

جامعة قاصدي مرباح ورقلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة الدكتوراه، الطور الثالث
الميدان: الحقوق والعلوم السياسية
الشعبة: الحقوق
تخصص قانون الاستثمار

بعنوان:

ضوابط التوازن الاقتصادي بين الدولة والمستثمر في العقود الدولية

تحت إشراف:
أ. د. يسمينة لعجال

إعداد الطالب:
فارس بوكروح

نوقشت وأجيزت بتاريخ: 30 جانفي 2020

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	أستاذ التعليم العالي	أ.د / رضا هميسي
مشرفا	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	أستاذ التعليم العالي	أ.د / يسمينة لعجال
مناقشا	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	أستاذ محاضر "أ"	د / محمد عماد الدين عياض
مناقشا	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	أستاذ محاضر "أ"	د / انتصار مجوج
مناقشا	جامعة الحاج لخضر باتنة	أستاذ محاضر "أ"	د / رفيقة بسكري
مناقشا	جامعة حمة لخضر الوادي	أستاذ محاضر "أ"	د / محمد الأخضر كرام

السنة الجامعية: 2018 - 2019.

شكر وتقدير

يسعدني أن أتوجه بشكري وعرفاني إلى أستاذتي المشرفة الأستاذة الدكتورة

(يسمينة لعجال) على كل ما خصتني به من نصح وتوجيه لإنجاز هذا العمل.

كما أتوجه بجزيل الشكر لأستاذتي أعضاء هيئة إدارة كلية الحقوق والعلوم

السياسية، وأعضاء لجنة التكوين في الدكتوراه والأستاذة المكونين على مرافقتهم

القيمة خلال مرحلة التكوين.

والشكر والعرفان موصولان إلى أستاذتي أعضاء لجنة المناقشة الموقرة لتشرفي

بقبول مناقشة هذه الرسالة.

الإهداء

يسعدني أن أهدي هذا العمل إلى:

✓ والداي الكريمان حفظهما الله ورعاهما.

✓ إخوتي عبد المالك، محمد، نعمان وإلى روح أخي عبد المالك العلامي رحمه الله.

أخواتي يسمينة، نادية، زهيرة و فطيمة... وأبناؤهم جميعا.

✓ عائلتي الصغيرة؛ زوجتي نورة وعائلتها... أبنائي لينة، محمد، إياد و ديمة.

✓ أستاذتي المشرفة (أ. د يسمينة لعجال)، أستاذتي بقسم الحقوق، زملائي

وزميلاتي الطلبة، أصدقائي، وكل عزيز لم يسعن المقام لذكره.

وفقكم الله جميعا وسدد خطاكم.

قائمة المختصرات

المختصرات باللغة العربية:

ج. ر	الجريدة الرسمية
ق. م	القانون المدني
ق. إ. م. إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ص	صفحة
د. س. ن	دون سنة النشر
ألفظ	الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات
الأكسيد	المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار
الأونكتاد	مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية
اليونسيترال	لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

المختصرات باللغة الأجنبية:

P	Page
Op. cit.	Op. cit. is an abbreviation of the Latin phrase opus citatum, meaning "the work cited"
Ibid	Ibid. is an abbreviation for the Latin word ibīdem, meaning "in the same place"
ICSID	International Centres for Settlement of Investment Disputes
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNCITRAL	United Nations Commission on international Trade Law

مقدمة

مقدمة:

"ما كان تعاقديا فهو عادل" تترجم هذه المقولة الشهيرة للفيلسوف الفرنسي ألفرد فوييه (Alfred Fouillée) مبدأ استقلال الإرادة التعاقدية وأثره على توازن العقد أو عدالته في إطار القانون المدني؛ وهو المبدأ الذي طالما شكل أساسا مثاليا للحرية والمساواة التامة. وهي تعبر على أن التوازن العقدي يرتبط بحرية الإرادة التعاقدية وجودا وعدما، إذ أن التوازن هو الأصل في العقود الإرادية الوطنية منها والدولية، والاستثناء هو اختلال التوازن لظروف ومسببات لا علاقة لها بالإرادة المشتركة للأطراف.

إن فكرة العدالة التعاقدية عند فوييه تتطابق بشكل كبير مع مضمون المادة 1/57 من ق. م¹ التي تنص على أنه "يكون العقد تبادليا متى التزم أحد الطرفين بمنح، أو فعل شيء، يعتبر معادلا لما يمنح، أو يفعل له". فالعقود التبادلية بناء على هذا النص هي تلك العقود التي تنشئ التزامات متقابلة بين الأطراف المتعاقدة، محلها منح، أو فعل شيء، شرط أن يكون هناك تعادل في الأداءات المتقابلة، إن هذا التعادل في المنح أو الفعل هو ما يعبر عنه بالتوازن الاقتصادي للعقد.

وعليه فإن التوازن الاقتصادي للعقود التبادلية الملزمة لجانبين وقت نشأتها يكون مفترضا بنص القانون، وبالنسبة لعقود الاستثمار الدولية، وبصرف النظر عن الجدل القائم حول طبيعتها القانونية إدارية هي أم خاصة، فإن الثابت أنها عقود تبادلية جوهرها التوازن الاقتصادي بين الدولة المضيفة التي تهدف إلى تحقيق التنمية الاقتصادية، والمستثمر الأجنبي الذي يخاطر لأجل تحقيق الربح، حتى أن الفقه يصنف عقود الاستثمار نسبة إلى طبيعتها الاقتصادية ضمن طائفة من العقود تسمى عقود التنمية الاقتصادية.

ولا تقتصر نشأة العقد متوازنا على العقود المدنية فقط، بل وينطبق ذلك على العقود الإدارية أيضا وهذا وفقا لما أقرته محكمة القضاء الإداري المصرية سنة 1957 إذ جاء في منطوق حكمها "حيث أن من طبيعة العقود الإدارية أنها تحقق بقدر الإمكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع جهة الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها، اعتبار بأن نصوص العقد تؤلف في مجموعها كلا من مقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين"².

¹ أمر رقم 58-75 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني معدل ومتمم. ج. ر العدد 78، المؤرخة في 22 يوليو سنة 1975 م.

² حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم 983 لسنة 9 قضائية بتاريخ 1957/6/30 المجموعة 7، ص 602 وما بعدها.

مقدمة

فباستثناء عقود الإذعان التي يملئ فيها الطرف القوي شروطه العقدية على الطرف الضعيف المذعن فيختل توازنها الاقتصادي لصالح الطرف القوي، فإن الأصل في العقود الرضائية هو توازنها الاقتصادي في مرحلة إبرامها والذي يكون انعكاساً لخضوعها لمبدأ سلطان الإرادة وما يقفه الأطراف في ظل هذا المبدأ من شروط تعاقدية، ويمكن التعبير عن التوازن العقدي بشكل عام والذي يتسع ليشمل التوازن الاقتصادي بين الطرفين، بأنه النقطة التي التقت عندها إرادة الطرفين عند إبرام العقد، والتي يدخل في تحديدها ظروف وحيثيات إبرام العقد.

ويقصد بمصطلح التوازن الاقتصادي في علم الاقتصاد تلك الحالة التي تكون فيها محصلة القوى التي تؤثر على ظاهرة معينة مساوية للصفر، فتتعادل بذلك القوى المضادة وتترك الوضع الحالي على ما هو عليه. يشير هذا التعريف الاقتصادي من وجهة نظر القانون إلى ضرورة وجود شروط قانونية كانت أم عقدية تحمي التوازن الاقتصادي للعقد من تغير الظروف المحيطة، بغض النظر عن مصدرها، بما يكفل استمرار التوازن الاقتصادي للعقد في جميع مراحلها وفقاً للتوقعات المشروعة لأطرافه.

وإن لم يكن هناك نص قانوني يتحدث بشكل مباشر عن فكرة التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية، إلا أن تبني المشرع الجزائري للفكرة بدأ واضحاً في التقرير التمهيدي عن مشروع قانون ترقية الاستثمار وذلك من خلال عبارة (قاعدة المنفعة المتبادلة)، إذ جعل منها الأساس الذي تبنى عليه المنظومة التشريعية المتعلقة بالاستثمار برمتها. حيث جاء في مقدمة التقرير التمهيدي عن مشروع هذا القانون "إن الوثبة التنموية التي باشرتها الجزائر كخيار استراتيجي للنهوض باقتصادنا للخروج من التبعية لعائدات المحروقات في ظل انهيار أسعار النفط في السوق العالمية كانت تتطلب استثمارات ضخمة لتحقيق الأهداف المسطرة في مخطط عمل الحكومة ... بتعزيز وسائل الإنتاج الوطني ووضع سياسة تحفيزية للاستثمار الوطني والأجنبي من أجل إقامة اقتصاد قوي ومتكامل، الأمر الذي استدعى البحث عن مصادر تمويل جديدة باستقطاب الاستثمارات المنتجة ذات الأهمية الاقتصادية للدولة، لاسيما من خلال تحسين المنظومة التشريعية المتعلقة بالاستثمار على أساس قاعدة المنفعة المتبادلة"¹.

ومن ثمة فإن مسألة التوازن الاقتصادي للعقد هي مسألة واقعية تتعلق بمعالجة المراكز القانونية، فالمشرع يسخر القانون لإحداث التوازن القانوني للعلاقة العقدية مستهدفاً بذلك تحقيق التوازن

¹ مشروع القانون المتعلق بترقية الاستثمار، المجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية للمناقشات، السنة الخامسة - رقم 233، الأربعاء 8 شوال عام 1437 هـ الموافق 13 يوليو سنة 2016 م، ص 8.

مقدمة

الاقتصادي للعقد في الوقت ذاته. ولئن أمكن الفصل بين مسألة التوازن القانوني ومسألة التوازن الاقتصادي لأغراض قانونية تنظيرية إلا أنهما مسألتين مترابطتين عمليا، فبلوغ التوازن الاقتصادي هو محصلة لقيام التوازن بين الأداءات المتقابلة للأطراف خلال مختلف مراحل العقد، وأي اختلال في بناء هذا الأخير سينعكس آليا على توازنه الاقتصادي. وفي تبني مختلف التشريعات لنظرية الظروف الطارئة تجسيد لهذا الطرح بشكل صريح، فضلا عن ضوابط أخرى لتحقيق وحماية التوازن الاقتصادي للعقد تصب كلها في ذات السياق.

وفيما يتعلق بالظروف التي من شأنها التأثير على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية فهي نوعان، النوع الأول يتمثل في التصرفات الإرادية للدولة المضيفة للاستثمار نفسها؛ والتي تكون وراء ما يعرف بالمخاطر غير التجارية، وذلك بالاستناد إلى مركزها القانوني الممتاز بالنسبة للمستثمر الأجنبي وما يخوله لها من سلطة وسيادة على إقليمها. والنوع الثاني من هذه الظروف يتمثل في الظروف اللإرادية التي تنتج عن قوى خارجية تؤثر بشكل مباشر على اقتصاديات العقد فتجعل تنفيذ التزام الطرف الذي تصيبه مرهقا له أو مستحيلا.

ولئن كانت المخاطر الناتجة عن الظروف اللإرادية كما المخاطر التجارية يمكن تقبلها ومواجهتها من طرف من يقوم بنشاط اقتصادي لأنها متأصلة في مختلف النظم القانونية، فإن احتمال تحقق واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية يجعل المستثمرين الأجانب يعرضون عن المخاطرة برؤوس أموالهم في الدول التي لا توفر لهم ضمانات كافية ضد هذه المخاطر. وفي تفسير هيئات التحكيم الدولية التي اتبعت الاتجاه المضيق لنطاق اتفاقية الـ ICSID للفظ "الاستثمار" الوارد في المادة 25 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 المتضمنة إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار قالت بأنه يحتوي على مخاطرة من نوع خاص تختلف عن المخاطر التجارية العادية، التي يتحملها من يقوم بنشاط اقتصادي. إن هذا التفسير بتركيزه على حجم الخطر وربطه بالتصرفات الإرادية للدول المضيفة من خلال عبارة (تختلف عن المخاطر التجارية) يبرر مخاوف المستثمرين الأجانب المرتبطة بالمخاطر غير التجارية، ويجعل من تقديم الدول التي ترغب في جذب الاستثمار الأجنبي لضمانات كافية لتبديد تلك المخاوف وبما يضمن التوازن الاقتصادي للعقد ليس في مرحلة نشأته فحسب وإنما خلال مراحل تفسيره وتنفيذه أيضا هو أولوية الأولويات.

وفي تعريف عقود الاستثمار الدولية اختار مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية تسميتها بـ "العقود الحكومية" معرفا للعقد الحكومي بأنه "عقد يبرم بين الدولة، أو كيان تابع للدولة يمكن أن يعرف بأنه كل

مقدمة

منظمة تؤسس بمقتضى قانون تشريعي داخل إقليم الدولة وتناط بها سلطة الإشراف على نشاط اقتصادي ما، وبين مواطن أجنبي أو شخص اعتباري يحمل جنسية أجنبية. ويمكن أن تغطي العقود الحكومية طائفة واسعة من المسائل، بما في ذلك اتفاقات الإقراض، أو عقود توريد السلع والخدمات، أو عقود الاستخدام، أو مشاريع الهياكل الأساسية الكبرى، كبناء الطرق الرئيسية أو الموانئ أو السدود، ومن أكثر أشكال العقود الحكومية شيوعاً عقد استغلال الموارد الطبيعية، الذي يشار إليه في بعض الأحيان بـ "اتفاق الامتياز".

وإذ يحدد هذا التعريف أطراف عقد الاستثمار الدولي المتمثلة في الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها، والتي يمكن تمييزها من خلال سند إنشائها والمهام الموكلة لها والمتمثلة في الإشراف على نشاط اقتصادي معين، وبين شخص أجنبي طبيعي كان أو اعتباري. فإنه يحدد محل عقد الاستثمار بمجموعة من النشاطات ذكر أكثرها شيوعاً وانتشار على سبيل المثال لا الحصر. أما عن دولية العقد فإنها تتحدد بوجود عنصر أجنبي مؤثر سواء تعلق هذا العنصر بمحل إبرام العقد، أو بمكان تنفيذه، أو بموضوعه، أو بأطرافه. ففي هذه الفروض وحدها تثار مشكلة التنازع التي تتفق التشريعات المختلفة على حلها بتحويل المتعاقدين حق اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم.

والعقود الإدارية على غرار العقود المدنية قد تكون وطنية إذا خلت من وجود العنصر الأجنبي وقد تكون أجنبية بوجوده ومن ثمة يلحقها وصف العقود الدولية، وتثير العقود الدولية مسألة تنازع القوانين، وتحديد القانون الواجب التطبيق، وقد اختلف الفقه في معيار اعتبار العقد دولياً بين المعيار الاقتصادي الذي يقول بدولية العقد متى كانت هناك حركة لرؤوس الأموال عبر الحدود، والمعيار القانوني الذي يعتمد على ارتباط العقد بأكثر من نظام قانوني، مع توافر العنصر الأجنبي في العقد.

وقد عرف معيار دولية العقد تطوراً من معيار قانوني تقليدي يقوم على توافر عنصر أجنبي، إلى معيار حديث يتطلب أن يكون العنصر الأجنبي مؤثراً في العلاقة العقدية، ثم إلى معيار اقتصادي يتطلب حركة متبادلة لرؤوس الأموال بين الدول، مروراً بمعيار التعلق بمصالح التجارة الدولية الذي يكتفي بانقزال رؤوس الأموال من دولة إلى أخرى دون شرط التبادل، انتهاءً إلى الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي وفق المعيار المختلط.

ويمكن استخلاص موقف المشرع الجزائري من دولية العقد من خلال موقفه من دولية التحكيم، لأنه عند تقدير الطابع الدولي وفقاً للمعيار الاقتصادي، فإن العبرة ليست بتعلق إجراءات التحكيم ذاتها بالتجارة

مقدمة

الدولية وإنما بتعلق موضوع النزاع المطروح أمام المحكمين بهذه الأخيرة، أما وفقا للمعيار القانوني، فإنه يكون دوليا كل تحكيم يفصل في نزاع عقدي ذي صلة بأكثر من نظام قانوني، سواء من ناحية إبرامه أو تنفيذه أو من ناحية توطن أو إقامة أفراده. والحقيقة أن مثل هذا الاستنتاج قد تنبأه القضاء وعبرت عنه محكمة باريس في حكمها الصادر في 20 جانفي 1969 حيث قضت بأن "دولية العقد لا تعتمد لا على مكان التحكيم ولا على جنسية المحكمين، ولكن على كون التعاقد موضوع النزاع يتعلق أو يضع في المحك مصالح التجارة الدولية".

ويظهر موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة من خلال المادة 1039 من ق. إ. م. ¹ التي تنص على أنه "يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل". ليكون بذلك قد اعتمد في تحديد معيار دولية التحكيم موقفا توفيقيا وسطيا، يجمع بين المعيارين الاقتصادي والقانوني، حيث اعتمد على المعيار الاقتصادي من خلال مصطلح المصالح الاقتصادية الذي يتسع -بخلاف الصفة التجارية- ليشمل العديد من العلاقات الدولية الخاصة ومنها الاستثمار، كما اعتمد المشرع على المعيار القانوني من خلال مصطلح "لدولتين على الأقل" وهو ما يشمل تعدد الدول والجنسيات والإقامات.

إذن فإن موضوع التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية يحظى بأهمية كبيرة، حيث أن اقتصاديات العقد هي جوهر التعاقد بين الدولة المضيفة للاستثمار التي تهدف من وراء عقود الاستثمار الدولية إلى تحقيق التنمية الاقتصادية، والمستثمر الأجنبي الذي يسعى لتحقيق الربح، وعليه فإن حماية التوازن الاقتصادي للعقد هي حماية للمصالح المشتركة للأطراف المتعاقدة.

أضف إلى ذلك الأهمية الخاصة التي يمثلها الاستثمار الأجنبي بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار، فإذا كان للمستثمر الأجنبي مجال كبير لاختيار وجهته الاستثمارية بالمفاضلة بين دول كثيرة تتنافس فيما بينها على توفير أفضل مناخ استثماري لجذبه، فإنه ليس أمام الدول النامية ومنها الجزائر خيارات كثيرة لتمويل مشاريعها التنموية بالدرجة الأولى والحصول على التكنولوجيا الحديثة وتكوين الكوادر الوطنية، فهي مضطرة إما للتوجه إلى الاستدانة الخارجية مع ما يترتب عنها من إملاءات وتدخل من

¹ قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر العدد 21، المؤرخة في 23 أبريل سنة 2008 م.

مقدمة

الهيئات المقرضة في الشؤون الداخلية للدولة، أو العمل على جذب أكبر قدر من الرساميل في صورة الاستثمار الأجنبي المباشر لتتبع الاقتصاد الوطني وزيادة الإنتاجية وهو الخيار المرغوب من طرف الجميع وهذا يقتضي تقديم ضمانات مناسبة.

والحقيقة أن الجزائر قد عانت ويلات الاستدانة الخارجية وتبعاتها في ثمانينيات القرن الماضي، وقد خرجت من تلك التجربة بخيار الانفتاح على الاستثمار الأجنبي حيث أعدت له ترسانة قانونية تعددت بين القوانين المتعلقة بالاستثمار وبين الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف المتعلقة بالاستثمار، إلا أنها وبعد ربع قرن من هذا التوجه وفي الوقت الذي كان يفترض أن تكون فيه قد حققت طفرة اقتصادية، ها هي تعود إلى الاستدانة الخارجية من بوابة البنك الإفريقي للتنمية¹، ولعل الأدهى والأمر من ذلك هو إقدامها على خيار التمويل غير التقليدي من خلال تعديل قانون النقد والقرض² رغم تحذيرات الخبراء، وكل ذلك بسبب قلة الاستثمار الأجنبي بشكل عام وتراجع الاستثمار في مجال المحروقات بشكل خاص متأثراً بانخفاض أسعار البترول.

وتتمثل أهداف البحث في إبراز وتقييم الضوابط التي أقرها المشرع الجزائري لتحقيق التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية في مرحلة إبرام العقد باعتبارها مرحلة تتصارع فيها الإيرادات قبل أن تستقر على اتفاق معين، وكذلك في مرحلة تنفيذ العقد وتفسير ما قد يعثره من غموض نظراً للاختلاف الكبير بين مرحلة نشأة العقد وتكوينه عن مرحلة تنفيذه والتي قد تعرف تغيرات جوهرية في الظروف المحيطة بالعقد تتعكس بشكل مباشر على توازنه الاقتصادي، حيث أنه من غير المتصور أن يقدم المستثمر الأجنبي على المغامرة بملايين الدولارات في مشاريع استثمارية تبنى على عقود لا تتصفه. ومن شأن نتائج هذا التقييم أن تسهم في التأسيس لبيئة قانونية أكثر جاذبية للاستثمار الأجنبي مبنية على توازن المصالح الاقتصادية بين أطراف عقد الاستثمار الدولي يسودها جو من الثقة المتبادلة.

¹ مرسوم رئاسي رقم 16-316 مؤرخ في 5 ربيع الأول عام 1438 الموافق 5 ديسمبر سنة 2016، يتضمن الموافقة على اتفاق القرض رقم 2000200000453 الموقع في 23 صفر عم 1438 الموافق 23 نوفمبر سنة 2016 بأبيجان (كوت ديفوار) بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والبنك الإفريقي للتنمية لتمويل برنامج دعم التنافسية الصناعية والطاقوية، ج. ر العدد 69، المؤرخة في 06 ديسمبر سنة 2016 م.

² قانون رقم 17-10 مؤرخ في 20 محرم عام 1439 الموافق 11 أكتوبر سنة 2017، يتم الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003 والمتعلق بالنقد والقرض، ج. ر العدد 57، المؤرخة في 12 أكتوبر سنة 2017 م.

مقدمة

الحقيقة أن التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية هو مسألة تهم الطرفين وتلقي على عاتقهما واجبات متساوية في تحقيقه والحفاظ عليه، لكن هذه الواجبات رغم تساويها فهي غير متماثلة ذلك أن أكثر من يهدد التوازن هي الدولة المضيفة للاستثمار ذاتها باعتبارها من تملك سلطة التشريع والضبط. وإن كانت الاتجاهات الحديثة في قانون الاستثمار الدولي تحمل المستثمر الأجنبي التزامات محددة تجاه الدولة المضيفة، يتم تضمينها في القوانين الوطنية أو في اتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمار، إلا أن تصنيف هذه الالتزامات على أنها التزامات اجتماعية عامة تقع على عاتق الشركات تجاه المجتمع الذي تباشر فيه نشاطها الاقتصادي جعلها تخرج من نطاق هذه الدراسة.

لينحصر مجال الدراسة بناء على ذلك في بحث مسؤوليات الدولة المضيفة للاستثمار عن تحقيق التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار الدولي وحمايته، مع التركيز على ما تقدمه في سبيل ذلك القوانين الجزائرية السارية المفعول المتعلقة بالاستثمار في مختلف النشاطات وكذا ما جاءت به الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف المتعلقة بالاستثمار التي أبرمتها الدولة الجزائرية.

إن الدراسات التي اتخذت من الاستثمار موضوعا لها كثيرة في تعدادها، مختلفة في درجاتها العلمية والأكاديمية، ومتنوعة في مضامينها، لكن الغالبية العظمى منها تتناول الموضوع من خلال العناوين العريضة التي جاءت بها قوانين الاستثمار الوطنية، والقلة الباقية المتخصصة لم تدرس التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية بشكل مفصل أو على الأقل لم تدرسه وفق هذا التصور.

ولعل أقرب موضوع لهذه الدراسة هو ما تضمنه كتاب الدكتورة هبة هزاع بعنوان "توازن عقود الاستثمار الأجنبية"، الذي تناول توازن عقود الاستثمار الدولي ما بين سلطات الدولة في التشريع والضبط للمصلحة العامة من جهة، وضمان حقوق المتعاقد مع الدولة من جهة أخرى.

ثم يأتي في مرتبة ثانية موضوع أطروحة دكتوراه للباحثة عرعارة عسالي بعنوان "التوازن العقدي عند نشأة العقد"، حيث حصرت الباحثة نطاق دراستها في مرحلة نشأة العقد فيما جعلت محل درستها هو العقود الداخلية دون الدولية.

وبناء على ما تقدم فإن هذا الموضوع يثير الإشكالية التالية: ما مدى فاعلية الضوابط التي أقرتها التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية لتحقيق وحماية التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية ؟

مقدمة

للإجابة على هذه الإشكالية تم اعتماد المنهج الوصفي التحليلي من خلال استقراء مختلف النصوص القانونية المنظمة للاستثمار في الجزائر وكذا الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار التي انضمت إليها الدولة الجزائرية وبعض الاجتهادات القضائية وأحكام التحكيم ذات الصلة واستخلاص النتائج، كما تم استخدام المقارنة بين بعض النصوص القانونية الجزائرية ونصوص قانونية أجنبية في بعض مواضع البحث.

وقد تم تفصيل الموضوع انطلاقاً من واقع العلاقة التعاقدية بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، والذي يتميز بوجود طرف قوي له مميزات السلطة والسيادة وطرف ضعيف أجنبي، وإن كان هذا الأخير يمتلك عنصر القوة المالية فإنه لا بد أن يخضع للقوانين والتنظيمات السارية في الدولة المضيفة. إن الأمر يشبه إلى حد بعيد فكرة عقود الإذعان، ولإبعاد هذا التصور توجب على الدولة المضيفة في ظل حاجتها لرأس المال النزول إلى مركز المستثمر الأجنبي من خلال وضع أسس لبناء علاقة عقدية متكافئة، وبما أن جوهر هذه العلاقة هو رأس المال فينبغي أن تستجيب تلك الأسس لتحقيق التوازن الاقتصادي للعقد (الباب الأول).

ثم وبعد أن يتم إبرام عقد الاستثمار الدولي وبنائه وفق الأسس المذكورة سلفاً، وحين يصبح توازنه الاقتصادي واقعا فإنه يحتاج لآليات قانونية تضمن استقرار هذا التوازن واستمراره، وهذا ما تتيحه مؤسسات ضمان الاستثمار التي تضطلع بتوفير التأمين لرؤوس الأموال الأجنبية وعائدات استثمارها وتعويض المستثمر المضمون تعويضاً مناسباً عن المخاطر السياسية التي قد تتعرض لها تلك الاستثمارات، فيما يكفل القضاء الوطني والتحكيم الدولي استعادة التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار الدولي المختل بسبب خلافات الأطراف المتعاقدة حول تفسير العقد أو تنفيذه (الباب الثاني).

الباب الأول:

ضوابط تحقيق التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار
الدولية في مرحلة الإبرام

الباب الأول

ضوابط تحقيق التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية في مرحلة الإبرام

إن إرساء دعائم كفيلة بتحقيق التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية يحظى بأهمية كبيرة، بل ويعد من أولويات سياسات جذب الاستثمار الأجنبي وذلك لسببين؛ السبب الأول يرجع لكون العناصر الاقتصادية هي جوهر التعاقد بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي نظرا للقيمة المالية لهذه العقود وأهميتها الاقتصادية، والسبب الثاني هو اختلاف المراكز القانونية بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، مما يتطلب تقديم ضمانات كفيلة بوضع الأطراف على قدم المساواة من خلال الحد من مظاهر تدخل الدولة المضيفة في العقد بإرادتها المنفردة، وما يترتب على هذا التدخل من مخاطر غير تجارية.

وللوقوف على الضوابط التي أرساها المشرع الجزائري لذلك يجب الرجوع بداية إلى القواعد العامة التي تحكم العقود التبادلية، وإلى أهم مبادئها العقد شريعة المتعاقدين؛ هذه الشريعة التي تجعل من مبدأ سلطان الإرادة أول ضابط لتحقيق التوازن الاقتصادي للعقد، والذي تتجلى مظاهره في بناء واستقرار التوازن الاقتصادي للعقد (الفصل الأول)، ثم وبالاطلاع على النصوص المنظمة للاستثمار الأجنبي سواء الواردة في القوانين الداخلية، أو تلك التي جاءت بها الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في مجال التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، والترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، يمكن استخلاص الضابط الثاني لتحقيق التوازن الاقتصادي للعقد، وهو التزام الدولة الجزائرية بعدم التعرض للعقد بإرادتها المنفردة (الفصل الثاني).

الفصل الأول:

الإرادة عامل بناء واستقرار التوازن الاقتصادي لعقد
الاستثمار الدولي

الفصل الأول

الإرادة عامل بناء واستقرار التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار الدولي

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة من نتائج المذهب الفردي الذي يقدر حرية الفرد ويرى أن هذه الحرية تتسع لتشمل حرية الإرادة في تحقيق المصلحة الخاصة، فالإرادة الحرة وحدها هي التي تملك إنشاء العقد وتحديد آثاره، وليس لأي كان أن يتدخل ليفرض على المتعاقدين ما يخالف إرادتهما.

وبعيدا عن التحليل الفلسفي للمبدأ وعن التطورات التي مر بها في شقه القانوني بين إطلاق العنان لحرية الإرادة تارة وتقييدها تارة أخرى، فالثابت أن مبدأ سلطان الإرادة قد احتل مكانا على قدر من الأهمية في غالبية النظم القانونية سواء في القوانين الوطنية أو في الاتفاقيات الدولية كما كرسته الجهات التحكيمية الدولية كقاعدة هامة من قواعد التجارة الدولية¹.

وينصرف المدلول القانوني لمبدأ سلطان الإرادة إلى حرية الأفراد في إبرام العقود وتضمينها ما يروق لهم من شروط، كما يعني أيضا أن الإرادة هي أساس الالتزامات التعاقدية وأساس العدالة التعاقدية، وحسب المفهوم التقليدي للمبدأ فإن العقد لا يمكن إلا أن يكون عادلا²؛ فمن غير المعقول أن لا تتصف الإرادة الحرة الواعية صاحبها (المبحث الأول)، ولا يقتصر دور الإرادة على صنع العدالة التعاقدية بل ويمتد إلى وضع الحلول الوقائية من اختلال التوازن العقدي بسبب تغير الظروف المحيطة بالعقد مما يضمن استقرار الالتزامات التعاقدية (المبحث الثاني).

¹ ماجد حسين، المفهوم القانوني لمبدأ سلطان الإرادة والقيود الواردة عليه، تاريخ النشر 2017/02/06، تاريخ الاطلاع 2018/10/25، رابط المقال <https://pulpit.alwatanvoice.com/articles/2017/02/06/428361.html>.

² سعدون يسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، السنة الجامعية 2017-2018، ص 1.

المبحث الأول

دور الإرادة في صنع العدالة التعاقدية

عرف المشرع الجزائري العقد كمصطلح قانوني في المادة 54 من ق. م¹ على النحو التالي "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل، أو عدم فعل شيء ما". ويفيد الاتفاق أن طرفيه وصلا إلى وجهة نظر موحدة، أي أن إرادة كل واحد منهما مطابقة ومتفقة تماما مع إرادة الطرف الثاني².

إن مقتضى مبدأ سلطان الإرادة في إطار القانون المدني هو أن إرادة الفرد تشرع بذاتها لذاتها وتتشئ بذاتها لذاتها التزامها، فلإرادة الحق في إنشاء ما تشاء من العقود، كما أن للإرادة الحرية في تحديد آثار العقد، كما يكون لها الحرية في تعديل هذه الآثار بعد قيامها، وكذلك في إنهاء العقد بعد إبرامه، وما ينبغي الوقوف عليه هنا هو تجليات هذا الوضع في عقود الاستثمار الدولية (المطلب الأول) وانعكاسات الأحكام التي أخذ بها المشرع الجزائري على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

خضوع عقود الاستثمار الدولية لمبدأ سلطان الإرادة

حسب النظرية الكلاسيكية فإن العقد هو نتيجة التقاء إرادتين أو أكثر، ووحدها إرادات الأطراف المتعاقدة من يحدد آثار العقد وامتداداته، فالعقد يحل محل القانون بين أطرافه، ولا يسمح لأية سلطة خارجية أن تغيره أو أن تفرض رقابتها عليه، أو أن تنتهيه³. فضلا عن المكانة التي حظي بها مبدأ سلطان الإرادة في القوانين المدنية من خلال تبنيها لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فقد عرف هذا المبدأ انتشارا واسعا في العقود الدولية من حيث تكريس حرية الأطراف في إبرام مختلف العقود وتنظيمها بدءا من مرحلة التفاوض وإلى غاية انعقاد العقد وتنفيذه.

¹ أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، المرجع السابق.

² علي فيلاي، الالتزامات "النظرية العامة للعقد"، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 45.

³ Audrey GOUGEON, L'Intervention de Tiers à la Formation du Contrat, Thèse pour obtenir le grade de Docteur en Droit, Université Lille 2, France, Le 9 décembre 2016, p 14.

وقد اعترفت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 5 ديسمبر 1910 في قضية American Trading Co.c. Quebec Steamship Co بقاعدة خضوع العقود الدولية لقانون الإرادة مقرر أن "القانون الواجب التطبيق على العقود، سواء فيما يتعلق بتكوينها أو بالنسبة لآثارها وشروطها، هو ذلك الذي تبناه الأطراف"¹. كما كرس مجمع القانون الدولي مبدأ حرية أطراف عقود الاستثمار في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم، وذلك بموجب القرار الصادر عنه في دورة أثينا عام 1979، والتي خصصت لدراسة القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة التابعة لدول أخرى، حيث نصت المادة الثانية من هذا القرار في فقرتها الأولى على أنه "تخضع العقود المبرمة بين الدولة وشخص خاص أجنبي إلى القواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف المتعاقدة..."².

إن إخضاع عقود الاستثمار الدولية لمبدأ سلطان الإرادة يعني فيما يعنيه حرية الأطراف في التفاوض على العقد ومن ثمة تضمينه ما شاءوا من شروط، وتأخذ المفاوضات العقدية أهميتها من الأهمية الاقتصادية لعقود الاستثمار الدولية وارتفاع قيمتها المالية وطول مدة تنفيذها مما يجعل إبرامها بإيجاب وقبول فوريان أمر مستبعدا (الفرع الأول)، ثم وبعد أن تتضح معالم العقد المراد إبرامه لدى الطرفين ويستقر الرأي على شروط العقد وبنوده، تأتي مرحلة التعاقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حرية الإرادة في تنظيم المرحلة السابقة على التعاقد

تضمن مشروع مدونة السلوك الخاصة بالشركات متعددة الجنسيات، الذي أعدته لجنة الشركات متعددة الجنسيات المشكلة في إطار الأمم المتحدة النص على ضرورة التفاوض على العقود ومراجعتها، حيث جاء في مشروع المدونة أن "العقود والاتفاقات المبرمة بين الدول والشركات عبر الدولية يتعين التفاوض بشأنها، وتطبيقها في ظل اعتبارات حسن النية"³.

¹ بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص98.

² Dispute Settlement, International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2.6 Applicable Law, United Nations Conference on Trade and Development, United Nations, New York and Geneva, 2003.

³ بشار محمد الأسعد، المرجع نفسه، ص303.

يبرز هذا النص الأهمية التي توليها المجموعة الدولية لعملية التفاوض باعتبارها الخطوة الأولى نحو عقد متوازن وهذا يستدعي البحث في مسألة التفاوض في عقود الاستثمار الدولية (أولا) ومدى انعكاس هذا التوجه الدولي على القوانين المتعلقة بالاستثمار في القانون الجزائري (ثانيا).

أولا- التفاوض في عقود الاستثمار الدولية

يشير التحليل القانوني لعقود الاستثمار التي تتم بين الدول الإفريقية والشركات البترولية الصينية في مجال المحروقات، بأنها تتميز بفترة مفاوضات طويلة يقوم خلالها أطراف العقد بوضع الشروط التي من المرجح أن تمنع المخاطر الاقتصادية، القانونية، أو السياسية التي قد تؤثر على قيمة العقد وأدائه¹. انطلاقا من نتائج هذا التحليل يتضح مدى أهمية التفاوض في عقود الاستثمار الدولية، مما يقتضي تعريف التفاوض وبيان خصائصه، ثم تحديد طبيعته وأهميته.

1. تعريف التفاوض وخصائصه

إن أول ما يثار في أغلب الدراسات التي اهتمت بموضوع التفاوض، هو إغراض غالبية التقنيات المدنية المقارنة عن تنظيم مرحلة التفاوض، ومنها التشريع المدني الجزائري الذي خلا من أي نص يخص المرحلة السابقة على التعاقد، وإن كان هناك من يربط هذا الأمر بكون التفاوض من المسائل المستحدثة في العقود ما جعله يخرج عن النطاق الزمني لصياغة جل هذه التشريعات. إلا أن القانون المدني الجزائري قد عرف تعديلات جوهرية مست عدة مواد من خلال القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان سنة 2005، والقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي سنة 2007، لكنه أغفل خلالها تنظيم الالتزام قبل التعاقد، كما أنه سكت عن حماية المتعاقد في المرحلة السابقة على التعاقد، تاركا الأمر بيد القضاء الذي مازال يعتبر مرحلة التفاوض مجرد عمل مادي غير ملزم².

وبما أن المشرع الجزائري لم يتعرض لمسألة التفاوض برمتها فإنه لم يضع له تعريفا قانونيا، مما يحتم الرجوع إلى الفقه للوقوف على تعريف التفاوض. ومن بين التعاريف الفقهية للتفاوض ما يلي:

تعريف العميد كاربونييه (Carbonier) للتفاوض على أنه مرحلة زمنية سابقة عن إبرام العقد يتم خلالها دراسة ومناقشة شروط العقد، فالتفاوض حسب كاربونييه هو "تلك المرحلة التمهيديّة التي يتم فيها دراسة

¹ Sylver patrick LOUBAKI MBON, Les contrats d'investissements chinois en Afrique subsaharienne : Analyse juridique et stratégique des contrats d'exploration et d'exploitation du pétrole, Thèse présentée pour l'obtention du grade de Docteur, université de Bordeaux, 21 décembre 2018, P 48.

² بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون الجزائري، دار وائل للنشر، الجزائر، 2010، ص 13.

ومناقشة شروط العقد، وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم بل ليس هناك إيجاب بالعقد تم قبوله وإنما هناك فحسب عروض وعروض مضادة". وعرفه الدكتور محمد علي جواد بأنه "حوار يجري بين متعاقدين احتماليين من أجل البحث عن إمكانية إيجاد توافق الإرادات تجاه الحقوق والالتزامات التي تمثل محل العقد"¹.

وعرف أيضا بأنه "قيام أطراف العلاقة العقدية المستقبلية بتبادل الاقتراحات، والمساومات والدراسات والتقارير الفنية والاستشارات القانونية ومناقشة الاقتراحات التي يضعانها سوية أو ينفرد بوضعها أحدهما ليكون كل منهما على بينة مما يقدمان عليه وللوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحهما، وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق بينهما من حقوق لهما والتزامات عليهما"².

فيما عرفه الدكتور صالح خالص بأنه "الصورة المعبرة عن مسار الأمور ما بين طرفين (على الأقل) لهم قيم ومعتقدات وحاجات ووجهات نظر مختلفة، إلا أنهم يسعون جاهدين للوصول إلى اتفاق حول مواضيع وأمور ذات مصالح واهتمامات مشتركة. وبذلك يكون التفاوض هو الوسيلة المستعملة لغرض الوصول إلى اتفاق عن طريق المساومة، والقاعدة الأساسية في المساومة هي محاولة الوصول إلى تبادل شيء بشيء آخر، إذ يعتقد بأن المقابل المدفوع يعادل قيمة الشيء المستلم"³.

وإذ يؤكد حسين الدوري على تعدد تعاريف التفاوض في المعاجم اللغوية العربية والإنجليزية واختلافها باختلاف مجال وموضوع التفاوض، غير أنها تلتقي جميعا حول كونه "تداول ومناقشة للوصول إلى اتفاق مشترك بين طرفين للحصول على حل متفق عليه للحفاظ على مصالح الأطراف المتفاوضة وحل ما بينهما من مشاكل أو تقريب وجهات نظرهما بأسلوب حضاري. فالتفاوض بصفة عامة هو التحدث والحوار بين طرفين أو أكثر بهدف الوصول إلى اتفاق حول نقطة معينة ليست محل اتفاق بين الأطراف، وفي التجارة الدولية هو الحوار من أجل الوصول إلى اتفاق على تعاقد معين"⁴.

¹ بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2006، ص11.

² شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة، ط1، الأردن، 2008، ص336.

³ صالح خالص، في الإعلام التجاري والمفاوضات التجارية الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص86.

⁴ حسين الدوري، عقود التجارة الدولية (العادية والإلكترونية) ومنازعاتها، ندوة "التوقيع الإلكتروني وحجبه في الإثبات"، فاليتا - جمهورية مالطا، 27 - 30 نوفمبر (تشرين ثان) 2006، ص8.

بناء على ما سبق يمكن القول أن التفاوض هو تبادل للرؤى والآراء بين أطراف يريدون الدخول في علاقة عقدية (المتفاوضين)، في محاولة جادة للتوفيق بين وجهات النظر المختلفة حول موضوع العقد المزمع إبرامه، مع ترجيح احتمال الوصول إلى نقطة اتفاق تؤذن بانتهاء مرحلة التفاوض وتترتب تطابق الإيجاب والقبول وانعقاد العقد النهائي.

وتأخذ المفاوضات منظور مزدوج كمرحلة لتعبير الأطراف عن حريتهم التعاقدية وذلك وفق علاقة جدلية للنقاش ذات تأثير متبادل، وكمرحلة لتبادل المعلومات بين الأطراف. ويمكن التمييز بين نوعين من المفاوضات وهما المفاوضات ذات الشكل غير التعاقدية وترتبط بنظرية الحرية التعاقدية الكاملة، وتتميز بغياب نص مكتوب من الأطراف، ولا ترتب عليهم أية مسؤولية إذا لم تسفر المفاوضات عن أي اتفاق. والمفاوضات ذات الشكل التعاقدية وترتبط بنظرية ما قبل العقد وتتطلب وجود نص مكتوب أو بداية الاتفاق بين الأطراف، وهي تعتبر كعقود تحضيرية أو ما يعرف ببروتكول اتفاق، وهي ترتب نفس الآثار القانونية المترتبة عن العقد¹.

من خلال ما سبق يمكن استخلاص خصائص التفاوض والمتمثلة في أن:

- التفاوض على العقد تصرف إرادي لا مجال فيه للإجبار أو الإكراه فالتفاوض لا يحدث إلا عندما تتجه إليه إرادة الأطراف بهدف إبرام عقد معين.
- تضمن عملية التفاوض التوازن الاقتصادي للعقد منذ نشأته، على أساس تبادل شيء بشيء آخر، في ظل الاعتقاد بأن المقابل المدفوع يعادل قيمة الشيء المستلم.
- ينشئ التفاوض على الأطراف التزام رئيسي يتمثل في الالتزام بالتفاوض بحسن نية، والذي تنفرع عنه مجموعة من الالتزامات أهمها: الالتزام بالإعلام، الالتزام بالتعاون، والالتزام بالسرية².
- التفاوض يقوم على عنصر الاحتمال، فحظوظ الاتفاق على شكل العقد النهائي تكون مساوية لحظوظ عدم الاتفاق، وكلا الطرفين على يقين بهذا الأمر³.

¹ Sylver patrick LOUBAKI MBON, Op. cit, p 84-89.

² حمدي محمود بارود، نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد "الطبيعية العقدية وأثارها"، مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد 12، العدد 1، 2010، ص 727 - 728.

³ حمدي محمود بارود، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية) المجلد الثالث عشر - العدد الثاني، يونيو 2005، ص 129.

- النفاوض عملية احتمالية قد تنتهي باتفاق الأطراف على حيثيات العقد المزمع إبرامه، وقد تصل إلى طريق مسدود، فانعقاد العقد من عدمه يتوقف على النتيجة التي تؤول إليها المفاوضات.

II. الطبيعة القانونية للتفاوض

إن الباحث في الطبيعة القانونية للتفاوض يقف على اتجاهين فقهيين مختلفين تماماً، حيث يجد أن الاتجاه الأول قد ركز كل اهتمامه على فكرة المسؤولية المترتبة عن عملية التفاوض، أما الاتجاه الثاني فيهتم بدراسة عملية التفاوض في حد ذاتها معتبراً ما يترتب عليها من نتائج -وبعبارة أدق يعتبر المسؤولية المترتبة عليها- ما هو إلا تحصيل حاصل.

