كل منهما وقرض غير المساهمين المقدم لشركة baymina.energi-a.s التركية وتمتد لتصل الى 15 عاما ضد مخاطر القيود المفروضة على تحويل الأموال والمصادرة والحروب والإضطرابات المدنية والإرهاب وكذا الإخلال بالعقود[4]ومن خلال جملة النماذج العملية للوكالة الدولية نجد اتساع ضمانها لمختلف الدول

[1] – سالم ليلى، الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2011-2012، ص 167.

[2] –راجع التقرير السنوي لسنة 2001 الصادرعن الوكالة الدولية لضمان الإستثمار .www.miga.org

[3] – راجع التقرير السنوي لعام 2011 الصادر عن الوكالة الدولية لضمان الاستثمار على الموقع التالي: www.miga.org

[4] – كما يتألف المشروع الذي ينفذ بالقرب من أنقرة من تشييد وتشغيل لمحطة كهرباء تعمل بنظام الدورة المشتركة وتوفر طاقة صافية يبلغ مجموعها 763 ميقاواط، وقد رشحت المؤسسة الدولية لتمويل المشروعات هذا التمويل المتعدد المصادر مع حق الرجوع المحدود باعتباره صفقة كهرباء لمنطقة أوروبا والشرق الأوسط وإفريقيا، للمزيد راجع ، الوكالة الدولية لضمان الإستثمار التابعة لمجموعة البنك الدولي، فبراير ، ص 2-4 ، سنة 2007 على الموقع التالي: www.miga.org

بأنواعها،سواء دول نامية أو متقدمة على نحو متكامل، بينما شمل نطاق ضمان الوكالة كما رأينا المخاطر غير تجارية على وجه الخصوص.

نخلص أخيرا أن حماية المستثمر الأجنبي على ضوء الإتفاقيات المتعددة الأطراف أثبتت نجاعتها كتكتلات إقليمية عن طريق الحماية التي توفرانها كل من الإتفاقية المغاربية وكذا اتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية حيث ساهمت هذه الإتفاقيات في دعم وتوطيد العلاقة أكثر بين الدول المنضمة في مواجهة الدول الغربية الأخرى،كما تعد مؤسسات ضمان الإستثمار غطاءا تأمينيا ضد المخاطر غير التجارية التي يتعرض لها المستثمرون وتعويضهم حال تحقق واحد أو أكثر من المخاطر المشمولة بالتأمين،إلا أن الإختلاف بينها يقتصر في أن دور المؤسسة العربية لضمان الإستثمار ينحصر في حدود نطاق جغرافي معين عكس ما هو عليه في الوكالة الدولية،وفي مقام آخر نجد كلاهما تعملان على تحقيق جملة من الأهداف الرئيسية والثانوية وهذا مما لاشك فيه سوف يعزز من قدراتهما كأجهزة كفيلة لضمان الإستثمارات الأجنبية.

الباب الثاني:

الحماية الإجرائية الممنوحة للمستثمر الأجنبي لتسوية نزاعاته الإستثمارية

لا تكفي الحماية الموضوعية لخلق جو من الأمان والطمأنينة لجذب المستثمر الأجنبي، بل ينبغي كذلك توفير الحماية الإجرائية حال وقع النزاع بين الدول المضيفة وبين هذا الأخير.

وبما أن عقود الإستثمار تبرم بين طرفين ينتميان لنظام قانوني مختلف عن الأخر، مما يثير مشكلة أساسية ألا و هي كيفية التوفيق والتوازن بين الأهداف المسطرة التي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقها والتي تحرص في أغلب الأحيان على ممارسة حقوقها في السيادة والسلطة، و بين الأهداف الشخصية التي يسعى لتحقيقها الطرف الخاص المتعاقد معها ،ونظرا لحقيقة أن الدولة تتمتع بالسيادة و السلطة في ممارسة نفوذها فإنه بات من الضروري للمستثمر الأجنبي تأمين نفسه داخل الدول المضيفة عن طريق المطالبة بتوفير وسائل محايدة و فعالة لتسوية أي نزاع استثماري ينشأ بينه و بين هذه الأخيرة.

وعليه لجأت الدول الى تكريس مجموعة من الضمانات الإجرائية للتسوية سواء ما تعلق منها بالجانب الودي أو القضائي، بالتنصيص عليها سواء في تشريعاتها الداخلية أو بمقتضى الإتفاقيات الدولية بنوعيها المبرمة في هذا المجال حيث تم تقسيمها الى فصلين وهذا ما نتناوله على النحو التالي:

الفصل الأول:

الضمانات المكرسة للمستثمر لتسوية نزاعاته

تكفل القواعد المنظمة للإستثمارات في العديد من الدول مجموعة من الوسائل القانونية للمستثمرين الأجانب لتسوية نزاعاتهم داخل أراضي الدول المضيفة، وفي سبيل تبديد مخاوف هؤلاء لجأت العديد من التشريعات الداخلية وكذا الإتفاقيات الدولية على خلق مجموعة من الآليات لتسوية النزاعات الاستثمارية.

فعلى الصعيد القضائي تعد الوسائل القضائية أفضل طريقة أصلية تحبذها الدول في حسم منازعات الإستثمارلأن هذه النزاعات سوف تنشأ داخل الدولة المضيفة للإستثمار، وهوما يعطي قضائها اختصاصا أصيلا للفصل في هكذا منازعات وهنا نقصد بالقضاء إما القضاء الداخلي للدول المضيفة "أو القضاء الدولي وبالتعريج على الطرق الودية، نجدها هي الأخرى قد كرست كوسائل وقائية تحمي المستثمر الأجنبي كما تكفل له حقوقه بالنص عليها كضمانات ودية يتم اللجوء اليها قبل تصعيد النزاع للقضاء حال فشلها.

من هنا نتناول الضمانات الودية الممنوحة للمستثمر الأجنبي "كمبحث أول"، أما المبحث الثاني فخصص للتسوية القضائية عن طريق اللجوء لضمانة القضاء.

المبحث الأول: الضمانات الودية المكفولة للمستثمر الأجنبي

تبدأ فض المنازعات بين الدولة المضيفة والمستثمر عن طريق اللجوء للوسائل الودية كما تسمى أيضا بالوسائل البديلة أو السلمية، حيث تمتاز هذه الوسائل بمجموعة من الخاصيات بإعتبارها حلولا غير قضائية وبالرغم من عدم الزاميتها يمكن الوصول بها الى حل ينهي النزاع ويقي المستثمر من اللجوء للتسوية القضائية.

كما أن الواقع العملي يشهد حل منازعات الإستثمار عن طريق اتفاق الأطراف على اختيارها كوسائل وقائية حيث تستمد هذه الضمانة أساسها من القانون الدولي العام وفقا ميثاق الأمم المتحدة لسنة 1945 إذ تدعو المادة 33[1] منه إلى الحث على التسوية السلمية للنزاعات وفقا لمصادر القانون الدولي الواردة في المادة 39 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، وفي هذا المنحى نجد العديد من التشريعات وكذا الإتفاقيات نصت عليها كضمانة ودية قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم الدولي.

وعليه سنعرض في هذا المبحث أول طريق ودي وهو التفاوض "مطلب أول "ثم نتطرق في المطلب الثاني الى كل من الوساطة والصلح كضامنتين وديتين لحسم منازعات الإستثمار.

المطلب الأول: التفاوض كضمانة ودية لحسم منازعات الإستثمار

تعد المفاوضات أوما يسمى بالتفاوض أحد الأساليب الودية في حل النزاعات المتعلقة بعقود التجارة الدولية بصفة عامة وعقود الإستثماربصفة خاصة، كما تعد الطريقة المفضلة من قبل الأطراف المتعاقدة لحل نزاعهم، أضف الى كونها من أقدم الوسائل وأكثرها شيوعا وأقلها ازدحاما بالتفاصيل[2].

وعليه تعرف المفاوضات على أنها اتصال أولي أو مباشر بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة بغية التوصل الى تسوية النزاع[3].

---

[1] – نصت المادة 33 من ميثاق الأمم المتحدة على " يجب على أطراف أي نزاع من شأن استمراره أن يعرض حفظ السلم والأمن الدوليين أن يلتمسوا حله بطريقة التحقيق والوساطة والتوفيق والتحكيم والتسوية القضائية، أو أن يلجؤو الى الوكالات والتنظيمات الإقليمية أو غيرها من الوسائل السلمية التي تقع عليها اختيارها".

[2] – هفال صديق إسماعيل، مرجع سابق، ص179.

[3] – بن عميور أمينة، مرجع سابق، ص266.

كما تعرف على أنها تلك الاتصالات التي تجرى بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي أيا ما كانت الوسيلة المتبعة في ذلك سواء كان عن طريق الكتابة أوغيرها[1]".

ونظرا لما يلعبه دور التفاوض في حسم منازعات الإستثمار، وجب دراسة هذه الضمانة بالنص عليها داخليا ودوليا "فرع أول" ثم التطرق لإجراءات سير العملية التفاوضية في مجال منازعات الإستثمار " فرع ثاني " وصولا للآثار المترتبة عليها "فرع ثالث".

الفرع الأول: تكريس ضمانة التفاوض على الصعيدين الداخلي والدولي

بالرغم ما للمفاوضات من أهمية في تسوية النزاعات الإستثمارية، إلا أنها تظل مرهونة بموافقة أطراف النزاع على طلب اللجوء اليها، كما تمتاز بخاصية المرونة والسرعة في إيجاد الحلول مقارنة بغيرها من الآليات الأخرى، حيث تعد أول الطرق السلمية المكرسة للأطراف المتنازعة في سبيل حل المنازعات العالقة بينهم أضف الى أنها أقصر وأيسر الطرق الودية، كما تأخذ المفاوضات منظورا مزدوجا كمرحلة تبرز فيها الحرية التعاقدية لطرفي النزاع، وفق علاقة جدلية ذات التأثير المتبادل للمعلومات بين الأطراف[2].

كما يقصد بها"[3]مناقشة النزاع بين المستثمر الأجنبي والطرف الآخر في الدولة المضيفة للإستثمار وأن تسعى لتسويتها ووضع حد لها عن طريق التفاوض والإتصال المباشر فيما بين الطرفين المتنازعين بصدد تسوية النزاع الناشئ بينهما".

---

[1] –هشام خالد، مرجع سابق، ص460.

[2] – فارس بوكروح، ضوابط التوازن الإقتصادي بين الدولة والمستثمر في العقود الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة 2020، ص17.

[3] – هفال صديق إسماعيل، مرجع سابق، ص 179.

كما تعد وسيلة من الوسائل المباشرة التي تتم بين طرفي النزاع، بحيث لا تتطلب تدخل شخص مثلما هو الحال في المصالحة والوساطة، كما يفترض فيها حسن النية من قبل الأطراف قصد حل النزاع بطرق رضائية فيما بينهم.

أما من منظور الفقه نجد أي خلاف أيا كانت خطورته يمكن مناقشته عن طريق السعي لإيجاد الحلول المناسبة من خلال ضمانة التفاوض أو الحوار، شريطة توافر حد أدنى من المساواة القانونية بين الطرفين المتفاوضين[1].

في حين تلعب المفاوضات دورا مزدوجا، دورا وقائيا يتمثل في منع تطور النزاع وآخر علاجي عن طريق التخفيف من حدة التوتر بين الطرفين المتنازعين وبالتالي تضييق شقة الخلاف والعمل على تسويته[2].

كما أضحت هذه الأخيرة تدرج في أغلب العقود الإستثمارية الدولية الحديثة، عن طريق بند أو نص يفرض على أطرافها الدخول في مفاوضات لتسوية أي نزاع محتمل قد ينشأ بينهم أو للوقاية منه، بسبب تغيير الظروف أو تنفيذ العقد على نحو يخل بالتوازن العقدي أو في أداء الأطراف، وهو ما يعرف ببند إعادة التفاوض[3].

ومن أمثلة العقود الإستثمارية نجدها تنص على كل نزاع لم تتم تسويته بطريقة التفاوض المباشر بين الطرفين يتم عرضه على هيئة التحكيم بطلب من أحدهما، مثال ذلك الإتفاقية المبرمة بين أبو ظبي والسعودية وكذا

---

[1] – دريد محمد السامرائي، مرجع سابق، ص312.

[2] – راجع، زياد فيصل حبيب خيزران، مرجع سابق، ص335.

وعلاء أبريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2008، ص91.

[3] – رقاب عبد القادر، الآليات البديلة لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، 2019–2020، ص301.

دولة قطر والكويت بناءا على مجموعة من المفاوضات أبرمت من قبل الشيخ زكي اليمني ووزير البترول السعودي آنذاك مع 16 شركة غربية على اختلافها[1].

على غرار ذلك العقد المبرم بين الحكومة المصرية و إحدى شركات صناعة الطائرات بأوكرانيا في05 سبتمبر 1996[2]، بالإضافة الى نص المادة 26- 01 من العقد المبرم بين ميلانو بايطاليا بين إحدى الجهات المصرية و شركة " كارلو جافيتزي الفضائية " بتاريخ 06 أفريل 2001الذي جاء فيه " في حالة أي خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا الاتفاق أو تتعلق به أو مخالفته، فعلى الأطراف محاولة حل المسألة وديا من خلال المفاوضات في ما بينهم".

تطبيقا لقاعدة إجراء التفاوض في المنازعات الإستثمارية، تم إبرام اتفاق بين الوكالة الوطنية للإستثمار وشركة "حامة ووتر ديسالنايشن .H.W.D [3]حيث نصت في المادة 18 منها على أن يبذل الأطراف ما في وسعهم لتسوية كل الخلافات التي قد تنشأ فيما بينهما التي تنجر عن هذه الإتفاقية، أو لما لها علاقة بها وذلك في إطار محادثات تجري في ظرف 15 يوما من تاريخ استلام التبليغ بالخلاف من قبل الطرف المرسل إليه وفي فترة لا تتجاوز شهرين من استلام التبليغ بالخلاف.

---

[1] –تم توقيعها بمدينة الرياض عام 1972 حيث نصت المادة الثانية عشر منها وكذا الملاحق الخمس على جميع الجوانب المشاركة في الامتيازات القائمة في رأسالمال، وكذا إدارة ومراقبة الشركات المختلطة، نقلا عن أحمد بوخلخال، نظام تسوية منازعات الإستثمارات الأجنبي في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2012-2013، ص51.

[2] –في هذا الصدد نص البند رقم 05 منه على " في حالة النزاع بين الأطراف بشأن تنفيذ هذا العقد، فعليهم بذل جهودهم للتفاوض وحل هذا النزاع بأنفسهم " ...أشار إليه أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط أولى، 2013، ص 41.

[3] – اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار وحامة واتر ديسالنايشن " D.W.H"شركة ذات أسهم، ج ر، ج ج، عدد 07، صادر في 28 جانفي 2007.

إن مصطلح "يبذل الأطراف ما بوسعهم" هنا دليل على أن ماجاء في هذا البند يقصد به اللجوء للتفاوض قبل اللجوء للوسائل الأخرى.

أما بالتعريج على الإتفاقيات الثنائية، نجد الإتفاقية الجزائرية الصينية[1]قد جسدت فعلا اللجوء لضمانة التفاوض كضمانة بديلة ودية وتحديدا في نص المادة التاسعة منها بقولها " يسوى بقدر الإمكان وديا عن طريق التفاوض بين الأطراف ذات العلاقة، أي نزاع بين مستثمري أحد الطرفين المتعاقدين والطرف المتعاقد الآخر بخصوص أحد الإستثمارات بإقليم هذا الطرف المتعاقد الأخير".

كما تناولت المادة السابعة من الإتفاقية المبرمة بين دولة الجزائر وماليزيا[2] نفس الحل بقولها مصطلح "المشاورة أو المفاوضة."

بدورها كرست الإتفاقية الجزائرية النيجرية[3] ضمانة التفاوض حيث أطلقت عليها مصطلح المشاورات وهو ما يدل على أنها قصدت بذلك المفاوضات، بالرجوع لبعض الإتفاقيات الدولية نجدها لم تنص صراحة على مصطلح التفاوض كبند صريح، بل اقتصر ذكرها ضمنا أو بصيغة الجمع كالطرق الودية أو السلمية ومنها ما

---

[1] – المادة 09 من المرسوم الرئاسي رقم 02-392 مؤرخ في 25-11-2002 يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة دولة الصين الشعبية حول التشجيع والحماية المتبادلتين للإستثمارات الموقعة ببكين في 20-10-1996 ،ج-ر، عدد 77سنة 2002.

[2] – المرسوم الرئاسي رقم 01-2012 المؤرخ في 2001/07/23، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة ماليزيا حول الترقية وحماية الإستثمارات الموقع في الجزائر بتاريخ 2000/01/27 ،ج ر، عدد 42 ، لسنة 2001

[3] –المرسوم الرئاسي رقم 03-94 المؤرخ في 2003/03/03، يتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية نيجيريا الاتحادية حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقع بأبوجا في 2002/01/14 ،ج- ر،عدد 16 ،لسنة 2002.

نص على مصطلح التراضي[1]كأسلوب لحل منازعات الإستثمار، ومن الإتفاقيات ما ذكر مصطلح " وديا" بين الطرفين المتعاقدين أو بعبارة "قدر الإمكان".

هنا يفهم أن المفاوضات تعتبر جزء لا يتجزأ من بين هذه الوسائل الودية، كما تعد إن صح القول محطة بارزة يسعى اليها هؤلاء قبل اللجوء لآليات التسوية الأخرى على شاكلة القضاء الوطني وأجهزة التحكيم التجاري الدولي.

كما هو الحال في الإتفاقيات الثنائية المبرمة في ميدان الإستثمارات، نجد الإتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف هي الأخرى بدورها قد كرست ضمانة التفاوض كطريق ودي رضائي لحل النزاعات الإستثمارية، نجد على سبيل المثال اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الإستثمار نصت المادة الثانية منها على" يسعى الأطراف في أي منازعة منصوص عليها في المادتين 34 فقرة ثانية والمادة 35[2]من هذه الإتفاقية الى تسويتها عن طريق المفاوضات ولا يجوز اللجوء لإجراءات التوفيق أو التحكيم، الا بعد استنفاذ سبل التسوية عن هذا الطريق،كما تعتبر المفاوضات قد استنفذت اذا فشل الأطراف في التوصل الى حل خلال ستة شهور من طلب أي طرف الدخول فيها".

[1] – نصت الإتفاقية الفرنسية الجزائرية في المادة الثامنة منها في مجال حماية الإستثمارات وتشجيعها على " كل خلاف يتعلق بالاستثمارات بين أحد الطرفين المتعاقدين ومواطن أو شركة من الطرف المتعاقد الآخر يسوى وبقدر المستطاع بتراضي الطرفين المعنيين".

[2] – نصت المادة 35من الاتفاقية على " أي منازعة بين أي من الأقطار المتعاقدة أو الأعضاء من جهة وبين المؤسسة من جهة أخرى بشأن استثمار مؤمن عليه طبقا لهذه الاتفاقية أو بشأن أي موضوع آخر تتم تسويتها حسب الإجراءات المنصوص عليها في الملحق المرفق، وذلك دون إخلال بإختصاص مجلس المساهمين في تفسير نصوص هذه الإتفاقية وتطبيقها وبسلطته في تحديد المسائل التي تدخل في هذا الاختصاص".

يتبين من الإتفاقية أنها اشترطت إتباع سبيل التفاوض جبرا لحل النزاعات قبل اللجوء الى أي وسيلة أخرى بمعنى آخر أنها جعلت منه إجراء إلزاميا للتسوية، كما حددت مدتها بستة أشهر من تاريخ انطلاقها.

بينما على صعيد آخر وردت أيضا صيغة المفاوضات في اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار لسنة 1985[1]في المادة رقم 02 من الملحق رقم 02 منها بقولها[2]" يسعى الطرفان في أي منازعة مما يدخل في مجال تطبيق هذا الملحق قبل تسويتها عن طريق المفاوضات قبل اللجوء الى إجراءات التوفيق أو التحكيم، كما تعتبر المفاوضات قد استنفذت إذا فشل الطرفان في التسوية خلال 120 يوما من تاريخ طلب الدخول في المفاوضات".

في حين نجد العديد من التشريعات الداخلية قد قامت بتقنين هذه الضمانة لتسوية النزاعات عن طريق وضع أسس ونصوص قانونية توجب على أطراف النزاع الإستثماري المرور بمرحلة التفاوض.

في هذا الصدد نصت المادة 40 من قانون الإستثمار الفلسطيني لعام 1998[3]"عندما يعتقد المستثمر أو السلطة الوطنية بأن نزاعا قد نشأ بينهما، يمكن لأي منهما أن يطلب المباشرة بإجراء مفاوضات وفقا للإجراءات المحددة في الأنظمة ويمكن لأحد طرفي النزاع أن يطلب إجراء مفاوضات قبل لجوءه الى تسوية النزاعات المنصوص عليها في الفقرة "ب" من هذه المادة ".

---

[1] – المرسوم الرئاسي رقم 95– 345 مؤرخ في30–10– 1995 ، يتعلق المصادقة على الإتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الإستثمار، ج ر،عدد 66 ،عام 1995.

[2] – نص المادة 02 من الملحق رقم 2 من اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الإستثمار، مرجع سابق.

[3] – نص المادة 40 من قانون تشجيع الإستثمار الفلسطيني رقم واحد لعام 1998، نقلا عن وسيم حسام الدين الأحمد، قوانين الإستثمار العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط أولى، 2011، ص103.

ننوه أن قوانين الإستثمار الجزائرية لم تتطرق لضمانة التفاوض كغيرها من الضمانات الأخرى كالصلح والوساطة، غير أن المشرع الجزائري لم يسقط حق المستثمر في اللجوء اليها باعتبارها ضمانة إجرائية له كما رأينا، سواء في الإتفاقيات الدولية بنوعيها في مجال حماية الإستثمارات الأجنبية وتشجيعها أو حتى من خلال عقود الإستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية وبين المستثمرين الأجانب.

الفرع الثاني: إجراءات سير العملية التفاوضية

تشكل المفاوضات كما رأينا ركنا جوهريا، كما تعد طريقا بديلا لتسوية المنازعات، فهي وسيلة اتصال مباشرة بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة عن طريق تبادل الحوار والنقاش بينهما، حيث يعرض كل منهم ما لديه من نقاط اختلاف وملاحظات أو معطيات حول موضوع النزاع، مما يتطلب تعاونا مشتركا للوصول الى اتفاق حول تسوية النزاع و استمرار العلاقة الإستثمارية.

ومن أهم الميزات التي تمتاز بها العملية التفاوضية أنها لا تتقيد بأي نوع من الشكليات أو القواعد الموضوعية بل تقتصر على مجرد تعيين المكان والزمان والمواضيع التي تحتاج لحوار ونقاش جدي[1].

كما تتم في صورة شفوية أو كتابية، بمعنى آخر هي غير مقيدة بنوع معين، فمتى دخل الطرفان في مرحلة التفاوض يترتب عليها العديد من الآثار والإلتزامات لكلا الطرفين المتنازعين.

كما تمر عملية التفاوض بمجموعة من الإجراءات، تتمثل في الدعوة الى التفاوض وكذا اختيار المفاوض وجلسات التفاوض وتحديد المدة التي تقوم عليها المفاوضات.

[1] – أحمد بوخلخال، مرجع سابق، ص49.

كما هو الحال تبدأ المفاوضات بناء على رغبة الأطراف لإيجاد الحلول اللازمة لتسوية النزاع بينهم، كأن يقوم أحدهم بإرسال طلب يبين رغبته في اللجوء اليها، كما يتضمن ملخصا عن أفكاره وتصوراته وأسباب النزاع ومقترحاته للتسوية، فيما يرد الطرف الآخر بدوره حسب وجهة نظره حول طلبات واقتراحات الطرف الأول.

وبذلك يعقد الطرفان اجتماعا أوليا لدراسة أسباب النزاع ومناقشة طلباتهما والسعي لإيجاد جملة من الحلول المقترحة بعقلانية دون التمسك بالحقوق والإلتزامات التي يمكن أن تطرح أثناء التحكيم أو القضاء.

كما يقع على عاتق كل طرف إخطار الطرف الأخر بكافة الظروف المحيطة بالنزاع ،أضف الى إدلاءه بكافة المعلومات الصحيحة ، فمتى دخل الطرفان في مرحلة التفاوض تنشأ حالة واقعية يترتب عليها جملة من الإلتزامات تقع على عاتق كل منهما[1]أين يتوجب على الطرف الآخر تقديم المعلومات الضرورية الصحيحة،هذا ما ذهبت اليه الغرفة التجارية بباريس لعام 1981[2]،كما يسعى المتفاوض الى معرفة كل ما هو ملزم وضروري من شأنه التأثير على قراره بالقبول أو الرفض،وهنا يكون دور المفاوض بذل العناية الكافية اتجاه ما يقدمه الطرف الآخر من اقتراحات، من خلال إبداء الجدية والرغبة في الوصول للتسوية الملائمة

---

[1]– تتجلى هذه الإلتزامات في الإلتزام بالإستمرار في التفاوض، بمعنى الإلتزام بالقيام بالعمل وليس الالتزام بتحقيق نتيجة كون الالتزام لا يعني التوصل إلى اتفاق، وبالتالي كل طرف يدخل في المفاوضات رغبة في حل النزاع وهو ما يمنح الطرف الآخر الثقة والاطمئنان للتفاوض

ثانيا: الالتزام بالإعلام وهو تصرف منطقي لمبدأ حسن النية في المعاملات، يفرض إحاطة الطرف الآخر بكل ظروف النزاع. راجع، أحمد بوخلخال، مرجع سابق، ص49–50.

[2] – نجد في هذا الصدد فيما ذهبت اليه غرفة التجارة الدولية بباريس الى التزام المفاوض باطلاع الطرف الآخر على ما يوجد هنالك من أحكام خاصة في القانون الواجب التطبيق، كما رتبت على الإخلال بهذا الإلتزام سقوط حقه في التمسك بما أخفاه، وقضت هيئة التحكيم التابعة لها في حكمها لسنة 1981، الى عدم إمكان تمسك المتعاقد بعدم جواز التحكيم بحجة أن هذا الشرط لم يصدر به مرسوم حكومي، ما دام المتفاوض قد نكل عن إعلام الطرف الآخر بهذا الشرط، راجع، مذكرة رقاب عبد القادر، مرجع سابق، ص310.

والإلتزام بالمحافظة على السرية وكتمان المعلومات على اختلافها،كما يقع على عاتقه عبء المسؤولية حال تبوث أنه كان بوسعه الوصول للمعلومات الضرورية ببذل جهد .

في هذا يذهب الفقه الى قيام مسؤولية المتفاوض إذا تعهد أو وعد بتنفيذ أمر يستحيل تنفيذه أو في حال لم يوضح للطرف الآخر الصلاحيات المخولة له لا تمنحه صراحة سلطة الحسم في موضوع النزاع، أو إبداء رأيه في مقترحات الطرف الآخر، تنعقد مسؤولية المتفاوض إن كان يعلم أو بوسعه العلم بحقيقة الأمر[1].

إن هذا الالتزام يجد تبريره صراحة في أن كل من الطرفين يدخل المفاوضات برغبة في وجود حل لتسوية نزاعه وهو الأمر الذي من شأنه بعث الثقة والطمأنينة في نفسية الطرف الآخر بأنه سيتفاوض معه برغبة وجدية[2].

من هذا المنطلق يتبين أنه إذا كان أحد الأطراف غير جاد أو امتنع فيحق للطرف الثاني إمكانية اللجوء للقضاء مطالبا بالتعويض عما لحقه من أضرار نتيجة سوء نية الطرف الآخر.

أما بالنسبة لجلسات التفاوض فتجرى ما بين أشخاص يطلق عليهم اسم مندوبين أو الممثلين أو المتفاوضين يزودون بالوثائق التي تمنحهم صلاحية التفاوض[3]خاصة بالنسبة للمفاوض أو ممثل الدولة المضيفة للاستثمار

---

[1] –Mereille taok , les modes alternatifs de règlement des conflits , éditions delta , Beyrouth Liban. 2009, p 195

[2]– مصطفى خالد مصطفى النظامي، الحماية الإجرائية للإستثمارات الأجنبية الخاصة، دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 2002، ص64–65.

[3] –في هذا الصدد نجد الجزائر قد فوضت وزير المالية السيد كريم جودي ممثلا للتفاوض مع المجمع الروسي النرويجي فيمبلكوم vimplco وذلك في قضية جيزي، كما نجد أن وثائق التفويض يجب أن تحمل الطابع الدولي الذي يرمز الى سيادتها واستقلالها وتوقيع الممثلين القانونيين لمؤسسات الدولة التي يربطها مشروع استثماري بالنسبة للمستمر الأجنبي الذي قام بخصوصه النزاع موضوع التفاوض، راجع ، بن عميور أمينة، مرجع سابق، ص274 .

حيث يقومون في إطار هذه الإجتماعات بتبادل وجهات النظر حول المسألة المعروضة قصد الوصول لتسويتها، كما تؤخذ بعين الإعتبار المدة التي تستغرقها المفاوضات في حل النزاع، فبعد انقضاء المدة المحددة للفصل في النزاع هنا يتحدد ما إذا أسفرت هاته المفاوضات الى حل ودي ومرضي للطرفين أو العكس.

يفهم من هذا أن تاريخ بداية المفاوضات له أثر مهم، بتحديدها يبدأ احتسابها، وبرجوعنا للإتفاقيات نجد غالبيتها قد حددت المدة التي تجرى فيها المفاوضات بأجل ستة أشهر، بعدها يخول للأطراف اللجوء للوسائل الأخرى حال فشلها.

الفرع الثالث: أثر اللجوء للمفاوضات

بإعتبار اللجوء لضمانة التفاوض ينبع من اتفاق الأطراف، فهو لا يتحقق إلا بمقتضى ما وضعه هؤلاء من ضوابط تجيز لهم اللجوء اليه، لأن ما يتصوره أطراف التفاوض ويضعونه حول ما يثور بينهم من نزاع ويوقعونه، يعتبر قواعد سلوكية اتفاقية تضبط علاقتهم، كما تحقق العدالة والأمان بينهم.

من جهة أخرى يرتب اللجوء للمفاوضات كطريق لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي التزام أطراف العلاقة الإستثمارية بحسن النية والإستمرار في عملية التفاوض[1] الذي لا يجوز قطعه الا لأسباب جدية كما رأينا باعتبار أن العملية الإستثمارية من بين المسائل المستمرة والخاضعة للعديد من للمتغيرات، وهو الأمر الذي

[1] –متى نشأت هذه الحالة فإنه يترتب على الطرفين الالتزام بأصول التفاوض والتي هي عبارة عن جملة من الإلتزامات التي تتفرع في مجموعها عن مبدأ حسن النية، والذي يلتزم به كل متفاوض بأن يجعله قبلة ومنهاجا، راجع، مصطفى خالد مصطفى النظامي، مرجع سابق، ص63.

تتطلب توفير جو ملائم، كما يتطلب درجة معينة من الثقة المتبادلة لكلا الأطراف المتنازعة وفق ما يقتضيه النظام العام بالإضافة الى القواعد والعادات والأعراف التجارية والإستثمارية الدولية[1].

بينما تفترض المفاوضات مساواة الأطراف، أضف الى مراعاة مصالح كل طرف وفق مبدأ التعاون والمنفعة المتبادلة،[2] على اعتبار أن الإستثمار قد يفرض علاقات غير متكافئة بين الدولة المضيفة والمستثمر الذي يرغب في تنفيذ مشروعه، مما قد يجعل الطرف الضعيف يقدم تنازلات أكثر أو يتخلى عن بعض حقوقه دون إتمام المهلة المتفق عليها بغية الوصول الى تسوية النزاع التي تساعد في بذل الأطراف للجدية اللازمة .

وبما أن المهلة ليست مطلقة إنما لها تاريخ محدد يعملان من خلاله على طي النزاع وتجنب اللجوء لضمانتي التحكيم أو القضاء، كما يوفر عليهما الكثير من الوقت والجهد والنفقات، وفي النهاية يترتب على المفاوضات أثرين هامين وهما:

إما أن يتوصل الطرفان إلى حل النزاع كليا أو جزئيا، وفي هذه الحالة يجب على الأطراف المتفاوضة التي توصلت الى حل النزاع الإستثماري إفراغ حلهم في محرر مكتوب لمنع تجدد المنازعة مستقبلا[3].

وعليه لابد من تنفيذ الإتفاق الذي توصل اليه أطراف النزاع، بما أنه يرتب التزاما وهنا لا يجوز مخالفته أو التهرب منه الا بالإرادة المشتركة للأطراف[4].

---

[1] – رقاب عبد القادر، الآليات البديلة لتسوية منازعات الإستثمار، مرجع سابق، ص313.

[2] – بن عميور أمينة، مرجع سابق، ص313

[3]– في حال توصل الأطراف المتنازعة الى حل عن طريق المفاوضات، يحرر عن طريق محرر مكتوب وذلك لأمرين مهمين أولاهما يتمثل في إثبات التوصل الى حل للنزاع، حتى لا يتنصل أحد الأطراف المتنازعة من التهرب الحل المتوصل اليه أما ثانيها فيتمثل في منع قيام المنازعة مستقبلا في ذات النزاع، سواء تم ذلك أمام الجهات القضائية أو الجهات التحكيمية. راجع: بن عميور أمينة، مرجع سابق، ص277.
وبوخلخال أحمد، مرجع سابق، ص 50. .

[4] – أبو زيد رضوان، تسوية المنازعات الدولية بين القضاء والتحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر1999، ص421.

أي هنا يعد الأثر الإلزامي للتسوية الودية بمثابة العقد الملزم لأطرافه في المستقبل حتى يقيم الحجة عليهم.

كما يرى جانب من الفقه أن اتفاق تسوية النزاع عن طريق المفاوضات بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي هو بمثابة عقد[1]، فيما يرى البعض الآخر أن ما يترتب عن التسوية الودية عن طريق الآليات البديلة له حكم العقد وهي بذلك قابلة للتطبيق، شريطة عدم تعارضها أو مخالفتها للنظام العام، فالأثر الإلزامي للتسوية الودية من خلال نجاح المفاوضات يخضع لأساسها التعاقدي والقواعد التي تحكم تنفيذ العقود.

وعليه يمكن القول أن نجاح تسوية النزاعات عن طريق الآليات البديلة مرهون برضا الطرفين المتنازعين لما تم التوصل إليه عن طريق المفاوضات، أما الأثر الثاني فيتضح في عدم توصل الأطراف المتنازعة الى تسوية النزاع الأمر الذي يترتب عليه فشل العملية التفاوضية، وهنا سوف يبقى النزاع قائما، بإعتبار المفاوضات ما هي الا طريقة وقائية ومنه لا تشكل مانعا يحجب الأطراف المتنازعة من اللجوء للضمانات الودية الأخرى كالوساطة والتوفيق وهذا ما سنراه.

المطلب الثاني: التسوية عن طريق ضمانتي "الوساطة والتوفيق"

تعرف الآليات البديلة على أنها وسائل تستخدم لحل المنازعات بطريقة ودية خارج نطاق المحاكم والهيئات القضائية الرسمية[2]مستفيدة من مزايا السرعة في حسم النزاع بمشاركة أطراف النزاع ذاتهم، وكذا الحفاظ على السرية والعمل على استمرار العلاقات، إضافة الى مرونتها من حيث إجراءات حل النزاع والقواعد المطبقة عليه.

---

[1]– أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص421.

[2]– أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 29.

كما تنص العديد من التشريعات وكذا الإتفاقيات الدولية على ضرورة المرور بإجراءات التسوية الودية قبل إحالة رفعها للقضاء، وعليه تعد الوساطة والتوفيق إحدى الوسائل البديلة المكرسة في حسم منازعات الإستثمار.

وعليه نتطرق في الفرع الأول لضمانة "الوساطة " أما الفرع الثاني فخصصناه لضمانة" الصلح " باعتبارهما ضمانتان وديتان لحسم منازعات الإستثمار.

الفرع الأول: الوساطة

تعرف الوساطة على أنها عبارة عن عملية مفاوضات غير ملزمة يقوم بها طرف ثالث محايد يهدف إلى مساعدة أطراف النزاع للتوصل لحل قائم بينهما، من خلال إتباع واستخدام فنون مستحدثة في الحوار لتقريب وجهات النظر وتقييم المراكز القانونية لطرفي النزاع تحت غطاء من السرية".[1]

كما عرفها الأستاذ فوشار على أنها[2] " آلية تقوم على أساس تدخل شخص ثالث محايد في المفاوضات بين الطرفين تكون مهمته محدودة في محاولة التوفيق بين الأطراف أو بذل مجهود لتقديم حل يرضي الطرفان".

---

[1] –خرفان حازم، الوسائل البديلة لفض النزاعات، واقع الوساطة كوسيلة لفض النزاعات في القانون الأردني، مجلة نقابة المحامين، ملحق الأبحاث، 2008، ص 03– 04.

[2] –كما عرفها FOUCHARD من حيث المهمة التي يقوم بها الوسيط وذلك كالتالي:

"La mission du médiateur se limite à tenter de concilier les parties, ou à s'efforcer de les amener à une solution mutuellement acceptable. La médiation est consensuelle du début à la fin» نقلا عن أحمد بوخلخال مرجع سابق ، ص60

من خلال هذا التعريف لا يتخذ الوسيط القرارات للأطراف المعنية كما هو الحال في التحكيم والقضاء لكنه يساعد الأطراف المعنية عن طريق بناء عملية الإتصال والتفاوض[1]، تسمح لهم بتحليل المشاكل وإيجاد الحلول وفي النهاية الإتفاق على مجموعة من الخطوات الواجب اتخاذها لحل المشاكل.

كما نصت المادة 03-76من " قواعد الوساطة والتوفيق " الصادرة عن الغرفة العربية سنة 2001 على أن " الوساطة هي اتفاق أطراف علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية، على عرض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ عنها، ويجوز بشأنها تعين وسيط أو أكثر محايد أو يتفقون على طريقة تعيينه لتسويتها وديا بإبرام اتفاق ملزم.

كما تم النص على الوساطة في العديد من المواثيق الدولية[2]، كاتفاقية لاهاي لعامي 1899 و1907 الخاصة بتسوية النزاعات الدولية بالطرق السلمية، هذه الأخيرة حددت مفهوم الوساطة كما ضبطت قواعد ممارستها باعتبارها مجرد مشورة غير إلزامية[3]سواء تمت عفويا أم بناء على طلب إحدى الدول المتنازعة.

---

[1] – محمد علي عبد الرضا عفلوك، الوساطة في حل النزاعات بالطرق السلمية في التشريع العراقي، دراسة مقارنة، مجلة رسالة الحقوق، العدد الثاني،2015، ص 193.

[2] – تم النص على الوساطة كوسيلة بديلة لحل النزاعات الدولية في المواثيق الدولية، منها: اتفاقيتا لاهاي لعامي 1899 و1907 الخاصة بتسوية المنازعات الدولية بالطرق السلمية، التي طرحت مفهوم الوساطة وضبطت قواعدها، كما نصت أيضا على أن الوساطة التي تعتبر بحد ذاتها عمال غير ودي، وأنه يحق للدول إعادة عرض وساطتها رغم رفضها أول مرة.
كما أحدثت المادة الثانية من اتفاقية 1907 مبدأ اللجوء إلى الوساطة والإفادة منها قبل الاحتكام إلى السلاح، غير أنها قيدت هذا المبدأ بعبارة بقدر ما تسمح به الظروف.

[3]– يخلف توري، تسوية المنازعات الدولية بالطرق السلمية، مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تامنغست، المجلد 07، العدد 02، 2018، ص293.

يتبين مما تقدم أن الوساطة طريقة سهلة ومجدية في حل النزاعات، الا أنها مغايرة عن الوسائل الودية الأخرى، كما يتمثل الوسيط عن طريق شخص ثالث حيادي ونزيه يسهل المفاوضات بين المتنازعين فهي وسيلة اختيارية ولا توجد فيها أية مخاطرة بحيث يخول فيها لكل طرف الإنسحاب منها في أي وقت يشاء.

بالتعريج على مزاياها نجدها تكفل قدرا من الخصوصية والسرية أثناء تسوية النزاع، فالوسيط ملزم بالحفاظ والحرص على عدم تسرب كل ما يتعلق بالنزاع،فشرط السرية يجب أن يذكر في اتفاق الوساطة إذ يتعهد أطراف النزاع بأن يحافظوا على إجراءاتها في جو من السرية والكتمان، ومن مميزاتها أنها قليلة التكاليف ولا تستغرق وقتا طويلا عكس ما هو عليه أمام القضاء أو التحكيم،من ناحية أخرى تم تجسيد الوساطة على الصعيدين الداخلي أو الدولي،بالرجوع للتشريعات الداخلية نجدها قد عمدت الى تكريس ضمانة الوساطة كآلية بديلة لحل المنازعات على سبيل المثال نجد الولايات المتحدة الأمريكية قد أنشأت بموجب النظام الفيدرالي للوساطة والمصالحة وذلك عام1947 وطبقت في العديد من ولاياتها،حيث أضحت وسيلة فعالة يتم اللجوء إليها في كثير من المنازعات الإستثمارية.

كما طبقته دولة فرنسا بموجب القانون رقم 125 –95 لعام 1995 في نص المادة21 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

كما نص قانون تشجيع الإستثمار الأردني رقم 16 لعام 1995[1] في مادته 33على تسوى نزاعات الإستثمار بين المستثمر لرأس مال أجنبي والمؤسسات الحكومية الأردنية وديا بين طرفي النزاع حيث ذكر من بينه ضمانة الوساطة، بينما نجد المشرع الجزائري قد قام بتكريسها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]دون

[1] – انظر نص المادة 33من قانون الاستثمار الأردني رقم 16 لعام 1995.

[2] – نجد المشرع الجزائري قد نظم الوساطة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08–09، بموجب مواده من 994 الى 1005، الى أنه لم يتطرق لتعريف واضح لها، بل نص على الإجراءات الواجب اتباعها في سير عملية الوساطة القضائية.

قانون الإستثمار،حيث نجد نص المادة 24 من قانون 16-09 قد أشارت الى مصطلح المصالحة والتحكيم دون التطرق لضمانة الوساطة،الا أن مشروع قانون الإستثمار قد أعاد إدراجها بموجب نص المادة الثانية عشر[1]منه بالقول " يخضع كل خلاف ... تتعلق أحكامها بالمصالحة والوساطة..."، وهذا دليل على أهمية هذه الأخيرة ودورها الفعال في تسوية منازعت الإستثمار.

على الصعيد الدولي تم ادراج ضمانة الوساطة في العديد من الإتفاقيات الدولية بنوعيها في مجال منازعات الإستثمار، أما عربيا نجد دولة مصر قد تقدمت على بقية الدول العربية في هذا المجال، حيث وضع مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي قواعد للوساطة والتوفيق وبدأ العمل بها منذ عام 1990 تحت عنوان مركز الوساطة والمصالحة، وأنشأ المركز كفرع من فروع مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم ليتولى إدارة الوساطة وغيرها من الوسائل البديلة الأخرى لحسم منازعات التجارة والإستثمار.

كما قد تلجأ الأطراف المتنازعة إلى إبرام اتفاق خاص بغية تسوية النزاعات التجارية والإستثمارية بينهما وديا دون اللجوء إلى مراكز الوسائل البديلة لحل النزاعات أو مؤسسات التحكيم أو إلى القضاء المحلي، كما يمكن هؤلاء من إدراج بند في العقد الأساسي يهدف إلى تسوية نزاعاتهم عن طريق الإتفاق[2]عن طريق خبير أو وسيط يتم الاتفاق على دوره ومهامه وتعيينه.

[1] – المادة 12 من مشروع قانون الاستثمار لسنة 2022، مرجع سابق.

[2] – يعتبر اتفاق الوساطة عملا اختياريا يعتمد على رضا الأطراف في إقامته، الا أن بعض التشريعات واللوائح جعلت منه عمال ذا أولوية يجب اللجوء إليه قبل التحكيم أو القضاء، على غرار قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية "ICC، التي نصت على ضرورة اللجوء الى بعض الاجراءات السابقة ، مثل محاولة تسوية النزاع وديا عن طريق المفاوضات أو الوساطة أو التوفيق عن طريق طرف محايد بين طرفي النزاع،راجع ،رقاب عبد القادر، مرجع سابق ، ص271.

الفرع الثاني: الصلح " التوفيق".

يعتبر الصلح أو ما يعرف بالتوفيق من بين الوسائل السلمية المكرسة لتسوية المنازعات الإستثمارية بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، حيث عرفه الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة على أنه [1]" نظام قانوني يتفق بمقتضاه الأطراف بمبادرة منهم، أو بناءا على جهة قضاء أو تحكيم، قبل وقوع النزاع أو بعده على اختيار شخص أو أكثر من الغير للمقاربة بينهم، كما يساعدهم على تجاوز خلافاتهم والوصول بأنفسهم الى حل لمنازعاتهم الناشئة عن حقوق يجوز لهم التصرف فيها، وإبرام صلح يحقق مصالحهم القائمة كما يراعي مصالحهم القادمة".

كما يرمي نظام التوفيق الى تدخل طرف ثالث للتقريب بين الطرفين، يسمى " بالموفق" يكون من اختيارهما كما يعمل على تسهيل الإتصال المباشر بينهما لتذليل العقبات من أجل التوصل للصلح أو تسوية نابعة من إرادتهما بإعتباره طرفا موفقا، وليست له سلطة الفصل في النزاع بحكم ملزم ولا هو وسيط يعرض الحلول إنما يعرض اقتراحات على الطرفين للتوفيق بين وجهة نظر كل منهما، دون أن تكون له سلطة فرض أي تسوية عليهما فهو يعد موفقا وليس حكما أو وسيطا.