فالفقه التقليدي الذي يمثل الاتجاه الأول لا يخوض في الطبيعة القانونية للتفاوض باعتبارها عملية متميزة بأحكامها وضوابطها، وإنما يبحث في الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية الناشئة في مرحلة المفاوضات، هل هي مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية. ووفقاً لهذا الاتجاه فإنه لا يترتب على قطع المفاوضات في المرحلة السابقة على الإيجاب نشوء المسؤولية العقدية، لعدم وجود عقد بين الأطراف، وبالتالي خروجها عن النطاق العقدي أصلاً. غير أنه إذا اقتران قطع المفاوضات بخطأ يسبب ضرراً للطرف الآخر، فيستحق هذا الأخير تعويضاً عن الضرر الذي أصابه حسب ما تقتضيه قواعد المسؤولية التقصيرية¹.

كما أنه وحرصاً على جدية المفاوضات وتثميناً للجهود المبذولة خلالها فقد فرضت فيها مجموعة من الالتزامات يستدعي الإخلال بها قيام المسؤولية التقصيرية على الطرف المخل. هذه الالتزامات تنفرع في مجموعها من مبدأ حسن النية والذي يلتزم كل متفاوض بأن يجعله قبلة ومنهاجاً، واستقر الفقه والقضاء على اعتبار هذه الالتزامات أساساً لعملية التفاوض ذاتها، ومن أهم هذه الالتزامات الالتزام بالإعلام، والالتزام بالاستمرار في المفاوضات، والالتزام بالسرية².

وعلى خلاف الفقه التقليدي فإن الفقه الحديث الذي يمثل الاتجاه الثاني مؤيداً بالقضاء يركز على عملية التفاوض في حد ذاتها، مفرقاً بين المفاوضات المصحوبة باتفاق صريح على التفاوض والتي تعد ذات

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 25.

² مصطفى خالد محمد النظامي، الحماية الإجرائية للاستثمارات الأجنبية الخاصة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص 63-64.

طبيعة عقدية، وبين المفاوضات غير المصحوبة باتفاق على التفاوض والتي لا تعدو حسبه أن تكون مجرد واقعة مادية¹.

وبالنتيجة فإن المفاوضات تعد أول تجسيد لإرادة الأطراف في إبرام العقد، فهي تؤدي دورا فاعلا في صياغة العقد النهائي، غير أن حرية الأطراف في الدخول في المفاوضات وإدارة شؤونها من حيث تحديد مكان إجراء التفاوض ومدته ولغته وما إلى ذلك من مشتملات المرحلة، فينبغي أن تخضع لضوابط تضمن جدية المفاوضات من جهة وتحمي خصوصيات الأطراف المتفاوضة والمسائل المتفاوض عليها من جهة أخرى.

ونظرا لأهمية المرحلة وحرصا على جدية المفاوضات فقد توجه المشرع الفرنسي في المرسوم رقم 131-2016 المتضمن تعديل قانون العقود والأحكام العامة للالتزامات والإثبات، إلى إلزام الأطراف بالتفاوض على العقد وإبرامه بحسن نية، جاعلا الالتزام بحسن نية من النظام العام، وذلك وفقا لنص المادة 1104 من هذا المرسوم². ليصبح بذلك التفاوض في القانون المدني الفرنسي والذي يتسع ليشمل غير الفرنسيين الذين يختارون تطبيق أحكامه على عقودهم الدولية واجبا لا يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفه.

III. أهمية التفاوض في عقود الاستثمار الدولية

تعتبر العقود في القانون الحديث وسيلة لتحقيق الاختلاف والتنوع في علاقات أفراد المجتمع وأداة قانونية زود بها الأفراد لتحقيق مراكزهم القانونية الخاصة على الوجه الذي يروق لهم، لذا فهي تعتبر من أعمال التوقع، ذلك أن الأشخاص الذين يربطون مصالحهم بما يبرمونه من عقود، يكونون على علم مسبق بما ينتظرهم من نتائج تتولد عن الشروط الصريحة لهذه العقود أو من نصوص القانون التي تحكمها، شريطة أن تكون العقود عقودا بمعنى الكلمة أي عقودا يبدو فيها سلطان الإرادة واضحا، سواء في إنشائها أو في تحديد آثارها³.

¹ حمدي محمود بارود، نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد، المرجع السابق، ص725.

² Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 février 2016 texte n° 26, Consulté sur le site internet: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939&categorieLien=id> (date d'accès : le 09/04/2019).

³ محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية - الوجيز في نظرية القانون، ط14، دار هومة، الجزائر 2007، ص269.

وبالنسبة لعقود الاستثمار الدولية فليس ثمة من يصادر على مدى حرية الإرادة في إنشائها أو في تحديد آثارها، فهي تخضع في إنشائها للقواعد العامة في النظرية العامة للعقد. وبالرجوع إلى عقد نقل التكنولوجيا، كنموذج عن عقود الاستثمار الدولية، فإنه يخضع للقواعد العامة التي تحكم العقود، فهو عقد رضائي، وهو عقد معاوضة، وإن كان يتميز بأحكام خاصة تستلزمها الطبيعة الخاصة لمحلّه، فإن اتفاق الطرفين يعد مصدراً أساسياً لأحكام هذا العقد¹.

إن الحديث عن التفاوض يستوجب -بداية- التمييز بين العقود التبادلية التي يكون فيها المنح أو الفعل متعادلاً بين طرفي العقد، مما يفتح المجال واسعاً للتفاوض من أجل تحقيق هذا التعادل الذي يعبر عنه بالتوازن الاقتصادي للعقد، وبين عقود الإذعان التي لا تقبل التفاوض بطبيعتها لأنها تنطوي على احتكار الطرف القوي للخدمة أو السلعة ومن ثمة تفرده بصياغة شروط العقد، وما على الطرف الضعيف المذعن سوى الرضوخ لهذه الشروط أو الانصراف عن التعاقد، وهذا ما أقره المشرع الجزائري في المادة 70 من القانون المدني الجزائري².

ويرى الدكتور بلحاج العربي أن المفاوضات كما أنها لا تثار بالنسبة لعقود الإذعان، فهي لا توجد في العقود التي تكون أهميتها الاقتصادية ضئيلة جداً³، وهو رأي يفتقد للدقة إذ أنه وباستثناء عقود الإذعان فليس ثمة ما يمنع الأطراف أو يقيد حريتهم في اللجوء إلى التفاوض مهما كانت قيمة العقد وأهميته الاقتصادية، فالتفاوض لا يتعلق بقيمة العقد بل بإرادة الأطراف وطبيعة العقد.

ويمكن إقامة الدليل على أهمية التفاوض في عقود الاستثمار الدولية بما ورد في تقرير الأونكتاد لسنة 2004 من أن "التفاوض حول عقد حكومي وكذا إبرامه أو تنفيذه أو إنجازه، يمثل عملية هامة بالنسبة لاتفاقات الاستثمار الدولية، لأنها غالباً ما تشكل الأساس القانوني لعلاقة الاستثمار بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار"⁴.

¹ دريد محمود علي، الشركة المتعددة الجنسية آلية التكوين وأساليب النشاط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 214.

² تنص المادة 70 من الأمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني معدل ومتمم، المرجع السابق، على أنه "يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها".

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 43.

⁴ Contrats d'Etat, Collection de la CNUCED sur les questions des accords internationaux d'investissement, conférence nations unies sur le commerce et le développement, Nations Unies, New York et Genève, 2004, p 11.

إن فم خلال هذه المفاهيم يستنتج أن عملية التفاوض أصبحت ضرورة تملئها طبيعة المعاملات العقدية بغض النظر عن كون العقد وطنيا أو دوليا، لأن التفاوض كتمهيد لإبرام العقد يلعب دورا وقائيا بالنسبة لطرفيه سواء أسفرت المفاوضات عن إبرام العقد أو عن عدم إبرامه، فالمفاوضات الجيدة تكون خير ضمان لقيام عقد جيد لا يعتره نقص أو غموض ولا تثار بشأنه منازعات ساذجة في المستقبل، كما أن فشل المفاوضات بعد أن تتبين لكل طرف حقيقة الصعوبات القائمة خير من إبرام عقد هش، لذا يرى بعض الفقه أن "إنهاء التفاوض خير من إنهاء العقد"¹.

وفي بحثه حول الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية خلص الدكتور إبراهيم محمد القعود إلى "أن عقود الاستثمار الدولية تخضع في إبرامها لنظام التفاوض والاتفاق المباشر بين الدولة والمستثمر الأجنبي أيا كانت صفته، وذلك خروجاً عن القواعد العامة في إبرام العقود الإدارية والمتمثلة في نظام المناقصات والممارسات والتكليف المباشر"².

وعليه فكلما كان الإعداد للعقد جيدا، كلما جاء مضمون العقد متوازنا ومتعادلا ومتكافئا، ومتى كان الإعداد رديئا وسيئا، وكانت المفاوضات سريعة وارتجالية، جاء العقد غير متوازن ومشوبا بالغموض والشغرات، مما يؤدي إلى النزاعات بين الطرفين في مرحلة التنفيذ، فالعقد لا يكون ملزما إلا إذا كان مفيدا، شرط أن يكون عادلا ومتكافئا بين المتعاقدين³.

ثانيا - تكريس مبدأ التفاوض في القوانين المنظمة للاستثمار

إن العقود الدولية عامة وعقود الاستثمار بوجه خاص بالنظرا لأهميتها الاقتصادية وطول مدة تنفيذها يجب أن تتكيف ليس فقط مع واقع واختلاف الوضعيات الاقتصادية، ولكن أيضا مع الواقع الثقافي ومختلف الوضعيات القانونية، الحتمية أو المحتملة، والقابلة للتطبيق. لذلك فإنه ينصح وبشدة أن يختار الأطراف القانون الواجب التطبيق على العقد وكذا اختيار شرط التحكيم من أجل حل أفضل للنزاعات التي قد تنشأ عن العقد، ويمكن للأطراف إدراج شرط ما يعرف بالـ "hardship" الذي يسمح لأي من طرفي العقد أن يطلب إعادة التفاوض عند وقوع أي حدث غير متوقع يؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد. وغني عن القول

¹ بن أحمد صليحة، المرجع السابق، ص7.

² إبراهيم محمد القعود، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد السابع، ديسمبر 2015، ص289.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص9.

أن هذه الشروط لا غنى عنها في إطار العقود الدولية التي تتطلب الكثير من اليقظة في التفاوض عليها وإعدادها¹.

وإذا كان المشرع الجزائري لم يتطرق لمرحلة التفاوض من خلال نصوص القانون المدني باعتباره الشريعة العامة فإن هذا لا يعني عدم الأخذ به في عقود الاستثمار الدولية، فقد أخذ قانون الاستثمار بمبدأ التفاوض بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي بخصوص تحديد الامتيازات الجبائية وشبه الجبائية والجمركية، التي تقررها نصوصه بالنسبة للاستثمارات الأجنبية التي تتوفر فيها شروط الاستفادة من المزايا الاستثنائية لفائدة الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة للاقتصاد الوطني، بحيث تكون هذه الامتيازات محل اتفاقية تبرم على أساس التفاوض بين المستثمر الأجنبي والوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار التي تتصرف باسم ولحساب الدولة الجزائرية، مع إخضاع الاتفاقية المتفاوض عليها من طرف الوكالة لإجراء إداري يتمثل في رقابة المجلس الوطني للاستثمار ووجوب الحصول على موافقته لإبرام الاتفاقية.

حيث نصت المادة 17 من قانون الاستثمار رقم 16-09² على أنه "تستفيد من المزايا الاستثنائية الاستثمارات التي تمثل أهمية خاصة للاقتصاد الوطني، والمعدة على أساس اتفاقية متفاوض عليها بين المستثمر والوكالة التي تتصرف باسم الدولة"، وهذا ما كانت تنص عليه المادة 12 مكرر من الأمر 01-03 الملغى³ "تستفيد الاستثمارات ذات الأهمية بالنسبة للاقتصاد الوطني من مزايا تعد عن طريق التفاوض بين المستثمر والوكالة التي تتصرف باسم الدولة، تحت إشراف الوزير المكلف بترقية الاستثمارات".

ولما كان الإعلان عن مناقصة أو طرح صفقة في المزاد أو عرض بيع شيء ما دون تحديد الثمن، ما هو إلا دعوة لتقديم عروض كاملة وشاملة، أي تقديم الإيجابيات، فإن هذه المبادرة هي دعوة إلى التعاقد وهي مرحلة تتقدم الإيجاب وتتميز عنه يكون الغرض منها انطلاق المفاوضات⁴. وهو الوضع السائد في مجال الاستثمار العمومي حيث يشترط لإبرام أي عقد دولي - صفقة ذات طابع دولي - الإعلان عن مناقصة

¹ Sylvie DONZEL, La négociation des contrats internationaux, Dossier : Négoce International, Aspects | 2 – 2012, http://www.sutter-avocats.com/wp-content/uploads/2012/02/La_negociation_des_contrats_internationaux.pdf, (date d'accès : le 15/04/2019).

² قانون رقم 16-09 مؤرخ في 29 شوال عام 1437 الموافق 3 غشت سنة 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج. ر العدد 46، المؤرخة في 3 غشت سنة 2016 م.

³ أمر رقم 01-03 مؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج. ر العدد 47، المؤرخة في 22 غشت سنة 2001 م.

⁴ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 104.

دولية¹. كما تخضع العقود الدولية المبرمة في النشاطات المتعلقة بالمحروقات أيضا لنظام المناقصات، حيث تنص المادة 1/32 من القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات، المعدل والمتمم، على أنه "يبرم عقد البحث و/أو الاستغلال بناء على مناقصة للمنافسة، طبقا للإجراءات المحددة عن طريق التنظيم".

وفي ذلك يقول الدكتور محمد علي صبره أنه "لما كان العقد هو اتفاق بين طرفين على القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل أو تسليم شيء، على أن ينطوي هذا الاتفاق على إيجاب وقبول مطابق، فإن الإعلان عن المناقصة يعد مجرد "عرض" ومن ثمة فإنه لا يعتبر عقدا"²، ومفاد ذلك أن الإعلان عن المناقصة لم يبلغ بعد مرحلة الالتزام، فهو دعوة للتفاوض تنتظر عروضاً من المتعهدين لتأتي بعدها مرحلة التقييم فالتعاقد ليترتب بعدها الالتزام.

ولئن كانت عروض الصفقات العمومية هي دعوة للتفاوض، فإن المشرع الجزائري قد أقر التفاوض حول شروط تنفيذ الصفقة العمومية، حيث نصت المادة 7/52 من الأمر رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام³ على خيار التفاوض فيما يخص العروض التي تستجيب لحاجات المصالح المتعاقدة والتي تكون مطابقة تماما للمقتضيات التقنية والمالية المنصوص عليها في دفتر الشروط "ويمكن المصلحة المتعاقدة أن تتفاوض حول شروط تنفيذ الصفقة. وتجرى المفاوضات من طرف لجنة تعينها وترأسها المصلحة المتعاقدة، في ظل احترام الأحكام المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم. ويجب على المصلحة المتعاقدة السهر على ضمان إمكانية تتبع أطوار المفاوضات في محضر".

وفي عقود البترول فقد أتاح المرسوم رقم 87-159 المتعلق بتدخل الشركات الأجنبية في أعمال التنقيب والبحث عن المحروقات⁴، كامل الحرية للاتفاق على الصيغة القانونية لتنفيذ الشراكة بين المستثمرين الجزائريين والأجانب حيث نصت المادة 2 منه على أنه "يمكن المؤسسة الوطنية والشركات الأجنبية، وفقا

¹ تنص المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج. ر العدد 50، المؤرخة في 20 سبتمبر سنة 2015 م، على أن "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم...". ويمكن أن تكون الصفقة العمومية دولية وفقا لنص المادة 38 من نفس المرسوم "يمكن المصلحة المتعاقدة من أجل تحقيق أهدافها، أن تلجأ بغية تنفيذ خدماتها إلى إبرام صفقات تعقد مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري و/أو المؤسسات الأجنبية، طبقا لأحكام هذا المرسوم".

² محمود محمد علي صبره، إعداد وصياغة العقود الحكومية، دار الفكر والقانون، لبنان، 2007، ص 201.

³ مرسوم رئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع نفسه.

⁴ مرسوم رقم 87-159 مؤرخ في 25 ذي القعدة عام 1407 الموافق 21 يوليو سنة 1987 يتعلق بتدخل الشركات الأجنبية في أعمال التنقيب والبحث عن المحروقات السائلة واستغلالها، العدد 30، المؤرخة في 22 يوليو سنة 1987 م.

للمادة 24 من القانون رقم 86-14 المؤرخ في 19 غشت سنة 1986 المذكور أعلاه، أن تتفق على إنشاء ما يأتي:

- إما اشتراك بالمساهمة لا يتسم بالشخصية القانونية،
- وإما شركة تجارية بالأسهم تخضع للقانون الجزائري¹.

كما يمكن للأطراف الاتفاق على شكل الشراكة وفقا لنص المادة 3 من هذا المرسوم "عملا بأحكام الفقرتين 2 و 3 من المادة 22 من القانون رقم 86-14 المؤرخ في 19 غشت سنة 1986 المذكور أعلاه، يمكن المؤسسة الوطنية والشركات الأجنبية أن تتفق زيادة على ذلك على إحدى الصيغتين التعاقديتين في الاشتراك اللتين تدعيان: "عقد اقتسام الإنتاج" أو "عقد الخدمة" إذا كانت ظروف البحث والاستغلال تتطلب ذلك".

لتمنح المادة 7 لطرفي العقد كامل الحرية في تحديد شروط العقد وبنوده، وكل هذا يكون حتما بالتفاوض بين الطرفين، حيث تنص المادة 7 على أنه "يحدد الطرفان في عقد الاشتراك برامج الأشغال والاستثمارات والتزاماتهما".

وفي مجال الاستثمارات المنجزة في النشاطات الاقتصادية لإنتاج السلع والخدمات فقد تم تجسيد مبدأ التفاوض من خلال مجموعة من اتفاقيات الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ومستثمرين أجانب، من بينها:

اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها "APSI"، المتصرفة باسم ولحساب الدولة الجزائرية، من جهة، وبين شركة أوراسكوم تيلكوم القابضة ش.م.م، شركة ذات أسهم، خاضعة للقانون المصري، المتصرفة باسم ولحساب "أوراسكوم تيلكوم الجزائر"، شركة ذات أسهم خاضعة للقانون الجزائري، من جهة أخرى¹.

¹ مرسوم تنفيذي رقم 01-416 مؤرخ في 5 شوال عام 1422 الموافق 20 ديسمبر سنة 2001، يتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمار ودعمها ومتابعتها وأوراسكوم تيلكوم الجزائر، ج. ر العدد 80، المؤرخة في 26 ديسمبر سنة 2001 م.

وانفاقية الاستثمار الموقعة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، القائمة لحساب الدولة الجزائرية، من جهة، والشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة (K.S.C) مسجلة في مدينة الكويت، المتصرف باسم ولحساب الوطنية للاتصالات - الجزائر، شركة ذات أسهم، خاضعة للقانون الجزائري، من جهة أخرى¹.

وكذلك اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، القائمة لحساب الدولة الجزائرية، من جهة، وحامة واطر ديسالنايشن "Hamma Water Desalination"، باختصار "HWD SPA" بمساهمة الشريك الأجنبي جينرال إيكتريك إيونيكس حامة هولدينجز إ.ر.و ليميتد GE IONICS HAMMA HOLDINGS (IRE) Limited شركة ذات مسؤولية محدودة خاضعة للقانون الإيرلندي، من جهة أخرى².

الفرع الثاني

انعقاد عقد الاستثمار الدولي بتمام تطابق الإيرادتين

إن نجاح المفاوضات يستدعي من الطرفين الراغبين في التعاقد العمل على إزالة كل غموض فيما يتعلق بالالتزامات المتبادلة وما يتصل بالمبادئ التي تحكم علاقاتهما التعاقدية المحتملة، وهذا معناه أن الدخول في التزام تعاقدي بشكل نهائي يتطلب تقدير الأطراف مسبقاً لنطاق الالتزامات التي سيتحملها كل طرف، ثم تقرير الحقوق التي يرغبون في الحصول عليها، ويزداد الأمر دقة في العقود التي يجري تنفيذها خلال مدة زمنية طويلة (في عقود المدة) بشكل خاص، لذا يجب التحسب للطوارئ والمخاطر وكذلك الظروف التي قد تؤثر على استمرارية تنفيذ الشروط التعاقدية، وعلى التوازن المالي للعقد³.

وبنهاية مرحلة التفاوض يكون الأطراف -الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي- أمام أحد فرضين، فشل المفاوضات وانصراف كل طرف إلى حال سبيله، أو اتفاق الأطراف على شروط العقد وبنوده والتوجه إلى تحويل هذه الالتزامات الأدبية إلى التزامات قانونية بإفراغ هذا التوافق في عقد الاستثمار الدولي. وتعتبر المرحلة الفاصلة بين عملية التفاوض على عقد الاستثمار وعملية إبرامه مرحلة حاسمة تستوجب صدور

¹ اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة (K.S.C)، ج. ر العدد 07، المؤرخة في 28 يناير سنة 2007 م.

² اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وحامة واطر ديسالنايشن (Hamma Water Desalination)، ج. ر العدد 07، المؤرخة في 28 يناير سنة 2007 م.

³ محمد علي جواد، العقود الدولية (مفاوضاتها - إبرامها - تنفيذها)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص34.

الإيجاب من أحد الطرفين وتربصه لقبول مطابق من الطرف الآخر (أولاً) ويتحقق التطابق التام بين إرادتي الطرفين تنتهي مرحلة التفاوض وينعقد عقد الاستثمار الدولي (ثانياً).

أولاً- أحكام الإيجاب والقبول في عقد الاستثمار الدولي

قبل الخوض في التفاصيل المتعلقة بالإيجاب والقبول ينبغي بداية تحديد أطراف عقد الاستثمار الدولي والتي يتم بينها تبادل الإيجاب والقبول.

1. **أطراف عقد الاستثمار الدولي:** تبرم عقود الاستثمار الدولية بين الدولة المضيفة للاستثمار من جهة، والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى.

1. **الدولة المضيفة للاستثمار:** الطرف الأول والأساسي في عقود الاستثمار هي الدولة المضيفة التي ينجز المشروع الاستثماري في إقليمها، وهي باعتبارها أول طرف في عقد الاستثمار فإنها تلعب دوراً مزدوجاً، الأول كونها صاحبة سيادة فإنها تستطيع وضع القواعد القانونية، والثاني هو استعمال هذه القوانين في تنظيم شؤونها الاقتصادية والسياسية وأيضاً في ممارسة الرقابة على الاستثمارات الأجنبية¹. وتبرم عقود الاستثمار الدولية بين الدولة المضيفة للاستثمار ممثلة بأحد الأجهزة التابعة للدولة من جهة، وبين مستثمر أجنبي خاص في صورة شخص طبيعي أو معنوي من جهة أخرى.

- **الأجهزة التابعة للدولة المضيفة:** تتحدد تبعية جهاز معين للدولة المضيفة من خلال معيارين يؤدي توافرهما إلى اعتبار عقد الاستثمار المبرم بواسطة هذا الجهاز من عقود الدولة، هذان المعياران هما²:

- **المعيار العضوي:** يؤدي استخدام هذا المعيار إلى الفصل في مسألة مدى استقلالية المشروع عن الدولة أو تبعيته المطلقة لها، ويتم ذلك بناء على توفر مجموعة من العناصر يتم استخلاصها من النظام الأساسي أو القرار أو القانون الذي أنشأ الجهاز المتعاقد مع الطرف الأجنبي، وتتمثل هذه العناصر في ملكية رأس مال الجهاز، كيفية إدارته، والأنظمة القانونية الحاكمة لتصرفاته ووسائل تمويله من الناحية المالية.

¹ Ebtissem EL KAILANI-CHARIAT, La Stabilisation des Contrats Pétroliers, Thèse pour obtenir le grade de Docteur, Département de droit privé, Université Paris I Panthéon-Sorbon, Le 28 Novembre 2017, p 22.

² حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 98-99.

- معيار طبيعة النشاط: ويقصد به أن يتصرف الجهاز التابع للدولة بناء على توجيهات الدولة ولحسابها وهو ما يفيد تبعية هذا الجهاز للدولة على نحو قاطع، أما إذا تصرف الجهاز التابع للدولة باسمه ولحسابه الخاص أو لحساب الغير فإن تبعيته للدولة لا تتحقق.

وقد أقر قضاء التحكيم في عدة أحكام إسناد تصرفات الأجهزة الخاضعة للدولة المضيفة، للدولة ذاتها ومن هذه الأحكام:

- قضية Emilio Agustin Maffenzini ضد إسبانيا¹:

تتمحور هذه القضية حول قيام المستثمر Maffenzini برفع طلب تحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ضد الدولة الإسبانية لتقرير مسؤوليتها عن الأضرار التي لحقت بسبب تصرفات شركة SODIGA وهي شخص معنوي خاضع للقانون الخاص، أنشئت بموجب مرسوم حكومي للقيام بمهمة تقديم الاستشارة والمساعدة التقنية للمستثمرين قصد ترقية التطور الصناعي في منطقة Galicia.

تمسك المستثمر الأجنبي بأن تتسبب تصرفات شركة SODIGA للدولة الإسبانية، باعتبار أن الشركة مملوكة للدولة مع عدة هيئات حكومية أخرى، كما أنها تخضع لرقابة الدولة الإسبانية وتستهملها في مجال التنمية والاستثمار. اعترضت إسبانيا على ذلك بسبب أن تصرفات الشركة هي من فعل شركة تجارية خاصة، أنشئت وفقا لأحكام القانون التجاري الإسباني، وأن مساهمة الدولة في الشركة لا يؤثر على طبيعتها التجارية، وبالتالي فالنزاع قائم بين شخصين تابعين للقانون الخاص ولا يمكن أن تتسبب تصرفات الشخص الخاص للدولة.

ورغم سلامة الطرح الذي تمسكت به الدولة الإسبانية ذلك أن الطبيعة القانونية لشركة SODIGA تختلف عن طبيعة الهيئات العامة التي تتدخل في مجال الاستثمار في دول أخرى، إلا أن هيئة التحكيم في القضية الماثلة اعتمدت في سبيل إسناد تصرفات الشركة للدولة الإسبانية، على الطابع العام للشركة والطابع الحكومي لتصرفاتها أي على معيار هيكلية وآخر وظيفي.

واستنتجت المحكمة المعيار الأول من امتلاك الدولة الإسبانية لـ 80 % من رأسمال الشركة، أما المعيار الثاني فاستنوحته انطلاقا من مؤشر خاص لمشاركة هيئات حكومية في إنشاء الشركة ومؤشر آخر

¹ قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 21 جوان 2012، ص69.

متعلق بالمهمة الحكومية الموكلة للشركة والخاصة بالتنمية الجهوية. ورأت بعد ذلك أنه لا يمكن للدولة أن تدفع بعدم مسؤوليتها الدولية من خلال التستر وراء الطابع الخاص للشركة، مشيرة إلى القانون الذي أعدته لجنة القانون الدولي (CDI) في هذا الصدد، لتصل في النهاية إلى أن شركة SODIGA كيان حكومي تصرف باسم الدولة.

- قضية L.E.S.I - Dipenta ضد الجزائر¹:

تمسكت الجزائر في هذه القضية بأن الوكالة الوطنية للسودود (ANB) هي من أبرم الصفقة وليست الدولة الجزائرية، وأن هذه الوكالة هي شخص معنوي مستقل خاضع للقانون العام. أما التصرفات التي يستند إليها المدعي لتقرير مسؤولية الدولة الجزائرية هي تصرفات تعاقدية خاصة بالوكالة وليست تصرفات صادرة عن الدولة.

فيما دفع الكنسورسيوم الإيطالي أن الوكالة الوطنية للسودود (ANB) تمثل الدولة الجزائرية ولا أثر لاستقلالها الشكلي على إسناد تصرفاتها للدولة، طالما أنها مراقبة من طرفها ومسيرة من أعضاء الحكومة ونشاطها مرتبط بميزانية الدولة. كما أن مساهمة هيئات أخرى للدولة في مفاوضات وتنفيذ المشروع يبرر قيام مسؤولية الدولة الجزائرية.

وقد أشارت هيئة التحكيم إلى أنه وفقا للاجتهاد التحكيمي، تكون الدولة مسؤولة في إطار العقود المبرمة من طرف مؤسسات خاضعة للقانون العام ومتميزة عن الدولة، مشيرة إلى تحكيم المركز الدولي في قضية Maffenzini والقانون الذي أعدته لجنة القانون الدولي (CDI) حول مسؤولية الدولة عن العمل الدولي غير المشروع.

وقررت محكمة التحكيم بأن العقد قد أبرم من طرف الوكالة الوطنية للسودود، التي تعد جهازا مستقلا عن الدولة الجزائرية ومتمتعة بالشخصية المعنوية، إلا أن ذلك لا يعني استبعاد الدولة الجزائرية، التي تكون قد شاركت في المفاوضات بطريقة غير مباشرة، كما يتبين أن لها تأثير في الوكالة بالإضافة إلى أن الدولة الجزائرية تكون قد لعبت دورا في تعكير العلاقات بين الطرفين. ودون الفصل في هذه المسائل

¹ Consorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA c/ République algérienne démocratique et populaire, consulté sur le site internet: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0224.pdf>, (date d'accès : le 10/05/2018 à 20 :12).

الموضوعية، اكتفت المحكمة بنتيجة أن النزاع قائم في مواجهة دولة متعاقدة بمفهوم اتفاقية واشنطن لعام 1965.

2. المستثمر الأجنبي الخاص: إن الطرف الثاني في عقد الاستثمار الدولي هو المستثمر، وهو شخص يجد طبيعته القانونية "عموماً في القانون الخاص وفي جنسيته... أجنبي عن الدولة المضيفة المتعاقدة"¹. ويمكن أن يكون المستثمر الأجنبي شخصاً طبيعياً أو معنوياً تتوفر فيه شروط التعاقد، وتجدر الإشارة إلى أن الدولة توجه عرضاً عاماً بالتعاقد لكل مستثمر تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في القوانين الوطنية المنظمة للاستثمار، فيما توجه عرضاً خاصاً لمواطني الدولة المتعاقدة في الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمار.

وغالبا ما يكون المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة شخصاً معنوياً من بين الشركات الأجنبية الكبرى العاملة في مجال الاستثمار، ويرجع ذلك إلى أن عقود الاستثمار تتطلب رؤوس أموال كبيرة وخبرات فنية عالية لا تمتلكها غالباً إلا الشركات متعددة الجنسيات التي تسيطر على 90% من المشروعات الاستثمارية منذ بداية القرن العشرين².

II. الإيجاب في عقد الاستثمار الدولي

يرى الفقه الراجح أن التفاوض على العقد ينتهي في اللحظة التي يصدر فيها الإيجاب النهائي الجازم، ويصدر الإيجاب النهائي الجازم -البات- تكون المفاوضات قد حققت الهدف المرجو منها، وهو الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه³. ويعرف الإيجاب بأنه عرض يصدر من شخص معين إلى شخص أو عدة أشخاص آخرين، ويجب أن يتضمن هذا العرض طبيعة العقد المراد إبرامه وبيان جميع عناصره الجوهرية التي ينبغي توافرها لانعقاد العقد، فالإيجاب يعبر عن إرادة جادة في التعاقد، تلزم

¹ Ebtissem EL KAILANI-CHARIAT, Op. cit, p 23.

² عالية بونس الدباغ و وسن مقداد، عقد الاستثمار، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد (16)، العدد (2)، شباط 2009، ص393.

³ بوطبالة معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة، السنة الجامعية 2016-2017، ص16.

صاحبها بإبرام العقد بمجرد موافاته بقبول مطابق ممن وجه له الإيجاب¹. وفي السياق التقني، فإن الإيجاب لا يعني أي اقتراح للتعاقد، وإنما هو الاقتراح البات بإبرام عقد محدد، وبشروط هي الأخرى محددة².

ويعرفه الأستاذ علي فيلالي "الإيجاب هو العرض الذي يتقدم به الشخص ليعبر به -على وجه الجزم- عن إرادته في إبرام عقد معين، فينعقد هذا العقد بمجرد صدور القبول المطابق. وحينئذ يكون التعبير عن الإرادة إيجاباً متى توفر الشرطان الآتيان: أن يكون التعبير دقيقاً ومحدداً من جهة، وأن يكون باتاً من جهة أخرى"³.

وينبغي التفريق بين الإيجاب كعرض بإبرام عقد، وبين الوعد بالتعاقد الذي هو اتفاق يعد صاحبه شخص آخر بإبرام عقد معين في المستقبل، ويكفي إبداء الموعود له رغبته في التعاقد ليتم إبرام العقد النهائي، بينما لا يلزم في الإيجاب وجود مثل هذا الالتزام، كما يختلف أيضاً عن الدعوة للتعاقد والتي يكون الغرض منها انطلاق المفاوضات وهي مجرد مرحلة استطلاع للآراء وإبداء الاقتراحات⁴.

- **شروط الإيجاب:** حتى يرقى العرض المقدم للتعاقد إلى مستوى الإيجاب الذي يترتب قبولاً مطابقاً يجب أن يتوفر فيه شرطان هما:

1- أن يكون العرض محدداً تحديداً كافياً؛ وذلك ببيان جميع عناصر العقد المزمع إبرامه، بحيث يتمكن الموجب له أن يتعرف على مضمون العقد المعروض عليه بكل تفاصيله مما يهيئه لإعلان قبوله. فتضمن الإيجاب لعناصر العقد الأساسية إنما يكشف عن نية الموجب في الارتباط بالعرض محل الإيجاب، ولذلك إذا لم يشتمل العرض على عناصر العقد الأساسية، فلا يعد إيجاباً، وإنما دعوة إلى التعاقد، ولذلك فالإرادة التي تقبل الدعوة إلى التعاقد تكون هي الإيجاب الذي يحتاج بعد ذلك إلى قبول من الداعي حتى ينعقد العقد⁵.

2- أن يكون الإيجاب باتاً؛ أي أن ينطوي العرض على إرادة جازمة في إبرام العقد بمجرد اقتران القبول به، وعلى أساس توافر هذه النية من انتفائها يفرق الفقهاء بين الإيجاب والدعوة للتعاقد، مع مراعاة أن القول

¹ بن أحمد صليحة، المرجع السابق، ص 23.

² Jacques FLOUR et autres, Droit Civil - Les Obligations, 9^e édition, Armand COLIN, France, 2000, p 88.

³ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 103.

⁴ علي فيلالي، المرجع نفسه، ص 104.

⁵ رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، ط3، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2003، ص 68.

بذلك من مسائل الواقع التي يستخلصها قاضي الموضوع من الملاحظات المختلفة، ومن عبارات العرض في حد ذاته، ولا يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا¹.

- القوة الملزمة للإيجاب:

الأصل في الإيجاب أنه غير ملزم ما لم يقترن بمدة معينة صراحة أو ضمناً، فإذا حددت مدة لصدور القبول كان على الموجب البقاء على إيجابه إلى حين انقضاء هذه المدة، أو أن يتلقى رفضاً من الموجب له خلال هذه المدة، ويكون مصدر التزام الموجب في هذه الحالة هو إرادته المنفردة التي جعل لها القانون مثل تلك القوة الملزمة، أما إذا لم يحدد الموجب مدة للبقاء على إيجابه كان له العدول عنه مادام لم يتصل بعلم الموجب له، فالإيجاب باعتباره تعبير عن الإرادة فإنه لا ينتج أثره القانوني إلا إذا اتصل بعلم الموجب له².

ويسقط الإيجاب دونما حاجة إلى سحبه أو تراجع الموجب عنه بانقضاء الأجل المحدد لصدور القبول، كما يسقط -الإيجاب- حتى ولو لم تنته المدة المحددة لصدور القبول برفض الموجب له أو بإبداء هذا الأخير لتعديل على الإيجاب مما يعتبر بمثابة إيجاب جديد.

III. القبول في عقد الاستثمار الدولي

يعرف القبول بأنه التعبير البات عن إرادة الموجب له بموافقته على العرض الذي تقدم به الموجب، فالقبول هو الموافقة على إنشاء العقد فإذا كان الإيجاب هو الإرادة الأولى فإن القبول هو الإرادة الثانية. ويشترط في القبول حتى يرتب أثره وينعقد به العقد أن تتوفر فيه الشروط التالية:

1- مطابقة القبول للإيجاب: ومعنى ذلك أن يصدر القبول بالموافقة على جميع المسائل التي تضمنها الإيجاب، فالقبول لا يقتصر على الرد الإيجابي فحسب، بل لا بد من أن يكون مطابقاً تماماً للإيجاب، فهو يعبر عن إرادة الموجب له في إبرام العقد وفق الشروط التي تضمنها الإيجاب، بحيث يحصل اتفاق كلي وتام بين المتعاقدين.

وقد جرت العادة في العقود ذات الأهمية على أن يرد الموجب له في قبوله بتكرار صيغة الإيجاب نفسها دونما زيادة أو نقصان أو تغيير أو تعديل، كما قد يلجأ المتعاقدان إلى تضمين عقدهما ملحفاً يضاف

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6، الجزائر، 2008، ص69.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص72-73.

للعقد يتم فيه تحديد معاني المصطلحات والعبارات الواردة فيه، تفاديا لكل لبس أو سوء فهم أو تأويل قد يشوب إرادتهما¹.

2- صدور القبول قبل سقوط الإيجاب: ومفاده أن يكون الإيجاب لا يزال قائما وقت صدور القبول، فإذا اقترن الإيجاب بمدة صريحة أو ضمنية وجب صدور القبول قبل انقضاء هذه المدة أي قبل سقوط الإيجاب وإلا عد إيجابا جديدا.

ثانيا- انعقاد عقد الاستثمار الدولي

توضح المادة 59 من القانون المدني الجزائري² الدور المطلق لإرادة الأطراف المتعاقدة في هذا الاتفاق، إذ أنه وبمجرد تطابق إرادة الأطراف ينعقد العقد ويرتب آثاره الملزمة، بنصها على أنه "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية". فالعقد يبني أساسا على عنصرى الاتفاق والنية على إحداث أثر قانوني، ولهذين العنصرين دور أساسي في التمييز بين العقد وبين سائر التصرفات القانونية الأخرى³.

فكل طرف يشترط ما يكفل ويحقق مصالحه وبذلك يكون هناك توازن في العقد ولا يقع أي ضرر بأي من طرفيه. كما تظهر عدالة العقد في هذا المجال في العلاقات القانونية التي يرتبها العقد، فهي بالضرورة علاقات عادلة متفقة مع القانون الوضعي لأنها متفقة مع الحرية، حيث أن الالتزامات التي تفرض على الشخص دون رضاه هي حتما التزامات ظالمة إذ فيها مساس بحريته واعتداء على حقه⁴.

وهذا ما أكدته التطبيقات القضائية فقد أقرت المحكمة العليا الجزائرية في قرار لها بتاريخ 2012/10/11، عدم جواز إجبار الأطراف على تحرير العقود والتدخل في سلطان إرادتهم ورضائهم، معتبرة

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص113.

² أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، المرجع السابق.

³ محمود فياض، الطبيعة القانونية لمصادر الالتزام الإرادية في الأنظمة القانونية الغربية المقارنة، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق - جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة الثامنة والعشرون، العدد الثامن والخمسون - رجب 1435 إبريل 2014، ص24.

⁴ حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطويع العقد، مذكرة ماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، السنة الجامعية 2012-2013، ص16.

أن القضاة حين فعلوا ذلك فإنهم قد خالفوا القانون، وهو ما جعل قرارهم عرضة للنقض والإبطال، حيث جاء في هذا القرار¹:

"وعليه فإن المحكمة العليا

عن الوجه الثالث ودون الحاجة للبقية:

بالفعل حيث يتضح أن الوكالة صرحت أمام القضاة بأنها لم تتعامل مع المدعي الأصلي وأنها لم تبعه أية قطعة أرض ولم تقبض منه أي ثمن، ورغم ذلك فإن القضاة ألزموها بالتوجه للموثق لتحريير عقد بيع لفائدة المطعون ضده لثلاث قطع أرض تابعة للدولة.

حيث أنه من المقرر قانوناً أن إثبات المعاملة العقارية بين الطرفين تخضع للعقد الرسمي المشهر عملاً بالمادتين 324 مكرر، 793 من القانون المدني.

وحيث أنه من الثابت أن المدعي الأصلي لم يقدم أمام القضاة أي عقد رسمي مشهر يثبت معاملته مع الوكالة الطاعنة، بذلك لا يجوز للقضاة إجبار الأطراف على تحريير العقود والتدخل في سلطان إرادتهم ورضائها، وبذلك يكون القضاة قد خالفوا القانون في المادتين 324 مكرر، 793 من القانون المدني، وهو ما يجعل قرارهم عرضة للنقض والإبطال".

إن دور الإرادة لا ينحصر في إنشاء الالتزامات القانونية فحسب، بل يمتد لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الالتزامات، وأيضاً تحديد كيفية تسوية المنازعات التي قد تثار بشأنها، حيث أن المشرع الجزائري قد أقر صراحة خضوع العقود الدولية لمبدأ سلطان الإرادة بموجب المادة 18 من ق. م² والتي تنص على أنه:

"يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

¹ ملف رقم 806309 قرار بتاريخ 2012/10/11، قضية الوكالة الولائية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين ضد (س.ع) بحضور بلدية ديدوش مراد، الغرفة العقارية، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني 2014.

² أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، المرجع السابق.

وقد استقر الفقه الغالب في كل من فرنسا ومصر على وحدة العقد وعدم تجزئته وبالتالي خضوع جميع عناصره لنفس القانون، ومعنى ذلك أن يخضع العقد من حيث تكوينه وآثاره لقانون واحد. ويؤكد الفقه المصري الغالب أنه لو كان ظاهر المادة 19 من القانون المدني المصري الموافقة للمادة 18 من القانون المدني الجزائري قد يفيد غير ذلك، باعتبار أنه اقتصر على مواجهة الالتزامات التعاقدية -أي آثار العقد- فأخضعها لقانون الإرادة بدءاً، إلا أن الأعمال التحضيرية تكشف قصد المشرع المصري في التعبير باصطلاح الالتزامات التعاقدية عن كل ما يتعلق بالرابطة العقدية من حيث تكوينها وآثارها؛ حيث جاء في المذكرة الإيضاحية لنص المادة 24 من المشروع التمهيدي والتي استعملت بدورها تعبير الالتزامات التعاقدية "... ويراعى بادئ ذي بدء أن فقه القانون الدولي الخاص لا يزال غير مستقر فيما يتعلق بتعيين القانون الواجب تطبيقه في شأن الالتزامات التعاقدية لنتوع صور العقود وتباين القواعد التي تسري عليها من حيث أركان الانعقاد وشروط الصحة وترتيب الآثار..."¹.

كما أن اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها² غلبت قانون الإرادة على قانون مكان التحكيم بمناسبة تحديدها لأسباب رفض تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي في البلد المطلوب إليه التنفيذ، إذا قدم الدليل على:

أ- أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم ضده لم يعلن إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم، أو بإجراءات التحكيم، أو كان من المستحيل عليه لسبب أو لآخر أن يقدم دفاعه.

ب- أن إجراءات التحكيم مخالفة لما اتفق عليه الأطراف، أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

ج- أن الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه مخالف للنظام العام في هذا البلد.

وبذلك تكون اتفاقية نيويورك قد كرس قواعد أساسية في إجراءات المحاكمة التحكيمية أهمها حرية الأطراف في تحديد إجراءات التحكيم، من حيث كون سلطان الإرادة هو الذي يعين قانون إجراءات المحاكمة

¹ حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، (الكتاب الأول المبادئ العامة في تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص 393.

² مرسوم رقم 88-233 مؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1409 الموافق 5 نوفمبر سنة 1988 يتضمن الانضمام، بتحفظ، إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، ج. ر العدد 48، المؤرخة في 23 نوفمبر سنة 1988 م.

التحكيمية، أو يضع إجراءات للمحاكمة التحكيمية، أو يحيل إلى نظام مركز تحكيمي دولي أو نظام تحكيمي دولي مثل الأونسيترال¹.