إن التوفيق بنوعيه[2]طريق قانوني لتسوية نزاعات الإستثمار يهدف من وراءه للتوصل لحل يرضى الطرفين كما يقتصر هنا دور الموفق أو المصلح على تقريب وجهات نظر الأطراف، وعليه يفهم أن ما يتوصل اليه هذا

---

[1] –أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص250.

[2] – للتوفيق صورتان، فهناك التوفيق الإختياري ويكون عندما يلجأ أطراف النزاع بعد حصول الخلاف إلى إيجاد تسوية تنهي النزاع القائم بينهم، أما التوفيق الإجباري فهو عبارة عن اتفاق يبرم قبل نشوء النزاع بين الأطراف يقضي باللجوء إلى التوفيق لتسوية ما ينشأ بينهم من نزاعات، راجع، عمر سعد الله ، حل النزاعات الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 ص77.

الأخير ليس الا مجرد اقتراحات تبقى عالقة التنفيذ إلا بقبولها من قبل الأطراف المتنازعة أو الإتفاق على إحالة النزاع للقضاء الداخلي أو التحكيم التجاري الدولي.

بالرجوع للتشريعات الداخلية وتحديدا قوانين استثمارها نجدها أقرت هذه الضمانة كالمادة 24 من قانون 16-09 المتضمن قانون الإستثمار في الجزائر، هذا الأخير نجده أقر ضمان حق المستثمر الأجنبي في اللجوء للوسائل الودية المتمثلة في المصالحة " لتسوية منازعاته متى كان النص يندرج ضمن اتفاقيات دولية بنوعيها.

كما أقره المشرع الجزائري في قوانينه الأخرى ونخص بالذكر قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم08-09 حيث أدرجه ضمن الطرق البديلة والمستحدثة عن القضاء.

كما يلجأ الأطراف اليه عادة تفاديا لإجراءات التقاضي وكذا المحافظة على العلاقات الدولية بينهما، أضف الى وظيفته في حسم النزاع[1]ومن بينها التشريع اليمني الذي نظم قواعد الصلح وأحكامه ضمن نصوص القانون المدني بل وجعل المشرع اليمني اتفاقات الصلح من السندات التنفيذية بعد المصادقة عليها من طرف المحاكم وذلك بموجب قانون المرافعات والتنفيذ المدني.

كما نص قانون تشجيع الإستثمار السوداني لعام 1999 في الفصل المتعلق بفض منازعات الإستثمار في مادته 32 على " فيما عدا النزاعات التي تحكمها أحكام الإتفاقيات الواردة في البند الثاني إذا نشأ أي نزاع قانوني متعلق بالإستثمار يعرض للتوفيق أو التحكيم[2]".

[1] – ماهر جميل أبو خوان، مرجع سابق، ص75.

[2] –وسيم حسام الدين الأحمد، مرجع سابق، ص120.

قد اقتضت عقود الاستثمار ضرورة اللجوء إلى ضمانة المصالحة قبل اللجوء لوسيلة التقاضي بالتحكيم مثال ما تضمنته المادتين 159، 170 من اتفاقية الشراكة بين الجزائر وفرنسا المبرمة في 1965/07/29 والمادتين 1718، من اتفاقية "جي تي" الأمريكية وشركة سونطراك التي اجتمعت على تحديد آجال شهرين لإجراء المصالحة وفي حالة فشلها أو عدم التبليغ بقبول نتائج لجنة المصالحة يحال النزاع إلى التحكيم كما تم النص على ضمانة المصالحة في العديد من الإتفاقيات الدولية وكذا مراكز التحكيم الدولية[1].

ما ننوه اليه أن المشرع الجزائري لم يذكر مصطلح التوفيق أو المصالحة بصريح العبارة إلا في اتفاقية وحيدة تجلى ذلك بينها وبين دولة سوريا تحديدا في نص المادة السادسة منها[2]التي نصت على حل النزاع الإستثماري أولا عن طريق ضمانة المصالحة.

على صعيد آخر كرست الإتفاقية المبرمة بين دولة العراق والسودان المتعلقة بتشجيع وحماية الإستثمارات لعام 1999 هي الأخرى ضمانة التوفيق في نص المادة الحادية عشر التي جاء فيها " الأصل في تسوية منازعات الإستثمار بين البلدين هو أن تتم عن طريق التوفيق".

أما رجوعا للإتفاقيات الدولية متعددة الأطراف، نجد الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية نصت في فصلها السادس والمتعلق بتسوية النزاعات على إرساء حق المستثمر العربي في

---

[1] – في هذا الصدد نصت المادة 01 في فقرتها الثالثة من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي " اليونيسترال " على ضمانة التوفيق وكذا المادة 02 من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس، راجع، ماهر جميل أبو خوان، مرجع سابق، ص74.

[2] – نصت المادة 06 من الإتفاقية الجزائرية السورية في مجال حماية الإستثمارات على " تتم تسوية الخلافات المتعلقة بمختلف أوجه الإستثمارات والأنشطة المتعلقة بها والعائدة لأحد الطرفين المتعاقدين أو رعاياهما عن طريق التوفيق أو ... وللمستثمر الحق في اللجوء للقضاء المحلي ".

اللجوء للطريق الودي وهو ما نصت عليها المادة 25 من الإتفاقية[1]،حيث ذكرت مصطلح التوفيق كأحد الضمانات الودية لتسوية المنازعات الإستثمارية.

بينما نصت اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الإستثمار على وسيلة التوفيق كطريق ودي بديل وذلك في المادة الثالثة من ملحق الاتفاقية رقم"1"[2]حيث يمكن الرجوع اليه لحسم منازعات الإستثمار قبل اللجوء لضمانة التحكيم.

أخيرا نجد نص المادة الثالثة فقرة ثانية من الملحق الخاص بالوكالة الدولية لضمان الإستثمار[3]أقرت على اعتماد أسلوب التوفيق كأسلوب ودي الزامي لحل منازعات الإستثمار بعد فشل إجراء المفاوضات، أي هنا جعلتها وسيلة ودية ثانية بعد فشل المفاوضات.

الجدير بالذكر هنا أن العديد من المنظمات والمؤسسات ومراكز التحكيم تتولى وتنظم إجراءات التوفيق وفقاً للقواعد الخاصة بالمركز أو المؤسسة التحكيمية المنظمة لمثل هذه الوسيلة البديلة، والتي لا تخرج عما ذكرناه آنفاً وضمن الإطار التشريعي المرسوم لها قانوناً، متجسدة في القواعد القانونية والأحكام الخاصة بالصلح واتفاقاته، التي نظمتها التشريعات المختلفة، وهذا يدل على أن التوفيق لا يعد مرحلة إجبارية، وإنما طريق اختياري يخضع في نهاية المطاف لرضا الطرفين المتبادل.

---

[1] – نصت المادة 25 من الإتفاقية أعلاه على " تتم تسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق هذه الإتفاقية عن طريق التوفيق أو التحكيم ..."

[2] – نصت المادة 03 فقرة أولى من ملحق الإتفاقية على " إذا لم تؤدي المفاوضات الى اتفاق بين الأطراف في المنازعات جاز لهم محاولة تسويتها عن طريق التوفيق ويكون اللجوء الى التوفيق بين الأطراف فإذا تعذر هذا الإتفاق تعين اللجوء الى التحكيم طبقا لما هو مبين في المادة التالية ".

[3] – انظر نص المادة 03 في فقرتها الثانية من الملحق رقم 02 من اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الإستثمار، التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95–345 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، ج –ر، عدد 66، لسنة 1995.

كما ننوه أن أغلب الإتفاقيات الدولية الإستثمارية قد اعتمدت أسلوب أو مصطلح التسوية الودية فقط في بنودها وبالتالي لم تفصح عن ضمانة معينة بالتحديد يتم التقيد بها، فهي ميزة تمنح لحرية للأطراف المتنازعة في اختيار الطريقة المثلى التي تراها مناسبة، حيث نجد أغلبها قد أدرجتها ضمن مصطلح الوسائل أو الطرق البديلة دون تحديد نوع الإجراء الودي الواجب الإتباع شأنها في ذلك شأن العديد من التشريعات الداخلية[1].

بالرغم من تكريس طريق التوفيق كأحد الضمانات البديلة عن القضاء على النطاقين الداخلي والدولي، إلا أنه لايعد الوسيلة الأولى والمثلى لحل النزاع، حيث وجدنا البعض من الإتفاقيات قد اعتمدت طريق المفاوضات أولا كطريق إلزامي بعد فشله يمكن بعدها اللجوء اليه، هذا ما لمسناه في الإتفاقية العربية لإستثمار رؤوس الأموال العربية وكذا الوكالة الدولية لضمان الإستثمار.

الفرع الثالث: دور ضمانتي الوساطة والصلح" في تسوية منازعات الإستثمار

باعتبار ضمانتي الوساطة والتوفيق من بين الوسائل البديلة أو ما تسمى بالسلمية لتسوية منازعات الإستثمار نجدها تتضمن مجموعة من الإجراءات الواجب إتباعها، سواء من قبل الأطراف أو حتى من قبل المفوض بالتوفيق أو الوساطة في مجال التسوية الإستثمارية.

---

[1]–نص قانون الإستثمار في إقليم كردستان رقم 4 لعام 2006 على " تحل المنازعات الإستثمارية وفق العقد المبرم بين الطرفين وعند عدم وجود فقرة فيه بهذا الخصوص تحل بطريقة ودية وبتراضي الطرفين ..."

بينما نصت المادة 13من نظام الاستثمار الأجنبي رقم "م–1" لعام 1421 هـ لدولة السعودية على "مع عدم الإخلال بالإتفاقيات التي تكون المملكة العربية السعودية طرفا فيها، تتم تسوية الخلافات التي تنشأ بين الحكومة و المستثمر الأجنبي في ما له علاقة باستثماراته المرخص لها بموجب هذا النظام وديا قدر الإمكان فإذا تعذر ذلك يحل الخلاف حسب الأنظمة ...".

راجع، زياد فيصل حبيب خيزران، مرجع سابق، ص344–345.

أولا: الإجراءات المكرسة لسير عملية الوساطة

تبدأ عملية الوساطة بمجرد اتفاق الأطراف عليها فهي بمثابة السند الذي تسري عليه، سواء بموجب العقد الأصلي الذي يربط الطرفين الذي ينص في أحد بنوده على اللجوء إلى الوساطة لتسوية المنازعات التي تنشأ بينهما وهو ما يعرف " شرط الوساطة "أو من خلال اتفاق الوساطة المستقل بعد نشأة النزاع وهو ما يعرف "بمشارطة الوساطة[1]".

كما يمكن أن تبدأ الوساطة بدون أي اتفاق سابق، فقد يلجأ طرف من الأطراف إلى طلب الوساطة من أحد المراكز أو الهيئات المتخصصة، محددة فيه طبيعة النزاع وقيمة الأصل المتنازع عليه وهوية الطرف الآخر، ومنه تعيين الوسيط الحر أو باللجوء إلى المركز أو الهيئة التي تتولى ذلك[2].

وقد جرى العمل على أن الوسيط يتبع إجراءات عمل كفيلة بضمان السرعة والفعالية لعملية الوساطة[3]، كما يتم تحيد الإجراءات بعد التشاور مع الأطراف المعنية.

أما بالنسبة لمهام الوسيط يتم توضيحها وضبطها في غضون مدة محددة للوصول إلى حل توافقي غير ملزم للأطراف وفق إجراءات معينة تعتمد على لقائهما به ،أو كل على حدى لدراسة نقاط وفصول النزاع

---

[1]–اباريان علاء، مرجع سابق، ص 101.

[2]– مثال ذلك، ما تم بين حكومة اليمن و المستثمر الفرنسيFOURNIER.E ، أين تم اللجوء إلى وساطة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي لتطبيق قواعده للوساطة على النزاع بين الطرفين، رغم أن العقد المبرم بين الطرفين لا ينص على اللجوء للوساطة لتسوية النزاعات بين الطرفين، بل نصت المادة06 منه على إمكانية تسوية النزاعات عن طريق الآليات البديلة، فحيثما تم طلب الوساطة من طرف الحكومة اليمنية الى مركز القاهرة الذي عرضها على المستثمر الفرنسي و تمت موافقته على ذلك شريطة عدم خضوع النزاع للقانون اليمين، ... انظر. سلوى الشناوي، مستقبل الوساطة كآلية لتسوية المنازعات، ملتقى التحكيم والوساطة، جامعة القاهرة 2010، نقلا عن رقاب عبد القادر، مرجع سابق، ص270.

[3] –يعيش تمام شوقي وخلاف فاتح، الإطار القانوني للوساطة في التشريع الجزائري،جامعة محمد خيضر بسكرة، مجلة المفكر، العدد الخامس عشر، جوان 2017، ص188.

الإستثماري واقتراح الحلول المتاحة، والتي يمكن أن تفرز حلا وسطا يناسب أطراف النزاع ويسمح بإستمرار العلاقة الإستثمارية بينهما وتنفيذ عقدهما، هذا ما ينهي إجراءات الوساطة سواء باتفاق الطرفين على إنهاء النزاع والقبول متى تم التوصل اليه مع الوسيط وإعداد محضر الوساطة، أو تفضيل اللجوء إلى التحكيم أو أي آلية أخرى لتسوية النزاع.

كما تتعدد قواعد الوساطة في منازعات الإستثمار لدى المراكز الدولية،على غرار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار"أو غرفة التجارة الدولية"icc " على مباشرة الوسيط مهمته من خلال " الوساطة البسيطة " من أجل التوصل الى حل ودي[1]بدعوة الخصوم للإجتماع و جمع المعلومات ، بعدها يقع على عاتقه توضيح مفهوم الوساطة للأطراف قبل البدء في عملية الربط بين الأطراف وبعث المفاوضات لتبادل جميع المعلومات المتعلقة بالنزاع عن طريقه، كما يوضح أين يكمن أصل الإختلاف بينهم لايجاد قاسم مشترك بتحديد المصالح بغية الوصول الى اتفاق مسو للنزاع.

بعد اجتماع الأطراف وتوضيح نقاط لنزاع، يحاول الوسيط إقناع الأطراف بضرورة تبني حل وسط وتنازل كل منهما عن جزء من طلباته للتوصل لتسوية مرضية لكلاهما، علما أن التصريحات الشفهية والمستندات الخطية التي اطلع عليها الوسيط من قبل الطرفين خلال اجتماعات منفصلة أو أي شكل كان لا يمكن إبلاغها للطرف الآخر دون موافقة صريحة من قبل الطرف الذي أدلى أو زود الغير بها.

[1] – هي تلك الوساطة التي يلعب فيها الوسيط دور الموصل فقط لعروض الأطراف، مع الإلتزام بالحياد وضمان توازن مراكز الطرفين، كما لا يطرح الوسيط أي حل خلال هذه المرحلة ...للتفصيل أكثر، محمد جعفر السليوي، الإطار القانوني للوساطة في تسوية النزاعات التجارية الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر ،2016، ص146.

وعموما تتسم مراحل عملية الوساطة بعد تقييم قابلية النزاع لذلك، ووضع النظم الأساسية وتحديد أدوار كل طرف عن طريق عقد جلسات بين أطراف النزاع بعد تحديد وجمع المعلومات ودراسة مواطن نقاط الاتفاق والاختلاف، كما يجب تحديد الحالات التي يجب البث فيها وعرض وجهات النظر المتباينة بين الأطراف.

كما يعمل الوسيط على تمييز وفصل المصالح المشتركة والمتباينة عن طريق التفرقة بين الوقائع القانونية وأولويات الأطراف[1]ومن ثم إعادة النظر في النزاع، والتوصل الى الحل الوسط الذي يحظى بقبول الأطراف.

بعد الانتهاء تسفر العملية إما التوصل إلى الاتفاق بعد جلسات التسوية وإنهاء النزاع عن طريق صياغة مسودة للإتفاقية النهائية ليتم مراجعتها من قبل الأطراف أو غيرهم كمستشارين، على أن يتم تنفيذها بعد ذلك كما يترتب عليها انتهاء مساعي التسوية الودية عن طريق الآليات البديلة للنزاعات الإستثمارية ويكون بمثابة محضر الإتفاق المنهي للنزاع الاستثماري[2]الذي يحدد حقوق والتزامات كل طرف، مع ضرورة الختم عليه من قبل الطرفين وكل من ساهم في عملية التسوية، وهو ما تطرقت اليه هيئات التحكيم[3].

من هنا وجوبية تنفيذ الإتفاق الذي تم التوصل اليه، حيث يرتب التزاما لا يجوز مخالفته أو التهرب منه إلا بالإرادة المشتركة للأطراف، أي أن الأثر هنا إلزامي بالنسبة للتسوية الودية.

---

[1] – أزاد شكور صالح، الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الإستثمار الدولية، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، لبنان، ط أولى، 2016، ص315.

[2] – نجد ما نصت عليه المادة 1004 من ق ،ام ،ا على " يقوم القاضي بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل للطعن ، و يعد محضر الاتفاق سندا تنفيذيا".

[3] - نصت هيئة التحكيم الأمريكية في المادة 17من قواعدها للوساطة على " يفرغ اتفاق أطراف الوساطة في محضر الوساطة". في حين تضمنت قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار هي الأخرى ضرورة إعداد محضر الوساطة الذي يمثل اتفاق إنهاء النزاع بعد توقيعه من قبل الأطراف رفقة الوسيط، الذي يحتج به للحصول على سند تنفيذي. راجع ، رقاب عبد القادر، مرجع سابق ،ص281–282.

أما في حال ما إذا لم يوفق الوسيط لتسوية النزاع خلال المدة المحددة أو المتفق عليها قانونا من قبل الأطراف المتعاقدة سواء كان ذلك نتيجة وصولهم لطريق مسدود، أوعدم قيامهم بمتابعة إجراءات تسوية النزاع بالشكل المطلوب فإن المساعي الودية هنا تكون قد فشلت، غير أن هذا لا يسقط حق للأطراف في اللجوء للضمانات الأخرى المخولة لهم على شاكلة التحكيم والقضاء.

ثانيا: الإجراءات المكرسة لسير عملية الصلح

تبدأ مباشرة عملية اللصلح من خلال إبداء رغبة أحد الأطراف في اللجوءاليه كوسيلة من وسائل التسوية الودية عن طريق طلب يقدم للطرف الآخر، كما قد يجرى نتيجة الإتفاق بين الطرفين قبل نشوء النزاع وهو ما يسمى بشرط التوفيق أو بناء على دعوة من مركز أو غرفة التحكيم يمثل شرط التوفيق conciliation de clause "اتفاق أطراف العقد أو العلاقة القانونية على اللجوء الى التوفيق لتسوية ما قد ينشأ بينهم من منازعات مستقبلا، سواء ورد ضمن شروط أو بنود عقد معين أو ما ورد في صورة اتفاق مستقل ملحق بالعقد.

هنا ننوه الى أن اختيار الموفق يكون من قبل الأطراف المتنازعة، بحيث لا يقتصر فقط على اتفاقهم الحر بل يخول لهم اللجوء الى مراكز متخصصة تتولى القيام بهذه المهمة[1].

[1]– تبدو السمة الإختيارية للتوفيق في الوقت الذي يمكن الإتفاق فيه على اللجوء اليه، فكما يكون الإتفاق سابقا على نشأة النزاع، فيجوز أن يكون أثناء نظر الدعوى، و بدأ إجراءات التوفيق أو أن يكون بمبادرة أحد الطرفين بعد نشوء النزاع أو امتثالا لإتفاق بين أطرافه قبل نشأته، هذا ما نصت عليه بوضوح المادة01 فقرة رابعة من القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي من طرف لجنةالأمم المتحدة التي نصت على ما يلي " تطبق هذه الأحكام التشريعية النموذجية دون اعتبار ما اذا كان التوفيق جبري بناءا على مبادرة أحد الطرفين بعد نشأة النزاع أو امتثال لإتفاق متبادل بين الطرفين قبل نشأة النزع،أو طلب دعوة من محكمة أو هيئة حكومية مختصة" .

كما يقوم الأطراف بإختيار الموفق الذي ستوكل إليه مهمة حسم النزاع[1]كمرحلة أولى، ثم تتوالى بعد ذلك إجراءات الصلح بواسطة الموفق المعين من قبل الأطراف المتنازعة وفق تقديره الخاص مسترشدا في ذلك بمبادئ العدالة والحيطة والإنصاف[2]وهي المرحلة الثانية في عملية الصلح.

وكما هو معلوم فإننا نلتمس أن دور الموفق يقتصر فقط على تقريب وجهات نظر أطراف النزاع، وإبداء وتقديم المقترحات لهم بما يكفل توصلهم إلى حلول مرضية لإنهاء نزاعهم، بمعنى أن قرار هيئة التوفيق أو الموفق غير ملزم.

كما يقوم الموفق بتحديد مكان جلسات التوفيق ما لم يكن قد حدد من قبل الأطراف في اتفاقهم،بعدها يتعين على أطراف النزاع تزويد الموفق وموافاته بالبيانات التي تؤيد طلبات كل منهم،إضافة الى جميع المستندات والوثائق اللازمة،كما يقترح الموفق الحلول الملائمة والمناسبة لتسوية النزاع بالطريقة المتوازنة مراعيا في ذلك مصالح الأطراف المشتركة، كما تجيز نظم التوفيق للموفق طلب جميع المعلومات الإضافية التي يراها ضرورية مثلما أكدته المادة 05-05 [3]من نظام التوفيق لدى الغرفة التجارية الدولية التي نصت على ذلك بقولها " يجوز للموفق في أي مرحلة من مراحل التوفيق أن يطلب من أي طرف أن يقدم أي معلومات إضافية يراها ضرورية "، وهو ما أقرته المادة05-03 من قواعد التوفيق التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة

---

[1]– تقترب مهمة الموفق من مهام الوكيل أو النائب المفوض من الطرفين حيث تحدد مهامه باتفاقهما، كما يشمل العناصر الفنية والتقنية والقانونية لمواجهة موضوع النزاع، راجع أكثر، جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 263.

[2]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص318.

[3] – المادة05-05 من نظام التوفيق لدى الغرفة التجارية الدولية.

لسنة 2002[1]، بعدها تتوالى إجراءات التوفيق بواسطة الموفق وفق تقديره الخاص،متوخيا في ذلك مبادئ العدالة والإنصاف.

أخيرا تنتهي عملية التوفيق أو ما يسمى بالمصالحة بطريقتين[2]، ففي حال اتفاق الأطراف على قبول الحلول المقترحة من قبل الموفق يتم هنا إعداد محضر التسوية، أما اذا كان التوفيق مؤسساتيا فهنا يتم إعداد محضرمن طرف المركز أو الهيئة التي جرى التوفيق في دائرتها، حيث يكون ملزما لهم وواجب التنفيذ مثال ما نصت عليه المادة 14من قانون اليونيسترال للتوفيق لسنة 2002 "بالتوقيع على اتفاق التسوية ينهي الطرفان النزاع و يصبحان ملزمين بذلك الاتفاق".

أما في حال عدم التوصل الى التسوية نتيجة اختلاف وجهات نظر الأطراف الى درجة يصعب معها التقريب بينهما أو احتمال الوصول الى نقطة التقاء بين أطراف النزاع، هنا يعني فشلها وبالتالي عدم الإستمرار في مسار التوفيق طالما يستحيل الوصول لنتيجة.

---

[1] – نصت المادة 05 في فقرتها الثالثة من قواعد التوفيق التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة لسنة 2002 على " في أي مرحلة من إجراءات التوفيق يجوز للموفق أن يطلبمن أي من الطرفين أن يقدم اليه ما يراه مناسبا من معلومات إضافية" متاحة على العنوان الالكتروني:www.jus.ulo.no/conciliation.rules

[2]– إذا جنح الموفق في الوصول الى حل توفيقي يرضي أطرافه، فإنهم يحررون به محضرا موقعا منهم، وهنا يكون ملزما لهم وواجب التنفيذ.

أما في الحالة الثانية يمكن للموفق إنهاء إجراءات التوفيق في حال غياب أحد الطرفينأو في حال لم يشترك في لإجراءات، وفق لما نصت عليه المادة 34 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 بنصها " لو تبين للجنة في أي مرحلة من مراحل التوفيق أنه ليس هناك احتمال للاتفاق بين الطرفين، تقوم اللجنة بإنهاء الإجراءات و تعد تقريرا تبني فيه موضوع النزاع و تسجل فشل الطرفين في الوصول الى اتفاق، أما في حال لم يحضر أحد الطرفين أو لم يشترك في الإجراءات، تقوم اللجنة بإنهاء الإجراءات وتعد تقريرا تثبت فيه عدم حضوره أو عدم اشتراك الطرف" راجع، أزاد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 372.

نخلص أخيرا أن اللجوء للآليات البديلة لتسوية المنازعات الإستثمارية أضحى واقعا مفروضا لا مفر منه ومظهرا من مظاهر تنظيم العلاقات الدولية والإستثمارية على وجه الخصوص، كما أن النص على اللجوء لهاته الوسائل بأنواعها أصبح من المتطلبات التي يسعى اليها المستثمر على وجه التحديد لتفادي مغبة امتثاله لسلطات القضاء الداخلي للدولة المستضيفة، هذا ما تراءى لنا أين تم تضمينها من خلال نصوص التشريعات الداخلية وحتى على نطاق الإتفاقيات الدولية بنوعيها ، وكذا عقود الإستثمار الخاصة المبرمة بين الدولة والمستثمر الأجنبي أين أثبتت فعاليتها وكذا نجاعتها كطرق وقائية تقي المستثمر من مغبة الدخول في إشكالات أكبر يصعب حلها.

وفي تقديرنا للجوء لهته الوسائل نجد أنها فرص تمنح للمتقاضين لحل نزاعهم بطريق غير تقليدي رضائي تفاوضي ودي[1]، كما أن فشل إجراءات الطرق الودية لا يفهم منه أبدا سقوط حق الأطراف في اللجوء للوسائل الأخرى أين تراءى لنا أن غالبية القوانين الداخلية والدولية لا تفرد هذه الوسائل الودية وحدها وإنما يتم الدمج بينها وبين الوسائل الأخرى حال فشلها، على شاكلة القضاء والتحكيم التجاري الدولي، وعليه يبقى الحق في الإمتثال لهذه الوسائل قائما في سبيل حل المنازعات الإستثمارية.

[1] – محمد الصالح روان، الطرق البديلة في حل المنازعات القضائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، القانون رقم 09/08المؤرخ في 25 فبراير 2008، الصلح والوساطة بإعتبارهما طرقا قضائية، نموذجا، مجلة العلوم القانونية السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم لبواقي، المجلد 9، العدد02، جوان 2018، ص501.

المبحث الثاني: الضمانات القضائية " اللجوء لضمانة القضاء"

نظرا للتطورات التي عرفها الإقتصاد الدولي والمكانة التي تحتلها الإستثمارات الأجنبية في التنمية الاقتصادية حرصت الدول في مجال الإستثمار على توفير الأرضية القانونية اللازمة لتشجيع المستثمرين وتحسيسهم بالأمان عن طريق منحهم جملة من الضمانات نخص بالذكر هنا الضمانات الإجرائية في تسوية المنازعات الإستثمارية المثارة بين المستثمرين الأجانب والدول المضيفة.

وكما هو الحال إن هذا النوع من التسوية يحتاج إلى وسائل قضائية تكفله سواء كانت وطنية منها أم دولية[1]تمثلت هذه الوسائل أساسا في اللجوء للقضاء الداخلي للدولة المضيفة "مطلب أول" ثم إن اللجوء لمحاكم هذه الأخيرة لا يلقى قبولا وارتياحا من قبل المستثمرين الأجانب، لذلك تم النص على وسائل أخرى ذات نزعة دولية تمثلت في التسوية القضائية الدولية "مطلب ثاني".

المطلب الأول: التسوية القضائية الداخلية "اختصاص قضاء الدولة المضيفة "

تضمنت العديد من التشريعات الداخلية والإتفاقيات الدولية طرق التسوية القضائية التي تثار بين الدولة المضيفة والمستثمر، حيث أقرت جميعها باللجوء لضمانة القضاء الداخلي للدولة المضيفة بوصفه صاحب الإختصاص الأصيل.

[1] – أي هنا بعد استنفاذ الوسائل الداخلية المتاحة للمستثمر في الدول المضيفة له الحق أن يلجأ لدولته طالبا منها التدخل لحل النزاع، بإعتبار أن الضرر الذي لحق به يعد خرقا للاتفاق المبرم بين دولته و الدولة المضيفة له راجع :بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، النظام القانوني للإستثمارات الأجنبية النفطية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط1، 2014، ص152.

وعليه تخضع منازعات الإستثمار كأصل عام لسلطة القضاء الوطني الداخلي تكريسا لنظرية سيادة الدولة على أراضيها وبالرغم من الخصوصية التي يحظى بها هذا الأخير، الا أن تطبيقه على أرض الواقع يثير العديد من الإشكالات خاصة من جانب المستثمر الأجنبي، هذا ما سنعالجه من خلال التطرق لهذه الضمانة من خلال التشريعات الوطنية وكذا الدولية، ثم التطرق لخصوصية هذا الأخير في فض منازعات الإستثمار وصولا للإشكالات التي يعتريها هذا التطبيق وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: النص على التسوية الداخلية على الصعيدين الداخلي والدولي

تم النص على تسوية منازعات الإستثمار عن طريق اللجوء للقضاء الداخلي سواء في التشريعات الداخلية للدول أو عن طريق الإتفاقيات الدولية وهذا ما سنبينه على النحو التالي:

أولا: التسوية الداخلية في قوانين الإستثمار

يعد اللجوء للقضاء الوطني في الدولة المضيفة الخيار الأول والأساسي للمستثمر الأجنبي الذي لحق مشروعه الإستثماري أضرارا نتيجة للعديد من للإجراءات التي تتخذها حكومات الدول المضيفة مالم يكن هناك شرط يقضي بخلاف ذلك[1]، كما يجد القضاء الداخلي صداه في العديد من تشريعات القوانين الداخلية خاصة قوانين الإستثمار مؤكدين على أحقية هذا الأخير في حل المنازعات.

وعليه فالمحاكم الوطنية هي المختصة بالنظر في أي نزاع قائم بين المستثمر الأجنبي والدولة مالم ينص صراحة اتفاق بين البلد المضيق وبلد الجنسية على استخدام طريقة أخرى[2].

[1] – عصام الدين مصطفى بسيم، مرجع سابق، ص167.

[2] –Othmane Mohamed Aissam Benaissa ,op.cit ،p13

بالرجوع للتشريع الجزائري نجد الإختصاص هنا يرجع لقضائها الوطني، فهو الجهة المختصة لتسوية النزاع الناشئ بينها وبين المستثمر الأجنبي وفقا لمبدأ الإختصاص يؤول للمحاكم الوطنية[1].

كما نجد قانون الإستثمار الجزائري رقم 16-09 قد أتاح للمستثمر الأجنبي عدة وسائل لفض المنازعات التي تثور بينه وبين الدولة الجزائرية، جاء ذلك تحديدا في نص المادة 24 منه التي نصت على[2]" يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا".

ما يستشف من نص المادة أن المشرع أقر الإختصاص للمحاكم الجزائرية المختصة على المستوى الإقليمي، تطبيقا منه لمبدأ سيادة الدولة على الأشخاص والأموال الموجودة على ترابها الوطني، فمادام النزاع قد نشأ داخل اقليمها فإن الإختصاص هنا يؤول تلقائيا لقضائها الداخلي.

بالرجوع لإختصاص القضاء الوطني، نجد المشرع الجزائري من خلال نص المادة 24 من قانون الاستثمار لم يحدد إجراءات خاصة للتقاضي في المنازعات التي تنشأ بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي، هنا يفهم من صياغة المادة أنه تركها للقواعد العامة المتعارف عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08 \09[3].

كما يتضح لنا من خلال هذا النص أن الفصل في النزاعات يكون مبدئيا من اختصاص المحاكم الجزائرية المختصة إقليميا، واستثناءا حال وجود اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف أو عقد مبرم بين الطرفين ينص على شرط التحكيم يقضي بنزعه من يد القضاء، وعليه نجد أن الأصل في تسوية منازعات الاستثمار يؤول للقضاء

---

[1] – عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، بوساحة للطباعة والنشر والتوزيع، سوق اهراس، الجزائر، ط الرابعة، 2017، ص40.

[2]– قانون رقم 16\09 ، يتعلق بترقية الإستثمار، مرجع سابق .

[3] – قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون ا.م.إ ، مرجع سابق .

الجزائري واستثناءا مراعاة ما جاء في الاتفاقيات الدولية وما تضمنته عقود الاستثمار المبرمة بين الطرفين تنص على شرط التحكيم.

وبخصوص الجهات القضائية المختصة للفصل في النزاع، ننوه أن المشرع الجزائري أزال الغموض الوارد في المادة 17 من قانون الاستثمار 01-03 الملغى التي نصت على أن الإختصاص يؤول للجهات القضائية المختصة، ولم تفصح بذلك عن الجهة التي يقع في دائرة اختصاصها عكس ما هو عليه في المادة 24 من قانون 16-09 لتي فصلت في المسألة بقولها المختصة إقليميا ".

أما مشروع قانون الإستثمار فاكتفى بعبارة "الجهات القضائية المختصة "، وهنا أسقط مصطلح " إقليميا "وهو ما يتطابق مع الشطر الأول من نص المادة 17 من قانون 01-03 الملغى.

كما يعد اللجوء للقضاء الوطني بصفة عامة حقا من الحقوق الدستورية التي تعد من النظام العام، فهو بذلك حق عام لا يمكن التنازل عنه ولا الحد منه[1].

من جهة ثانية أخد المشرع الجزائري بالإختصاص الإقليمي للمحاكم طبقا لما هو وارد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهو بذلك يتطابق مع القاعدة العامة في الإختصاص القضائي الجزائري وعليه إن ما أتاحه المشرع الجزائري في نص 24 من قانون الإستثمار السالفة الذكر يتماشى مع القاعدة العامة التي تقضي بخضوع الإختصاص القضائي المنصوص عليه في المواد 41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]حيث

[1] – رضوان ربعية، فض منازعات عقود الإستثمار الدولية بين القضاء والتحكيم، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق العلوم السياسية ، جامعة ورقلة ، 2020، ص18.

[2] – نصت المادة 41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على " يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي ولو لم يكن مقيما في الجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الإلتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري".

يعد إقرارا صريحا منه على مبدأ سيادة الدولة على إقليمها بتطبيق قانونها الداخلي الذي له حكم هذه الصلاحية دون غيره .

على صعيد آخر نجد المشرع الكويتي قد حذا نفس الإتجاه، هذا ما تجلى لنا في قانون استثماره رقم 8 لسنة 2001، بحيث اعتبره الجهة القضائية الوحيدة المختصة في نظر هذه المنازعات وفقا لما جاء في المادة السادسة عشر منه[1] من الفصل السادس التي نصت على "تكون المحاكم الكويتية وحده هي المختصة بنظر أي نزاع ينشأ بين مشروعات الإستثمار الأجنبي والغير أي كان، ويجوز الإتفاق على الإلتجاء في هذا النزاع الى التحكيم ".

وهو ما يفيد بأن المشرع الكويتي بدوره قد مد من سلطان القضاء لتشمل جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية العامة والخاصة وفقا لما ورد في المذكرة التفسيرية لهذا القانون[2]، هذا ما تناوله كذلك القانون السوري رقم 10 لعام 1991 المعدل بالمرسوم رقم 7 لصادر بتاريخ 13-05-2000[3].

---

[1] – المادة 16من قانون الاستثمار الكويتي رقم 8 لعام 2001.

[2]– منصور فرج السعيد، النظام القانوني للإستثمار الأجنبي، في ظل قانون الإستثمار الجديد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، سبتمبر 2003، ص 334.

[3]– نصت المادة 26من قانون الاستثمار السوري على:

ا–" تتمتع المشاريع والإستثمارات المرخصة وفق أحكام هذا القانون .....وتسوى الخلافات في جميع هذه الحالات باللجوء للقضاء السوري المختص".

ب–تسوى نزاعات الإستثمار بين المستثمرين من رعايا الدول العربية والأجنبية المشمل مشاريعهم بأحكام هذا القانون وبين الجهات والمؤسسات العامة السورية وفق ما يلي:

عن طريق الحل الودي وإذا لم يتوصل الطرفان الى الحل الودي خلال فترة ستة أشهر من تاريخ تقديم إشعار خطي للتسوية الودية من قبل أحد طرفي الخلاف يحق لأي منهما اللجوء الى إحدى الطرق التالية:

– اللجوء للتحكيم.

– اللجوء للقضاء السوري".

إن الإقرار لسلطان القضاء الوطني في حسم منازعات الإستثمار ذات الصبغة الدولية مرده للعديد من الأسباب منها ما يستجيب للقاعدة االسيادية وهي خضوع المنازعات لمحاكم الدولة، باعتبارها أولى من غيرها في نظر المنازعات التي تثور بين أطراف العلاقة القانونية هذا من جهة.

من جهة أخرى فاعلية هذه الوسيلة والأخد بها في حل المنازعات، وهو الأمر الذي يشكل قناعة لدى المستثمر بضرورة تقبل المناخ الاستثماري في الدولة المضيفة وكذا النظام القضائي الذي يحكمها.

كما أن حق المستثمر الأجنبي في اللجوء للقضاءالوطني لا يقتصر على إقامة الدعوى والحصول على الحكم فقط وإنما يمتد ليشمل جميع الوسائل المقررة لكفالة حقه، شأنه في ذلك شأن المستثمر المحلي من طلب تنفيذ الحكم وكذا الطعن فيه بكل الوسائل المتاحة قانونا[1]، ومن هنا تستقر لديه الثقة في شخص الدولة وقضائها الوطني.

ثانيا: النص على ضمانة التسوية الداخلية على المستوى الدولي

لم تكتفي التشريعات الداخلية بإفراد لجوء المستثمر لضمانة للقضاء الداخلي وامتثاله لدى أجهزتها، بل عمدت على تكريس هذه الضمانة عن المستوى الدولي ،بإبرام جملة من الإتفاقيات الدولية على اختلاف أنواعها سواء الثنائية منها أو متعددة الأطراف في مجال حماية الإستثمارات الأجنبية،أو عن طريق النص عليه في المواثيق الدولية،حيث نجد الجمعية العامة للأمم المتحدة في 14 ديسمبر لعام 1962 في القرار رقم 1803 والخاص بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، نصت في الفقرة الرابعة منه على اختصاص القضاء الداخلي للفصل في كل المنازعات التي يكون فيها التعويض المستحق عن التأميم محل خلاف بين الدولة المضيفة والمستثمر

[1] – مصطفى خالد مصطفى النظامي، مرجع سابق، ص76.

الأجنبي،كما تضيف الفقرة الثانية من نفس النص على إمكانية الرجوع لضمانة التحكيم والقضاء الدولي حال الإتفاق الصريح بين الأطراف المتعاقدة للجوء اليها[1].

مرورا بالجمعية العامة،نجد ما أصدرته هذه الأخيرة في دورتها التاسع والعشرون في القرار رقم 3281 –29 والمتعلق بميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول الأعضاء،حيث مدت يد الإختصاص لمحاكم الدول المضيفة في ما يتعلق بنزاعات الإستثمار،جاء هذا تحديدا في نص المادة الثانية فقرة ثانية من الميثاق " عندما تثير مسألة التعويض خلافا يتم حل هذا الخلاف بمقتضى القانون الوطني وعن طريق محاكمها ،مالم يوجد اتفاق من قبل الدول المعنية على إتباع وسائل أخرى سلمية لحل هذه المنازعات، تقوم على أساس المساواة في السيادة بين الدول وفقا لمبدأ الإختيار الحر للوسائل"[2].

كما أقر معهد القانون الدولي ذلك في الدورة الثالثة والخمسين في17سبتمبر لعام1967 ، حيث عبر عن ذلك أحد الفقهاء على أن عقود الإستثمار بمثابة اتفاقيات خاصة يختص القضاء الداخلي بتسوية كافة المنازعات التي تنجم عنها، كما أضاف بأن إخضاع هذه العقود للقضاء الدولي يعني إنشاء أوضاع تمييزية لصالح المستثمرين الأجانب ذلك على اعتبار المستثمرين المحليين يخضعون تماما للقانون المحلي"[3].

---

[1] – راجع في ذلك قرار الجمعية العامة رقم 1803 المتعلق بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية .

http : // www.miaad.org/aAHRC/Qararat UN. PDF

[2] – انظر قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3281 ، المتعلق بحقوق وواجبات الدول الاقتصادية، الصادر بتاريخ 12 ديسمبر 1974.

[3] – إبراهيم بن مدخن، مرجع سابق، ص186.

كما نجد صداها التطبيقي وفق ما جاءت به محكمة العدل الدولية[1]، وعليه يفهم من خلال موقف الأنظمة الدولية أنها تدعم مبدأ خضوع منازعات المستثمر الأجنبي الى قضاء الدولة المضيفة شأنها في ذلك شأن غالبية التشريعات الداخلية.

من جهة ثانية تبنت الإتفاقيات الدولية الثنائية حق اللجوء للقضاء الداخلي، مثال ما ذهبت اليه الإتفاقية الجزائرية الفرنسية حول التشجيع والحماية المتبادلين للإستثمارات السالفة الذكر[2]التي نصت في المادة الثامنة فقرة 2 منها على " إذا لم تكن تسوية الخلاف بتراضي الطرفين ممكنة في مدى 6 أشهر من تاريخ رفعه من أحد الطرفين في النزاع، فإنه يمكن أن يرفع بطلب من المواطن أو الشركة إما إلى الهيئة القضائية المختصة للطرف المتعاقد المعني بالنزاع ".

كما جاءت الإتفاقية الإيطالية الجزائرية[3] الموقعة في مادتها الثامنة فقرة ثانية منها على نفس الحل، بينما نجد الإتفاقية الألمانية السورية بدورها قد نصت على الإمتثال للقضاء الوطني وتضمينه كشرط أساسي أول قبل اللجوء لآليات التسوية الأخرى بقولها " قبل عرض أي نزاع على لجنة التحكيم يجب استنفاذ جميع التدابير القضائية الوطنية".

---

[1] – نجد في هذا الصدد إقرار محكمة الدائمة العدل الدولية بقاعدة استنفاد وسائل الإصلاح المحلية هو اعتراض مؤسس، كما تم تأكيد الموقف أيضا من قبل محكمة العدل الدولية خلال النزاع القائم بين الولايات المتحدة الأمريكية ودولة سويسرا لعام 1959 باعتبار أن هذه القاعدة تخضع للوسائل المتاحة في القانون الداخلي لإصلاح الضرر قبل رفع الدعوى أمام المحاكم الدولية يعد من القواعد المستقر عليها في القانون الدولي العرفي، نقلا عن أطروحة، فارس بوكروح، مرجع سابق، ص107.

[2] – الإتفاقية المبرمة بين دولة فرنسا والجزائر في مجال حماية الإستثمارات، مرجع سابق.

[3]– المرسوم الرئاسي رقم 91–346، المؤرخ في 5 أكتوبر 1991، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية ودولة إيطاليا، مرجع سابق.

من خلال فحوى الإتفاقيات الدولية يتضح أن غالبيتها أقرت الإختصاص للقضاء الوطني للدولة المضيفة بعد عدم تمكن الأطراف المتنازعة من تسوية الخلاف بالتراضي، كما جعلت الإختصاص للقضاء الوطني كأحد الخيارات المتاحة للأطراف المتنازعة في حال فشل التسوية الودية أولا.

باستقرائنا لبعض الإتفاقيات الثنائية المبرمة بين الدولة الجزائرية ،وجدنا في بعض الحالات أنها لم تنص دائما على اختصاص قضائها حيث أغفلته كضمانة مع بعض الدول، سواء العربية منها أو الأوروبية[1]،على سبيل المثال نجد نص الإتفاقية الثنائية المبرمة في مجال الإستثمار بين الدولة الجزائرية ودولة السويد[2]لم تنص صراحة على اختصاص القضاء الوطني لحل النزاعات المثارة بين المستثمر والدول المضيفة بل أسندته مباشرة للتحكيم ،هذا ما تجلى لنا في المادة الثامنة منها بقولها " اذا لم تتم تسوية هذا النزاع في مدة 6 أشهر اعتبارا من تاريخ رفعه من قبل المستثمر بإشعار كتابي الى الطرف المتعاقد، يوافق كل طرف متعاقد على رفع هذا النزاع وفقا لخيار المستثمر الى التحكيم الدولي لتسويته أمام أحد الهيئات التالية:

أ–المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات ..ب...ج– محكمة خاصة".

---

[1]– في هذا الصدد تضمنت الإتفاقية الجزائرية الكويتية في مجال الإستثمارات على تسوية النزاع دون ذكر لمصطلح القضاء الوطني أو ما يدل عليه، حيث جاء في نص المادة التاسعة منها على " اذا تعذر تسوية تلك المنازعات بأن النزاع يعرض للحل بإختيار المستثمر طرف للنزاع بإحدى الوسائل التالية :

أ– طبقا لأي إجراءات مناسبة لتسوية النزاع المتفق عليها مسبقا.

ب– وفقا لأحكام الفصل الخاص قي تسوية المنازعات في الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام 1980 .

ج – التحكيم الدولي".

[2]– المرسوم الرئاسي رقم 04–431 المؤرخ في 2004/12/29، يتضمن المصادقة على الإتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة السويد، حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات، الموقع بالجزائر في 2003/02/15 ، ج–ر، عدد84، لسنة 2004.

وعليه يفهم من هذا إغفال ذكره في بنود هذه الاتفاقية، لكن كان من الأحسن إدراجه في جميع بنود الإتفاقيات الدولية وعدم تخصيص إحداها عن الأخرى بإعتباره إن صح القول يعبر عن سيادة الدولة المستقطبة للإستثمارات الأجنبية.

أما رجوعا للإتفاقيات المتعددة الأطراف،نجد ما نصت المادة السابعة والعشرين من الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية[1]للطرق التي يحل بها النزاع بين الدولة العربية المضيفة وبين المستثمرين العرب، حيث كفلت حق هؤلاء في اللجوء لضمانة القضاء للفصل في النزاع لكن يفهم من صياغة المادة **أن** تكريس هذا الشرط يكون في حال فشل إجراءات التسوية الأخرى المذكورة في نص المادة 27 وهي التوفيق والتحكيم، من هذا المنطلق لم تجعله الخيار الأول، بينما عملت على تضمينه كوسيلة من وسائل تسوية منازعات بين الأقطار المتعاقدة في مجال الإستثمارات.

في حين يقر المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار على أن الإختصاص في نظر المنازعات الإستثمارية يعود حسب الأصل للقضاء الوطني للدولة المضيفة، حسب ما جاء في ديباجة الإتفاقية بقولها " إذ تعترف بأنه إذا كانت هذه المنازعات يجب كقاعدة عامة أن تطرح على القضاء الداخلي..."[2].

---

[1]- نصت المادة 27 من الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية على "يكون حق اللجوء إلى القضاء للفصل في النزاع في الحالات الآتية – 1 :عدم اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التوفيق.

–عدم تمكن الموفق من إصدار تقريره في المدة المحددة "

–لم يتم الاتفاق على اللجوء الى التحكيم بين أطراف العلاقة الاستثمارية... ".

[2]– راجع، بن عميور أمينة، مرجع سابق، ص304.

بينما أوردت المادة 26 من المركز على أن لكل دولة عضو أن تشترط ضرورة استنفاذ المستثمر أولا لوسائل التقاضي أمام المحاكم الداخلية قبل اللجوء للمركز، سواء تم الاتفاق مع المستثمر أو اتفاقية ملزمة بين دولتين أو أي إعلان انفرادي عند التوقيع والتصديق على بنود الاتفاقية[1].

بدورها نجد أحكام التحكيم الدولية قد عملت على ضرورة استنفاذ طرق الطعن الداخلية أولا، مثال ذلك قضية المكسيك والشركتين الكنديتين التي عرضت عام 2002 أمام المركز الدولي، حتى يستنفذ هذا الطريق لا بد أن يقوم الطرف بكل الإجراءات اللازمة الى غاية استنفاذ طرق الطعن الداخلية[2].

وبالرجوع لنص المادة السالفة الذكر نجد أن نص الإتفاقية قد أخذ بعين الإعتبار المنازعات التي تنشأ بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي عن طريق الإتفاق، وعليه إذا كان هناك اتفاق يقضي بإخضاع النزاع للمركز الدولي فإن هذا الإتفاق يكتسب القوة الملزمة، وبالتالي يسحب الإختصاص من يد القضاء الوطني أما في حال العكس يبقى الإختصاص تحت قبضة القضاء الداخلي مالم يقضي الإتفاق على خلاف ذلك.

الفرع الثاني: خصوصية القضاء الوطني في حسم منازعات الإستثمار

يتسم القضاء الوطني عند فصله في منازعات الإستثمار بنوع من الخصوصية، كما تختلف هذه الأخيرة عن باقي المنازعات الأخرى التي يستمدها من الطبيعة الخاصة الناجمة عن ذاتية وخصوصية عقود الإستثمار التي تتميز عن غيرها من العقود المبرمة في إطار العلاقات التجارية الدولية بعدم التساوي والتكافؤ بين

---

[1]– شوشو عاشور، مرجع سابق، ص269.

[2] – نفس الحكم تم تأكيده في القرار التحكيمي الصادر في قضية ..finnish chips لعام 1937 بالقول " إن انقضاء طرق الطعن الداخلية يجب أن يكون من خلال حيازة قرار صادر عن الهيئات العليا في الدولة المستقبلة"، في هذه الحالة تكون الدولة مسئولة عن هذه الهيئات ، للمزيد راجع أكثر :

Emmanuel GAILLARD, « Chronique des sentences arbitrales. (CIRDI) »، Op cit ،p228.

الأطراف المتعاقدة فيها، وعليه فإن خصوصية النزاع ينسب في هذا المجال كونه من جهة مستمد من الأطراف المكونة للنزاع "أولا "كما يستمد من الأسباب المنشأة له "ثانيا".

أولا: الخصوصية المستمدة من أطراف النزاع

لقد ورد في الإتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى في تعريفها للمستثمر الأجنبي، وتحديدا في نص المادة الخامسة والعشرين فقرة الثانية التي نصت[1] "يقصد بمواطن الدولة المتعاقدة الأخرى ما يأتي " أي شخص طبيعي يتمتع بجنسية دولة متعاقدة يخالف الدولة طرف النزاع يوم اتفاق الأطراف على القيام بالتوفيق أو التحكيم لأي نزاع ".

أما بالنسبة للشخص الإعتباري المكتسب جنسية دولة متعاقدة غير طرف في النزاع في تاريخ موافقة الأطراف على تقديم طلب التوفيق أو التحكيم للنزاع، وأي شخص اعتباري يتمتع بجنسية دولة متعاقدة طرف في النزاع في هذا التاريخ والذي نتيجة لسياسة معاملة الأجانب اتفق الطرفان على معاملته كمواطن لدولة متعاقدة أخرى تحقيقا لأغراض هذه الإتفاقية ".

نستخلص من الفقرة الثانية للمادة المذكورة أعلاه من معاهدة واشنطن أن المستثمر الأجنبي قد يكون أي شخص طبيعي أو اعتباري يتمتع بجنسية دولة متعاقدة يخالف الدولة طرف في النزاع، وبالتالي فإن الطرف المتعاقد مع الدولة يشترط أن يكون شخصا تابعا لدولة أخرى.

أما بالنسبة للدولة أو أحد هيئاتها العامة كطرف ناشئ عن المنازعة فيسري عليها الحكم كذلك، حيث لم يعد يقتصر دور الدولة الحديثة على ما كان عليه في السابق، كما أضحت هذه الأخيرة تزاول العديد من الأنشطة

[1]– المادة 25 فقرة ثانية من في الإتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى المنعقدة في 18 مارس 1965.

الخاصة، كما تتدخل في مختلف المجالات الإقتصادية، وقد ترتب على ذلك تطور وتغير في العديد من المبادئ والقواعد التي كانت تحكم وتنظم دور ونشاط الدولة في الماضي، حيث تعد التجارة الدولية من أهم المجالات التي تدخلت فيها الدولة كطرف في منازعات الإستثمار، وباعتبارها ذات سيادة نجدها قد تتعاقد مع الطرف الأجنبي المستثمر، إما بشكل مباشر، أو تلجأ إلى التعاقد معه بواسطة إحدى المؤسسات أو الأجهزة التابعة لها طالما أن هذه الأجهزة تقوم بتنفيذ السياسة العامة للدولة دون أن يؤثر في ذلك تمتع أو عدم تمتع هذه الهيئات بالشخصية القانونية المستقلة[1].

عموما إن تواجد المستثمر الأجنبي والدولة أو أحد هيئاتها الإعتبارية العامة طرفا في منازعات الإستثمار سوف يضفي على هذا النوع من المنازعات طابعا خاصا، يستلزم ضرورة المعاجلة المتأنية حتى لا يفقد اللجوء للقضاء الوطني فاعليته في هذا المجال وتنهار إحدى الضمانات الهامة التي يعول عليها هؤلاء الأطراف على حد سواء.

ثانيا: الخصوصية المستمدة من أسباب النزاع

تستمد أسباب النزاع من أمرين، يرجع أولاها الى قيام الدولة المضيفة للإستثمار باتخاذ إجراءات انفرادية من شانها التسبب في قيام النزاع بينها وبين المستثمر، وعليه يمكن القول أن هناك نوعين من الإجراءات الإنفرادية فالنوع الأول يتمثل في التعديل أو التغيير التشريعي الذي تقوم به الدولة المضيفة للإستثمار[2].

---

[1] – بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص22.

[2] – قد تقوم الدولة أحيانا بإحداث تغييرات في قوانينها وتشريعاتها، كالإخلال بشروط الثبات، ويؤخذ شرط الثبات هنا صورتين أساسيتين إما بند يتم إدراجه في العقد المبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي، ويطلق عليه بشروط الثبات التعاقدية، كما يكون في صورة تعهد صادر عن الدولة ومنصوص عليه في قانونها الداخلي ويعرف بشروط الثبات التشريعي، راجع، رضوان ربيعية، مرجع سابق، ص235.

أما النوع الثاني فينصب حول قيام الدولة بما تملك من سلطة استيلاء على المشروع الإستثماري بكافة صور النزع المتعارف عليها دون تعويض، وبالرجوع للمشرع الجزائري نجده قد ضمن للمستثمر الأجنبي ضمان عدم إجراء أي نزع للملكية في إطار ما نص عليه القانون ويشترط أن يكون مقابل تعويض عادل ومنصف.

أما النزاع الثاني فيكون محله المستثمر الأجانب حيث يمكن إسناد قيام منازعات الإستثمار بين الدولة المضيفة وهذا الأخير إلى قيامها بانتهاك حقوقه أو خرق الإلتزامات الملقاة على عاتقها تجاهه، بل قد تعود أسباب تلك المنازعات إلى المستثمر الأجنبي نفسه عن طريق خرقه للإلتزامات التي يجب عليه التقيد بها،[1]نذكر منها على سبيل المثال عدم التزامه بالحد الأدنى للهدف الذي أنشأ استثماره من أجل تحقيقه والتزامه بتدريب العمالة الوطنية[2]للدولة المضيفة لإستثماره ومدهم بأحدث التقنيات في القطاعات المنشأة فيها استثماراته، كما يلتزم بتنفيذ العقد في المدة المتفق عليها[3]وفقا للشروط المتفق عليها في مواعيده المحددة .

كما يقع عليه الإلتزام بالمحافظة على البيئة عند تنفيذ مشروعه الإستثماري، مما يستوجب عليه أخد التدابير اللازمة في ذلك[4]، وإخطار الدولة المضيفة بكافة الأحداث المتعلقة بصورة مباشرة أو غير مباشرة بإستثماره واطلاعها على جميع التطورات الدولية التي تؤثر على الإستثمارات، في المقابل إن اخلاله وعدم تقيده بهذه

---

[1]– منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الإستثمار، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة قسنطينة ،2013–2014، ص92.

[2] – تقر حفيظة السيد الحداد أن إلتزام المستثمر بتدريب العمالة المحلية وتحقيق اندماجها في العمليات الفنية المتطورة يعد إلتزاما بتحقيق نتيجة ولا يعتبر مجرد بدل عناية، إذ لا يمكن للمستثمر التنصل منها ودفع المسؤولية عنه، راجع حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 235.

[3] – تجدر الإشارة أن تأخر المستثمر عن تنفيذ التزامه في المدة المحددة يعتبر سببا رئيسيا لنشوء النزاع بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار، الأمر الذي يؤدي لنشوء حق الدولة لمطالبته بالتعويض، شريطة أن يكون هذا التأخر راجع لفعل المستثمر نفسه بسبب إهمال أو تقصير أو عدم التبصر بالمشروع أو عدم البدء فيه، راجع، رضوان ربيعية، مرجع سابق، ص251.

[4] –هفال صديق إسماعيل، مرجع سابق، ص 154.

الإلتزامات قد يدفع بالدولة إلى القيام بإجراءات من شأنها حماية مصلحتها العامة من أي أضرار قد تؤثر سلبا على اقتصادها الوطني .

الفرع الثالث: الإشكالات التي تعتريها التسوية القضائية الداخلية

بالرغم من الإقرار بالمبدأ السيادي القائم على اختصاص القضاء الوطني للدولة المستضيفة اتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار على الأشخاص والأموال الموجودة على إقليمها، الا أن إناطة تسوية المنازعات الإستثمارية بالقضاء الوطني للدولة المستضيفة للإستثمار لا يقدم إن صح القول الضمان الكافي للمستثمر الأجنبي يرجع ذلك أساسا إلى اختلاف المراكز القانونية لأطراف النزاع، وهو ما من شأنه خلق عدة صعوبات بالنسبة للطرفين، أي كل من المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة على حد سواء

أولا: بالنسبة للمستثمر الأجنبي

نجد الأصل هو ممارسة سلطة القضاء في الدولة، فالمتصور ألا تثير مسألة تقاضي الأجانب أمام محاكم الدولة المضيفة مشكلات من حيث إمكانية التقاضي ماداموا يسلمون بإختصاص تلك المحاكم بنظر المنازعات المرتبطة بإقليم الدولة، الا أننا نجد أن التقاضي أمام المحاكم التي تقيمها الدولة المضيفة للاستثمار، وإن كان مأمونا للمستثمر الأجنبي بسبب ما يحيط به من ضمانات إلا أن هناك ما يعيبه[1]بسبب العديد من الصعوبات التي تعتريه، فإن هذا الأخير ما زالت تواجهه بعض الصعوبات في اللجوء القضاء

[1]- نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص11.

الوطني، تتمثل في اختلاف المراكز القانونية لأطراف النزاع[1]، فأحدهما هو الدولة ذات سيادة، أما الطرف الثاني لا يغدوا أن يكون فردا طبيعيا أو شركة أجنبية مما يصعب فعلا تحقيق المساواة الفعلية بينهم[2]الأمر الذي يؤدي في نهاية المطاف إلى عدم حصول المستثمر على حقه كاملا في إجراءات تقاضي عادلة مما يصعب حتما على المحاكم الداخلية تقديم ضمان كاف لطمأنة هذا الأخير على نتيجة دعواه المعروضة، فهو لم يعتد الإمتثال أمامها، كما يرجع لجهله بإجراءات التقاضي المقامة فيها.

أضف الى تخوف المستثمر من إمكانية تأثر القاضي الوطني بالتيارات الفكرية والسياسية داخل الدولة المضيفة[3] وهو أمر يجره للشك في الأحكام التي تصدر من القضاة ،فإنتماء القاضي الوطني لدولته يجعل نفسيته تنحازالى تغليب المصالح القومية والوطنية والى ما تمليه عليه السلطة العامة[4]، كما تكمن الأسباب في خشيته من تحيزات القاضي الوطني لمصلحة دولته ،أو التمييز بينه وبين الوطني كما يحتمل أن يكون دور القاضي هو تطبيق قانون دولته وفي نفس الوقت يستطيع أن يكون القانون محل الشكوى أو اعتراض من طرف المستثمر وكون القضاء بموجب عامل انتماء لدولته في وضعية الخصم والحكم في أن واحد[5].

---

[1] – إن هذا الاختلاف في المراكز القانونية بين طرفي النزاع يؤدي الى صعوبة تحقيق المساواة الكاملة بينهما أمام محاكم الدولة المضيفة الأمر الذي يؤذي الى عدم حصول المستثمر على إجراءات تقاضي عادلة ، وعلى ذلك قد يصعب على المحاكم الداخلية في الدولة المضيفة تقديم ضمان كاف لطمأنة المستثمر الأجنبي الخاص على نتيجة دعواه ، راجع ، عصام الدين مصطفى بسيم، النظام القانوني للإستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذة في طريق النمو، دار النهضة العربية القاهرة ، مصر 1972 ،ص166.

[2]– راجع في ذلك، عصام الدين بسيم، مرجع سابق، ص217.
وغسان علي علي، مرجع سابق، ص216–217.

[3] – بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 332.

[4] – شيرزاد حميد هروي، منازعات الإستثمار بين القضاء والتحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2018، ص75.

[5]– راجع ، عصام الدين بسيم، مرجع سابق، ص168.
وغسان علي علي، مرجع سابق، ص219.

كذلك من بين أسباب عزوف المستثمر الأجنبي الخضوع للقضاء الوطني هو افتقار المحاكم الوطنية خاصة محاكم الدول النامية للخبرات الفنية والتقنية اللازمة في المجالات المتخصصة لحسم منازعات الإستثمار الأجنبية[1]،خاصة تلك الدعاوى المعقدة التي ترتبط بعقود استغلال الثروات الطبيعية وعقود نقل التكنولوجيا وهو ما قد يثير صعوبة لدى القضاة المطبقين لهذه القوانين من حيث قلة كفاءتهم و خبرتهم في حسم منازعات أين يتضح أن القاضي هنا غير متمرس في جميع تخصصات الإستثمار، مما يدل على عدم كفاية الوسائل البشرية والمادية الخاصة بقطاع العدالة الوطني وعدم تناسبه مع المجال الاقتصادي والمالي في النزاعات التي تجمع بين الدولة والأطراف الأجنبية الأخرى[2].

وآخر ما يواجه المستثمر الأجنبي من العقبات أمام القضاء الوطني هي تلك المتعلقة بالحصانة ضد التنفيذ التي تستفيد منها الدولة المضيفة، سواء كانت حصانة تنفيذية أو قضائية، وهو أمر يحول صراحة دون نظر المحاكم الداخلية في الدولة المضيفة من التصرفات الصادرة عن سلطات هذه الدولة، وفي حال استصدار حكم في صالح المستثمر الأجنبي ضد الدولة المضيفة للإستثمار هنا ينتهي به المطاف في العجز عن تنفيذ هذا الحكم نظرا لما تقرره التشريعات الوطنية من حظر التنفيذ الجبري على الأموال العامة[3].

---

[1] – نجد في هذا الصدد العديد من الأفكار التي تزامنت مع عقود الإمتياز خاصة البترولية منها كتلك القضايا الشهيرة كقضية أرامكو وقضية أبو ظبي وقطر حيث اعتبرت أن هذه الدول ليس لها أجهزة قضائية كفيلة وعلى دراية ومعرفة بأمور الإستثمار، كما لا تملك هذه الدول إن صح القول الأنظمة القانونية وبالتالي لا تستطيع أن تساير المسائل الدقيقة الإقتصادية والتجارية منها، راجع ، إبراهيم بن مدخن، مرجع سابق، ص188..

[2]– Bentoumi Mohammed, op.cit, p226.

[3]– للمزيد أكثر راجع، علي حسين ملحم، مرجع سابق، ص216
وأحمد بوخلخال، مرجع سابق، ص71–72.

لهذه الإعتبارات وغيرها لن يقبل المستثمر الأجنبي اللجوء لقضاء الدولة المضيفة والإمتثال أمام محاكمها وإن كنا نسلم بوجود بعض الأسباب، إلا أن الدوافع الحقيقية تعود لقناعة المستثمر الأجنبي أصلا التقيد بتطبيق قوانين الدولة المضيفة، حيث يرى فيها بأنها ليست أفضل الطرق المحبذة لحل النزاعات مما يؤثر على مصداقيتها وبالتالي عدم نجاعتها واستبعاد منازعات الإستثمار خارج نطاقها.

ثانيا: بالنسبة للدولة المضيفة

إن إسناد مهمة الفصل في المنازعات التي تقوم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له نتيجة عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة سواء بنص تشريعي أو اتفاقي هو أمر سوف يضع المستثمر الأجنبي في وضع مماثل للمستثمر المحلي[1]،من حيث افتراض علمه بالقواعد القانونية الداخلية وإتقانه التعامل معها ،وهو ما قد يثير بعض الإشكالات في تقبل هذا الوضع من طرف هذا الأخير،الأمر الذي يخلف بعض الإشكالات للدولة المضيفة في حال التهرب من هذه الوسيلة إلى وسائل أخرى بديلة قد تكون أكثر مرونة أو ضمانا بحسب معتقداته.

من جهة تواجه الدولة المستقبلة للإستثمار عدة صعوبات،رغم الهيكلة القضائية التي تمتاز بها أغلب الدول المستضيفة للإستثمار إلى أنه لم يشفع لها من تجاوز بعض النقائص التي تشكل صعوبات حقيقية، من بينها نجد على سبيل المثال لا الحصر،العدد الهائل للملفات التي توضع قيد الدراسة والفصل فيها في كل جلسة من جلسات المحاكم والجلسات القضائية،الشيء الذي ينجر عنه تأخر للفصل في القضايا وفي غالب الأحيان دراسة سطحية للملفات تؤدي إلى إصدار أحكام وقرارات قضائية قاصرة في التسبيب، وعلى هذا الأساس

[1] – هلام علاوة وقروي سميرة، أطر فض منازعات الإستثمار الأجنبي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، العدد 06 جوان، 2016، ص123.

يمكن أن تشكل مصدر قللق وريبة بالنسبة للدولة المستضيفة للإستثمار، من جهة أخرى قد يتبادر في دهن المستثمر الأجنبي بعض الشكوك بالنسبة للحياد الذي تتبني عليه الأحكام القضائية الصادرة عن هذه الجهات، مما يؤدي به للتهرب من أحكام تطبيقها، كما قد يكون له أثر سلبي على اتخاذ قراره عن طريق استثمار أمواله في تلك الدولة الأمر الذي من شأنه الإضرار بالدولة المضيفة.

أضف إلى أن القاضي غالبا ما يكون ملزما بتطبيق القانون الداخلي لدولته الذي قد يكون أساس الدعوى علاوة على ذلك فإن هذا الأخير قد يكون غير مطلع على جميع القوانين،كما لا تتوافر فيه حتما الكفاءة وكذا الخبرات اللازمة القانونية المتخصصة للفصل في موضوعات فنية وقانونية معقدة تتضمنها قوانين الإستثمار[1]خاصة قوانين الدول النامية مما يصعب تحقيق المساواة الكاملة بين المستثمر الأجنبي ونظيره الوطني، أضف الى عدم كفاية الوسائل المادية والبشرية الخاص بقطاع العدالة الوطني التي لا تتناسب مع المجال الاقتصادي والمالي في النزاعات القائمة بين الدولة كطرف في النزاع والأطراف الأجنبية الأخرى[2]

من جهة أخرى تخوف الدولة المضيفة من نفور المستثمر الأجنبي من قضاءها نتيجة اختلال التوازن العقدي بينهما وبالتالي يقع على عاتقها الموازنة بين المحافظة على سيادتها من جهة وطمأنة المستثمر الأجنبي وجذبه للتقاضي أمام أجهزتها،كما قد لا تتوفر في الدولة المضيفة القوانين المنظمة للعلاقات الإستثمارية وهذا مما لاشك سوف يثير جملة من المشاكل لدى هذه الأخيرة، كما يزيد من احتمال تقليل فرص إمكانية أمثال المستثمر الأجنبي أمام محاكمها الداخلية، ونظرا للصعوبات المتعددة التي تواجه الدول المضيفة خاصة النامية بالرغم من حرصها على إنشاء محاكم وطنية لا تقل عن مثيلاتها في الدول المتقدمة إرضاءامنها

[1]- أحمد بوخلخال، مرجع سابق، ص74.

[2] – Bentoumi Mohammed, op cit, p226.

للمستثمرين الأجانب لكي يلجئوا إليها باستصدار أحكام موضوعية محايدة في منازعات الإستثمار لكن لحد الساعة نجد محاكم هذه الأخيرة مازالت تفتقر للفاعلية عند تكريس هذه الضمانة، بالرغم من الجهود التي تبذلها فإن المستثمر الأجنبي من كل هذا مازال يرفض الإمتثال لأجهزتها الداخلية للإعتبارات المذكورة سابقا ويفضل اللجوء إلى وسائل أخرى يراها بديلة على شاكلة القضاء الدولي، والتحكيم التجاري الدولي لعرض منازعاته الإستثمارية والتوصل إلى حل مقبول لدعواه بخلاف القضاء الوطني.

المطلب الثاني: التسوية عن طريق اللجوء لضمانة القضاء الدولي

يقتضي الأصل أنه في حالة حدوث ضرر للمستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة المضيفة للإستثمار نتيجة للتصرفات التي تقوم بها هذه الأخيرة ، فإنه يلجأ إلى القضاء الوطني للدولة المدعى عليها، لكن في بعض الحالات قد يتعذر على المستثمر الأجنبي مدعي الضرر أن يحصل على الحماية المطلوبة كما لو تخلت محاكم الدولة المعنية عليها عن نظر الدعوى استنادا إلى نظرية أعمال السيادة،أو كانت النظم القانونية والقضائية للدولة المذكورة تخلو من طرق مضمونة لتحقيق الحماية القضائية،لذلك يبقى أمام هذا الأخير سوى محاولة إثارة المسؤولية الدولية للدولة المضيفة للإستثمار،ومقاضاتها دوليا عن طريق المحاكم الدولية[1] ،وهنا نعطي نموذجان منها وهما محكمة العدل الدولية ومحكمة الإستثمار العربية.

[1]– نجد من خلال التطبيقات العملية لوسائل تسوية منازعات الإستثمار يتبين مدى تفضيل المستثمر الأجنبي اللجوء إلى الوسائل الدولية لاسيما القضاء الدولي، لإعتقاده بأنه يتميز بالحيادية والإستقلالية وتوفير الضمانات القانونية للحفاظ على حقوقه ورغبة من الدول المضيفة في تأمين بيئة استثمارية كفيلة بجذب رأس المال الأجنبي، فإنها تسمح في الغالب باللجوء إلى هذه الوسائل طالما أنها تشبع قدرا من الثقة لدى المستثمر الأجنبي وتشجعه على توظيف أمواله في الدولة المضيفة للإستثمار. نقلا عن مذكرة ، عبد اللاوي خديجة ، النظام القانوني للإستثمار الأجنبي في الجزائر وفي فرنسا ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان، 2017 –2018 ،ص403 .

ونظرا للصعوبة التي قد تواجه الأطراف في هذه الحالة يخول للمستثمر إمكانية طلب الحماية من دولته عن طريق تبني ما يسمى بنظام الحماية الدبلوماسية وهذا ما نتناوله في الفروع التالية:

الفرع الأول: التسوية عن طريق المحاكم القضائية الدولية

بإعتبار القضاء الداخلي للدول المضيفة لا يحقق الضمان الكافي للمستثمر الأجنبي في مجال تسوية منازعاته الإستثمارية، قد يحبذ هذا الأخير اللجوء للقضاء الدولي للفصل في المنازعات، وهذا ما نتناوله عن طريق الجهازين التاليين:

أولا: التسوية عن طريق محكمة العدل الدولية

تعد محكمة العدل الدولية الأداة القضائية الرئيسية للأمم المتحدة 1087 حيث ألحق النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية بميثاق الأمم المتحدة نفسها،وهو يحدد بنية المحكمة وصلاحياتها واختصاصاتها والقانون المطبق وتعززت العلاقة بين محكمة العدل الدولية والأمم المتحدة بموجب المادة 92[1]من الميثاق، والتي تنص على ما يلي" محكمة العدل الدولية هي الأداة القضائية الرئيسية الأمم المتحدة، وتقوم بعملها وفق نظامها الأساسي الملحق بهذا الميثاق وهو مبني على النظام الأساسي لمحكمة الدائمة للعدل الدولي وجزء لا يتجزأ من الميثاق ".

كما تشهد المادة 93 أيضا من الميثاق على هذه الرابطة المتينة، فهي تورد أن جميع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة تعتبر بحكم عضويتها، أطرافا في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، كما حددت المحكمة على امتداد تاريخها ودورها في التسوية القضائية للمنازعات الدولية،باعتبارها الجهاز القضائي في المجتمع

[1] – المادة 92 من ميثاق الأمم المتحدة.

الدولي ككل وليس للأطراف المتعارضة الماثلة أمامها فحسب[1]، وفي ما يتعلق بمدى اختصاص هذه المحكمة في الفصل في منازعات الإستثمار ووفقا 34 من نظامها الأساسي، فإن اختصاصها ينحصر في الفصل بين المنازعات التي تنشأ بين الدول فقط،[2]مما يترتب عليه عدم النظر في المنازعات التي يكون المستثمر الأجنبي فردا كان أو شركة الذي يعني عدم منح المستثمر الأجنبي حق المثول أمام هذه المحكمة مباشرة.

تجدر الإشارة أن الوسيلة الوحيدة للجوء إلى محكمة العدل الدولية هو قيام الدولة التي ينتمي لها المستثمر بعرض النزاع على المحكمة إلى مبدأ الحماية الدبلوماسية، استنادا والذي يتمثل بحق الدول في حماية رعاياها وبالتالي أهليتها في رفع دعوى أما القضاء الدولي في حالة حصول اعتداء على هذه الحقوق والمصالح إذ يعتبر نظام الحماية الدبلوماسية ضمانا مهما لحماية حق المستثمر الأجنبي في حالة تعرضه لأضرار من قبل الدولة المضيفة لإستثماره.

بالرجوع للحكم الذي تصدره المحكمة له قوة إلزامية نسبية من جهة أطرافه ومن جهة موضوعه، فلا يكون للحكم وفق المادة 59 التي تنص على أنه "قوة الإلزام إلا بالنسبة لمن صدر بينهم، وفي خصوص النزاع الذي فصل فيه ولا يقبل الطعن بالاستئناف ويرجع للقضاة مهمة تفسير كل نزاع يحصل في معناه أو في مدلوله حسب ما جاء في المادة 60 منه.

---

[1] – عبد اللاوي خديجة، مرجع سابق، ص405.

[2]– انظر نص المادة 34 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

ثانيا: التسوية عن طريق اللجوء لمحكمة الإستثمار العربية

أنشئت محكمة الإستثمار العربية بموجب الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية عام 1980[1]إذ تمثل هيكلا قضائيا إقليميا مختصا، حيث تم وضع نظامها الأساسي من قبل الهيئة العربية للإستثمار سنة 1985، كما أضحت منازعات الإستثمار في الدول العربية تطبق عليها أحكام الإتفاقية وفقا لقوانين الاستثمار الوطني، وبالتالي نتطرق لإختصاص محكمة الإستثمار العربية وصولا للإجراءات النزاع بين الأقطار العربية المتعاقدة.

يشمل الإختصاص القضائي لمحكمة الإستثمار العربية المنازعات التي تختص بالفصل فيها بحكم ملزم للأطراف،كما حددت الإتفاقية العربية نطاق المحكمة من حيث الموضوع ، و من حيث الأشخاص الذين يحق لهم اللجوء إلى المحكمة، كما نجد نص المادة 29 فقرة أولى[2]قد حددت نطاق اختصاص المحكمة من حيث الموضوع ،حيث نجد هذه الأخيرة تختص بالفصل في المنازعات التالية: المنازعات المتعلقة بتطبيق أحكام الإتفاقية أو الناتجة عنها المنازعات المتعلقة بالإستثمار، والتي يتفق أطرافها على اعتبارها تندرج ضمن نطاق المحكمة، ولو كان هناك اتفاق سابق على عرض هذه المنازعات على التحكيم أو القضاء الدولي[3] .

وفقا للإتفاقية العربية دولية تنشأ استثمارا عربيا، أو أي اتفاق يتعلق بالإستثمار ضمن نطاق جامعة الدول العربية أو فيما بين أعضائها، على أنه إذا رفع المستثمر العربي الدعوى أمام إحدى الجهتين امتنع عليه رفعها أمام الجهة الأخرى.

---

[1] – الإتفاقية الموحدة لإستثمار لرؤوس الأموال العربية في الدول العربية، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-306، مؤرخ في7 أكتوبر 1995، ج.ر، عدد 59، الصادر بتاريخ 11 أكتوبر1995.

[2] – تنص الفقرة الأولى من المادة 29 من الاتفاقية العربية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية على " تختص المحكمة بالفصل فيما يعرضه عليها أحد طرفي الإستثمار من المنازعات المتعلقة بتطبيق أحكام الاتفاقية أو الناتجة عنها".

[3]- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات الإستثمار، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط الأولى،2014 ص154.

بالإضافة إلى ذلك أشارت المادة 23 من النظام الأساسي لمحكمة الإستثمار العربية[1]للمنازعات التي تختص بنظرها من حيث الموضوع وفقا لما ورد في الفصلين الخامس والسادس من الإتفاقية.

وعليه فإن المنازعات التي تنشأ بين المؤسسة والمستثمرين العرب تدخل في اختصاص محكمة الإستثمار العربية حالة عدم اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التوفيق، أضف الى عدم تمكن الموفق من إصدار تقريره في المدة المحددة أو عدم اتفاق الطرفين على قبول الحلول التي اقترحها الموفق في حالة عدم اتفاق الطرفين على اللجوء للتحكيم أو عدم صدور قرار من هيئة التحكيم في المدة المقررة، سبب من أسباب المنازعات التي تحال إليها من قبل المجلس الإقتصادي والإجتماعي طبقا لإتفاقية تسيير وتنمية التبادل بين الدول.

كما ننوه أن اختصاص المحكمة يتسم بطابع الإلزام، كما يجوز عرض النزاع على المحكمة من جانب واحد هذا ما جاء في نص المادة 29 فقرة أولى منها التي جاء فيها "المحكمة تختص بالنظر فيما يعرضه عليها أحد طرفي الإستثمار من المنازعات "وخير مثال على هذا حكم المحكمة في قضية "عادل صالح المداح ضد الوزير التونسي ولجنة تنظيم ألعاب البحر الأبيض المتوسط لدولة تونس لعام 2001[2].

---

[1]- تنص المادة 23من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية على" "تختص المحكمة بالفصل فيما يرد إليها من منازعات وفق أحكام الفصلين الخامس والسادس من الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، كما تختص بنظر المنازعات التي يحيلها إليها المجلس الإقتصادي والاجتماعي طبقا لحكم المادة الثالثة عشر من اتفاقية تسيير وتنمية التبادل التجاري بين الدول العربية" .

[2]– نجد حكم محكمة الإستثمار العربية بتاريخ 12–10–2004 ،الدعوى رقم 1/ 1 ق،في قضية " عادل صالح المداح ممثل شركة تنمية للإستشارات الإدارية والتسويقية ضد الدولة التونسية ممثلة في شخص حكومتها دولة الوزير الأول/ لجنة تنظيم ألعاب البحر الأبيض المتوسط بتونس 2001 ، في هذا الصدد نجد رفض دفع المدعى عليها الثانية " لجنة تنظيم العاب البحر الأبيض المتوسط " بعدم اختصاص المحكمة نظرا لتخلف شرط الإتفاق المسبق بين طرفي النزاع لمخالفة حكم المادة 30 من الإتفاقية العربية الموحدة ، حيث كان رد المحكمة مؤسسا على نص المادة 25 من الإتفاقية العربية والموقع عليها من دولة المدعية والمدعى عليهما، إذ ورد في المادة على " تتم تسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق هذه الإتفاقية عن طريق التوفيق أو=

أما من حيث الأشخاص، نجد أن محكمة الإستثمار العربية تختص بالنظر في منازعات الإستثمار التي تكون قائمة بين دولتين أو أكثر من الدول الأطراف، أو بين دولة طرف وبين المؤسسات والهيئات العامة التابعة لأطراف أخرى، كما يكون النزاع بين المؤسسات والهيئات العامة التابعة لأكثر من دولة طرف.

– أو أن يكون النزاع بين الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة وبين المستثمرين العرب.

–الأشخاص المذكورين في الفقرتين السابقتين وبين الجهات التي توفر ضمانات الإستثمار طبقا للإتفاقية"[1].

يفهم من هذا أنه تختص المنازعات المتعلقة بتطبيق أحكام الاتفاقية أو الناتجة عنها وبين المستثمرين العرب سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو اعتباريين.

كما تختص أيضا بنظر منازعات الإستثمار التي يكون أحد أطرافها دولة متعاقدة أوهيئة أو مؤسسة من مؤسسات الدول المتعاقدة أو مستثمر عربي وبين الجهات التي توفر ضمانات للإستثمار وفقا للإتفاقية كطرف ثاني والجهة المنوط بها ضمان الإستثمار وفقا لهذه الإتفاقية هي المؤسسة العامة لضمان الإستثمار.

كما لم تكتفي الإتفاقية بهذا الحد، بل نجدها خولت للمستثمر العربي اللجوء مباشرة إلى هذه المحكمة بصفته الشخصية لفض النزاع بينه وبين الدولة المضيفة للإستثمار، دون اللجوء لطلب الحماية الدبلوماسية كما هو متعارف عليه.

=التحكيم أو اللجوء لمحكمة الإستثمار العربية"، مبينة أن اللجوء إلى المحكمة هو حق أصيل لأطراف النزاع لا يتوقف على موافقة الطرف الآخر، متاحة على الموقع: http://www.lasportal.org/wps/portal/las_ar

[1] – نص الفقرة الثانية من المادة التاسع والعشرين من الاتفاقية العربية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية، مرجع سابق.

أما بالنسبة لإجراءات صدور الحكم ينطق بالحكم في جلسة علنية،[1]كما يجب أن يشتمل الحكم على الأسباب التي بني عليها وإلا عد باطلا، كما يجب أن تودع مسودة من الحكم مشتملة على أسبابه موقعا عليها من الرئيس والأعضاء عند النطق بالحكم في حين يأخذ شكل الحكم النهائي الملزم لأطرافه في ما قضى به وحائزا لقوته[2]لجميع الدول الأطراف، كما لو كان صادرا من القضاء الوطني لأي منها كونه غير قابل للطعن.

يفهم من خلال النص أن حجية الحكم من الجانب الشخصي تكون ملزمة في مواجهة أطراف الدعوى فقط أما من حيث الموضوع فتقتصر حجية الحكم على النزاع الذي فصل فيه، وهو ما يؤكد بأن طبيعة الحكم الصادر عن محكمة الإستثمار العربية لا تعامل معاملة الأحكام الأجنبية بل الوطنية، بمعنى آخرأن الحكم الصادر من المحكمة لا يخضع لإجراء الرقابة ولا الإعتراف بمنحه الصيغة التنفيذية، بل يطبق مباشرة وهو أمر يكفل للمستثمر حتما ميزة اعفاءه من إجراءات تنفيذ الأحكام وتعقيداتها في الدول الأخرى.

أما فيما يخص مسألة الطعن في الأحكام التي تصدرها المحكمة، يفهم أن الأصل هو عدم جواز الطعن في أحكام محكمة الإستثمار العربية، الا في حالات محددة جاءت بها المادة الخامسة والثلاثين على سبيل الحصر.

---

[1] – يتم النطق بالحكم في جلسة علنية وينبغي أن تودع مسودة الحكم مشتملة على أسبابه وموقع عليها من قبل الرئيس والأعضاء عند النطق به والا كان باطلا، كما تحفظ المسودة بملف الدعوى، راجع نص المادة 47 من النظام الأساسي للمحكمة، مرجع سابق.

[2] – نصت المادة 34 فقرة 3من الاتفاقية على "يكون للحكم الذي تصدره المحكمة قوة النفاذ في الدول الأطراف ويجري تنفيذه فيها مباشرة كما لو كان حكما نهائيا قابلا للنفاذ صادرا من قضائها المختص ".

الفرع الثاني: لجوء المستثمر للقضاء الدولي عن طريق طلب الحماية الدبلوماسية

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 حكومة الدولة الأخيرة أو المضيفة ويعرف هذا بحق الحماية الدبلوماسية، حيث يعرفها الأستاذ" Dubouis Louis" على أنها [1]" عمل تقوم به دولة لدى دولة أجنبية أخرى للمطالبة لصالح مواطنيها بإحترام القانون الدولي أو الحصول على بعض المزايا لصالحهم "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.

وقد عبرت عن ذلك 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 على أن يحصلوا منها على تسوية مناسبة عندما يسلكوا الطرق العادية[2]".

ومنه يحق للمستثمر اللجوء القضاء الدولي في حالة حصول اعتداء على هذه الحقوق، إذ يعتبر نظام الحماية الدبلوماسية ضمانا مهما لحماية حق المستثمر الأجنبي في حالة تعرضه لأضرار من قبل الدولة المضيفة

---

[1]–Louis Du bouis, La distinction entre le droit de l'état réclamant et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique, R.G.D.I.P, 1978، p،23

راجع، شريفي راضية، نظام الحماية الدبلوماسية كأداة للدفاع عن مصالح المستثمرين الأجانب في الدول النامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2017–2018، ص 27.

[2] – عبد الحميد عيشوش، مرجع سابق، ص444.

وبالتالي فالحديث عن الحماية الدبلوماسية يوجب توافر شرطين، يتعلق الأول بشرط الجنسية، أما الثاني فيتمثل في استنفاذ طرق التقاضي الداخلية.

أولا: شرط الجنسية

تتدخل الدولة دبلوماسيا لحماية أشخاص وأموال رعاياها على إقليم دولة أجنبية عندما يلحقهم ضرر حال أو وشيك الوقوع تسببت في إحداثه الدولة الأخيرة، إذ يقوم الربط بين الشخص والدولة التي تتدخل لحمايته برباط الجنسية[1]، ويقوم القانون الداخلي في كل دولة بتحديد الأشخاص الذي يتمتعون بجنسيتها، وقد أكدت محكمة العدل الدولية الدائمة على ضرورة تمتع الشخص بجنسية الدولة التي تضفي حمايتها الدبلوماسية كان ذلك في قضية نوتبوم عام 1955[2].

كما تأكد وجوب توافر شرط الجنسية في طلب الحماية الدبلوماسية في نص المادة الثالثة من مشروع لجنة القانون الدولي التي نصت على " الدولة التي يحق لها ممارسة الحماية الدبلوماسية هي دولة الجنسية ".

وعليه للدولة الحق في وضع معايير تحديد جنسية رعاياها سواء كانوا أشخاص طبيعية أو معنوية.

كما يتبين أنه اذا كان طالب الحماية الدبلوماسية شخصا طبيعيا، فيشترط فيه أن يكون من مواطني الدولة التي تحميه، وأن يكون حاملا لجنسيتها وفقا ما تقتضيه تشريعاتها الوطنية، وكذلك الأمر إذا كان محل

---

[1]– تعرف الجنسية على أنها " صفة في الشخص تقوم على رابطة سياسية وقانونية بينه وبين دولة عضو عنصر من عناصر تكوينها ويعرفها بأنها تمثل رابطة بين الفرد والدولة". راجع، محند إسعاد، مرجع سابق، ص100.

[2]– لقد تجسدت نظرية الجنسية الفعلية في الحكم الشهير لمحكمة العدل الدولية الصادر في 12 افريل 1955في قضية نوتبوم مرجعا أساسيا لموضوع الجنسية لأغراض الحماية الدبلوماسية للأشخاص، فالجنسية هي الرابطة القانونية التي تخول للدول حق التقاضي أمام المحكمة نيابة عن رعاياها، شريطة أن تكون الجنسية مبنية على روابط فعلية، راجع شريفي راضية، نظام الحماية الدبلوماسية، مرجع سابق ص339–340.

الحماية الدبلوماسية شخصا معنويا، مثل الشركات فإنه يشترط أن يكون متمتعا بجنسية الدولة التي تتصدى لحمايته وفقا للمعايير التي تعتمدها تشريعات هذه الدول بشأن تحديد جنسية الأشخاص الإعتبارية.

في هذا السياق قضت محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر في 23 فيفري 1939 على[1]"عند عدم وجود اتفاق دولي خاص فإن رابطة الجنسية بين الفرد والدولة هي الرابطة الوحيدة التي تخول للدولة الحق في الحماية الدبلوماسية".

في حالة تعدد الجنسيات، يطبق القاضي قانون الجنسية الحقيقية"، ويقصد بها الجنسية الفعلية للشخص المتعدد الجنسيات الأجنبي[2]، كما أقرتها العديد من التشريعات الوطنية للدول العربية والتشريعات الحديثة في أوروبا.

أما الأشخاص الإعتبارية قد اعتمد في تحديد ارتباطها بالدولة وبحقها في وضع جملة من المعايير التي تراها مناسبة لتحديد جنسية الشخص الإعتباري، لذا تعددت المعايير المتبعة في تحديد جنسية الأشخاص المعنوية من دولة إلى أخرى، ولقد اعتمدت التشريعات الداخلية للدول على معايير مختلفة لتحديد جنسية الشركة، حيث نجد بعضها مؤسس على اعتبارات موضوعية، بينما أخرى مبنية على اعتبار شخصي، وعموما فهذه المعايير نجدها تتباين تبعا لأوضاع كل دولة بما يتماشى مع مصالحها وأهدافها التنموية.

---

[1] – هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 106

[2] – نجد في هذا الصدد ما ذهب اليه القضاء الدولي عن معيار لترجيح جنسية دولة ما على سواها للشخص الطبيعي المتعدد الجنسيات، ومن هنا ظهرت الجنسية الفعلية، فتكون بذلك الدولة صاحبة الجنسية الفعلية هي صاحبة الحق في مباشرة دعوى الحماية الدبلوماسية نيابة عن الشخص المضرور الذي يحمل جنسيتها، راجع ، شريفي راضية ، مرجع سابق ، ص339.

إن أهم ما يؤخذ على نظرية الحماية الدبلوماسية هو أنها لا تخول للمستثمر سواء كان شخص طبيعي أو معنوي أن يلجأ بنفسه مباشرة للقضاء الدولي للمطالبة بحقوقه في مواجهة القطر المضيف للإستثمار الذي اتخذت في حقه إجراءات التأميم ونزع الملكية وغيرها[1]، على النقيض من ذلك نجد محكمة الإستثمار العربية قد أجازت ذلك في نصوص موادها السالفة الذكر.