المطلب الثاني

شروط تحقق العدالة التبادلية في عقود الاستثمار الدولية

إن دور الإرادة لا يتوقف على تطابق الإيجاب والقبول وانعقاد عقد الاستثمار الدولي كأثر ظاهر للعيان، بل إنه يستهدف تحقيق العدالة التبادلية بين أطراف العقد؛ أي التعادل في الأداءات المتقابلة المترتبة على الالتزامات المنفق عليها، ولا يتأتى ذلك إلا بتوفير الدولة المضيفة للاستثمار للحماية القانونية للتوقعات المشروعة للمستثمر الأجنبي من جهة (المطلب الأول)، في مقابل تحديد الأطر القانونية النازمة للاستثمار الأجنبي وضوابطه بما يستجيب لحماية المصالح الاقتصادية للدولة المضيفة من جهة أخرى (المطلب الثاني).

الفرع الأول

احترام التوقعات المشروعة للمستثمر الأجنبي

يوجد وراء كل قاعدة قانونية اعتبارات تتحكم في وضعها، ويعد الأمن القانوني أحد هذه الاعتبارات المرعية، وبموجبه يجب أن تضمن الدولة للأشخاص ومراكزهم القانونية حداً أدنى من الاستقرار والثبات²، لذا ينبغي الإحاطة بتعريف مبدأ الأمن القانوني (أولاً)، ثم البحث في تطبيقات المبدأ في التشريع الجزائري (ثانياً).

أولاً- تعريف مبدأ الأمن القانوني

يعتبر مبدأ الأمن القانوني من أهم المبادئ القانونية التي تثار بمناسبة دراسة فكرة القانون، خاصة في شقها المتعلق باستقرار القاعدة القانونية، وتأثير التعديلات التشريعية المستمرة وتضارب الاجتهاد القضائي على الثقة في القانون، وقد عرف مبدأ الأمن القانوني في الفقه الفرنسي منذ أزيد من قرن، غير أنه لم يحظ

¹ عبد الحميد الأحديب، إجراءات التحكيم، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون، الفترة من 28 إلى 30 أبريل 2008، ص 440-441.

² صاري نوال، دور اعتبار الأمن القانوني في التفرقة بين الأثر الرجعي للقانون ورجعية الاجتهاد القضائي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، الجزائر، العدد 11، 2015، ص 107.

بكبير اهتمام إلا حديثاً بالنظر إلى تنامي الدور الاقتصادي والتنموي للقاعدة القانونية، حيث صار هناك توجه لانتقاد الأنظمة القانونية والقضائية بسبب انعدام الأمن القانوني نتيجة المساس بتوقعات الأفراد في صورة تضخم التشريع أو عدم استقرار القوانين لإفراط المشرع في التعديل والتغيير، أو نتيجة المساس باستقرار المعاملات في صورة توسيع مجال المراقبة القضائية في مجال التعاقد أو التراجع عن اجتهادات قضائية مستقرة لصالح تطبيق اجتهادات جديدة بأثر رجعي¹.

ومن خلال بحث الأستاذ "Martin Nadeau" حول مبدأ الأمن القانوني في مقال له بعنوان "آفاق مبدأ أمن قانوني في القانون الكندي: على خطى القانون الأوروبي" يقول: (قدم الأمن القانوني في الخطاب القانوني الأوروبي في بداية الأمر على أنه قيمة أو هدف من أهداف القانون وكان موضوع دراسة في نظرية القانون وفي فلسفته، وقد أقرت وطبقت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ومحكمة الإتحاد الأوروبي في اجتهاداتهما القضائية مبدأ عاماً يختص بالأمن القانوني، وهو ما دفع بالقوانين الوطنية إلى تبني مبدأ الأمن القانوني، غير أن بعض المؤلفين ذهبوا إلى أن الأمن القانوني معيار عالمي ملازم لدولة القانون ويفترض أن يفرض نفسه على القضاة والمشرعين)².

يلاحظ من هذا المقال أن مفهوم الأمن القانوني لم يلق تعريفاً جامعاً بين الفقهاء، إذ يعرفه البعض بأنه "هدف يسعى القانون لتحقيقه"، فيكون بذلك الأمن القانوني هو نهاية عملية لبدائية نظرية لتحقيق الغاية المرجوة من سن القانون، ونتيجة لتطبيقه تطبيقاً سليماً يراعي مصالح الأفراد.

ويعرفه البعض الآخر بأنه "معيار لدولة القانون"، ولما كان مصطلح المعيار يعرف بأنه مجموعة من الشروط والأحكام المضبوطة علمياً والتي تستخدم كقاعدة أو أساس للمقارنة والحكم على نوعية الشيء، فيكون بذلك تعريف الأمن القانوني حسب هذا الاتجاه الفقهي على أنه الضابط الذي يجب التقيد به قبل سن القاعدة القانونية من قبل المشرع، وقبل تطبيقها من طرف القاضي للوصول بالقانون إلى الغاية المرجوة منه وهي تحقيق العدل وحماية مصالح الأفراد.

وقد تبني الخطاب القانوني في كثير من الدول مفهوم الأمن القانوني في السنوات الأخيرة، غير أنه لم يعترف له بعد بصفة المعيار أو القاعدة القانونية، وترى الدكتورة "Caroline Selvicjo" أنه من الصعب

¹ عبد الرحمان الممتوني، الاجتهاد القضائي والأمن القانوني، مجلة الملحق القضائي، المعهد العالي للقضاء، المملكة المغربية، العدد 46 / مايو 2014، ص6.

² Martin NADEAU, « Perspectives pour un principe de sécurité juridique en droit canadien : les pistes du droit européen », Revue R.D.U.S. (2009-2010), Vol. 40, N° 1-2, p 516.

تعريف الأمن القانوني تعريفا كاملا، غير أن هذا لا يحول دون إعطاء تعريف غائي له، ف "الأمن القانوني من حيث مفهومه الغائي يعبر عن فكرة سلسلة من المتطلبات التي ينبغي أن تتوفر إما في القواعد أو المعايير القانونية أو في النظام القانوني نفسه"¹.

ولعل هذه المتطلبات التي تقول بها الدكتورة "Caroline Selvicjo" نلتقي جميعها فيما يفرضه اعتبار الأمن القانوني من وضوح القانون، دقته وتوقعه²، وما يرمي إليه من غايات كاحترام قيم اليقين والاستقرار القانوني. وعلى المستوى التشريعي، يتعين على المشرع عندما يكون بصدد تغيير تشريع قديم وتعويضه بتشريع جديد، أن يحاول التوفيق بين اعتبارين متناقضين بمناسبة تنظيم مجال تطبيق كل منهما، فمن جهة اعتبار الأمن القانوني الذي يفرض عليه إبقاء القانون القديم لحماية المراكز القانونية والتوقعات المشروعة التي نشأت في ظل أحكامه، ومن جهة أخرى اعتبار تطور القانون ووحدة التشريع³.

وبالنتيجة فإن معنى الأمن القانوني يتعلق بالسياق القانوني والثقافي والسياسي الذي يستعمل فيه⁴، لكن الحذر يبقى واجبا لأن هناك اثنين من مخاطر الانحراف التي قد تجعل الأمن القانوني قبلة موقوتة، أولهما ذو طبيعة قانونية، يتمثل في جمود القانون الذي قد ينجم عن استعماله استعمالا مفرطا، وثانيهما ذو طبيعة سياسية، يكمن في الخشية من أن يستفيد القضاة من تطور هذا المبدأ ليمنحوا أنفسهم مزيدا من التسلط على حساب مبدأ الفصل بين السلطات⁵.

ويخلص عبد المجيد غميحة إلى أن الأمن القانوني يعني "كل ضمانه، وكل نظام قانوني للحماية، يهدف إلى تأمين، ومن دون مفاجآت، حسن تنفيذ الالتزامات، وتلافي أو على الأقل، الحد من عدم الوثوق في تطبيق القانون". ومن ثم اعتبر الأمن القانوني من شروط جودة القانون، التي تضمن القدرة على "التحقيق الفعلي والدائم لأهداف المعنيين بالقانون". أي أن الأمن القانوني هو "جودة نظام قانوني، يضمن

¹ Caroline SELVICJO, le principe de sécurité juridique en droit communautaire européen. Thèse de doctorat en droit public, sous la direction de Frédéric Surde, Université de Montpellier I, 2003 (non publié) à la p. 02, in Martin Nadeau, « Perspectives pour un principe de sécurité juridique en droit canadien : les pistes du droit européen », Revue R.D.U.S. (2009-2010), Vol. 40, N° 1-2, p 516.

² صاري نوال، المرجع السابق، ص 118.

³ صاري نوال، المرجع نفسه، ص 115.

⁴ Maire- Claire BELLEAU et Rebecca JOHNSON, « La diversité identitaire et opinions dissidentes de la cour suprême du canada : Conséquences sur la sécurité juridique » (2008) 110 R, du N 319 à la page 322, in Martin NADEAU, « Perspectives pour un principe de sécurité juridique en droit canadien : les pistes du droit européen », Revue R.D.U.S. (2009-2010), Vol. 40, N° 1-2, p 521.

⁵ Fabien BOTTINI, « Les implications nouvelles du principe de sécurité juridique en droit administratif », CRDF N° 6, 2007, p 170.

للمواطنين فهما وثقة في القانون في وقت معين، والذي سيكون -مع كامل الاحتمال- هو قانون المستقبل".
وبذلك فإن الأمن القانوني يترجم المتطلبات اللازمة لجودة القانون وقابليته للتوقع¹.

وترى الأستاذة Anne LEVADE أن الأمن القانوني ضروري جدا لنموذج دولة القانون، وأن حقيقة كون القاعدة القانونية ديمقراطية هو مصدر مشروعيتها، كما أن الأمن القانوني الذي يفهم ببعديه من حيث النوعية وقابلية التوقع هو وحده الذي يمكنه أن يبرر ويقيم حجبه².

وبخصوص تعريف الثقة المشروعة فيرى الأستاذ Simon أن الثقة المشروعة هي "الشق الذاتي (غير الموضوعي) من المبدأ الموضوعي للأمن القانوني"، أي المجموعة الفرعية من الأمن القانوني التي ترمي إلى حماية الوضعيات التي يكتسبها بطريقة شرعية الأفراد الخواص في حال تغيير القاعدة. فهي إذن "الأمن القانوني" من زاوية نظر الفرد، أو وجه من أوجهه؛ فالأمر يشبه إلى حد ما كون ضمان حقوق الدفاع وجها من أوجه مبدأ الوجاهية. ومن ناحية أخرى، قد يحدث أن يتعارض الفرع مع أصله؛ لأن حماية الثقة المشروعة، من حيث كونها حصرا لسلطة التصرف في حدود الحق العام باسم الدفاع عن المصالح الخاصة، قد تفضي إلى إبطال عقود قانونية وينجم عنها خطر انعدام الأمن القانوني. يبين هذا التناقض، إن اقتضى الأمر، أنه إن كانت الثقة المشروعة، في قوانين الإتحاد الأوروبي، "مبدأ غير واضح المعالم"، فإن الأمن القانوني ينتمي إلى مجموعة متنوعة تنوعا مختلفا، لأننا نجد ضمنها مقتضيات غير متجانسة أحيانا ونلاحظ أنها تتضمن في الوقت نفسه مبدأ احترام المساواة والحالات التي ينبغي فيها تجاوز هذا المبدأ (التقليل منه) لأجل حماية حقوق مكتسبة أو متوقعة توقعها مشروع³.

وفي القانون الفرنسي فإن التصور الوحيد المقبول لفكرة التوقعات المشروعة هو ذلك الذي يتطابق مع المفهوم الإنجليزي "Reasonable expectation" الذي مؤداه أن: "التوقعات هي التعبير عن

¹ عبد المجيد غميحة، أبعاد الأمن التعاقدية وارتباطاته، عرض مقدم في اللقاء الدولي حول "الأمن التعاقدية وتحديات التنمية"، المنظم من قبل الهيئة الوطنية للمؤتمين، الصخيرات، 18 و 19 أبريل 2014، ص7.

² Anne LEVADE, Propos introductifs : **La sécurité juridique**, 4^e Convention des juristes de la Méditerranée, Actes du colloque d'Alger, 9-10 décembre 2012, **La sécurité juridique, LA SEMAINE JURIDIQUE**, EDITION GENERALE, SUPPLEMENT AU N° 27, JUILLET 2013, p11.

³ Jean-Pierre PUISSOCHET, Hubert LEGAL, Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, Cahiers du conseil constitutionnel n° 11, Dossier: Le principe de sécurité juridique, décembre 2011, p 6.

(الإرادة الطبيعية)، (الإرادة المثالية). وبالتالي هي الطريقة التي يمكن بها مراعاة توقعات المتعاقدين عندما يبحث القضاة الإنجليز في المضمون الحقيقي للعقد بتكلمته بالشروط الضمنية¹.

ثانياً - مظاهر احترام التوقعات المشروعة للمستثمر الأجنبي

يعتمد قرار المستثمر الأجنبي بالمخاطرة باستثمار أمواله في دولة ما على توقعاته للأثار المترتبة على قيامه بهذا التصرف، هذه التوقعات التي تبنى على ضوء المنظومة القانونية لكل دولة على حدا، وعلى اعتبارات قانونية كالقوة الملزمة للعقد والعقد شريعة المتعاقدين، المستمدة من مبدأ الأمن القانوني الذي يعتبر أساس الحماية في مجال العقود بشكل خاص لكون العقود من أعمال التوقع، كما أن دولة القانون يفترض فيها أن تراعي غايات تشريعاتها من خلال احترامها للمراكز القانونية التي تكونت في ظل هذه التشريعات.

وإدراكاً من المشرع الجزائري بأن كسب ثقة المستثمرين الأجانب كعامل أساسي لجذب الاستثمارات الأجنبية يمر عبر احترام توقعاتهم المشروعة، فقد أسس لمنظومة حامية من خلال العديد من النصوص القانونية جعلت من أولوياتها الاستجابة لتطلعات المستثمر الأجنبي وصون توقعاته التي تأسست في ظل أحكام القوانين السارية المفعول، وتأخذ هذه الحماية المظاهر التالية:

1- النص على شرط الثبات التشريعي: ويمكن التمييز بين نوعين من الحماية التي يوفرها هذا الشرط:

أ- حماية التوقعات المشروعة للمستثمر الأجنبي في حال تعديل أو إلغاء القوانين التي تأسست في ظلها هذه التوقعات حيث تبقى الاستثمارات المنجزة في ظل قانون معين خاضعة لهذا القانون بالرغم من تعديله أو إلغائه، فالتوقعات المبنية على نصوص قانون الاستثمار رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار تبقى خاضعة له حتى ولو تم تعديله أو إلغاؤه مستقبلاً، واستثناء فإنها تخضع للنصوص التي قد تتم مراجعتها أو النصوص التي قد تستحدث في حال إلغاء هذا القانون في حالة واحدة فقط وهي الحالة التي يطلب فيها المستثمر الأجنبي ذلك صراحة، وهذا وفقاً لنص المادة 22 منه² "لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلاً، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

¹ Florian DUPUY, La protection de l'attente légitime des parties au contrat étude de droit des investissements à la lumière du droit comparé, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), Le 30 novembre 2007, p 21.

² قانون رقم 09-16، يتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

ب- حماية الحقوق المكتسبة للمستثمر الأجنبي في ظل القوانين السابقة، فالحقوق المكتسبة بموجب الأمر 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار، الملغى، وكذا تلك المكتسبة بموجب القوانين السابقة له تبقى خاضعة لتلك القوانين، ولا تخضع بأي حال لنصوص القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار، حيث تنص المادة 1/35 من هذا الأخير¹ على أنه "يحتفظ المستثمر بالحقوق المكتسبة فيما يخص المزايا والحقوق الأخرى التي استفاد منها بموجب التشريعات السابقة لهذا القانون، والتي أنشأت تدابير لتشجيع الاستثمارات".

ويتفق المشرع الجزائري في توجهه هذا مع الرأي السائد في الفقه والقضاء الفرنسيين والذي يقول بعدم تطبيق القانون الجديد بأثر مباشر في مجال العقود، بل يظل القانون القديم ممتدا في السريان ويطبق على جميع الآثار المستقبلية للعقود التي أبرمت في ظله، ويصل الأستاذ روبييه إلى حد القول بأنه "في نطاق العقد فإن الأثر المباشر ينبغي رفضه كالأثر الرجعي تماما"²، وذلك لأن العقود التي تكونت في ظل تشريع قديم ولا تزال مستمرة بعد نفاذ التشريع الجديد يصطدم تطبيق الأثر الفوري والمباشر للقانون الجديد، مثله مثل تطبيق الأثر الرجعي عليها، مع الحرية التعاقدية والتوقعات المشروعة والشرعية للمتعاقدين لأنها نشأت مطابقة للقوانين السائدة وقت التعاقد، ويبرز هذا الفرض في العقود التي يطلق عليها اسم عقود المدة، وهي العقود التي يكون الزمن عنصرا جوهريا فيها كعقود الاستثمار.

2- احترام حق الأطراف في اختيار وسائل حل المنازعات: كما يبرز احترام المشرع الجزائري للتوقعات المشروعة للمستثمر الأجنبي في اعتداده باختيارات الأطراف المتعاقدة ومن ذلك تقنين حق الأطراف في اختيار وسائل حل المنازعات، وهذا ما أقرته المادة 24 من القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار³ والتي تنص على أنه "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، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص".

¹ قانون رقم 09-16، يتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

² سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.س.ن، ص 694-695.

³ قانون رقم 09-16، يتعلق بترقية الاستثمار، المرجع نفسه.

وهو ما أقرته أيضا المادة 58 من قانون المحروقات¹ "يسوى كل خلاف بين الوكالة الوطنية لنتمين موارد المحروقات (ألفظ) والمتعاقد، ينجم عن تفسير و/أو تنفيذ أو عن تطبيق هذا القانون و/أو النصوص المتخذة لتطبيقه، عن طريق إجراء تسوية ودية وفق الشروط المتفق عليها في العقد. في حالة إخفاق هذا الإجراء، يمكن عرض الخلاف للتحكيم الدولي حسب الشروط المتفق عليها في العقد.

يخص اللجوء إلى التحكيم الدولي المذكور أعلاه، الأشخاص المكونين للمتعاقد، دون سواهم، ولا يخص المؤسسة الوطنية سوناطراك، شركة ذات أسهم. في حالة ما إذا كان هذا الخلاف قائما بين المؤسسة الوطنية سوناطراك، شركة ذات أسهم، والأشخاص المكونين للمتعاقد، فإنه يمكن عرض هذا الخلاف على التحكيم الدولي حسب الشروط المنصوص عليها في العقد".

تظهر صياغة هاتين المادتين الأهمية التي أولاها المشرع الجزائري للشروط العقدية المبنية على إرادة الأطراف المتعاقدة في عقود الاستثمار المبرمة في مجال النشاطات الاقتصادية لإنتاج السلع والخدمات كما في عقود الاستثمار المبرمة في مجال المحروقات، مما يعتبر احتراما من المشرع الجزائري للتوقعات المشروعة للأطراف، ويبرز ذلك من خلال عبارة "أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص" في نص المادة 24 من قانون ترقية الاستثمار، ومن خلال تكرار نفس العبارة مع اختلاف في صياغتها في المادة 58 من قانون المحروقات "وفق الشروط المتفق عليها في العقد"، "حسب الشروط المتفق عليها في العقد"، "حسب الشروط المنصوص عليها في العقد".

كما أن تصفح نص اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمار ودعمها ومتابعتها وأوراسكوم تيلكوم الجزائر² يبرز تحويل الخيارات الإرادية الواردة في النصوص المذكورة سلفا من ضمانات تشريعية إلى شروط عقدية، حيث نصت المادة 5 من هذه الاتفاقية تحت عنوان ضمانات حماية الاستثمارات على أنه "تستفيد الشركة من الضمانات الممنوحة للمستثمرين والمقررة في الباب الخامس من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1414 الموافق 5 أكتوبر سنة 1993 والمذكور أعلاه، وعند

¹ قانون رقم 05-07 المؤرخ في 19 ربيع الأول عام 1426 الموافق 28 أبريل سنة 2005، يتعلق بالمحروقات، معدل ومتمم، ج. ر العدد 11، المؤرخة في 19 يوليو سنة 2005 م.

² مرسوم تنفيذي رقم 01-416 يتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمار ودعمها ومتابعتها وأوراسكوم تيلكوم الجزائر، المرجع السابق.

الاقتضاء، من الضمانات والحقوق والامتيازات المعترف بها لهم بموجب اتفاقية تشجيع الاستثمارات وحمايتها، المبرمة بين الدولة التي ينتمي إليها وبين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية".

وبالرجوع إلى المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار¹، الملغى، فإنه ينص في بابه الخامس تحت عنوان الضمانات الممنوحة للاستثمارات على مجموعة من الضمانات وهي مبدأ المعاملة الوطنية في المادة 38، شرط الثبات التشريعي في المادة 39، عدم التسخير في المادة 40، وأخيرا الضمانات الإجرائية وعلى رأسها التحكيم الدولي في المادة 41.

الفرع الثاني

حماية المصالح الاقتصادية للدولة الجزائرية

تحقيقا للعدالة التعاقدية، وفي مقابل احترام التوقعات المشروعة للمستثمر الأجنبي، احتفظ المشرع الجزائري للدولة الجزائرية بمجموعة من الشروط التعاقدية التي تعد ضرورية لحماية المصالح الاقتصادية للدولة، وما يميز هذه الشروط هو أن صياغتها في القوانين الوطنية تكون سابقة على التعاقد، وهي غير قابلة للتفاوض أو التعديل.

إن هذه الشروط تعد من مشتقات الإيجاب الذي ينتظر قبولاً مطابقاً من المستثمر الأجنبي لينعقد العقد، وإن إقبال المستثمر الأجنبي على التعاقد مع الدولة الجزائرية يعتبر رضا منه بهذه الشروط التشريعية، والتي قد تتحول في كثير من العقود إلى شروط عقدية تتم برضا الطرفين.

وفي هذا الصدد احتفظ المشرع الجزائري للدولة الجزائرية باعتبارها البلد المضيف بتحديد المجالات المتاحة للاستثمار الخاص فيما أبقى الاستثمار في بعض المجالات حكراً على المؤسسات العمومية الوطنية، ويعد ذلك من المبادئ المقررة في نطاق فقه القانون الدولي العام حيث تملك الدولة حق تحديد المجالات التي يمكن الاستثمار فيها داخل إقليمها الوطني إذ يكون الاستثمار بالكيفية التي تحقق مصالحها الوطنية².

¹ مرسوم تشريعي رقم 93-12 مؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1414 الموافق 5 أكتوبر سنة 1993، يتعلق بترقية الاستثمار، ج. ر العدد 64، المؤرخة في 10 أكتوبر سنة 1993 م.

² وليد عباس جبر و أحمد حسين جلاب، صور الاستثمار الأجنبي ومجالاته، الغري للعلوم الاقتصادية والإدارية، ص 210. رابط المقال <https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=63167> تاريخ الاطلاع 2018/12/21.

فبالنسبة للنشاطات الاقتصادية لإنتاج السلع والخدمات فقد تم حصر مجالات الاستثمار فيها في مجموعة من النشاطات تضمنتها المادة 2 من القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار¹، إذ عرفت الاستثمار بمجموعة من النشاطات بنصها على أنه "يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا القانون، ما يأتي:

1- اقتناء أصول تدرج في إطار استحداث نشاطات جديدة و/أو إعادة التأهيل،

2- المساهمات في رأسمال شركة".

لتصنيف المادة 6 في فقرتها الأولى والثالثة نشاطات أخرى حيث نصت الفقرة الأولى على أنه "تعد استثمارات، في مفهوم المادة 2 أعلاه، وتكون قابلة للاستفادة من المزايا، السلع بما فيها تلك المجددة التي تشكل حصصا عينية خارجية تدخل في إطار عمليات نقل النشاطات من الخارج"، ونصت الفقرة الثالثة على أنه "كما تعد استثمارات قابلة للاستفادة من المزايا، السلع التي تكون موضوع رفع خيار شراء المستأجر في إطار الاعتماد الإيجاري الدولي، بشرط إدخال هذه السلع إلى التراب الوطني في حالة جديدة".

كما تضطلع الدولة الجزائرية بتوجيه الاستثمارات من خلال اعتماد تحفييزات وامتيازات حسب خصوصية كل منطقة، والتي كانت تصنف في الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار، الملغى، وفق النظام العام والنظام الاستثنائي، أما القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار فقد تدرج في رفع سقف المنح والتحفييزات بحسب طبيعة المنطقة المراد توجيه الاستثمار نحوها، حيث تستفيد المناطق المحددة قائمتها عن طريق التنظيم، التابعة لمناطق الجنوب والهضاب العليا، وكذا كل منطقة أخرى تتطلب تميمتها مساهمة خاصة من قبل الدولة، حسب المادة 13 من القانون رقم 09-16 من أفضل التحفييزات والامتيازات، في حين تمنح مزايا استثنائية للاستثمارات التي تمثل أهمية خاصة للاقتصاد الوطني وفقا لما جاء في القسم الرابع من قانون الاستثمار الجديد تحت عنوان المزايا الاستثنائية لفائدة الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة للاقتصاد الوطني.

ولعل أهم شرط تضعه الدول المضيفة للاستثمار لحماية مصالحها الاقتصادية هو ما يتعلق بالرقابة على الاستثمارات، ومن ذلك ما جاء به المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية من خلال فرضه لشرط الالتزام بالاستثمار بالنسبة للمتعهدين الأجانب، هذا الشرط الذي استحدث لأول مرة بموجب المادة 24

¹ قانون رقم 09-16، يتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

من قانون الصفقات العمومية لسنة 2010 الملغى¹ والتي كانت تنص على أنه "يجب أن تنص دفاتر شروط المناقصات الدولية، بالنسبة للمتعهدين الأجانب، على إلزامية الاستثمار في نفس ميدان النشاط، في إطار شراكة مع مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون"، وأعيد إدراجه في المادة 84 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لسنة 2015² بنصها على أنه "يجب أن تنص دفاتر شروط الدعوات للمنافسة الدولية، في إطار السياسات العمومية للتنمية، بالنسبة للمتعهدين الأجانب، على الالتزام بالاستثمار في شراكة، عندما يتعلق الأمر بالمشاريع التي تحدد قائمتها بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بالنسبة لمشاريعها وبالنسبة لمشاريع المؤسسات العمومية التابعة لها".

وفي مجال الرقابة أيضا أقر المشرع الجزائري بموجب قانون المالية لسنة 2009 تعديلا على نص المادة 4 من الأمر 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار³، الملغى، بإدراجه لقاعدة 49/51 حيث تنص المادة 2/4 من هذا الأمر على أنه "لا يمكن إنجاز الاستثمارات الأجنبية إلا في إطار شراكة تمثل فيها المساهمة الوطنية المقيمة نسبة 51 % على الأقل من رأس المال الاجتماعي. ويقصد بالمساهمة الوطنية جمع عدة شركاء".

وبصدور قانون الاستثمار رقم 16-09 أكد المشرع الجزائري تمسكه بقاعدة 49/51 من خلال المادة 66 من قانون المالية لسنة 2016⁴ والتي تنص على أنه "ترتبط ممارسة الأجانب لأنشطة إنتاج السلع والخدمات والاستيراد بتأسيس شركة تحوز المساهمة الوطنية المقيمة على نسبة 51 % على الأقل من رأسمالها". وهو نفس الإجراء المعمول به في قانون المحروقات الجزائري.

ويعد فرض الشراكة على المستثمرين الأجانب في إطار قاعدة 49/51 أمر مستقر في قانون المحروقات منذ صدور الأمر رقم 71-22 المؤرخ في 12 أبريل 1971⁵، حيث أقر هذا الأمر نظام

¹ مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 7 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية. ج. ر العدد 58، المؤرخة في 7 أكتوبر سنة 2010 م.

² مرسوم رئاسي رقم 15-247 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. المرجع السابق.

³ أمر رقم 03-01، يتعلق بتطوير الاستثمار، المرجع السابق.

⁴ قانون رقم 15-18 مؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1437 الموافق 30 ديسمبر سنة 2015، يتضمن قانون المالية لسنة 2016، ج. ر العدد 72، المؤرخة في 31 ديسمبر سنة 2015.

⁵ أمر رقم 71-22 مؤرخ في 16 صفر عام 1391 الموافق 12 أبريل سنة 1971 يتضمن تحديد الإطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في ميدان البحث عن الوقود السائل واستغلاله، ج. ر العدد 30، المؤرخة في 13 أبريل 1971 م.

الشركات المختلطة والذي من خلاله لا يمكن للشركات الأجنبية أن تشارك في عمليات البحث واستغلال المحروقات السائلة إلا في إطار شراكة لا تزيد نسبتها عن 49 % من رأسمال المشروع المشترك مع سوناطراك، وبالإضافة إلى ذلك، يجب على المستثمر الأجنبي، قبل إنشاء المشروع المشترك، تأسيس شركة تجارية خاضعة للقانون الجزائري يكون مقرها في الجزائر¹. وقد كرس القانون رقم 86-14 المتعلق بأعمال التنقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب²، الملغى، نظام الشراكة في إطار قاعدة 49/51 إذ خصها بالبواب الرابع تحت عنوان الاشتراك مع الأشخاص المعنويين الأجانب، حيث نصت المادة 20 منه على أنه "لا يمكن أي شخص معنوي أجنبي يرغب في ممارسة أعمال التنقيب والبحث عن المحروقات السائلة واستغلالها، أن يقوم بذلك إلا بالاشتراك مع مؤسسة وطنية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا الباب".

وفي بيان شروط الاشتراك بين الأشخاص المعنويين الأجانب والمؤسسة الوطنية جاءت المادة 24 من القانون 86-14 لتوضح شكل الاشتراك ونسبة مساهمة كل طرف، بنصها على أنه "يمكن أن يكتسي الاشتراك أحد الشكلين التاليين، إذا كانت طريقة انتفاع الشريك الأجنبي هي المنصوص عليها في المقطع 1 - من المادة 22 السابقة :

- إما اشتراك بالمساهمة لا يتسم بالشخصية المعنوية،
- وإما شركة تجارية بالأسهم تخضع للقانون الجزائري ويكون مقرها الرئيسي بالجزائر.
ويتعين على الشريك الأجنبي أن يكون لهذا الغرض شركة تجارية خاضعة للقانون الجزائري ويكون مقرها في الجزائر.

يجب أن لا تقل نسبة انتفاع المؤسسة الوطنية عن 51 % مهما يكن الشكل المعتمد".

وكمثال عن العقود التي أبرمتها شركة سوناطراك مع شركاء أجانب في إطار شراكة، عقد اقتسام الإنتاج مع شركة أميرادا هاس (Amerada Hess) الأمريكية بتاريخ 16 أبريل 2000 بقيمة 550 مليون دولار على أن تستفيد سوناطراك من 51 % من العوائد، وأيضا العقد المبرم مع شركة الغاز الفرنسية (Gaz

¹ Farida HOCINE, L'influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international, Thèse pour le Doctorat en Droit, Faculté de Droit et Sciences Politiques, Université Mouloud MAMMERRI de Tizi-Ouzou, 20 Juin 2012, p 19.

² قانون رقم 86-14 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1406 الموافق 19 غشت سنة 1986 يتعلق بأعمال التنقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب، ج. ر العدد 35، المؤرخة في 27 غشت سنة 1987 م.

(de France) سنة 2000 هو الآخر، بتكلفة 25 مليون أورو والذي ينص على تقاسم منتج الغاز الطبيعي وفق القاعدة 49/51¹.

إن إقرار الشراكة بهذه الصيغة يجعل الشركات الأجنبية تخضع في نشاطها لرقابة الدولة الجزائرية ولقانونها، وتأتي هذه الرقابة في صورتين، الأولى رقابة داخلية تبدأ بمساهمة الرأسمال الوطني في تأسيس الشركة الاستثمارية إلى جانب الرأسمال الأجنبي، وهذا يستتبعه إجبارية مشاركة الكفاءات الوطنية في إدارة الشركة. والثانية رقابة خارجية تتمثل في ضرورة خضوع الشركة للقوانين والتنظيمات السارية المفعول داخل الدولة الجزائرية سواء في تأسيسها أو في ممارسة نشاطها.

وقد جاء في تعليق البنك الإفريقي للتنمية على تقرير ممارسة أنشطة الأعمال المعد من طرف البنك العالمي في طبعته لسنة 2016 الذي صنف الجزائر في المرتبة 163 من بين 189 دولة خضعت للدراسة، أن الإجراءات اللازمة لإنشاء الشركات في الجزائر تعتبر متعددة. ومن بين خصوصيات مناخ الأعمال في الجزائر أنه وبداية من سنة 2009 وضع ترتيبات تتعلق بالشراكة، والتي تجعل المستثمرين الأجانب غير قادرين على إنجاز أي مشروع استثماري إلا في إطار شراكة يمثل فيها الشريك الجزائري المقيم على الأقل 51 % من رأس المال².

كما تظال الرقابة أيضا إقدام المساهمين الأجانب على التنازل عن حصصهم في الشركات المختلطة، كما تسري أيضا على تنازل الشركاء الجزائريين لفائدة المساهمين الأجانب، ويتم ذلك من خلال أعمال الدولة الجزائرية والمؤسسات العمومية الجزائرية لحق الشففة، هذا الحق الذي تم إدراجه لأول مرة في قوانين الاستثمار الجزائرية من خلال المادة 4 مكرر 3 من الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، الملغى، إثر تعديله بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009³ من خلال مادته 62، وتم تعديل المادة 4 مكرر 3 سالفه الذكر بالمادة 46 من قانون المالية التكميلي لسنة 2010⁴، وكذا بالمادة 57 من

¹ أو شن ليلي، الشراكة الأجنبية والمؤسسات الاقتصادية الجزائرية، مذكرة ماجستير فرع قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2011/02/22، ص 37.

² Document de stratégie pays intérimaire 2016-2018, République Algérienne Démocratique et Populaire, banque africaine de développement, Département Régional Afrique du nord (ORON), Octobre 2016, p 5.

³ أمر رقم 01-09 مؤرخ في 29 رجب عام 1430 الموافق 22 يوليو سنة 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج. ر العدد 44، المؤرخة في 26 يوليو سنة 2009 م.

⁴ أمر رقم 01-10 مؤرخ في 16 رمضان عام 1431 الموافق 26 غشت سنة 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج. ر العدد 49، المؤرخة في 29 غشت سنة 2010 م.

قانون المالية لسنة 2014¹ أين استقر نصها قبل إلغاء الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار على أنه "تتمتع الدولة وكذا المؤسسات العمومية الاقتصادية بحق الشفعة على كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين الأجانب.

يخضع كل تنازل، تحت طائلة البطلان، إلى تقديم شهادة التخلي عن ممارسة حق الشفعة المسلمة من طرف المصالح المختصة التابعة للوزير المكلف بالاستثمار بعد استشارة مجلس مساهمات الدولة...".

وقد احتفظ القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار² للدولة الجزائرية بحق الشفعة من خلال إعادة إدراجه في المادة 30 والتي تنص على أنه "بغض النظر عن أحكام المادة 29 أعلاه، تتمتع الدولة الجزائرية بحق الشفعة على كل التنازلات عن الأسهم والحصص الاجتماعية المنجزة من قبل أو لفائدة الأجانب.

تحدد كميّات ممارسة حق الشفعة عن طريق التنظيم".

أما في قانون المحروقات الجزائري فإن حق الشفعة معمول به منذ ثمانينيات القرن الماضي، فقد تضمنته المادة 2/5 من المرسوم رقم 87-158 المتعلق بكيفيات تعريف الشركات الأجنبية التي تترشح للاشتراك في التنقيب والبحث عن المحروقات السائلة واستغلالها وبكيفيات مراقبتها³ بنصها على أنه "وكل تنازل عن مصالح الشريك الأجنبي في الاشتراك لأشخاص طبيعيين أو معنويين غير الأشخاص المنصوص عليهم في الفقرة الأولى من هذه المادة يتطلب الموافقة القبلية من المؤسسة الوطنية التي تملك حق الشفعة ويخضع هذا التنازل لإذن الوزير المكلف بالمحروقات"، لتضيف المادة 6 من هذا المرسوم "تمارس المؤسسة الوطنية الشريكة حق الشفعة بناء على إذن الوزير المكلف بالمحروقات".

بالإضافة إلى الشروط الحمائية السابق ذكرها اشترط المشرع الجزائري من خلال قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة إعادة استثمار جزء من الأرباح الموافق للإعفاءات أو التخفيضات الضريبية الممنوحة في إطار أجهزة دعم الاستثمار⁴، ولتحديد كميّات تطبيق هذا الشرط جاء القرار الوزاري المشترك

¹ قانون رقم 13-08 مؤرخ في 27 صفر عام 1435 الموافق 30 ديسمبر سنة 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج. ر العدد 68، المؤرخة في 31 ديسمبر سنة 2013 م.

² قانون رقم 16-09، يتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

³ مرسوم رقم 87-158 مؤرخ في 25 ذي القعدة عام 1407 الموافق 21 يوليو سنة 1987، يتعلق بكيفيات تعريف الشركات الأجنبية التي تترشح للاشتراك في التنقيب والبحث عن المحروقات السائلة واستغلالها وبكيفيات مراقبتها، ج. ر العدد 30، المؤرخة في 22 يوليو سنة 1987 م.

⁴ انظر المادتين 2 و 5 من القانون رقم 15-18، المنصمّن قانون المالية لسنة 2016، المرجع السابق.

بين وزير المالية ووزير الصناعة والمناجم المؤرخ في 28 نوفمبر 2016¹، الذي نص في المادة 2 على أنه "يتعين على المكلفين بالضريبة الذين يستفيدون من إعفاءات أو تخفيضات ضريبية ممنوحة خلال مرحلة الاستغلال في إطار أنظمة دعم الاستثمار، إعادة استثمار نسبة 30 % من حصة الأرباح الموافقة لهذه الإعفاءات أو التخفيضات في أجل أربع (4) سنوات، ابتداء من تاريخ إقفال السنة المالية التي خضعت نتائجها للنظام التفضيلي". وأضافت المادة 10 منه "تطبق إلزامية إعادة الاستثمار في حدود نسبة 30 % من حصة الأرباح الموافقة للإعفاءات أو التخفيضات الضريبية، على الأرباح التي يعاد استثمارها ابتداء من أول يناير سنة 2016.

تمدد إلزامية إعادة الاستثمار في حدود نسبة 30 % إلى الأرباح المتراكمة، التي لم تصل بعد للتقادم المنصوص عليه في المادتين 2 و 5 من هذا القرار، والتي لم تكن محل إعادة الاستثمار في 31 ديسمبر سنة 2015".

المبحث الثاني

دور الإرادة في استقرار الالتزامات التعاقدية

إن دور الإرادة في تكوين عقد الاستثمار الدولي لا يجب أن يتوقف عند وضع شروط تؤسس لتحقيق التوازن بين مصالح الطرفين، ذلك أن هذا التوازن قد يتعرض في أية لحظة للاختلال بفعل التغيرات في الظروف المحيطة بالعقد؛ لاسيما إذا كان هذا العقد من العقود الزمنية التي تمتد مرحلة تنفيذها إلى عدة سنوات كما هو الحال بالنسبة لعقود الاستثمار في مجال المحروقات.

فقد يواجه العقد الزمني ظروفا لا إرادية خارجة عن نطاق إرادة الأطراف وعن سيطرتهم تؤثر على توازنه الاقتصادي وقد يبلغ أثرها حد جعل تنفيذ الالتزامات التعاقدية أمرا مستحيلا، كما قد يكون مصدر الخطر الذي يعترض توازن العقد هو أطراف العقد أنفسهم بداعي تغيير الأهداف المتوخاة من العقد أو زوال المصلحة المرجوة من التعاقد. إن احتمال تحقق هذه المخاطر يجعل عقود الاستثمار الدولية تعيش وضع توازن قلق لأن استقرارها يرتبط بالتغيرات التي قد تطرأ على الظروف المحيطة بالعقد (المطلب الأول) وتناديا

¹ قرار وزاري مشترك مؤرخ في 28 صفر عام 1438 الموافق 28 نوفمبر سنة 2016، يحدد كليات تطبيق أحكام المادتين 2 و 51 من قانون المالية لسنة 2016، المتعلقة بإلزامية إعادة استثمار نسبة 30 % من حصة الأرباح الموافقة للإعفاءات أو التخفيضات الضريبية الممنوحة في إطار أنظمة دعم الاستثمار، ج. ر العدد 71، المؤرخة في 11 ديسمبر سنة 2016 م.

لانهيار الرابطة العقدية بفعل هذه الظروف فإنه من واجب الأطراف الإعداد لمواجهةها من خلال إدراج شروط عقدية تتضمن حلولاً عملية لمواجهة أي طارئ مهما كان مصدره، وهنا يبرز دور الإرادة في وضع حلول استباقية وقائية ضد اختلال التوازن الاقتصادي للعقد في حال تحقق هذه الظروف (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أثر تغير الظروف على التوازن الاقتصادي للعقد

كثيراً ما تكون عقود الاستثمار الدولية عرضة لتغيرات تطرأ بشكل مفاجئ خلال المراحل اللاحقة على مرحلة التعاقد فتؤثر على استقرار توازنها الاقتصادي، هذه التغيرات قد تكون في صورة ظروف خارجية لإرادية وغير متوقعة تؤثر على اقتصاديات العقد فيختل التوازن لصالح طرف على حساب الآخر، أو قد تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً (الفرع الأول) وقد تكون هذه التغيرات في صورة تصرفات تصدر عن الإرادة المنفردة للدولة المضيفة للاستثمار باعتبارها صاحبة سيادة على إقليمها وتمتلك سلطة التنظيم والضبط عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الظروف اللإرادية واختلال التوازن الاقتصادي للعقد

يقصد بالظروف اللإرادية تلك الحوادث التي تكون خارجة عن إرادة الأطراف المتعاقدة أي أن لا يد لهم فيها، ولا يكون في وسعهم توقعها عند التعاقد أو دفعها إذا ما ألمت بهم، وهي إذ تشترك في أسبابها المنشئة فإنها تختلف في تفاوت آثارها ونتائجها على التوازن الاقتصادي للعقد وفي كيفية التصدي لها، ويمكن التمييز في هذا الصدد بين حالة الظروف الطارئة (أولاً) وحالة القوة القاهرة (ثانياً).

أولاً- قيام حالة الظروف الطارئة

الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين فمتى نشأ العقد صحيحاً ملزماً فالواجب تنفيذه في جميع ما اشتمل عليه ويطبق القاضي العقد كما لو كان يطبق قانوناً، فالعقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية بين

أطرافه ولا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، كما لا يجوز للقاضي أن يعدل العقد أو ينقضه بدعوى أن النقص أو التعديل تقتضيهما العدالة¹.

غير أنه قد يعترض تنفيذ عقود الاستثمار الدولية معوقات من قبيل الظروف الطارئة مما يؤدي إلى اختلال التوازن لصالح طرف على حساب الآخر فيصبح تنفيذ الالتزام مرهقا، وهنا يحدث الاستثناء حيث يجوز للقاضي التدخل لإعادة التوازن بين الالتزامات المتقابلة إعمالا لما يعرف بنظرية الظروف الطارئة.

1. تعريف نظرية الظروف الطارئة

إن فكرة نظرية الظروف الطارئة تفترض وجود عقود يتراخى فيها التنفيذ إلى أجل أو آجال، كعقد توريد، أو عقد بيع شيء مستقبل، وعند حلول أجل التنفيذ تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت بسبب حادث لم يكن متوقعا، مما يؤدي إلى فقدان التوازن الاقتصادي بين الالتزامات الناشئة عن العقد في ذمة طرفيه، الأمر الذي يجيز للقاضي أن يتدخل ليوزع تبعه هذا الحادث على عاتق الطرفين ويرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول والمألوف في مثل هذه الحالة².

وعليه يمكن تعريف الظروف الطارئة بأنها حوادث عامة استثنائية اقتصادية كانت أو طبيعية أو إدارية، تقع أثناء تنفيذ العقد ولا دخل لإرادة المتعاقد في حدوثها، ولم يكن في وسعه توقعها عند إبرام العقد، ولا يملك دفعها عند وقوعها، ويكون من شأن هذه الظروف أن تصيب المتعاقد بخسارة فادحة تجاوز الخسارة العادية التي يمكن احتمالها على نحو تختل معه اقتصاديات العقد اختلالا جسيما³.

وتعرف أيضا بأنها الحالة الاستثنائية التي يطرأ فيها بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه حادث لم يكن متوقعا، من شأنه أن يؤدي إلى اختلال التوازن بين التزامات الطرفين اختلالا فادحا يصبح معه الالتزام الملقى على عاتق المدين مرهقا له إرهاقا شديدا وينترتب على تنفيذه له خسارة فادحة.

¹ ياسر باسم نون ورؤى خليل إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الأحكام القضائية "دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون - جامعة الإمارات، العدد السابع والخمسون - ربيع الأول 1435 يناير 2014، السنة الثامنة والعشرون، ص 187.

² بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 251.

³ محمد أبو بكر عبد المقصود، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الأزمة المالية العالمية (نظرية الظروف الطارئة)، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر (الجوانب القانونية والاقتصادية للأزمة المالية العالمية)، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، في الفترة من 1 - 2 أبريل 2009، ص 18.

وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 107 من ق. م¹ التي تنص على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.

ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام.

غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

وبالرجوع إلى أصل نظرية الظروف الطارئة فقد أسس قواعدها حكم مجلس الدولة الفرنسي الشهير الصادر سنة 1916 في قضية Bordeaux الفرنسية، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شركة الغاز للإضاءة بمدينة Bordeaux كانت ملزمة بأن تورد الغاز للمدينة بسعر معين، غير أن سعر الفحم ارتفع عما كان عليه نتيجة لوقوع الحرب العالمية الأولى، ووجدت الشركة أن الأسعار التي تتقاضاها من الجهة الإدارية المتعاقدة معها لا تغطي نفقات الشركة، فطلبت تعديل هذه الأسعار برفعها، غير أن الجهة الإدارية لم توافق على ذلك استنادا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فاضطرت الشركة إلى الالتجاء لمجلس الدولة الفرنسي، الذي قضى بتعديل العقد بين الجهة الإدارية والشركة بما يتناسب والأسعار الجديدة، وقرر أنه إذا طرأت ظروف لم يكن في وسع الطرفين توقعها وقت التعاقد وترتب عليها زيادة في أعباء أحد المتعاقدين بما يؤدي إلى اختلال التوازن المادي للعقد اختلالا جسيما، فإن للمتعاقد أن يطلب من الإدارة، ولو بصفة مؤقتة، المساهمة في الخسائر التي ستلحق به من جراء تنفيذ العقد بحالته المتفق عليها².

وقد عالجت اتفاقيتي لاهاي وفيينا مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد الدولي من حيث الآثار المترتبة عنها والتمثلة في إعفاء المتعاقدين من المسؤولية، دونما توضيح لطبيعة الحدث المخل بالعقد أو تحديد لدرجة تأثيره على تنفيذ العقد. وقد كان هذا الغموض دافعا لاستحداث آليات قانونية تستجيب لمتطلبات التجارة الدولية في تنظيم مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد الدولي من ضمنها شرط إعادة التفاوض، هذا الشرط عرفه

¹ أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، المرجع السابق.

² محمد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السابق، ص 10-11.

الأستاذ OPPETIT على أنه "اتفاق الأطراف على إمكانية تعديل العقد في حالة تغير الظروف بشكل يمس بالعناصر الأساسية للعقد عما تم عليه عند التعاقد، مما يخل بتوازنه ويسبب ضررا جسيما لأحد المتعاقدين"¹. واستجابة لمتطلبات العقود الدولية، ورغبة منه في جعل القانون الفرنسي أكثر جاذبية ومحل اختيار في العقود الدولية، فقد أدرج المشرع الفرنسي فيما أدرجه من تعديلات على القانون المدني الفرنسي سنة 2016 فكرة إعادة التفاوض على العقد بعد تحقق حالة الظروف الطارئة، حيث أتاح للمتعاقد الذي يصبح التنفيذ مرهقا بالنسبة له أن يطلب من المتعاقد الآخر إعادة التفاوض على العقد، شرط أن يستمر في تنفيذ التزاماته أثناء إعادة التفاوض، وهذا وفقا لنص المادة 1/1195 من القانون المدني الفرنسي المعدل والتي تنص على أنه "إذا حدث تغير في الظروف، غير ممكن التوقع عند إبرام العقد، ترتب عليه أن صار التنفيذ باهظ الكلفة بالنسبة لأحد الأطراف، الذي لم يقبل تحمل تبعه هذا التغير، يمكن لهذا الأخير أن يطلب من المتعاقد معه إعادة التفاوض على العقد، على أن يستمر في تنفيذ التزاماته أثناء إعادة التفاوض"².

II. شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

إن أول شرط لإعمال نظرية الظروف الطارئة هو أن يكون العقد من العقود المتراخية التنفيذ، سواء أكان في أصل طبيعته من عقود المدة أي من العقود المستمرة أو الدورية التنفيذ أم كان من العقود الفورية التنفيذ ولكن تنفيذه مؤجلا، ويرجع السبب في ذلك لاحتمال تغير الظروف أثناء سريان تلك العقود، أما العقود التي يتم تنفيذها فور انعقادها فلا يتصور الأخذ بشأنها بنظرية الظروف الطارئة.

ولئن كانت القواعد العامة التقليدية تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، وأن المدين ملزم بالوفاء طالما لم يصبح التزامه مستحيلا استحالة مطلقة، ولا مناص من إجباره على الوفاء مهما سبب له ذلك من خسارة، فإن العدالة تقتضي مراعاة ما تغير من الظروف وتعديل التزامات المدين بما يتناسب مع هذا التغيير، وهذا ما تقول به نظرية الظروف الطارئة.

ويتوقف تطبيق نظرية الظروف الطارئة على توفر شروط موضوعية معينة هي:

- أن يكون الالتزام تعاقديا.

¹ هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان، السنة الجامعية 2015-2016، ص22.

² Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 février 2016 texte n° 26, Consulté sur le site internet: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939&categorieLien=id> (date d'accès : le 09/04/2019).

- أن يكون الحادث استثنائياً؛ ويشترط في الحادث الاستثنائي أن يكون عاما، وغير متوقع، وأن يتسبب في إرهاب المدين وتكبيده خسارة فادحة.
- أن لا يكون للمتعاقد يد في وقوع هذه الظروف بسبب تقصير أو إهمال منه.
- أن يكون في تنفيذ الالتزام العقدي إلحاق خسارة جسيمة غير معتادة بالمتعاقد.

III. الآثار المترتبة على قيام حالة الظروف الطارئة

إن أهم أثر يترتب على نظرية الظروف الطارئة حسب المادة 107 من ق. م¹ هو تدخل القاضي لإعادة الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، أي إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، وله أن يتبع في ذلك إحدى الطرق الآتية حسب ظروف الحال:

- أ- **تعديل العقد:** ويكون ذلك من خلال إحدى الطريقتين:
- **إنقاص الالتزام المرهق:** يجوز للقاضي إنقاص الالتزام الذي تعهد به المدين عند حدوث ظرف استثنائي، فإذا امتنع المدين -رغم هذا التعديل- عن الوفاء كان للدائن أن يطلب تطبيق القواعد العامة في المسؤولية العقدية، كما له أن يطلب الفسخ أو التعويض.

والإنقاص من مقدار الالتزام المرهق هو الوسيلة الطبيعية والعادية لرفع الإرهاب عن المدين، فقد يرى القاضي أن رفع الالتزام المرهق عن كاهل المدين يكون بإنقاص الالتزام المرهق سواء من حيث الكم أو من حيث الكيف، وذلك إذا كان العقد ملزما لجانب واحد أو ملزما جانبيين².

- **زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق:** وفي هذه الحالة تقضي المحكمة بزيادة التزام الدائن لإحداث التوازن العادل والمطلوب، فرد الالتزام المرهق يتحقق في هذه الحالة عن طريق الزيادة في التزامات الدائن، وبالتالي يزيد مقدار العوض الذي يتحصل عليه المدين، فالزيادة في التزامات الدائن تقلل من الخسارة التي يتحملها المدين.

ب- **وقف العقد:** قد يقدر القاضي أن الظروف الطارئة عارضة ومؤقتة، وأن مصيرها إلى زوال قريب، فيقرر وقف العقد إلى أن تزول هذه الظروف الاستثنائية بدلا من تعديله، فمتى زالت عاد العقد إلى سريانه بذات شروطه وضوابطه الاتفاقية. والوقف هو إجراء يستطيع به القاضي إرجاء تنفيذ الالتزامات التعاقدية إلى حين

¹ أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، المرجع السابق.

² سعدون يسين، المرجع السابق، ص 357.

زوال الحادث الطارئ، فمتى زال هذا الحادث وعادت الأمور إلى حالتها الأولى تحركت القوة التنفيذية للعقد مرة أخرى¹.

وفي ذلك تنص المادة 281 من ق.م² على أنه "يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقر بغير ذلك.

غير أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه المدة سنة، وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها. وفي حالة الاستعجال يكون منح الآجال من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة".

إذن فإن فكرة التوازن الاقتصادي للعقد التي كرستها أحكام نظرية الظروف الطارئة هي بقصد تحقيق العدالة العقدية، ذلك أن القاضي يسعى إلى إعادة التوازن الاقتصادي للعقد من أجل استقرار المعاملات المالية، وتحقيق الأمن القانوني، وذلك بالإبقاء على العلاقة العقدية قائمة والمحافظة على استمرارها في إنتاج آثارها³. ولعل ذلك ما دفع بالمشرع الجزائري على غرار أغلب التشريعات المقارنة إلى إسناد مهمة إعادة التوازن الاقتصادي للعقد المختل بفعل الظروف الطارئة للقضاء وتقرير بطلان كل اتفاق على خلاف ذلك، إلا أن المشرع الفرنسي والذي طالما كان مصدر إلهام المشرع الجزائري فقد ترك للأطراف حرية التكيف مع الوضع الجديد أو اللجوء إلى القضاء لتعديل العقد أو إنهائه وفقا لنص المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي بتعديله الجديد.

فخلافًا لطريقة معالجة المشرع الجزائري لآثار الظروف الطارئة فإن المشرع الفرنسي في تعديله الجديد للقانون المدني جعل الأصل هو اتفاق الأطراف على التصدي لآثار الظروف الطارئة بدءًا من اتفاقهم على إعادة التفاوض وصولًا إلى الاتفاق على فسخ العقد، والاستثناء هو تدخل القاضي لاستعادة التوازن العقدي بناءً على طلب يكون باتفاق طرفي العقد، أو التدخل لتعديل العقد أو إنهائه بناءً على طلب أحد الأطراف، وهذا وفقًا لأحكام المادة 2/1195 من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على أنه "في حالة رفض أو فشل إعادة التفاوض، يجوز للأطراف الاتفاق على فسخ العقد اعتبارًا من التاريخ ووفق الشروط التي يحددها، أو الطلب من القاضي، باتفاقهم المشترك، أن يقوم بتطويع العقد. في حالة عدم

¹ سعدون يسين، المرجع السابق، ص363.

² أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، المرجع السابق.

³ يوسف بوشاشي نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31 - الجزء الأول، ص116.

الاتفاق، خلال مدة معقولة، يمكن للقاضي بناء على طلب أحد الأطراف، تعديل العقد أو إنهائه، اعتباراً من التاريخ ووفق الشروط التي يحددها"¹.

وفي التطبيقات القضائية فقد أقر قضاء التحكيم التجاري الدولي تطبيق نظرية الظروف الطارئة متى توفرت شروطها، ومن ذلك الحكم النهائي الذي أصدره مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي في القضية رقم 94/51 بتاريخ 25 مارس 1996، حيث قضت محكمة التحكيم بما يلي:

"أن المشروع قد جاوز المدة المقررة له من سنتين ونصف إلى ما يقرب من تسع سنوات نتيجة للظروف غير الطبيعية التي لا يمكن اعتبارها ظروفًا متوقعة مما يخرج العقد عن الاتزان ويتسبب في خسائر جسيمة تحملتها الشركة المحتكمة نتيجة التغير الشديد في الأسعار وما قابل المشروع من عقبات تطلب أعمالاً إضافية لم تكن متوقعة تتطلب تعويض الشركة عن هذه الخسائر وإعادة التوازن المعقول للعقد.

ومن حيث أنه طبقاً لنص المادة 2/147 من القانون المدني فإنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية وإن لم يصبح مستحيلًا صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

ومن حيث أن المادة 4/658 من القانون المدني الواردة في شأن عقد المقاولة قد أكدت هذا المبدأ بالنص على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التعذر المالي لعقد المقاولة جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد.

ومن حيث أن نظرية التوازن المالي للعقد نظرية مسلم بها في مجال العقد والإرادة فقها وقضاء، ولا تعدو المادة 70 من التعاقد المبرم بين طرفي النزاع أن تكون تطبيقاً مباشراً لهذه النظرية عندما قررت أن أسعار التعاقد يتم تعديلها في حالة صدور قرارات سيادية تعدل من الأجور وأسعار المواد والكهرباء والجمارك والتأمينات"².

¹ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 février 2016 texte n° 26, Consulté sur le site internet: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939&categorieLien=id> (date d'accès : le 09/04/2019).

² محيي الدين إسماعيل علم الدين، أحكام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (1984 - 2000)، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مصر، 2002، ص 60 - 61.

كما قضى الحكم النهائي الصادر هو الآخر عن مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي في القضية رقم 1996/77 بتاريخ 14 جويلية 1996 بتطبيق نظرية الظروف الطارئة، حيث قضت محكمة التحكيم بما يلي:

"5- فيما يختص بالأعباء الناجمة عن طول مدة التنفيذ خلال المدة الإضافية:

- النظر في إقرار صرف تعويض مناسب للشركة نظرا لما لحق بها من أضرار وما تحملته من أعباء مادية جسيمة في تنفيذ هذا المشروع كنتيجة مباشرة لأسباب قهرية خارجة عن إرادتها بل خارجة عن إرادة الجهة الحكومية أيضا لم يكن في الوسع توقعها وأدت إلى استطالة مدة تنفيذ الأعمال إلى ستة أضعاف المدة التعاقدية (من 8 أشهر إلى 4 سنوات). مما أدى إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد وأصابته في مقتل وانهياره تماما.

ومن ثم يتعين معه إعمال نظرية الحوادث الطارئة الاستثنائية لإعادة التوازن المفقود للعقد حيث إن نظرية التوازن المالي للعقود نظرية مسلم بها في مجال العقد فقها وقضاء"¹.

ثانيا - قيام حالة القوة القاهرة

إذا كان تحقق حالة الظروف الطارئة يؤثر بشكل مباشر على الأداءات المتقابلة للأطراف المتعاقدة، فينتج عنه اختلال التوازن الاقتصادي للعقد لصالح طرف على حساب الطرف الآخر، مما يجعل تنفيذ الطرف المضار للعقد مرهقا له مع جواز تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي، فإن تحقق الشروط التي تقوم عليها حالة القوة القاهرة يجعل من تنفيذ العقد مستحيلا، فيسقط معها الالتزام بقوة القانون، ولا مجال حينئذ لمسائلة الطرف المتمسك بها إلا عن تقديم الدليل على قيامها.

1. تعريف القوة القاهرة وشروط تحققها

تشكل القوة القاهرة حدثا أو مجموعة أحداث غير متوقعة وغير قابلة للمقاومة، وهي تحدث بفعل مستقل عن يتذرع به -بهذا الفعل- وليس في استطاعته توقعه أو الوقاية منه، ويترتب على حدوثها انقضاء التزام من يتمسك بها لاستحالة تنفيذه لالتزاماته دون أن يتحمل تبعه ذلك"².

وقد انتهت مجموعة العمل بقيادة البروفيسور تيري (Terre) إلى وضع تعريف للقوة القاهرة يقوم على مراعاة الخصوصية التعاقدية للقوة القاهرة، مؤداه أنه "تكون هناك قوة قاهرة في المسائل التعاقدية عندما يثبت

¹ محيي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 83-84.

² لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2008، ص 77.

المدين بأنه لم يتمكن من تنفيذ التزامه بفعل حادث خارج عن إرادته، وأنه لم يكن في وسع الأطراف توقعه وقت التعاقد، كما أنهم لا يستطيعون منع حدوثه أو دفع آثاره¹.

ويتوقف تطبيق نظرية القوة القاهرة على توفر شروط موضوعية معينة هي:

- أن يكون الالتزام تعاقدياً.
- أن يكون الحادث استثنائياً؛ ويشترط في الحادث الاستثنائي أن يكون عاماً، وغير متوقع.
- أن لا يكون للمتعاقد يد في وقوع هذه الظروف بسبب تقصير أو إهمال منه.
- أن يؤدي الحادث الاستثنائي إلى استحالة تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية.

II. الآثار المترتبة عن تحقق حالة القوة القاهرة

تنص المادة 176 من ق. م² على أنه "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه". وعليه فمتى أدى الحادث الأجنبي إلى استحالة تنفيذ الالتزام التعاقدى عد هذا الحادث قوة القاهرة ينقضي بها الالتزام لأنه لا التزام بمستحيل.

إذن فإن أهم أثر يترتب على وقوع ظروف تعد من قبيل القوة القاهرة هو استحالة تنفيذ العقد المفضية إلى انتفاء المسؤولية عن عدم تنفيذ الالتزام التعاقدى، وفي ذلك يقول الدكتور الحبيب خليفة أجودة "وفي رأينا أن انتفاء المسؤولية مرجعه الأساسي إلى عدم وجود رابطة السببية بين الخطأ في عدم تنفيذ الالتزام العقدي والضرر المترتب عليه. ذلك أن القوة القاهرة وهي سبب أجنبي، تؤدي إلى قطع الصلة بين عدم التنفيذ والضرر الحاصل إذ لا يمكن نسبة هذا الضرر إلى المدين بتنفيذ الالتزام طالما استحال عليه القيام بذلك نتيجة القوة القاهرة. وانتفاء المسؤولية يؤدي إلى نتيجة هامة وهي عدم الالتزام بتعويض الضرر الناتج عن عدم التنفيذ"³.

ومن بين القضايا التي تعرض فيها قضاء التحكيم لمسألة القوة القاهرة وشروطها وآثارها القضايا

التالية:

¹ Rochfelaire IBARA, L'Aménagement de la Force Majeure dans le Contrat, Thèse pour le Doctorat en droit, école doctorale droit et science politique Pierre Covrat, Université de Poitiers, France, 3 Juillet 2012, p 37-38.

² أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، المرجع السابق.

³ الحبيب خليفة أجودة، القوة القاهرة بين القانون المدني الليبي وعقود الـ FIDIC، المجلة الجامعة - العدد السادس عشر - المجلد الثاني - أبريل 2014، ص 16.

- قضية (Libyan Sunoil company ضد الشركة الوطنية الليبية للبتترول N.O.C.C)¹:

تتلخص وقائع هذه القضية في إبرام اتفاق بين الشركة الوطنية الليبية للبتترول وشركة Sunoil في نوفمبر 1980، وكان من بين بنود العقد أن القانون واجب التطبيق هو القانون الليبي. كما تضمن العقد شرط القوة القاهرة حيث نصت المادة 1/22 على إعفاء الطرف المتعاقد عن عدم تنفيذ الالتزامات أو تأخيرها بسبب القوة القاهرة، وتشمل القوة القاهرة على سبيل المثال الكوارث الطبيعية والحروب وكل الظروف غير المتوقعة وقت إبرام العقد والتصرفات التي تخرج عن سيطرة الطرف المتعاقد. ونصت المادة 2/22 على أنه في حالة التأخير في التنفيذ الناجم عن القوة القاهرة بما يؤثر على آجال الإنجاز المتفق عليها، فإن مدة هذا العقد، وكذلك الحقوق والالتزامات المتولدة عنه تمتد إلى فترة زمنية مماثلة للفترة التي توقف فيها التنفيذ.

وقد بدأ العمل في ديسمبر 1980 ليتوقف بعد 12 شهرا بإصدار الولايات المتحدة الأمريكية قرارا يمنع انتقال رعاياها إلى ليبيا، وحث الشركات العاملة في ليبيا على استعادة موظفيها منها، فأخبرت شركة Sunoil الحكومة الليبية بذلك وأن هذا القرار يشكل بالنسبة لها قوة قاهرة، وأنها ستعود للعمل بانتهاء قرار المنع، وكلفت بعد ثلاثة أيام شركة من الباطن لتنفيذ التزاماتها إلا أن الحكومة الليبية رفضت ذلك لأنها لا تعد السبب الذي يتمسك به الشركة الأمريكية قوة قاهرة بل هو انسحاب من العقد، وقررت اللجوء إلى التحكيم. فيما تمسكت شركة Sunoil بشرط القوة القاهرة الوارد في المادة 22 واعتبرته كاف للتملص من القانون الليبي. بينما تمسك الطرف الليبي بأن شرط القوة القاهرة لا يعدل من الشروط القانونية المطلوبة لإعمال نظرية القوة القاهرة في القانون الليبي، وهذه الشروط هي أن يكون هناك حدث خارجي مستقل عن إرادة الشخص الذي يتمسك به وأن يكون غير متوقع وقت إبرام العقد وأن يؤدي لاستحالة تنفيذ العقد.

لنتتهي محكمة التحكيم إلى أنه لا يوجد في الشرط المدرج في العقد ما يسمح بالتخفيف من الشروط التي يقتضيها القانون الليبي، والتي وفقا لها لا بد أن يكون الطرف الذي يتمسك به الطرف المتعاقد يؤدي إلى استحالة حقيقية في التنفيذ سواء كانت استحالة مؤقتة أو دائمة. وقررت أن الطرف الذي يتمسك به شركة Sunoil هو ظرف خارجي غير متوقع إلا أنه لا يؤدي لاستحالة التنفيذ حيث يمكن للشركة تجاوز هذه العقبة عن طريق التعاقد مع رعايا لا يتمتعون بالجنسية الأمريكية للعمل في هذا المشروع.

¹ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التزامات المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ عقود الطاقة، المؤتمر السنوي الحادي والعشرين الطاقة بين القانون والاقتصاد، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، 20-21 / 5 / 2013، ص: 798-800.

- قضية المشروع العام البولندي ضد مشروع عام بألمانيا الديمقراطية¹:

اتفقت إحدى الشركات العامة بألمانيا الديمقراطية مع إحدى الشركات العامة بدولة بولندا على أن تقوم الأخيرة بتوريد كميات معينة من الفحم للشركة الألمانية، إلا أن المشروع العام البولندي امتنع عن التوريد بعد فترة زمنية معينة وذلك نظراً لأن الحكومة البولندية أصدرت قراراً بمنع تصدير الفحم.

فلجأ الطرف الألماني إلى التحكيم في غرفة التجارة البولندية وطالب بتطبيق أحكام الشرط الجزائي المنفق عليه في العقد في حالة عدم تنفيذه، إلا أن الطرف البولندي تمسك بأن القرار الصادر عن الحكومة البولندية يعد بمثابة قوة قاهرة لا يمكن دفعها وتؤدي إلى إعفائه من كل مسؤولية ناجمة عن التأخير.

وقد قضت محكمة التحكيم بأن هذا الحدث حدث خارجي لا يمكن توقعه وقت إبرام العقد ولا دفعه وبالتالي يعد بمثابة قوة قاهرة تعفي الطرف البولندي من التزاماته.

- قضية Jordan Investment Ltd الإسرائيلية ضد المشروع العام السوفيتي²:

أبرمت الشركة الإسرائيلية Jordan Investment Ltd عقداً مع مشروع عام سوفيتي يعمل في مجال البترول، واتفق الطرفان على أن يقوم المشروع العام السوفيتي بتزويد الشركة الإسرائيلية بالبترول الذي تحتاج إليه. وفي عام 1956 اشتركت إسرائيل في العدوان الثلاثي على مصر وأصدر وزير التجارة الخارجية الروسي قراراً بسحب التراخيص من المشروع العام السوفيتي الخاص بتزويد الشركة الإسرائيلية بالبترول، مما أدى إلى لجوء الشركة الإسرائيلية إلى محكمة التحكيم الروسية المختصة بنظر النزاع وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين وطالبت بالتعويض. وقد قررت محكمة التحكيم أن قرار الوزير يعد بمثابة قوة قاهرة تعفي المشروع السوفيتي من التزاماته.

ما يلاحظ على الأحكام التحكيمية الصادرة في هذه القضايا هو اختلاف منطوق الحكم من قضية إلى أخرى، وإن كانت جميعها تنفق على وجود ظروف خارجية لم يكن في وسع المتعاقدين توقعها أثناء التعاقد كما أنهم لا يستطيعون دفعها، إلا أن ذلك لا يعد كافاً للقول بتحقيق حالة القوة القاهرة ما لم تؤد هذه الظروف إلى استحالة تنفيذ الطرف المتعاقد لالتزاماته التعاقدية، ويخضع تقدير تحقق هذه الاستحالة من عدمها للسلطة التقديرية لهيئة التحكيم.

¹ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 800-801.

² علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع نفسه، ص 801.

الفرع الثاني

التصرفات الإرادية واختلال التوازن الاقتصادي للعقد

بالإضافة إلى تأثير التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية بفعل الظروف اللاإرادية وما يصاحبها من تغيرات في ظروف التعاقد، فإنه كثيرا ما يخل بسبب التصرفات الانفرادية التي تقدم عليها الدولة المضيفة للاستثمار لأغراض تبرر عادة بالمصلحة الاقتصادية، ولا تثار مسألة سلطة الدولة في التعديل الانفرادي للعقد عند وجود بند في العقد ينص عليه لأن المتعاقد أقر ذلك مسبقاً¹، لكن الأمر يختلف في حال عدم وجود اتفاق على هذا التعديل.

ويرى الأستاذ "Leboulanger" أنه يمكن التمييز بين الإجراءات التشريعية أو القانونية التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، وتلك التي يبدو أنها تهدف بشكل واضح إلى الإضرار بمضمون الالتزامات التعاقدية التي أبرمتها الدولة²، وتستند الدولة في تصرفاتها هذه إلى مبررات تستمد أساساً من سيادتها على إقليمها وما تتطلبه المصلحة الوطنية من اتخاذ إجراءات معينة (أولاً) وتأخذ هذه التصرفات شكل إجراءات إدارية أو تغيير في التشريعات المتعلقة بالاستثمار (ثانياً).

أولاً- المبررات القانونية للإجراءات الانفرادية

تتفرد الدولة كتنظيم سياسي وقانوني عن بقية أشكال التنظيمات الاجتماعية التي عرفها الإنسان بمفهوم السيادة، حيث تشكل السيادة عنصراً جوهرياً في تجسيد الوجود السياسي والقانوني للدولة داخلياً وخارجياً، وهذا ما يعرف بالسيادة السياسية والسيادة القانونية التي تمارسها الدولة لإثبات وجودها. وقد عرفت فكرة السيادة عدة تطورات بدءاً من كتابات جان بودان (Jean Bodin) سنة 1576 مروراً بمعاهدة وستفاليا ووصولاً إلى ميثاق الأمم المتحدة المبرم سنة 1945.

وتأخذ سيادة الدولة -حسب ما توصل إليه الفقه- شكلان هما السيادة الداخلية والسيادة الخارجية، ولئن كانت السيادة الخارجية تسري في مواجهة الدول الأخرى والكيانات الخارجية، فإن السيادة الداخلية تعني علو

¹ محفوظ عبد القادر، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري -دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2013-2014.

² طارق كاظم عجيل، الضمانات التشريعية الممنوحة للمستثمر الأجنبي دراسة مقارنة، المؤتمر العلمي السنوي التاسع عشر، قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون، في الفترة من 25 إلى 27 أبريل 2011، ص 729.

الدولة صاحبة السيادة على كل سلطة وكل تنظيم وكل قوة، أما صلاحيات الدولة فتمارسها السلطة الوطنية القانونية الممثلة الوحيدة لها، كما تعني -السيادة الداخلية- أيضا أن الدولة هي صاحبة القرار في كل ما يتصل بالشؤون الداخلية على شعبها وحدودها ووفق إرادتها السياسية¹.

وتعرف سيادة الدولة من الناحية القانونية على أنها الاختصاص القانوني للدولة، كشخص اعتباري، لامتلاك ومراقبة كل الممتلكات الموجودة داخل إقليمها، ومع ذلك فإن الحقوق السيادية المرتبطة بهذه الفكرة تتضمن على وجه الخصوص الحق في التنظيم، الحق في الحماية، والحق في التعاقد².

وتأسيسا على ذلك فإن تصرفات الدولة المضيفة للاستثمار في عقد الاستثمار الدولي تبرز عادة بممارسة الدولة لسيادتها الداخلية استنادا إلى مقتضيات حماية أمنها الاقتصادي والاجتماعي والسياسي أيضا، ويجد هذا التبرير سنده القانوني في المواثيق الدولية التي تقر سيادة الدولة على الاستثمارات الأجنبية بشكل خاص. حيث أن ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 32-81 لسنة 1974³، يمنح الدولة سيادة تامة على الاستثمارات المقامة على إقليمها ويحولها حق تنظيم أنشطة الشركات متعددة الجنسيات وفقا لمصالحها وأولوياتها الوطنية، إذ تنص المادة الثانية من هذا الميثاق على أنه:

"1- لكل دولة سيادة كاملة ودائمة، تمارسها بحرية، على جميع ثرواتها ومواردها الطبيعية ونشاطاتها الاقتصادية، بما في ذلك امتلاكها واستخدامها والتصرف فيها.

2- ولكل دولة الحق في:

تنظيم الاستثمارات الأجنبية في نطاق ولايتها القومية، وممارسة السلطة عليها، حسب قوانينها وأنظمتها وطبقا لأهدافها وأولوياتها القومية، ولا تتركه أي دولة على إعطاء معاملة تفضيلية للاستثمارات الأجنبية".

كما أن الإعلان المتعلق بإنشاء نظام اقتصادي دولي جديد يؤكد على أن هذا النظام يجب أن يؤسس على الاحترام الكلي لمجموعة من المبادئ من ضمنها السيادة على الموارد الطبيعية والأنشطة الاقتصادية

¹ ساحل مخلوف، إشكالية تحول متغير السيادة الوطنية في الواقع الدولي الراهن، مجلة القانون والمجتمع جامعة أدرار، المجلد 3، العدد 2، ديسمبر 2015، ص 234-235.

² Rola ASSI, Le régime juridique des investissements étranger au Liban au regard de l'ordre juridique international, Thèse pour l'obtention du titre de Docteur en Droit, Université Aix-Marseille, avril 2014, p 143.

³ القرار رقم 29/3281 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، المتضمن ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية، الصادر بتاريخ 12 ديسمبر 1974 الوثيقة A/RES/3281.

حيث تنص المادة 4/هـ منه "إن النظام الاقتصادي الدولي الجديد يجب أن يؤسس على الاحترام الكلي للمبادئ التالية:

هـ) تمتع كل دولة بالسيادة الدائمة الكاملة على مواردها الطبيعية وعلى كل الأنشطة الاقتصادية. وتأميناً لحماية هذه الموارد، تتمتع كل دولة بحق ممارسة السيطرة الفعلية عليها واستغلالها بالوسائل التي تتفق مع وضعها الخاص. بما في ذلك حق التأميم أو نقل الملكية إلى مواطنيها، ويعد هذا الحق تعبيراً عن السيادة الدائمة التامة للدولة. ولا يجوز تعريض أية دولة للإكراه الاقتصادي أو السياسي أو لأي نوع آخر من أنواع الإكراه من أجل منع الممارسة الحرة التامة لهذا الحق غير القابل للتصرف"¹.

وقبله استتدت العديد من الدول في ممارسة سيادتها على إقليمها إلى عقيدة كارلوس كالفو الذي نادى بمبادئ السيادة والمساواة بين الدول وحق كل دولة في ممارسة الولاية الإقليمية، فالدول متساوية في السيادة وهي حرة ولها الحق في رفض أي تدخل أجنبي. كما أن الدولة المضيفة لها كل الحق في تنظيم شؤون جميع الأشخاص المقيمين على أراضيها دون تدخل أية قوة أجنبية، وقد أدرج مبدأ كالفو في العديد من دساتير بلدان أمريكا اللاتينية في سنوات الستينات².

وبالاستناد إلى سلطة الدولة وسيادتها برزت تصرفات عديدة من الدول المضيفة شكلت تهديداً حقيقياً لاستقرار التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية، وتأخذ هذه التصرفات عدة أشكال تتمثل في المعاملة التمييزية بين المستثمرين الوطنيين والأجانب أو بين المستثمرين الأجانب فيما بينهم، والإجراءات الإدارية كنزع ملكية المستثمر الأجنبي وتقييد حرية تحويل الأموال إلى الخارج، وكذا الإجراءات التشريعية من حيث تغيير الدولة المضيفة لتشريعاتها الوطنية التي نشأ العقد في ظلها واستلهم توقعاته المشروعة منها.

ويعزى تصرف الدولة المضيفة في عقود الاستثمار الدولية بالتعديل أو حتى الإنهاء إلى طول مدة هذه العقود وما يصاحبها من تغيرات جوهرية في ظروف التعاقد الأمر الذي قد يؤدي إلى إفراغ العقد من جدواه الاقتصادية. حيث أن المستثمرين الأجانب يتحملون مخاطر كبيرة من خلال التزامهم لفترة طويلة في بلد أجنبي وتحت نظام قانوني مختلف عن نظام بلدانهم التي ينتمون إليها بجنسياتهم³. كما هو الحال في عقود

¹ إعلان بإقامة نظام اقتصادي دولي جديد، القرار رقم 3201 (د-6) بتاريخ 1 أيار/مايو 1974، الجمعية العامة للأمم المتحدة - الدورة الاستثنائية السادسة، الرابط http://www.un.org/arabic/documents/instruments/docs_ar.asp?year=1970، الوثيقة رقم

A/RES/3201 (S-VI) تاريخ الإطلاع 2018/12/05.

² Rosa Amilli GUZMAN PEREZ, *Convention de Washington : l'approche de l'Amérique latine*, Thèse pour obtenir le grade de Docteur en Droit Public, UNIVERSITÉ PARIS 13, le 17 décembre 2015, p 35.

³ Ebtissam El KAILANI- CHARAIT, Op. cit, P 406.

البترو، ومن ذلك عقد البحث والاستغلال الذي حدد له المشرع الجزائري مدة قد تصل إلى 32 سنة وفقا لنص المادة 35 من قانون المحروقات الجزائري¹ "يتضمن عقد البحث والاستغلال مرحلتين (2): مرحلة البحث ومرحلة الاستغلال.

تحدد المدة القصوى لعقد البحث والاستغلال باثنتين وثلاثين (32) سنة".

إن الظروف المحيطة بعقد يمتد 32 سنة لا بد أن تتغير بشكل كبير، وهذا ما حدث بالفعل إذ ارتفعت أسعار البترول إلى مستويات قياسية في العشرية الماضية مما أدى بالمشرع الجزائري إلى إدخال تعديلات على القانون 05-07 المتعلق بالمحروقات بموجب الأمر 06-10 المؤرخ في 26 يوليو 2006.

ومن أهم تلك التعديلات فرض رسم على الأرباح الاستثنائية للشركات الأجنبية عندما يفوق سعر برميل النفط 30 دولار، ويشمل هذا الرسم أيضا العقود المبرمة قبل هذا التعديل، حيث نصت المادة 101 مكرر على أنه "بغض النظر عن أحكام المادة 101 أعلاه، يطبق رسم غير قابل للحسم على الأرباح الاستثنائية التي يحققها الشركاء الأجانب على حصة الإنتاج الخاصة بهم عندما يكون الوسط العددي الشهري لأسعار بترول "البرنت" يتجاوز ثلاثين (30) دولارا للبرميل الواحد، وذلك فيما يخص عقود الشراكة المبرمة بين سوناطراك، وشريك أجنبي أو أكثر في إطار القانون 86-14 لسنة 1986... ويطبق هذا الرسم من أول غشت سنة 2006. تبلغ نسبة هذا الرسم المطبق على الإنتاج الذي يعود إلى الشركاء الأجانب 5% كحد أدنى و 50% كحد أقصى.

تقوم سوناطراك، من أجل سداد هذا الرسم لدى الخزينة العمومية، بخصم كمية المحروقات الموافقة لمبلغ هذا الرسم من حصة الإنتاج الذي يعود إلى الشركاء الأجانب المعنيين.

تحدد إجراءات وشروط تطبيق هذا الرسم، مع الأخذ في الحسبان مستوى الإنتاج وكذا منهجية حسابها، عن طريق التنظيم.

تعتبر كل اتفاقية مخالفة للأحكام المذكورة أعلاه لاغية".

وقد تمسكت الشركات الأجنبية المستهدفة بعدم قانونية هذا الإجراء وعلى رأسها شركة أناداركو الأمريكية وميرسك اللتان لجأتا إلى التحكيم الدولي مطالبتان بتعويض قدره 3 ملايين دولار على الأقل².

¹ قانون رقم 05-07، يتعلق بالمحروقات معدل ومتمم، المرجع السابق.

² عبد اللاوي خديجة، الاستثناءات الواردة على مبدأ الثبات التشريعي في الاستثمار الأجنبي، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي - تيسمسيلت، العدد الثاني، ديسمبر 2016، ص 93.

وبغض النظر عن مآل النزاع الذي انتهى تحكيماً لصالح الشركات البترولية الأجنبية، إلا أن الطرف الجزائري تمسك بالتأكيد على أحقية الحكومة الجزائرية في اعتماد تدابير سياسية لحماية عائداتها، كنتيجة منطقية لتغير الظروف العقدية خاصة في ظل الارتفاع القياسي لأرباح الشركات الأجنبية¹.

إذن فإن عامل الوقت يشير إلى "المستقبل المحتمل على المدى الطويل" في العقود المبرمة مع الدولة، والذي هو إلى حد كبير مصدر عدم الاستقرار. إن طول مدة هذه العقود يجعلها عرضة للتقلبات التي تحصل بمرور الوقت، وهذا ما يميزها عن أنواع العقود الأخرى قصيرة المدة أو الفورية التنفيذ².

ثانياً - مظاهر تصرف الدولة في عقد الاستثمار بإرادتها المنفردة

كثيراً ما تتأثر الدولة بظروف مستجدة لم تكن متوقعة أثناء التعاقد، مما يحتم عليها البحث عن سبل التكيف مع هذه الظروف خاصة إذا كانت تؤثر على وضعيتها الاقتصادية، فتلجأ إلى التصرف في عقد الاستثمار بإرادتها المنفردة من خلال اتخاذها لبعض الإجراءات الإدارية، أو قد يكون التدخل من طرف السلطة التشريعية بتغيير التشريعات ذات الصلة بالعقد.

إن تصرفات الدولة المضيفة للاستثمار التي تشكل ما يعرف بالمخاطر السياسية توصف بأنها تهديد لاستقرار المشروع الاستثماري، ناشئ عن القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل من طرف الدولة المضيفة، والذي يؤدي إلى الإنقاص المباشر أو غير المباشر من قدرة المستثمرين على إنجاز المصالح المنتظرة من استثماراتهم. إذن فهي تشكل انتهاكاً للتوازن الاقتصادي للعقد وتؤدي إلى اختلاله، إلا أنها لا تشكل استحالة كلية في تنفيذ عقد الاستثمار مثل ما هو مستقر عليه في النظرية التقليدية للقوة القاهرة³.

1. الإجراءات الإدارية المتخذة ضد المستثمر الأجنبي

وهي تلك الإجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار ممثلة بإدارتها ضد المستثمر الأجنبي وتأخذ عدة مظاهر هي:

1. نزع ملكية المستثمر الأجنبي: إن ملكية المستثمر تتحدد بعناصر الاستثمار المادية والمعنوية، وبذلك فإنها تشمل كل من الملكية العقارية بما تحتويه من مال عقاري وحقوق عينية أخرى، بالإضافة إلى الملكية الصناعية وما يتصل بها من الحقوق الخاصة بالمشروع الاستثماري من معلومات ومعطيات تقنية، وكل ما

¹ صاري نوال، المرجع السابق، ص 121، هامش رقم 5.

² Ebtissem EL KAILANI-CHARIAT, Op. cit, p 239.

³ Ibid, p 31.

يدخل في إطار البحث والاستكشاف، أضيف إلى ذلك الحقوق الناتجة عن العقود مثل حق الامتياز والتراخيص¹.

وتعتبر الملكية بالنسبة للمستثمر في تشريعات الاستثمار الحديثة مرادفة للاستثمار ذلك أن إنشاء استثمار جديد هو خلق لملكية جديدة²، وهي بالنسبة للفقه الحديث عبارة عن وظيفة اجتماعية، أو أنها حق ذو وظيفة اجتماعية متأثراً في ذلك بالأفكار الاجتماعية التي ترى أن الحقوق ليست حقوقاً طبيعية استمدها الأفراد من الطبيعة، بل هي منحة من الجماعة ولذلك فهي تتسع وتضيق وفقاً لحاجاتها، ومؤدى الوظيفة الاجتماعية هو أن يراعي الفرد مصالح غيره من الأفراد إذا كانت هذه المصالح جديرة بالرعاية³.

وبالرغم من الصيغ المختلفة التي تسعى الدولة المضيفة للاستثمار من تمكين المستثمر الأجنبي بواسطتها من تملك العقارات الصناعية أو الفلاحية لإقامة مشروعه، والتي تختلف طبيعتها بين التمليك النهائي والتنازل في إطار عقود الامتياز إلى جعل سلطة التسيير في يد المستثمر الأجنبي، إلا أن ذلك لا يجعله في مأمن من المخاطر التي تتهدد ملكية مشروعه الاستثماري، والتي تنتج عن الوظيفة الاجتماعية التي تؤديها الملكية في الإطار الجغرافي لأي دولة، تلك الوظيفة الاجتماعية المقيدة بخدمة المصلحة العامة والتي تقتضي في الكثير من الأحيان نزع الملكية الخاصة لصالح المجموعة الوطنية والصالح العام.

وإذا كان القانون الدولي لا يحتوي على تعريف دقيق لمفهوم المنفعة العامة، فإنه من المعلوم على نطاق واسع أن تدابير نزع الملكية يجب أن تستجيب لحماية الأمن، والمصلحة الوطنية أو الرفاه العام للمجتمع، وليس لتحقيق المصالح الفردية أو الخاصة، فيجب أن يكون السبب اجتماعي و/أو اقتصادي، ويجب أن يهدف حقاً للصالح العام، وأن تكون للمصلحة الوطنية الأسبقية على المصالح الخاصة⁴.

وفيما يخص مفهوم نزع الملكية فإن المصطلحات المستعملة للتعبير عنه ليست بالدقة المرجوة، غير أنه كإجراء إداري يتحدد بمظهرين الأول يتمثل في انتقال الملكية بتحول ملكية المشروع من الملكية الخاصة للمستثمر الأجنبي إلى الملكية العامة للدولة، وهذا بغض النظر عن الطريقة التي تستعملها الدولة في

¹ حسين نواره، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 16 ماي 2013، ص 8.

² Pierre VELLAS, Droit de propriété, investissement étrangers et nouvelle ordre économique international, J.D.I, 106 année, Édition technique, SA, N 1, Paris 1997, p 23.

³ محمود عبد الرحمن محمد، الحقوق العينية الأصلية، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، دس.ن، ص 22-23.

⁴ Ebtissem EL KAILANI-CHARIAT, Op. cit, p 171.

ذلك، والثاني يبرز في كون نزع ملكية المستثمر الأجنبي يتم بإرادة منفردة للدولة بإعمالها لسلطتها وسيادتها على إقليمها¹.

ويرى البعض أن إجراء نزع الملكية يعد إجراء تعسفا جزافيا انفراديا من طرف السلطة العامة للدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي، بحيث تقوم بنزع الملكية واسترجاعها وطرد المستثمر الأجنبي من أراضيها رغم كل هذا التطور الذي عرفته قوانين الاستثمار في مجال المعاملة والحماية والضمانات تحفيزا للاستثمارات الأجنبية، بحيث لا يبقى للمستثمر المنزوع ملكيته إلا حق رفع دعوى المطالبة بالتعويض دون تمكينه من دعوى إلغاء القرار الذي يقضي بأخذ الملكية لأنه يدخل في صميم مظاهر السيادة².

ويأخذ نزع الملكية أحد الأشكال التالية:

- إما عن طريق قرار إداري فردي بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة مقابل تعويض،
- وإما عن طريق قرار إداري جماعي بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، أو ما يسمى بـ "التأميم" مقابل تعويض،
- وقد يكون على شكل مصادرة بدون أي مقابل.