ثانيا: شرط استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية

إن حماية الدولة لرعاياها الذين يستثمرون في الخارج بموجب نظام الحماية الدبلوماسية لا يقتصر فقط على توافر علاقة التبعية بين المستثمر والدولة التي تتصدى لحمايته، وإنما يلزم لجانب هذا الشرط وقبل أن تقوم الدولة بمباشرة هذه الحماية أن يكون المستثمر الذي يدعي الضرر من رعاياها قد سبق له أن استنفذ دون نجاح كافة طرق المطالبة الداخلية[2]المتاحة في تشريع الدولة المدعى عليها، أي الدولة المسئولة عن الضرر والتي تتيح له فرصة المطالبة بحقوقه المقررة بمقتضى أحكام القانون الدولي العام.

إذ يجب أن يكون هناك دليل قاطع على أن الدولة المسئولة قد عبرت عن إرادتها بقراروواضح بعدم جبر الضرر الذي أصاب المستثمر الأجنبي، وهو شرط استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية[3].

---

[1] – مؤدى ذلك أنه في حالة ما إذا تضررت مصالح المستثمر الأجنبي بفعل الدولة المضيفة، فإنه يجب اللجوء أولا إلى محاكم هذه الأخيرة باعتبارها مسئولة عن الضرر الذي أصابه قبل اللجوء لطلب حماية الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، شريطة أن يكون في تشريعات الدولة المسؤولة من الوسائل ما يتيح إصلاح الضرر وتحقيق العدالة، راجع، شريفي راضية، مرجع سابق، ص373.

[2]– يقتضي هذا الشرط على مبدأ معترف به في القانون الدولي، يقضي بأنه على الأجنبي الذي يلحقه ضرر في دولة أجنبية أن يستنفذ كافة طرق التقاضي الداخلية المتاحة قبل اللجوء إلى مساعدة دولته، راجع، عبد الحميد عيشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، مرجع السابق، ص464.

[3]– يمكن تعريف شرط استنفاذ وسائل الطعن أو التقاضي الداخلية في القانون الدولي أنه " سلوك الأجنبي المضرور سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا خاصا – كافة الوسائل التي يتيحها له قانون الدولة المضيفة لجبر ما تعرض له من ضرر، وذلك قبل اللجوء إلى دولته لتبني مطالبه بإجراء الحماية الدبلوماسية لصالحه ، راجع أكثر، شريفي راضية ، مرجع سابق ، ص373 .

مؤدى هذه القاعدة أنه في حال ما إذا تضررت مصالح المستثمر الأجنبي بفعل الدولة المضيفة، فإنه يجب اللجوء أولا إلى محاكم هذه الأخيرة، باعتبارها مسئولة عن الضرر الذي أصابه، قبل اللجوء إلى طلب حماية الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته.

كما استقر العرف الدولي كشرط لقبول دعوى المسؤولية الدولية عن طريق ممارسة الحماية الدولية للرعايا ومصالحهم بالخارج أن يكون المستثمر الأجنبي قد استنفذ الوسائل والطرق والطعون المتاحة له في الدولة المضيفة[1]، هذا ما أيدته محكمة العدل الدولية بموجب حكمها الصادر بشأن قضية" Inter handel " سنة 1959[2]، حينما أكدت على أن "شرط استنفاذ الوسائل القضائية الداخلية ومبدأ من المبادئ المستقرة في القانون الدولي العرفي "

وتبعا لموقف المحكمة الدولية الأخير لا يستدعي إعمال ذلك المبدأ اتفاق الأطراف على إعماله مادام أن الاتفاق لا يكون في هذه الحالة إلا كاشفا لا منشئا لمبدأ عرفي مستقر عليه دوليا.

وعليه فالمبدأ الذي يقضي بضرورة استنفاذ طلب الحماية عن طريق الوسائل القضائية الداخلية لا يعد من ثمة قيود تحد من مجال تطبيقهّ ، وإنما المستفاد من العمل الدولي، وعليه إن أول وسيمة لتقييد هذا المبدأ هي

---

[1]– انظر المادة الثامنة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان للعاشر من ديسمبر 1974 متاحة على الموقع التالي:
www.ohchr.org

[2] – أكدت محكمة العدل الدولية على شرط استنفاد وسائل الإصلاح الداخلية في قضية Inter handel بين دولة سويسرا و الولايات المتحدة الأمريكية عام ،1959 و المتعلقة بوضع أموال شركة يملكها سويسري يدعى" Inter handel تحت الحراسة في الولايات المتحدة الأمريكية ،حيث طلبت سويسرا من المحكمة الدولية أن تقضي برد الأموال و الحقوق والمصالح التي تملكها الشركة السالفة الذكر في أمريكا دون تطبيق قاعدة الرجوع الداخلية بسبب الضرر الذي أصابه نتيجة عدم التزام الولايات المتحدة الأمريكية باتفاق واشنطن ،الموقع بينهما بتاريخ 25 ماي 1946، الا أن محكمة العدل الدولية رفضت ذلك ، وبناء عليه قررت هذه الأخيرة رفض الدعوى السويسرية لعدم استنفاذ طرق الطعن الداخلية ، راجع :

Affaire , Interhand Case , I C J , 1959, p 40.

الاتفاقيات الدولية بموجبها تكون لأطراف الإتفاق الدولي حق الإستبعاد الصريح لمبدأ استنفاذ الوسائل القضائية الداخلية، بحيث يكون لدولة المستثمر الأجنبي حق التصدي لحمايته دون الحاجة إلى استنفاذ طالب الحماية للوسائل القضائية الداخلية في الدولة المضيفة[1].

من جهة أخرى من المستقر في تطبيق قاعدة استنفاذ الوسائل الداخلية أنه لا حاجة إلى استنفاذها اذا اتضح من الظروف عدم كفاية وعدالة تلك الوسائل، وفي جميع الأحوال أن تكون هذه الوسائل كافية وعادلة ويقع عبء إثبات وجود هذه الوسائل والكافية والعادلة على الدولة التي وجه ضدها طلب الحماية، وذلك وفقا لتشريعاتها الداخلية، وفي حالة عدم وجود وسائل كافية وعادلة، فإنه يحق لدولة جنسية المستثمر الأجنبي التصدي لحمايته أمام القضاء الدولي مباشرة ودون استنفاد الوسائل الداخلية[2].

أيضا في حالة ما إذا كانت للدولة ذات سيادة نصيبا من ملكية الأموال التي لحقت ضرر بالخارج، فلا تخضع في هذه الحالة لشرط استنفاذ طرق التقاضي الداخلية بالنسبة لمطالبتها بحصانتها الخاصة، كما أن هذا الإستبعاد الوارد استثنى حق الدولة في ممارسة الحماية الدبلوماسية بموجب 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 دعواه ضد الدولة الأجنبية المتعاقد بها وهو ما

[1] – هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص 160.

[2] – طه أحمد على قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية، قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2008، ص27.

يعرف بشرط "كالفو[1]"وقد شاع هذا الشرط خاصة في دول أمريكا اللاتينية.

كما يكون أمر تقدير طبيعة استنفاد وسائل التقاضي الداخلية للمحكمة المعروض عليها النزاع، ومن ثم إذا ما توافر شرط ممارسة حق الحماية الدبلوماسية، تقوم الدولة بتقديم الإحتجاج عند وقوع الضرر أو في حالة التهديد به، ذلك أن عدم القيام بهذا الإجراء سوف يؤول على رضاها أو موافقة منها على ذاك التصرف المخالف.

الفرع الثالث: نماذج تطبيقية من القضاء الدولي

من خلال دراستنا للجوء المستثمر للقضاء الدولي نجد بعض النماذج العملية أين تم اللجوء اليه مباشرة دون طلب الحماية الدبلوماسية، بينما على الوجه المعاكس نجد العديد من الممارسات التطبيقية التي كرست الحماية الدبلوماسية وهذا ما نتناوله على النحو التالي:

أولا: نماذج من القضاء الدولي لإعمال الحماية الدبلوماسية

نجد العديد من الممارسات التطبيقية قد كرست الحماية الدبلوماسية سواء فيما يخص الجنسية أو استنفاد طرق الطعن الداخلية، وهذا ما نتناوله على النحو التالي:

---

[1] –تعود أصول فكرة " شرط كالفو " إلى أواخر القرن التاسع عشر و أوائل القرن العشرين، وهي وسيلة استخدمتها بالدرجة الأولى دول أمريكا اللاتينية لتقييد الأجنبي بسبل الانتصاف المحلية و إلزامه بالتخلي عن اللجوء إلى سبل الإنتصاف بالدولية خصوص المنازعات الناشئة عن عقد أبرم مع الدولة المضيفة ،وكان ذلك عقب تضرر مواطني الدول الأوربية الأمريكية المقيمين في دول أمريكا اللاتينية في أشخاصهم و في ممتلكاتهم، مما أدى بهم إلى طلب الحماية من دولهم التي كانت تلجأ من حين لآخر إلى استخدام القوة لحماية رعاياها باسم الحماية الدبلوماسية ، راجع في ذلك :
حسن زايدي، الأساس القانوني للحماية الدبلوماسية في القانون الدولي العام، رسالة ماجستير في القانون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، عام 2006–2007، ص 54.

1- قضية شركة برشلونة المحدودة لمعدات الجر والإنارة والطاقة:

تأسست شركة برشلونة المحدودة لمعدات الجر والإنارة والطاقة في عام 1911 في "تورنتو" بكندا، أين يوجد فيها مقرها الرئيسي، وكانت تزاول أعمالا في اسبانيا، بعد نهاية الحرب العالمية الأولى استحوذ مساهمون بلجيكيون "أشخاص طبيعية واعتبارية " على نسبة تقارب 88 %من رأس مال الشركة، ونتيجةً لعدد من الإجراءات التي اتخذتها السلطات الإسبانية نتج عنها إلحاق أضرار بالشركة[1].

مما اضطر بدولة بلجيكا باعتبارها دولة جنسية أغلبية المساهمين في الشركة برفع دعوى ضد إسبانيا مطالبة إياها بالتعويض.

من جهة قدمت دولة اسبانيا أربعة اعتراضات أولية على المطالبة البلجيكية، تم رفض اثنان منهما في عام 1964 فيما ضم الاعتراضان الآخران إلى الوقائع الموضوعية للدعوى، وكان أحداهما تتعلق بحق بلجيكا في ممارسة الحماية الدبلوماسية نيابة عن حملة الأسهم في شركة أسست في كندا.

أما رجوعا للموضوع نجد المحكمة قد أكدت بأن الحق في الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بضرر يلحق بشركة ما إنما يعود إلى الدولة التي تم في ظل قوانينها تأسيس الشركة والتي يوجد في إقليمها مكتب الشركة المسجل لا إلى دولة جنسية حملة الأسهم في الشركة[2]،من جانب آخر وفي ما يتعلق بحملة الأسهم أقرت المحكمة أن معاهدات الإستثمار بنوعيها تكفل حماية مباشرة لهؤلاء الأشخاص،هذا ما تبينه الممارسات الدولية، كما تضيف المحكمة أن ذلك لا يوفر دليلا على وجود قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي تؤيد حق دولة جنسية حملة الأسهم في ممارسة الحماية الدبلوماسية لصالحهم، إلا في حالات خاصة وهنا استند

[1] – شريفي راضية، مرجع سابق، ص365.

[2]– Affaire Barcelona Traction, Arrêt du 05/02/1970

تبرير المحكمة في هذا القرار إلى عدة اعتبارات أساسية منها أن امتناع دولة التأسيس عن ممارسة الحماية الدبلوماسية ، كما أن السماح لدولة جنسية حملة الأسهم بممارسة الحماية الدبلوماسية نيابة عنهم سيؤدي إلى تعدد المطالبات، لاسيما إذا كان المساهمون في الشركة ينتمون لعدة دول[1].

2-استنفاذ طرق الطعن الداخلية " قضية "Ambatilos "

نجد في هذا الصدد محكمة العدل الدولية أقرت أن قاعدة استنفاذ الطعون الداخلية هي وسيلة للدفاع تواجه بها قبول الطلب[2]، كما أكدت هذه الأخيرة على شرط استنفاذ وسائل الإصلاح الداخلية وتحديدا في قضية " andel Inter "بين دولتي سويسرا والولايات المتحدة الأمريكية عام 1959 والمتعلقة بوضع أموال شركة يملكها سويسري يدعى"handel Inter" تحت الحراسة في الولايات المتحدة الأمريكية.

كما طالبت دولة سويسرا من المحكمة الدولية أن تقضي برد الأموال والحقوق والمصالح التي تملكها الشركة السالفة الذكر في أمريكا دون تلك الخاصة بتطبيق قاعدة الرجوع الداخلية بسبب الضرر الذي أصابه، نتيجة إخلال الولايات المتحدة الأمريكية بإتفاق واشنطن الموقع بينهما بتاريخ 25 ماي 1946، حيث نص الاتفاق على عدم الحجز على الممتلكات السويسرية في الولايات المتحدة[3].

---

[1] -كان قرار محكمة العدل الدولية في هذه القضية محل انتقادات واسعة النطاق، ، نذكر منها أن الحكم مستمد من المبادئ العامة لقانون الشركات و لم يستمد من القانون الدولي العرفي، و قد ذهب أحد قضاة المحكمة في رأيه المستقل إلى أن "القانون الدولي العرفي لا يحظر على دولة الجنسية ، جنسية حملة الأسهم حمايته حتى لو كانت دولة جنسية الشركة تتمتع بحق حماية الشركة. "راجع في ذلك :تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة 55 لسنة 2003 ، وثيقة رقم ACN 4/530.الفقرات : من 7 إلى 21 ،ص من 7 الى 13.

[2]– Affaire , Ambatilos , Arrêt du 1er janvier 1952, Grèce C . Royaume uni , C.I.J, Recueil 1953 p38.

[3] – شريفي راضية، مرجع سابق، ص400.

أثارت الولايات المتحدة دفعا أوليا أمام المحكمة الدولية مفاده عدم استنفاذ جميع طرق الطعن الداخلية من الطرف المضرور، حيث كانت دعوى " handel Inter"لا تزال أمام المحكمة العليا في الولايات المتحدةالأمريكية، وبناء عليه حكمت محكمة العدل الدولية برفض الدعوى السويسرية مبررة بعدم استنفاذ طرق الطعن المحلية[1].

ثانيا: نماذج تطبيقية لبعض الأحكام الصادرة عن محكمة الاستثمار العربية تتعلق بالاختصاص

نجد محكمة الاستثمار العربية قد فصلت في بعض القضايا نذكر منها ما يلي:

1- قضية رئيس شركة اتحاد المقاولين ضد الأمانة العامة لجامعة الدول العربية

في هذا الصدد رفعت أمام محكمة الإستثمار العربية دعوى مقدمة من السيد "سعيد توفيق الخوري بصفته ممثلا رئيس شركة اتحاد المقاولين ضد الأمانة العامة لجامعة الدول العربية"، ليصدر الحكم بتاريخ 6-12-2010 برفض الدعوى لعدم الإختصاص باعتباره رفع دعواه ضد الأمانة العامة لجامعة الدول العربية وهي ليست دولة في مفهوم الاتفاقية[2]، من جانب آخر لا يمكن للدولة الطرف في الإتفاقية العربية الموحدة أن تتذرع بحصانتها القضائية ضد أي إجراء تنازعي أمام المحكمة، إذ أن الدولة بمجرد موافقتها على الإتفاقية تكون قد ألزمت نفسها وتنازلت بذلك عن حصانتها القضائية.

[1]-Affaire , Interhand Case , I C J , 1959, p 40.

[2] – حكم محكمة الاستثمار العربية بتاريخ 06-12-2010 ، الدائرة الثانية، الدعوى رقم 7/1 ، قضية " سعيد توفيق الخوري بصفته ممثلا لرئيس شركة اتحاد المقاولين ضد الأمانة العامة لجامعة الدول العربية متوفرة على الموقع الالكتروني التالي: http://www.lasportal.org/wps/portal/las_ar

2- قضية عادل صالح المداح ضد الوزير الأول التونسي

تعتبر القضايا المعروضة على محكمة الإستثمار العربية ضئيلة والدليل على ذلك أن أول نطق بالحكم في أول نزاع استثماري تونسي سعودي كان في 2005/05/31،حيث تتضمن القضية المتمثلة في شخص المسمى عادل المداح ضد الوزير التونسي ولجنة تنظيم ألعاب البحر الأبيض المتوسط.[1]بتونس التي تدور وقائعها أن الشركة السعودية طالبت الحكومة التونسية بتعويض قدره 79 مليون دولار نتاج الضرر اللاحق بالشركة جراء إخلال الحكومة التونسية بالتزاماتها بعقد رسمي مشترك حول حقوق البث الإذاعي والتلفزيوني والإعلامي لدورة العاب البحر المتوسط بتونس 2001.

حيث برمجت الجلسة الأولى للقضية في شهر أوت 2004، حيث تشكلت هيئة المحكمة من ثلاث أعضاء من خلال حيثيات القضية تبين أن الشركة السعودية لم تلجأ إلى المحكمة إلا بعد فشل سبل تسوية النزاع وديا، وهذا يعد دليلا قاطعا على الإختصاص الإلزامي للمحكمة، من جهة نجد لجنة تنظيم العاب البحر الأبيض المتوسط قد رفضت دفع المدعى عليها الثانية بعدم اختصاص المحكمة، نظرا لتخلف شرط الإتفاق المسبق بين طرفي النزاع.

كما جاء في أوراق المرافعات أنه رغم التزام تونس بعقد رسمي موقع من طرف الرئيس التونسي عام 1999 الا أن الشركة فوجئت بوجود عقد مبرم بين الحكومة التونسية والخطوط الجوية التونسية مبرم قبل 04 أشهر من عقدها رغم إقرار نص صريح في العقد المبرم بين الشركة السعودية والحكومة التونسية ينص على " لم

[1] – انظر قضية صالح المداح ضد الوزير الأول التونسي ولجنة تنظيم ألعاب البحر الأبيض المتوسط بتونس 2001، منشور على الموقع التالي: http://www.lasportal.org/wps/portal/las_ar

يسبق التعاقد بأي صفة حول موضوع العقد مع أي طرف كان" [1]،وعليه كان رد المحكمة مؤسسا على المادة الخامسة والعشرين من ذات الإتفاقية،[2]الموقع عليها من دولتي المدعية والمدعى عليهما التي نصت بدورها على ضمانة اللجوء لمحكمة الإستثمار العربية[3]كأحد الخيارات المتاحة والموقع عليها من دولتي المدعية والمدعى عليهما، مما يعني أن اللجوء لهذه الأخيرة يعد حقا أصليا لأطراف النزاع لا ينحصر فقط على موافقة الطرف الآخر،كما تعتبر هذه القضية أول قضية فصلت فيها محكمة الإستثمار العربية تتمثل في مسألة الإختصاص الموضوعي للمحكمة، بالرغم من اتسام هذه الأخيرة بطابع إلزامي،إلا أنها لا تلزم موافقة الطرفين معا على عرض النزاع حتى ينعقد الإختصاص لهذه الأخيرة، مثلما ورد في نص المادة 29 فقرة أولى منها.

نخلص أن الأصل في تسوية المناعات يرجع للقضاء الداخلي وبالرغم مما يحظى به هذا الأخير بإعتباره نابع من سيادة الدول، الا أن المستثمر الأجنبي كما رأينا سلفا يفضل اللجوء لآليات أخرى بديلة يراها كفيلة في نظره لتسوية منازعاته الإستثمارية، كما تراءى لنا رغم النص على ضمانة القضاء الداخلي في التشريعات الداخلية الا أن الإتفاقيات الدولية المبرمة في مجال الإستثمار لم تجعله الخيار الأول كما رأينا.

---

[1] – والي نادية، التحكيم كضمان للإستثمار في إطار الإتفاقيات العربية الثنائية والمتعددة الأطراف، مرجع سابق، 2006 ص119.

[2]- جاء في نص المادة 25من الاتفاقية على أنه " تتم تسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق هذه الاتفاقية عن طريق التوفيق أو التحكيم أو اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية".

[3] – انظر حكم محكمة الإستثمار العربية بتاريخ 12-10 2004، قضية " عادل صالح المداح، ممثلا عن شركة تنمية للاستشارات الإدارية والتسويقية ضد الدولة التونسية ممثلة في شخص حكومتها دولة الوزير الأول/ لجنة تنظيم ألعاب البحر الأبيض المتوسط بتونس 2001، راجع الموقع الكتروني:

http://www.lasportal.org/wps/portal/las_ar

في حين جاءت بضمانات بديلة أخرى يمكن للمستثمر اللجوء اليها، وبهذا أمكننا القول أن اللجوء لضمانة القضاء الداخلي بالنسبة للمستثمر هو طريق إختياري لا إلزامي فهو غير مجبر على الإمتثال لمحاكمها.

أما بالنسبة لإمكانية لجوء المستثمر وامتثاله للقضاء الدولي والمتمثل في المحاكم الدولية، كمحكمة الإستثمار العربية ومحكمة العدل الدولية، نجد أنهما لا تخلوان من العراقيل والصعوبات القانونية.

بالرجوع لمحكمة العدل الدولية يتبين لنا تعذر لجوء المستثمر إليها،حيث نجدها تنصب فقط على النزاعات المبرمة بين الدول فقط او المنظمات الدولية، وبالتالي لا تخص الأشخاص الخاص ،عكس التقاضي أمام محكمة الإستثمار العربية التي يشمل اختصاصها الفصل في المنازعات الإستثمارية التي يكون أحد أطرافها عربيا، سواء كان هذا الطرف مستثمرا خاصا أو دولة أو إحدى مؤسساتها العامة، فإنها منحت امتيازا للمستثمر الإقليمي للتقاضي مباشرة أمام محاكمها ،بالرغم من أنها تحتاج إلى توسيع صلاحياتها لتشمل الفصل في المنازعات التي يكون أحد أطرافها أجنبيا، الا أنها مقارنة بسابقتها تمثل نموذجا عربيا جيدا للقضاء الدولي المتخصص في مجال منازعات الإستثمار.

وفي ما يخص نظام الحماية الدبلوماسية باعتبارها طريقا للجوء للقضاء الدولي، الا أنها تظل مرهونة بإحترام مجموعة من الشروط، فالواقع العملي يثبت صراحة أنه مازال تطبيقها يعتريه بعض الإشكالات، هذا ما تراءى لنا في بعض القضايا المذكورة سلفا،وعليه إن لجوء المستثمر الأجنبي للقضاء الدولي في حسم منازعاته مع الدول المضيفة لم يسجل تفعيلها وتناسبها مع حجم المنازعات الإستثمارية،خاصة البلدان النامية منها لإختلاف مراكز الأطراف المتنازعة، بالرغم من ذلك تبقى طريقا للمستثمر للحد من سلطان القضاء الداخلي للدول المضيفة .

الفصل الثاني:

التسوية عن طريق ضمانة التحكيم التجاري الدولي

أضحى التحكيم في منازعات الإستثمار السبيل الأكثر انتهاجا خاصة من طرف المستثمر الأجنبي الذي يرى فيه الطريق الأنجع نظرا لما يكتسيه من المزايا التي تتناسب مع طبيعة منازعات الإستثمار،حيث يوفر السرعة في الإجراءات والسرية التي تعتبر من أهم خصائص التحكيم، والمرونة وكذا الحرية في اختيار المحكمين ممن يملكون الخبرة والكفاءة حسب طبيعة كل نزاع، وكذا اختيار القانون الواجب التطبيق، كما أن المستثمر الأجنبي يتمسك بضمانة التحكيم ليس لما يوفره هذا الأخير من مزايا فحسب، بل الدافع الحقيقي للجوء إليه يكمن في انعدام ثقة المستثمرين الأجانب في قضاء الدولة المضيفة، وريبتهم من النظام القانوني الذي يحكمها خاصة النامية منها .

كما أن اختصاص التحكيم بالنظر في المنازعات المتعلقة بالإستثمارات يعكس موازين القوى بين المستثمرين الأجانب والدول خاصة النامية، منها لدفع عجلة التنمية الأمر الذي يحتم عليها التنازل عن قضاءها الوطني في نظر هكذا منازعات، كما يلجأ الأطراف الى التحكيم عن طريق بعض المراكز التحكيمية الدولية لفض منازعاتهم الإستثمارية على شاكلة المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار وغيرها، باعتبارها أجهزة تحكيمية كفيلة بتحقيق هذا الغرض وهذا ما نتناوله على النحو التالي:

المبحث الأول: ضمانة التحكيم الدولي وخصوصيته في تسوية منازعات الإستثمار

إن مسألة تحديد الطبيعة القانونية للوسائل المتاحة لحسم النزاعات المتعلقة بالإستثمار من أهم الضمانات التي يطالب بها المستثمر الأجنبي بالرغم من تعدد الوسائل التي تمكنه من اللجوء إليها،إلا أن نظام التحكيم ظل الأكثر سيطرة وتربعاعلى قائمة الوسائل المفضلة والمقنعة لدى المستثمر الأجنبي لفض منازعاته الإستثمارية وعليه يعرف التحكيم على أنه " الطريقة الذي تختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد عن

طريق طرح النزاع والبث فيه أمام شخص أو أكثر يطلق عليهم اسم المحكم أو المحكمين دون اللجوء إلى القضاء"[1].

ومنهم من عرفه على أنه إنشاء اختصاص قضائي خاص يتم بواسطته سحب المنازعات من الإختصاص القضائي العام لتعطى لأفراد يزودون بسلطات الفصل في هذه المنازعات[2].

كما أن الطبيعة القانونية الخاصة التي يمتاز بها نظام التحكيم كأداة مميزة لحسم المنازعات على خلاف الوسائل القضائية والودية الأخرى ساهمت بشكل كبير في شيوع اللجوء إليه خاصة في العقود والإتفاقيات الدولية كشرط أساسي وفعال لتسوية المنازعات الناشئة عنها، وحتى يتمكن نظام التحكيم من تحقيق الفعالية المطلوبة فإن ذلك يستلزم بالضرورة التطرق لخصوصيته في حسم منازعات الإستثمار، بدءا من اتفاق اللجوء اليه إلى غاية صدور الحكم التحكيمي وكذا تنفيذه وهذا ما ندرسه في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: تكريس ضمانة التحكيم التجاري الدولي

يحتل التحكيم التجاري الدولي مكانة هامة مقارنة مع غيره من الوسائل الأخرى خاصة فيما يتعلق بمنازعات الإستثمار حيث أصبح يشكل الوجهة المفضلة خاصة بالنسبة للمستثمرين.

كما يعد حماية إجرائية للتقاضي لهؤلاء على أراضي الدول المضيفة، ولما كان وقوع المنازعات بشأن الإستثمار مع الدولة أو إحدى هيئاتها يعد أمرا حتميا بالنسبة لأي مستثمر فإنه من الضروري تكريس هذه الضمانة بإعتبارها وسيلة محايدة وفعالة[3]أكثر من أي وسيلة أخرى.

---

[1] – فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، للنشر والتوزيع، عمان، الأردن ، ط الخامسة، 2010، ص13.

[2]– Robert (J), Arbitrage, civil et commercial,4ème édition, Dalloz, Paris, 2001, p09.

[3] – هفال صديق إسماعيل ، مرجع سابق ، ص196.

في الجانب المقابل وبالنسبة للدول المضيفة، نجد أن التحكيم لا يمثل لها تلك الضمانة الحقيقية عكس المستثمر، الا أن هذه الأخيرة عمدت الى تكريسه على حد سواء بالنص عليه في تشريعاتها الداخلية أو من خلال تبني نظام الإتفاقيات الدولية بنوعيها في مجال حماية الإستثمارات الأجنبية وتشجيعها.

وعليه نتطرق لهذه الضمانة من وجهة التشريعات الوطنية، تم التعريج عليه من خلال الإتفاقيات الدولية المبرمة في مجال الإستثمار، وصولا الى اعماله في المناطق الحرة العربية.

الفرع الأول: النص على التحكيم التجاري الدولي في التشريعات الوطنية

إن تطور نظام التحكيم مرجعه للمزايا التي يقدمها في حل المنازعات الناشئة عن العلاقات الإقتصادية أو المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية، لهذا تم تكريسه في جل القوانين الوطنية، نخص بالذكر قوانين الإستثمار، ثم نعطي بذلك نماذج قضائية من تكريس هذا الأخير في منازعات الإستثمار.

أولا: النص على ضمانة التحكيم الدولي في قوانين الإستثمار

عادة ما تتضمن القوانين الداخلية أحكاما تعبر عن رضا الدولة باللجوء لضمانة التحكيم في المنازعات المتعلقة بالإستثمار، بالرجوع لهذه التشريعات نجد نص المادة 24 من قانون الإستثمار الجزائري أجازت إمكانية لجوء المستثمر لتسوية نزاعاته عن طريق ضمانة التحكيم التجاري الدولي،[1] بالرغم من أن الأصل

[1]– نصت المادة 24 من قانون 16–09 على " ..الا في حالة وجود اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالإتفاق على تحكيم خاص".

يعود لإختصاص المحاكم الداخلية، الا أنها تعطي للمستثمر الخيار أمام إمكانية تقاضيه عن طريق التحكيم حال اختياره له.

يستشف من نص المادة 24 أن المشرع ترك للأطراف المتنازعة الخاضعة لقانون الإستثمار الجزائري جوازا أن يتفقوا في العقد المبرم بينهما على حل النزاع باللجوء لضمانة التحكيم بموجب القانون الجزائري أو بالرجوع اليه من خلال جهة أخرى معترف بها دوليا[1].

كما أقر المشرع الجزائري أحقية اللجوء للتحكيم في قوانين استثماره بدءا من مرسوم رقم 93-12 وكذا قانون 03-01 الى غاية قانون 16-09، وهنا يمكن للمستثمر اللجوء لهذه الضمانة حال الإشارة اليه بموجب نصوص الإتفاقيات، أو في حال وجود بند خاص ينص على أن تتم التسوية عن طريق إحالة النزاع إليه بمقتضى عقد استثمار مبرم بين الدولة والمستثمر، مثلما هو وارد في نص المادة 24 السالفة الذكر.

بينما نجد مشروع قانون الاستثمار قد أقر هو كذلك ضمانة التحكيم الدولي بموجب نص المادة الثانية عشر منه[2] وعلى خلاف نص المادة 24 من قانون 16-09 أضافت المادة الثانية عشر من مشروع قانون عبارة أو ابرام اتفاق بين الوكالة المشار اليها في المادة 18 أدناه التي تتتصرف باسم الدولة والمستثمر تسمح للأطراف باللجوء للتحكيم " ، يفهم من نص المادة أنه اذا تضمن في عقد الإستثمار المبرم بين الوكالة والمستثمر الأجنبي على اللجوء لوسيلة التحكيم ،وهنا يؤخذ بما جاء في العقد بحيث يستبعد القضاء الوطني

[1]- Zouiten Abdrrezak, L'investissement en droit algérien, op. cit, p259 ..

[2] – نصت المادة 12من مشروع قانون الاستثمار لعام 2022 على " زيادة على أحكام المادة 11 اعلاه يخضع كل خلاف ناجم عن تطبيق أحكام هذا القانون بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية ..... مالم توجد اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف صادقت عليها الدولة الجزائرية تتعلق أحكامها بالمصالحة والوساطة والتحكيم ".

وعليه يفهم أن المشرع الجزائري أعطى للوكالة صلاحية تمثيل الدولة عن طريق العقود التي تبرمها مع هذا المستثمر كان طبيعيا أومعنويا وفق لما هو وارد في نص المادة الثانية عشر أدناه .

كما أجازت المادة السادسة من القانون المصري رقم 8 لعام 1997الذي يتعلق بضمانات وحوافز الإستثمار المصري على حرية الأطراف المتعاقدة في اختيار الطريقة التي يتم بها تسوية النزاع ، ماعدا ما تعلق بعقود نقل التكنولوجيا[1]،فهذه الأخيرة نجدها تخضع للوسائل الودية أولا وفي حال فشلها تحسم عن طريق القضاء الداخلي أو التحكيم الداخلي الذي يجرى على دائرة إقليمها.

أما رجوعا لقانون الإستثمار العراقي نجده يجيز الإتفاق للجوء لقضاء التحكيم ،لكن في حالات محددة [2]حددها هذا الأخير،نفس الإتجاه سار اليه قانون الإستثمار في إقليم كردستان الذي نص على ضمانة التحكيم الدولي في نص المادة 17 التي جاء فيها " تحل المنازعات الاستثمارية وفق العقد المبرم بين الطرفين وعند عدم وجود فقرة فيه بهذا الخصوص تحل بطريقة ودية وبتراضي الطرفين،وفي حال تعذر الحل الودي يجوز للطرفين اللجوء الى التحكيم المبينة أحكامه،أو وفقا لأحكام تسوية المنازعات الواردة في أي من الإتفاقيات الدولية أو الثنائية التي يكون العراق طرفا فيها".

---

[1] –نجد المادة 87من قانون التجارة المصري رقم 17 لعام 1999 " تختص المحاكم المصرية بالفصل في المنازعات التي تنشا عن عقد نقل التكنولوجيا المشار اليه في المادة 72 من هذا القانون ويجوز الاتفاق على تسوية النزاع وديا أو بطريق تحكيم يجرى في مصر وفقا لأحكام القانون المصري، وفي جميع الأحوال يكون الفصل في موضوع النزاع بموجب أحكام القانون المصري وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلا " .

لمزيد من التفاصيل راجع، أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص40 وما يليها.

[2] –نجد في هذا الصدد قانون الإستثمار العراقي قد نص في مادته 27 فقرة ثانية منها على اللجوء لضمانة التحكيم بقوله " اذا كان أطراف النزاع من غير العراقيين وفي غير المنازعات الناتجة عن جريمة يجوز للمتنازعين الاتفاق على القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة أو أي اتفاق آخر لحل النزاع بينهم ".

وهنا تتجلى المكانة القصوى التي أولاها المشرع للتحكيم ودوره في تسوية المنازعات الإستثمارية في ظل قانون كردستان حيث نجده يجيز للأطراف دائما أحقيته في اللجوء لهذه الضمانة، في حال عدم اتفاقهم على أي وسيلة أخرى.

من خلال استقراءنا لبعض قوانين الإستثمار نجدها تجيز الإتفاق على حسم المنازعات عن طريق التحكيم كما أعطت التشريعات للأطراف المتنازعة حرية اختيار طريق التسوية،بعبارة أخرى جعلت إرادة الأطراف هي الفيصل الأساسي لحسم نزاعاتهم،الا أننا نجد أغلب التشريعات قد نزعت الإختصاص من القضاء الوطني على سبيل الإستثناء في حال وجود اتفاق ثنائي أو متعددة الأطراف يسمح باللجوء للوسائل الودية الأخرى أواللجوء لضمانة التحكيم كطريق بديل لحل النزاعات، أو أي بند تسوية آخر يتفق عليه الطرفين ينص على شرط التحكيم رغبة من الدول في جلب وتشجيع وفود المستثمرين على إقليمها واستجابة للمتغيرات الدولية ألزمها بأن تراعي رغبة ومصلحة المستثمر الأجنبي، حتى ولو كان المقابل نزع الإختصاص من النظام القضائي الوطني لأجل تشجيع توافد المستثمرين الأجانب.

كما لم تكتفي بهذا الحد، بل يمكن إبرام عقد مستقل بين المستثمر والدولة المضيفة ينص على تسوية لنزاع عن طريق ما يسمى بشرط التحكيم وهو الشرط الوارد في العقد المبرم بينهما، أو وثيقة مستقلة عنه، وبالرجوع للقانون الجزائري نجده تطرق لشرط التحكيم بموجب نص المادة ة 1007[1]من قانون الاجرءات المدنية والإدارية رقم08-09 أي اللجوء الى هذا الشرط قبل وقوع النزاع.

[1] – نصت المادة 1007 من قانون ا.م.ا رقم 08-09 على تعريف شرط التحكيم بقولها " شرط التحكيم هو الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد للتحكيم ".

كما نجد هذا المصطلح شائع لدى معظم النظم القانونية واللوائح المعاصرة المنظمة لمسائل التحكيم والأكثر عملا به في الممارسات الدولية[1]، فلا تكاد تخلو عقود الإستثمار الا وأدرجت شرط التحكيم في المنازعات الخاصة بالإستثمار، أضف الى مشارطة التحكيم، وعليه فالتحكيم التجاري كأصل عام يشمل كلا من شرط التحكيم وكذا مشارطة التحكيم وبعبارة أخرى "النزاع القائم والمحتمل".

كما نجد الدول قد اختلفت حول اللجوء لضمانة التحكيم بنوعيه حرا كان أو مؤسساتي، لكن نجد الغالبية قد فضلت النوع الثاني، أي الإمتثال لمحاكم التحكيم الدولية على شاكلة المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار أو غرفة التجارة الدولية بباريس وغيرها، وهذا راجع لكل دولة في اختيار الطريق الأنسب للتسوية وما يتوافق مع الشروط المبرمة بينها وبين المستثمر الأجنبي في حال ما إذا كان النص عليه في شرط مستقل عن العقد الأصلي.

ثانيا: نماذج تطبيقية لإعمال ضمانة التحكيم في التشريع الداخلي

1-قضية هضبة الأهرام:

تعد أول قضية يتم تأسيس الرضا فيها بناء على التشريع الداخلي، حيث نجد الشركة المدعية قد قامت بتقديم طلب تحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بناء على نص المادة الثامنة من قانون

[1]– Boudali Khadija.Yahiaoui Souad، L'admission de l'arbitrage commercial international en droit Algérien، Revue des études de droit، VOL 8 N°1 mai, 2021,p1132

الاستثمار المصري رقم 43 لعام 1974[1]بشأن استثمار المال العربي و الأجنبي، حيث نجد جمهورية مصر العربية قد دفعت بعدم اختصاص المركز الدولي في حكميه الصادرين لعام 1985 و 1988، كما استندت هذه الأخيرة في دفعها بعدم اختصاص المركز لعدم وجود بند ينص على رضا تحكيم أمامه لأن التراضي هنا يستلزم استبعاد اللجوء لأي ضمانة أخرى لتسوية منازعات الإستثمار[2]،كما تطرقت أن نص القانون رقم 41 لعام1974 يعد مطبقا في النزاع ،كما يشترط تطبيقه حصول المستثمر على ترخيص مسبق من الدولة لممارسة نشاطه ،وبما أن الترخيص قد تم سحبه من الشركة المدعية فلا تخضع لأحكامه.

قوبل هذا الدفع بالرفض من طرف هيئة التحكيم مبررة على أن هذا القانون كان ساري المفعول قبل تمسك لشركة المدعية بحق اللجوء لضمانة التحكيم، أما إذا كان القانون يشير لإختصاص التحكيم هنا فإن مجرد سحب الترخيص من الشركة المدعية دون إلغاء القانون لا يفهم منه عزوف الدولة المصرية عن إيجابها باللجوء للتحكيم، وعليه تبقى نصوص القانون هي الواجبة التطبيق على النزاع.

[1] – نصت المادة 08 من القانون المصري للاستثمار على " تتم تسوية منازعات الإستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر أوفي إطار الاتفاقيات السارية بين جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر أو في إطار اتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين الدولة ومواطني الدول الأخرى ،التي انضمت اليها جمهورية مصر العربية بموجب القانون رقم 90 لعلم 1971في الأحوال التي تسري فيها ،ويجوز الإتفاق على أن تتم تسوية المنازعات بطريق التحكيم وتشكل لجنة التحكيم من عضو عن كل من طرفي النزاع وعضو ثالث مرجح يتفق على اختيار العضو المرجح بناء على طلب أي من الطرفين بقرار من المجلس الأعلى للهيئات القضائية من بين المستشارين بالهيئات القضائية لجمهورية مصر العربية ".

[2] – شتوح عمر، التحكيم في ظل اتفاقيات الإستثمار، تجديد ممارسة التحكيم، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2021، ص30.

2 –قضية شركة "rumeli " ضد دولة كازاخستان:

هنا نجد شركة قد أبرمت اتفاقية تأسيس لإنشاء مشروع مشترك وذلك في شكل شراكة لتوفير الهاتف المحمول أي قيامهم بالاستثمار على أراضي الدولة الكازاخستانية ،وهنا تقدمت شركة الإتصالات بطلب التحكيم أمام المركز استنادا لنص المادة 27 في فقرتها الثالثة من قانون الإستثمار لدولة كازاخستان، حيث نصت هيئة التحكيم على إجازة النص للمستثمر الأجنبي اختيار تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار مع دولة كازاخستان بالتالي تكون هذه الأخيرة قد عبرت عن رضاها باللجوء لآلية التحكيم مند دخول قانون استثمارها حيز النفاذ[1]، أما المدعي فقد عبر عن موافقته بتحكيم المركز بموجب طلبه التحكيم وهنا ينعقد الاختصاص للمركز للبث في النزاع موضوع طلب التحكيم .

ما يستشف من القضيتين السالفتي الذكر أن النص على تسوية منازعات الإستثمار عن طريق ضمانة التحكيم بات الخيار الأول والأمثل للمستثمر لتسوية منازعاته ، بغض النظر عن كونه شخص طبيعي أو معنوي، كما أن إدراج مثل هذا الشرط في قوانين الإستثمار للدول المضيفة سوف يكون حجة لها أو عليها لأن غالبية قوانين الإستثمار قد جاءت بضمانة التحكيم كطريق من طرق التسوية يستوي مثله مثل القضاء الداخلي لديها ،و إن كانت هذه الأخيرة تحبذ اللجوء للقضاءها ، الا أن التحكيم أثبته الواقع العملي في العديد من القضايا التحكيمية، أين نجد أغلبها قد تم تسوية النزاع فيها عن طريق اللجوء اليه .

[1] – عمر شتوح، التحكيم في ظل اتفاقيات الإستثمار، مرجع سابق، ص34.

الفرع الثاني: النص على التحكيم التجاري الدولي في الإتفاقيات الدولية

إن اللجوء لضمانة التحكيم لم يقتصر على ما تضمنته بعض التشريعات الوطنية من نصوص تجيز للمستثمرين إحالة منازعاتهم الإستثمارية للتحكيم التجاري الدولي، بل عمدت معظم الدول الى تبني نظام الإتفاقيات الدولية بنوعيها في مجال حماية الإستثمارات الأجنبية وتضمينها نصوصا صريحة تجيز اللجوء لهذا الأخير بهدف تشجيع المستثمرين داخل أراضيها.

أولا: تكريس ضمانة التحكيم التجاري في الإتفاقيات الثنائية

بالرجوع للإتفاقيات الثنائية نجد جلها قد تطرق لبنود تتناول فيها سبل التسوية المعتمدة حال نشوب النزاع عكس ما كانت عليه سابقا، مثلما نصت عليه الإتفاقية المبرمة بين دولة مصر والكويت لعام 1966 حيث أشارت للتحكيم في نص المادة السادسة منها، كما أجازت اللجوء الى لجنة خاصة للتحكيم في حال فشل التسوية الودية[1].

غالبا ما تتضمن هذه الإتفاقيات الثنائية شرط جواز الإلتجاء إلى واحد أو أكثر من قواعد أو مراكز التحكيم المحددة في الإتفاقية، وفي معظم هذه الإتفاقيات تتم الإشارة إلى واحد أو أكثر من أشكال التحكيم التي يديرها المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، مثلما ورد في الإتفاقية المبرمة بين دولة مصر والولايات المتحدة

[1] – نصت المادة 06 من الإتفاقية الكويتية المصرية على التسوية لعام 1966 بقولها " كل نزاع ينشأ عن تفسير هذا الاتفاق أو تطبيقه ولا يستطيع الطرفان حسمه بالمفاوضات المباشرة بينهما يجب أن يحال بناء على طلب أي من الطرفين على لجنة خاصة للتحكيم ...".

الأمريكية في مجال الإستثمار لعام 1986[1]التي نجدها اختارت طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار.

بالمقابل نجد دولة الجزائر تبنت نفس الحل وهو مبدأ جوازية اللجوء للتحكيم التجاري الدولي من خلال ما طرحته نص المادة 24 السالفة الذكر من قانون الإستثمار16-09 وذلك تطابقا مع ماجاء في اتفاقياتها الثنائية المبرمة كوسيلة لحل منازعات الإستثمار، في حال ما اذا اتفق الأطراف استبعاد اللجوء للقضاء الداخلي وفشل الحلول الودية،ومنه أقر المشرع الجزائري جوازية اللجوء لضمانة التحكيم لإخضاع نزاعاتهم عن طريقه كالاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية والإتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي المتعلق بتشجيع وحماية الإستثمارات الذي نص على هذه الضمانة[2].

بدورها نصت الإتفاقية الثنائية الجزائرية الاسبانية هي الأخرى على اللجوء للتحكيم لتسوية منازعتها في حال فشل التسوية الودية، كما أقرت اللجوء هنا لطريق التحكيم المؤسساتي وهو ما تجلى بقولها "محكمة تحكمية"[3].

كما أجازت المادة الثامنة من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية على إمكانية اختيار المشرع الجزائري إجراءات التحكيم الواردة لدى المركز الدولي، مع مراعاة مدد معينة تتراوح مابين 3 الى 6 أشهر حال عدم الوصول

---

[1] – جاء في الفقرة الثالثة "ب" من المادة 07 بين دولة مصر والولايات المتحدة الأمريكية على " يوافق كل طرف بموجب هذا على إحالة منازعات الاستثمار الى المركز للتسوية بطريق التحكيم أو التوفيق الملزم ".

[2]– مرسوم رئاسي رقم 91 –345 الموافق 5 أكتوبر 1991 يتضمن المصادقة على الاتفاق الموقع بين الجزائر والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي، مرجع سابق.