وبعد التأميم أقدم أشكال نزع الملكية التي مارستها الدول المضيفة للاستثمار ضد المستثمرين في مجال النفط خلال القرن العشرين، حيث تمارس الدولة سلطتها في مصادرة الممتلكات الخاصة. والممتلكات التي يتم حجزها يمكن اكتسابها من طرف الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها، أي تأميمها. ويختلف التأميم عن المصادرة في مجال تطبيقه ونطاقه. ويستعمل مصطلح "المصادرة" غالبا في التدابير المطبقة على الحالات الفردية، وفي بعض الأحيان يستخدم في بعض حالات التأميم لقياس التغيير العام في الحياة الاقتصادية والاجتماعية للدولة. إن مصطلحات المصادرة، التأميم والاستحواذ غالبا ما تستخدم بشكل متبادل، ما جعل العرف يضع تمييزا بسيطا بين المصطلحين، مؤكدا أن التأميم هو نقل الأنشطة إلى السلطات العامة الوطنية³.

¹ عميروش فتحي، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2009-2010، ص43.

² حسين نواره، المرجع السابق، ص19.

³ Ebtissem EL KAILANI-CHARIAT, Op. cit, p 164.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد أرسى قواعد نزع الملكية في عدة نصوص قانونية توزعت بين الدستور الجزائري، القانون المدني الجزائري، القانون رقم 91-11 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار والقوانين السابقة له. حيث نصت المادة 22 من الدستور الجزائري¹ على أنه "لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون. ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف".

كما أقرت المادة 677 من ق. م² نزع الملكية للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل ومنصف، بنصها على أنه "لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون. غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل".

في حين أقرت المادة 678 من القانون نفسه التأميم مع وجوب التعويض، حيث نصت على أنه "لا يجوز إصدار حكم التأميم إلا بنص قانوني على أن الشروط وإجراءات نقل الملكية والكيفية التي يتم بها التعويض يحددها القانون".

وقد أعطى المشرع الجزائري تعريفا لـ "نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية" من خلال المادة 2 من القانون رقم 91-11 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية³، والتي تنص على أنه "يعد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، طريقة استثنائية لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية، ولا يتم إلا إذا أدى انتهاج كل الوسائل الأخرى إلى نتيجة سلبية".

وزيادة على ذلك لا يكون نزع الملكية ممكنا إلا إذا جاء تنفيذًا لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية مثل التعمير والتهيئة العمرانية، والتخطيط تتعلق بإنشاء تجهيزات جماعية ومنشآت وأعمال كبرى ذات منفعة عمومية".

¹ قانون رقم 16-01 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج. ر العدد 14، المؤرخة في 7 مارس سنة 2016 م.

² أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، المرجع السابق.

³ قانون رقم 91-11 مؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج. ر. العدد 21، المؤرخة في 8 مايو سنة 1991.

أما المادة 23 من القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار¹ فقد نصت على إمكانية الاستيلاء على الاستثمارات المنجزة وفقا للحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، حيث نصت على أنه "زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية، لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به. يترتب على هذا الاستيلاء، ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف".

لقد جاء هذا النص متفقا مع نص الدستور الجزائري، وكذا نصي القانون المدني الجزائري المذكورين أعلاه، ومزيجا لليبس الذي كان سائدا من خلال نص المادة 16 من الأمر رقم 03-01 الملغى، والذي ورد على النحو التالي "لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به"، مثيرا بذلك إشكالا في المفاهيم، فهو يتحدث عن المصادرة الإدارية مع التعويض العادل والمنصف، وهذا لا يتفق ومفهوم المصادرة التي تعرف بوجه عام بأنها "إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة وتستولي بمقتضاه على ملكية كل أو بعض الأموال والحقوق المالية المملوكة لأحد الأشخاص دون مقابل"².

وإن كان يفهم من اقتران الإجراء المقرر في المادة 16 من الأمر رقم 03-01 الملغى، بالتعويض العادل والمنصف، أن المقصود منه هو نزع الملكية من أجل المنفعة العامة عن طريق قرار إداري، وليس المصادرة التي تتم من دون تعويض لأنها عبارة عن عقوبة قضائية أو إدارية³، إلا أن المشرع قد حسم الشك باليقين من خلال المادة 23 من القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار.

وعمليا فقد شهد الجزء الأول من القرن العشرين، أولى عمليات المصادرة الجماعية (التأميم) خلال الحركات الثورية في روسيا والمكسيك، تلتها موجة ثانية من التأميم والمصادرة عقب فترة إنهاء الاستعمار الذي حدث بعد الحرب العالمية الثانية. ليرتكز النقاش بعدها حول حق الدول في تقرير المصير

¹ قانون رقم 09-16، يتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

² هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، دار الفكر الجامعي، مصر، 2000، ص 177.

³ لعماري وليد، الحوافز والحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2010-2011، ص 21.

الاقتصادي، بما في ذلك الحق في المصادرة دون "تعويض كامل"، ولكن عن طريق منح "تعويض مناسب"¹. وكذلك فعلت الدولة الجزائرية عادة الاستقلال حيث قامت بتأميم عدة مشاريع استثمارية بموجب أوامر منها:

- الأمر رقم 67-164 المتضمن تأميم شركات "أسو ستاندار الجزائر" و "أسو إفريقيا" و "أسو الصحراوية" وأموال وحصص وأسهم وحقوق وفوائد الشركات والشركات التابعة لها أو المؤسسات المشهورة بالعنوان التجاري "أسو" أو مختصره أو بتسميته الجزئية أو الكلية².

- الأمر رقم 67-165 المتضمن تأميم كل أنواع الأموال والحصص والأسهم والحقوق والفوائد الخاصة بتكرير وتوزيع الوقود ومشتقاته والعائدة للشركات والشركات التابعة لها أو المؤسسات المشهورة تحت العنوان التجاري "موبيل" أو مختصره أو تسميته³.

- الأمر رقم 71-23 المتضمن التأميم الجزئي لجميع أنواع الأموال والحصص والأسهم والحقوق والفوائد التي تحوزها الشركة البترولية الفرنسية في الجزائر (سوبيفال) والشركة الفرنسية للبترول (الجزائر)⁴. ليتم نقل هذه الأموال المؤممة لشركة سوناطراك بموجب المرسوم رقم 71-99 المتضمن نقل الأموال المؤممة بموجب الأمر رقم 71-23 لشركة سوناطراك⁵.

¹ EXPROPRIATION, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, UNCTAD, UNITED NATIONS, New York and Geneva, 2012, p 1.

² أمر رقم 67-164 مؤرخ في 18 جمادى الأولى عام 1387 الموافق 24 غشت سنة 1967، يتضمن تأميم شركات "أسو ستاندار الجزائر" و "أسو إفريقيا" و "أسو الصحراوية" وأموال وحصص وأسهم وحقوق وفوائد الشركات والشركات التابعة لها أو المؤسسات المشهورة بالعنوان التجاري "أسو" أو مختصره أو بتسميته الجزئية أو الكلية، ج. ر العدد 70، المؤرخة في 29 غشت سنة 1967 م.

³ أمر رقم 67-165 مؤرخ في 18 جمادى الأولى عام 1387 الموافق 24 غشت سنة 1967، يتضمن تأميم كل أنواع الأموال والحصص والأسهم والحقوق والفوائد الخاصة بتكرير وتوزيع الوقود ومشتقاته والعائدة للشركات والشركات التابعة لها أو المؤسسات المشهورة تحت العنوان التجاري "موبيل" أو مختصره أو تسميته، ج. ر العدد 70، المؤرخة في 29 غشت سنة 1967 م.

⁴ أمر رقم 71-23 مؤرخ في 16 صفر عام 1391 الموافق 12 أبريل سنة 1971 يتضمن التأميم الجزئي لجميع أنواع الأموال والحصص والأسهم والحقوق والفوائد التي تحوزها الشركة البترولية الفرنسية في الجزائر (سوبيفال) والشركة الفرنسية للبترول (الجزائر)، ج. ر العدد 30، المؤرخة في 13 أبريل سنة 1971 م.

⁵ مرسوم رقم 71-99 مؤرخ في 16 صفر عام 1391 الموافق 12 أبريل سنة 1971، يتضمن نقل الأموال المؤممة بموجب الأمر رقم 71-23 المؤرخ في 16 صفر عام 1391 الموافق 12 أبريل سنة 1971 إلى الشركة الوطنية للبحث عن الوقود وإنتاجه ونقله وتحويله وتسويقه (سوناطراك)، ج. ر العدد 30، المؤرخة في 13 أبريل سنة 1971 م.

كما أكدت القيادة الجزائرية في تلك الفترة خيار التأميم من خلال الخطاب الشهير للرئيس الجزائري هواري بومدين بتاريخ 24 فيفري 1974¹، وقد اتبعت هذه التأميمات بتعويضات منها ما أقره المرسوم رقم 71-88 (وزارة الصناعة والطاقة) المتضمن أداء التعويضات للشركات المؤممة بموجب الأمر 67-164 المؤرخ في 24 غشت 1967².

وفي قضاء التحكيم فقد استقر الرأي على أن الاستيلاء على الممتلكات الخاصة من قبل الدولة مع دفع التعويض، كنتيجة طبيعية لذلك، يوصف بأنه نزع للملكية وفقا لأحكام المحكمة في قضية النفط الشهيرة Amoco International Finance Corporation ضد حكومة جمهورية إيران الإسلامية (Amoco)، والتي تشير إلى "النقل الإلزامي لحقوق الملكية". وقد تم تعريف نزع الملكية أيضا بأنه "أخذ أو استخدام الممتلكات من قبل السلطات العامة مع دفع تعويض كاف"³. إن اقتران إجراء نزع الملكية بدفع تعويض في هذه القضية ينفق مع فكرة التأميم كشكل من أشكال نزع الملكية.

2. الرقابة على تحويل العملة: تتم الرقابة على تحويل العملة عن طريق تنظيم الصرف وحركة رؤوس الأموال مع الخارج، وذلك بهدف ضمان الحفاظ على قيمة العملة الوطنية واستقرارها ومكافحة تهريب رؤوس الأموال إلى الخارج، وفي سبيل ذلك يسهر بنك الجزائر على مطابقة جميع عمليات الصرف لأحكام القانون ومختلف الأنظمة المتعلقة بها، كالإزام أي شخص طبيعي أو معنوي قبل قيامه بعملية التحويل بالإعلان بأن تحويل رؤوس الأموال كان بطلب من مجلس النقد والقرض، كما يتولى مجلس النقد والقرض مهام منح ترخيص لإقامة مكتب تمثيل بالخارج بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين الخاضعين للقانون الجزائري⁴.

¹ والذي جاء فيه: "أود أن أعلن رسميا، وبالنيابة عن مجلس الثورة والحكومة، تطبيق القرارات التالية ابتداء من تاريخ اليوم،
1- زيادة المشاركة الجزائرية في جميع شركات النفط الفرنسية إلى نسبة 51% من أجل ضمان مراقبة جزائرية فعالة لاستغلال النفط الجزائري.

2- تأميم الغاز الجزائري.

3- تأميم النقل البري لجميع الأنابيب الموجودة على التراب الوطني". نقلا عن عصام بن الشيخ، فرار تأميم النفط الجزائري 24 فيفري 1974 - دراسة للسياق والمضامين والدلالات، دفاتر السياسة والقانون جامعة ورقلة، العدد 6، جانفي 2012، ص 193.

² مرسوم رقم 71-88 مؤرخ في 13 صفر عام 1391 الموافق 9 أبريل سنة 1971 يتضمن أداء التعويضات للشركات المؤممة بموجب الأمر 67-164 المؤرخ في 18 جمادى الأولى عام 1387 الموافق 24 غشت 1967، ج. ر العدد 31، المؤرخة في 16 ابريل سنة 1971.

³ Ebtissem EL KAILANI-CHARIAT, Op. cit, p 164.

⁴ ليندة بلحارث، نظام الرقابة على الصرف في ظل الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، ص 21.

ويتعارض هذا الإجراء مع الهدف الأساسي الذي يصبو إليه المستثمر الأجنبي من مخاطرته باستثمار أمواله في دولة ما والمتمثل في السعي لتحقيق الربح بالدرجة الأولى، ثم تحويل الأرباح وعائدات استثماره ومداخيله وكذا عوائد تصفيته إلى بلد إقامته أو لتمويل مشاريعه في دولة أخرى، وهذا حق مشروع له ما دامت أمواله مكتسبة بالطرق القانونية التي تقرها التشريعات والتنظيمات المعمول بها في الدولة المضيفة، غير أن تشدد القوانين الوطنية حول مسألة تحويل العملة إلى الخارج حماية للثروة الوطنية وحفاظا على التوازنات المالية للدولة، يشكل خطرا كبيرا على المستثمر الأجنبي الذي يجد أمواله مجمدة بطريقة لا تخدم مصالحه ومخالفة لتوقعاته.

ويظهر خطر تحويل العملة إما في رفض السلطات العامة في الدولة المضيفة للاستثمار تحويل مستحقات المستثمر من العملة المحلية إلى الخارج بعملة قابلة للتحويل أيا كان نوعها، أو في التأخر في الموافقة على تحويل العملة المحلية المستحقة إلى الخارج بما يتعدى فترة معقولة، كما يظهر هذا الخطر في فرض السلطات العامة عند التحويل سعر صرف يميز ضد المستثمر تمييزا واضحا¹.

II. عدم استقرار التشريع

بالإضافة إلى المخاطر السياسية التقليدية، فإن المستثمر الأجنبي قد يواجه خطرا قانونيا، والذي يبرز بشكل خاص في خطر تغيير البيئة القانونية والمعيارية التي على أساسها أنشأ المستثمر الأجنبي استثماره في البلد المضيف. فخلال تنفيذ مشروع استثماري مخطط له عادة لفترة طويلة، فإن المستثمر الأجنبي لن يكون في منأى عن المخاطر الاقتصادية والقانونية. وعليه يتمثل أحد عناصر الأمن وكذلك تشجيع الاستثمار الدولي، في استقرار اللوائح الداخلية للدولة المضيفة².

ولئن كان سن التشريعات الوطنية وتعديلها وإلغائها هو شأن وطني بحت نابع عن سيادة الدولة واستقلاليتها في تنظيم شؤونها الداخلية وحتى الخارجية، وهو حق مكفول بموجب المواثيق الدولية، حيث تنص المادة الأولى من ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية على أنه "لكل دولة حق السيادة، غير القابل للتصرف، في اختيار نظامها الاقتصادي فضلا عن نظمها في المجال السياسي والاجتماعي والثقافي وفقا

¹ هشام خالد، المرجع السابق، ص 197-198.

² Rola ASSI, Op. cit, p 486.

لإرادة شعبها، دونما تدخل أو إكراه أو تهديد خارجي بأي شكل من الأشكال¹، إلا أن استعمال هذا الحق كثيرا ما شكل تهديدا للاستثمارات الأجنبية.

فالدولة تستطيع أن تعدل أو تلغي تشريعاتها الداخلية دون أية مسؤولية دولية عليها، ما دامت لم تخالف أحكام القانون الدولي، ولا يغير من ذلك أن يكون التشريع قد صدر مخاطبا الأجانب، وذلك لأنه حتى مع التسليم بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام الدولي في بعض الحدود، فإن هذه الإرادة يجب أن يعبر عنها في مواجهة أشخاص القانون الدولي الآخرين بقصد تكوين التزام دولي، وليس في تشريع الاستثمار الداخلي شيء من ذلك، لأن هذا القانون يصدر لمخاطبة أشخاص القانون الداخلي، ويفترض فيه أنه عرضة للتعديل².

وما يلاحظ في هذا الصدد أن المشرع الجزائري قد بلغ عددا قياسيا في تغيير قوانين الاستثمار تبعا للظروف الاقتصادية والسياسية التي مرت بها البلاد، فضلا عن التغييرات المتتالية للقانون الواحد كحال الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار، الملغى، الذي عدل في عدة مناسبات بموجب قوانين المالية المتعاقبة، وهناك من مواده ما طالتها عدة تعديلات متعاقبة ومن ذلك على سبيل المثال المادة 4 مكرر فهي متممة من الأمر رقم 01-09 ومعدلة من الأمر رقم 01-10 والقانون رقم 16-11 والقانون رقم 12-12 والقانون رقم 08-13، انتهاء إلى إلغاء الأمر رقم 03-01 بالقانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار.

ويظهر عدم الاستقرار التشريعي هذا بشكل جلي في قانون المحروقات رقم 07-05 المؤرخ في 28 أبريل 2005، والذي مثل تغيرا جذريا في الإطار القانوني والطبيعة القانونية للعقود البترولية، وخاصة أنه أحدث قطيعة مع الإطار القانوني لسنة 1986، ووضع حدا للهيمنة الأحادية لشركة سوناطراك على قطاع المحروقات في الجزائر سواء في مجال الاستكشاف أو الإنتاج أو أنشطة النقل، وجعلها على قدم المساواة مع الشركات الدولية المستثمرة في مجال المحروقات ضمن بيئة تنافسية شفافة، وذلك من أجل تحرير قطاع المحروقات. فضلا عن ذلك فقد أحدث قانون 2005 تغييرا مهما على الأطر المؤسساتية باستحداثه للوكالة

¹ القرار رقم 29/3281 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، المتضمن ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية A/RES/ 3281، الصادر بتاريخ 12 ديسمبر 1974.

² علي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان، السنة الجامعية 2010-2011، ص143.

الوطنية لمراقبة النشاطات وضبطها في مجال المحروقات، والوكالة الوطنية لتنمين موارد المحروقات، فضلا عن تغيير نظام العقود، ونظام الجباية البترولية¹.

غير أن هذا القانون قد خضع لتعديلات جوهرية بعد سنة واحدة فقط من صدوره، وذلك من خلال الأمر رقم 06-10 المؤرخ في 29 يوليو سنة 2006، يعدل ويتم القانون رقم 05-07 المؤرخ في 28 أبريل سنة 2005، والذي اعتبره العديد من الخبراء تراجعا عن خط تحرير قطاع المحروقات في الجزائر من خلال العودة إلى إلزامية مشاركة سوناطراك بنسبة لا تقل عن 51 % في عقود الاستكشاف والإنتاج والنقل ومجمل أنشطة التنقيب، ولكن هذه ليست المشكلة الوحيدة التي طرحها هذا التعديل، فقد فرض رسما على الأرباح الاستثنائية غير قابل للحسم على الشركاء الأجانب، وذلك ما طرح إشكالية للشركات الأجنبية التي أبرمت عقود شراكة في ظل قانون 1986 بحيث كان مفروضا عليها العمل بميكانيزم الأرباح المنزلة الذي يشبه من ناحية المبدأ الرسم على الأرباح الاستثنائية، وهذا ما يؤثر بشكل كبير على ربحية عمليات الإنتاج، وينعكس على جاذبية الاستثمار الخارجي بشكل سلبي².

المطلب الثاني

مواجهة الإرادة لتغير الظروف المحيطة بالعقد

بات من المعلوم أن عقود الاستثمار الدولية تواجه خلال مدة سريانها العديد من العوائق وتعرض للكثير من الهزات التي تؤثر على استقرارها وتهدد استمراريتها بسبب تغير الظروف المحيطة بها، ويكون هذا التغير إما نتيجة لأحداث لا إرادية خارجة عن إرادة الأطراف المتعاقدة، وإما بسبب تصرفات إرادية لأحد الأطراف ومن ذلك تصرف الدولة في العقد بإرادتها المنفردة.

وإذا كان تحقيق الربح كما حصول الخسارة هو من الآثار المحتملة في كل عقد، فإن تحقيق أحد المتعاقدين للربح الفادح مقابل الخسارة الفادحة للمتعاقد الآخر لا يمكن أن يكون هو النتيجة الطبيعية والمقبولة لأي عقد، فالاستقامة والعدالة العقدية ترفض أي اختلال في التوازن العقدي إذا ما تجاوز الحد

¹ بوحنية قوي و خميس محمد، قانون المحروقات في الجزائر وإشكالية الرهانات المتضاربة قراءة في تطور الأطر القانونية والمؤسسية لقطاع المحروقات في الجزائر"، دفاثر السياسة والقانون جامعة ورقلة، العدد التاسع عشر، جوان 2016، ص150.

² بوحنية قوي و خميس محمد، المرجع نفسه، ص154.

المقبول أو المعقول في التعامل¹. لذلك، وإضافة إلى الحلول التشريعية المقررة لمواجهة اختلال التوازن الاقتصادي للعقد بسبب تغير الظروف المحيطة به فإن إرادة المتعاقدين تضطلع بدور حاسم في تبني حلول مكملة للحلول التشريعية تضمن تكيف العقد مع هذه المستجدات، هذه الحلول تتضمنها شروط عقدية ثلاث، شرطان يهدفان لمواجهة الظروف اللاإرادية (الفرع الأول) وشرط ثالث لمواجهة التصرفات الإرادية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الشروط المعدة تحسبا لمواجهة الظروف اللاإرادية

انطلاقاً من كون كل عملية استثمارية هي مرادف لمخاطرة مفتوحة على احتمال يتساوى فيه حظ الربح وحظ الخسارة، فإنه من واجب الأطراف المتعاقدة أن تضع في الحسبان أسوأ الاحتمالات وأن تأخذ بعين الاعتبار وضع شروط عقدية لمواجهة أية تغيرات قد تلحق بعقد الاستثمار، وبشكل خاص مواجهة الظروف اللاإرادية بالنظر لطابعها الفجائي، وتكييف هذه الشروط وفقاً لخصوصيات هذه العقود التي تتطلب الاستقرار والاستمرارية حفاظاً على مصالح الأطراف. وتتمثل هذه الشروط في شرط القوة القاهرة لمواجهة الحوادث الاستثنائية التي تؤدي إلى استحالة تنفيذ الطرف الذي يتعرض لها لالتزاماته التعاقدية (أولاً) وشرط إعادة التفاوض الذي يتسع مجاله ليشمل مواجهة متغيرات كثيرة بغض النظر عن مصدرها (ثانياً).

أولاً- شرط القوة القاهرة

إن الاستثناء الأول الذي يعترف به القانون الفرنسي على مبدأ "القوة الملزمة للعقد"، أو بعبارة أخرى "الولاء التعاقدية"، هي حالة "القوة القاهرة". وتعد نظرية القوة القاهرة في القانون الفرنسي مفهوم قديم وشائع تعود أصوله إلى القانون الروماني². إن هذا الاستثناء متأصل أيضاً في القانون الجزائري الذي هو انعكاس للقانون الفرنسي، كما يعد القانون الروماني مصدر غير مباشر له.

ولئن كانت القواعد العامة التي استقرت عليها الأنظمة القانونية ومنها المادة 176 من القانون المدني الجزائري، مؤيدة بآراء الفقه وأحكام القضاء قد استقرت على إلغاء العقد عند وقوع حدث يشكل قوة القاهرة، فإن تصدي الإرادة لحالة القوة القاهرة في عقود الاستثمار الدولية يختلف تماماً عن هذا الطرح، فالأطراف في

¹ لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 77.

² Ebtissem EL KAILANI-CHARIAT, Op. cit, p 370.

أغلب الأحيان يعتمدون على هذا العقد وما سوف يجنونه من أرباح، ولهذا فهم يفضلون الحفاظ على الرابطة العقدية بينهم، بغض النظر عن هذا الحدث¹.

إن الغرض من إدراج شرط القوة القاهرة في عقود الاستثمار الدولية ليس منع حصول خلاف بين الأطراف، وإنما هو التمكن من معالجة الأحداث المستقبلية عند وقوعها من خلال تحديد المقصود بالقوة القاهرة وحصر الأحداث التي تتدرج ضمنها بالنسبة لعقود الاستثمار، مما يساعد في تحديد الآثار التي تترتب عليها، والنظام القانوني الذي تخضع له، والذي غالبا ما يكون هو القانون الواجب التطبيق على العقد².

والحقيقة أن المشرع الجزائري قد كرس شرط القوة القاهرة في عدة نصوص قانونية مركزا فيها على الشروط العامة للقول بتحقق حالة القوة القاهرة، ومن ذلك المادة 5 من قانون المحروقات رقم 05-07 المعدل والمتمم³، والتي تنص على أنه:

"يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي:

القوة القاهرة: كل حدث مثبت، غير متوقع، لا يمكن مقاومته، وخارج عن إرادة الطرف الذي يثيره، والذي يجعل تنفيذ هذا الأخير لأحد التزاماته التعاقدية أو العديد منها آنيا أو نهائيا، غير ممكن".

لقد اشترط المشرع الجزائري من خلال هذا النص توفر مجموعة من الشروط في الحدث الذي يثيره أحد الأطراف لكي يعتبر من قبيل القوة القاهرة، جاعلا عبء إثبات هذا الحدث على عاتق من يثيره، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

- أن يكون الحدث غير متوقع.
- أن لا يكون في استطاعة الطرف المتضرر مقاومة هذا الحدث ودفعه.
- أن لا يقع الحدث بإرادة الطرف الذي يثيره.
- أن يؤدي الحدث المعني إلى استحالة تنفيذ الطرف الذي يثيره لأحد التزاماته التعاقدية أو لمجموعة من الالتزامات، آنيا أو نهائيا.

¹ لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 77-78.

² لما أحمد كوجان، المرجع نفسه، ص 78.

³ قانون رقم 05-07، يتعلق بالمحروقات معدل ومتمم، المرجع السابق.

كما اعتد قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹ بحالة القوة القاهرة حيث نصت المادة 3/95 منه على أنه:

"ويجب أن تحتوي الصفقة العمومية، فضلا عن ذلك، على البيانات التكميلية الآتية:

- كيفيات تطبيق حالات القوة القاهرة".

لتصنيف المادة 5/147 من هذا القانون "وفي حالة القوة القاهرة، تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة".

وبما أن القوة القاهرة تعادل في الواقع استحالة التنفيذ التي تقاس بمعيار التوقعات المعقولة للمتعاقد الذي استحال عليه تنفيذ التزاماته²، فإنه من الضروري أن ينفق أطراف عقد الاستثمار الدولي على شرط القوة القاهرة الذي يتضمن تصورهم لاحتمال تحقق حالة القوة القاهرة، وهو شرط مكمل لشرط القوة القاهرة في التشريع الوطني غير أنه يختلف عنه من حيث الشروط الخاصة للقول بتحقق حالة القوة القاهرة وتحديد آثارها، وتختلف هذه الشروط والآثار باختلاف طبيعة كل عقد من عقود الاستثمار الدولية.

ويظهر دور شرط القوة القاهرة كشرط مكمل للتشريع الوطني، من خلال حكم التحكيم الصادر في قضية N.O.C.I حيث أسست هيئة التحكيم حكمها بالرجوع إلى النصوص القانونية والشرط الخاص بالقوة القاهرة، رافضة تمسك الشركة الأجنبية Sun Oil بأن شروط أعمال القوة القاهرة وفقا للنص المدرج في العقد يتحقق بمجرد أن يكون عدم التنفيذ مرده ظرف غير متوقع يؤثر على تنفيذ العقد ولا يشترط أن يؤدي إلى استحالة التنفيذ، حيث انتهت إلى أنه لا يوجد في الشرط المدرج في العقد ما يسمح بالتخفيف من الشروط التي يقتضيها القانون الليبي والتي وفقا لها لا بد أن يكون الطرف الذي يتمسك به الطرف المتعاقد، يؤدي إلى استحالة حقيقية في التنفيذ على نحو مؤقت أو بصفة نهائية، وعلى ذلك فهذا الشرط يسهل من وظيفة المحكم بصدد تقديره للظروف القاهرة³.

¹ مرسوم رئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

² Rochfelaire IBARA, Op. cit, p 39.

³ يسمينة لعجال، فعالية الشروط التعاقدية في تحقيق التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية، مجلة العلوم القانونية والسياسية - جامعة الوادي، عدد 17، جانفي 2018، ص792.

وقد أثارت الدكتورة حفيظة السيد الحداد تساؤلاً في غاية الدقة والأهمية حول اعتبار التصرفات والإجراءات التي تقوم بها الدولة المضيفة التي يتبعها الجهاز المتعاقد، والتي تؤدي إلى استحالة تنفيذ المشروع الاستثماري، قوة قاهرة تعفي الجهاز المتعاقد من التزاماته في مواجهة المستثمر الأجنبي أم أن هذه التصرفات والإجراءات لا تعد بمثابة قوة قاهرة.

الإجابة على هذا التساؤل تضمنته فرضيتان مبنيتان على الفصل في مسألة أولية تتعلق بمدى استقلالية الجهاز المتعاقد عن الدولة أو تبعيته لها، فإذا كان الجهاز مستقلاً عن الدولة جاز له الاحتجاج بفكرة القوة القاهرة. أما إذا كان الجهاز غير مستقل عن الدولة فإنه لا يستطيع التمسك بالقوة القاهرة كدريئة للإعفاء من المسؤولية، أضف إلى ذلك فإن المسألة تتأثر بالتصرف الذي أقدمت عليه الدولة ومدى توافر عناصر وشروط القوة القاهرة فيه.

وتنتهي الدكتورة حفيظة السيد الحداد إلى أن هناك رأي فقهي يذهب إلى عدم ترتيب هذه القوة القاهرة لآثارها في إعفاء المشروع من التزاماته التعاقدية، بالرغم من كون الجهاز المتعاقد مع المستثمر الأجنبي مشروعاً مستقلاً عن الدولة، كنوع من العقوبة التي توقع على الدولة التي اتخذت هذا الإجراء¹.

وعملياً فقد باشرت الأرجنتين جملة من الإصلاحات الاقتصادية من ضمنها قانون المعادلة بين عملتها الوطنية البيسو والدولار الأمريكي لمواجهة آثار انهيار اقتصادها، وقد اعتبر المستثمرون الأجانب أن هذا القانون أدى إلى انهيار قيمة استثماراتهم، وراحوا يطالبون الحكومة الأرجنتينية بالتعويض عن الضرر الحاصل لهم جراء ما تم اعتباره بأنه انتزاع غير مباشر لمكبتهم، فيما اعتبرت الأرجنتين لجوئها إلى هذه التدابير من قبيل القوة القاهرة².

وقد رفضت هيئات التحكيم بمركز الأكسيد دفع الحكومة الأرجنتينية بحالة الضرورة كتبرير لمشروعية الإجراءات التي اتخذتها عقب انهيار البيسو الأرجنتيني، وانحاز المحكمون للمستثمرين أصحاب الدعاوى من خلال التوسع في تعريف الاستثمار إلى الحد الذي اعتبرت فيه القيود التي فرضتها حكومة الأرجنتين على خروج العملات الصعبة من البلاد اعتداءً على استثمار، رغبة منهم في حماية مصالح اقتصادية تقدر بمئات

¹ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 94-95.

² دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا، الأمم المتحدة، 2010، ص 26 - 27.

الملايين من الدولارات بغض النظر عن الصالح العام الذي كانت تلك القيود تهدف إلى تحقيقه بالاستناد لقواعد القانون الدولي العام التي تسمح لحكومة الأرجنتين بتعليق العمل باتفاقيات الحماية المتبادلة¹.

ويظهر الأخذ بشرط القوة القاهرة في عقود الاستثمار التي أبرمتها الدولة الجزائرية من خلال اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة (K.S.C)² حيث نصت المادة 8 منها على أنه "يقصد بحالة القوة القاهرة كل حدث لا يمكن معالجته وغير متوقع ويكون خارجا عن نطاق إرادة الطرفين لاسيما الكوارث الطبيعية أو حالة الحرب أو الإضرابات. وفي حالة وقوع مثل هذه الأحداث، يتفق الطرفان حول الإجراءات الضرورية اللازمة لمواصلة الأهداف موضوع الاتفاقية".

فبعد تحديد الطرفين المتعاقدين -الدولة الجزائرية وشركة (K.S.C)- المقصود بالقوة القاهرة من حيث شروطها، والمتمثلة في كل حادث لا يمكن معالجته ولا توقعه ولا يد للطرفين فيه، وإذ خصا بالذكر الكوارث الطبيعية أو حالة الحرب أو الإضرابات، عادا لتحديد الآثار المترتبة على وقوعها حيث أقر حرصهما على مواصلة الأهداف موضوع الاتفاقية، في توجه مخالف تماما لما أقرته القواعد العامة والمتمثل في انقضاء الالتزام التعاقدية، على أن تتم مواصلة الأهداف موضوع الاتفاقية من خلال اتفاق الطرفين اللاحق لتحقيق حالة القوة القاهرة على الإجراءات اللازمة لذلك، وهو ما يعرف بشرط إعادة التفاوض والذي سيتم استعراضه في العنصر الموالي.

ثانيا - شرط إعادة التفاوض

إضافة إلى شرط القوة القاهرة، فقد أقرت الإرادة شرطا آخر لا يقل عنه قيمة وأهمية في تحقيق التوازن الاقتصادي للعقد وهو شرط إعادة التفاوض، الحقيقة أن هذا الشرط أملتته ضرورة موائمة عقود الاستثمار باعتبارها من العقود الزمنية مع ما يحيط بها من مخاطر سياسية وتقدم اقتصادي وعدم اليقين القانوني والتجاري الذي يميز الاستثمار الأجنبي³. إن من شأن إدراج الأطراف لشرط إعادة التفاوض في عقودهم التصدي لمختلف التغيرات التي قد تطرأ على الظروف المحيطة بالعقد وفي أية مرحلة كان عليها.

¹ يحي إكرام بدر، مفهوم "الاستثمار" في المادة 25 من معاهدة واشنطن 1965، مجلة القانون الدولية، عدد خاص، القانون المقارن، جامعة قطر، 2014، ص 17.

² اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة (K.S.C)، المرجع السابق.

³ Ebtissem EL KAILANI-CHARIAT, Op. cit, p 38.

وتقوم فكرة إعادة التفاوض على أساس ترك مهمة تجاوز الآثار المترتبة عن تغير ظروف تنفيذ العقد إلى عاقديه أنفسهم عن طريق التفاوض من جديد، بمعنى أن مناط عملية إعادة التفاوض هو إرادة الأطراف¹. وهي مفهوم يستجيب لضرورة استمرارية العقد وإمكانية تكييفه من طرف المتعاقدين في وجه التغيرات التي تسبب اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، وهي فكرة تبدو مناقضة لمبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يشكل مبدأ أساسيا في قانون العقود الذي تتبناه النظرية الكلاسيكية للعقد².

ويعرف شرط إعادة التفاوض بأنه تلك الشروط التي بمقتضاها يلتزم الأطراف في حالة التغير الجوهرى للظروف التي تم التعاقد على أساسها، بالتفاوض مرة أخرى من أجل خلق توازن عقدي جديد، ومن ثمة إعادة تكييف أو أقلمة اتفاقهم المبدئي الذي ربما فقد مبرراته³.

ويعرف أيضا بأنه شرط يدرجه الأفراد في العقد ويتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم عندما تقع أحداث من طبيعة معينة يحددها الأطراف في العقد، سواء في نفس الشرط الوارد في العقد أو في اتفاق منفصل، وتكون الأحداث مستقلة عن إرادتهم وتوقعاتهم عند إبرام العقد، وتكون من طبيعتها الإخلال بتوازن العقد وإصابة أحد المتعاقدين بضرر فادح⁴.

ويقوم مضمون الالتزام بإعادة التفاوض على إعادة التفاهم حول تنفيذ العقد في ظل الظروف الخارجية التي طرأت على هذا العقد، بهدف التوصل إلى حلول تحافظ على التوازن الاقتصادي الذي سعت إليه إرادة المتعاقدين عند تكوين العقد، وصولا إلى اتفاق ملزم⁵. كما يهدف الالتزام بإعادة التفاوض إلى خلق آلية تعمل على تواصل الحوار بين طرفي العقد أثناء التنفيذ حال تحقق ظرف أو ظروف معينة ومحددة سلفا في العقد وقبل أن ينشأ نزاع مما يعزز فرص استمرار التنفيذ⁶.

وعمليا فقد تطرأ تغيرات سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية جديدة تؤثر على توقعات المتعاقدين مثل ارتفاع قيمة العملة أو انخفاضها، أو ارتفاع أسعار المواد الخام الأساسية التي يقدمها المستثمر، أو غيرها من

¹ هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 26.

² Ebtissem EL KAILANI-CHARIAT, Op. cit, p 39.

³ بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 303.

⁴ عبد الكريم محمد محمد السروي، النظام القانوني لعقود الطاقة، المؤتمر السنوي الحادي والعشرين الطاقة بين القانون والاقتصاد، 20-21/5/2013، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص 731-732.

⁵ يسمينة لعجال، المرجع السابق، ص 792.

⁶ هبة هزاع، توازن عقود الاستثمار الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2016، هامش رقم 267، ص 165.

التغيرات التي تؤثر بشكل كبير على المراكز الاقتصادية للأطراف، وتجعل الشروط العقدية المنفق عليها غير ملائمة لاستمرار التوازن العقدي على النحو المتفق عليه أثناء التعاقد، ولهذا يقوم أطراف العقد الحريصين على تضمين عقدهم شرط إعادة التفاوض الذي يتيح لهم إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل تحقق هذه الظروف¹.

ويجد شرط إعادة التفاوض سنده القانوني في مشروع مدونة السلوك الخاص بالشركات متعددة الجنسيات، المعد من طرف لجنة الشركات متعددة الجنسيات المشكلة في إطار الأمم المتحدة الذي يلزم الشركات متعددة الجنسيات بمراجعة العقود والتفاوض بشأنها، حيث نص مشروع المدونة على أن "العقود والاتفاقيات المبرمة بين الدول والشركات عبر الدولية يتعين التفاوض بشأنها، وتطبيقها في ظل اعتبارات حسن النية، كما أن هذه العقود والاتفاقيات، ولاسيما التي يتعين تنفيذها في إطار فني طويل الأمد، يجب أن تتضمن شروطا لإعادة مراجعة بنودها أو لإعادة التفاوض بشأنها. وفي حالة تخلف هذه الشروط السابقة، وإذا تغيرت الظروف التي تم إبرام هذه العقود في ظلها تغيرا جوهريا، فإنه يتعين على الشركات عبر الدولية أن تتصرف في اعتبارات حسن النية، ويجب عليها التعاون مع الحكومات المعنية من أجل إعادة مراجعة هذه الاتفاقيات أو إعادة المفاوضة بشأنها"².

وفي التطبيقات العقدية فقد تضمنت عقود توريد الغاز التي أبرمتها شركة سوناطراك مع العديد من الشركات الأجنبية من بينها الشركتين الإيطاليتين Eni و Edison والشركة الإسبانية Gaz Natural، على شرط تغير الظروف (Clause de Bouleversement) الذي يؤدي بالضرورة إلى مراجعة الثمن في حالة تغير الظروف المحيطة بالعقد، مما يدفع بالشركات الأجنبية المتعاقدة إلى مطالبة سوناطراك بإعادة التفاوض على الثمن تأسيسا على هذا الشرط³.

وقد استعملت شركة سوناطراك بند تغير الظروف للمطالبة بإعادة التفاوض على ثمن الغاز في العقد الذي يربطها بالشركة الإسبانية Gaz Natural أمام هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية سنة 2007، إذ طالبت

¹ حنين أمين رمزي مقبول، دور التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت - فلسطين، 2014 / 2015، ص 85.

² بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 303.

³ سعدون يسين، المرجع السابق، ص 235.

سوناطراك بقيمة الثمن الحاصل وفقا لعملية التقييس نتيجة لارتفاع ثمن البترول والذي قدر بـ 115 مليار أورو، وهو ما قضت به المحكمة التحكيمية سنة 2010¹.

إن اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية يجعل التزامات أحد الطرفين أو كليهما مكلفة، وهو ما يعرف من طرف الفقه بعنصر (خطر غير متوقع للأطراف) يكسر توازن عقود الاستثمار طويلة المدة (الزمنية) ويخلف حالة (تجارية غير متوقعة)، والتي لا يمكن مواجهتها إلا من خلال شرط إعادة التفاوض الذي يضمن تكيف العقد مع حالات عدم اليقين وعدم التوقع². غير أنه يجب على الأطراف إدراج شرط إعادة التفاوض في عقودهم قبل وقوع الأحداث المتسببة في اختلال التوازن الاقتصادي للعقد لكي يتقبل الأطراف العودة إلى طاولة المفاوضات وإعادة بعث العقد من جديد وبشروط جديدة تستجيب لمتطلبات إعادة التوازن الاقتصادي للعقد.

ولئن كان تأثير الظروف الالزامية على عقود الاستثمار الدولية ينعصر في شقها الاقتصادي حيث أن تنفيذها يصبح مرهقا أو مستحيلا بالنسبة للطرف الذي يكون عرضة لها، مع إمكانية التكيف مع هذه الظروف وإعادة التوازن العقدي بوجود شرط القوة القاهرة أو شرط إعادة التفاوض، فإن التصرفات الإرادية للدولة المضيفة في العقد وزيادة على تأثيرها على اقتصاديات العقد، فإنها تعطي صورة سلبية عن مدى احترام الدولة المضيفة لالتزاماتها وعن مناخ الاستثمار فيها، وهذا ما دفع غالبية الدول إلى منح ضمانات بعدم تعرضها للعقد بإرادتها المنفردة، وكذلك فعل المشرع الجزائري، على النحو الذي سيأتي بيانه في الفصل الثاني.

الفرع الثاني

شرط الثبات التشريعي ومواجهة التصرفات الإرادية

تمتلك الدولة حقا مطلقا في تعديل تشريعاتها الداخلية ومنها القوانين المتعلقة بالاستثمار، بشكل يؤدي إلى تقليص المزايا والإعفاءات الواردة فيه أو إضافة أعباء جديدة تلقى على عاتق المستثمر الأجنبي، وتستمد

¹ سعدون يسين، المرجع السابق، هامش رقم 3، ص 235.

² Ebtissem EL KAILANI-CHARIAT, Op. cit, p 39.

الدولة هذه السلطة من حقها في السيادة الإقليمية على الأشخاص والأموال الموجودة في إقليمها، بالإضافة إلى حقها في اختيار نظامها الاقتصادي والاجتماعي¹.

إن الأمثلة على ذلك كثيرة في قوانين الاستثمار الجزائرية السابقة ولعل أحدثها تعديل المادة 18 من القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار² بموجب المادة 5 من قانون المالية التكميلي لسنة 2018³ والتي تنص على أن: "تعديل أحكام المادة 18 من القانون رقم 09-16 المؤرخ في 29 شوال عام 1437 الموافق 3 غشت سنة 2016 والمتعلق بترقية الاستثمار، وتحرر كما يأتي:

المادة 18: 1. يمكن أن تتضمن المزايا الاستثنائية المذكورة في المادة 17 أعلاه، ما يأتي:

- (أ و ب) بدون تغيير.....
2. ملغاة.
3. يمكن أن تكون مزايا.....(الباقى بدون تغيير).....".

وبالرجوع إلى نص المادة 18 من قانون الاستثمار قبل التعديل فإن الفقرة رقم 2 منها، الملغاة، كانت تنص على أنه:

"2. يؤهل المجلس الوطني للاستثمار لمنح إعفاءات أو تخفيضات للحقوق أو الضرائب أو الرسوم، بما في ذلك الرسم على القيمة المضافة المطبق على أسعار السلع المنتجة التي تدخل في إطار الأنشطة الصناعية الناشئة، حسب الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم، ولمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات. تستفيد من نظام الشراء بالإعفاء من الرسوم، المواد والمكونات التي تدخل في إنتاج السلع المستفيدة من الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة، حسب أحكام الفقرة أعلاه، وذلك وفق الكيفيات المحددة في المادة 43 وما يليها من قانون الرسوم على الأعمال".

إن إقبال الدولة المضيفة للاستثمار على مثل هذه التصرفات يشكل خطرا مباشرا على أمن واستقرار المعاملات، ويمس بالتوقعات المشروعة للمستثمر الأجنبي الذي يقدر جدوى مشروعه الاستثماري بناء على المعطيات القانونية المتوفرة والسائدة وقت إنجازه لاستثماره. فالقوة الملزمة للاتفاقات تستند إلى فكرتين

¹ طارق كاظم عجيل، المرجع السابق، ص712.

² قانون رقم 09-16، يتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

³ قانون رقم 18-13 مؤرخ في 27 شوال عام 1439 الموافق 11 يوليو سنة 2018، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2018، ج. ر العدد 42، المؤرخة في 15 يوليو سنة 2008 م.