[3]- نصت الاتفاقية الاسبانية الجزائرية على " كل نزاع يقع بين الطرفين المتعاقدين حول تأويل أو تطبيق الاتفاقية يجب أن يحل بقدر الإمكان بين حكومتي الطرفين المتعاقدين، وإذا لم يكن ممكنا حل هذا النزاع بهذه الطريقة في مدة 6 أشهر من تاريخ ابتداء المفاوضات فإنه سيحال بناءا على طلب أحد الطرفين المتعاقدين إلى محكمة تحكيمية ".

لحل النزاع بالطرق الدبلوماسية[1]، وهو مانجده في الاتفاقية الجزائرية الصينية الموقعة في بكين عام1990[2] تحديدا في نص المادة التاسعة منها.

وعليه يستشف من هذه الإتفاقيات أنها اختلفت في تقدير اللجوء لضمانة التحكيم الدولي، فمنها من فضل اللجوء للتحكيم الخاص ومنها ما أسندته الى التحكيم المؤسساتي، وهذا راجع لطبيعة كل اتفاقية وما تراه مناسبا من وسائل لحسم النزاع.

وإذا كان الوضع كذلك بالنسبة للإتفاقيات الثنائية فما هو الحال بالنسبة للإتفاقيات المتعددة الأطراف في مجال حماية الإستثمارات الأجنبية؟

ثانيا: تكريس ضمانة التحكيم التجاري الدولي في الإتفاقيات المتعددة الأطراف

على صعيد الإتفاقيات المتعددة الأطراف، نجد العديد منها تجيز اللجوء لضمانة التحكيم التجاري الدولي لتسوية المنازعات بين الدول الأعضاء ورعايا الدول الأخرى، من ذلك نجد اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى وتحديدا في نص المادة الثالثة منها[3] نصت على " وإذ تعترف بأنه إذا كانت هذه المنازعات يجب كقاعدة عامة أن تطرح على القضاء الداخلي، فإن الإلتجاء الى طريق التسوية الودية الدولية في شأن هذه المنازعات يمكن أن يكون مناسبا في بعض الأحيان".

ومنه يستشف من نص المادة أن التحكيم التجاري الدولي يعد جزءا لا يتجزأ من هذه الوسائل.

---

[1]– Zouiten Abdrrezak، L'investissement en droit algérien، op. cit، p261

[2]– المرسوم الرئاسي رقم 02–392 المؤرخ في25 نوفمبر 2002 المبرم بين الجمهورية الجزائرية والدولة الصينية على حماية وتشجيع الإستثمار، مرجع سابق.

[3] – المرسوم الرئاسي رقم95–346 ، المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، المصادق على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، الموقعة بواشنطن في 18مارس 1965، ج.ر، عدد 66 سنة 1995.

وقد أنشأت الإتفاقية للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات حيث يعتبر اللجوء الى هذا المركز كضمانة من الضمانات التي تطالب بها الدول الغربية والشركات الأجنبية[1]، كما يعتمد هذا المركز في تسوية المنازعات عن طريق التوفيق والتحكيم الدولي، حسب ما نصت عليه المادة الأولى من اتفاقية واشنطن ولا يكفي لإنعقاد الإختصاص لهذا المركز أن يكون أطراف النزاع من دولة متعاقدة، بل يشترط وجود موافقة كتابية مشتركة بين أطراف النزاع لعرضه على المركز حتى ينعقد الإختصاص لهذا الأخير.

على الصعيد الإقليمي نجد العديد من الإتفاقيات المتعددة الأطراف بدورها قد أجازت اللجوء للتحكيم على شاكلة الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية[2]التي نصت عليه في حال ما اذا لم يتم لتوصل الى حل عن طريق اللجوء لوسيلة التوفيق، أو كذلك في حال لم يتمكن الموفق من إصدار تقريره في المدة المحددة أو لم يتفق الأطراف على الحلول المقترحة فيه، وعليه يفهم أن هذه الإتفاقية اشترطت وجوبية اللجوء للتسوية عن طريق التوفيق أولا قبل إحالة النزاع للتحكيم.

كما تطرقت اتفاقية تشجيع وضمان الإستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي 1990 الى مسألة حل النزاعات التي تثور بين دول الإتحاد والمستثمر، هذا ما جاء في نص المادة 20[3]منها على أن تسوية النزاعات التي تنشأ بين الأطراف المتعاقدة أو الخاصة بتفسير وتطبيق الإتفاقية تسوى بالطرق الودية، أما حال تعذر ذلك يعرض النزاع أمام الهيئة القضائية لدولة الإتحاد أو الى هيئة التحكيم.

---

[1]- جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص49.

[2]– مرسوم مؤرخ في 95–306 المؤرخ في 17 أكتوبر 1995، يتضمن المصادقة على الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، مرجع سابق.

[3]– انظر المادة 20 من اتفاقية تشجيع وضمان الإستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90–420، المؤرخ في 22 ديسمبر 1990.

هنا يفهم أن اللجوء للتسوية يتم بالطرق الودية أولا، أما إذا تبين فشلها هنا للأطراف المتعاقدة جوازية الإختيار بين اللجوء إما لهيئة قضائية تابعة لدول الاتحاد، أو الى هيئات التحكيم، وهنا يكون قرار هيئة التحكيم ملزما حسب ما جاء المادة 12 من معاهدة انتشاء الإتحاد[1].

نخلص في الأخير أن تكريس ضمانة التحكيم الدولي سواء ما جاء في التشريعات الداخلية أو الإتفاقيات الدولية تنص على جوازية المستثمر الأجنبي اللجوء اليه كبديل عن القضاء الداخلي للدولة المضيفة، كما أن الواقع جعل التحكيم والإستثمار وجهين لعملة واحدة،[2] فاستقطاب الإستثمار الأجنبي مقرون بقبول اللجوء إلى هذا الأخير وإخراجه من دائرة اختصاص القضاء الوطني.

فضلا عن ما تقدم نجد الدول حتى وان تمسكت بإختصاص قضائها الوطني بحل المنازعات المتعلقة بالإستثمار وجعلته الأصل، الا أن هذا الأخير لم يشفع له أن يدرج من بين أولويات المستثمر الأجنبي، حيث أضحى حبيس النص، فلجوء هذا الأخير للقضاء الوطني يبقى مستبعدا حتى ولو تم تكريسه في إطار تشريعاتها الداخلية وما جاء في بنود الإتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية وتشجيع الإستثمار كأولى الخيارات.

---

[1]– نصت المادة 12من معاهدة إنشاء الاتحاد على " تختص الهيئة بالنظر في النزاعات المتعلقة بتفسير وتطبيق المعاهدة والاتفاقيات المبرمة في إطار الاتحاد... وتكون أحكام الهيئة ملزمة ونهائية ".

[2]–شتوح عمر، تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار بين القضاء والتحكيم، قراءة في ظل القانون 16 –09 المتعلق بترقية الإستثمار، مجلة حوليات جامعة الجزائر، المجلد 34، العدد 02 ،2020، ص97.

أما بالتعريج لطرق اللجوء للتحكيم الدولي، نجد من الإتفاقيات من فضل التحكيم الخاص ومنهم من لجأ لمراكز التحكيم المختلفة " التحكيم المؤسساتي " كالمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار أو الغرفة التجارية الدولية بباريس[1]وغيرها من أجهزة التحكيم الدولية.

وإذا ما رجعنا للإتفاقيات المبرمة بين الدول العربية، نجد غالبيتها تفضل اللجوء إما الى محكمة الإستثمار العربية أو الى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، كالمادة العاشرة في فقرتها الثانية من الإتفاقية الجزائرية العمانية وذلك بعد فشل الحلول الودية طبعا.

من جهة أخرى نجد التشريعات وكذا الإتفاقيات الدولية بنوعيها قد أجمعت على سلك طريق التسوية الودية أولا[2]قبل اللجوء للوسائل القضائية، هذا ما لمسناه منها فلا تكاد تخلو أي اتفاقية إلا وأدرجتها في بنودها على شاكلة المفاوضات والتشاور واختيار الطريق الدبلوماسي، وغيرها قبل اللجوء لتسوية عن طريق ضمانة التحكيم حرصا على ضرورة السعي والمحاولة لحل النزاعات الناشئة عن الإستثمار، رغبة منها في تجنب الإشكالات التي يمكن أن تعتري هؤلاء الأطراف، فاللجوء للتسوية الودية سوف يعفيها حتما من الدخول في المنازعات الأخرى.

---

[1]– كالإتفاقية المبرمة بين الجزائر واسبانيا في نص 11منها التي نصت على " إذا لم يكن ممكنا حل النزاع ...فإن المستثمر يستطيع بناء على اختياره تقديمه لمحكمة تحكيمية طبقا لتنظيم مؤسسة التحكيم لغرفة التجارة بستوكهولم، تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس " وكذا الإتفاق الجزائري الفرنسي لسنة 1982، الذي نص على التحكيم أمام الغرفة التجارية الدولية بباريس.

[2] – نجد المادة 08 فقرة أولى من الاتفاقية المبرمة بين دولة الجزائر وصين قد نصت على التسوية الودية أولا بقولها " أن كل النزاعات بين الدول المتعاقدة والناجمة عن التفسير وتطبيق هذه الاتفاقية يجب أن تتم تسويتها قدر الإمكان بالمشاورات وعن الطريق الدبلوماسي".

الفرع الثالث: النص على التحكيم التجاري الدولي في المناطق الحرة العربية

بحكم اختلاف المصالح الاقتصادية بين المستثمرين الأجانب والدولة المضيفة للمناطق الحرة فمن الطبيعي حدوث منازعات بينهم، ولأجل استكمال تحقيق الأهداف التنموية المسطرة تسعى الدولة المضيفة الى تبديد مخاوف هؤلاء المستثمرين على حقوقهم الاستثمارية بسبب هذه المنازعات.

فالقاعدة العامة وضع الدولة المضيفة الآليات القانونية لتسوية المنازعات الإستثمارية في المناطق الحرة من خلال التنصيص عليها في قانون المناطق الحرة [1]، حيث نجد القاعدة في لتسوية منازعات الإستثمار في المناطق الحرة تخضع كأصل عام لقضاء الدولة المضيفة شأنه في ذلك شأن العديد من منازعات الإستثمار بمعنى إتباع أساليب التسوية، كما جاءت ضمن بنود الإتفاقية المنعقدة بين طرف المستثمر الأجنبي كشخص معنوي خاص وبين إدارة المنطقة الحرة كشخص معنوي عام، هذا ما أشار اليه قانون المناطق الحرة اليمنية رقم 4لعام 1991 بقولها " مالم تتفق الأطراف المتنازعة على غير ذلك ".

---

[1]– من بين القوانين العربية المقارنة نجد القوانين المتعلقة بالمناطق الحرة العربية التي تنص على آليات تسوية المنازعات الاستثمارية كقانون المناطق الحرة السودانية لعام 2009، حيث اكتفى المشرع بإنشاء محكمة مختصة للنزاعات القائمة في المناطق الحرة وتحديدا في نص المادة 21 منه.
أما القانون التونسي رقم 81 لعام 1992 المتعلق بالمناطق الاقتصادية الحرة التونسية من خلال تخصيص الفصل الثلاثين بقوله كل خلاف ينشأ بين المستثمر الأجنبي والحكومة التونسية يكون سببه المستثمر أو إجراء اتخذته الحكومة ضده يرجع بالنظر الى المحاكم التونسية المختصة، الا إذا وجد اتفاق خاص يتضمن شرطا تحكيميا أو يسمح بإبرام اتفاقية تحكيم للغرض أو باللجوء الى إجراءات التوفيق والتحكيم لدى مؤسسة تحكيم المنصوص عليها بإحدى الاتفاقيات التالية:
الاتفاقية الثنائية المتعلقة بالنهوض وحماية الاستثمارات المبرمة بين الدولة التونسية والدولة التي يعتبر المستثمر الأجنبي من مواطنيها...أو أي اتفاقية أخرى تبرمها حكومة الجمهورية التونسية في هذا الصدد" نقلا عن: لطرش على عيسى عبد القادر، مرجع سابق، ص115.

بمفهوم المخالفة متى اتفقت الأطراف المتنازعة على اختيار ضمانة التسوية فاتفاقهم هو الشريعة الواجبة التطبيق[1]حتى لو أشار اتفاقهم الى آلية التحكيم التجاري الدولي وكذا القضاء الدولي، فهي بمثابة القاعدة العامة لتسوية منازعات الإستثمار في المناطق الحرة اليمنية، كما أجاز المشرع اليمني في هذا القانون للمستثمر الأجنبي اختيار التحكيم التجاري الدولي، حيث نصت عليه تحديدا المادة 22 [2]من قانون السالف الذكر.

بينما نجد المشرع الجزائري من خلال الأمر رقم 03-02 المتضمن قانون المناطق الحرة العربية، ما نصت عليه المادة 22[3]حيث نجدها أحالت تسوية المنازعات الإستثمارية المبرمة بين الدول الجزائرية والمستثمر الأجانب للطريق الاتفاقي، وهنا نقصد بها المواد التي جاءت في بنود الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف في مجال تسوية منازعات الإستثمار.

أما المشرع السوداني فاكتفى بالإشارة الى إنشاء محكمة متخصصة[4]في تسوية المنازعات الإستثمارية للمناطق الحرة، كما يعد اللجوء للتحكيم المسلك المعتمد في تسوية هكذا منازعات أين يتم الفصل فيها عن طريقه، هذا ما عبر عنه المشرع التونسي بقوله " الا إذا وجد اتفاق خاص يتضمن شرطا تحكيميا أو يسمح بإبرام اتفاقية

---

[1] – لطرش على عيسى عبد القادر، مرجع سابق، ص366.

[2] – نصت المادة 22من القانون رقم 4 للمناطق الحرة العربية اليمنية على " تحال المنازعات بشأن النشاط الإستثماري في المنطقة الحرة العربية التي تنشأ بين المشاريع أو بين أي منها والهيئة أو أي طرف آخر الى لجنة التحكيم... "

[3]– نصت المادة 22من قانون رقم 03 -02 المتضمن قانون المناطق الحرة العربية على " يستفيد المتعاملون الذين يمارسون عملهم في المناطق الحرة العربية من الضمانات المنصوص عليها في التشريع المعمول به في الاتفاقيات الثنائية للحماية المتبادلة للاستثمارات، وفي الاتفاقيات المتعددة الأطراف لضمان الإستثمارات وتسوية النزاعات التي صادت عليها الجزائر".

[4] – نصت المادة 21من مناطق الأسواق الحرة السودانية لعام 2009 على " إنشاء محكمة متخصصة للنظر في القضايا الخاصة بالمناطق والأسواق الحرة برئاسة قاض بدرجة قاضي محكمة عامة ".

تحكيم للغرض أو اللجوء الى إجراءات التوفيق أو التحكيم لدى مؤسسة تحكيم المنصوص عليه في إحدى الاتفاقيات التي حددها الفصل 30 من قانون المناطق الاقتصادية الحرة التونسية[1].

بذلك يكون المشرع التونسي من خلال عرضه لآليات تسوية المنازعات في المناطق الحرة قد تمكن من استيعاب الفلسفة الاقتصادية والقانونية للمناطق الحرة[2]وتحويلها الى تشريع ناجح بالخصوص في ميدان الاستثمارات أين أمكنه من لعب دور جد إيجابي في استقطاب الاستثمارات الدولية الى المناطق الحرة التونسية.

نخلص أن الطبيعة التي تمتاز بها الإستثمارات في المناطق الحرة تختلف من دولة لأخرى وإن كانت اغلبها تفضل اللجوء لقضائها الداخلي، إلا أن خصوصية هذا النوع من المنازعات سوف يحتم عليها استخدام صياغة الجوازية في طريق اللجوء لحسم هكذا منازعات.

---

[1]– نجد المشرع التونسي قد أدرج تسوية النزاع الخاص بالمناطق الحرة عن طريق ضمانة التحكيم لدى إحدى مؤسسات التحكيم المنصوص عليها في إحدى الاتفاقيات التالية:

–الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالنهوض وحماية الاستثمارات المبرمة بين الدولة التونسية والدولة التي يعتبر المستثمر من مواطنيها.

– الاتفاقية المتعلقة بإحداث هيكل عربي لضمان الاستثمارات والمصادق عليها بالمرسوم، عدد 4 لسنة 1972، المؤرخ في 17 أكتوبر 1972.

–الاتفاقية الدولية لفض الخلافات المتعلقة الخلافات المتعلقة بالاستثمارات بين الدولة ومواطني دولة أخرى المصادق عليها بقانون، عدد33، لسنة 1966 المؤرخ في 3 ماي 1966.

–أي اتفاقية أخرى تبرمها حكومة الجمهورية التونسية في هذا الصدد "

[2] – لطرش علي عيسى عبد القادر، مرجع سابق، ص221.

ومن باب تسوية نزاعات للمناطق الحرة العربية، اعتمدت التشريعات للفصل فيها للقوانين الداخلية وكذا الإتفاقيات الدولية، أو اتفاق خاص مبرم بين الطرفين يتضمن شرطا تحكيميا يحيل للجهة المراد تسوية المنازعات فيها طبقا لمبدأ سلطان الإرادة وما تقتضيه توجهات الأطراف بما يتناسب مع طبيعتها وخصوصيتها في ميدان الإستثمار.

المطلب الثاني: خصوصية اللجوء للتحكيم التجاري الدولي

تفضل الأطراف المتعاقدة اللجوء للتحكيم في حسم منازعاتهم، ويرجع ذلك لعدة أسباب يتعلق بعضها بما يتمتع به التحكيم من مزايا تتناسب مع طبيعة منازعات الإستثمار، كما يتعلق البعض الآخر بمخاوف المستثمرين الأجانب من اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة للإستثمار.

وفي ظل الاعتقاد الراسخ بأن الأجهزة القضائية الوطنية خاصة النامية منها ليست على الدراية الكافية بشؤون الإستثمار، فإن التحكيم التجاري الدولي بات الخيار النهائي من وجهة نظر المستثمر الأجنبي لفض منازعاته مع الدولة المضيفة، الأمر الذي ازداد معه تدفق رؤوس الأموال المستثمرة وإعطاء الحماية والأمان لهذا الأخير الذي يلجأ اليه نظرا لما يوفره من مزايا كما ذكرنا لا يتوافر عليها القضاء الداخلي.

وعليه نتطرق لخصوصية هذا الأخير من حيث مبررات اللجوء اليه، ثم إن اللجوء لطريق التحكيم التجاري الدولي بديلا للقضاء سوف يمر بمجموعة من الإجراءات الى غاية صدور الحكم تنفيذه وهذا ما نتناوله.

الفرع الأول: الخصوصية المستمدة من حيث مبررات اللجوء اليه.

نظرا لما يتميز به التحكيم من بساطة إجراءاته وسرية جلساته المقتصرة على أطراف الخصومة فقط وخبرة المحكمين بالفصل في المنازعات الناشئة عن الاستثمارات الأجنبية وغيرها من المزايا تجعل المستثمر هنا يفضل الامتثال لضمانة التحكيم باعتباره الطريق المفضل للتسوية ووسيلة سريعة تناسب مع خصوصياته في مجال منازعات الاستثمار وأكثر تلاءما من القضاء، حيث تتمثل مبررات اللجوء اليه على النحو التالي:

أولا: السرعة في الإجراءات

يتميز التحكيم بسرعة التصدي للمنازعات ووضع لها في وقت ملائم، إذ أن مرونة إجراءات التحكيم تؤدي إلى توفير الكثير من الوقت تلك السرعة التي لا تتوافر عادة في النظم القانونية التقليدية التي نجدها مقيدة ببعض النصوص القانونية للفصل السريع في النزاع[1]على شاكلة القضاء، وعليه فضمانة التحكيم مطلوبة ومحبذة من قبل الأطراف لفض منازعات الإستثمار نظرا لما يوفره من عدالة وحسم للنزاع.

كما تعطى سرعة الفصل في منازعات الإستثمار الأجنبي ميزة إضافية للتحكيم، فمن غير السهل على القضاء أن يفصل في جميع المنازعات في وقت محدود، عكس التحكيم الذي يمتاز بخاصية السرعة فقوانين هذا الأخير ولوائحه عادة ما تحدد مدة يجب ألا يتجاوزها المحكم عند إصدار قراره.

[1] – منى بوختالة، مرجع سابق، ص79.

ثانيا: التحكيم قضاء متخصص

يكفل التحكيم المعرفة والخبرة القانونية المتخصصة و الفنية اللازمة لتسوية منازعات الإستثمار التي يتطلب فض منازعاتها معارف اقتصادية وفنية حديثة وخبرة تتلاءم مع توسع مجالات الإستثمار الأجنبي،في حين يضمن التحكيم نوعا من المساواة بين أطراف النزاع[1]،كما أن مرونة التحكيم حتما تتناسب مع طبيعة المنازعات الناشئة خاصة في عقود الإستثمار[2]حيث يكون المحكمون على أعلى مستوى من الكفاءة العلمية والقانونية للفصل في المنازعات المسندة إليهم، وما يمتازون به من خبرة وإحاطة بأعراف وعادات العقود محل النزاع،ومما يساعد على ذلك أن الأطراف هم من يختارون المحكمين، كما سيعمدون إلى الإختيار الأنسب كما أن الأصل فيه حتما سيعود للمحكمين أنفسهم، وبالتالي للمحكمة القضائية سلطة الفصل في مسألة اختصاص هؤلاء[3] وعليه أمكننا القول أن وجود قضاء متخصص من شأنه صراحة أن يحقق طموحات المستثمر الأجنبي أفضل من ما كان عليه حال اختياره الطريق القضائي الداخلي .

---

[1] – بالرغم من اختلاف المراكز القانونية للطرفين الا أن التحكيم يوفر قدرا من المساواة بينهما في المنازعات التي تكون الدولة المضيفة أو أحد مؤسساتها طرفا في النزاع، كما يحسم النزاع في ظل ظروف أكثر ملائمة للمتخاصمين من حيث البعد عن شطط الخصومة القضائية مما يؤدي الى إبقاء العلاقة بين الخصوم قائمة خصوصا في مجال عقود الاستثمار التي تتميز بطول آجالها، راجع، زياد فيصل حبيب الخيزران، مرجع سابق، ص325.

[2] – إذ تتميز عقود الإستثمار التي تبرمها الدولة بأنها عقود ذات قيمة مالية عالية، ويحتاج تنفيذها الى فترة زمنية طويلة وعلى مراحل مختلفة، فعلى سبيل المثال نجد عقود الاستثمار في مجال الأعمال الاستخراجية، امتد تنفيذها عشرات السنين الأمر الذي يتطلب وجود آلية التحكيم ومتحكمين متخصصين في هذا المجال راجع أكثر:

إيناس هاشم رشيد ووعود كاتب للأنبار، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الإستثمار التي تبرمها الدولة، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء السنة السابعة، العدد الأول ،2015، ص274.

[3] – ابراهيم أحمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط03، 2000، ص121.

ثالثا: حرية الأطراف في ظل التحكيم :

إن مرونة التحكيم تسمح للمتنازعين بتشكيله على النحو المناسب، كما يتيح هذا الأخير إمكانية تجنب بعض لقيود المقررة على استقلالية إرادة الأطراف التي تفرضها بعض المحاكم الوطنية[1]،وعليه تتلخص هذه الحرية فيما يملك الأطراف حيث يضمن المساواة بين أطراف النزاع[2]، أضف الى تكريس الحرية في اختيار نوع التحكيم، فلهم أن يختاروا اللجوء لطريق التحكيم الخاص أو التحكيم المؤسسي[3]،كما تقوم فلسفة التحكيم هنا على حرية اختيار المحكمين الأمر الذي يمكن أن يضمن لهم توفير الخبرة المطلوبة لدى المحكم وكذا حياديته كونه يمكن أن يكون شخصا أجنبياأومواطنا مستقلا غير تابع لأي سلطة من سلطات الدولة المضيفة[4]وكذا اختيار القواعد التي تحكم الإجراءات و موضوع النزاع .

بالإضافة الى حرية اختيار المكان والوقت المناسب لعقد جلسات المرافعة وبالتالي يفهم من هذا طغيان مبدأ سلطان الإرادة في جميع مراحل العملية التحكيمية.

---

[1]–Boudali Khadija.Yahiaoui Souad, op.cit ،p1131

[2] – إن التحكيم في ظل حرية الأطراف يضمن تحقيق المساواة بين أطراف النزاع في المنازعات التي تكون الدولة المضيفة أو أحد مؤسساتها طرفا في النزاع، كما أنه يحسم في ظروف أكثر ملائمة للمتخاصمين، فباتفاقهم على إحالة النزاع اليه يبعدهم عن شطط الخصومة القضائية خاصة في مجال عقود الاستثمار التي تمتاز غالبا بطول آجالها.راجع، زياد فيصل حبيب خيزران، مرجع سابق، ص365.

[3] – يقصد بالتحكيم الخاص ذلك الذي يستبعد فيه تدخل مؤسسات التحكيم لتنظيمه، كما تخضع فيه الإجراءات الواجب إتباعها الى القواعد التي تحددها الأطراف المتنازعة أو هيئة التحكيم فقط في حال غياب إرادة الأطراف.
وعلى النقيض من ذلك يقصد بالتحكيم المؤسساتي ذلك الذي تتولى مؤسسات التحكيم تنظيمه طبقا لنظامها ويخضع لإجراءاتها، كمؤسسة الإستثمار العربية وغرفة التجارة الدولية وغيرها، راجع في ذلك، أحمد عمران، التحكيم التجاري الدولي، مجلة العلوم القانونية، جامعة باجي مختار عنابة، العدد 13 جوان 2009، ص66،68.

[4] – زياد فيصل حبيب خيزران، مرجع سابق، ص365.

رابعا: سرية التحكيم

تضمن سرية جلسات التحكيم وعدم نشر أحكامه الميزة الحقيقة للتحكيم، فالسرية بهذا المعنى سوف تحمي الأطراف من خطر كشف أسرارهم المهنية، كما أن اختيار الأطراف للتحكيم كوسيلة لفض المنازعات مرده ما يتميز به من سرية المعاملات بين الطرفين على حد سواء[1]، وعليه أمكننا القول بأن ميزة السرية هنا هي جزء من نظام التحكيم.

فجلسات التحكيم غير العلنية وعدم نشر الأحكام تعتبر من السمات الهامة للتحكيم[2]، فالأطراف في عقود الإستثمار يرغبون في عدم معرفة المنازعات الناشئة بينهم وأسبابها ودوافعها، نظرا لما قد تؤدي إليه من كشف للأسرار وبالتالي المساس بمراكزهم المالية أو الإقتصادية، كما يستند البعض على أن الإلتزام بالسرية يقوم على طبيعة التحكيم باعتباره وسيلة خاصة لحسم المنازعات، كما يكون التزاما ضمنيا بين الأطراف وفي ضوء القبول العام يوصف على أنه قاعدة عرفية خاصة في القضايا التحكيمية.

---

[1] – من سمات التحكيم كذلك المحافظة على أسرار المعاملات بين الطرفين ولاسيما المعاملات الاستثمارية التجارية حتى يتمكنوا من عدمكشف أسرارهم المهنية وعدم الإفصاح على مراكزهم المالية، فضلا على أن المستثمر الأجنبي وخاصة اذا كانت الشركة الأجنبية تتجنب التشهير بسمعتها بمجرد خروجها من المحاكمة وبالتالي يضمن التحكيم سرية عدم الاطلاع عليها باستثناء المحكمين المختارين للنظر في النزاع، راجع، هفال صديق إسماعيل ، مرجع سابق، ص202.

[2] – في هذا الصدد تسير اغلب أنظمة التحكيم المؤسسي كالمادة 23 من قواعد جمعية التحكيم الأمريكية والمادتين 31و32 من قواعد اليونيسترال وكذا نص المادة 6 من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس التي جاء فيها " يتميز عمل الهيئة بطابع السرية ويتعين على كل من يشارك في عملها بأي صورة كانت مراعاة ذلك وتحدد الهيئة قواعد حضور أشخاص من الخارج اجتماعات الهيئة واجتماعات لجانها وحق هؤلاء في الاطلاع على المواد المقدمة للهيئة ولأمانتها العامة " ، راجع الموقع التالي:
http .www.iccwbo .org

الفرع الثاني: الخصوصية المستمدة من حيث الإجراءات

الى جانب الخصوصية المستمدة من مبررات اللجوء لضمانة التحكيم الدولي، نجد أن مسألة تحديد الإجراءات القانونية التي تحكم نظام التحكيم لها أهمية كبيرة في استمرار العملية التحكيمية من عدمها، حيث تعد مسألة في غاية الأهمية بالرغم من المكانة التي تحظى بها حرية للأطراف والمحكمين في تحديد إجراءات التحكيم الا أنها إجراءات تتسم بالدقة نظرا لأطرافها وما تحمله من خصوصيات في مجال منازعات الإستثمار.

وانطلاقا من ذلك تشكل إجراءات التحكيم جوهر العملية التحكيمية فعلى أساسها يتم الفصل في النزاع وهنا تشكل إجراءات التحكيم مرحلتين، أولاها تنظيم إجراءات التحكيم، أما ثانيا تتمثل في صدور الحكم التحكيمي وتنفيذه.

أولا: تنظيم إجراءات التحكيم

في ظل غياب تنظيم قانوني موحد للتحكيم فإن إجراءات التحكيم ،هنا تخضع في تحديده وتنظيمه لقانون إرادة للأطراف المتنازعة،وحتى اذا تم الإعتراف بأن أصل التحكيم طوعي فمن الضروري تحديد النظام القانوني الذي ينسب اليه في تسوية النزاع[1]،ورغم إعمال مبدأ سلطان الإرادة في العديد من التشريعات الداخلية وكذا الإتفاقيات الدولية ،الا أن عملية التنظيم نجدها مقيدة بنصوص التنظيم الإجرائي[2]للدولة مكان التحكيم وكذا بقواعد النظام العام، خاصة في حال ما اذا اختار الأطراف طريق التحكيم الخاص في القواعد الإجرائية المنظمة سير النزاع ،كما قد يغفل الأطراف عن اختيار قانون معين ليحكم تلك الإجراءات،وفي مثل هذا

---

[1]–Farida Hocine. Le Droit Algérien De l'arbitrage Commercial International Instrument D'incitation A L'investissement étranger, Revue critique de droit et sciences politique. Volume 3, n1 ،2008، p73.

[2] – رحامنية أمينة، مرجع سابق، ص352.

الفرض فإنهم يسندونها الى هيئة التحكيم التي تحددها على ضوء ما تراه مناسبا في النزاع المعروض عليها،كما ترجع هنا السلطة للمحكمين في تحديد الإجراءات القانونية التي تنظم سير النزاع.

بالرجوع للتشريع الجزائري نجده هذا الأخير خول للأطراف حرية اختيار الإجراءات الواجب إتباعها من خلال الرجوع لإتفاق التحكيم بحسب ما جاءت به نص المادة 1043[1]من قانون 08-09 المذكور سابقا.

وبمفهوم آخر فالأطراف هي التي تحدد القواعد المادية المنظمة للإجراءات التي يخضع لها التحكيم الخاص[2]بحيث يمكنهم من صياغة قواعد إجرائية مستقلة عن قانون الدولة المضيفة، أو أي قانون دولة أخرى أما في حال ما إذا لم يتم تحديدها من قبل الأطراف، فالمحكم هو الذي يتولى القيام ذلك، وعلى الرغم من تكريس المشرع الجزائري لحرية الأطراف في اختيار القواعد الإجرائية الا أنها لا تمس بمبادئ التقاضي المتعارف عليها كالمساواة بين الخصوم ومبدأ الوجاهة فيما بينهم وكذا بضمانات الدفاع.

كما سمح المشرع الجزائري للأطراف كذلك أن يستندوا في اتفاق التحكيم الى قواعد إجرائية واردة في بعض القوانين الوطنية أو لوائح التحكيم الدولية، بحيث تشكل قواعد إجرائية خاصة بهم[3]ولا تخضع لأي قانون آخر.

---

[1] – نصت المادة 1043 من قانون 08-09 على إسناد الأمر في ذلك إلى الحرية العقدية للطرفين بقولها " يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة، أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم، إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم ".

[2] – عليوش قربوع كمال، إجراءات الخصومة التحكيمية في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية، جامعة باجي مختار عنابة، العدد 13 جوان، 2009، ص80.

2-Alliouch- Kerboua- Meziani Naima, L'Arbitrage commercial international en Algérie, O.P.U ,2010, p45.

أما اذا ما اختار الأطراف اللجوء للتحكيم المؤسساتي[1]فمراكز التحكيم هنا تتولى تنظيمها وفق للترتيبات التنظيمية[2]برغبة من هؤلاء، كالإتفاق على التحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية بباريس في نص المادة الحادية عشر منها والإتفاق على إحالة الإجراءات للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار.

وعليه فنظام التحكيم يرتكز على مبدأ الرضائية الذي يخول لأطراف النزاع سلطة مطلقة في تشكيل أعضاء محكمة التحكيم والإجراءات التي تحكم سير النزاع، حيث أصبحت من القواعد الشبه مستقر عليها في أغلب القوانين الوطنية المنظمة للتحكيم الدولي.

كما تم التأكيد على هذا المبدأ في العديد من الإتفاقيات الدولية المنظمة لنظام التحكيم، كإتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961[3]التي نجدها أكدت على ضرورة الإقرار برغبة الأطراف المتعاقدة في اختيار الإجراءات التي تراها مناسبة، كما اتجهت بدورها الى تكريس حرية الأطراف كل من قواعد اليونيسترال من خلال نص المادة 33 منها[4]وكذا قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في نص المادة 28 منه.

---

[1] – عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مرجع سابق، ص152.

[2].– Boudali Khadija.Yahiaoui Souad, op.cit.p1132

[3] –في هذا الصدد نجد اتفاقية جنيف للتحكيم قد عبرت عن ذلك بوضوح بالبند الثالث من الفقرة الثانية في المادة الرابعة منها والتي تقضي بحرية أطراف اتفاق التحكيم في تحديد قواعد الإجراءات التي يتعين على المحكمين إتباعها، وكذا ما أقرته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية في 21يونيو 1985 في نموذج القانون ضمن المادة 19 منه التي تنص على أن يكون للطرفين حرية الإتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في التحكيم، راجع، إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق ، ص79.

[4]– راجع نص المادة 33 من قواعد اليونيسترال الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي.

وعليه نخلص أن اسناد مهمة اختيار المحكم أو هيئة التحكيم لإجراءات التحكيم للفصل في النزاع لا يمكن تجسيده الا بعد تنازل الأطراف المتنازعة صراحة أو ضمنا بإرادتهم الكاملة عن حقهم في اختيار القواعد الإجرائية المناسبة لحسم نزاعاتهم[1].

ثانيا: إصدار حكم التحكيم.

يهدف التحكيم التجاري الدولي الى فض النزاع الإستثماري عن طريق حكم فاصل في موضوع النزاع كما يكون قابل للتنفيذ وفق قواعد الإجراءات الأساسية المنصوص عليها، وما اتفق عليه الأطراف أو ما اتبعته هيئة التحكيم، كما يرتب نفس الآثار المتعلقة بالأحكام القضائية كحجية الشيء المقضي فيه والقوة التنفيذية التي يستمدها من الجهة القضائية المختصة داخل الدولة محل التنفيذ.

إن حكم التحكيم الصادر في منازعات الإستثمار يتشابه في الكثير من عناصره بالحكم القضائي، إلا أنه مرهون بمدة معينة غالبا ما تكون قصيرة، وهي قابلة للتمديد من قبل الأطراف بالنص عليها مسبقا أوعن طريق هيئة المحكمة أو من المؤسسة التحكيمية التي يخضع لها التحكيم وهو في هذا المجال يختلف عن القضاء.

كما نجد القاعدة العامة تقتضي بصدور حكم التحكيم كتابة، هذا مانصت عليه غالبية التشريعات وكذا الاتفاقيات الدولية[2].

---

[1]-Alliouch- Kerboua- Meziani Naima, op.cit ،p46

[2] – تقضي القاعدة أن يصدر قرار التحكيم في شكل مكتوب، فمثلا نجد المشرع الجزائري في قانون 08-09 المتعلق بقانون إم. و.ا نصت في المادة 1052 على " يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل ..." ومنه لا جدال على أن التوقيع هنا يكون على ما هو مكتوب ، أما على المستوى الدولي نجد ما نصت عليه المادة الثانية من اتفاقية اليونيسترال لسنة 1976 التي أكدت على وجوبية أن يتم إصدار حكم التحكيم يف شكل مكتوب، وهو ما أكدته اتفاقية البنك الدولي في مادتها 48 فقرة 2 على وجوبية=

أما عن قرار التحكيم فلا يصدر إلا بعد استنفاذ ما لدى الأطراف من أقوال بحيث تكون الدعوى مهيأة للحسم، كما تقوم هيئة التحكيم بدراسة القضية وتدقيقها بغية إصدار القرار في الوقت الذي حددته عند إعلانها ختام المرافعة ويكتب القرار عادة باللغة التي يتفق عليها أطراف النزاع، فإن لم يتفقوا على لغة معينة فيسند ذلك بالرجوع إلى القواعد الإجرائية للتحكيم لمعرفة اللغة التي تستخدم في هذا الصدد.

ومن الإتفاقيات الدولية والتشريعات ما تقيد قرار التحكيم بمدد معينة ينبغي مراعاتها عند إصدار هذا الأخير حتى لا يتقاعس المحكمون في تنفيذه.

والأصل أن يتفق الطرفان المتنازعان على تحديد المدة، فإن لم يتفقا على ذلك فإنه يصار إلى تحديدها وفقا للقواعد القانونية التي تحكم إجراءات التحكيم، أما بالرجوع لبعض عقود الإستثمار نجدها تحدد مدة صدور الحكم في النزاع تتراوح بين شهر وثلاثة أشهر، مثال ذلك العقد المبرم بين دولة العراق وشركة إيراب الفرنسية لسنة 1968 حيث نصت المادة 2/24/ ج، منه على " ...على أن يصدر المحكمان حكمهما في المرحلة الأولى من التحكيم خلال ستين يوما من تاريخ بدء الإجراءات ".

أما فيما يتعلق بقرار هيئة التحكيم، تذهب معظم الإتفاقيات الدولية إلى ضرورة صدور قرار هيئة التحكيم بأغلبية الأصوات، وأن يكون هذا الأخير نهائيا، كما تعتبر قاعدة صدور الحكم التحكيمي بالأغلبية قاسما مشتركا لدى كافة مؤسسات وهيئات التحكيم الدولية، وتعين اثنان من الأعضاء الثلاثة ضمن هيئة التحكيم مستعدين للاتفاق فيما بينهما على منطوق الحكم.

=صدوره كتابة وموقعا من طرف أعضاء المحكمة للموافقة عليه، راجع في ذلك ،عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق،ص171.

وعطار نسيمة، النظام القانوني لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي قي ظل المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2017-2018، ص291.

كما أن محكمة التحكيم ملزمة بإصداره وإيجاد حل للنزاع، إذ تنص القاعدة رقم 16-1 [1]الخاصة بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على " يجب اتخاذ قرارات المحكمة بأغلبية أصوات كل أعضائها ويعتبر الامتناع عنالتصويت بمثابة صوتا سلبيا ".

بينما تنص معاهدة واشنطن لسنة 1965 على وجوبية أن تفصل المحكمة في المسائل بأغلبية أصوات كل أعضائها بالإضافة إلى قانون التحكيم النموذجي، نجد المادة 11 نصت على[2] "في حالة التحكيم بثلاثة محكمين، يجب أن يتم اتخاذ أي حكم أو أي قرار آخر من جانب محكمة التحكيم بأغلبية المحكمين".

في حين نصت المادة 19 من قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية icc على "في حالة تعيين ثلاثة محكمين، يصدر القرار بالأغلبية وفي حال غيابها فإن رئيس محكمة التحكيم هو من يصدر الحكم".

كما يتطلب حصول الحكم التحكيمي على الصيغة التنفيذية توافر مجموعة من البيانات الشكلية والموضوعية شأنه في ذلك شأن الحكم القضائي[3].

---

[1] –ww.icsid–arbitration.org.

[2] –نص المادة 11من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة لسنة 1985.

[3] – وهو ما يعتبر أمرا ضروريا لضمان تنفيذ أحكام التحكيم بالشكل الصحيح، حيث نصت المادة 43 من قانون التحكيم المصري رقم 27 على "يجب أن يشتمل حكم التحكيم على أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم، وصورة من اتفاق التحكيم وملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم، ومنطوق الحكم وتاريخ ومكان إصداره، وأسبابه إذا كان ذكرها واجبا"، كما نصت المادة 1028 من ق ا م ا رقم 08-09 على ما يلي: " يتضمن حكم التحكيم البيانات التالية:

–اسم ولقب المحكم أو المحكمين

–تاريخ صدور الحكم

– مكان إصداره

–أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي

– أسماء وألقاب المحكمين أو من مثل أو ساعد الأطراف عند الاقتضاء" .

كما يجب هنا تسبيب لحكم[1]حيث يساهم هذا الأخير بدرجة كبرى في تفسيره وتنفيذه وكذا قبوله من قبل الأطراف وفق ما جاءت به المادة 1027فقرة ثانية من ق. ا. م .ا رقم 08-09 التي نصت على " يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة[2]".

كما لم يكتف المشرع الجزائري بذلك، بل نجده قد أورد مسألة التسبيب وجعلها من بين الشروط التي ينبني عليها الطعن في أحكام التحكيم الدولي تحديدا في نص المادة 1056 فقرة أولى من نفس القانون.

وعليه يمكن تلخيص المسائل المتعلقة بالتسبيب الى مجموعة من المسائل[3]، كما نصت عليه المادة 43فقرة ثانية من قانون التحكيم المصري رقم 27 على[4] "يجب أن يكون حكم التحكيم مسببا إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك ،أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم " وهذا وفق مضمون المادة 43 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي جاء فيه "يجب أن يصدر قرار

---

[1] – يقصد بتسبيب الحكم التحكيمي ذكر الأسباب التي استندت عليها هيئة التحكيم في إصداره، بعد دراسة جميع جوانبه والاطلاع على ما تم تقديمه من قبل الأطراف كمستندات ووقائع، والتي تذكرها هيئة التحكيم في حكمها الفاصل في النزاع باعتبارها مرجعا وسندا لهذا الحكم، راجع، بن عميور أمينة، مرجع سابق، ص 254.

[2] – نص المادة 1027 فقرة ثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09، مرجع سابق.

[3] – تتمثل هذه المسائل في:

– توخي المنهج القانوني أي تفصيل المسائل والإعلان عن ذلك في مستهل حيثيات الحكم وتوخي منهجية النزول من العام الى الخاص

– ترابط حيثيات الحكم وتكاثفها وتآزرها وتناسقها

– وضوح حيثيات حكم التحكيم وجدية التعليل

– تحري عدم الحكم بأكثر مما طلبه الخصوم أي هنا التقيد بطلب الخصوم.

راجع بلقاضي محمد الطاهر،" تسبيب أحكام التحكيم في التشريع الجزائري والمقارن"، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية التواصل جامعة باجي مختار عنابة، العدد 28 جوان ،2011 ص 88-94.

[4] –نص المادة 43 فقرة ثانية من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

التحكيم كتابة وأن يبين تاريخه، كما يجب نبيين الأسباب التي بني عليها،ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على خلاف ذلك، أو لم يكن القرار قد صدر بشروط متفق عليها ".

بينما نجد المشرع التونسي[1]قد فصل صراحة بين التحكيم الداخلي والدولي، بحيث نجد الأول يخضع للتسبيب خلافا لما هو عليه في التحكيم الدولي الذي نجده لا يخضع لهذا الإجراء أو على الأقل لا يلزم القاضي به.

نفس الحل تم اعتماده لكل من دولتي فرنسا وكذا سويسرا[2].

كما يتوجب على هيئة التحكيم أن تسبب حكمها وتوضح ما تم الإستناد عليه من أسباب ووقائع إصداره وإلا تعين قرارها للنقض.

كما نجد أغلب التشريعات الوطنية وكذا الإتفاقيات الدولية قد اشترطت التسبيب في الأحكام التحكيمية[3]فهو بيان جوهري قد يؤدي تخلفه حتما الى إمكانية بطلان حكم التحكيم.

بينما نجد البعض قد ربط التسبيب بإرادة الأطراف على الرغم من أن نص المادة 32 فقرة ثالثة من قواعد التحكيم الدولي اليونسترال أكدت على وجوبية تسبيب حكم التحكيم، الا أنها قرنت هذا الوجوب وجعلته متوقف على إرادة الأطراف المتنازعة، عكس ما هو منصوص عليه في نص المادة 48فقرة ثالثة من اتفاقية واشنطن

---

[1] – انظر الفصل 30 من مجلة التحكيم التونسية التي تلزم بالتسبيب في حال ما إذا كان التحكيم داخلا فقط كما يمكن الإعفاء من التسبيب في حال ما إذا كان التحكيم دوليا، انظر الفصل 75 من مجلة التحكيم التونسية.

[2] – في فرنسا نجد المادة 1471 بالنسبة للتحكيم الداخلي في مرسوم 1981 والتي أصبحت المادة 1482 فقرة ثانية من مرسوم 2011 نجدها لم تلمح لتسبيب أحكام التحكيم الدولي، نفس الحل جاءت به المادة 182 فقرة 2 من القانون الدولي الخاص السويسري، نقلا عن عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مرجع سابق، ص179.

[3] – من بين الإتفاقيات الدولية نجد اتفاقية واشنطن لعام 1965قد أكدت على وجوبية تسبيب الحكم التحكيمي بغض النظر عن إرادة الأطراف حسب نص المادة 48 فقرة ثالثة منها.