أساسيتين، الفكرة الأولى هي الفكرة الأخلاقية لاحترام الالتزامات والفكرة الثانية هي أن احترام الالتزامات يسمح للطرفين بالتحسب للمستقبل¹.

حيث أن التحسب للمستقبل وبناء التوقعات المشروعة انطلاقاً من القابلية للتنبؤ بالقانون هو أمر يتوقف على الاستقرار النسبي للقانون². والاستقرار الذي ينشده المستثمر الأجنبي هو الاستقرار الاقتصادي والتشريعي والسياسي، إلا أن التغييرات التشريعية التي تحدثها الدولة المضيفة للاستثمار على القوانين التي تحكم العلاقة العقدية تؤثر في العائدات التي ينتظرها المستثمر، وهذا ينتج عنه التأثير في جودة تنفيذ المشروع الاستثماري على النحو الذي تنتظره الدولة³. وإن لم يكن في وسع المستثمر التصدي لهذه التعديلات إلا أنه يملك المطالبة بإبقاء الوضع على ما كان عليه وقت التعاقد، وذلك من خلال تضمين عقد الاستثمار شرط الثبات التشريعي، ولا غرابة في أن توافق الدولة المضيفة على هذا الشرط لكسب ثقة المستثمرين الأجانب وتحسين صورة مناخها الاستثماري بما يتفق وسعيها لجذب الاستثمارات الأجنبية.

فبالإضافة إلى تكريس شرط الثبات التشريعي في معاهدات الاستثمار الدولية فليس ثمة ما يمنع المستثمرين الأجانب والدول المضيفة من التفاوض في عقد الاستثمار حول أثر المخاطر المتعلقة بالتنظيم، ويمكنهم على وجه الخصوص تضمين العقود الحكومية شروطاً تنص على الثبات التشريعي، هذه الشروط التي تلتزم بموجبها الحكومات بعدم تغيير إطارها التنظيمي بهدف تقليص الجدوى الاقتصادية للاستثمار. بالإضافة إلى ذلك يمكن جعل هذه العقود قابلة للتطبيق في إطار التحكيم الدولي، وبالتالي تجنب الاعتماد على النظم القضائية الوطنية للدول المضيفة⁴.

ويعتبر شرط الثبات التشريعي بمثابة آلية تعاقدية تضع المتعاقد في منأى عن خطر تشريعات الدولة المضيفة وتحصن العقد ضد التغييرات التشريعية التي تدخل في النظام القانوني للدولة، فهو بذلك يعالج الاختلال الذي يكون بسبب تغيير الدولة المضيفة لتشريعاتها ذات الصلة بالعقد، ولا يغطي التغييرات في الظروف الأخرى التي يمكنها أن تؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد⁵.

¹ Florian DUPUY, Op. cit, p12.

² Martin NADEAU, Sur les traces d'un principe de sécurité juridique en droit Canadien. Les pistes du droit Européen, , Mémoire pour la maîtrise générale en droit, Faculté de droit, Université SHERBOOKE, Juillet 2009, p 40.

³ لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 101.

⁴ Robert HOWSE, **Le gel de la politique gouvernementale : les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement**, investment treaty news, Numero 3, volume 1, Avril 2011, p3.

⁵ Ebtissem EL KAILANI-CHARIAT, Op. cit, p 408.

وقد أقر مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده بمدينة أثينا في اليونان عام 1979 بمناسبة مناقشة موضوع القانون واجب التطبيق على العقود التي تبرم بين دولة وأحد الأشخاص الأجنبية من رعايا الدول الأخرى، حق الأطراف في الاختيار الإرادي لشرط الثبات التشريعي من خلال المادة 3 من القرار الذي اتخذه المجمع، والتي تنص على أنه "يجوز للأطراف الاتفاق على أن أحكاما في القانون الداخلي التي يرجعون إليها في العقد، هي تلك المقصودة في مضمونها لحظة إبرام العقد"¹.

وبما أن عقود الاستثمار الدولية لم تعد تخلو من شرط الثبات التشريعي الذي يحفظ حقوق المستثمرين الأجانب، فإنه من واجب الدول المضيفة للاستثمار أن تتوخى الدقة عند صياغة قوانينها المتعلقة بالاستثمار، وأن تضع نصب أعينها تحقيق الأمان والاستقرار القانوني وثبات التشريع لأطول وقت ممكن، وبذلك تتجنب تبعات تعديل أو إلغاء قوانين تمنح للمستثمرين الأجانب حقوقا وامتيازات مبالغ فيها يضمنها شرط الثبات التشريعي.

¹ طارق كاظم عجيل، المرجع السابق، ص714.

خلاصة الفصل الأول:

بناء على ما تقدم فإن إقبال المستثمر الأجنبي على التعاقد مع الدولة المضيفة يتوقف بالدرجة الأولى على الثقة المتبادلة والمبنية على اعتبارات قانونية كالقوة الملزمة للعقد، والعقد شريعة المتعاقدين، المستمدة من مبدأ الأمن القانوني الذي يعتبر أساس الحماية في مجال العقود بشكل خاص لكون العقود من أعمال التوقع، كما أن دولة القانون يفترض فيها أن تراعي غايات تشريعاتها من خلال احترامها للتوقعات المشروعة للأشخاص الذين أسسوا معاملاتهم في ظل هذه التشريعات.

وتحقيقاً لهذه الاعتبارات التي تؤسس لتحقيق التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار الدولي أخضع المشرع الجزائري الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة، والذي يتمتع الأطراف بمقتضاه بحرية تنظيم العقد، وتحقيق الكفاية الذاتية له. كما أن للمتعاقدين فضلاً عن اختيار شروط العقد وبنوده، كامل الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد إضافة إلى اختيار آليات حل النزاعات التي قد تثور بمناسبة تفسيره أو تنفيذه. فيما احتفظ المشرع للدولة الجزائرية -باعتبارها البلد المضيف- بتوجيه الاستثمار وفق الأهداف الاقتصادية والتطلعات التنموية للدولة، كما تضطلع الدولة بعملية الرقابة على الاستثمار ومن ذلك إقرار المشرع الجزائري لقاعدة 49/51.

كما يبرز دور الإرادة أيضاً في صياغة الشروط العقدية المناسبة لمواجهة التغيرات المحيطة بالعقد والتي قد تكون بسبب التصرفات الإرادية للدولة المضيفة بمناسبة ممارستها لسلطاتها في التشريع والضبط، كما قد تكون بسبب ظروف لا إرادية لا يد للأطراف فيها.

الفصل الثاني:

ضمان الدولة المضيفة للمخاطر غير التجارية

الفصل الثاني

ضمان الدولة المضيفة للمخاطر غير التجارية

لقد أثبت الواقع أن سبب غالبية المنازعات التي تنشأ بين الدول المضيفة للاستثمار والمستثمرين الأجانب هو قيام حكومات الدول المضيفة باتخاذ إجراءات انفرادية تؤدي بشكل مباشر أو غير مباشر إلى حرمان المستثمر الأجنبي من حقوقه الجوهرية على استثماره أو الإخلال بالمكاسب المتوقعة من مشروعه الاستثماري. إن هذه التصرفات وفضلا عن آثارها السلبية على المستثمر الذي يتعرض لها فإنها تجعل المستثمرين المحتملين ينظرون بعين الريبة إلى التزامات الدولة وتعهداتها القانونية، مما قد يؤدي إلى زعزعة الأوضاع الاقتصادية والتأثير على جاذبية رؤوس الأموال الأجنبية وتوظيفها¹.

وعلى اعتبار أن رأس المال جبان، ونظرا للمخاطر التي ينطوي عليها الاستثمار، حتى أن هيئات التحكيم الدولية فسرت لفظ "الاستثمار" الوارد في المادة 25 من اتفاقية الـ ICSID بأنه "يحتوي على مخاطرة من نوع خاص تختلف عن المخاطر التجارية العادية، التي يتحملها من يقوم بنشاط اقتصادي"²، إن هذه المخاطر غير التجارية تمثل تصرفات الدول المضيفة للاستثمار في العقد بإرادتها المنفردة. ولمواجهة هذه التصرفات تمت صياغة نظام قانوني يجعل حقوق المستثمر وحمايتها التزاما على الدولة المضيفة، ويرتبط ظهور هذا النظام القانوني بتبني الدول العظمى لمبادئ تحرير التجارة وحرية انتقال رؤوس الأموال تحت رعاية منظمات دولية واتفاقيات متعددة الأطراف وانتشار اتفاقيات تشجيع وتبادل الاستثمار الثنائية³.

ومسيرة لهذا التوجه الجديد أقر المشرع الجزائري مجموعة من الالتزامات لكبح جماح التصرفات السيادية للدولة بما يضمن تحقيق التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية، وساقها في شكل ضمانات جاءت بها القوانين الداخلية المنظمة للاستثمار (المبحث الأول)، وأخرى تضمنتها اتفاقات الاستثمار الثنائية التي أبرمتها الدولة الجزائرية (المبحث الثاني).

¹ قبائلي طيب، المرجع السابق، ص 246.

² هبة هزاع، المرجع السابق، ص 92.

³ هبة هزاع، المرجع نفسه، هامش رقم 108، ص 78.

المبحث الأول

ضمان المخاطر غير التجارية في القوانين الداخلية

في إطار حرصها على توفير مناخ استثمار جاذب للاستثمارات الأجنبية واستجابة لتطلعات المستثمرين في حماية توقعاتهم المشروعة، توجهت الدولة الجزائرية من خلال القوانين المتعاقبة المنظمة للاستثمار الأجنبي نحو إقرار مجموعة من الضمانات التي تعبر عن حسن نيتها في تنفيذ التزاماتها التعاقدية مع المستثمرين وفقا لما استقرت عليها الإرادة المشتركة أثناء التعاقد.

ويمكن تقسيم الضمانات التي تقدمها الدولة الجزائرية للاستثمارات الأجنبية إلى فئتين، تضم الفئة الأولى الضمانات الموضوعية، والتي تهدف إلى ضمان استقرار التوازن الاقتصادي للعقد وفق الأوضاع المنفق عليها عند نشأة العقد (المطلب الأول)، فيما تضم الفئة الثانية الضمانات الإجرائية، وهي التي تكفل احترام الدولة للضمانات الموضوعية التي تقدمها تحت طائلة المسائلة القضائية كما تضمن حل النزاعات المتعلقة بعقود الاستثمار الدولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الضمانات الموضوعية للاستثمارات الأجنبية

أقر المشرع الجزائري مجموعة من الضمانات تدرج ضمن فئة الضمانات الموضوعية للاستثمارات الأجنبية ويمكن تقسيمها هي الأخرى بحسب طبيعتها إلى فئتين، الفئة الأولى من هذه الضمانات تعنى بمعاملة الاستثمار الأجنبي بوجه عام (الفرع الأول) فيما تهتم الفئة الثانية بحماية الحقوق المكتسبة من خلال الاستثمارات الأجنبية المنجزة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الضمانات المتعلقة بمعاملة الاستثمار الأجنبي

أقر المشرع الجزائري مجموعة من الضمانات الخاصة بمعاملة الاستثمارات الأجنبية وهي في الحقيقة تكريس لمجموعة من المبادئ المستمدة من عمق القانون الدولي والتي تبنتها الاتفاقيات الثنائية المتعلقة

بحماية الاستثمار منذ بداية التسعينات، والتي أخذ منها المشرع الجزائري أهم مبدئين وهما مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة (أولا) ومبدأ حرية الاستثمار (ثانيا).

أولا- مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة

يمكن تعريف المعاملة العادلة والمنصفة من خلال حكم هيئة التحكيم في قضية Chile ضد MTD "المعاملة العادلة والمنصفة تفهم على أنها المعاملة الموزونة المقسطة التي تسهم في زيادة الاستثمار الأجنبي، فنصوص الاتفاقيات الثنائية تحت الدولة على القيام بأفعال إيجابية مثل "تشجيع" و"خلق" و"تنشيط" بدلا من مجرد النهي عن اتخاذ إجراءات تمييزية ضد المستثمرين"¹.

إن الالتزام بمنح معاملة عادلة ومنصفة غالبا ما يرد مقترنا بمعايير أخرى موجهة لضمان حماية الاستثمار الأجنبي المباشر من طرف البلدان المضيضة للاستثمار. ويتعلق الأمر بمبدأ معاملة "مطلق" و"غير مجزأ"، وهذا يعني مبدأ يحدد المعاملة التي يجب أن تمنح حسب مصطلحات يتعين تحديد معناها الدقيق وفقا لسياق يحدده التطبيق، على عكس المبادئ "ذات الصلة" المتمثلة في "مبدأ المعاملة الوطنية" و "مبدأ الدولة الأكثر رعاية"². وقد يلزم مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة البلد المضيف بالتصرف بحسن نية تجاه المستثمر الأجنبي المتعاقد معه واحترام المعايير العامة لحسن التدبير ضمن هذه العلاقة. وإذا كان هذا المبدأ مرتبطا بالقانون الدولي في اتفاق الاستثمار الدولي، فقد يدرج واجبا إضافيا للتنفيذ بمعيار الحد الأدنى الدولي للمعاملة حسب تفسيره في ممارسة الدول وفي قرارات التحكيم الدولية ذات الصلة.

وما يلاحظ في ما يخص معاملة الاستثمارات هو تخلي المشرع الجزائري عن مبدأ المعاملة الوطنية الوارد في المادة 14 من الأمر 03-01 الملغى³، والتي كانت تنص على أنه "يعامل الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الجزائريون في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمار". والتي أوضح بشأنها وزير الصناعة في عرضه لمشروع القانون المتعلق بترقية الاستثمار أمام نواب المجلس الشعبي الوطني "مبدأ المعاملة الوطنية، نقترح استبداله بذلك المتعلق

¹ هبة هزاع، المرجع السابق، ص124.

² OCDE (2004), La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements, Editions OCDE, Numéro 2004/3 septembre 2004, p 2.

³ أمر رقم 03-01، يتعلق بتطوير الاستثمار، المرجع السابق.

بالمعاملة العادلة والمنصفة مراعاة للالتزامات الدولية، ومبرر ذلك المعاملة المختلفة للمستثمرين الأجانب مقارنة بالمستثمر الوطني المقيم¹.

إن مبدأ المعاملة الوطنية يكفل عدم التمييز ضد المستثمرين الأجانب عند إبرام وتنفيذ عقود الاستثمار الدولية مقارنة بالمستثمرين المحليين. وهنا أيضا تثار مسائل تتعلق بالحرية التعاقدية حيث إن البلد المضيف قد يرغب في محاباة المستثمرين المحليين بمعاملة أفضل لأسباب سياسية يرى أنها أسباب مشروعة. وفي تلك الحالات، قد يكون من الضروري الاستثناء من المعاملة الوطنية. وفيما يتعلق بالمشتريات الحكومية (الصفقات العمومية)، فإن جميع اتفاقات التجارة الحرة تتضمن بالإضافة إلى اتفاق منظمة التجارة العالمية بشأن المشتريات الحكومية بندا يخص المعاملة الوطنية².

ويعتبر مبدأ المعاملة الوطنية للاستثمار الأجنبي مبدأ من مبادئ القانون الدولي العرفي، والذي يهدف أساسا إلى تحقيق نوع من المساواة في المعاملة بين المستثمرين الأجانب والوطنيين، وهو أيضا مبدأ عام كرسه معظم الاتفاقيات الدولية الثنائية، وهي إذ تنظم نشاط المستثمرين الوطنيين والأجانب على حد سواء دون تمييز بينهم في الحقوق والواجبات والقواعد والإجراءات القانونية، فإن تلك المعاملة تعد من الضمانات المعتبرة على المستويين المحلي والدولي³.

وبالرغم من وجوده المتعدد في القانون الدولي حيث أدرج في حوالي 3300 اتفاقية ثنائية للاستثمار بداية من سنة 1990 إلا أن ما يعاب على مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة هو عدم استقراره على مفهوم واضح، كما أنه لا يضع مؤشرات توحى باستقراره على مفهوم واضح فيما يخص الحماية القانونية الممنوحة للمستثمرين الأجانب، كما أنه لا يمكن من إنشاء تعليمات واضحة يجب احترامها ولا يضبط السلوكيات التي يجب اعتمادها من الدول المتعاقدة، وتشير الدراسات إلى أن هذا المبدأ يقبل عدة تأويلات مما جعل عدة قانونيين ينتقدون مضمونه غير المحدد والمرن⁴.

¹ مشروع القانون المتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق، ص 5.

² Contrats d'Etat, Op. cit, p 47.

³ مفتاح عامر سيف النصر، الاستثمارات الأجنبية المعوقات والضمانات القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2016، ص 116.

⁴ Julien HAMEL-GUILBERT, L'interprétation juridique de la norme de traitement juste et équitable (TJE) au regard des prérogatives souveraine de l'état, mémoire présente comme exigence partielle de la maitrise en droit concentration droit international, université du QUÉBEC à MONTREAL, Juillet 2017, P 24.

ثانيا - مبدأ حرية الاستثمار

حرصا من المشرع الجزائري على حرية الاستثمار فقد خصها بحماية دستورية تأكيداً على الأهمية التي يوليها للحريات الفردية واثميناً لدور الاستثمار في تحقيق التنمية الاقتصادية للبلاد، حيث نصت المادة 43 من الدستور الجزائري¹ على أن "حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون. تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال، وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية".

وقد أكدت قوانين الاستثمار المتعاقبة على أن حرية الاستثمارات تمارس في إطار احترام القوانين الوطنية والتنظيمات السارية المفعول بوجه عام وتلك المتعلقة بضبط النشاطات والمهن المقننة والتي تستلزم الحصول على رخصة لممارستها، كما أولت أهمية كبيرة لحماية البيئة حيث جعلت احترام القوانين والتنظيمات المتعلقة بالبيئة من أولويات ممارسة أي نشاط استثماري، وهذا ما نصت عليه المادة 3 من القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار "تنجز الاستثمارات المذكورة في أحكام هذا القانون في ظل احترام القوانين والتنظيمات المعمول بها، لاسيما تلك المتعلقة بحماية البيئة، وبالنشاطات والمهن المقننة، وبصفة عامة بممارسة النشاطات الاقتصادية".

يستنتج من خلال هذه المادة أن حرية إنجاز الاستثمارات في النشاطات الاقتصادية لإنتاج السلع والخدمات، مقيدة باحترام التنظيمات والقوانين المعمول بها من حيث وجوب احترام القوانين المتعلقة بحماية البيئة والتي تحدد الممارسات المحظورة بسبب الأضرار المترتبة عنها، وكذا مراعاة النشاطات والمهن المقننة والتي تستوجب الحصول على رخص مسبقة لمزاومتها، علاوة على التقيد بالقواعد المنظمة لممارسة النشاطات الاقتصادية.

وإن كانت المادة 3 من قانون الاستثمار الجديد قد أسقطت النص على حرية الاستثمار مثلما كانت تنص عليه المادة 4 من الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار، الملغى²، حيث كانت تنص صراحة على حرية الاستثمار "تنجز الاستثمارات في حرية تامة مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية البيئة". إن إسقاط عبارة "تنجز الاستثمارات في حرية تامة" لا يعني تقييد المشرع لهذه الحرية وإنما يدل على اكتفائه بدسترة المبدأ فلا حاجة لإعادة النص عليه في قانون الاستثمار.

¹ قانون رقم 01-16، يتضمن التعديل الدستوري، المرجع السابق.

² أمر رقم 03-01، يتعلق بتطوير الاستثمار، المرجع السابق.

الفرع الثاني

الضمانات المتعلقة بحماية الحقوق المكتسبة

انطلاقاً من تعريف الاستثمار الأجنبي بأنه العملية التي بواسطتها يقوم شخص طبيعي أو معنوي بتحويل رأس ماله إلى إقليم دولة غير دولته لإقامة مشروع اقتصادي بغرض تحقيق نماء رأس المال. وبالتالي، فإن العملية الاستثمارية تفترض حركة اقتصادية يضع بواسطتها أحد الأشخاص رأس ماله تحت ولاية دولة أخرى¹، ونظراً لما تتطوي عليه هذه العملية من مخاطر كان واجبا على الدولة المضيفة تقديم ضمانات تكفل حماية حقوقه المكتسبة على إقليمها، وتتمثل الضمانات المتعلقة بحماية الحقوق المكتسبة التي تقدمها الدولة الجزائرية في شرط الثبات التشريعي (أولاً) وضمن عدم التعرض لملكية المستثمر بالطرق غير المشروعة (ثانياً) مع ضمان إعادة تحويل الأموال إلى الخارج (ثالثاً).

أولاً- شرط الثبات التشريعي

من أجل تقريب معنى هذا الشرط لذهن القارئ يضرب الفقه مثالا بأن شركة أجنبية أبرمت عقداً مع دولة ما لإنشاء خط أنابيب بنزول ومعملاً لتكرير الإنتاج، وقد بدأت الشركة تنفيذ الأعمال. وأثناء التنفيذ غيرت الدولة خططها الإدارية وأهدافها الاقتصادية وأصدرت قوانين ومراسيم جديدة وضعت نهاية للتعاقد، أو ربما عدلته على نحو يلحق ضرراً بالمتعاقد معها، الأمر الذي لا يعدو أن يكون سوى تعديلاً أو إنهاء للصالح العام وإن لم يكن في حد ذاته تأميماً، فمن المؤكد أن النتائج المترتبة على ذلك ستكون وخيمة بالطرف المتعاقد مع الدولة، والذي تعدل أوضاعه بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة دونما خطأ اقتزفه على الإطلاق².

ويعد شرط الثبات التشريعي في نظر بعض الفقه من أخطر الضمانات التي تقدمها الدولة المضيفة للاستثمار لما فيه من تنازل عن حقها في مسايرة الظروف المستجدة خاصة في عقود المدة ومن بينها عقد الاستثمار الدولي، ويعرف أصحاب هذا الاتجاه شرط الثبات التشريعي بأنه "تلك النصوص التشريعية الواردة

¹ Aurélie ERCOLI, La norme du traitement juste et équitable en droit international des investissements, P 7, consulté sur le site internet: <http://www.lepetitjuriste.fr/wp-content/uploads/2011/07/M%C3%A9moire%20Aur%C3%A9lie%20Ercoli%20-%20DI.pdf> (date d'accès : le 13/02/2019).

² محمد عبد المجيد إسماعيل، تأملات في العقود الدولية وأثر العولمة على عقود الدولة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 258-259.

في صلب قانون الدولة التي ستدخل طرفا في عقد أو اتفاق دولي مع شخص أجنبي، بمقتضاها تتعهد الدولة في مواجهة هذا الأخير بأن لا تعدل أو تلغي قانونها الوطني الواجب التطبيق على العقد¹.

وقد انقسم الفقه بين من يرى في شرط الثبات التشريعي أنه تقليص في سيادة الدولة، وحد من سلطتها التشريعية، ومن يرى أن هذا المبدأ لا يطرح أي إشكال بشأن سيادة الدولة، لأنها تحتفظ بكامل صلاحياتها التشريعية في إصدار القوانين وتعديلها وإلغائها، فغاية ما في الأمر هو أن الاستثمارات المنجزة في ظل قانون معين والمقترنة بشرط الثبات التشريعي تبقى خاضعة لأحكامه حتى وإن تم إلغاؤه، وهذا كاستثناء من مبدأ التطبيق الفوري للقوانين، وهذا يعد تنازلا من الدولة نفسها بهدف جذب الاستثمارات الأجنبية للمساهمة في التنمية².

غير أن التوفيق بين المصلحة الوطنية التي تنشدها الدولة المضيئة من وراء جلب الاستثمار الأجنبي ومتطلبات الحماية التي يضعها المستثمر نصب عينيه ويبني عليها قراره بالاستثمار من عدمه، يتطلب من الدولة التنازل عن بعض مظاهر سيادتها في مواجهة المستثمر الأجنبي بما يحقق التوازن بين الحقوق التي يحصل عليها المستثمر في إطار عقد الاستثمار الدولي وبين القيمة المضافة التي يقدمها الاستثمار المزمع إنجازها للدولة. وفي هذا يقول الأستاذ Pieere Noel "إن الالتزام والسيادة أمران متناقضان فضرورة الالتزام التعاقدية يترتب عليه أن السيادة تختفي"³.

إن شرط الثبات التشريعي يدعم ثقة المستثمرين الأجانب في الدولة المضيئة الذين سيقدمون على إبرام عقد الاستثمار على قدم المساواة مع الدولة، وبالنتيجة فإن هذا الشرط يسمح بدعم الوضعية التفاوضية للمستثمر الأجنبي في مقابل السلطات الكبيرة للدولة المضيئة⁴. وقد أقر المشرع الجزائري شرط الثبات التشريعي في المادة 22 من القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار⁵ بنصها على أنه "لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلا، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

¹ طارق كاظم عجيل، المرجع السابق، ص 713.

² لعماري وليد، المرجع السابق، ص 19.

³ شوشو عاشور، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2007-2008، ص 18.

⁴ Rola ASSI, Op. cit, 497.

⁵ قانون رقم 09-16، يتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

وباستقراء هذه المادة يتضح أنها تتضمن قاعدة واستثناء، تتمثل القاعدة في عدم تطبيق التعديلات أو الإلغاءات التي تلحق بالقانون الذي وقع عليه شرط الثبات التشريعي، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون بداعي مبدأ التطبيق الفوري للقانون، أما الاستثناء فهو تطبيق هذه التعديلات أو الإلغاءات على الاستثمار المستفيد من شرط الثبات التشريعي إذا طلب المستثمر ذلك بشكل صريح وفي ذلك تنازل منه عن شرط الثبات.

أما الهدف من شرط الثبات التشريعي فهو الحفاظ على التوازن في العلاقة العقدية، وذلك من خلال تجميد الإطار التشريعي والتنظيمي الذي سيتم فيه تنفيذ عقد الاستثمار بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي وليس تجميد محتوى الاتفاق¹، ولا يخفى على أحد أن غاية تثبيت القانون الواجب التطبيق على حالته التي كان عليها وقت التعاقد هو استقرار للرابطة العقدية، وحفظ لتوقعات الأطراف². وبالنتيجة الحصول على استقرار غير محدود، وبشكل واضح، في ممارسة السلطات التشريعية للدولة المضيفة، وبالتالي تجنب الاضطرابات الشديدة التي قد تلحق بعقد الاستثمار³.

وقد تم تجسيد شرط الثبات التشريعي عملياً في العديد من عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية ومستثمرين أجانب، ومن ذلك اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها "APSI"، المتصرفة باسم ولحساب الدولة الجزائرية، وبين شركة أوراسكوم تيلكوم القابضة ش.م.م، شركة ذات أسهم، خاضعة للقانون المصري، المتصرفة باسم ولحساب "أوراسكوم تيلكوم الجزائر"، شركة ذات أسهم خاضعة للقانون الجزائري، والتي نصت مادتها السادسة تحت عنوان تغيير التنظيم على أن "تمنع الدولة الجزائرية على نفسها، بعد التوقيع على هذه الاتفاقية، أن تتخذ إزاء الشركة أي ترتيب خاص قد يعيد النظر بصفة مباشرة في الحقوق والامتيازات المخولة بموجب هذه الاتفاقية.

إذا تضمنت القوانين أو التنظيمات المستقبلية للدولة الجزائرية نظام استثمار أفضل من النظام المقرر في هذه الاتفاقية، يمكن الشركة أن تستفيد من هذا النظام، شريطة استيفاء الشروط المقررة في هذه التشريعات أو تنظيماتها التطبيقية⁴.

¹ عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر 2014، ص217.

² علي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص161.

³ Rola ASSI, Op. cit, p 497.

⁴ مرسوم تنفيذي رقم 01-416، يتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها وأوراسكوم تيلكوم الجزائر، المرجع السابق.

وكذلك ما جاء في اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، والشركة الجزائرية للإسمنت "ACC"، والتي نصت في مادتها الرابعة بعنوان ضمانات حماية الاستثمار على أنه "يستفيد المستثمرون الأجانب المساهمون في رأسمال الشركة، من الضمانات الممنوحة للاستثمارات، والمقررة في الباب الثالث من الأمر 03-01 المؤرخ في 20 غشت 2001". ولئن كان هذا البند كافيا لتطبيق شرط الثبات التشريعي الذي تنص عليه المادة 15 من الأمر رقم 03-01 الملغى، إلا أن الاتفاقية قد عززت التمسك بهذا الضمان حيث نصت في مادتها السادسة بعنوان تعديل التنظيم والتشريع على أنه "طبقا للمادة 15 من الأمر 03-01 المؤرخ في 20 غشت 2001 والمذكور أعلاه، فإن المراجعات والإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل لن يكون لها أثر على الامتيازات المحددة في الاتفاقية الحالية"¹.

ثانيا - ضمان عدم نزع ملكية الاستثمارات

يعتبر ضمان عدم نزع ملكية الاستثمارات المنجزة من أهم الضمانات الموضوعية المقررة لحماية الحقوق المكتسبة للمستثمرين الأجانب، لذلك خصها المشرع الجزائري بحماية خاصة تمنع المساس بها إلا بالطرق المشروعة ومقابل تعويض عادل ومنصف.

1. تقرير الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي

لما كان الاستثمار يتجسد عمليا بإقامة مشروع جديد في الدولة المضيفة للاستثمار، فإن ذلك لن يتأتى إلا بتمكين المستثمر الأجنبي من وعاء عقاري يتناسب في مساحته وموقعه مع المشروع المراد إقامته، ذلك أن الملكية تعتبر بالنسبة للمستثمر الأجنبي في تشريعات الاستثمار الحالية مرادفة للاستثمار². ويجب أن يتبع هذا الإجراء بضمان عدم التعرض للمشروع الاستثماري، وذلك قبل الحديث عن أية ضمانات أخرى، ذلك أن المساس بملكية المستثمر الأجنبي يجعل كل الضمانات السالف ذكرها غير مجدية.

وتحقيقا لذلك وفي خضم التحولات الاقتصادية التي عرفتها الجزائر في بداية التسعينات من القرن الماضي وفي إطار تشجيع الاستثمار الأجنبي انتهجت السلطات العمومية من خلال قانون النقد والقرض لسنة 1990 صيغة جديدة لاستعمال الأراضي المحسوبة على الأملاك الخاصة للدولة، وذلك بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين الذين يستثمرون في مشاريع صناعية لها تأثير إيجابي على الاقتصاد الوطني. ثم

¹ اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الجزائرية للإسمنت "ACC"، ج. ر العدد 72، المؤرخة في 28 يناير سنة 2007 م.

² حسين نواره، المرجع السابق، ص 5.

جاءت المادة 161 من قانون المالية لسنة 1992 لأول مرة بأحكام سمحت بشراء العقارات الصناعية لفائدة الاستثمار على أساس دفتر الأعباء مصادق عليه بالقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 19 فيفري 1992¹.

ومر تنظيم تملك المستثمرين الأجانب للعقارات الصناعية بعدة محطات وصولا إلى صدور الأمر رقم 03-01 المتعلق بترقية الاستثمار، الملغى، الذي تم بموجب المادة 6 منه إنشاء الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار تعويضا للوكالة الوطنية لترقية الاستثمار، وجدير بالذكر أن القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار قد احتفظ بأجهزة الاستثمار المنشأة بموجب الأمر رقم 03-01 الملغى، حيث نصت المادة 37 من القانون رقم 09-16 على أن "تلغى أحكام الأمر رقم 03-01 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار، المعدل والمتمم، باستثناء أحكام المواد 6 و 18 و 22 منه". وللوكالة هياكل لا مركزية على المستوى المحلي لتوحيد وتسريع الإجراءات لاستفادة المستثمرين من العقار الصناعي، وذلك بعد الحصول على نسخة من التصريح بالاستثمار من الوكالة بعد تقديم الوثائق اللازمة وطلب يوضح المساحة اللازمة، وتمنح العقارات في عدة أشكال أهمها التنازل أو الإيجار أو حق الامتياز².

كما كان لإنشاء الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري سنة 2007 دورا كبيرا في تمكين المستثمرين الأجانب من الحصول على العقار من خلال المهام الموكلة لها، ومنها توليها لمهمة الوساطة العقارية بين ملاك العقارات والمستثمرين، حيث نصت المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 07-119³ على أنه "يمكن الوكالة أن تتولى أيضا مهمة وساطة عقارية وعلى هذا الأساس، فهي تسير، وفقا لاتفاقية ولحساب المالكين للعقارات بكل أنواعها". كما تساهم هذه الوكالة في إبراز السوق العقارية الحرة الموجهة للاستثمار ويعتبر ذلك من صميم مهامها حيث تنص المادة 2/7 من المرسوم التنفيذي رقم 07-119 على أنه "يتمثل نشاط الضبط بالنسبة للوكالة في المساهمة من أجل إبراز السوق العقارية الحرة الموجهة للاستثمار".

ولم يتوقف المشرع الجزائري عند تمكين المستثمر الأجنبي من ملكية المشروع الاستثماري، بل إنه واعترافا بمكانة الملكية الخاصة في جميع الأنظمة باعتبارها حق جامع مانع لا يجوز التعرض لها حتى من

¹ حسين نواره، المرجع السابق، ص12.

² حسين نواره، المرجع نفسه، ص13.

³ مرسوم تنفيذي رقم 07-119 مؤرخ في 05 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 23 أبريل سنة 2007، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري، ج. ر العدد 27، المؤرخة في 25 أبريل سنة 2007 م.

قبل الدولة إلا لأغراض النفع العام¹، فقد أحاطها بحماية دستورية تأكيداً على الأهمية التي يوليها لها، كما أقر المشرع الجزائري هذه الحماية من خلال نصوص القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، ليؤكد قانون الاستثمار على الحماية الخاصة لملكية المستثمر الأجنبي.

وعلى غرار العديد من الدساتير نص الدستور الجزائري² في المادة 1/22 على أنه "لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون"، ليضيف في المادة 64 أن "الملكية الخاصة مضمونة". إن هذه الأحكام تتفق وما نصت عليه المادة 33 من دستور العراق لسنة 2005 التي نصت أولاً أن "الملكية الخاصة مصونة، ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها في حدود القانون"، كما نصت الفقرة ثانياً من المادة المذكورة على أنه "لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة، وينظم ذلك بقانون"³.

كما أن الدستور المصري الصادر عام 1971، إعلاء لدور الملكية الخاصة، وتأكيداً لإسهامها في المحافظة على الأمن الاجتماعي، ضمن حمايتها لكل فرد -وطنياً كان أو أجنبياً- ولم يجر المساس بها إلا على سبيل الاستثناء فنص في المادة 35 منه على أنه "لا يجوز التأميم إلا لاعتبارات الصالح العام وبقانون ومقابل تعويض"⁴.

وإذا كان الفقه الدولي قد استقر على أحقية الدولة في الاستحواذ على ممتلكات الأجانب الموجودة على إقليمها، وذلك إعمالاً لسيادتها الإقليمية متى توفرت الشروط اللازمة من مصلحة مشروعة، والمساواة في تنفيذ الإجراء المطبق، وعدم مخالفة التزام تعاقدي سابق، إلا أن حاجة الدول خاصة النامية لجذب الاستثمارات الأجنبية، تحتم عليها توفير الحماية لهذه الاستثمارات، وذلك باستبعاد مخاوف نزع الملكية التي يتعرض لها المستثمر الأجنبي بتقديم ضمانات تشريعية للمستثمرين الأجانب بعدم التعرض لممتلكاتهم، إلا وفقاً لما تقتضيه قواعد القانون الدولي⁵.

¹ محمد عمر مولود، الضمانات الدستورية والتشريعية للاستثمار في العراق دراسة مقارنة، المؤتمر العلمي السنوي التاسع عشر، قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون، في الفترة من 25 إلى 27 أبريل 2011، ص 674.

² قانون رقم 01-16، يتضمن التعديل الدستوري، المرجع السابق.

³ محمد عمر مولود، المرجع نفسه، ص 674.

⁴ عبد المنعم عبد الغني نعيم، بعض الضمانات القانونية للاستثمار تطبيقاً على الحالة المصرية، المؤتمر العلمي السنوي التاسع عشر، قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون، في الفترة من 25 إلى 27 أبريل 2011، ص 614.

⁵ فؤاد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010، ص 269.

وتعتبر ضمانات عدم جواز تأميم المشروع الاستثماري أو مصادرته إحدى أهم الضمانات المقررة للمستثمر الأجنبي، إذ أنها تعد الضمانة الأساسية التي لا يتصور بدونها إقدام المستثمر الأجنبي على استثمار أمواله بدولة ما، فهي تؤمنه ضد استحواد الدولة المضيفة على أمواله، أو على الأقل تقييدها بضرورة حماية الحقوق المكتسبة للأجانب، وأن تستدعي المصلحة العامة اتخاذ مثل هذه الإجراءات، وأن لا يتم اتخاذها بطريقة تمييزية بين المستثمرين، مع الالتزام بدفع تعويض عادل وقابل للتحويل إلى الخارج¹. وفي سبيل ذلك نصت المادة 23 من القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار² على أنه "زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية، لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

يترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف".

ولعل أهم ما يمكن استخلاصه من هذا النص هو سكوت المشرع الجزائري عن الأساليب الأخرى لنزع ملكية المستثمر الأجنبي من تأميم ومصادرة، ويذهب البعض إلى تفسير صمت المشرع الجزائري على غرار الكثير من التشريعات المقارنة المتعلقة بالاستثمار عن ذكر التأميم والمصادرة، بأنه ضرورة يملها النهج الذي تسلكه الدولة من أجل توفير بيئة استثمارية يسودها جو من الثقة والاطمئنان لدى المستثمر الأجنبي، فالمشرع الجزائري بهذا النص يكون قد حدد موقفه من هذه الإجراءات التي تعلق في فترة السبعينات بتأميمات لازالت تثير مخاوف المستثمرين الأجانب.

II. التعويض عن نزع الملكية

لم يعد الاختلاف حالياً يدور حول حق الدولة في القيام بنزع ملكية المستثمر الأجنبي من أموال عقارية أو منقولة التي تتواجد على إقليمها بكل سيادة، فهذه المسألة أصبحت من المسلمات في مجال العلاقات القانونية الدولية، إنما يدور الاختلاف حول التعويض الذي ينجم عن عمليات التأميم والذي يعتبر حقا للمستثمر الذي تم نزع ملكيته، ويذهب جانب كبير من الفقه إلى أن التعويض العادل هو التعويض الذي يكون كافياً وحالاً وفعالاً³.

¹ محمد السيد عرفة، ضمانات الاستثمار الأجنبي وحوافزه في القانون المصري دراسة مقارنة المؤتمر العلمي السنوي التاسع عشر، قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون، في الفترة من 25 إلى 27 أبريل 2011، ص 563.

² قانون رقم 09-16، يتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

³ عميروش فتحي، المرجع السابق، ص 48.

وتشهد اتفاقات الاستثمار الدولية الأخيرة، مستوى متزايد من التقارب فيما يتعلق بمستوى التعويض الذي يجب دفعه مقابل نزع الملكية بطريقة قانونية، ويشكل هذا التقارب واحدة من الاتجاهات البارزة بين اتفاقات الاستثمار الدولية حيث أن معظمهما يتضمن معيار أن يكون التعويض حالاً وكاف وفعال، المعروف أيضاً باسم معيار هال. ويعتبر التعويض حالاً إذا دفع بدون تأخير، كاف إذا كان لديه علاقة معقولة مع القيمة السوقية للاستثمار المعني، وفعال إذا دفع بعملة قابلة للتحويل أو قابلة للاستخدام بحرية¹.

فيما يرجع السبق لمنظمة الأمم المتحدة في تقرير أولى المبادئ الخاصة بالقانون الدولي للاستثمارات في مجال حماية الاستثمار الأجنبي بشكل عام، وحماية ملكية المستثمر الأجنبي وتقرير التعويض عن المساس بها بشكل خاص، وتمثل ذلك في تصويت أعضائها بأغلبية مطلقة على اللائحة رقم A/RES/1803 المؤرخة في 14 ديسمبر 1962 والمتعلقة بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، والتي أقرت في الفقرة الرابعة من مادتها الأولى أن الحق في نزع الملكية والتأميم الماسة بممتلكات واستثمارات الأجانب المقررة للدول المضيفة، يجب أن يتم في إطار احترام بعض الشروط المتصلة بالتعويض المناسب، على الرغم من أن الجمعية العامة للأمم المتحدة لا تمتلك سلطة إقرار قواعد مكتوبة للقانون الدولي، إلا أن لائحته هذه حضت بإجماع دولي، وقد اعتبر بعض الشراح عبارة "مناسب" التي أقرتها هذه اللائحة، أقل إلزامية بالنسبة للدول المضيفة للاستثمار من الطرح الذي قدمه الأستاذ هيل والذي اشترط تعويضاً سريعاً ومناسباً وفعالياً².

كما تضمن ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1974، شرط التعويض حيث نصت المادة 2 / (ج) منه على أنه:

"2- ولكل دولة الحق في:

(ج) تأميم الممتلكات الأجنبية أو نزع أو نقل ملكيتها، وفي هذه الحالة ينبغي أن تدفع الدولة التي تتخذ هذه التدابير التعويض المناسب"³.

¹ EXPROPRIATION, Op. cit, p 40.

² علة عمر، حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2008، ص 81.

³ القرار رقم 29/3281 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، المتضمن ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية، الصادر بتاريخ 12 ديسمبر 1974، A/RES/ 3281.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد كرس التعويض بنصوص دستورية وأخرى من القانون المدني وقانون الاستثمار، حيث نصت المادة 22 من الدستور¹ على أنه "لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون. ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف".

أما المادة 677 ق. م² فنصت على أنه "... غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل"، كما نصت المادة 678 من القانون نفسه على أنه "لا يجوز إصدار حكم التأميم إلا بنص قانوني على أن الشروط وإجراءات نقل الملكية والكيفية التي يتم بها التعويض يحددها القانون".

كما أقر القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار³ وجوب تعويض المستثمر الأجنبي عن نزع ملكيته حيث نصت المادة 2/23 منه على أنه "يترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف".

وفيما يخص موقف المشرع الجزائري من تقدير التعويض فإنه يتفق والسياسة الوطنية المنتهجة لتشجيع الاستثمار، حيث تبنى بمناسبة الإصلاحات الاقتصادية التي عرفتها البلاد خلال تسعينيات القرن الماضي أسلوب تعويض يشمل ما فات المالك من كسب وما لحقه من خسارة، وهذا ما أقره القانون رقم 91-11 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية⁴ الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، حيث نصت المادة 21 منه على أنه "يجب أن يكون مبلغ التعويض عن نزع الملكية عادلا ومنصفا بحيث يغطي كل ما لحقه من ضرر وما فاته من كسب بسبب نزع الملكية".

وكذلك نص المرسوم التنفيذي رقم 93-186⁵ في المادة 31 على أنه "يجب أن يكون مبلغ التعويضات عادلا ومنصفا يغطي كامل الضرر الناشئ عن نزع الملكية، ويحدد استنادا إلى القيمة الحقيقية

¹ قانون رقم 01-16، يتضمن التعديل الدستوري، المرجع السابق.

² أمر رقم 58-75، يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، المرجع السابق.

³ قانون رقم 09-16، يتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

⁴ قانون رقم 91-11، يتعلق بقواعد نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، المرجع السابق.

⁵ مرسوم تنفيذي رقم 93-186 مؤرخ في 7 صفر عام 1414 الموافق 27 يوليو سنة 1993، يحدد كيفية تطبيق القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أبريل سنة 1991، المتعلق بقواعد نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ج. ر العدد 51، المؤرخة في أول غشت سنة 1993 م.

للممتلكات حسب ما يستنتج من طبيعتها أو قوامها وأوجه استعمالها الفعلي من مالكةا أو أصحاب الحقوق العينية فيها.

تقدر هذه القيمة الحقيقية على ما هي عليه يوم إجراء التقييم من قبل مصالح الأملاك الوطنية. تحدد طبيعة الممتلكات أو قوامها في تاريخ نقل الملكية، ويؤخذ بوجه استعمالها ما كانت تستعمل فيه قبل عام من فتح التحقيق الذي يسبق التصريح بالمنفعة العمومية¹.