حيث تناولت المادة 32 فقرة ثالثة عبارة "يجب أن تسبب هيئة التحكيم القرار مالم يكن الطرفان قد اتفقوا على عدم تسبيبه ".

أما بالنسبة للطعن في الحكم كقاعدة عامة لا يجوز الطعن فيه، أما استثناءا نجد المشرع الجزائري قد أجاز الطعن في الحكم التحكيمي[1] عن طريق استئناف أمر القاضي[2]بالإعتراف بالحكم التحكيمي أو رفضه أو تنفيذه أو عن طريق الطعن بالبطلان وكذا الطعن بالنقض في قرارات الإستئناف أو بطلان القرار التحكيمي وفقا للمادتين 1056 و1058[3] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما ننوه أن المشرع الجزائري قد استحدث طريق طعن آخر وهو الطعن بالنقض للحكم التحكيمي، وهو ما ورد تحديدا في المادة 1061من ق.ام ا على أن تكون قرارات الجهات القضائية الصادرة على الطعن بالبطلان لحكم التحكيم واستئناف أوامر التنفيذ المنوه عنها بالمواد1055 ،1056، 1058من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قابلة للطعن بالنقض،على عكس بعض التشريعات التي اكتفت بالنص على أحقية الطعن بالبطلان وكذا الاستئناف فقط دون الطعن بالنقض، كما نجد بعض الإتفاقيات الدولية تجيز على

---

[1]–إن الطعن بالبطلان يوجه مباشرة إلى حكم التحكيم الصادر في الجزائر فقط بحيثيجد أساسه في نص المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتأصلة عن المادة 1504من القانون الفرنسي، وكذا المادة 5/1 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 وقد تبين لنا من خلال تفحص تلك الحالات المحددة حصرا هي نفسها المحددة في استئناف الأمر بالتنفيذ وذلك هو المنهجالمتبع من المشرع الفرنسي بالمادتين 1502 ،1504 من القانون الفرنسي، كما أن الطعن بالبطلان يؤدي إلى تطبيق قوة القانون في وقف تنفيذ الأمر الصادر أو الأمر بالتنفيذ، راجع أكثر، أحمد بوخلخال، مرجع سابق، ص180.

[2] –هنا يوجه الاستئناف ضد الأمر الصادر من المحكمة المختصة بالإعتراف أو التنفيذ أو رفضها للقرار التحكيمي وهنا يمكن الطرف المتضرر رفض الاعتراف أو التنفيذ للقرار التحكيمي أن يطعن فيه عن طريق الاستئناف، راجع:

Alliouch- Kerboua- Meziani Naima, op.cit, p75

[3] – انظر نصوص المواد 1056–1058من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08–09 ، مرجع سابق.

سبيل الإستثناء الطعن في قرار التحكيم إذا تأسس هذا القرار على أسباب مخالفة للنظام العام كما ورد في اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار لعام 1965 .

الفرع الثالث: الخصوصية المستمدة من حيث الإعتراف والتنفيذ

إن تنفيذ حكم التحكيم في إقليم الدولة وفق نظام قانوني معين لا يطرح إشكالا باعتباره صدر تبعا لنظام متعارف عليه بين المتقاضيان، كما أن التنفيذ يتم بناءا على إجراءات معينة كرسها القانون المطبق في إقليم الدولة نفسها، الا أنه اذا وجد حكم تحكيمي مشمول بالعنصر الأجنبي، فالوضع هنا سيختلف حتما من حيث طريقة التنفيذ[1] هذا ما تم اعتماده من طرف الدولة الفرنسية واصطلح على تسميته بنظام الأمر بالتنفيذ وهو ما كرسه المشرع الجزائري في المادة 1051[2] من قانون ا .م. ا السابق الذكر .

كما نجده قد أخضع الإعتراف[3]لأحكام التحكيم الأجنبية متى اقترنت بمجموعة من الشروط[4] قبل تنفيذها بما أن أحكام التحكيم التجاري الدولي في منازعات الإستثمار الأجنبي هي ذات طابع دولي، فالأمر سيستوجب المرور بمرحلة الإعتراف كما يختلف هنا بين الإعتراف والتنفيذ ، إذ قد يتم الإعتراف بحكم التحكيم الدولي

---

[1] – عز الدين عبد لله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط الثامنة، 1977، ص824.

[2] – تنص المادة 1051من ق. ام .ا على " يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية في الجزائر اذا اثبت من تمسك بها وجودها وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي".

[3] –يهدف الإعتراف الى إقرار الحكم التحكيمي سواء كان ذلك بصورة عرضية أو بدعوى أصلية راجع:

MOSTEFA Trari Tani , Droit Algérie de l’arbitrage commercial international ,Berti éditions,Alger, 1 édition ,2007 ,p 162

[4]– يمكن حصر هذه الشرط في شرطين رئيسيين وهما:

–اذا اثبت من تمسك بأحكام التحكيم الدولية، أن هذه الأحكام موجودة كأن يقدم الأصل مرفقا بإتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما تستوفي شروط صحتها، ويتم إيداعها لدى أمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعين بالتعجيل وفي هذه الحالة يقع على الخصم إثبات العكس.

–اذا كان هذا الإعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.

حال صدوره بالشكل الصحيح دون التمكن من تنفيذه رغم اعتباره ملزم للطرفين[1]،حيث يتقدم الطرف الذي صدر الحكم لصالحه بطلب بتنفيذه وفق المكان المحدد لتنفيذ الحكم، وفي حال الإمتناع يتم إجباره على ذلك طبقا للإجراءات التنفيذية لقانون الدولة محل التنفيذ.

أما عن إجراءات الإعتراف فهي تتمثل في استصدار أمر على عريضة من قبل الجهة القضائية المختصة مودعة من قبل الطرف الأكثر استعجالا، كما يكون مرفقا بأصل القرار التحكيمي ونسخة من اتفاق التحكيم حسب ما نصت عليه المادة 1052 فقرة أولى من ق ا م ا، كما يقع عبء إثبات وجود القرار التحكيمي صراحة على من يتمسك بوجوده.

في حين نجد المشرع الجزائري قد أحال بموجب المادة 1054 من ق.ا.م ا [2]تنفيذ أحكام التحكيم الى النصوص المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الداخلي، بما أن التنفيذ في مجال التحكيم يخضع لرقابة القاضي الى غاية صدور الحكم التحكيمي، وعليه لا تعتبر أحكام التحكيم سندات تنفيذية الا بصدور أمر قضائي من الجهة المختصة التي تمنحها هذه الصيغة التنفيذية.

أما اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية[3] فقد قدمت تسهيلات ملحوظة لتنفيذ أحكام التحكيم، فجعلت القاعدة هي نفاذ الحكم التحكيمي، أما استثناءا قبول الدليل على عدم نفاذه لسبب من الأسباب التي أوردتها الاتفاقية على سبيل الحصر، حيث تؤكد المادة الثالثة منها على مبدأ

---

[1] – رقاب عبد القادر، مرجع سابق، ص257.

[2]– انظر نص المادة 1054 من ق ام ا .

[3] – مرسوم رقم 88–233 الموافق 5 نوفمبر1988، يتضمن الانضمام بتحفظ الى الإتفاقية من أجل الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية الصادرة عن مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك في 10 جوان 1988 .ج.ر ،عدد48 ، الموافق 23 نوفمبر 1988.

فعالية الحكم التحكيمي من خلال إقرار ضمان تنفيذه من قبل كل الدول المتعاقدة بنصها كما يلي[1]" تقر كل دولة من الدول المتعاقدة سلطة أي قرار تحكيمي و توافق على تنفيذ هذا القرار".

طبقا للقواعد الإجرائية المتبعة في التراب الذي يستهدف فيه القرار، ووفقا للشروط المقررة في المواد الآتية ولا تفرض لإعتماد القرارات التحكيمية التي تطبق عليها هذه الإتفاقية أو لتنفيذها شروط أشد صرامة بشكل محسوس من الشروط والمصاريف المفروضة لإعتماد القرارات التحكيمية الوطنية أو لتنفيذها".

بينما لا يجوز للسلطة المختصة في الدولة المطلوب إليها الإعتراف وتنفيذ الحكم رفض هذا الأخير إلا إذا قدم لها الخصم الذي يحتج عليه بالحكم الدليل على توافر واحدة أو أكثر من الحالات التي نصت عليها المادة الخامسة[2]من الاتفاقية الواردة على سبيل الحصر.

كما حرصت اتفاقية واشنطن لعام 1965 على ضمان الفعالية الدولية لأحكام التحكيم، حيث وضعت في المواد 53و54 نظاما مستقلا ومبسطا بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة عن هيئات التحكيم

---

[1] – نص المادة 03 من اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مرجع سابق.

[2]– نصت المادة05 من نفس الاتفاقية على مجموعة من الحالات وهي:

– إذا كان أطراف الاتفاق التحكيمي طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو كان الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

– إلا لم يعلن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه إعلانا صحيحا بتعيين المحكم أو بإجراءات ت التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه.

– إذا فصل الحكم في نزاع غير وارد في مشارطة التحكيم أو عقد التحكيم أو تجاوز حدودهما فيما قضى به ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصال للتحكيم إلا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم غير المتفق على حلها بهذا الطريق.

– إذا كان تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالفا لما اتفق عليه الأطراف أو وفقا لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

- إذا لم يصبح الحكم ملزما للخصوم أولغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد الذي تم فيه أو بموجب قانونه صدر الحكم.

المشكلة وفقا للاتفاقية، فنصت المادة 53 منها على " يكون الحكم ملزما للطرفين ولا يمكن الطعن فيه بأية طريق إلا في الحالات الواردة في هذه الإتفاقية، ويجب على كل طرف أن يحترم الحكم وينفذه ، إلا اذا أوقف تنفيذه طبقا لأحكام هذه الإتفاقية ".

كما نصت المادة 54 من نفس الإتفاقية[1]على وجوبية اعتراف كل دولة متعاقدة بالحكم الصادر بناء على أحكام هذه الاتفاقية، أما بخصوص تنفيذ قرار التحكيم فيتضمن هذا الأخير بصفة عامة الحكم على أحد أطراف النزاع وإعطاء الحق للطرف الآخر، كما يسعى الطرف الثاني الى تنفيذ قرار التحكيم مما يستلزم اتخاذ الوسائل الكفيلة بتنفيذه لكيلا يتجرد هذا القرار من فاعليته ويعطي حكم التحكيم صفة السند التنفيذي، الا أن هذا التنفيذ قد يصطدم ببعض العقبات عندما يتعلق الأمر بتنفيذ قرار تحكيمي صدر في إقليم دولة أخرى غير الدولة التي يراد تنفيذ القرار فيها[2].

ثم إن تحديد الجهة القضائية التي تنظر في مسألة تنفيذ الحكم التحكيمي تختلف حسب ما إذا كان الحكم التحكيمي صادرا في الدولة الجاري على إقليمها النزاع أم لا، كما ترجع تلك العقبات في الواقع الى اختلاف النظم القانونية والإجراءات الواجبة الإتباع بشأن الإعتراف بهذه القرارات وتنفيذها.

---

[1] – نصت المادة 54من نفس الاتفاقية على " تعترف كل دولة متعاقدة بالحكم الذي صدر بناء على أحكام هذه الاتفاقية وتضمن تنفيذ الالتزامات المالية التي يفرضها الحكم كما لو كان حكما نهائيا صادرا عن محكمة محلية وعلى الدولة المتعاقدة التي تتبع النظام الفيدرالي ضمان تنفيذ الحكم عن طريق محاكمها الفيدرالية وأن تلزم هذه المحاكم بمعاملة هذا الحكم كحكم نهائي صادر عن محاكم إحدى الدول الفيدرالية".

[2]– Bentoumi Mohammed, op.cit, p 235

إذ أن قرارات التحكيم لا تتمتع بقوة تنفيذية في أغلب الدول ومن ثم فإنه ينبغي إضفاء الصيغة التنفيذية[1] كما رأينا من خلال تقديم طلب إلى المحكمة المختصة في الدولة المطلوب التنفيذ فيها، كما تكون مرهونة بضرورة مراعاة ضوابط النظام العام الدولي[2]،وهنا لم يستعمل المشرع الجزائري عبارة الصيغة التنفيذية وإنما عبارة التنفيذ الجبري[3]،أما بخصوص شروط تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي فإن صدور حكم التحكيم الدولي بعد انقضاء الخصومة التحكيمية وحيازة الحكم حجية الشيء المقضي فيه،وبالتالي تنفيذه في بلد بعد الإعتراف به كما رأينا واستيفائه لشروط الصحة التنفيذ و إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي الدولي أو الأجنبي باعتباره حائزا على العنصر الأجنبي[4].

كما تطرق إلى هذه الحالات المشرع الجزائري في المادتين 1051 1056[5] من ق.ا.م. إ، فعلاوة على ما تبنته الفقرة الأولى من المادة 1051 من ق.ا.م. ا. فإنها توحي بوجوب تثبيت الحكم التحكيمي عن طريق الإيداع من طرف المتمسك بوجوبه كشرط مادي، كما استوجب المشرع الجزائري توافر شرط قانوني آخر وهو

---

[1]- بالرجوع للتشريع الجزائري نصت المادة 605 من قانون 08 –09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على " لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري الا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية...".

[2] –الملاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يتول مسألة تعريف الإعتراف بحكم التحكيم الأجنبية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، واكتفى فقط ببيان أهم الشروط الواجب توفرها حتى يعترف بحكم التحكيم، وهما شرطان نصت عليهما المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بقولها " يتم الإعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الإعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي".

[3] – عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مرجع سابق، ص194.

[4] – حيثالة معمر و نجادي بن عبد الله، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي – شروطه وإجراءاته ، مجلة القانون الدولي و التنمية المجلد 9 ، العدد01 ،عام 2021، ص 91.

[5] – انظر نص المادتين 1051و1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، 08–09 السالف الذكر.

عدم مخالفة الحكم للنظام العام الدولي بالجزائر، كما نجده أضاف شروطا أخرى حال تخلف إحداها سيكون سببا لعدم قبول التنفيذ، وهو ما ذكر على سبيل الحصر في المادة 1056 من ق.ا.م. إ

أما بخصوص المحكمة المختصة بتنفيذ حكم التحكيم الدولي، رغم أن حكم التحكيم يحوز حجية الشيءالمقضي فيه بمجرد صدوره حسب ما ورد في نص المادة 1031 من قانون 08-09 ، الا أن حكم التحكيم هنا يفتقد لقوته

التنفيذية التي لا يمنحها له الى القاضي، وعليه حال غياب التنفيذ الطوعي بحكم التحكيم يجب اللجوء للقضاء التابع للدولة وهنا نكون أمام تنفيذ جبري[1]، أما بخصوص المحكمة المختصة هنا نميز بين أمرين :

إذا كان مقر التحكيم بالجزائر فطلب التنفيذ هنا يقدم لرئيس المحكمة المتواجد بها مقر التحكيم، أما اذا كان مقر التحكيم موجودا خارج التراب الوطني فان طلب التنفيذ هنا يكون من اختصاص محكمة محل التنفيذ[2].

وعموما نجد أغلب التشريعات الداخلية رغم اختلافها، الا أن معظمها قد تبنى ما جاء قي اتفاقية نيويورك حيث جعلت من هذه الاتفاقية مرجعا للإعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية لحسن سير العملية التحكيمية بدءا من الموافقة على ضمانة اللجوء للتحكيم، مرورا بالإعتراف بالأحكام التحكيمية الى غاية تنفيذها كما رأينا.

---

[1] – عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مرجع سابق، ص 200-201.

بينما يعرف مصطفى تراري التنفيذ الجيري على أنه ذلك الإجراء الذي يسمح بحصول التنفيذ الجبري للحكم التحكيمي راجع:
Moustefa TrariTani.op cit .p162

[2] – عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص201.

نخلص أن نظام التحكيم أضحى وسيلة فعالة للفصل في منازعات الإستثمارات بين الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب، كما ننوه الى أن نظام التحكيم التجاري الدولي لم يكتف به كأصل عام بل توالت العديد من الإتفاقيات الدولية بنوعيها الى تكريس أجهزة تحكيمية مختصة للفصل في منازعات الإستثمار بطريق التحكيم وهو ما نتناوله في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: التسوية عن طريق أجهزة التحكيم الدولية.

كما رأينا سابقا لا تكمن الحماية الموفرة للمستثمرين على مجرد الحماية الموضوعية الواردة في الإتفاقيات الدولية عن طريق تنظيم شامل لمواضيع الإستثمار،[1] بل تقتصر كذلك على الحماية الإجرائية التي توفرها في مجال حل منازعات الإستثمار التي تثور بين المستثمرين والدولة المضيفة للاستثمارات، وعليه عمدت الإتفاقيات الدولية على إدراج أجهزة قانونية كفيلة لتسوية المنازعات الإستثمارية التي تثور حال إخلال أحد الأطراف المتعاقدة بالتزاماتها تمثلت في إنشاء هيئات دولية وكذا إقليمية هدفها الحد من هذه المنازعات.

وعليه نسلط الضوء على نماذج من هذه الأجهزة الدولية نخص بالذكر هنا المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار كجهاز منبثق من اتفاقية واشنطن لعام 1965" مطلب أول"، ثم التطرق للجهاز المتمثل في محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس "مطلب ثان".

المطلب الأول: التسوية عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRDI

يعد التنصيص على التحكيم التجاري الدولي في اتفاقيات الإستثمار من أهم الضمانات الإجرائية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، كماتعمد الدول الى تبنيه وجذبه ،مثلما جاء في اتفاقية واشنطن لعام 1965 التي تمخض عنها إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار التي تثور بين الدول المتعاقدة والمستثمرين من مواطني الدول المتعاقدة الأخرى،هذا ما أشارت إليه ديباجة الاتفاقية، حيث أقرت أن الغرض من وضعها هو مواجهة وتسوية الخلافات التي تنشأ في أي وقت حول موضوع الإستثمار، هذا ما أقرته أيضا المادة الأولى في فقرتها الثانية من الإتفاقية بنصها " فغرض المركز هو توفير طريقي التوفيق والتحكيم من أجل تسوية المنازعات

[1] – ماهر جميل أبو خوان، مرجع سابق، ص69.

المتعلقة بالإستثمارات، التي تقوم بين الدول المتعاقدة من ناحية ورعايا الدول المتعاقدة الأخرى من ناحية طبقا لأحكام الاتفاقية" .

كما يتمثل الغرض من إنشاء هذا المركز هو العمل على تحقيق التوازن إن صح القول بين مصالح المستثمر ومصالح الدولة المضيفة[1]من خلال جعل هذه الضمانة تمثل درعا واقيا حتى للدولة المضيفة ضد الحماية الدبلوماسية[2]التي قد تلجأ اليها دولة المستثمر.

وبالتالي نتطرق في هذا المطلب الى نطاق اختصاص المركز، أضف الى إجراءات التسوية المتبعة من قبل هذا الأخير الى غاية صدور الحكم التحكيمي وتنفيذه.

الفرع الأول: المنازعات التي يجوز عرضها على المركز الدولي

لا يكفي لكي ينعقد النزاع لإختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي موافقة الطرفان كتابة فقط، بل لا بد أن يستند الى منازعة قانونية ناتجة عن أحد الإستثمارات بين الدولة المتعاقدة، وبين أحد مواطني دولة متعاقدة أخرى، وبالتالي نتطرق للمنازعات التي يجوز عرضها على المركز الدولي وذلك على النحو التالي:

---

[1] – تعمل اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في صالح كل من المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة على حد سواء حيث يوفر المركز لطرفي النزاع العديد من المزايا كما يؤكد تقرير المديرين التنفيذيين على مبدأ الموازنة بين المصالح وتحديدا في البند 13 الذي نص على " اذا كان الهدف من الإتفاقية تشجيع الإستثمار الدولي الخاص فإن بنود الإتفاقية تحفظ في نفس الوقت توازنا ما بين مصالح المستثمرين ومصالح الدول المضيفة ، هذا فضلا على سماح الاتفاقية بأن يبدأ أي من الطرفين إجراءات التقاضي"، راجع ، حسن النمر، مرجع سابق، ص356.

[2] – ماهر جمل أبو خوان، مرجع سابق، ص 88-89.

أولا: الإختصاص الموضوعي

نظمت اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار الأحكام المنظمة للتحكيم التي يختص بها المركز وتحديدا في نص المادة25 من اتفاقية المركز لتسوية منازعات الإستثمار[1].

ما يميز المركز عن غيره أنه أسس لغرض حل المنازعات التي تنشأ في مجال محدد هو الإستثمار الدولي وليس أي نوع من الإستثمارات الأخرى[2]، وهنا يختص المركز بتسوية النزاعات الإستثمارية ذات الطبيعة القانونية التي تنشأ مباشرة بين دولة متعاقدة ومستثمر يحمل جنسية دولة متعاقدة أخرى.

على هذا الأساس تستبعد من اختصاصه كل المنازعات ذات الطبيعة السياسية الناشئة عن اختلاف المصالح بين الدول الأطراف فهي بهذا تخرج عن اختصاص هذا الأخير بالنظر فيها، وحتى يعقد النزاع اختصاصه لابد أن يستند الى نزاع قانوني أولا، وأن يكون ذا صلة مباشرة واضحة بالاستثمار.

كما نشيرأ ن الإتفاقية لم تفصح متى يكون النزاع المتعلق بالإستثمار نزاعا قانونيا، كما لم تفصح عن كيفية تمييزه عن باقي النزاعات الأخرى بينما نجد البعض قد ذهب للقول بأن اختصاص المركز يشمل كل النزاعات المتعلقة بعقود الإستثمار وكل العمليات اللازمة والمكملة لتنفيذه، وانتهاك شروط التثبيت الواردة فيه أو الخلاف حول تفسيره، وكذا النزاعات المتعلقة بنزاعات مصالح الأطراف.

---

[1]– نصت المادة 25من اتفاقية المركز لتسوية منازعات الاستثمار على اختصاص هذا الأخير في تسوية مناعات الإستثمار بقولها " يمتد اختصاص المركز الى نزاع قانوني ينشا مباشرة عن أحد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقدة أو أحد الأقسام المكونة لها الذي تعينه تلك الدولة للمركز إحدى وكالاتها التي تعينها وبين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة ويوافق طرفا النزاع كتابة على عرضه للمركز عندما يعطي الطرفان الموافقة فلا يجوز لأحدهما أن يسحبها بالإرادة المنفردة".

[2] – خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، مرجع سابق، ص365.

وعليه يدخل في نطاق اختصاصه كل منازعات وعقود الإستيراد والتصدير وكذا القروض والضمانات والتأمينات وعقود المقاولات وعقود نقل التكنولوجيا[1].

كما لا ينعقد اختصاص المركز بالنظر في المنازعات ذات الطبيعة الإستثمارية بمجرد نشوئها، بل ينبغي الموافقة عليها من طرفي النزاع حتى يتم القبول بإحالتها اليه.

كما ننوه أخيرا ان اللجوء للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار يكون اختياريا، وعليه فإن لكل دولة حرية عرض بعض منازعات الإستثمار أو فئات منها على المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار واستبعاد فئات أخرى من نطاقه[2]،كما تبين لنا أن هناك من الدول من كرست ذلك على شاكلة دولة المملكة العربية السعودية التي نجدها استبعدت منازعات البترول من نطاق اختصاص المركز الدولي، نفس الشأن بالنسبة لما قامت به كل من دولتي جاميكا وغانا ،حيث تم استبعاد المنازعات المتعلقة بالمواد المعدنية والمواد الطبيعية من نطاقها .

ثانيا: الاختصاص الشخصي

بالرجوع للإختصاص الشخصي للمركز الدولي نجدالمادة 25 قد أكدتفي فقرتيها الأولى والثانية على توافر شرطين فيما يخص الأشخاص في المنازعة التي تعرض على التحكيم أمام المركز وهما:

أن يكون أحد الطرفين دولة متعاقدة أو أحد الهيئات التابعة لها التي تعينها للمركز.

---

[1] – راجع، حسن النمر، مرجع سابق، ص389.

وعبد المعز عبد الغفار نجم، الجوانب القانونية لنشاط البنك الدولي للإنشاءوالتعمير القاهرة، مطابع الهيئة العامة للكتاب مصر، 1976، ص431.

[2]– جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للإستثمار، مرجع سابق، ص47.

أن يكون الطرف الآخر مواطنا أو مواطنين من دولة أخرى متعاقدة، كما يكون الطرف الآخر أحد رعايا دولة أخرى متعاقدة يستوجب أن يكون هذا الطرف متمتعا بجنسية الدولة الأخرى المتعاقدة.

وبصريح المادة 25 من الإتفاقية، نجدها تعتبر أن اختصاص المركز الدولي يمتد ليشمل أي نزاع قانوني في دولة من الدول المتعاقدة، أو أحد الأقسام التابعة لها وبين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة.

بمعنى آخر فالمركز وفق للمادة لا يختص بفصل المنازعات بين الدول وبين الأطراف الخاصة والأفراد، ويدخل هنا تحت هذا النطاق اصطلاح الدولة الطرف في الإتفاقية كل الإدارات والوكالات التي تعينها هذه الدولة للمركز على أنها تابعة لها مثلما ورد في نص المادة 25 فقرة أولى المذكورة أعلاه.

أما المواطن الذي ينتمي الى جنسية دولة أخرى من الدول الأطراف فهنا يقصد به الشخص الطبيعي أو المعنوي.

كما فصلت المادة 25 فقرة ثانية[1]المقصود بعبارة "أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى"، فهو إما شخص طبيعي يحمل جنسية إحدى الدولة الأخرى المتعاقدة غير المضيفة أو شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول الأخرى المتعاقدة غير دولة الجنسية ،وهذا الشرط في نظر الأستاذ علي ملحم يعد أمرا سلبيا وايجابيا في نفس الوقت[2]،وعليه يفهم من نص المادة 25 في فقرتها الثانية أنها تشترط في الشخص الطبيعي أو المعنوي أن

[1] – نصت المادة 25فقرة 2 /أ على" كل شخص طبيعي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خالف الدولة الطرف في النزاع "بينما نصت الفقرة 2 /ب من نفس المادة على:" كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خالف الدولة الطرف في النزاع.

[2]–إن ماجاءت به المادة 25 فقرة ثانية من الاتفاقية يحمل في طياته جانبين يتمثل الجانب السلبي أن الطرف الخاص هنا يجب أن لايحمل جنسية الدولة المتنازع معها والغرض من ذلك ان الاتفاقية تسعى لتقديم الحماية للأجانب اتجاه الدولة المضيفة أما الجانب الإيجابي فيتمثل في أن االطرف الخاص يجب أن يحمل جنسية دولة طرف في الاتفاقية وذلك في سياق الموازنة بين مصالح الطرفين وهو ما يمثل أحد معالم الاتفاقية، راجع: علي حسين ملحم، مرجع سابق، ص327.

يكون متمتعا بجنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى،[1]غير الدولة الطرف في النزاع، وهنا يعني توافر شرط الجنسية في التاريخين معا، أي التاريخ الذي يدلي فيه كل من الطرفين موافقتهما الكاملة على خضوع النزاع للتوفيق أو طرحه للتحكيم، وأيضا التاريخ الذي يسجل فيه طلب التوفيق أو التحكيم، طبقا للفقرة الثالثة من المادتين 28و 36 من الإتفاقية.

كما يفهم أن هناك بعض المنازعات التي تخرج من اختصاص المركز، وهي تلك المنازعات التي تثور بين الدول بجميع فروعها وأقسامها كما تخرج بدورها تلك المنازعات الخاصة بين الأطراف.

كما نجد المركز قد أحدث صراحة وضعا جديدا في مجال التحكيم التجاري إذ لأول مرة نجده يخول أشخاص القانون الخاص طبيعي كان أم اعتباري الحق في اللجوء مباشرة إلى جهاز دولي للتقاضي دون الحاجة لطلب الحماية الدبلوماسية لدولهم[2]، وبهذا أصبح المستثمر الأجنبي على قدم المساواة إن صح القول في التقاضي أمام هذا الجهاز على خلاف غيره من المراكز الأخرى التي نجدها لا تعطي هذا الإمتياز.

في هذا يرى الأستاذ "شحاتة" أن الدولة في تقاضيها أمام المركز مع المستثمرين الخواص الأجانب بصفة مباشرة تكون قد جردت من المفاهيم السيادية والسياسية لديها.

بينما ألزمت الاتفاقية ضرورة موافقة الأطراف على إحالة النزاع للمركز[3]أي في حال صدور الموافقة الكتابية على إحالة النزاع للمركز من قبل الأطراف المتنازعة،فلا يجوز لأي منهم العدول عنها بصورة انفرادية، الى

---

[1] – في هذا الصدد يتعين على المستثمر الأجنبي، إذا كان شخصا طبيعيا، أن يذكر صراحة عند تقدمه بطلب اللجوء التحكيم أمام المركز، أنه لا يتمتع بجنسية الدولة المضيفة للاستثمار الطرف في النزاع، راجع، عطار نسيمة، مرجع سابق، ص69.

[2]– فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص57.

[3]– إن الموافقة المشروطة في اتفاقية واشنطن لإنعقاد اختصاص المركز لا يتعين فيها شكلا محدداً فقد تكون في صورة تشريع داخلي في الدولة المتعاقدة ، كما قد تتجسد في شكل اتفاقية ثنائية، أو متعددة الأطراف ، المهم أن تتحقق هذه الموافقة كإيجاب وتليها موافقة المستثمر الأجنبي كقبول بعرض النزاع على المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، كما لا تعد الموافقة =

جانب هذا نجد الإتفاقية المنشأة للمركز الدولي قد منحت للدول المتعاقدة الحرية في تحديد هيئاتها وأجهزتها الإدارية التي تعتبر صالحة لأن تكون طرفا في النزاع ،حيث يتم الفصل فيه تحت إشراف المركز، وهنا لا يقتصر اختصاص المركز على الدول المتعاقدة ،بل يمتد ليشمل المؤسسات والوكالات التابعة لهذه الدول،كما تشترط الإتفاقية موافقة الدولة المتعاقدة، أضف الى موافقة الهيئة أو الأجهزة الإدارية التابعة لها حتى يدخل في اختصاص المركز،مثلما جاء في نص المادة 42 في فقرتها الثالثة[1] الا إذا أعلنت الدولة المتعاقدة للمركز عدم وجود ضرورة لموافقتها.

الفرع الثاني: إجراءات التسوية وفقا لنظام المركز الدولي

ضبطت الإتفاقية الإجراءات التي يجب إتباعها لرفع النزاع أمام المركز، وبالتالي تتميز الإجراءات بالإستقلالية عن القانون الوطني أو قانون مقر محكمة التحكيم.

أما عن تحريك الدعوى التحكيمية أمام المركز، فيستوجب فيها إتباع إجراءات محددة، تبدأ بتقديم طلب كتابي من قبل الطرف الراغب قي تسوية النزاع الراغب، سواء كان مستثمر أو دولة إلى السكرتير العام للمركز الذي يتكفل بإرسال الطلب إلى الطرف الآخر المتنازع معه، كما يجب أن يتضمن الطلب معلومات كافية على موضوع النزاع كالتعريف بشخصية الأطراف ورضاهم للإمتثال للمركز، وبعد تسجيل الطلب وإعلان الأطراف بذلك تبدأ مباشرة إجراءات تشكيل لجنة التوفيق أو محكمة التحكيم.

=شرطا شكليا بل تعد شرطا جوهريا و أساسيا إن صح القول لنظام المركز بأكمله وإذا كانت العناصر الأخرى المرتبطة بالنزاع عرضة للتغيير فشرط الموافقة هنا يبقى ثابتا لا يتغير، للمزيد راجع : مغزي شاعة هشام ،الإحتكام إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار وآثاره على الأطراف، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية ، المجلد 07 ، العدد 01،عام 2018، ص165.

وحسن النمر، مرجع سابق، ص362.

[1] – انظر المادة 42 فقرة ثالثة من اتفاقية واشنطن لعام 1965.

الجدير بالذكر أن القواعد الخاصة بالإجراءات أمام المركز تتميز بقدر من المرونة، بمعنى أن أطراف النزاع غير ملزمين بالتقيد بكثير من القواعد حيث يمكنهم الإتفاق على غيرها، كالقواعد الخاصة بتشكيل لجنة التوفيق أو محكمة التحكيم حيث تركت الإتفاقية لأطراف النزاع كامل الحرية في ذلك.

أما بالنسبة لإجراءات التحكيم تماشيا مع القاعدة العامة التي تبنتها الاتفاقية فمحكمة التحكيم تختص بتحديد اختصاصها[1] مثلما جاء في المادة 41 من الاتفاقية التي نصت على أن المحكمة تملك هنا سلطة الفصل في الطعون التي يقدمها الأطراف والمتعلقة بعدم اختصاص المركز بالنزاع لأي سبب آخر، كما لها الحق في الطعن باعتباره مسألة أولية أو ضمه الى الموضوع والفصل فيهما معا.

كما ورد في المادة 42 من نفس الاتفاقية[2] على " تحكم المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان وفي حال عدم وجود هذا الإتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بمافي ذلك قواعد تنازع القوانين الخاصة بها وما ينطبق مع قواعد القانون الدولي".

بينما نجد المحكمة كذلك تختص بناء على طلب أحد الأطراف بالفصل في الدعاوى العارضة والإضافية التي تثار مباشرة موضوع النزاع، كما يشترط أن تكون الدعاوى مما تشملها موافقة الأطراف وأن تكون من اختصاص المركز مثلما أشرنا اليه سلفا الا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك.

---

[1] – إن المبدأ الثابت في التحكيم التجاري الدولي أقرته كافة الأنظمة القانونية يعرف باسم الاختصاص بالاختصاص بموجبه تختص محكمة التحكيم بسلطة الفصل في صحة اختصاصها في النزاع المعروض أمامها لكي تتجنب قيام أحد أطراف النزاع بتأخير أو عرقلة سير التحكيم عن طريق الدفع بعدم اختصاص المحكمة التحكيمية حسب ما ورد في نص المادة 34 فقرة ثانية من الاتفاقية.

راجع حسن النمر، مرجع سابق، ص398.

[2] – انظر نص المادة 42 من اتفاقية واشنطن 1965.

أما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق، نجد الإتفاقية قد كرست مبدأ سلطان الإرادة،مما يتيح للأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقتهم بحسب ما ورد في نص المادة 42 فقرة أولى من نفس الاتفاقية[1] يستوي هذا بالنسبة للقانون الذي يحكم موضوع النزاع ، أو حتى من حيث الإجراءات بالرغم من أن قواعد الإتفاقية في الأصل هي الشريعة الواجبة التطبيق من الناحية العملية، إلا أنه لضمان حسن سير العملية التحكيمية نجدها تجيز لأطراف النزاع، بمخالفة قواعدها المكملة[2]ولعل ذلك بحسب رأينا يرجع لإتاحة قدر لازم من الحرية للأطراف في تحديد الإطار القانوني المناسب الذي يتم في نطاقه تسوية نزاعاتهم.

كما يتبين أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الاتفاقي للأطراف[3]، وفي حال عدم اتفاقهم تطبق المحكمة قانون الدول المضيفة وما ينطبق مع قواعد القانون الدولي إذا كانت صالحة للتطبيق على النزاع سواء بصورة تكميلية أو إضافية أو أصلية[4]حسبما تراه مناسبا في هذا الشأن، أما المبدأ هو تطبيق قاعدة سلطان الإرادة إذ أن الخضوع للمركز مرده أساسا لعنصر التراضي.

---

[1] – نصت المادة 42 فقرة أولى من نفس الاتفاقية على " تفصل المحكمة في النزاع المعروض عليها وفقا للقواعد القانوني التي اتفقعليها الأطراف فان لم يوجد اتفاق فللمحكمة أن تطبق قانون الدولة الطرف في النزاع شاملا قواعد تنازع القوانين وقواعد القانون الدولي".

[2]–لما احمد كولجان، مرجع سابق، ص 122.

[3] – من بين القضايا التي تم الحكم فيها من قبل المركز بتطبيق قانون إرادة أطراف النزاع نجد قضية AGIP Company v.congo...ضد دولة الكونغو ، حيث نص الاتفاق المبرم بين الطرفين في العقد على " تسوى الخلافات التي قد تنشا بينهما بشأن تطبيق أو تفسير هذا الاتفاق لتسوية نهائية وفقا لإتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من خلال هيئة محكمين ثلاث محكمين وفقا لأحكام الإتفاقية، على أن تطبق هيئة التحكيم المركز قواعد النظام القانوني الدولي" وهنا نجد هيئة التحكيم لدى المركز الدولي قد طبقت النظام القانوني لدولة الكونغو للفصل في النزاع المعروض عليها .

نقلا عن حسن النمر، مرجع سابق، ص 401–402.

[4]– عبد الواحد محمد الفار، الجوانب القانونية للإستثمارات العربية والأجنبية في مصر، عالم الكتاب القاهرة، مصر، 1977 ص196.

أما فيما يخص حكم التحكيم الصادر عن المركز الدولي، تماشيا مع القواعد التي تسير عليها العديد من المحاكم الدولية نصت المادة 48 من الاتفاقية [1]على أن تفصل محكمة التحكيم في موضوع النزاع المعروض عليها بأغلبية أصواتها، كما يجب أن يصدر الحكم كتابة متضمنا الأسباب التي بني عليها.

كما يجب أن يكون الحكم شاملا لجميع المسائل التي أثير بشأنها النزاع ومتضمنا الأسباب التي بني عليها.

بينما أجازت المادة 48 فقرة رابعة[2] لأعضاء المحكمة إصدار آراء فردية في موضوع النزاع على هيئة آراء مخالفة ومنفصلة، وهنا لا يجوز للمركز نشر الحكم إلا بموافقة طرفي النزاع، وذلك حفاظا على السرية[3]كما ترسل نسخة منه لهؤلاء من قبل الأمين العام.

أخيرا فيما يخص تنفيذ حكم التحكيم فنصت عليه المادة 53 من الإتفاقية[4] باعتباره حكم ملزم للأطراف كما يتم تنفيذه دون إلزامية الحصول على أمر تنفيذي، فبمجرد صدوره يعد حكما قابلا للتنفيذ يشمل كل الدول المتعاقدة في الإتفاقية وملزما لها.

كما نجد الإتفاقية لم تحدد ميعادا معينا لصدور الحكم، ويستغرق نظر القضية في الغالب أمام المركز مدة عامين ونصف، وفي سبيل تحقيق السرعة في الفصل في مثل هذه القضايا، نجد المركز استحدث نظاما

1– انظر نص المادة 48 من اتفاقية واشنطن لعام 1965.

[2] – انظر الفقرة الرابعة من المادة 48 من الاتفاقية السالفة الذكر.

[3]– نظر نص المادة 48 فقرة 4 من اتفاقية واشنطن.

[4] – نصت المادة 53 من الاتفاقية على " أن الحكم التحكيمي ملزم بالنسبة لأطرافه ولايجوز أن يكون محلا لأي طريق من طرق الطعن ويتعين على كل طرف تنفيذ الحكم بحسب منطوقه الا إذا كان تنفيذه موقوفا بمقتضى الأحكام المنصوص عليها "

يساعد على ذلك كعقد اجتماع تمهيدي للأطراف مع هيئة التحكيم، بحيث يتم فيه استعراض المسائل التي تم الخلاف عليها، بحيث تقتصر الإجراءات بعد ذلك على ما هو محل خلاف بينهم[1].

كما لا يجوز الإعتراض على الإعتراف بالحكم الصادر من محكمة تحكيم المركز أو رفض تنفيذه على أساس الدفع المتعلق بالنظام العام، لذلك ظهرت الصيغة النهائية للإتفاقية خالية صراحة من النص على الدفع بالنظام العام.

كما نشير الا أن الحكم الصادر عن محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي يعد حكما نهائيا لا يجوز الطعن فيه، الا في الحدود التي أقرتها الإتفاقية، الا أن الإتفاقية وضحت بعض الإجراءات التي يمكن لكل طرف اتخاذها بعد صدور حكم التحكيم، لأجل توضيح دعواه وتجنب الغموض أو الأخطاء الواردة في دعواه أو في الحكم، وتشمل هذه الإجراءات تصحيح وتفسيره، ومراجعته وإبطاله وكلها إجراءات داخلية تتم في إطار نظام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي.

الفرع الثالث: نماذج تطبيقية للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار

بعد التطرق لدور المركز الدولي في تسوية منازعات الإستثمار، وبدراسة هذا الجهاز كنموذج من الناحية النظرية سوف نسلط الضوء على بعض القضايا التطبيقية التي تم الفصل فيها من قبل هذا الأخير في مجال منازعات الاستثمار وذلك على النحو التالي:

[1]– بلحسان هواري، تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية "دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار " أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم 2017، ص298.

أولا : بعض قضايا التي فصل فيها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

1- قضية شركة METALCLAD ضد دولة المكسيك [1]

تتلخص وقائع هذه القضية في قيام الشركة بإنشاء منطقة صناعية في إحدى مدن المكسيك بهدف التخلص من النفايات الخطرة وهنا تحصلت الشركة على جملة من التراخيص والموافقات اللازمة لإقامة المشروع من السلطات المختصة، غير أن المظاهرات الشعبية ضد هذا المشروع حالت دون تنفيذه.

وهنا توصلت الى اتفاق مع السلطات المحلية لوضع الإشتراطات المناسبة حتى تتمكن الشركة من افتتاح المشروع الا أنها فوجئت بإعلان السلطات المحلية في الولاية رفضها النهائي لعمل الشركة نتيجة ضغوط الرأي العام وعليه قامت السلطات المحلية برفع الدعوى أمام للقضاء الوطني في جمهورية المكسيك تمخض عنه صدور حكم قضائي لصالحها[2].

وبإعتبار دولة المكسيك أحد أطراف المنظمة لاتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية Nafta والتي تسمح بمقاضاة أطراف الاتفاقية أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، تقدمت الشركة بطلب الى المركز من أجل فصله في النزاع حيث قضى المركز في حكمه الصادر في 30يوليو 2000بأن الإجراءات المتخذة من طرف الحكومة ممثلة في سلطاتها المحلية تنطوي على انتهاك لحقوق الشركة المدعية مما عرض

[1]- تقدمت مؤسسةMetaclad ، وهي شخص اعتباري ينتمي بجنسيته إلى الولايات المتحدة الأمريكية، الطرف في اتفاقية NAFTAوالطرف أيضا في اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في 1997/02/02، بطلب عرض النزاع القائم بينه وبين حكومة جمهورية المكسيك، الطرف في اتفاقية NAFTA وليست طرفا في اتفاقية واشنطن على المركز للفصل فيه، وقد تم الموافقة على الطلب في 1997/01/13.راجع، بلحسان هواري، مرجع سابق، ص 203.

[2]- ICSID.N01. 2000.p 150-151.

استثماراتها لخسائر وانتهاك الحد الأدنى لحقوق الأجانب المقررة وفقا لقواعد القانون الدولي[1]، كما تعد هذه الإجراءات مناقضة تماما لأحكام المادة 1105 من اتفاقية NAFTA والتي تتطلب ضرورة تحقق العدالة والمساواة في التعامل مع مواطني الدول الأطراف هذه الإتفاقية.

وهنا ارتأت المحكمة أخيرا على ضرورة قيام الدولة المكسيكية بتعويض الشركة المدعية عما لحق بها من أضرار وخسائر عن تلك الإجراءات التعسفية التي قامت بها في حق الشركة.

2- قضية AAPL ضّد دولة سريلانكا

تتعلق وقائع هذه القضية باتفاق الشركة المدعية المسماة شركة آسيا للمنتجات الزراعية المحدودة Ltd) agricultural Asian products) مع حكومة سيريلانكا لإنشاء مشروع مشترك،حيث قامت القوات السريلانكية بتدمير بعض المنشآت التي يستخدمها متمردون عن السلطة، رغم أن العقد القائم بين الطرفين جاء خاليا من شرط التحكيم، وهنا باشرت شركة AAPL بتقديم طلب التحكيم ضد دولة سريلانكا أمام المركز الدولي طالبة بموجبه الحكم لصالحها بالتعويض عن الأضرار التي أصابتها نتيجة تدمير ممتلكاتها مؤسسة طلبهاعلى اللجوء إلى تحكيم المركز الدولي بناء على الإتفاقية الثنائية المبرمة بين حكومة سريلانكا والمملكة المتحدة ، وتحديدا في نص المادة الثامنة فقرة أولى منها[2].

---

[1]– إضافة لذلك نجد ان هذه الإجراءات تتناقض مع أحكام المادة 1101 من اتفاقية NAFTA التي تتطلب حقوق العدالة والمساواة في التعامل بين مواطني الدول الأطراف في الاتفاقية ، راجع ، ماهر جميل أبو خوان ، مرجع سابق، ص94.

[2] – نصت الإتفاقية الثنائية المبرمة بين حكومة سريلانكا والمملكة المتحدة عام 1980، في المادة 08 منها فقرة أولى "على كل دولة متعاقدة الموافقة على إحالة أي نزاع قانوني ينشأ بين أي طرف متعاقد ورعية أو شركة تابعة للطرف المتعاقد الآخر بشأن استثمار الأخير في إقليم الطرف الأول إلى التحكيم وفقا لقواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار"،راجع، عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص 190.

في حين تمسكت محكمة التحكيم باختصاصها في الحكم الصادر بتاريخ 1990/06/27، حيث خلصت أن ظروف إبرام الاتفاقية الثنائية ولجوء الأطراف إلى تحكيم المركز على أن هذه الاتفاقية جزء من النظام القانوني لدولة سريلانكا.

كما أن نص المادة الثامنة فقرة أولى منها أشارت إلى تحكيم المركز تشكل رضا الدولة للجوء إلى تسوية النزاع أمام هذه الجهة القضائية الدولية الذي لقي قبولا من المستثمر الأجنبي، عن طريق تقديم طلب التحكيم وبالتالي اكتمال ركن التراضي على اختصاص المركز[1]، وهنا يستنتج أنها اهتدت تقريبا لنفس الحكم الصادر في قضية AMT ضّد دولة الزائير بمقتضاه يتحقق شرطّ التراضي لإختصاص المركز بناء على العرض العام المقدم من الدولة في الإتفاقية الثنائية وقبوله من طرف المستثمر عن طريق طلب التحكيم أمام المركز.

كما نجد منطوق الحكم الصادر عن المركز خال من عنصر إرادة الطرفين معا في قضية الحال، وهنا قد تم اللجوء إلى تحكيم المركز الدولي CIRDI بشكل إنفرادي، ونقصد به المستثمر الأجنبي الذي أضحى بإمكانه رفع الدعوى أمام المركز حتى دون رضا الدولة المضيفة، بغض النظر عن أي عقد سابق بينهما ينص على حلها بالإتفاق سواء تم ذلك في صورة شرط تحكيم أو حتى مشارطة تحكيم.

ثانيا: نماذج لتحكيم المركز الدولي بدون اتفاق الأطراف المتنازعة

1- قضية شركة "فيفندي" الفرنسية ضد دولة الأرجنتين

تعتبر سابقة شركة "فيفندي" الفرنسية ضد دولة الأرجنتين في حق إحدى مقاطعاتها وهي مقاطعة توكومان

[1]- BEN HAMIDA Walid, L'arbitrage transnational unilatéral, Thèse de Doctorat Université Panthéon Assas II, Paris 2003, P166.

الصادر فيها حكم تحكيمي بتاريخ 21 نوفمبر 2000،[1] والتي موضوعها طلب إلزامها بأن تؤدي للشركة الفرنسية وفرعها بدولة الأرجنتين تعويضا قدره ثلاث مئة مليون دولار، بينما في الطرف المقابل نجد دولة الأرجنتين قد دفعت بعدم اختصاص المركز على أنها لم تنص على إحالة النزاع لإختصاص المركز الدولي بل أحالته للإختصاص القضائي الداخلي.

أمام كل هذا نجد هيئة التحكيم ميزتبين النزاعات المستندة الى الإلتزامات القانونية الدولية والتي ينعقد الإختصاص بها للمركز مباشرة "دون صيغة"، وبين الإلتزامات العقدية المستمدة من عقد الإستثمار والتي لا ينعقد الإختصاص بها الا بموجب صيغة"[2].

وقد أقرت تبعا لذلك اختصاصها على أساس إخلال دولة الأرجنتين بإلتزاماتها الدولية المأخوذة من اتفاقية واشنطن ومن الإتفاقية الثنائية لتشجيع وحماية الإستثمار الموقعة بينهما وبين دولة فرنسا سنة 1991 رغم تأكيدها في نفس قرارها بعدم تدخل دولة الأرجنتين في اتفاق الإستثمار الذي أعطى بنده الثامن الخيار للمستثمرين بين اللجوء إما للقضاء الداخلي لدولة الأرجنتين أو الى تحكيم المركز أو التحكيم الحر.

[1] – تتعلق وقائع هذا النزاع بإبرام عقد امتياز عام 1995 بين شركتي Aconquija (CAAAjuasCompania dedel، و(CGE) Compagnie générale des Eaux التي أصبحت تسمى شركة Vivendi من جهة وبين مقاطعة Tucumanالأرجنتينية من جهة أخرى، بشأن استغلال نظام توزيع المياه في هذه المقاطعة، بموجبه تمت سوية النزاعات المتعلقة بتفسيره أو تنفيذه أمام المحكمة الإدارية لمقاطعة،يمكن الاطلاع على حكم التحكيم الصادر في الإختصاص والموضوع على الموقع www.worldbank.org/icsid/cases

[2] – الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص337.

2- قضية شركة "ساليني" ضد دولة المغرب

في نفس السياق نجد كذلك سابقة شركة "ساليني" ضد دولة المغرب والمتعلقة بمشروع إقامة الشركة الايطالية طريقا سيارا بالمغرب حيث كان محل الدعوى التحكيمية لدى مركز CIRDI بطلب من المستثمر الإيطالي على أساس اتفاقية حماية الاستثمار، التي تعطيه خيار اللجوء الى التحكيم بما في ذلك تحكيم المركز[1]،في حين تمسكت الدولة المغربية بنص في عقد الاستثمار الذي أسند الاختصاص للقضاء المغربي ،وهنا نجد هيئة التحكيم قد أصدرت حكمها بتاريخ 23 جويلية 2001 كما أسندت الاختصاص المباشر للمركز معتبرة أن شرط إسناد الاختصاص للمحاكم الوطنية لا يحجب الإختصاص التحكيمي للمركز CIRDI[2]مؤكدة في نفس الوقت على خيار المستثمر ولم تعتمد مبدأ الفصل بين الدعويين، ولامبدأ الفصل بين الإختصاصين الذين كرستهما سابقة فيندي أنفرسال لعام 2000 السابقة الذكر.

نخلص أن الإحتكام الى المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، كجهاز منبثق من اتفاقية واشنطن لعام 1965 وبدراسة الضوابط الشخصية والإجرائية والموضوعية لهذا الجهاز ودوره في تسوية منازعات الإستثمار أمكننا القول أن وسيلة التحكيم المتبعة في إطار المركز الدولي تعد من بين من الوسائل الودية التي يستخدمها المركز الدولي في تسوية المنازعات المعروضة عليه من قبل الأطراف الراغبين في تسويتها عن طريق محاكمه.

---

[1] – علي عوض حسن، التحكيم الإختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2001 ،ص 291.

[2] – عبد الكريم بوخالفة، التحكيم دون اتفاق بين الرضائية والإلزامية على ضوء المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار مجلة العلوم القانونية والسياسية ، المجلد 09 ، العدد 02 ، جوان 2018 ، ص285.

رغم تكريس هذا الأخير لجملة من لمزايا، الا أن أهم ميزة تحسب له منح المكنة للشخص الخاص بالتقاضي أمام المركز مباشرة دون طلب الحماية الدبلوماسية من طرف دولته، التي لطالما وجدناه مرهون في العديد من المراكز الدولية الأخرى، فهو بحق يمثل استثناءا من قاعدة أن الأشخاص الخاصة لا يمكنها التقاضي أمام الأجهزة الدولية الأخرى الا عن طريق ما يسمى بمظلة الحماية الدبلوماسية.

ومما لا شك فيه أن هذا الإمتياز سوف يدفع المستثمرين أكثر للتقاضي أمامه في مواجهة أحد أشخاص القانون الدولي العام للدفاع عن مصالحهم دون سواه من الأجهزة الأخرى التي لازالت حبيسة مجموعة من الضوابط لعل أهمها حصر نطاق التقاضي بين الدول فقط دون الأشخاص، وهذا يعكس صراحة مدى نجاحه وتفضيله لدى غالبية الدول بالتنصيص على إمكانية اللجوء اليه في الإتفاقيات الدولية بنوعيها أو حتى عقود الاستثمار في مجال حسم منازعات الإستثمار.

كما نشير أن اتفاقية واشنطن لعام 1965قد استبعدت كل السبل لحل النزاعات الأخرى حال اختيار الأطراف طريق التحكيم، الا في حال الإتفاق في العقد الأصلي على خلاف ذلك، كما نجد الإتفاقية قد منحت لكل دولة منضمة اليها حق وضع شرط استنفاذ الوسائل القضائية الداخلية أولا قبل اللجوء لضمانة التحكيم

كما نخلص من القضايا السابقة اذكر أن هيئة التحكيم التابعة للمركز قد استندت على موافقة الدولة اللجوء إلى التحكيم أمام المركز الدولي بموجب الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالإستثمار، متجاهلة بذلك أي علاقة

تعاقدية بين الدولة المضيفة والمستثمر، حيث نجدها في كل مرة تهتدي لجملة الإتفاقيات الثنائية في أحكامها الأمر الذي يؤّكد إمكانية هذا الأخير في استدراج الدولة المضيفة أمام محاكم تحكيم المركز تناقضا مع ما جاء في نص المادة 1/25من اتفاقية واشنطن، مما يؤدي في رأينا إلى زعزعة التوازن بين الأطراف المتنازعة،

رغم هذا فإن محاكم تحكيم المركز قد جسدت الإجتهاد التحكيمي المتمثل في توافر ركن التراضي على الإختصاص بناء على نصوص الإتفاقيات الثنائية، بالنسبة لأغلبية القضايا المعروضة على المركز كما رأينا سلفا.

المطلب الثاني: التسوية عن طريق محكمة التحكيم الدولية لغرفة التجارة الدولية بباريس

إدراكا من الدول على أهمية توفير الضمان القضائي للمستثمرالأجنبي، نجدها لم تكتف باللجوء إلى التحكيم في إطار قوانينها الداخلية، حيث أقرت إمكانية اللجوء إلى التحكيم أمام الهيئات التحكيمية الدولية التي تحظى بالقبول والتوافق لدى كافة المستثمرين الأجانب.

من بين هذه الهيئات التحكيمية نجد محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس CCI[1] حيث تعد غرفة التجارة الدولية منظمة غيرحكومية لأغراض تشجيع التعاون الاقتصادي الدولي والتنمية من خلال المشاريع الخاصة، كما تتكون عضويتها من الشركات والمؤسسات التجارية والمصارف وغرف التجارة والصناعة في الدول.

كما تعد غرفة التجارة الدولية بباريس من أقدم مراكز التحكيم الدولية وأهمها، ويرجع السبب في ذلك إلى ما تتمتع به محكمة غرفة التجارة الدولية، من حياد واستقلالية، فلا يخاف المتنازع أمامها من التحيز أو المحاباة أو إلى التفرقة بين المتنازعين بسبب المصالح الأساسية، كما أن تختار نخبة من المحكمين في جميع البلدان في العالم ومن شخصيات تتسم بالحياد والمصداقية.

[1] –تنص المادة 01على" أن محكمة التحكيم الدولية المنبثقة من غرفة التجارة الدولية هي جهاز التحكيم المستقل التابع لغرفة التجارة الدولية ويورد النظام الأساسي للمحكمة في الملحق رقم واحد ".

الفرع الأول: نظام الغرفة

أسست الغرفة سنة 1919بيد خدمة قطاع لإعمال الدولي عن طريق تعزيز التجارة كالإستثمار، وفتح الأسواق للسلع والخدمات، والتدفق الحر للرأسمال[1]، لقد ظلت هذه المحكمة تعمل كمحكم دولي بين الأطراف المتنازعة ذات العلاقة الدولية، وذات الجنسيات المختلفة في مجال العلاقات التجارية الدولية[2].

كما نجدها وضعت قواعد وأحكام وشروط التحكيم التي يمكن لأطراف العقود الدولية إدراجها في عقودهم الدولية، لتحديد الإجراءات التي يمكن اتخاذها عند نشوء نزاع بين طرفي العقد، في حالة إحالة النزاع إلى التحكيم بواسطة محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية ومن أهم قواعد هذه الهيئة ما يلي:

أوصت غرفة التجارة الدولية الأطراف المتنازعة التي يلجئون إليها للتحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الدولية، أن تتضمن عقودهم الشرط النموذجي التالي "جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد يتم حسمها نهائيا وفقا لنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بواسطة حكم أوعدة حكام يتم تعيينهم طبقا لذلك النظام".

كذلك أوصت غرفة التجارة الدولية طرفي النزاع بتضمين عقودهم الدولية شرطا نموذجيا ينص على اتفاقهم على اللجوء للمركز الدولي للخبرة الفنية التابع لغرفة التجارة الدولية، وذلك بالنص على ما يلي:

"اتفق أطراف هذا العقد على اللجوء عند الضرورة إلى المركز الدولي للخبرة الفنية التابع لغرفة التجارة الدولية والخاصة بالخبرة الفنيةالاستثمار[3]".

---

[1] – والي نادية، مرجع سابق، ص 314.

[2] – خالد محمد القاضي، النظرية العامة لدور التحكيم الدولي والقضاء في تسوية منازعات المشروعات الدولية المشتركة، مرجع سابق، ص90.

[3] –خالد محمد القاضي، مرجع نفسه، ص 102 –103.

كما اعترفت الجزائر من خلال عدة اتفاقيات ثنائية في مجال الإستثمار بحق المستثمر الأجنبي في اختيار محكمة التحكيم التي تفصل في النزاع في حالة عدم إيجاد الحل عن طريق التراضي بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، ولقد وردت إمكانية اللجوء إلى تحكيم الغرفة التجارية الدولية بباريس في عدة اتفاقيات صادقت عليها الدولة الجزائرية، مثال ما نصت عليه الإتفاقية المبرمة بين الجزائر وإسبانيا[1] والمتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات.

كما نجد جهاز تحكيم غرفة التجارة الدولية يتكون من هيئة التحكيم ولجنة التحكيم[2]، وعليه نجد هيئة التحكيم الدولية التابعة أنشأت سنة 1923 وهي من أقدم المؤسسات التابعة للغرفة، مما أكسبها خبرة في مجال التحكيم، بالنظر الى حجم وعدد القضايا التي تفصل فيها سنويا.

تحال النزاعات الى غرفة التجارة الدولية باتفاق الأطراف وذلك إما عبر اتفاق التحكيم المدرج في العقد محل النزاع أو عن طريق مشارطة التحكيم.

---

[1]– نصت المادة 11من الاتفاقية الجزائرية الاسبانية على ما يلي " إذا لم يكن ممكنا حل النزاع ... فإن المستثمر يستطيع بناء على اختياره تقديمه لمحكمة تحكيمية، طبقا لتنظيم مؤسسة التحكيم لغرفة التجارة باستوكهولم لتحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس".

[2]– تعد لجنة التحكيم الدولي إحدى اللجان المتعددة لغرفة التجارة الدولية التي عهد اليها مهمة إعداد سياسات عامة حول موضوعات خاصة بالتجارة الدولية، كما ترتكز اللجنة بصفة خاصة على مجموعة من المواضيع القانونية وكذا العملية التي تثار في التحكيم التجاري الدولي، والمتعلقة بتطوير التحكيم كوسيلة للفصل في منازعات التجارة الدولية، راجع، علي حسين ملحم، مرجع سابق، ص264.

الفرع الثاني: قواعد التحكيم أمام الهيئة التحكيمية للغرفة الدولية

تختص محكمة التحكيم الدولية بضمان تطبيق قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية، كما تتمتع بصلاحيات اللازمة لتحقيق الغرض، كما تباشر المحكمة هنا مهامها بصفتها كيانا مستقلا بشكل تام من غرفة التجارة الدولية وأجهزتها.

وحسب نص المادة الأولى تعد محكمة التحكيم الدولية المنبثقة عن غرفة التجارة الدولية، هي جهاز التحكيم المستقل التابع لغرفة التجارة الدولية، كما يورد النظام الأساسي للمحكمة في الملحق رقم واحد.

كما نجد أن المحكمة هنا لا تفصل بنفسها في المنازعات لكنها تحيلها من خلال هيئات التحكيم وفقا لقواعد التحكيم الخاصة بالغرفة،[1] وهنا تعد هذه المحكمة الجهاز الوحيد المنوط به إدارة تحكيمات بموجب القواعد بما في ذلك تدقيق الأحكام الصادرة وفقا للقواعد واعتمادها للأطراف يتطلب انعقاد اختصاص محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، توافر شرط الرضا بين الأطراف.

كما يشترط في الرضا أن يكون صريحا، فالدولة المضيفة للإستثمار يمكن أن تعبر عن رضاها بقبول إحالة المنازعات الاستثمارية لآلية التحكيم أمام الهيئة التحكيمية لغرفة التجارة الدولية، وتشكيل هذا الأمر ضمانة إضافية لجذب واستقطاب الإستثمارات.

[1] – انظر نص المادة 02 من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس منشورة على الموقع التالي:
.www.iccwbo.org

كما أن المستثمر يهدف الى تكوين صورة واضحة لجميع العوامل المحيطة بالفرص الاستثمارية، فتوضح المخاطر وتساعد على إزالة المخاوف بشأنها[1]، فقبول الإحالة للتحكيم أمام المحكمة التحكيمية لغرفة باريس من طرف الدولة المضيفة التي تعد في الوقت الحالي من أبرز المؤسسات التحكيمية الدولية، من شأن ذلك أن يؤدي إلى مزيد من استقطاب وجذب الإستثمارات.

كما يتطلب التحكيم أمام الهيئة التحكيمية لغرفة التجارة الدولية بباريس إتباع إجراءات معينة، سواء بالنسبة لسير التحكيم[2]أوفي ما يتعلق بإجراءاته، فإن نظام التحكيم الدولي لغرفة التجارة الدولية يمنح لأطراف النزاع حرية اختيار قواعد القانون التي تحكم بها هيئة التحكيم واختيار المحكمين كما يتولون عملية التحكيم سواءكان فرديا أو متعددا.

كما يتم اختيار مكان التحكيم،[3] اذا لم يتم الاتفاق بينهم على ذلك هنا، تتولى المحكمة التحكيمية مهمة اختيار المحكمين الذين يتولون الفصل في القضية المعروضة أمامهم.

أما في حالة غياب اتفاق الأطراف على هذه القواعد، تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون التي تراها ملائمة.

1– لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الإستثمار، مرجع سابق، ص11 .

2 – تطرقت 22 من غرفة التجارة الدولية الى سير العملية التحكيمية بقولها " تبذل هيئة التحكيم والأطراف قصارى جهودهم ليسير التحكيم بشكل سريع وفعال وبتكلفة معقولة بالنظر الى مدى تعقيد المنازعة وقيمتها لضمان الإرادة الفعالة للدعوى يجوز لهيئة التحكيم بعد التشاور مع الأطراف أخد التدابير الإجرائية التي تراها مناسبة شريطة عدم تعارضها مع أي اتفاق مبرم بين الأطراف

يجوز لهيئة التحكيم بناء على طلب أي من الأطراف اصدار أوامر بشأن سرية إجراءات التحكيم أو أية مسائل أخرى متصلة بالتحكيم ويجوز لها اتخاد تدابير لحماية أسرار المهنة والمعلومات السرية."

3 – بالنسبة لمكان التحكيم نصت المادة 18 على " – تحدد المحكمة مكان التحكيم مالم يتفق الأطراف عليه

–يجوز لهيئة التحكيم عقد الجلسات والاجتماعات في أي مكان تراه مناسبا بعد استشارة الأطراف مالم يكن الأطراف قد اتفقو على غير ذلك

–يجوز لهيئة الحكيم المداولة في أي مكان تراه مناسبا".

وتأخذ هيئة التحكيم بعين الإعتبار أحكام العقد المبرم بين الطرفين إن وجد وكذلك الأعراف التجارية ذات صلة كما تضمن هيئة التحكيم سلامة إجراءات التحكيم وتتصرف بعدل وحياد.

بينما تتمتع هيئة التحكيم بصلاحيات التحكيم بالصلح وتقرر وفقا لقواعد العدل والانصاف ويكون ذلك فقط في حالة اتفاق الأطراف على منحها تلك الصلاحيات حسب ماجاء في المادة الحادية والعشرون منها[1].

أما فيما يخص اللغة المستعملة في عملية التحكيم، هنا تتولى المحكمة التحكيمية تعيين لغات التحكيم مع الأخذ بعين الإعتبار جميع الظروف ذات الصلة، بما فيها لغة العقد المبرم بين الطرفين.

أما بخصوص القانون الواجب التطبيق فللأطراف هنا حرية الاتفاق على القانون معين وفي غياب ذلك تفصل المحكمة بما تراه مناسبا[2].

كما يترتب على اختيار الأطراف تحكيم غرفة التجارة الدولية الالتزام بالحكم الصادر في التحكيم، وتنفيذه مباشرة دون تأخير وكذا تنازلهم عن جميع طرق الطعن التي يجوز ممارستها قانونا[3].

نشير فقط أن تعيين المحكمين في المحكمة يتم تبعا للموضوع، كما يتم إحالته للتحكيم بموجب قواعد الغرفة التجارة الدولية، وهنا يكون دور أعضاء المحكمة مراقبة العملية التحكيمية وكذا الإشراف عليها، حيث تقوم

---

[1] – انظر نص المادة 21 من غرفة التجارة الدولية.

[2] – نصت 17 من غرفة التجارة الدولية على " للأطراف حرية الاتفاق على القانون التي يتوجب على محكمة التحكيم تطبيقه على موضوع النزاع فان لم يتفقوا على ذلك تطبق محكمة التحكيم القانون الذي تراه ملائما
في كل الأحوال تأخذ محكمة التحكيم بعين الاعتبار أحكام العقد والممارسات التجارية ذات الصلة ".
تقضي محكمة التحكيم " مقسطة بالتي هي أحسن " أو " تفصل بالعدل والإنصاف " فقط إذا اتفق الأطراف على تفويضها بمثل هذه السلطة "

[3]– إبراهيم الدسوقي أبو الليل، قواعد وإجراءات التحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية، مجلة الحقوق، السنة الرابعة عشر، العدد 1 و2، الكويت 1993، ص100.

بدور هام في المراجعة كالتصديق على أحكام التحكيم المقدمة من قبل المحكمين في شكل مسودات وتعتبر آلية مراقبة الجودة العنصر الرئيسي في نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية.

كما نجد المحكمة التحكيمية للغرفة قد فصلت في حوالي 550 قضية، تتضمن أطرافا من مئة دولة، ولقد تم تعديل نظام التحكيم لدى الغرفة أكثر من مرة وأحدث تعديل لهذا النظام هو الساري المفعول منذ الفاتح من عام 1998[1].

الفرع الثالث: الأحكام الصادرة عن المحكمة التحكيمية الدولية ومدى الزاميتها.

أما فيما يتعلق بإصدار حكم التحكيم، إن مدة صدور حكم التحكيم النهائي فتتم في 6 أشهر، كما يبدأ سريان هذه المدة من تاريخ آخر توقيع لهيئة التحكيم أو للأطراف على وثيقة مهمة، أو في حال تطبيق البند الثالث من المادة الثالثة وعشرين وذلك من تاريخ إخطار هيئة التحكيم من قبل الأمانة العامة.

كما يجوز هنا للمحكمة تحديد مدد مختلفة استنادا الى الجدول الزمني للإجراءات وفقا للبند الثاني من نص المادة الرابعة والعشرون، كما يجوز هنا للمحكمة تمديد هذه المدة بناء على طلب مسبب من محكمة التحكيم أو من تلقاء نفسها إذا رأت ذلك ضروريا[2].

أما بالنسبة لصدور الحكم، فهنا يصدر حكم التحكيم بالأغلبية إذا كانت الهيئة مكونة لأكثر من محكم وفي حال عدم توافر الأغلبية يصدر الحكم من رئيس هيئة التحكيم وحده، كما يجب أن يذكر حكم التحكيم الأسباب التي استند عليها، وهنا يكون حكم التحكيم ملزما للأطراف[3].

---

[1] – www.jus.uio.no/jm/icc.arbitration.rules.1998/doc.html

[2] – راجع نص المادة 24 فقرة ثانية من محكمة التحكيم الدولية.

[3]– لمزيد من التفاصيل حول قواعد التحكيم في غرفة التجارة الدولية، انظر دليل غرفة التجارة الدولية ICC ، فرنسا، على الموقع التالي : www.iccwbo.org

كما يعتبر حكم التحكيم قد صدر في مكان التحكيم وفي التاريخ المدون فيه[1]وهنا في حال توصل الأطراف الى التسوية بعد إرسال الملف الى هيئة التحكيم وفقا لما ورد في المادة الثالثة عشر، كما يمكن إصدار حكم التحكيم بالاتفاق حال توصل الأطراف الى تسوية بعد إرسال الملف لهيئة الحكيم، حسب ما ورد في نص المادة السادسة عشر وهنا يتم إثبات التسوية في شكل حكم تحكيمي صادر بإتفاق الأطراف، في حال ما إذا طلبه الأطراف طبعا وتمت الموافقة عليه من قبل هيئة التحكيم.

كما يتعين على المحكم قبل توقيع حكم التحكيم تقديمه الى المحكمة، هذه الأخيرة لها الحق أن تدخل بعض التعديلات المتعلقة بشكل الحكم، كما يخول لها أن تلفت انتباه الهيئة الى مسائل تتعلق بالموضوع.

بينما لا يجوز أن يصدر أي حكم تحكيمي من هيئة التحكيم حتى تعتمده المحكمة من حيث الشكل[2]، وفي الأخير تخطر الأمانة العامة الأطراف بنص حكم التحكيم من طرف هيئة التحكيم بمجرد صدوره شريطة أن يكون الأطراف أو أحدهم قد قام بتسديد مصاريف التحكيم كاملة الى غرفة التجارة الدولية.

كما يعد الأطراف عند إخطارهم وفقا للبند الأول من المادة الخامسة والثلاثين قد تنازلوا عن أي شكل آخر للإخطار من جانب هيئة التحكيم، وأخيرا يتم تبليغ وإيداع حكم التحكيم وبالتالي وجوبية تنفيذه حسب ما نصت عليه المادة 28 بناء على مجموعة من الإجراءات[3].

---

[1]– انظر نص المادة 25 من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية.

[2] – نص المادة 34 من غرفة التجارة الدولية.

[3]– نصت المادة 28 من محكمة التحكيم لدى الغرفة التجارية الدولية بباريس على:

–على الأمانة العامة أن تبلغ الأطراف بنص حكم التحكيم موقعا من قبل محكمة التحكيم حال إصداره شريطة أن يكون الأطراف أو أحدهم قد دفع مصاريف التحكيم كاملة الى غرفة التجارة الدولية.

يسلم الأمين العام للهيئة في كل حين وبناء على طلب الأطراف ودون غيرهم نسخا إضافية مصادق عليها.

–يعتبر الأطراف لدى تبليغهم وفقا للبند الأول أعلاه متنازلين عن أي شكل آخر للتبليغ او الإيداع من جانب محكمة التحكيم

–تودع نسخة أصلية من كل حكم تحكيم صادر طبقا لهذا النظام لدى الأمانة العامة للهيئة.=

نخلص في الأخير من تكريس هذه الأجهزة في مجال تسوية منازعات الإستثمار أن المستثمر الأجنبي أضحى يلجأ اليها باعتبارها مراكز تحكيمية محايدة تفصل في النزاعات الإستثمارية، وهو ما تم التنصيص عليها في العديد من الاتفاقيات الدولية أو حتى من خلال عقود الإستثمار المبرمة، لما تكفله من ضمانات خاصة بالنسبة للمستثمر في مجال منازعات الإستثمار باعتبار أن أحكامها تكون ملزمة وواجبة التنفيذ.

ورجوعا للأحكام الصادرة عن المركز الدولي CIRDI، نجدها تميز بين منازعات العقد ومنازعات الإتفاقية بناء على الأساس القانوني لكل نوع منها، إلا أن أغلب هذه المحاكم وجدناها تستند إلى النصوص الواردة في الإتفاقية الدولية قصد بسط اختصاصها على منازعات العقد،رغم اتفاق أطراف عقد الإستثمار على آلية أخرى لتسوية النزاعات المترتبة على الإلتزامات العقدية.

كما أن اللجوء للمركز من قبل المستثمرين يحررهم من وصاية دولته، فطلب التحكيم ليس مرهونا بموافقة مسبقة من طرف حكوماتهم، كما لا يمكن لهذه الأخيرة لا العرقلة ولا التدخل في الإجراءات.

أما رجوعا للإختصاص الشخصي، أثبتت الممارسات العملية أن أغلب النزاعات التي طرحت أمام المركز الدولي كان أحد طرفيها دائما شخص معنوي، هذا لا يمنع من إمكانية قيام النزاع بين دولة متعاقدة وشخص طبيعي لكن يبقى الإشكال في طرق صياغة وتفسير الإتفاقيات التي تبرمها الدولة مع غيرها، مع ذلك فالهدف الوحيد الذي يرغب قضاء التحكيم بلوغه هو توسيع دائرة اختصاص هذه الأجهزة على اختلافها في مجال منازعات الإستثمار.

=–تحث محكمة التحكيم والأمانة العامة للأطراف على إتمام كل معاملات أخرى قد تكون ضرورية.

–يكون كل حكم تحكيم ملزما للأطراف ويتعهد الأطراف بمجرد إحالتهم لنزاع الى التحكيم وفقا للنظام هذا بتنفيذ أي حكم تحكيم دون تأخير ويعتبر أنهم تنازلوا عن كل سبل الطعن المفتوحة لهم قانونا".

الخاتمة

تمحورت دراستنا حول الحماية الدولية المكرسة للمستثمر بشقيها الموضوعي والإجرائي، وبتحليلنا للمنظومة القانونية لبعض التشريعات ومنها التشريع الجزائري نجدها انصبت على جملة من الضمانات الكفيلة لحماية مصالح المستثمر الأجنبي وتحصين ملكيته من كل الأشكال المتعلقة بنزع الملكية مع مراعاة مجموعة من الظوابط ،كما أن تكريس هذه الضمانات يشكل حصانة على مشروعه الاستثماري كما يزيد من توافد رؤوس الأموال الأجنبية واستقطابها،الا أن الاختلاف يبقى قائما بين التشريعات الداخلية من حيث الأساليب والطرق والقواعد المنظمة لها.

وعليه خلصنا من كل هذا أن الحماية التي تقدمها التشريعات الداخلية على اختلافها يشوبها نوع من القصور بسبب التضارب في مضامينها، فهي لا تحقق الحماية الكافية التي يسعى اليها المستثمر الأجنبي ، كما لا توجد علاقة تناسبية بين هذه الضمانات ونسبة تدفق رؤوس الأموال الأجنبية، فالنص على هذه الضمانات لا يستتبعها بصورة تلقائية وفود المستثمر، بل يجب تجسيدها على أرض الواقع مع خلق جو من الأمن والإستقرار القانونيين.

وفيما يخص حماية المستثمر الأجنبي على ضوء الإتفاقيات الدولية المبرمة في مجال الإستثمار ألقينا الضوء على نماذج منها مع تركيزنا على ما جاءت به الإتفاقيات المبرمة بين الجزائر والدول الأخرى، كما خلصنا من مجمل هذه الاتفاقيات أنها لم تأتي بالشيء الجديد، حيث استقرت على تكريس نفس الضمانات المنصوص عليها في التشريعات الداخلية، الا أنها تقدم حماية أفضل وأوسع للمستثمر من حيث الحقوق والإلتزامات الواردة فيها، أضف الى إثارة المسؤولية الدولية عند إخلال أحد الدول الأطراف بتنفيذ التزاماتها.

من جانب آخر وفيما يخص الوسائل المكرسة لتسوية منازعات الإستثمار التي تثار بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي وبتحليلنا لما ورد في التشريعات وما جاء في بنود الإتفاقيات الدولية نجدها تجيز اللجوء لطرق التسوية الودية أولا، أوما يطلق عليها الوسائل السلمية، حيث تعفي المستثمر من فكرة الخضوع لتبعية وسيادة القضاء الداخلي، إلا أن ما يعاب عليها أن الحلول المتوصل اليها تكون غير ملزمة وبالتالي حال فشلها يمكن للأطراف المتنازعة سلك الطرق القضائية.

وعلى ذكر الوسائل القضائية يعد القضاء الوطني الأصل في تسوية منازعات الاستثمار، إلا أن الممارسات العملية تثبت عكس ذلك ونتيجة لذلك أضحى التحكيم الدولي بنوعيه الوسيلة المفضلة للمستثمر، كما خلصنا أن الأحكام التي تصدر من المحكم أو الهيئات التحكيمية الدولية تكون ملزمة وواجبة التنفيذ شأنها في ذلك شأن الأحكام القضائية.

من خلال كل هذا خلصنا الى مجموعة من النتائج والمقترحات نذكرها تباعا:

النتائج:

1- إن تكريس الدول ومن بينها الجزائر لمبدأ حرية الاستثمار لم يرد بصفة مطلقة حيث قيدت حرية المستثمر بضوابط تحد من ممارسة نشاطه الاستثماري في بعض القطاعات كضرورة مراعاة جملة من الضوابط على رأسها ضابط البيئة، أضف الى قاعدة الشراكة وغيرها وعليه يفهم أن هذه القاعدة ليست مطلقة وإنما مقيدة بضوابط معينة تتماشى مع مصالح الدولة وخططها التنموية.

2- رغم الجهود المبذولة من الدول عموما والجزائرخصوصا، إلا أن المستثمر الأجنبي لازال مترددا في استثمار أمواله فمنح المزايا والإعفاءات الضريبية لا يعد دليلا على نجاحها نتيجة لمجموعة من العراقيل الإدارية والبيروقراطية وعدم مواكبة البنوك للعصرنة الرقمية والمعلوماتية.

3- كثرة النصوص القانونية وعدم استقرارها في الجزائر تثير الريبة في نفسية المستثمر، فنظرة هذا الأخير لا تنحصر فقط على الضمانات التي يقدمها البلد المضيف بل السعي لتحقيق الأمن القانوني عن طريق توفير الفرص الإستثمارية الآمنة والمربحة والتقليل من المخاطر التي يواجهها.

4- رغم تكريس شرط الثبات التشريعي كضمانة تحسب لصالح المستثمر الأجنبي الا أنها أضحت تبعث الشك وعدم الثقة بين أطرافها، هذا ما لمسناه في بعض القضايا العملية التي نظرت فيها محاكم التحكيم الدولية، وهذا من شأنه هدم ثقة المستثمر الأجنبي.

5- ان الضمانات التي توفرها التشريعات الداخلية لا تشكل الدرع الفعال للحماية من وجهة نظر المستثمر هذا ما دفعها لإبرام العديد من الاتفاقيات الدولية في مجال الاستثمار، وبهذا أمكننا القول أن هذه الأخيرة كانت أكثر نجاعة وفعالية في توفير الحماية باعتبارها ترتب المسؤولية الدولية حال الإخلال بأحد الضمانات الواردة فيها عكس ما هو عليه في التشريعات الداخلية .

6- عملت أغلب الإتفاقيات الدولية بنوعيها على إدراج مجموعة من المبادئ الدولية لمعاملة المستثمر الأجنبي موازاة بينه وبين المستثمر الوطني، الا أن مضمونها يبقى غامضا، حيث تطرح العديد من الإشكالات، هذا ما نستشفه من بعض النماذج التي طرحت أمام محاكم التحكيم الدولية، وعليه وجب النظر في صياغة هذه المبادئ على نحو دقيق ومفصل بين الدول المتعاقدة.

7- لا يمكن إنكار الـــدور الذي تلعبه الإتفاقيات الثـــنائية في حماية المستثمرين، الا أن الإشكال هنا يطرح في حال اختلاف المراكز الإقتـــصادية للدول " إحداهما متقدمة وأخرى نامية " ففي هذا الغرض تـــكون المساومة الدولية لمصلحة الدولة الأقوى في فرض الشروط التي تتماشى مع مصلحتها الخاصة.

8- بالتعريـــج على دور مؤسسات ضمان الإستثمار نجدها تعد غطـــاءا تأميـــنيا ضد المخاطر غير التجـــارية الـــتي يتعرض لها المستثمرون، كـــما تعمل هذه المـــؤسسات على اختـــلافها لخـــلـــق نوع من التوازن الإقتصادي وتعويض المستثمر حال تحقق واحد أو أكثر من المخاطر المشمولة بالتأمين.

9- تعد الوسائل البديلة أو ما يطلق عليها "الوسائل السلمية" الطريق الأنسب لكلا الطرفين لحسم منازعات الإستثمار خاصة من جانب المستثمر، حيث تقيه فكرة الخضوع لتبعية وسيادة القضاء الداخلي ورجوعا لنص المادة 24 من قانون الاستثمار رقم 16-09 نجدها اقتصرت على ضمانة المصالحة فقط كإجراء ودي عن القضاء الداخلي في تسوية منازعات الاستثمار، عكس ما هو عليه في الاتفاقيات الدولية حيث لم يسقط حق المستثمر في اللجوء اليها.

10- إن تطور العلاقات الإقتصادية الدولية جعلت من التحكيم التجاري الدولي قضاء خاصا موازيا للقضاء الوطني في حسم منازعات الاستثمار، كما يحتل مكانة خاصة في عقود الاستثمار ما يسمى بشرط التحكيم، وعليه إن ما جاءت بها التشريعات الداخلية والجزائر كنموذج يوحي لنا برضا الدول على إمكانية التنازل عن قضاءها الداخلي في سبيل كسب ثقة المستثمر الأجنبي.

11- رغم الدور المنوط للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRDI، الا أن الأحكام الصادرة عن هذا الأخير تميز بين المنازعات الناشئة عن العقد ومنازعاتّ الاتفاقية، فأغلب القضايا التي نظر فيها المركز من حيث مسألة الاختصاص تستند إلى ما جاء في النصوص الواردة في الاتفاقية الدولية وترجحها على ما ورد في العقد رغم اتفاق أطراف عقد الاستثمار على خلاف ذلك.

المقترحات:

1- تعزيز النظام القانوني لحماية المستثمرين من التعسفات البيروقراطية عن طريق استحداث آليات مستقلة تضم قضاة وخبراء اقتصاديين وماليين تتولى الفصل في الشكاوى والطعون المقدمة من قبل المستثمرين.

2- لا تكفي الضمانات المنصوص عليها في استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية بل تتأثر بالظروف المصاحبة للعملية الإستثمارية مع توافر أمن قانوني استثماري ملائم لها، واستتباعه ببيئة إدارية سليمة من خلال القضاء على العوائق البيروقراطية وشتى صور الفساد المعرقلة لسير الاجراءات المتعلقة بالاستثمار.

3- تقليص الطابع المطلق للقاعدة السيادية المتمثلة في الشراكة وذلك عن طريق تحديد النشاطات التي تطبق عليها هذه الأخيرة بمحدودية وإلغاءها في بعض الأنشطة الاقتصادية المباشرة.

4- ضرورة صياغة منظومة تشريعية دقيقة ومتكاملة للحد من التقلبات التشريعية والمالية عن طريق خلق نوع من التوازن والإنسجام بين النصوص المنظمة لقوانين الاستثمار وغيرها من القوانين الأخرى المرتبطة بها كالقوانين المالية والمصرفية.

5- تفعيل دور القضاء الوطني من خلال العمل على إنشاء نظام قضائي متخصص بالنظر في نزاعات الإستثمار، كما يضمن قضاة مؤهلين بجميع المزايا التي يمتاز بها التحكيم الدولي.

6- ندعو المشرع الجزائري إلى وضع قانون ناظم للتحكيم التجاري الدولي مع مواكبته لجميع المستجدات الحديثة في الإتفاقيات الدولية وما جاء في مراكز التحكيم الدولية.

7- لا يتحقق الإستقرار عن طريق شرط الثبات التشريعي فقط، بل يستحسن تدعيمه بضمانات أخرى كشرط إعادة التفاوض والإشارة اليه ضمن قوانين الاستثمار حتى تكون صياغة البنود مدققة أكثر بما يتناسب ويخدم مصالح وأهداف كل من الطرفين.

8- أخيرا نأمل أن يساهم قانون الإستثمار الجديد الذي هو قيد الدراسة في الوقوف على أهم النقائص والإشكالات التي تعتري قوانين الاستثمار السابقة ، والمساهمة في إضفاء قفزة نوعية على تشجيع وفود الاستثمارات الأجنبية واستقطابها في دولتنا ليكون بمثابة نقطة تحول ونهوض بالاقتصاد الوطني الجزائري وبالتالي تحقيق الأمن والتنمية الاقتصادية المنشودة.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: قائمة المصادر

1-الدساتير

المرسوم الرئاسي رقم 89-18، المتضمن دستور الجمهورية الجزائرية الشعبية، المؤرخ في 28 فيفري 1989 الجريدة الرسمية، ج ج، عدد 64، الصادر سنة1989.

1- مرسوم رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية، ج ج، عدد 14 الصادر في 07 مارس سنة 2016.

2- المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 سبتمبر 2020 المتضمن التعديل الدستوري المصادق عليه في نوفمبر 2020 ، الجريدة الرسمية، ج.ج،عدد 82 الصادر بتاريخ 30 ديسمبر 2020.

2-النصوص التنظيمية

أ-المراسيم الرئاسية

1- مرسوم رئاسي رقم 01-2012 المؤرخ في 2001/07/23، يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة ماليزيا حول الترقية وحماية الإستثمارات الموقع في الجزائر بتاريخ 2000/01/27، جريدة رسمية، عدد 42، لعام 2001.

2- مرسوم رئاسي رقم 95- 346 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995 المصادق على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، الموقعة بواشنطن في 18مارس 1965،جريدة رسمية، عدد 66 ، عام 1995.

3- مرسوم رئاسي رقم 95- 345 مؤرخ 30أكتوبر 1995 المصادق على الإتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الإستثمار، جريدة رسمية ، عدد 66 عام 1995.

4- مرسوم رئاسي رقم 04-431 المؤرخ في 2004/12/29، يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة السويد، حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقع بالجزائر في 2003/02/15 ، جريدة رسمية،عدد 84 عام 2004.

5- مرسوم رئاسي رقم 02-392 مؤرخ في 25-11-2002 يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة دولة الصين الشعبية حول التشجيع والحماية المتبادلتين للإستثمارات الموقعة ببكين في 20-10-1996 ، جريدة رسمية ، عدد 77عام 2002.

6- مرسوم رئاسي رقم 91-345 مؤرخ في 15 أكتوبر 1991 يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين جمهورية الجزائر والإتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي الموقع عليها بتاريخ 24 أفريل 1991 المتعلق حول الشراكة والحماية المتبادلة للإستثمارات، جريدة رسمية، عدد46، عام 1991

7- مرسوم رئاسي رقم 05-235، المؤرخ في 23 جوان 2005، يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات، بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمجلس الفدرالي السويسري الموقع ببيرن في 30 نوفمبر 2004، جريدة رسمية، عدد 45، صادر في 29 جوان لعام 2005.

8- مرسوم رئاسي رقم 90-420 مؤرخ في 22 ديسمبر 1990 يتضمن المصادفة على الإتفاقية المغاربية لتشجيع وضمان الإستثمار المبرمة بين دول اتحاد المغرب العربي، جريدة رسمية، عدد05، الموقع عليها عام 1990.

9- مرسوم رئاسي رقم 05-75 الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005.يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين دولة الجزائر ودولة ايران، حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقعة بطهران في 19 أكتوبر 2003، جريدة رسمية، عدد15، عام 2005.

10- مرسوم رئاسي رقم 94-01 المؤرخ في 2جانفي 1994 يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن تشجيع والحماية المتبادلتين في مايخص الإستثمارات وتبادل الرسائل، جريدة رسمية، عدد 01 ، عام 1994.

11- مرسوم رئاسي رقم 06-404 مؤرخ في 14 نوفمبر 2006، يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة جمهورية فرنسا، حول التشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات جريدة رسمية، عدد73، عام 2006.

12- مرسوم رئاسي رقم 04-327 يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية ودولة النمسا حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات، جريدة رسمية، عدد65، الصادرة بتاريخ 29 ديسمبر عام2004 .

13- مرسوم رئاسي رقم 91-346 المؤرخ في 5 أكتوبر 1991 يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية ودولة إيطاليا حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات، الموقع عليها بالجزائر في 18 ماي 1991، جريدة رسمية، عدد 46، عام 1991.

14- مرسوم رئاسي رقم 03-370 المؤرخ في 23-11- 2003 يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة دولة الكويت حول تشجيع وحماية الإستثمارات الموقع عليها بدولة الكويت بتاريخ 30-11-2001 ،جريدة رسمية ، عدد66 ، عام 2003.

15- الإتفاقية المبرمة بين جمهورية مصر العربية ودولة السودان الموقعة بالخرطوم بتاريخ 08-07-2001 تم الموافقة عليها بقرار من رئيس الجمهورية مصر العربية رقم 333 منشور بالجريدة الرسمية عدد17 في 03 مايو، عام 2003.

16- مرسوم رئاسي رقم 95-88، مؤرخ في 25 مارس1995 يتضمن الإتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الإسبانية المتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات، جريدة رسمية، عدد23، الصادر بتاريخ 26 افريل لعام 1995.

17- مرسوم رئاسي رقم 95-306 المؤرخ في 17 أكتوبر 1995 يتضمن المصادقة على الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، جريدة رسمية، عدد59، الموافق 11 أكتوبر لعام 1995.

18- الإتفاقية المبرمة بين حكومة دولة البحرين وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن تجنب الإزدواج الضريبي المبرمة في البحرين بتاريخ 10 مايو 1993، جريدة رسمية، عدد، 2115 الصادرة بتاريخ 8 يونيو لعام 1994.

19- مرسوم رئاسي رقم 88-233 الموافق 5 نوفمبر1988، يتضمن الإنضمام بتحفظ الى الإتفاقية من أجل الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية الصادرة عن مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك في 10 جوان 1988 ، جريدة رسمية ، عدد48 الموافق 23 نوفمبر، لعام 1988 .

20- مرسوم رئاسي رقم 98-430 المؤرخ في 27 ديسمبر 1998 يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة جمهورية سوريا حول التشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقع عليه بدمشق 14 سبتمبر 1997، جريدة رسمية، عدد 97 عام 1998.