كما حددت بعض النصوص الخاصة بالتدابير المماثلة لنزع الملكية طريقة تقدير التعويض، ومنها حالة فسخ الدولة لعقد الامتياز أو التنازل بسبب إخلال المستفيد من هذه الصيغ بالالتزامات التي يضمنها دفتر الأعباء، وتعتبر حالة الفسخ هنا تدبير مماثل لإجراء نزع الملكية¹، حيث نصت المادة 9 من الأمر رقم 11-06 المؤرخ في 30 أوت 2006² على أنه "يترتب على كل تقصير من المستفيد من الامتياز أو من التنازل بالالتزامات التي يتضمنها دفتر الأعباء فسخ عقد الامتياز أو التنازل، بقوة القانون عن طريق الجهة القضائية المختصة، بمبادرة من مدير الأملاك الوطنية المختص إقليميا.

تدفع الدولة نتيجة الفسخ تعويضا مستحقا بعنوان القيمة المضافة المحتملة التي أتى بها المستثمر على القطعة الأرضية من خلال الأشغال المنجزة قانونا دون أن يتجاوز هذا المبلغ قيمة المواد وسعر اليد العاملة المستعملة.

تحدد مصالح الأملاك الوطنية المختصة إقليميا القيمة المضافة المحتملة³.

وتثار مسألة مهمة بشأن عدم دفع التعويض فيما إذا كان يجعل من نزع الملكية إجراء غير قانوني برغم توفر الشروط الثلاثة الأخرى (نزع الملكية لغرض عام - أن يتم بطريقة غير تمييزية - أن يتم وفقا للإجراءات القانونية الواجبة) للقول بقانونيته، أم انه يشكل فقط أساس للمطالبة بالتعويض. في الحقيقة إن التعويض هو وسيلة انتصاف متاحة في حالة وجود نزاع حيث تحتاج المحكمة إلى توصيف الإجراء قبل أن تقوم بتقدير التعويض والحكم بدفعه³.

¹ حسين نواره، المرجع السابق، ص 222.

² أمر رقم 11-06 المؤرخ في 6 شعبان عام 1427 الموافق 30 غشت سنة 2006، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج. ر العدد 53، المؤرخة في 30 غشت سنة 2006 م.

³ EXPROPRIATION, Op. cit, p 43.

ثالثاً - ضمان تحويل الأموال إلى الخارج

يعتبر المستثمر الأجنبي وجود التسهيلات القانونية التي تمكنه من إعادة رأس ماله المستثمر من الدولة المضيفة للاستثمار إلى وطنه الأصلي، وتحويل العوائد والفوائد وناتج تصفية مشروعه في الدولة ومرتببات مستخدميه وعماله الأجانب إلى الخارج بعملة قابلة للتحويل، أمراً حيويًا وجوهريًا لاختيار الدولة التي يستثمر أمواله فيها، بل ويكون حجم التسهيلات القانونية المتاحة في هذا الخصوص أحد العوامل الجوهرية في تفضيل دولة معينة على الدول الأخرى¹.

ويجد الحق في تحويل المستثمر الأجنبي لأمواله إلى الخارج سنده في أحكام المادة 25 من القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار²، والتي حددت طبيعة ومصدر الأموال التي تكون قابلة للتحويل إلى الخارج بنصها على أنه "تستفيد من ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناجمة عنه، الاستثمارات المنجزة انطلاقاً من حصص في رأس المال في شكل حصص نقدية مستوردة عن الطريق المصرفي، ومدونة بعملة حرة التحويل يسعها 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.

كما تقبل كحصة خارجية، إعادة الاستثمار في الرأسمال للفوائد وأرباح الأسهم المصرح بقابليتها للتحويل طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

يطبق ضمان التحويل وكذا الأسقف الدنيا المذكورة في الفقرة الأولى أعلاه، على الحصص العينية المنجزة حسب الأشكال المنصوص عليها في التشريع المعمول به، شريطة أن يكون مصدرها خارجياً، وأن تكون محل تقييم طبقاً للقواعد والإجراءات التي تحكم إنشاء الشركات.

ويتضمن ضمان التحويل المذكور في الفقرة الأولى أعلاه، كذلك المداخل الحقيقية الصافية الناتجة عن التنازل وتصفية الاستثمارات ذات مصدر أجنبي حتى وإن كان مبلغها يفوق الرأسمال المستثمر في البداية".

¹ أماني أحمد عبد الله موسى، حوافز وضمانات الاستثمار في السودان وفقاً لقانون تشجيع الاستثمار لسنة 1999 والتعديلات اللاحقة له، المؤتمر العلمي السنوي التاسع عشر، قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون، في الفترة من 25 إلى 27 أبريل 2011، ص 651.

² قانون رقم 09-16، يتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

وقد وردت أحكام التحويل قبل ذلك في المادة 31 من الأمر رقم 03-01، الملغى، بنصها على أنه "تستفيد الاستثمارات المنجزة انطلاقاً من مساهمة في رأس المال بواسطة عملة صعبة حرة التحويل يسعرها بنك الجزائر بانتظام ويتحقق من استيرادها قانوناً، من ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناتجة عنه. كما يشمل هذا الضمان المداخل الحقيقية الصافية الناتجة عن التنازل أو التصفية، حتى وإن كان هذا المبلغ أكبر من الرأسمال المستثمر في البداية".

ثم جاء النظام رقم 03-05 لبنك الجزائر والمتعلق بالاستثمارات الأجنبية¹ ليفصل كيفية تطبيق هذا الضمان، حيث نصت المادة الأولى منه على أنه "يهدف هذا النظام إلى تحديد كفاءات تحويل إيرادات الأسهم والأرباح وصافي النواتج الحقيقية الناجمة عن التنازل أو تصفية الاستثمارات الأجنبية التي أنجزت في مجال السلع والخدمات وهذا في إطار الأمر رقم 03-01 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار".

كما أكدت المادة 2 من الأمر نفسه على أنه "تستفيد الاستثمارات المحددة في المادة 2 من الأمر رقم 03-01 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001 والمذكور أعلاه من ضمان تحويل إيرادات رأس المال المستثمر وصافي النواتج الحقيقية الناجمة عن التنازل أو التصفية وفقاً لأحكام المادة 31 من الأمر رقم 03-01 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001 والمذكور أعلاه".

ليؤكد بنك الجزائر في النظام رقم 01-07 المؤرخ في 3 فيفري 2007 والمتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة²، على حرية تحويل عائدات وإيرادات الاستثمارات المنجزة في الجزائر، بالإضافة إلى حق العمال الأجانب في تحويل الأجور التي يتقاضونها إلى بلدانهم الأصلية، إذ تعرضت المادة 4 من هذا النظام إلى حرية تحويل عائدات الاستثمارات بنصها على أنه "يقصد بالتسديدات والتحويلات الخاصة بالمعاملات الدولية الجارية حسب معنى هذا النظام لاسيما:

- التسديدات المنجزة بموجب الفوائد على القروض وصافي عائدات استثمارات أخرى".

¹ نظام رقم 03-05 مؤرخ في 28 ربيع الثاني عام 1426 الموافق 6 يونيو 2005، يتعلق بالاستثمارات الأجنبية، ج. ر العدد 53، المؤرخة في 31 يوليو سنة 2005 م.

² نظام رقم 01-07 مؤرخ في 15 محرم عام 1428 الموافق 3 فبراير سنة 2007، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، ج. ر العدد 31، المؤرخة في 13 مايو سنة 2007.

أما المادة 80 من النظام ذاته فنصت على حرية تحويل إيرادات الاستثمارات الأجنبية "ينفذ الوسطاء المعتمدون طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما التحويلات بموجب إيرادات الاستثمارات الأجنبية".

وفيما يخص تحويل أجور العمال الأجانب فقد أقره هذا النظام بموجب المادة 78 منه، والتي تنص على أنه "يستفيد العمال الأجانب الذين توظفهم الإدارات والمتعاملون الاقتصاديون الخاضعون للقانون الجزائري من حق تحويل الأموال الموفرة من الأجر وفقا للشروط التي تحددها تعليمة تصدر من بنك الجزائر مع مراعاة التشريع والتنظيم المتعلق بتوظيف وتشغيل الأجانب في الجزائر".

إن حرية تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناتجة عنه وكذا عوائد التنازل وتصفية الاستثمارات الأجنبية، لا تقتصر فقط على الاستثمارات المنجزة في النشاطات الاقتصادية لإنتاج السلع والخدمات، وإنما تشمل أيضا فوائد المستثمرين الأجانب الناتجة عن صادراتهم من المحروقات، فبعد أن عرفت المادة 55 من القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات، المعدل والمتمم¹، الشخص غير المقيم بأنه كل شخص يكون مقر شركته بالخارج، كما اعتبرت الفرع المتواجد في الجزائر لشخص غير مقيم بأنه غير مقيم بالنظر لتنظيم الصرف، أتت على توضيح أحكام تحويل العملة بنصها على أنه:

"يرخص للشخص غير المقيم بتغطية مصاريفه لعملية البحث والاستغلال بواسطة عملة صعبة قابلة للتحويل تم إثبات استيرادها قانونا، بما يأتي:

- الاحتفاظ في الخارج، خلال مرحلة الاستغلال بنتائج صادراته من المحروقات المحصل عليها في إطار العقد. إلا أنه يتعين عليه قبل كل شيء جلب المبالغ الضرورية بالعملة القابلة للتحويل إلى الجزائر وإيداعها لدى بنك الجزائر لمواجهة مصاريف التطوير، والبحث، وإن اقتضى الأمر الاستغلال، والنقل بواسطة الأنايب، والتشغيل وكذا المبالغ الضرورية لدفع الإتاوة والضرائب والرسوم المستحقة.

- التصرف بكل حرية في ناتج المبيعات في السوق الوطنية للمحروقات المتحصل عليها في إطار العقد وتحويل المبالغ الفائضة التي تشكل زيادة عن أعبائه والتزاماته، إلى الخارج".

لتضيق بشأن الشخص المقيم "يتعين على كل شخص مقيم أن يجلب وأن يودع لدى بنك الجزائر ناتج صادراته من المحروقات طبقا لتنظيم الصرف المعمول به، ويمكنه القيام بكل حرية بتحويل الفوائد التي تعود لشركائه غير المقيمين، إلى الخارج.

¹ قانون رقم 05-07، يتعلق بالمحروقات معدل ومتمم، المرجع السابق.

ويمكن كل شخص مقيم كذلك، بعد موافقة مجلس النقد والقرض، أن يقوم بكل عملية تحويل تسمح له بممارسة النشاطات موضوع هذا القانون، في الخارج. يجب أن تتم موافقة مجلس النقد والقرض بعد ثلاثين (30) يوما على الأكثر من استلام الملف القانوني للطلب. وفي حالة الرفض، على مجلس النقد والقرض أن يبرر ذلك في نفس المدة".

المطلب الثاني

الضمانات الإجرائية للاستثمارات الأجنبية

في حقيقة الأمر إن الدور الأساسي للضمانات الإجرائية هو إعادة التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار من خلال تطبيق الأحكام الفاصلة في النزاع، إلا أنها تؤدي دورا مهما - وإن عد ثانويا - في تحقيق التوازن العقدي، من خلال حث الدولة المضيفة على احترام التزاماتها تحت طائلة المسائلة القضائية. وقد نص المشرع الجزائري على هذه الضمانات من خلال المادة 24 من القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار¹، والتي أعادت إدراج هذه الضمانات مع بعض الاختلاف في صياغة المادة عما كانت عليه في القوانين السابقة.

والحقيقة أن تقرير الضمانات الإجرائية لحماية الاستثمارات الأجنبية يرجع إلى قانون الاستثمار لسنة 1993، وقد تمسك بها المشرع الجزائري في قانون الاستثمار الجديد تأكيدا على أهميتها حيث جعل الأصل هو استنفاد سبل الانتصاف الوطنية (الفرع الأول) والاستثناء هو اللجوء إلى التحكيم الدولي متى توفرت أسباب اللجوء إليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الاختصاص الأصلي للقضاء الوطني

تنص المادة 24 من القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار² على أنه "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، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف

¹ قانون رقم 09-16، يتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

² قانون رقم 09-16، يتعلق بترقية الاستثمار، المرجع نفسه.

أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص".

لقد أقر المشرع الجزائري من خلال هذه المادة الحماية الإجرائية للمستثمر الأجنبي حيث ضمن له الحق في التقاضي، وجعل اختصاص القضاء الوطني بنظر منازعات الاستثمار هو الأصل سواء كان الخلاف بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه (أولاً). والاستثناء هو اختصاص التحكيم الدولي في حالة وجود اتفاقيات دولية أبرمتها الدولة الجزائرية مع دولة المستثمر تتعلق بالتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر باللجوء إلى تحكيم خاص (ثانياً).

أولاً- مبررات إخضاع منازعات الاستثمار لقضاء الدولة المضيفة

يعزى عقد الاختصاص بنظر منازعات عقود الاستثمار الأجنبي لقضاء الدولة المضيفة للاستثمار كأصل، بالطبيعة الخاصة لهذه المنازعات وارتباطها بالمصالح الحيوية للدولة المضيفة للاستثمار، والتي تحرص في الأغلب على إخضاع مثل هذه العقود لقواعدها الوطنية، مما يجعل القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار الجهة المختصة أصلاً بحسم المنازعات التي يمكن أن تثيرها عقودها مع المستثمرين الأجانب¹.

ويشكل واجب استنفاد سبل الانتصاف المحلية شرطاً إلزامياً في القانون الدولي العام للجوء إلى المحافل القضائية الدولية². حيث أن العديد من القرارات الدولية والتشريعات الوطنية وأيضاً عقود الاستثمار، تنص على أن منازعات الاستثمار التي تنشأ بين الدولة المضيفة والمستثمرين الأجانب تجرى معالجتها في إطار القضاء الوطني المختص للدولة المضيفة، ما لم يتم الاتفاق بين الأطراف على اتباع طرق أخرى للتسوية، ومن القرارات الدولية التي أقرت اختصاص القضاء الوطني وفق ما يعرف بمبدأ استنفاد إجراءات التقاضي الداخلية هناك:

- القرار رقم 1803 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 14 ديسمبر 1962 الخاص بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، والذي أكد على اختصاص القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار متى كان الخلاف حول التعويض المستحق عن التأميم، حيث نصت الفقرة الرابعة من هذا القرار

¹ بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 328.

² تحويل نظام اتفاقات الاستثمار الدولية، مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، الأمم المتحدة، جنيف، 25-27 شباط/فبراير، ص 11.

على أنه "على أي حال، فعندما تثير مسألة التعويض خلافاً يجري استنفاد الاختصاص الوطني للدولة التي اتخذت مثل تلك الإجراءات. هذا وعند الاتفاق بين الدولة ذات السيادة والأطراف المعنية تتم تسوية النزاع من خلال التحكيم أو المقاضاة الدولية"¹.

- القرار رقم 29/3281 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1974 الخاص بميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية²، الذي نص في المادة 2/2(ج) منه على أنه "عندما تثير مسألة التعويض خلافاً، يتم حل هذا الخلاف بمقتضى القانون الوطني للدولة المؤممة وعن طريق محاكمها، إلا إذا جرى الاتفاق المتبادل بين الدول المعنية كافة على اتباع وسائل سلمية أخرى على أساس المساواة في السيادة للدول ووفق مبدأ الاختيار الحر للوسائل".

كما أن الفقه والقضاء الدولي يعترفان بأن هذه القاعدة لم تنشأ من العدم، بل أنها أداة النظام القانوني الدولي وأنها قاعدة عرفية وقاعدة قانونية دولية لها ما يبررها، فهي تقوم على مبدأ السيادة الذي يعطي الدول الحق في نظر النزاعات على إقليمها وفي ذلك يقول الأستاذ عبد العزيز سرحان "إن مبدأ السيادة والاستقلال الوطني يعطي لكل دولة -بموجب قانون الشعوب- الحق في اشتراط خضوع الأجانب لنظامها القانوني الداخلي، وأن أي تدخل أجنبي قبل استنفاد وسائل الإصلاح المتاحة في النظام القانوني الوطني غير مقبول على الإطلاق"³.

ويرى الفقيه "اميراسنج" أن قاعدة استنفاد طرق التقاضي الداخلية تعد من أدوات النظام القانوني الدولي وتختص بتنفيذ قيم محددة تعمل على احترام النظام القانوني في المجتمع. كما أن المحكمة الدائمة للعدل الدولية أقرت قاعدة استنفاد طرق التقاضي الداخلية في نزاع استونيا ولتوانيا عام 1939؛ حيث اعتبرت دفع ليتوانيا بعدم استنفاد وسائل الإصلاح المحلية هو اعتراض مؤسس، وتؤكد هذا الموقف أيضاً من قبل محكمة العدل الدولية خلال بثها في النزاع بين الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا عام 1959 باعتبارها أن قاعدة استنفاد الوسائل المتاحة في القانون الداخلي لإصلاح الضرر قبل رفع الدعوى أمام المحاكم الدولية، يعد من القواعد المستقرة في القانون الدولي العرفي، ونفس الموقف تبنته محكمة العدل الدولية بمناسبة فصلها في

¹ ناصر عثمان محمد عثمان، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة 2009، ص 69.

² القرار رقم 29/3281 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، المتضمن ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية، الصادر بتاريخ 12 ديسمبر 1974، A/RES/3281.

³ كعباش عبد الله، الحماية الوطنية والدولية للاستثمار الأجنبي وضمائه من المخاطر غير التجارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2001-2002، ص 298 .

نزاع بين الولايات المتحدة الأمريكية وإيطاليا، إذ جاء في حكمها أن عدم اللجوء إلى استنفاد وسائل التقاضي الداخلية أدى إلى حرمان المحاكم الإيطالية من فرصة النظر في النزاع¹.

ثانيا- ضوابط اختصاص القضاء الجزائري حسب القانون رقم 16-09

لقد أقر المشرع الجزائري بناء على نص المادة 24 من قانون الاستثمار الجديد اختصاصا أصيلا للقضاء الجزائري بالفصل في النزاعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي، بشرط أن لا تكون هناك اتفاقيات دولية أو اتفاق خاص تتبنى طرقا أخرى لحلها. ويتوقف انعقاد الاختصاص للقضاء الجزائري حسب هذه المادة على ضابطين اثنين خطأ المستثمر الأجنبي (I) واتخاذ إجراء ضده من طرف الدولة الجزائرية (II).

1. اختصاص القضاء الجزائري المبني على خطأ المستثمر الأجنبي

من المستقر عليه في مجال العقود أن الاتفاقات المبرمة بصفة قانونية تمثل قانونا بالنسبة لمن أبرمها، فالشخص الذي يبرم التزاما تعاقديا لا يمكنه أن يتصل من التزامه متى شاء ذلك، وعقد الاستثمار بحاجة إلى نوع من الاستقرار، لأن أمن الأعمال يحتاج إلى أمن الاتفاقات، فهناك احتمال كبير في أن يختبئ المدين الذي يعجز عن الوفاء بالتزامه وراء الطبيعة غير المتوقعة للوضع الذي هو فيه لمحاولة إيجاد حل لتقصيره، فنظرية القوة الملزمة للعقد تعارض هذا النوع من التصرفات²، ولا يمكن القول بأن أسباب منازعات الاستثمار ترجع دائما إلى الإجراءات التي تتخذها الدولة وتكون وراء المخاطر غير التجارية التي تضر بمصالح المستثمر الأجنبي، فكثيرا ما تعود تلك الأسباب إلى المستثمر بأن يكون هو الذي أحل بالتزاماته التعاقدية³.

وفي مثل هذه الحالات أين يحصل نزاع بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي بخطأ من هذا الأخير، فإن الاختصاص سيؤول للمحاكم الجزائرية المختصة وفقا لما نصت عليه المادة 24 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار⁴ والتي جاء فيها "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية

¹ كعباش عبد الله، المرجع السابق، ص 298، هامش 1.

² Jan-Baptiste THIERRY, Favoriser l'investissement grâce au droit de contrat : L'exemple de l'imprévision, Dix-neuvième conférence scientifique annuelle, intitulée « Les règles d'investissement entre la législation nationale et les accords internationaux et leur impact sur le développement économique dans les Emirats Arabes Unis », tenue à Université des Emirats arabes Unies - Faculté de droit, du 25 au 27 Avril 2011. p162.

³ جابر فهمي عمران، المرجع السابق، ص 397.

⁴ قانون رقم 16-09، يتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

الجزائرية المختصة إقليمياً..."، ويلاحظ أن هذا النص لم يحدد الجهات القضائية المختصة، وإنما ترك ذلك للقواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تحدد الاختصاص الإقليمي والنوعي.

ومن أمثلة الأخطاء التي تكون بسبب المستثمر الأجنبي منازعة الاستثمار بين حكومة الكاميرون وشركة (Klockner)، وتتخلص وقائعها في أنه تم إبرام عقد استثمار بين الطرفين تقوم بموجبه الشركة المستثمرة ببناء مصنع في الكاميرون متخصص في إنتاج السماد، ويشكل هذا الإنتاج أهمية قصوى بالنسبة للزراعة الوطنية في الكاميرون، وبعد تشييد المصنع امتنعت الكاميرون عن تسديد قيمة المصنع حسب ما هو متفق عليه في عقد الاستثمار بين الطرفين، فقامت الشركة بعرض النزاع على المركز الدولي لمنازعات الاستثمار مطالبة الحكومة الكاميرونية بسداد قيمة المصنع، وعالت الأخيرة سبب رفضها دفع القيمة المتفق عليها بأن الشركة تصرفت على نحو يتسم بالتدليس والخداع كما أخلت بالتزامها بإعلام الحكومة الكاميرونية بالظروف المحيطة بالعقد سواء أثناء مرحلة التعاقد أو بعدها، ومثل هذا التصرف يعفي حكومة الكاميرون من التزامها بالوفاء بقيمة المصنع، حيث أنه وفقاً لدراسة الجدوى التي أعدتها الشركة عام 1971 أكدت بأن المصنع سيكون قادراً على تحقيق الربح بمجرد إتمام تشييده، وهو ما لم يتحقق حيث أن المصنع لم يحقق الإضافة التي كانت تعول عليها الكاميرون، كما أن الشركة أخفت الكثير من المعلومات والحقائق التي لو علمت بها حكومة الكاميرون لامتنعت عن الاستمرار في المشروع. وقد انتهت هيئة التحكيم إلى أن المستثمر شركة (Klockner) قد خالفت الالتزامات الجوهرية الناشئة عن عقد الاستثمار وأخطأت بعدم إعلام الحكومة الكاميرونية بكل أمر من شأنه أن يؤثر بشكل جوهري على قرارها الاستثماري¹.

II. اختصاص القضاء الجزائري المبني على إجراء اتخذته الدولة في حق المستثمر الأجنبي

إضافة إلى ضابط الاختصاص المبني على خطأ المستثمر الأجنبي هناك ضابط آخر أقرته المادة 24 من القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار، وهو ضابط الاختصاص المبني على إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حق المستثمر الأجنبي، حيث نصت المادة 24 من قانون الاستثمار² على أنه "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليمياً...".

¹ جابر فهمي عمران، المرجع السابق، ص 398-399.

² قانون رقم 09-16، يتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

ولعل أهم إجراء قد تتخذه الدولة الجزائرية ضد المستثمر الأجنبي هو إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة، وقد صرح المشرع الجزائري بإمكانية اللجوء إلى هذا الإجراء من خلال عدة نصوص قانونية بدءاً من الدستور، حيث نصت المادة 22 من الدستور الجزائري¹ على أنه: "لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون. ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف".

كما أشار إلى إمكانية اللجوء إلى هذا الإجراء متى اقتضت المصلحة العامة ذلك من خلال المادة 677 من ق. م² التي نصت على أنه "لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون. غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل"، وأضافت المادة 678 من القانون نفسه أنه "لا يجوز إصدار حكم التأميم إلا بنص قانوني على أن الشروط وإجراءات نقل الملكية والكيفية التي يتم بها التعويض يحددها القانون"، ولم يشد قانون الاستثمار الجديد عن القاعدة حيث نصت المادة 16 منه على أنه "لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

ويترتب على المصادرة تعويض عادل ومنصف".

وما يمكن استنتاجه من خلال هذه النصوص القانونية التي أجاز فيها المشرع الجزائري اتخاذ إجراء نزع الملكية، هو أنها تشترك جميعاً في تقييد هذا الإجراء بوجود مصلحة كافية تبرر ذلك وأن لا تتم ممارسته إلا في إطار القانون، مع وجوب تقديم التعويض العادل والمنصف للطرف الذي يتخذ ضده هذا الإجراء.

غير أن المستثمر الأجنبي الذي يكون عرضة لإجراء نزع ملكيته قد يرى أن مبررات اللجوء إلى هذا الإجراء غير مقنعة أو أن قيمة التعويض الذي حصل عليه أقل من القيمة الحقيقية للأموال التي أخذت منه، والحال هذه فما عليه إلا التوجه إلى القضاء الجزائري المختص للمطالبة بإعادة النظر في مدى قانونية هذا الإجراء أو في قيمة التعويض المستحق، وفقاً لضوابط الاختصاص الذي أقرته المادة 24 من قانون الاستثمار الجزائري.

¹ قانون رقم 16-01، يتضمن التعديل الدستوري، المرجع السابق.

² أمر رقم 58/75، يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، المرجع السابق.

وتأييدا لاختصاص قضاء الدولة المضيفة للاستثمار بالنظر في الدعاوى المقامة من المستثمر الأجنبي المتضرر من إجراءاتها السيادية، يرى الأستاذ حامد سلطان أنه من غير العادل أن لا تعطى الفرصة للدولة المضيفة المتسببة في الضرر لإصلاح ما تسببت فيه من أضرار، وقد ينجح الأجنبي في الحصول على التعويض العادل دون حاجة إلى اللجوء إلى الوسائل الدولية، لأن مبدأ المساواة في السيادة يقتضي إعطاء الدولة المسؤولة عن الضرر حقها في مباشرة اختصاصها المخول لها بموجب مبدأ السيادة الذي يقره لها القانون والقضاء الدوليين¹.

ثالثا- الاختصاص القضائي لمنازعات المستثمرين الأجانب مع المتعاملين الآخرين

لم يختلف قانون الاستثمار رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار² عن سابقه في تقرير الأحكام والضمانات العامة لحماية الاستثمار الأجنبي، حيث نصت المادة 21 منه على معاملة الاستثمارات الأجنبية وفق مقتضيات العدالة والإنصاف "مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الثنائية والجهوية والمتعددة الأطراف الموقعة من قبل الدولة الجزائرية، يتلقى الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب معاملة منصفة وعادلة، فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة باستثماراتهم"، ونصت المادة 24 على ضمانات التقاضي "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...".

ويرى الدكتور الطيب زروتي أن هذه الضمانات لا ترقى بأي حال لمساواة المستثمرين الأجانب مع الوطنيين فيما يخص حق التقاضي، إذ أنها تتعلق بالمنازعات بين المستثمر الأجنبي والسلطات العامة، ولا تعالج صراحة الاختصاص القضائي لمنازعات المستثمرين الأجانب مع المتعاملين الآخرين، ولا سيما الأشخاص الخاصة، لتبقى هذه الأخيرة خاضعة للأحكام الواردة في المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تشكل تطبيقا للقاعدة العامة في الاختصاص بمعنى ضرورة أن يكون أحد الطرفين جزائريا. ويضيف أنه ليس من المقبول في ظل السياسة الوطنية الحالية المشجعة للاستثمارات الأجنبية، وفي الوقت الذي سمح المشرع للأجانب بتملك العقارات وفتح لهم فرص استثمار أموال طائلة أن يحرمهم من

¹ كعباش عبد الله، المرجع السابق، ص299.

² قانون رقم 09-16، يتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

اللجوء إلى المحاكم الوطنية، إلا في حدود ما تقرره المادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹.

غير أن القضاء الجزائري قد تدخل لسد هذا النقص التشريعي وقد تأكد ذلك بحكمين قضائيين شهيرين²:

- **الحكم الأول:** الذي تم إصداره من محكمة استئناف الجزائر العاصمة بتاريخ 19 جانفي 1966 والذي أكد على "أن إمكانية رفع دعوى أمام القضاء الجزائري تعتبر مسألة لصيقة بقانون الشعوب (أي القانون العام الدولي) وأنها لا تعتبر حقا مدنيا مقصورا على الجزائريين وحدهم" وليرتب على ذلك "أنه لا يوجد بالقانون الجزائري نص قانوني يمنع الأجانب من عرض دعاوهم أمام القضاء الجزائري إما بصفتهم مدعين فيها أو بصفتهم مدعى عليهم فيها، وأن كون طرفي الدعوى معا من الأجانب لا يعتبر سببا لعدم الاختصاص القضائي للمحاكم الجزائرية".

- **الحكم الثاني:** الذي صدر من محكمة قسنطينة بتاريخ 20 أفريل 1972 الذي أكد على "أن جهات القضاء الجزائري (تبقى) مختصة بالفصل في الدعاوى المعروضة أمامها ضد الأجانب متى كان للمدعى عليه (الأجنبي) فيها موطن أو محل إقامة بالجزائر" ورتب على ذلك أنه "ما دام الثابت من عناصر الملف أن للمدعى عليه (الأجنبي) موطن بالجزائر باعتباره يمارس بها وظيفة طبيب لمدة تزيد عن الثلاث سنوات السابقة لتاريخ قيد الدعوى ضده (من طرف مدع أجنبي) فإن ذلك يعتبر عنصرا إقليميا كافيا يسمح للمحكمة التي تم عرض الدعوى أمامها بالتصريح باختصاصها القضائي (الدولي) بالفصل في هذا النزاع المعروض أمامها".

كما عالج المشرع الجزائري النقص الذي تركه قانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلال الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتعاون القضائي، ومن ذلك اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي³ والتي نصت في مادتها 9 ضمن القسم الثاني تحت عنوان (ضمان حق التقاضي) على أنه "يتمتع

¹ الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة، الجزائر 2010، ص328.

² حبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص191 - 192.

³ مرسوم رئاسي رقم 94-181 مؤرخ في 17 محرم عام 1415 الموافق 27 يونيو سنة 1994، يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي، الموقعة بمدينة رأس لانوف (ليبيا) في 23 و 24 شعبان عام 1411 الموافق 9 و 10 مارس سنة 1991، ج. ر العدد 43، المؤرخة في 3 يوليو عام 1994 م.

مواطنو كل طرف متعاقد بحق التقاضي أمام الهيئات القضائية ببلدان الأطراف الأخرى للمطالبة بحقوقهم والدفاع عنها".

وهو نفس الإجراء الذي أقرته اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي¹ في المادة 3 منها تحت عنوان (ضمانة حق التقاضي) بنصها على أنه "يتمتع مواطنو الأطراف المتعاقدة داخل حدود كل منها بحق التقاضي أمام الهيئات القضائية للمطالبة بحقوقهم والدفاع عنها، ولا يجوز بصفة خاصة أن تفرض عليهم ضمانة شخصية أو عينية بأي وجه كان، لكونهم لا يحملون جنسية الطرف المتعاقد المعني أو لعدم وجود موطن أو محل إقامة لهم داخا حدوده.

وتطبق أحكام الفقرة السابقة على الأشخاص المعنوية المنشأة أو المصرح بها وفقا لقوانين كل طرف من الأطراف المتعاقدة".

فيما تضمن القسم الرابع من اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي² تحت عنوان (الاختصاص والاعتراف بالأحكام الصادرة في القضايا المدنية والتجارية وقضايا الأحوال الشخصية وتنفيذها) ضمن بابه الأول بعنوان (الاختصاص) مجموعة من الأحكام التي تمنح الاختصاص للمحاكم الجزائرية وفقا لعدة ضوابط تضمنتها المادة 34 من هذه الاتفاقية بنصها على أنه:

"في غير الأمور المنصوص عليها في المادة السابقة تعتبر محاكم الطرف المتعاقد مختصة في الحالات التالية:

أ) إذا كان موطن أو محل إقامة المدعى عليه أو أحدهم إن تعددوا، وقت افتتاح الدعوى، موجودا ببلد ذلك الطرف المتعاقد أو كان له به من يمثله.

ويقصد بالموطن بالنسبة للشخص الطبيعي محل إقامته المعتاد أو محل نشاطه فيما يخص الدعاوى المتعلقة بذلك النشاط أو موطنه المختار أو آخر موطن معلوم إذا غادره وأصبح مجهول الموطن، وبالنسبة للشخص الاعتباري مقره أو مكان مركزه أو فرعه إذا تعلقت الدعوى باستغلال هذا المركز أو الفرع وتم استدعاؤه به.

¹ مرسوم رئاسي رقم 01-47 مؤرخ في 17 ذي القعدة عام 1421 الموافق 11 فبراير سنة 2001، يتضمن التصديق على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض بتاريخ 23 جمادى الثانية عام 1403 الموافق 6 أبريل سنة 1983، وكذا تعديل المادة 69 من الاتفاقية الموافق عليه في 26 نوفمبر 1997 من طرف مجلس وزراء العرب في دور انعقاده العادي الثالث عشر، ج. ر العدد 11. المؤرخة في 12 فبراير سنة 2001 م.

² مرسوم رئاسي رقم 94-181، يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي، المرجع السابق.

- ب) إذا كان الالتزام التعاقدى موضوع النزاع قد نفذ أو كان واجب التنفيذ لدى الطرف المتعاقد بموجب اتفاق صريح أو ضمني.
- ج) في حالات المسؤولية غير التعاقدية إذا كان الفعل المستوجب للمسؤولية قد وقع في بلد ذلك الطرف المتعاقد.
- د) إذا قبل المدعى عليه صراحة اختصاص محاكم ذلك الطرف المتعاقد سواء كان ذلك عن طريق تعيين موطن مختار أم عن طريق الاتفاق على اختصاصها.
- هـ) إذا أبدى المدعى عليه دفاعه في موضوع الدعوى دون أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة المرفوع أمامها النزاع.
- و) إذا تعلق الأمر بدعوى مقابلة أو بطلبات عارضة وكانت هذه المحاكم مختصة بالنظر في الدعوى الأصلية بموجب أحكام هذه الاتفاقية".

وبالنسبة لضوابط الاختصاص في اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي¹ فحددها المادة 28 تحت عنوان (حالات اختصاص محاكم الطرف المتعاقد الصادر فيه الحكم) بنصها على أنه "في غير المسائل المنصوص عليها في المادتين 26 و 27 من هذه الاتفاقية تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذي صدر فيه الحكم مختصة في الحالات الآتية:

- أ- إذا كان موطن المدعى عليه أو محل إقامته وقت النظر في الدعوى (افتتاح الدعوى) في إقليم ذلك الطرف المتعاقد،
- ب- إذا كان للمدعى عليه وقت النظر في الدعوى (افتتاح الدعوى) محل أو فرع ذو صبغة تجارية أو صناعية أو غير ذلك في إقليم الطرف المتعاقد، وكانت قد أقيمت عليه الدعوى لنزاع متعلق بممارسة نشاط هذا المحل أو الفرع،
- ج- إذا كان الالتزام التعاقدى موضوع النزاع قد نفذ، أو كان واجب التنفيذ لدى ذلك الطرف المتعاقد بموجب اتفاق صريح أو ضمني بين المدعي والمدعى عليه،
- د- في حالات المسؤولية غير العقدية، إذا كان الفعل المستوجب للمسؤولية قد وقع في إقليم ذلك الطرف المتعاقد،

¹ مرسوم رئاسي رقم 01-47، يتضمن التصديق على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، المرجع السابق.

هـ- إذا كان المدعى عليه قد قبل الخضوع صراحة لاختصاص محاكم ذلك الطرف المتعاقد سواء كان عن طريق تعيين موطن مختار أو عن طريق الاتفاق على اختصاصها متى كان قانون ذلك الطرف المتعاقد لا يحرم مثل هذا الاتفاق،

و- إذا أبدى المدعى عليه دفاعه في موضوع الدعوى دون أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة المرفوع أمامها النزاع،

ز- إذا تعلق الأمر بطلبات عارضة وكانت هذه المحاكم قد اعتبرت مختصة بنظر الطلب الأصلي بموجب نص هذه المادة".

الفرع الثاني

الاختصاص الاستثنائي للتحكيم الدولي

في إطار السياسة الوطنية الرامية إلى جذب الاستثمار الأجنبي، ومسايرة للتطورات الحاصلة في طرق التقاضي في مجال الاستثمار، أقر المشرع الجزائري ضمانة اللجوء إلى التحكيم الدولي كبديل عن القضاء الوطني متى تراضى عليه الطرفان المتعاقدان -الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي- وربط اللجوء إليه بإتباع الطرق المقررة قانوناً لذلك، لذا سيتم بداية تحديد التحكيم المقصود من المشرع الجزائري بخصوص منازعات الاستثمار (الفرع الأول) ثم تحليل الضوابط التي يمكن من خلالها اللجوء إلى التحكيم الدولي (الفرع الثاني).

أولاً- التحكيم المقصود من طرف المشرع الجزائري

إن التحكيم المقصود في النزاعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي هو ما يعرف بالتحكيم التجاري الدولي وإن لم يشر إليه المشرع الجزائري صراحة مكثفياً بتسمية التحكيم الدولي، إلا أنه وبالرجوع إلى الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري¹ فإن المادة 1039 منه تنص على أنه: "يعد التحكيم دولياً، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

يتضح من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أسس موقفه من دولية التحكيم على موضوع التحكيم (الاستثمار الأجنبي)، حيث وبناءً عليه جمع بين المعيارين الاقتصادي والقانوني للقول بدولية التحكيم، حيث اعتمد على المعيار الاقتصادي من خلال اعتماد مصطلح "المصالح الاقتصادية" فهذا الأخير

¹ قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

وعلى خلاف الصفة التجارية يمكنه أن يشمل العديد من العلاقات الدولية الخاصة بالاستثمار، كما اعتمد المشرع المعيار القانوني من خلال مصطلح "لدولتين على الأقل" وهو ما يشمل تعدد الدول والجنسيات والإقامات.

ويمكن تأكيد ذلك من خلال قراءة تجمع بين نص المادة الأولى والمادة 25 من قانون الاستثمار، حيث تنص المادة الأولى من قانون الاستثمار¹ على أنه "يهدف هذا القانون إلى تحديد النظام المطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية لإنتاج السلع والخدمات". فالاستثمار يهدف بالدرجة الأولى إلى تحقيق المصالح الاقتصادية للدولة المضيفة، من حيث توفير السلع والخدمات وخلق مناصب الشغل وإحداث التنمية الشاملة للبلاد اعتماد على حركة رأس المال دخولا من الخارج. فيما يستجيب ضمان حرية تحويل عائدات المشروع الاستثماري نحو الخارج لحركة رؤوس الأموال عبر الحدود خروجاً، وهو ما تضمنته أحكام المادة 25 من قانون الاستثمار "تستفيد من ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناجمة عنه، الاستثمارات المنجزة انطلاقاً من حصص في رأس المال في شكل حصص نقدية مستوردة...".

غير أنه ثمة طرح آخر لتحديد دولية التحكيم ينطلق من تعريف التحكيم التجاري الدولي بـ (التحكيم عبر الدولي) وهو تعبير يرتبط بسياق تطور الدعاوى المتعلقة بعقود الدولة في النصف الثاني من القرن العشرين، ويقوم التحكيم عبر الدولي على الطبيعة المختلطة لأطراف التحكيم (الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي) وليس على موضوع التحكيم (الاستثمار الأجنبي)، كما يشار إليه في بعض الأحيان بتحكيم الاستثمار وهو التعبير الذي استعملته المجموعة الأوروبية في اتفاقات التبادل الحر².

وفي التشريعات المقارنة فإن موقف المشرع المصري من مسألة الطبيعة الاقتصادية لعقود الاستثمار الدولية وإخضاع منازعاتها للتحكيم التجاري الدولي جاء واضحاً وصريحاً في قانون التحكيم المصري لسنة 1994، إذ عرفت المادة 2 منه العلاقات القانونية ذات الطابع الاقتصادي بمجموعة من النشاطات يعتبر جلها من صميم النشاط الاستثماري. حيث نصت المادة 2 على أنه "يكون التحكيم تجارياً في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، عقدي أو غير عقدي، ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية، عقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح

¹ قانون رقم 16-09، يتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

² Patrick JACOB et autres, Arbitrage d'investissement et droit international général (2017), Annuaire Français de Droit International, LXIII – 2017 – CNRS Edition, Paris, p 647.

التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها ونقل التكنولوجيا وعقود التنمية وعمليات البنوك والتأهيل والتأمين والنقل وعمليات التنقيب عن الثروات الطبيعية واستخراجها، وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز والنفط، وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأراضي الزراعية وحماية البيئة، وإقامة المفاعلات النووية¹.

من خلال هذه المادة، يتضح أن المشرع المصري تبنى المعيار الحديث لتحديد تجارية العمل، بنصه على أن التحكيم يكون تجارياً إذا تعلق النزاع بعلاقة ذات طابع اقتصادي، ذلك لأن هذا المعيار يتسع ليشمل ما يعنيه الآن اصطلاح (التحكيم التجاري) وتعبير طابع (اقتصادي) يشمل كل نشاط يتصل باستثمار رؤوس الأموال والحصول على عائد هذا النشاط، بصرف النظر عما إذا كان من قبيل الأعمال المدنية أو الأعمال التجارية، فالعبرة باتسام هذه الأعمال بالطابع التجاري².

ويتفق هذا التوجه مع العديد من اتفاقيات التحكيم المتعلقة بمنازعات الاستثمار على الصعيد العالمي، والتي تجعل الاختصاص لمراكز التحكيم التجاري الدولي، مما يؤكد أن الاستثمار هو شأن اقتصادي وتجاري بحت يدخل في نطاق التحكيم التجاري الدولي، ومن أمثلة اتفاقات التحكيم التي تحيل الأطراف على مراكز التحكيم التجاري الدولي نذكر ما يلي:

ما نص عليه اتفاق التحكيم الوارد في المادة 21 من عقد امتياز البحث عن البترول المبرم سنة 1987 بين الشركة الألمانية Deutsch-Schachtbau-und-Tiefbohrergesellschaft وشركة رأس الخيمة الوطنية للبترول Rakoli من أن "جميع المنازعات التي تنشأ بخصوص تفسير هذه الاتفاقية أو تطبيقها ستتم تسويتها بموجب قواعد التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية وذلك من قبل ثلاثة محكمين يعينون بموجب هذه القواعد".

وكذلك ما ورد في البند الثاني عشر من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والشركة الإسبانية المصرية للغاز سيجاس سنة 2001 لإنشاء وتشغيل وإعادة تسليم رصيف بحري بترولي متخصص في ميناء دمياط بنظام BOT من أن "المنازعات الناشئة عن هذا الترخيص تتم تسويتها طبقاً لقواعد التحكيم المعمول بها في

¹ فؤاد محمد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص 128-129.

² فؤاد محمد محمد أبو طالب، المرجع نفسه، ص 192.

مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة ويعتبر قرار المحكمين ملزماً ونهائياً للطرفين ويتم التحكيم باللغة الإنجليزية وتطبق أحكام القانون المصري¹.

ولئن كان قانون الاستثمار قد جعل من التحكيم طريقاً اتفاقياً استثنائياً لحل منازعات الاستثمار فإن قانون المحروقات الجزائري لم يشر بتاتا إلى اختصاص القضاء الوطني في النزاعات المتعلقة بعقود الاستثمار في مجال المحروقات، وإنما أشار مباشرة إلى اختصاص التحكيم الدولي حسب الشروط المتفق عليها في العقد، ويمكن تبرير ذلك بالطبيعة الفنية لهذه العقود وانعدام المحاكم المختصة وطنياً بالنظر في نزاعاتها. حيث نصت المادة 58 من قانون المحروقات الجزائري² على أنه "يسوى كل خلاف بين الوكالة الوطنية لتأمين موارد المحروقات (النفط) والمتعاقد، ينجم عن تفسير و/أو تنفيذ أو عن تطبيق هذا القانون و/أو النصوص المتخذة لتطبيقه، عن طريق إجراء تسوية ودية وفق الشروط المتفق عليها في العقد. في حالة إخفاق هذا الإجراء، يمكن عرض الخلاف للتحكيم الدولي حسب الشروط المتفق عليها في العقد.