21- المرسوم رئاسي رقم 03-94 المؤرخ في 2003/03/03، يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية نيجيريا حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقع بأبوجا في 2002/01/14، جريدة رسمية، عدد 16، عام 2002.

22- مرسوم رئاسي رقم 06-404 مؤرخ في 14 نوفمبر 2006، يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة جمهورية تونس، حول التشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، جريدة رسمية، عدد73، عام 2006.

23- مرسوم الرئاسي رقم 02-121 المؤرخ 7 أفريل 2002، يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين دولة الجزائر ودولة فرنسا قصد تجنب الإزدواج الضريبي وتفادي الغش الجبائي ووضع القواعد المساعدة المتبادلة في الميدان الضريبي الموقعة في الجزائر بتاريخ 17 أكتوبر 1999، جريدة رسمية، عدد 24 الصادرة في أفريل لعام 2002.

24- مرسوم رئاسي رقم 15-337 المؤرخ في 27 ديسمبر 2015 يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين دولة السعودية ودولة الجزائرقصد تجنب الإزدواج الضريبي وتفادي الغش الجبائي في الميدان الضريبي الموقعة في الرياض في 12 ديسمبر 2013، جريدة رسمية، عدد 01 الصادرة في 6 يناير لعام 2016.

ب-المراسيم التنفيذية

1- المرسوم التنفيذي رقم 97 -40 المؤرخ في 18 جانفي 1997 المتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للقيد في السجل التجاري وتأطيرها، جريدة رسمية، عدد05، عام 1997.

2- المرسوم التنفيذي رقم 06-356 مؤرخ في 9 اكتوبر2006، يتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها، جريدة رسمية، عدد 64، صادر في 11 أكتوبر2006.

3- المرسوم التنفيذي رقم 01-416 مؤرخ في 20ديسمبر 2001 المبرم بين الجزائر المتمثلة من طرف وكالة ترقية الإستثمار وبين شركة اوراسكوم تيليكوم الجزائر، جريدة الرسمية، عدد80 مؤرخة في 11 أكتوبر 2006.

4- المرسوم التنفيذي رقم 15-234 ، المؤرخ في 29 غشت 2015 المتعلق بتحديد شروط وكيفيات ممارسة الأنشطة والمهن المنظمة الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري ، ج-ر ، ج-ج ، عدد 48 ،الصادرة بتاريخ 09 سبتمبر 2015.

5- المرسوم التنفيذي رقم 17-102 مؤرخ في 05 مارس 2017 يحدد كيفيات التسجيل الاستثمارات وكذا شكل ونتائج الشهادة المتعلقة به، جريدة رسمية، عدد 16 لعام 2017.

3-المراسيم الشريعية

1- المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الإستثمار، المؤرخ في 05 أكتوبر1993، جريدة رسمية، ج ج، عدد64، الصادر بتاريخ 10 أكتوبر 1993.

2- المرسوم التشريعي 93-09 الموافق 25 أفريل سنة 1993 يعدل ويتمم الأمر 66-154 مؤرخ في 8 يونيو المتضمن قانون الإجراءات المدنية، جريدة رسمية، عدد27 الموافق 27 أفريل 1993.

4-النصوص الشريعية

ا-القوانين

1- قانون رقم 86-13، المؤرخ في 19 أوت 1986، يعدل ويتمم القانون 82-13، المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة للاقتصاد وسيرها، جريدة رسمية، ج، ج، عدد 35، الصادرة في 27 أوت 1986.

2- قانون رقم 90-10 مؤرخ في 14 افريل 1990 يتعلق بالنقد والقرض، جريدة رسمية، عدد 16 الموافق 18 أفريل 1990 .

3- قانون رقم 91-11 مؤرخ في 21 افريل 1991، المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، جريدة رسمية ، عدد 21 ، عام 1991.

4- قانون رقم 01-03 المؤرخ في جمادى الثانية الموافق 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الإستثمارات جريدة رسمية، عدد 47، الموافق 22 أوت 2001.

5- قانون رقم 03-10 المؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، جريدة رسمية، عدد 43، الصادر بتاريخ 20يوليو 2003.

6- قانون رقم 05-02 الموافق 6فبراير 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، جريدة رسمية، عدد 11 الموافق 9 فبراير 2005.

7- قانون رقم 07-05 الموافق 13 مايو 2007 يعدل ويتمم للأمر رقم 75-58 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية، عدد 31، سنة 2007.

8- قانون رقم08 -09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية، عدد 21، الموافق 23 افريل 2008.

9- قانون رقم 16-09 مؤرخ في 29 شوال عام 1437، الموافق 03 غشت سنة 2016، يتعلق بترقية الإستثمار، جريدة رسمية، عدد46، الموافق 30 ديسمبر 2016.

10-قانون رقم 16-14 مؤرخ في 28 ديسمبر 2016، يتضمن قانون المالية لسنة 2016، جريدة رسمية ج ج، عدد 77، صادر في 29 ديسمبر 2016.

ب-الأوامر:

1- الأمر رقم 72-16 مؤرخ في 7جوان1992 يتضمن المصادقة على الإتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الإستثمار، جريدة رسمية، عدد53، الصادر في 4 جويلية 1972.

2- أمر رقم 03-02مؤرخ في 19 جويلية 2003يتعلق بالمناطق الحرة، جريدة رسمية، عدد 43صادر في 20 جويلية 2003.

3- أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003 يتعلق بالنقد والقرض، جريدة رسمية، عدد52، الصادر في 27 أوت 2003.

4- أمر رقم 09-01 مؤرخ في 22 يوليو 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، جريدة رسمية، عدد 44، صادر بتاريخ26 يوليو 2009.

5- أمر رقم 10-01، مؤرخ في 26 أوت 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، جريدة رسمية، عدد 49 الصادر في 29 أوت 2010.

ج: الأنظمة:

1- نظام بنك الجزائر رقم 05-03 المؤرخ في 6 جويلية 2005 يتعلق بالإستثمارات الأجنبية، جريدة رسمية، عدد 53الصادرة بتاريخ 21 جويلية 2005.

2- نظام رقم 14-04 مؤرخ في 29 سبتمبر 2014 يحدد شروط تحول رؤوس الأموال الى الخارج بعنوان الاستثمار في الخارج من طرف المتعاملين الاقصاديين الخاضعين للقانون الجزائري، جريدة رسمية، ج ج، عدد 63 الصادر في 22 أكتوبر 2014.

د-المشاريع:

- مشروع قانون الإستثمار في الجزائر لعام 2022.

5-القوانين الأجنبية

1- نظام الإستثمار الأجنبي السعودي رقم "م-1 "المؤرخ في 5-01 لعام 1421 هـ

2- قانون رقم 9 لعام 2010 الخاص بشأن تشجيع الإستثمارات الليبي مدونة التشريعات، العدد الرابع، السنة العاشرة 2010.

3- قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم 8 لعام 1997.

4- -قانون الإستثمار العراقي رقم 13لسنة 2006.

5- ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بشأن الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب في المغرب.

6- -قانون رقم 03-02 المتعلق بالدخول للمملكة المغربية والإقامة بها الصادر بتاريخ 11 نوفمبر 2003.

7- -قانون رقم13 لعام 2000 ينظم استثمار رأس المال غير القطري في النشاط الإقتصادي العدد7 الموافق 25-11-2000.

8- -قانون رقم01 لسنة2019 بتنظيم استثمار رأس المال غير القطري في النشاط الإقتصادي، جريدة رسمية، عدد2 الصادر في 24-01 2019.

9- -قانون تشجيع الإستثمار في السودان لعام 1999.

10- قانون الإستثمار الكويتي رقم 112 لعام 2013.

11- قانون رقم 2002-03 الصادر في 20 جانفي 2002، المتضمن مدونة الإستثمار الموريتانية جريدة رسمية رقم 1020، بتاريخ 15 افريل 2002.

12- قانون تشجع الإستثمار المصري رقم "76" لعام 2017.

13- قانون الاستثمار الكردستاني لعام 2006.

14- القانون السوري رقم 10 لعام 1991 المعدل بالمرسوم رقم 7 الصادر بتاريخ 13-05-2000.

15- قانون الإستثمار للمناطق الحرة المصري رقم 274 لعام 1998.

16- قانون المناطق والأسواق الحرة السوداني رقم 6 لعام 2009.

17- قانون رقم 81 لعام 1992 مؤرخ في 3اوت 1992 يتعلق بالمناطق الاقتصادية الحرة التونسية.

18- قانون رقم 4لعام 1993 المتعلق بالمناطق الحرة اليمنية الصادر بصنعاء الموافق 1 ابريل 1993

ثانيا: قائمة المراجع

1-المراجع باللغة العربية:

أ-الكتب:

1- ابراهيم أحمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الثالثة 2000.

2- إبراهيم احمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، دار النهضة العربية القاهرة، مصر 2000.

3- إبراهيم شحاتة، الضمان الدولي للإستثمارات الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1971

4- إبراهيم شحاتة، معاملة الإستثمارات الأجنبية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1972.

5- أبو العلا النمر، موطن الشخص الطبيعي والشخص الإعتباري في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، 2008.

6- أبو زيد رضوان، تسوية المنازعات الدولية بين القضاء والتحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر 1999.

7- أحمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الرابعة 2004.

8- أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، الطبعة أولى، 2013.

9- أحمد محمد عبد الله رابح، القانون الواجب التطبيق على الشركة متعددة الجنسية، دار الثقافة العلمية القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، 2002

10- أزاد شكور صالح، الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الإستثمار الدولية، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2016

11- اسعاد محند، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، ترجمة الأستاذ فائز انجاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

12-بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، النظام القانوني للإستثمارات الأجنبية النفطية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2014.

13-بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان الطبعة الأولى، 2006.

14- جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1995.

15-حاتم غائب سعيد، النظام القانوني لضمانات وحوافز الإستثمار الأجنبي الخاصة في العراق، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2017.

16- حسن النمر، الإستثمارات الأجنبية بين الجذب والحماية في الإتفاقيات الدولية والعربية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2017.

17- الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 2008.

18- حسين الموجي، دور الإتفاقيات الثنائية في تطوير النظام القانوني للاستمارات الأجنبية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1992.

19- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية" تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها " منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2003.

20- حميد هروي شيرزاد، الضمانات التشريعية للإستثمارات الأجنبية " دراسة مقارنة"، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى 2017.

21- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات الإستثمار، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2014.

22- دريد محمد السامرائي، الإستثمار الأجنبي، المعيقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2006.

23- زياد فيصل حبيب الخيزران، المزايا والضمانات التشريعية للإستثمار الأجنبي في قوانين الإستثمار العربية دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2014.

24- سامي عبد الباقي أبو صالح، الإطار القانوني للإستثمارات الأجنبية في مصر، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 2002-2003.

25- سراج حسين أبو زيد، " التحكيم في عقود البترول " دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.

26- سميحة مصطفى القيلوبي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، الطبعة الرابعة 2008.

27- شمس الدين الوكيل، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب، مصر، الطبعة الثانية، بدون سنة.

28- شيراز حميد هروي، منازعات الإستثمار بين القضاء والتحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسسكندرية مصر 2018.

29- صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الإستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر 2006.

30- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الإقتصادية، دراسة سياسية قانونية للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2008.

31- عبد الستار أحمد مجيد الحوري، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، مصر 2013.

32-عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دراسة قانونية مقارنة لأهم التشريعات العربية والمعاهدات الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2010.

33- عبد المعز عبد الغفار نجم، الجوانب القانونية لنشاط البنك الدولي للإنشاء والتعمير القاهرة، مطابع الهيئة العامة للكتاب، القاهرة، مصر 1976.

34- عبد الواحد محمد الفار، أحكام القانون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية، عالم الكتاب، القاهرة مصر، 1979.

35- عبد الواحد محمد الفار، الجوانب القانونية للاستثمارات العربية والأجنبية في مصر، عالم الكتاب القاهرة، مصر 1977.

36- عز الدين عبد لله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الثامنة، 1977.

37- عصام الدين مصطفى بسيم، النظام القانوني للإستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذة في طريق النمو، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1972.

38- علاء أبريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، دراسةمقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى،2008.

39- علي عوض حسن، التحكيم الإختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، 2001.

40- عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، بوساحة للطباعة والنشر والتوزيع، سوق اهراس، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2017.

41- عليوش قربوع كمال، قانون الإستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1999.

42- عمر سعد الله، حل النزاعات الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية-الجزائر 2005.

43- عيبوط محند وعلي، الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية 2014.

44- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الخامسة، 2010.

45- قادري عبد العزيز، الإستثمارات الدولية -التحكيم التجاري الدولي - ضمان الإستثمارات، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

46- لطرش على عيسى عبد القادر، النظام القانوني للإستثمارات الدولية بالمناطق الحرة العربية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2017.

47- لمياء متولي يوسف، التنظيم الدولي للإستثمار في إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2011.

48- ماهر جميل أبو خوان، حماية الاستثمار الأجنبي على ضوء قواعد القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2014.

49- مصطفى خالد مصطفى النظامي، الحماية الإجرائية للإستثمارات الأجنبية الخاصة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة أولى، 2002.

50- نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996.

51- هشام خالد، الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر 1988.

52- هشام خالد، شرط الجنسية وفق النظام العربي لضمان الإستثمار، مؤسسة الشباب العربية، الإسكندرية مصر، 1988.

53- هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول الغربية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر 2002.

54- هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الإستثمار ضد المخاطر غير التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2003.

55- هشام عمر صدفة، ضمانات الإستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، دون سنة.

56- هفال صديق إسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014-2015.

57- وسيم حسام الدين الأحمد، قوانين الإستثمار العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان الطبعة الأولى 2011.

58- ينشحي عز الدين، الشركات في التشريع المغربي والمقارن، الجزء الأول في النظرية العامة للشركات، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، الطبعة الأولى 1996.

ب-الرسائل

1-رسائل ماجستير:

1- أنور بدر منيف العنزي، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر، دراسة في قانون الاستثمار الكويتي رقم8لعام 2001، رسالة ماجيستر في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط 2012.

2- أوباية مليكة، مبدأ حرية الإستثمار في القانون الجزائري، مذكرة ماجيستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو 2005.

3- بوختالة منى، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الإستثمار، مذكرة ماجيستير في القانون العام كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة ،2013-2014.

4- بوخلخال أحمد، نظام تسوية منازعات الإستثمارات الأجنبي في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2012-2013.

5- زايدي لحسن، الأساس القانوني للحماية الدبلوماسية في القانون الدولي العام، رسالة ماجستير في القانون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2006-2007.

6- الزويبري سفيان، حرية الإستثمار والرقابة على الصرف في القانون الجزائري، رسالة ماجيستر في القانون كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بجاية، 2012.

7- سالم ليلى، الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2011-2012.

8- شوشو عاشور، الحماية الإتفاقية للإستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن عكنون 2007-2008.

9- عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الإستثمار الأجنبية في القانون الدولي رسالة ماجستر، كليةالحقوق جامعة أسيوط، مصر 2006.

10- كمال سمية، النظام القانوني للإستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2003.

11- والي نادية، التحكيم كضمان للإستثمار في إطار الإتفاقيات العربية الثنائية والمتعددة الأطراف، مذكرة ماجستر، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة بومرداس، 2006.

2-رسائل الدكتوراة:

1- اقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الإستثمار (التجربة الجزائرية نموذجا). أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وز2006.

2- أحمد عبد الحميد عيشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة1975.

3- بقة حسان، حماية الملكية الخاصة للمستثمر الأجنبي في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو 2020.

4- بلاش ليندة، إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو،2017.

5- بلحسان هواري، تسوية المنازعات الإقتصادية الدولية "دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار "، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم 2017.

6- بن عميور أمينة، الحماية القانونية للإستثمار الأجنبي المباشر من المخاطر غير التجارية في التشريع الجزائري أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة 2017-2018.

7- بن مدخن ابراهيم، ضمان الإستثمار الأجنبي الخاص ومنازعاته، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة ،2009.

8- بوكروح فارس، ضوابط التوازن الإقتصادي بين الدولة والمستثمر في العقود الدولية، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة 2020.

9- حساييني لامية، مبدأ عدم التمييز بين الإستثمارات في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2017.

10- حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو،2013.

11- ربعية رضوان، فض منازعات عقود الإستثمار الدولية بين القضاء والتحكيم، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2020.

12- رحمان أمينة، النظام القانوني للعقد المبرم بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية ،2020.

13- رقاب عبد القادر، الآليات البديلة لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلفة، 2019-2020.

14- سالم سميحي، الإطار القانوني الجديد للإستثمار الصناعي –دراسة مقارنة لنيل دبلوم الدراسات العليا كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس 1991 -1992.

15- شتوح عمر، التحكيم في ظل اتفاقيات الإستثمار " تجديد ممارسة التحكيم " أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 2021.

16-شريف علي محمد شريف الكندري، الحماية الدولية للإستثمارات الأجنبية " دراسة تطبيقية على دولة الكويت" أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، مصر، 2015.

17- شريفي راضية، نظام الحماية الدبلوماسية كأداة للدفاع عن مصالح المستثمرين الأجانب في الدول النامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 2017-2018.

18- صخري سمية، النظام القانوني للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار البترولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2017-2018.

19- عبد اللاوي خديجة، النظام القانوني للإستثمار الأجنبي في الجزائر وفي فرنسا، دراسة مقارنة أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2017 -2018.

20- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية أطروحة دكتوراة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010 -2011.

21- عطار نسيمة، النظام القانوني لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبي في ظل المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2017-2018.

22- علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الإستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1972.

23- عمر جعفر السليوي، الإطار القانوني للوساطة في تسوية النزاعات التجارية الدولية، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 2016.

24- غسان علي علي، الاستثمارات ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2004.

25- قبايلي الطيب، التحكيم في عقود الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2012.

26- قصوري رفيقة، النظام القانوني للإستثمار الأجنبي في الدول النامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2010-2011.

27-كعباش عبد الله، مسؤولية الدولة المضيفة اتجاه أموال المستثمر الأجنبي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2012-2013.

28-محمد محمود ولد عبد الله المختار، الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية في تشريعات دول المغرب العربي، دراسة تحليلية مقارنة، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار عنابة، 2004.

29-محمد يونس يحي الصائغ، المركز القانوني للإستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية في ظل القانون الدولي المالي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، عام 2005.

30-معيفي لعزيز، الوسائل القانونية لتفعيل الإستثمارات في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2015.

31-منى محمود ادلبي، سياسة الحوافز الضريبية وأثرها في توجيه الإستثمارات في الدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2006.

32-والي نادية، النظام القانوني الجزائري للإستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2015.

33-ولد العايب فريد، حماية الإستثمارات الخاصة في الإتفاقيات الدولية المصادق عليها من الجزائر أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة 2009- 2010.

ج-المقالات:

1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، قواعد و إجراءات التحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية، مجلة الحقوق السنة الرابعة عشر،عدد 1 و2، الكويت 1993.

2- إبراهيم شحاتة، البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بافستثمار، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 41 سنة 1985.

3- إبراهيم شحاتة، التعليق على إنشاء الوكالة الدولية لضمان الإستثمار، المجلة المصرية للقانون الدولي العدد 41 سنة 1975.

4- أحمد القشيري، الإستقرار والتطور في الأساليب القانونية المستخدمة من قبل الدول الأخذة في التصنيع مجلة النفط والتنمية والتعاون العربي، جامعة مصر، العدد01، سنة 1976.

5- أحمد شرف الدين، نزع الملكية وضمان الإستثمار العربي " مجلة العلوم القانونية والاقتصادية " جامعة عين شمس، مصر، العدد26، سنة 1984.

6- أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الإستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 43، سنة 1987.

7- أحمد عمران، التحكيم التجاري الدولي، مجلة العلوم القانونية، جامعة باجي مختار، عنابة، العدد 13 جوان سنة 2009.

8- اقلولي محمد، شرط الإستقرار التشريعي المدرج في عقود الدولة في مجال الإستثمار "المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية " جامعة تيزي وزو، العدد01 جانفي سنة 2006.

9- إيناس هاشم رشيد ووعود الكاتب للأنبار، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الإستثمار التي تبرمها الدولة، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العدد الأول، 2015.

10-بزاز وليد، آليات القانون الدولي لحماية الإستثمارات الأجنبية من المخاطر غير التجارية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد 11 سبتمبر عام 2018.

11-بلحطاب بن حرز الله، الضمانات المكفولة ضد نزع الملكية والإجراءات المشابهة لها، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة تليجي الأغواط، المجلد الخامس، العدد 01، جانفي 2019.

12-بلقاضي محمد الطاهر " تسبيب أحكام التحكيم في التشريع الجزائري والمقارن"، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية التواصل، جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر، العدد 28 جوان 2011.

13-بن أحمد الحاج، شرط الثبات التشريعي بين تجسيد الأمان القانوني ومصلحة الدولة في قانون الاستثمار الجزائري، مجلة دراسات القانونية والسياسية، جامعة الاغواط، المجلد 02،العدد05 جانفي 2017.

14-بوخالفة عبد الكريم، التحكيم دون اتفاق بين الرضائية والإلزامية على ضوء المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، المجلد 09، العدد 02 جوان 2018.

15-جعيرن بشير وبرأيك الطاهر، ضمانات تحويل رؤوس الأموال والأرباح المحققة في عقود الدولة الاستثمارية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، المجلد العاشر، العدد 02، 2017.

16-حيثالة معمر ونجادي بن عبد الله، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي "شروطه وإجراءاته"، مجلة القانون الدولي والتنمية جامعة الجزائر، المجلد 9، العدد01 ،2021.

17-خالد محمد جمعة، إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي "الطرق المشروعية – الشروط "مجلة الحقوق، العدد 03 ، الكويت 1999.

18-خرفان حازم، الوسائل البديلة لفض النزاعات، واقع الوساطة كوسيلة لفض النزاعات في القانون الأردني مجلة نقابة المحامين، ملحق الأبحاث، الأردن 2008.

19-سالم الشوابكة، الازدواج الضريبي في الضرائب على الدخل وطرائق تجنبه مع دراسة تطبيقية مقارنة مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية سوريا، المجلد 21، العدد الثاني، 2005.

20-شتوح عمر، تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار بين القضاء والتحكيم قراءة في ظل القانون 16-09 المتعلق بترقية الإستثمار، حوليات جامعة الجزائر، المجلد 34، العدد 02، 2020.

21-صالح بودهان وخويلدي للسعيد، حرية الإستثمار الأجنبي في ظل التشريعات الحالية بين (التجسيد والتقييد)، مجلة دفاتر سياسية والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد 18 جانفي 2018.

22-عبد المومن بن صغير، التأميم بين السيادة الإقليمية للدولة وأحكام القانون الدولي، مجلة القانون الدولي والتنمية، جامعة سعيدة، المجلد الثامن، العدد 01، 2020.

23-عليوش قربوع كمال، إجراءات الخصومة التحكيمية في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية جامعة باجي مختار عنابة، العدد 13 جوان، 2009.

24-عيبوط محند علي، شرط الدولة الأولى بالرعاية في القاننون الدولي للإستثمار، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 02، 2010.

25-قبايلي الطيب، حماية ملكية المستثمر في القانون الجزائري وقضاء التحكيم، مجلة العلوم القانونية والسياسية جامعة بجاية، المجلد 10، العدد02، 2019.

26-قصوري رفيقة، ضمانات تثبيت التشريعات الوطنية في مواجهة المستثمرين الأجانب، " شروط الثبات التشريعي". مجلة الأحياء، المركز الجامعي خنشلة، العدد 14، 2010.

27-لبيك شوقي، شرط الثبات التشريعي كآلية لتوفير الأمن القانوني في عقود الإستثمار، مجلة دراسات قانونية، جامعة أبو بكر قايد تلمسان، العدد 14، 2017.

28-محمد الصالح روان، الطرق البديلة في حل المنازعات القضائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصلح والوساطة بإعتبارهما طرقا قضائية-نموذجا -مجلة العلوم القانونية السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، المجلد 9، العدد 02 جوان 2018.

29-محمد علي عبد الرضا عفلوك، الوساطة في حل النزاعات بالطرق السلمية في التشريع العراقي، دراسة مقارنة، مجلة رسالة الحقوق، العدد 02، عام 2015.

30-مسعودي يوسف، عقد ضمان الإستثمار كآلية لحماية الإستثمارات العربية ضد المخاطر غير التجارية مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية – أدرارالمجلد الثاني، العدد 09 مارس 2018.

31-معيفي لعزيز، تعويض المستثمر بين القانون الدولي والقانون الجزائري.آلية تفعيل العملية الاستثمارية "المجلة الأكاديمية للبحث القانوني"، بجاية، المجلد 17، العدد01 ، 2018.

32-مغزى شاعة هشام، الإحتكام إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار وأثاره على الأطراف، مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية والإقتصادية، المركز الجامعي تامنغست، المجلد 07، العدد2018،01.

33-منصور فرج السعيد، النظام القانوني للإستثمار الأجنبي في ظل قانون الإستثمار الجديد، مجلة الحقوقجامعة الكويت، العدد03، سبتمبر 2003.

34-نجيب بادي بوقميجة، الضمانات الإتفاقية للإستثمار الأجنبي في الجزائر، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، العدد12 جوان 2019.

35-هلام علاوة وقروي سميرة، أطر فض منازعات الإستثمار الأجنبي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية جامعة باتنة، العدد 06 جوان، 2016.

36-يخلف توري، تسوية المنازعات الدولية بالطرق السلمية، مجلة الإجتهاد للدرايات القانونية والإقتصادية المركز الجامعي تامنغست، المجلد 07، العدد 02 ، 2018 .

37-يعيش تمام شوقي وخلاف فاتح، الإطار القانوني للوساطة في التشريع الجزائري، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 15، جوان 2017.

2-المراجع باللغة الأجنبية

A-Ouvrages :

1- Alliouch- Kerboua- Meziani Naima, L'Arbitrage commercial international en Algérie, O.P.U ,2010.

2- Bernard Raymond, économiefinancière international édition IRPP. Canada. 1988

3- Jean-Baptiste RACINE, Préface de Philippe FOUCHARD, L'arbitrage commercial international et l'ordre public. L.G.D.J., Paris, 1999.

4- Jean LAMODIERE, L'évolution du droit des investissements étrangers au Maroc. Lamy, Marseille, 1977.

5 -Mereille taok,Les modes alternatifs de règlement des conflits, éditions delta, Beyrouth Liban. 2009.

6- Robert (J), Arbitrage, Civil et commercial, 4ème édition, Dalloz, Paris, 2001

B-les thèse :

1- Abderrahmane Benhama, Lerégime d'investissements étrangers en Algérie aspects juridiques Université Paris Panthéon -Sorbonne, École doctorale de Droit de la Sorbonne، Département de droit privé, 2020.

2- Bentoumi Mohamed, Le droit de l'investissement étranger en Algérie et le droit au développement، thèse de doctorat en droit université de Nice – Sophia Antipolis, 2002

3- Ben Hamida Walid, L'arbitrage transnational unilatéral, Thèse de Doctorat Université Panthéon Assas II, Paris, 2003.

4- Zouiten Abderrezak, L'investissement en droit algérien، Thèse de doctorat en sciences, spécialité droit publioption droit de l'entreprise, Faculté de droit, Université de Constantine, 2015.

C- les Articles :

1- Aggoune Walid, « Question autour du nouveau code d'investissement », Revue idara, volume 4, n,1994.

2- Boudali Khadija,Yahiaoui Souad, L'admission de l'arbitrage commercial international en droit Algérien, Revue des études de droit, Volume 8 N°1، mai. 2021

3- -denisbabusiaux décisions, D'investissement et calcul économique dans l'entreprise économico et édition technip.

4- Emmanuel GAILLARD, Chronique des sentences arbitrale « cirdi « J.D.I n1.2005 .

5- -Emmanuel GAILLARD, Chronique des sentences arbitrales, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), J.D.I., n° 01, 2006.

6- Emmanuel Gallard, Chronique des sentences arbitrale « cirdi « J.D.I n1, 2002.

7- Farida Hocine, Le Droit Algérien De l'arbitrage Commercial International Instrument D'incitation A L'investissement étranger, Revue critique de droit et sciences politique, Volume 3, n1 ,2008

8- Geneviève BASTID-BURDEAU, Les embargos multilatéraux et unilatéraux et leur incidence sur l'arbitrage commercial international, Revue de l'arbitrage ،les états dans le contentieux économique international de l'arbitrage... n° 03, 2003

9- Haeri .H. « fair and equitable treatment and the minimum standard in international Law » Kluwer Law, international. Volume, 27 ،no1 .2011.

10- Hesham Hassanein, Mahmoud Soliman Elwakeel ,InternationalJournalofDoctrine Judiciary,and Legislation ,Volume,2 Issue 1, 2021

11- kadi hanifi mokhtaria، Le régime juridique de lequel dutitile en matière expirations » Revue idara ،volume 15, n29 ,2005

12- limos Alexandre, Siciliens droit de Lhomme, Revue trinstrielle 16eme année n 64, 1 octobre، 2005.

13- Louis Du bouis, La distinction entre le droit de l'état réclamant et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique, R.G.D.I.P, 1978

14- Othmane Mohamed, Aissam Benaissa, la Protection De l'investissement étranger Au Magrib (Algérie, Maroc, Tunisie), Revue international et développement, Volume 5, n2 2017.

15- pierre Mayar, La neutralisation du pouvoir normatif de l'état en matière de contrats d'état, g-d-i n, ،1986.

16- Robert Howse , Le gel politique gouvernementale « les clauses de stabilisation dans les contacts l'investissement », Revue investment treay news

17- Terki Nour-Eddine, La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie, RASJEP, faculté de droit, université d'Alger, Volume 39, No 02, 2001

18- Zakaria Laghzaoui , The International Responsibility of theState within theFramework of International Agreements toProtectand Encourage Investment, InternationalJournal of DoctrineJudiciary,and Legislation, Volum02, Issue1 ,2021

19- Zouaimia Rachid , Réflexions sur la sécurité juridique de l'investissement étranger en Algérie , Revue académique de la recherche juridique faculté de droit- université de béjaya, n 01 , 2010

20- Zouaimia Rachid, Les régimes de l'investissement étranger en algérienne, journal de droit international, n03, 1993

21- ZOUAÏMIA Rachid, La recherche de la sécurité juridique de l'investissement étranger, Revue Académique de la Recherche Juridique, N 01, 2021

22- Zouiten Abderrezak, La mise en œuvre des avantages exceptionnels dans la nouvelle législation algérienne de l'investissement, Revue Sciences Humaines, N47, Juin 2017.

d- Les sites :

1- http.www.uneca .ha.org

2- http .www.iccwbo .org

3- www.jus.uio.no/jm/icc.arbitration.rules.1998/doc.html

4- ww.icsid-arbitration.org

5- http://www. laigc.org

6- www.worldbank.org/icsid/cases

7- http://www.lasportal.org/wps/portal/las_ar

8- www.jus.ulo.no/conciliation.rules

9- www.miaad.org/aAHRC/Qararat UN. PDF

10- http://www.lasportal.org/wps/portal/las_ar

11- http : www.un.org/french/documents/resga.htm

12- www miga.org

13- UNCTED, mande d'investissent transnational corporation et compétitivité, Nations Unies, 1995.

14- OCED «le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit internationa des investissements »2004

الفهرس

المحتوى	الصفحة
مقدمة	01
الباب الأول: الحماية الموضوعية الممنوحة للمستثمر الأجنبي	10
الفصل الأول: الحماية على ضوء التشريعات الداخلية وعقود الإستثمار	12
المبحث الأول: الحماية بمقتضى التشريعات الداخلية	12
المطلب الأول: نطاق الحماية التي توفرها التشريعات الداخلية	13
الفرع الأول: نطاق الحماية التي توفرها التشريعات الداخلية من حيث الأشخاص	13
أولا: المستثمر الأجنبي	14
ثانيا: المستثمر الأجنبي شخص طبيعي	17
ثالثا: المستثمر الأجنبي شخص معنوي	19
الفرع الثاني: معايير تحديد جنسية الشخص الاعتباري	20
أولا : معيار مكان التأسيس	20
ثانيا : معيار الرقابة والسيطرة	21
ثالثا: معيار مركز الإستغلال أو النشاط	22
رابعا : معيار مركز الإدارة الرئيسي	23
الفرع الثالث: نطاق الحماية من حيث طبيعة الاستثمارات	25
أولا : مفهوم الإستثمارات الأجنبية	25
ثانيا : أنواع الإستثمارات الأجنبية	30
المطلب الثاني: الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي على ضوء التشريعات الداخلية	38

الفرع الأول: حرية المستثمر الأجنبي في ممارسة استثماره وتحويل رؤوس أمواله للخارج	**38**
أولا: حرية المستثمر الأجنبي في استثمار أمواله	**38**
ثانيا: القيود التي ترد على حرية المستثمر	**41**
ثالثا: ضمان تحويل المستثمر لرؤوس أمواله للخارج	**45**
الفرع الثاني: حماية ملكية المستثمر الأجنبي من خطر نزع المكية	**51**
أولا: الحماية عن طريق التعويض	**51**
ثانيا: مبدأ المساواة وعدم التمييز	**54**
ثالثا: القيد المتمثل في المصلحة العامة	**55**
الفرع الثالث: الحوافز والإعفاءات الممنوحة للمستثمرين	**57**
أولا: الحوافز الإدارية	**58**
ثانيا: الإعفاءات الضريبية	**60**
المبحث الثاني: حماية المستثمر الأجنبي بمقتضى عقود الاستثمار	**63**
المطلب الأول: الحماية بإدراج شرط القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار	**64**
الفرع الأول: طبيعة العقد المبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي	**64**
أولا: خضوع العقد للقانون الداخلي للدولة المضيفة	**65**
ثانيا: خضوع العقد للقانون الدولي العام	**66**
ثالثا: خضوع العقد للقانون عبر الدولي	**67**
الفرع الثاني: دور إرادة الأطراف المتعاقدة في تحديد القانون الواجب التطبيق	**68**

أولا: المقصود بقانون الإرادة	**69**
ثانيا: صور التعبير عن الإرادة	**70**
ثالثا: موقف المشرع الجزائري من تطبيق قانون الإرادة في عقود الاستثمار	**72**
الفرع الثالث: نماذج تطبيقية لإعمال قانون الإرادة والاستثناءات الواردة عليها	**73**
أولا: نماذج تطبيقية لبعض الأحكام الصادرة عن محاكم التحكيم الدولية	**73**
ثانيا: الاستثناءات الواردة على إعمال مبدأ سلطان الإرادة في عقود الإستثمار	**75**
المطلب الثاني: الحماية عن طريق إدراج شرط الثبات التشريعي	**77**
الفرع الأول: مفهوم شرط الثبات التشريعي	**78**
أولا: مضمون شرط الثبات التشريعي	**79**
ثانيا: التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي	**81**
الفرع الثاني: الأثر المترتب على شرط الثبات التشريعي بالنسبة لأطرافه	**83**
أولا: الإقرار بصحة شرط الثبات التشريعي وإنتاج أثاره	**83**
ثانيا: شرط الثبات لا يؤثر على سيادة الدولة المضيفة	**84**
ثالثا: التوفيق بين الحرية التعاقدية والحق السيادي للدولة	**85**
الفرع الثالث: نماذج تطبيقية لإعمال قاعدة مبدأ سلطان الإرادة في عقود الاستثمار	**85**
أولا: تكريس شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الجزائرية	**86**
ثانيا: نماذج عن بعض أحكام التحيكم الدولية	**89**

الفصل الثاني: حماية المستثمر الأجنبي على ضوء الإتفاقيات الدولية المبرمة في مجال الإستثمار	**93**
المبحث الأول: حماية المستثمر الأجنبي بمقتضى الاتفاقيات الثنائية	**94**
المطلب الأول: أسس معاملة المستثمرين على ضوء الاتفاقيات الثنائية	**95**
الفرع الأول: مبدأ المعاملة الوطنية	**95**
الفرع الثاني: مبدأ المعاملة المنصفة والعادلة	**99**
الفرع الثالث: مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية	**104**
المطلب الثاني: الضمانات التي جاءت بها الاتفاقيات الثنائية	**108**
الفرع الأول: الضمانات القانونية	**109**
أولا: الحق في التعويض	**109**
ثانيا: نزع الملكية للمنفعة العامة	**114**
ثالثا: الحماية من خطر التأمين	**117**
الفرع الثاني: الضمانات المالية	**120**
أولا: تكريس ضمان حرية الاستثمار	**120**
ثانيا: تكريس ضمان حرية تحويل الأموال	**123**
ثالثا: الحماية من خطر الازدواج الضريبي	**128**
المبحث الثاني: الحماية بمقتضى الاتفاقيات المتعددة الأطراف	**130**

المطلب الأول: الحماية الإقليمية للمستثمر الأجنبي	**131**
الفرع الأول: الاتفاقية المغاربية لتشجيع وضمان الإستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي	**131**
أولا: المبادئ التي جاءت بها الدول المغاربية	**133**
ثانيا: أنواع المعاملة التي يتلقاها المستثمر الأجنبي على ضوء الاتفاقية المغاربية	**135**
ثالثا: الضمانات لتي جاءت بها الاتفاقية المغاربية	**136**
الفرع الثاني: الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية	**139**
أولا: الحماية التي توفرها الاتفاقية	**142**
ثانيا: حماية ملكية المستثمر العربي من المخاطر غير التجارية	**145**
المطلب الثاني: حماية المستثمر عن طريق هيئات الضمان الدولية الدولية	**145**
الفرع الأول: المؤسسة العربية لضمان الاستثمار	**146**
أولا: النظام القانوني والهيكلي للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار	**148**
ثانيا: المستثمرون الصالحون للضمان على ضوء المؤسسة العربية	**151**
الفرع الثاني: الوكالة الدولية لضمان الإستثمار	**151**
أولا: النظام القانوني والتنظيمي للوكالة الدولية لضمان الاستثمار	**154**
ثانيا: المستثمرون الصالحون للضمان على ضوء الوكالة الدولية	**156**
الفرع الثالث: دور هيئات الضمان الدولية في ضمان المستثمر من المخاطر غير التجارية	**156**
أولا: المخاطر الصالحة للضمان على ضوء إتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار	**158**

ثانيا: المخاطر الصالحة للضمان على ضوء الوكالة الدولية	**160**
ثالثا: نماذج تطبيقية لبعض الضمانات المقدمة من طرف هيئات الضمان الدولية	**161**
الباب الثاني: الحماية الإجرائية الممنوحة للمستثمر الأجنبي لتسوية نزاعاته الإستثمارية	**163**
الفصل الأول: الضمانات المكرسة للمستثمر لتسوية نزاعاته	**165**
المبحث الأول: الضمانات الودية المكفولة للمستثمر الأجنبي	**166**
المطلب الأول: التفاوض كضمانة ودية لحسم منازعات الإستثمار	**167**
الفرع الأول: تكريس ضمانة التفاوض على الصعيد الداخلي والدولي	**167**
الفرع الثاني: إجراءات سير العملية التفاوضية	**174**
الفرع الثالث: أثر اللجوء للمفاوضات	**177**
المطلب الثاني: التسوية عن طريق ضمانتي الوساطة والتوفيق	**180**
الفرع الأول: الوساطة	**180**
الفرع الثاني: الصلح " التوفيق "	**184**
الفرع الثالث: دور ضمانتي الوساطة والصلح في تسوية منازعات الإستثمار	**189**
أولا: الإجراءات المكرسة لسير عملية الوساطة	**190**
ثانيا: الإجراءات المكرسة لسير عملية الصلح	**193**
المبحث الثاني: الضمانات القضائية " اللجوء لضمانة القضاء"	**195**
المطلب الأول: التسوية القضائية الداخلية "اختصاص قضاء الدولة المضيفة "	**196**

الفرع الأول: النص على التسوية الداخلية على الصعيدين الداخلي والدولي	**197**
أولا: التسوية الداخلية في قوانين الاستثمار	**198**
ثانيا: النص على ضمانة التسوية الداخلية على المستوى الدولي	**202**
الفرع الثاني: خصوصية القضاء الوطني في حسم منازعات الإستثمار	**206**
أولا: الخصوصية المستمدة من أطراف النزاع	**208**
ثانيا: الخصوصية المستمدة من أسباب النزاع	**209**
الفرع الثالث: الإشكالات التي تعتريها التسوية القضائية الداخلية	**209**
أولا: بالنسبة للمستثمر الأجنبي	**211**
ثانيا: بالنسبة للدولة المضيفة	**214**
المطلب الثاني: التسوية عن طريق اللجوء لضمانة القضاء الدولي	**215**
الفرع الأول: التسوية عن طريق المحاكم القضائية الدولية	**216**
أولا: التسوية عن طريق محكمة العدل الدولية	**217**
ثانيا: التسوية عن طريق اللجوء لمحكمة الاستثمار العربية	**219**
الفرع الثاني: لجوء المستثمر للقضاء الدولي عن طريق طلب الحماية الدبلوماسية	**221**
أولا: شرط الجنسية	**224**
ثانيا: شرط استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية	**226**
الفرع الثالث: نماذج تطبيقية من القضاء الدولي	**228**
أولا: نماذج من القضاء الدولي لإعمال الحماية الدبلوماسية	**229**
ثانيا: نماذج تطبيقية لبعض الأحكام الصادرة عن محكمة الاستثمار العربية تتعلق	**232**

بالاختصاص	
الفصل الثاني: التسوية عن طريق ضمانة التحكيم التجاري الدولي	**236**
المبحث الأول: ضمانة التحكيم الدولي وخصوصيته في تسوية مجال منازعات الإستثمار	**237**
المطلب الأول: تكريس ضمانة التحكيم التجاري الدولي	**238**
الفرع الأول: النص على التحكيم التجاري الدولي في التشريعات الوطنية	**239**
أولا: النص على ضمانة التحكيم الدولي في قوانين الاستثمار	**239**
ثانيا: نماذج تطبيقية لإعمال ضمانة التحكيم في التشريع الداخلي	**243**
الفرع الثاني: النص على التحكيم التجاري الدولي في الإتفاقيات الدولية	**245**
أولا: تكريس ضمانة التحكيم التجاري في الإتفاقيات الثنائية	**246**
ثانيا: تكريس ضمانة التحكيم التجاري الدولي في الإتفاقيات المتعددة الأطراف	**248**
الفرع الثالث: النص على التحكيم التجاري الدولي في المناطق الحرة العربية	**251**
المطلب الثاني: خصوصية اللجوء للتحكيم التجاري الدولي	**255**
الفرع الأول: الخصوصية المستمدة من حيث مبررات اللجوء اليه	**255**
أولا: السرعة في الاجراءات	**256**
ثانيا: تحكيم قضاء متخصص	**257**
ثالثا: حرية الأطراف في ظل التحكيم	**258**
رابعا: سرية التحكيم	**259**
الفرع الثاني: الخصوصية المستمدة من حيث الإجراءات	**259**
أولا: تنظيم إجراءات التحكيم	**260**

ثانيا: إصدار حكم التحكيم	**263**
الفرع الثالث: الخصوصية المستمدة من حيث الإعتراف والتنفيذ	**268**
المبحث الثاني: التسوية عن طريق أجهزة التحكيم الدولية	**275**
المطلب الأول: التسوية عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار **CIRDI**	**275**
الفرع الأول: المنازعات التي يجوز عرضها على المركز الدولي	**276**
أولا: الاختصاص الموضوعي	**278**
ثانيا: الاختصاص الشخصي	**279**
الفرع الثاني: إجراءات التسوية وفق نظام المركز الدولي	**282**
الفرع الثالث: نماذج تطبيقية للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار	**286**
أولا: بعض قضايا التي فصل فيها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار	**287**
ثانيا: نماذج لتحكيم المركز الدولي بدون اتفاق الأطراف المتنازعة	**289**
المطلب الثاني: التسوية عن طريق محكمة التحكيم الدولية لغرفة التجارة الدولية بباريس	**293**
الفرع الأول: نظام الغرفة	**294**
الفرع الثاني: قواعد التحكيم أمام الهيئة التحكيمية للغرفة الدولية	**296**
الفرع الثالث: الأحكام الصادرة عن المحكمة التحكيمية الدولية ومدى الزاميتها	**299**

الخاتمة	304
قائمة المصادر والمراجع	312
الفهرس	344

ملخص

تمحورت دراستنا حول موضوع الحماية الدولية للمستثمر باعتبارها من المواضيع التي تندرج في إطار القانون الدولي الخاص، ومن أجل استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية اتجهت معظم الدول إلى فتح المجال أمام المستثمرين عن طريق توفير الحماية الدولية بنوعيها، الموضوعية عن طريق إحاطة المستثمر بجملة من الضمانات المكفولة، أما الحماية الإجرائية فتتجسد في تكريس مجموعة من الوسائل والأجهزة لتسوية المنازعات الاستثمارية حيث يتضح ذلك من خلال تشريعاتها الوطنية وكذا ما جاء في اتفاقياتها الدولية المبرمة في مجال الاستثمار.

Abstract:

Our study focused on the issue of international protection for the investor, as it is one of the topics that fall within the framework of private international law, and in order to attract foreign capital, Most countries tended to open the way for investors by providing international protection of both types objective by informing the investor of a set of guaranteed guarantees. As for the procedural protection, it is embodied in devoting a set of means. And the devices for settling investment disputes, as this is evident through their national legislation. What is stated in its international agreements concluded in the field of investment.