يخص اللجوء إلى التحكيم الدولي المذكور أعلاه، الأشخاص المكونين للمتعاقد، دون سواهم، ولا يخص المؤسسة الوطنية سوناطراك، شركة ذات أسهم. في حالة ما إذا كان هذا الخلاف قائماً بين المؤسسة الوطنية سوناطراك، شركة ذات أسهم، والأشخاص المكونين للمتعاقد، فإنه يمكن عرض هذا الخلاف على التحكيم الدولي حسب الشروط المنصوص عليها في العقد".

وقد تم تجسيد الخيار التحكيمي في اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمار ودعمها ومتابعتها وأوراسكوم تيلكوم الجزائر³، حيث اتفقت الأطراف المتعاقدة على اللجوء إلى التحكيم الدولي لحل النزاعات التي قد نشور بينهما مستقبلاً، وفقاً لنص المادة 2/9 من الاتفاقية "غير أنه، إذا استمر الخلاف، يفصل فيه نهائياً عن طريق تحكيم المركز الدولي لتسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمارات ("CIRDI")، الذي أنشئ بموجب اتفاقية تسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني دول أخرى، تلك الاتفاقية التي تم التوقيع عليها بواشنطن يوم 18 مارس سنة 1965، وذلك عن طريق حكم أو

¹ بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص35.

² قانون رقم 05-07، يتعلق بالمحروقات معدل ومتمم، المرجع السابق.

³ مرسوم تنفيذي رقم 01-416، يتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمار ودعمها ومتابعتها وأوراسكوم تيلكوم الجزائر، المرجع السابق.

عدة حكام يعينون وفقا للتنظيم المذكور سابقا". على أن يكون القانون الجزائري هو القانون الواجب التطبيق وفقا لنص المادة 8 من هذه الاتفاقية¹ والتي تنص على أنه "يعترف الطرفان أن هذه الاتفاقية خاضعة لقوانين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وتنظيماتها".

ثانيا - ضوابط اللجوء إلى التحكيم الدولي في القانون الجزائري

حدد المشرع الجزائري من خلال المادة 24 من القانون رقم 09-16 طريقتان لاستفادة المستثمر الأجنبي من ضمانات التحكيم الدولي، الأولى تستند إلى وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف في مجال الاستثمار بين دولة المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية (I)، والثانية تحيل إلى القواعد العامة المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تقوم على وجود اتفاق على التحكيم، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في قانون المحروقات (II).

أ. حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف

كفل المشرع الجزائري للمستثمرين الأجانب الذين أبرمت دولهم اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف مع الجزائر، حق اللجوء إلى التحكيم وفقا للإجراءات التي تحددها هذه الاتفاقيات، حيث نصت المادة 24 من القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار² على أنه "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية المختصة إقليميا، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم".

وتعتبر الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الأطراف المتعاقدة وسيلة تلجأ إليها مختلف الدول لتعزيز العلاقات الاقتصادية فيما بينها، وقد حظي هذا النوع من الاتفاقيات باهتمام متزايد منذ بداية التسعينات إذ تجاوز عددها الـ 2700 اتفاقية بحسب دراسة قامت بها الأونكتاد سنة 2009³، ويعزى ذلك للدور الذي تؤديه هذه الاتفاقيات في تحقيق التقارب في وجهات النظر بين أطرافها مقارنة بالاتفاقيات المتعددة الأطراف التي تختلف فيها طموحات الأطراف مما يصعب الوصول إلى إجماع

¹ مرسوم تنفيذي رقم 01-416، يتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمار ودعمها ومتابعتها وأوراسكوم تيلكوم الجزائر، المرجع السابق.

² قانون رقم 09-16، يتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

³ دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، المرجع السابق، ص 14.

حولها. حيث تهيأ الاتفاقيات الثنائية مجموعة من الضمانات الدولية للاستثمارات الأجنبية تعد جزءاً من الضمانات الدستورية المقدمة من طرف قوانين الدول المضيفة للاستثمار¹.

وتعرف اتفاقيات الاستثمار الثنائية بتركيبها غير المتجانسة حيث أنها تمنح المستثمرين حقوقاً، غير أنها لا تحملهم أية التزامات، في حين أن الدول المتعاقدة -المضيفة للاستثمار- تخضع لهذه الاتفاقيات دون التمتع بأية حقوق². وبالرغم من ذلك فقد تجاوز عدد الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالاستثمار التي أبرمتها الدولة الجزائرية الأربعون (40) اتفاقية، تشترك جميعها في إدراج مواد تتعلق بتسوية المنازعات التي تنشأ بين الدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار والمستثمرين التابعين للدولة المتعاقدة الأخرى، ويبرز التحكيم الدولي كأحد أهم الخيارات المتفق عليها لتسوية تلك المنازعات.

كما انضمت الجزائر إلى عدة اتفاقيات متعددة الأطراف متعلقة بالتحكيم التجاري وتسوية منازعات الاستثمار، حيث انضمت في 5 نوفمبر 1988 إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، كما صادقت في 17 أبريل 1995 على اتفاقية واشنطن لسنة 1956 المسماة "اتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول ومواطني الدول الأخرى"، والتي أنشأ بموجبها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار المعروف اختصاراً بـ (ICSID)، وقد تجاوز عدد الدول المنضمة إلى هذه الاتفاقية 150 دولة.

وينص المشرع الجزائري في المادة 24 من القانون رقم 09-16 على استبعاد الاختصاص الأصلي للقضاء الوطني "في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم"، فإنه يكون قد أعطى ضماناً إجرائية قوية للمستثمرين الذين ينتمون إلى دول تربطها بالجزائر اتفاقيات ثنائية متعلقة بالاستثمار، حيث أن وجود هذا النص يحيل الأطراف إلى الأحكام التي تقرها هذه الاتفاقيات من أجل حل النزاعات القائمة في مجال الاستثمار، وستكون الدولة الجزائرية ملزمة بخيار التحكيم متى قرر المستثمر الأجنبي اللجوء إليه.

وتتميز هذه الصيغة الجديدة للتحكيم بعدم وجود اتفاق مباشر بين طرفي العلاقة يجعل منه إجراء لتسوية النزاعات التي قد تطرأ بشأن تفسير أو تنفيذ عقد الاستثمار، فالموافقة عليه والتي يجب أن تنقرر على ضوء اتفاق التحكيم استبدلت بالاتفاق غير المباشر بين الدولة المضيفة للاستثمار ودولة المستثمر

¹ Ebtissem EL KAILANI-CHARIAT, Op. cit, p 340.

² Jason YACKEE, Traités d'investissement et corruption par l'investisseur: Une défense émergente pour les Etats d'accueil?, investment treaty news, Numéro 1, Volume 3, Octobre 2012, p3.

الأجنبي، والمدرج ضمن اتفاقية الاستثمار، فتكون بذلك الدولة المضيفة للاستثمار قد ارتضته بالمصادقة على الاتفاقية المقررة له، في حين يستند المستثمر الأجنبي إلى هذا الاتفاق لينفرد بطلب الإحالة على التحكيم، مما دفع بعض الفقه إلى اعتبار أن التحكيم قد تحول من ضمانه لصالح المستثمر الأجنبي إلى سلطة انفرادية في يده تمس بسيادة الدولة المضيفة، وتتعكس سلبا على ربط التحكيم بوجود اتفاق الأطراف عليه¹.

فإذا كان انعقاد الاختصاص لهيئات التحكيم يتوقف على اتفاق أطراف العلاقة التجارية الدولية على ذلك بموجب اتفاق التحكيم، فإن الاتجاه الحديث في عقود الاستثمار الدولي لم يعد يشترط ذلك الاتفاق حيث بات يكفي أن يتضمن الاتفاق بين الدول اختصاص هيئات التحكيم بالفصل في النزاعات التي تثور بين إحدى هذه الدول والمستثمر الأجنبي من الدولة الأخرى المتعاقدة، وقد ظهر هذا الاتجاه بمناسبة الفصل في النزاع بين شركة APPL ضد سيريلانكا بتاريخ 27 جوان 1990، حين أقرت هيئة التحكيم المشكلة من أحمد صادق القشيري وبيروتولد جولدمان وصامويل اسينت، حق أحد أشخاص القانون الخاص بالإحالة على التحكيم دون اشتراط وجود شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم، في حالة وجود اتفاق استثمار ثنائي يسمح بذلك².

وقد تطور شرط الإحالة إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار منذ الحكم الصادر في قضية APPL ضد Sri Lanka، الذي لعب دورا حاسما في تطور القانون المطبق في هذا النوع من التحكيم، ففي هذه القضية التي تعود إلى سنة 1990 قبل المحكمون بالإحالة المباشرة على تحكيم المركز من طرف المستثمر بالاعتماد فقط على الاتفاقية الثنائية المتعلقة بحماية الاستثمار المبرمة بين الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته والدولة المضيفة لاستثماره³.

وبالرجوع إلى بعض الاتفاقيات الثنائية التي صادقت عليها الجزائر حول التشجيع والحماية المتبادلتين للاستثمارات، نجدها تنفق وهذا التوجه الجديد للتحكيم من حيث إفراغ إرادة الدولة في اللجوء إلى التحكيم في الاتفاقية، وترك الباب مفتوحا للمستثمر الأجنبي الذي ينتمي للدولة الأخرى المتعاقدة للسعي إلى التحكيم متى

¹ بن علي بن سهلة ثاني، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء نظام التحكيم غير الاتفاقي، المؤتمر العلمي السنوي التاسع عشر، قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون، في الفترة من 25 إلى 27 أبريل 2011، ص 1331.

² بن علي بن سهلة ثاني، المرجع نفسه، ص 1334.

³ Florian DUPUY, op. cit, p 33.

- وجد داع لذلك، ومن بين هذه الاتفاقيات الاتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات¹، والتي نصت في مادتها 2/7 على أنه:
- "2- إذا لم يتم تسوية الخلاف بتراضي الطرفين في مدة ستة (6) أشهر من تاريخ رفعه من أحد الطرفين في الخلاف، فإنه يمكن أن يرفع بطلب من المستثمر إما إلى:
- الهيئة القضائية المختصة للبلد المستقبل للاستثمار محل الخلاف.
 - المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات (C.I.R.D.I) المنشأ بمقتضى الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المفتوحة للتوقيع بواشنطن بتاريخ 18 مارس سنة 1965.
 - محكمة تحكيم مؤقتة تتشكل لكل حالة".

- ونفس الحكم أقره الاتفاق حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الإسلامية الإيرانية²، حيث نصت المادة 2/12 منه على أنه:
- "2- إذا لم تأت هذه المشاورات والمفاوضات بحل في مدة ستة (6) أشهر ابتداء من تاريخ طلب تسوية النزاع، يمكن للمستثمر إحالة النزاع، باختياره، للتسوية إلى:
- (أ) المحكمة المختصة للطرف المتعاقد الذي أنجز على إقليمه الاستثمار.
 - (ب) أو المركز الدولي لتسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمار (ICSIDI) الذي أنشئ بموجب الاتفاقية الخاصة بتسوية الخلافات الخاصة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المفتوحة للتوقيع بواشنطن بتاريخ 18 مارس سنة 1965، حالما يصبح الطرفان أعضاء في هذه الاتفاقية.
 - (ج) أو محكمة تحكيم خاصة تشكل على أساس تنظيمات التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL)".

¹ مرسوم رئاسي رقم 97-103 مؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1417 الموافق 5 أبريل 1997، يتضمن المصادقة على اتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة في عمان بتاريخ أول غشت سنة 1996، ج. ر العدد 20، المؤرخة في 6 أبريل سنة 1997 م.

² مرسوم رئاسي رقم 05-07 مؤرخ في 26 فبراير 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإسلامية الإيرانية، الموقع بطهران في 19 أكتوبر 2003، ج. ر العدد 15، المؤرخة في 27 فبراير سنة 2005 م.

وتجدر الإشارة هنا أنه ليس ثمة ما يمنع الأطراف في هذه الحالة من الاتفاق على التحكيم بمناسبة إبرامهم لعقد الاستثمار، كما يمكنهم الاتفاق على التحكيم بعد قيام نزاع بينهم، وإن لم يتم الاتفاق على التحكيم فإن حق المستثمر الأجنبي في اللجوء إليه يبقى مكفولا بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية التي تقررته.

وزيادة على الإحالة إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بموجب اتفاقية ثنائية، فإن المتبع للتطور التاريخي للأحكام التي يصدرها المركز في شقها المتعلق بالرضا على التحكيم أمام المركز بين الدولة المضيفة للاستثمار المتعاقدة، والمستثمر الأجنبي الذي ينتمي إلى دولة متعاقدة أخرى، يلاحظ التحول الكبير الذي عرفه المركز من حيث الاعتراف بالاتفاق المبرم بين الأطراف لأجل عرض نزاعهم أمامه، فبعد أن كان يشترط وجود اتفاق تحكيم مباشر بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي وفقا لأحكام المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المنشئة للمركز، فقد توسعت هيئات التحكيم في تفسير السمة الاختيارية التي نصت عليها المادة 25 سالف الذكر، حيث أقر اجتهاد المركز للمستثمر الأجنبي حق اللجوء مباشرة إلى تحكيم المركز ضد الدولة المضيفة وفقا لشروط معينة، حتى في حالة غياب اتفاقية تحكيم تجمع الدولة المضيفة للاستثمار بالمستثمر الأجنبي¹.

فقد ذهبت هيئة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار إلى اعتبار أن إدراج الدولة لنص في قانون الاستثمار يشير إلى تحكيم المركز، يعد تصريح إنفرادي ملزم للدولة المضيفة تطبيق عليه أحكام التصريحات الانفرادية التي وضعتها لجنة القانون الدولي سنة 2006، وتفسير هذا التصريح يكون بالاستناد إلى المادة 2/36 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية².

فمن وجهة النظر هذه يعتبر نص المادة 24 من قانون الاستثمار الجزائري المذكور أعلاه، بمنزلة عرض أو إيجاب عام من قبل الدولة الجزائرية بتحكيم المركز، فإن قبل المستثمر هذا الإيجاب عدت الموافقة متبادلة، وعد المركز مختصا بنظر النزاع. ولقد كشفت الممارسة العملية لهيئات التحكيم أن المستثمر الأجنبي عادة ما يقبل عرض الدولة المضيفة بتقديمه لطلب التحكيم أمام المركز، كما يمكنه أن يعبر عن رضاه بمجرد إخطار بوجهه للدولة المضيفة كما حصل في قضية SPP ضد الحكومة المصرية أين أرسل

¹ Rola ASSI, Op. cit, p 617.

² مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي، دار وائل، عمان 2013، ص 173.

المدعي رسالة إلى وزير السياحة المصري يبلغه فيها بقبوله عرض مصر بعرض نزاعهما على تحكيم المركز¹.

أما بالنسبة لاتفاقيات الاستثمار الثنائية والمتعددة الأطراف فإن هذا الخروج عن القواعد العامة في التحكيم من حيث اعتبار تضمنها شرط التحكيم يغني عن اتفاق التحكيم، فيبرر بكثرة اتفاقيات الاستثمار الثنائية، حيث تجاوز عددها 2700 اتفاقية سنة 2010، وأغلبها يتضمن شرط التحكيم أمام المركز، وتعد الجزائر من الدول التي تعتمد على الاتفاقيات الثنائية لاستقطاب الاستثمار الأجنبي، ومن بين الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر والمتضمنة لشرط التحكيم أمام المركز هناك:

الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات² الذي نص في مادته الثامنة على أن "كل خلاف يتعلق بالاستثمارات بين أحد الطرفين المتعاقدين ومواطن أو شركة من الطرف المتعاقد الآخر ... فإنه يمكن أن يرفع بطلب من المواطن أو الشركة إما إلى الهيئة القضائية المختصة للطرف المتعاقد المعني بالنزاع أو إلى المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات (C.I.R.D.I) المنشأ بمقتضى "الاتفاقية الخاصة بحل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى" الموقعة بواشنطن في 18 مارس سنة 1965".

والاتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة جمهورية السودان حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات³، التي نصت في المادة 3/9 منها على أنه "في حالة اختيار المستثمر عرض النزاع للتسوية على تحكيم دولي فإنه يتعين على المستثمر أيضا تقديم موافقته الخطية على عرض النزاع للتسوية بواسطة إحدى الجهات التالية:

¹ مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص 178.

² مرسوم رئاسي رقم 94-01 مؤرخ في 19 رجب عام 1414 الموافق 2 يناير 1994، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين، فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلق بهما الموقعين في مدينة الجزائر في 13 فبراير 1993، ج. ر العدد 01، المؤرخة في 2 يناير سنة 1994 م.

³ مرسوم رئاسي رقم 03-121 مؤرخ في 14 محرم عام 1424 الموافق 17 مارس سنة 2003، يتضمن التصديق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية السودان حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة بالجزائر في 8 شعبان عام 1422 الموافق 24 أكتوبر سنة 2001، ج. ر العدد 20، المؤرخة في 23 مارس سنة 2003 م.

(أ) المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ("المركز")، الذي تم إنشاؤه بناء على اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى المعروضة للتوقيع في واشنطن في 18 آذار (مارس) 1965".

إن هذه المادة في الفقرة رقم 3 منها تعد تعبيراً صريحاً عن توجه جديد نحو تكريس التحكيم الدولي دون الحاجة لوجود شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم، إذ يكفي أن تتفق دولة المستثمر والدولة المضيفة على اللجوء إلى هيئات تحكيمية معينة، وما على المستثمر إلا أن يبدي موافقته الخطية على تسوية النزاع أمام التحكيم الدولي لينعقد الاختصاص للجهة التي تضمنتها الاتفاقية.

وما يميز هذه الاتفاقيات هو إتاحتها للعديد من الخيارات التحكيمية للمستثمر الأجنبي، فقد تتضمن هذه المعاهدات تعهداً من جانب الدولتين بقبول اختصاص المركز في حال نشوء نزاع في المستقبل بين إحدى الدولتين ومستثمري الدولة الأخرى، وينعقد الاختصاص للمركز بنظر المنازعة الاستثمارية بإعلان المستثمر عن قبوله اللجوء إلى التحكيم، وإن لم يعلن ذلك لا يتوفر الرضا ولا يكون التعهد ملزماً له، ففي هذه الحالة يعد تعهد الدولة المضيفة للاستثمار بمثابة اشتراط لمصلحة الغير لا ينتج أثره ولا يتحول إلى رضا إلا بقبول المستثمر له¹.

II. حالة وجود اتفاق التحكيم

نصت على هذه الحالة المادة 24 من القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار² كخيار متاح للأطراف المتعاقدة "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية المختصة إقليمياً، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص".

كما أخذ قانون المحروقات الجزائري بهذا النهج من خلال المادة 58 بنصها على أنه "يسوي كل خلاف بين الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات (النفط) والمتعاقد، ينجم عن تفسير و/أو تنفيذ العقد أو

¹ مصلح أحمد الطراونة، نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الأجنبي وفقاً لاتفاقية واشنطن، المؤتمر العلمي السنوي التاسع عشر، قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون، في الفترة من 25 إلى 27 أبريل 2011، ص 1488.

² قانون رقم 09-16، يتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

عن تطبيق هذا القانون و/أو النصوص المتخذة لتطبيقه، عن طريق المصالحة المسبقة وفق الشروط المتفق عليها في العقد. في حالة عدم التوصل إلى حل، يمكن عرض الخلاف للتحكيم الدولي حسب الشروط المتفق عليها في العقد.

أما إذا كانت سوناطراك، شركة ذات أسهم، هي المتعاقد الوحيد، فإن النزاع يسوى بتحكيم الوزير المكلف بالمحروقات.

يطبق القانون الجزائري، ولا سيما هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه لتسوية الخلافات".

ويعرف اتفاق التحكيم الدولي بأنه ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه تتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينها أو المحتمل نشوئها بينها من خلال التحكيم، وذلك إذا كانت هذه المنازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية. ويتضح من خلال هذا التعريف التقليدي لاتفاق التحكيم أنه يتضمن بين ثناياه نوعين من أشكال الاتفاق على التحكيم، دون التفرقة بينهما، هما شرط التحكيم ومشاركة التحكيم¹.

إن هذا النوع من الاتفاقات الذي يكون بين الدولة الجزائرية ومستثمر أجنبي خاص يخضع لأحكام الفصل السادس (الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي) من الباب الثاني (في التحكيم) من الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري² الذي يحمل عنوان "في الطرق البديلة لحل النزاعات"، حيث أقرت المادة 1040 منه الأحكام الخاصة باتفاقية التحكيم بنصها على أنه "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية.

يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة أخرى تجيز الإثبات بالكتابة.

تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً. لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي".

وإذا كانت الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالاستثمار تكفل للمستثمر الأجنبي الذي ينتمي إلى إحدى الدول المتعاقدة مع الجزائر الحق في اللجوء إلى التحكيم الدولي للفصل في نزاعاته العقدية مع الدولة الجزائرية بغض النظر عن وجود اتفاق تحكيم من عدمه، فإن المشرع الجزائري وتكريساً لمبدأ المساواة في المعاملة بين

¹ حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2010، ص 117.

² قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

المستثمرين، قد جعل التحكيم ضماناً إجرائية يستفيد منها جميع المستثمرين الأجانب على قدم المساواة، ولا يكون الاختلاف إلا في الشروط المطلوبة من المستثمر الذي ينتمي لدولة لا تربطها بالجزائر اتفاقيات في مجال الاستثمار عن تلك المطلوبة من المستثمر الذي ينتمي لدولة متعاقدة مع الجزائر.

فالمادة 24 من القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار في فقرتها الأخيرة تقرر للمستثمر الأجنبي ضمان اللجوء إلى التحكيم الدولي بناء على وجود اتفاق بينه وبين الدولة الجزائرية على التحكيم، محيلة بذلك على الإجراءات التي تقرها القواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنظم التحكيم التجاري الدولي، والتي تستوجب وجود اتفاق على التحكيم، واستيفاءه لشروط صحته التي سبق ذكرها تحت طائلة البطلان وإلا فقد المستثمر الأجنبي حقه في اللجوء إلى التحكيم الدولي، وحتى ولو تمكن من استصدار حكم تحكيمي بناء على اتفاقية باطلة لعدم توفر الشروط المطلوبة لصحتها، فإن الأمر القاضي بالاعتراف بهذا الحكم أو تنفيذه سيكون معرضاً للطعن فيه وفقاً لأحكام المادة 1056 فقرة رقم (1) من ق. إ. م. إ¹ التي تنص على أنه "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية:

1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية".

ويكون للأطراف اختيار أحد أنواع التحكيم وفقاً لرؤيتهم المشتركة بالمفاضلة بين التحكيم الحر، والذي يعرف بأنه الصورة التقليدية للتحكيم وفيه يقوم أطراف النزاع بتنظيم إجراءات التحكيم، فيختارون بأنفسهم المحكم أو المحكمين الذين يتولون الفصل في النزاع، كما يتولون في نفس الوقت تحديد الإجراءات والقانون الواجب التطبيق على النزاع، فهو تحكيم منظم مخصص لنزاع معين، لهذا فهو يعرف بتحكيم الحالات الخاصة².

كما يمكنهم اختيار التحكيم النظامي الذي يعهد به إلى هيئة، أو منظمة، أو مركز من هيئات أو منظمات أو مراكز التحكيم الدائمة، والذي يتم وفقاً لإجراءات وقواعد موضوعة سلفاً تحددتها الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لهذه الهيئات، وتتولى هذا النوع من التحكيم هيئات دولية أو وطنية، مختصة بمجال منازعات التجارة الدولية والاستثمار³.

¹ قانون رقم 09-08، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

² فؤاد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص 58.

³ فؤاد محمد أبو طالب، المرجع نفسه، ص 59.

المبحث الثاني

ضمان المخاطر غير التجارية في اتفاقيات الاستثمار الثنائية

لم يعد الإطار القانوني الداخلي يوفر الضمان الوحيد الكافي لتوفير مناخ ملائم للاستثمارات الأجنبية، إذ يخضع القانون الداخلي عادة لتعديلات أحادية الجانب من قبل الدولة المضيفة، مما يتسبب بعدم استقراره. وقد باتت الدول المضيفة مطالبة اليوم بالمصادقة على التزامات دولية أكثر صرامة وأكثر تقييدا لها، وذلك من خلال إبرام معاهدات دولية مع الدول المصدرة للاستثمارات¹، وفي هذا الصدد أبرمت الجزائر 48 اتفاقية ثنائية خاصة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، والترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، أقرت جميعها ضمانات حمائية للاستثمارات الأجنبية.

وما ينبغي التأكيد عليه هو الاختلاف الجوهرى في صياغة ضمانات الاستثمار في قوانين الاستثمار الداخلية عنها في الاتفاقيات الدولية، حيث تصاغ الضمانات في هذه الأخيرة في شكل قواعد فضفاضة قابلة للتأويل، ويمكن تقسيمها هي الأخرى إلى ضمانات موضوعية (المطلب الأول)، و ضمانات إجرائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الضمانات الموضوعية في اتفاقيات الاستثمار الثنائية

تمثل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار إحدى أهم الوسائل المتاحة لحماية الاستثمارات الدولية في الوقت الحالى، لأنها تحول العلاقة الداخلية بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة إلى علاقة دولية خاضعة للقانون الدولي. وهو قانون يكون عادة أكثر حماية للاستثمارات من القوانين الوطنية².

وتعتبر الوسيلة الرئيسية لتشجيع الاستثمار الأجنبي في اتفاقيات الاستثمار الدولية هي حمايته من مخاطر سياسية معينة في البلد المضيف. ولهذا الغرض، تتعهد الأطراف المتعاقدة بعدد من الالتزامات المتعلقة بحماية هذه الاستثمارات في أراضيها³، ومن ذلك ضمان المعاملة العادلة والمنصفة وعدم التمييز بين

¹ دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، المرجع السابق، ص12.

² دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، المرجع نفسه، ص12-13.

³ أحكام تشجيع الاستثمار في اتفاقيات الاستثمار الدولية، سلسلة الأونكتاد بشأن سياسات الاستثمار الدولية لأغراض التنمية، مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، الأمم المتحدة، نيويورك وجنيف، 2008، ص1.

المستثمرين في المعاملة وهي قواعد تتعلق بمعاملة الاستثمارات (الفرع الأول). فضلا عن ضمان عدم نزع الملكية بطرق غير قانونية أو تقييد عمليات تحويل الرساميل والتي تمثل قواعد لحماية الحقوق المكتسبة للمستثمر الأجنبي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

قواعد المعاملة في اتفاقيات الاستثمار الثنائية

تتضمن الأحكام المتعلقة بمعاملة الاستثمارات الأجنبية في اتفاقيات الاستثمار الثنائية مجموعة من القواعد التي صيغت في شكل مبادئ عامة وفضفاضة، ويبرز من بينها "مبدأ عدم التمييز" الذي يندرج تحته نوعين من المبادئ لا يمكن الفصل بينهما، وهما مبدأ المعاملة الوطنية وشرط الدولة الأولى بالرعاية، غير أنه ليس هناك ما يمنع من تبني أحدهما دون الآخر (أولا) كما يدخل ضمن هذه القواعد أيضا مبدأ آخر لا يقل أهمية عن سابقه وهو مبدأ "المعاملة العادلة والمنصفة" للاستثمارات الأجنبية (ثانيا).

أولا- مبدأ عدم التمييز

على اعتبار أن مبدأ عدم التمييز هو مبدأ يتسع ليشمل كلا من المعاملة الوطنية وشرط الدولة الأولى بالرعاية، فإن الإحاطة بهذا المبدأ تقتضي البحث في عناصره المكونة.

1. مبدأ المعاملة الوطنية

الحقيقة أن مبدأ المعاملة الوطنية كان في بداية استعماله يفهم على أنه الحد الأقصى لحقوق المستثمرين الأجانب، أي ما يعادل أقصى قدر من الحماية التي يمكن للدولة المضيفة أن تمنحها لهم. إن هذا الموقف يتوافق مع الشعور القومي لبلدان أمريكا اللاتينية التي لا يحق فيها للأجانب الحصول على حماية أكبر من تلك التي تمنح للمواطنين، وهو الموقف الذي ترجع جذوره إلى مبدأ كالفو. إلا أنه تطور اعتبار من سنة 1991 إلى مفهومه الحالي الذي يعني مساواة المستثمرين الأجانب بالوطنيين في الحقوق والواجبات المتعلقة باستثماراتهم¹.

ويقوم مبدأ المعاملة الوطنية على تمكين المستثمر الأجنبي من الحصول على المعاملة نفسها التي يحظى بها المستثمر الوطني في إقليم دولته، ويرتبط ظهور مبدأ المعاملة الوطنية بالمذهب الفردي الذي يقدس حرية الفرد ويرمي إلى وضع كل التسهيلات لممارسة النشاط التجاري والاقتصادي، سواء بالنسبة

¹ Rosa Amilli GUZMAN PEREZ, Op. cit, p 70-71.

للوطنيين أو الأجانب دون تمييز بينهم. وهذا ما جعله من أهم المبادئ التي ترمي إلى تحقيق مصالح الأجانب، إذ يجعلهم في نفس المركز القانوني مع المستثمرين الوطنيين بغرض تحفيزهم وتشجيعهم على الاستثمار في الدول النامية.

ويوفر مبدأ المعاملة الوطنية حماية قانونية يمكن أن تكون أقل من الحد الأدنى الذي يتطلبه القانون الدولي، لكنه يسمح كذلك بالحصول على مجموعة من الحقوق خاصة منها الاقتصادية، والتي هي الحد الأقصى الذي يمكن للأجنبي المطالبة به، لأنه يتواجد في وضعية مماثلة للوطنيين¹.

وبالإطلاع على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية حول التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات²، كنموذج، فإن المادة الرابعة منه تنص على ضرورة أن تمنح الدولة المضيفة لمواطني وشركات الدول المتعاقدة نفس المعاملة الممنوحة لمواطنيها فيما يخص الحقوق والواجبات المتعلقة بالاستثمارات المنجزة على إقليمها ومنطقتها البحرية "يطبق كل طرف متعاقد على إقليمه ومنطقته البحرية في صالح مواطني وشركات الطرف الآخر، فيما يخص استثماراتهم ونشاطاتهم المرتبطة بهذه الاستثمارات، المعاملة الممنوحة لمواطنيه وشركاته...".

II. شرط الدولة الأولى بالرعاية

يقوم شرط الدولة الأولى بالرعاية على إلزام الدولة المضيفة للاستثمار -التي تلتزم بضمان شرط الدولة بالرعاية- بأن تمنح مستثمري الدولة المتعاقدة معاملة لا تقل عن تلك التي تقدمها لمستثمري دولة أخرى (ثالثة)، فحين تمنح ميزة أو امتياز أو حصانة ما لمستثمري دولة أخرى يجب عليها أن تمنحها على الفور ودون شرط لمستثمري الدولة المتعاقدة المستفيدة من شرط الدولة الأولى بالرعاية.

إن شرط الدولة الأولى بالرعاية يستوجب الحذر في استعماله ففي حال التفاوض من جديد مع دولة أخرى من أجل الحد من الالتزامات التعاقدية أو إعادة توازنها، فإن هذه الجهود قد تصبح عقيمة بسبب الالتزام المتعلق بشرط الدولة الأولى بالرعاية. فإذا لم يكن نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية محدوداً، في المعاهدة الجديدة، فإنه يمكن أن يؤدي إلى إدراج غير متوقع لحقوق أقوى للمستثمر مستمدة من اتفاقات

¹ Jean-Pierre LAVIEC, Protection et promotion des investissements, consulté sur le site internet: <https://books.openedition.org/iheid/4184> (date d'accès: le 27/04/2019).

² مرسوم رئاسي رقم 94-01، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين، فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلقة بهما، المرجع السابق.

استثمار دولية مع بلدان أخرى. وبالتالي، ففي حال إدخال تعديلات و/أو إجراء مفاوضات جديدة، قد يرغب المتفاوضون على استثمار دولي في صياغة أحكام تتعلق بشرط الدولة الأولى بالرعاية تحول دون تضمينه أحكاماً جوهرية مستمدة من اتفاقات استثمار دولية أخرى. وهذا يضمن ألا تؤثر المعاهدات السابقة -أو المقبلة- في اتفاقات صيغت بعناية من خلال شرط مفتوح يتعلق بالدولة الأولى بالرعاية¹.

وبالرجوع إلى المادة الرابعة من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية حول التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات² فإنها تلزم الدولة المضيفة بأن تمنح المعاملة الممنوحة لمواطني وشركات الدولة الأكثر رعاية، لمواطني وشركات الدولة المتعاقدة متى كانت هذه المعاملة أكثر امتياز من المعاملة الوطنية "يطبق كل طرف متعاقد على إقليمه ومنطقته البحرية في صالح مواطني وشركات الطرف الآخر، فيما يخص استثماراتهم ونشاطاتهم المرتبطة بهذه الاستثمارات، المعاملة الممنوحة لمواطنيه وشركاته أو المعاملة الممنوحة لمواطني وشركات الدولة الأكثر رعاية إذا كانت هذه المعاملة هي الأكثر امتياز. كما يطبق هذا المبدأ أيضاً على الحقوق التي يستفيد منها المواطنون لتأدية نشاطاتهم المهنية المسموح لهم بالعمل على الإقليم والمنطقة البحرية لأحد الطرفين المتعاقدين".

فيما نصت المادة 3 في الفقرة (2) من الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية وجمهورية الصين الشعبية حول التشجيع والحماية المتبادلتين للاستثمارات على شرط الدولة الأولى بالرعاية "2- إن المعاملة والحماية المنصوص عليهما في الفقرة "1" من هذه المادة سوف لن تقل امتياز عن تلك التي تمنح للاستثمارات والنشاطات المتعلقة بها التابعة لمستثمري دولة ثالثة".

ويمتد شرط الدولة الأولى بالرعاية في الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية وجمهورية الصين الشعبية إلى التعويض عن الخسائر الناجمة عن المخاطر السياسية حيث نصت المادة 5 من هذا الاتفاق على أنه³ "يستفيد مستثمرو أحد الطرفين المتعاقدين الذين لحقت باستثماراتهم، على إقليم الطرف المتعاقد الآخر، خسائر ناجمة عن حرب، نزاع مسلح، ثورة، حالة طوارئ وطنية، تمرد، عصيان مدني أو أحداث

¹ تحويل نظام اتفاقات الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 26.

² مرسوم رئاسي رقم 94-01 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين، فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلقة بهما، المرجع السابق.

³ مرسوم رئاسي رقم 02-392 مؤرخ في 20 رمضان عام 1423 الموافق 25 نوفمبر سنة 2002، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية الصين الشعبية حول التشجيع والحماية المتبادلتين للاستثمارات، الموقع ببكين يوم 20 أكتوبر سنة 1996، ج. ر العدد 77، المؤرخة في 26 نوفمبر 2002 م.

مماثلة أخرى، من معاملة من قبل الطرف المتعاقد الآخر، فيما يخص الاسترجاع أو التعويض، لا نقل امتياز عن تلك الممنوحة لمستثمري دولة ثالثة".

ثانياً - مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة

يرجع ظهور مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة إلى ميثاق هافانا أو "ميثاق التجارة الدولية" سنة 1948، والذي نص في الفقرة الأولى من مادته الأولى على وجوب معاملة الاستثمار الأجنبي معاملة عادلة ومنصفة، ولقد حول المنظمة أن:

- تأمر وتشجع إبرام الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف الخاصة بالإجراءات التي ترمي إلى "ضمان المعاملة العادلة والمنصفة".

وتلا مؤتمر هافانا إبرام الولايات المتحدة الأمريكية للعديد من الاتفاقيات التي تضمنت مصطلحات "عادلة" و "معاملة عادلة"، وقد كان لهذه المصطلحات أثر كبيراً في مجال الاستثمار، حيث اعتبرت الاتفاقيات التي أبرمتها الولايات المتحدة الأمريكية مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة الذي تضمنته حماية ضد الأعمال المخالفة للقانون الدولي.

ولئن كان ظهور مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة يرتبط بالتجارة الدولية، فقد عرف انتشار واسعاً في مجال الاستثمار حيث صار من أهم البنود المدرجة في اتفاقيات الاستثمار الثنائية بدءاً من سنوات التسعينيات، وقد عرفت اتفاقيات الاستثمار المبرمة في السنوات الأخيرة رواجاً أكبر لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة على حساب مبدأ المعاملة الوطنية، هذا الأخير الذي تراجع بسبب الرقابة التي أصبحت تمارسها الدول على الاستثمار الأجنبي لحماية اقتصادها¹.

ورغم تبني العديد من الاتفاقيات الثنائية للاستثمار لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة إلا أنه لم يحظ بتعريف دقيق، حيث لا يزال يشار إليه بشكل فضفاض يستوعب العديد من الوقائع والتصرفات. وفي ذلك يرى الأستاذ Muchlinski أن فكرة المعاملة العادلة والمنصفة غير محددة بدقة، ذلك أن المبدأ يشكل مبدأً أساسياً يسمح بتقدير ما إذا لم تتم معاملة المستثمر الأجنبي معاملة لائقة بسبب الإجراءات التمييزية أو غير

¹ حرزي لونس، المرجع السابق، ص 18-20.

العادلة التي تم اتخاذها من طرف الدولة المضيفة والتي تضر بمصالحه، فتحديد مضمونه لا يتوقف إذن على وقائع محددة، لذا فإن مفهومه يمكن أن يختلف من قضية إلى أخرى¹.

وفي بحث له حول مشكلة المخاطر المعنوية وعواقبها على حماية التوقعات المشروعة في إطار مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة يرى Jonthan BONNITCHA أنه في المناقشة العامة بشأن الاتفاقيات الدولية للاستثمار كثيرا ما يشار إلى مفاهيم السيادة، القانون الإنساني، القانون البيئي، وسيادة القانون، إلا أن مناقشة الآثار الاقتصادية لهذه الاتفاقيات قليلة جدا. وإن إحدى أقوى أوجه الحماية القانونية التي توفرها اتفاقيات الاستثمار الدولية، هي حماية التوقعات المشروعة للمستثمر الأجنبي في إطار المعاملة العادلة والمنصفة التي تشترك فيها معظم الاتفاقيات الدولية للاستثمار.

ويضيف Jonthan BONNITCHA أن من المسلم به الآن وعلى نطاق واسع أن الأحكام المتعلقة بالمعاملة العادلة والمنصفة التي توجد في الغالبية العظمى من الاتفاقيات الدولية للاستثمار، تبدي توافقا واضحا في حماية التوقعات المشروعة للمستثمرين، على خلاف ما تبديه محاكم التحكيم التي اعتمدت آراء مختلفة بشأن التوقعات المشروعة المحتملة².

وبالرجوع إلى الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية حول التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات³، فإن المادة الثالثة منه تنص على ضمان معاملة عادلة ومنصفة لاستثمارات مواطني وشركات الطرف المتعاقد الآخر "يلتزم كل من الطرفين المتعاقدين، طبقا لقواعد القانون الدولي، بضمان، على إقليمه ومنطقته البحرية، معاملة عادلة ومنصفة لاستثمارات مواطني وشركات الطرف الآخر بحيث أن ممارسة هذا الحق المعترف به لا يمكن أن يعرقل قانونيا أو فعليا عن طريق إجراءات غير مبررة أو تمييزية قد تؤثر على التسيير والصيانة والاستعمال والتمتع بهذه الاستثمارات أو تصفيتها".

¹ OCDE (2004), op.cit, p28.

² Jonthan BONNITCHA, Le problème des risques moraux et ses conséquences sur la protection des "attentes légitimes" dans le cadre e la norme du traitement juste et équitable, investment treaty news, Numéro 3, Volume 1, Avril 2011, p 6-7.

³ مرسوم رئاسي رقم 94-01، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين، فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلق بهما، المرجع السابق.

كما تنص المادة 3 من الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية وجمهورية الصين الشعبية حول التشجيع والحماية المتبادلتين للاستثمارات¹ في فقرتها رقم (1) على مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة "1- تمنح للاستثمارات والنشاطات المتعلقة بها التابعة لمستثمري أي من الطرفين المتعاقدين معاملة عادلة ومنصفة وكذا الحماية في إقليم الطرف المتعاقد الآخر".

وما ينبغي التأكيد عليه هو أن الاتفاقيات الثنائية للاستثمار بسموها على القوانين الداخلية فإنها تضع المشرع الجزائري في ورطة حقيقية حيال هذه الضمانات الاتفاقية، وتجعل من تعديلات قانون الاستثمار في شقه المتعلق بضمانات الاستثمار عديمة الأثر في مواجهة المستثمرين من دول متعاقدة حيث أنهم سيستفيدون من هذه الضمانات بموجب اتفاقيات الاستثمار الثنائية. ومثال ذلك تخلي المشرع الجزائري عن مبدأ المعاملة الوطنية في القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار² وهو المبدأ الذي كان معمولاً به منذ سنة 1993 في قوانين الاستثمار المتعاقبة، إلا أن هذا المبدأ يبقى موجوداً ومنتجاً لآثاره في العديد من اتفاقيات الاستثمار الثنائية التي أبرمتها الدولة الجزائرية.

الفرع الثاني

قواعد الحماية في اتفاقيات الاستثمار الثنائية

على غرار ما أقره المشرع الجزائري من ضمانات حمائية للاستثمارات الأجنبية في قوانين الاستثمار في مختلف النشاطات، فقد تبنت جميع الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بحماية الاستثمار التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع العديد من الدول وخاصة تلك المصدرة للاستثمار نحو الجزائر ضمانات صيغت في شكل قواعد خاصة بالحماية، والتي شكلت نموذجاً للحماية في نظام الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بحماية الاستثمار التي تجاوز عددها على الصعيد الدولي 3000 اتفاقية.

¹ مرسوم رئاسي رقم 02-392، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية الصين الشعبية حول التشجيع والحماية المتبادلتين للاستثمارات، المرجع السابق.

² تم اقتراح التخلي عن مبدأ المعاملة الوطنية في مشروع القانون المتعلق بترقية الاستثمار حيث جاء فيه " - مبدأ المعاملة الوطنية، نقتح استبداله بذلك المتعلق بالمعاملة العادلة والمنصفة مراعاة للالتزامات الدولية، ومبرر ذلك المعاملة المختلفة للمستثمرين الأجانب مقارنة بالمستثمر الوطني المقيم". وحظي هذا الاقتراح بالقبول في الصياغة النهائية للقانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار.

ويأتي في مقدمة هذه القواعد حماية ملكية الاستثمارات الأجنبية بجميع عناصرها من خلال ضمان عدم نزع الملكية (أولا) ثم ضمان إعادة تحويل المستثمر الأجنبي للأموال التي تشكل عوائد استثماره أو نتاج تصنيفته أو التنازل عن أصوله نحو الخارج، والذي لا يقل أهمية عن سابقه (ثانيا).

أولا- عدم نزع ملكية الاستثمارات الأجنبية

نظرا للأهمية التي تحظى بها الملكية الخاصة بوجه عام وملكية المستثمر الأجنبي بوجه خاص، فقد أحاطتها التشريعات بحماية متميزة، وفي القانون الجزائري فضلا عما توفره القوانين الداخلية من حماية لملكية المستثمر الأجنبي بدءا من الدستور إضافة إلى القانون المدني وقانون الاستثمار، فقد شكلت حماية الملكية الخاصة للمستثمر الأجنبي محورا هاما من محاور الحماية المنصوص عليها في الاتفاقيات الثنائية للاستثمار.

والحقيقة أن الغالبية العظمى من اتفاقات الاستثمار الدولية تسمح للدول المضيفة بنزع ملكية الاستثمارات طالما يتم تنفيذ هذا الإجراء وفقا للمعايير التالية¹:

- (أ) لغرض عام ؛
- (ب) بطريقة غير تمييزية ؛
- (ج) وفقا للإجراءات القانونية الواجبة ؛
- (د) مقابل دفع تعويض.

ورغم بعض الاختلاف الذي تظهره صياغة اتفاقات الاستثمار الدولية إلا أنها، وبشكل عام، تتفق حول الشروط الأربعة المذكورة أعلاه المتعلقة بنزع ملكية الاستثمارات الأجنبية، هذه الشروط التي لم تتغير ولم تتطور في السنوات الأخيرة، ذلك أنها قد تبلورت بما فيه الكفاية لتمثيل القانون الدولي العرفي في نزع الملكية.

وخلافا لشروط نزع الملكية فقد تطورت في السنوات الأخيرة مفاهيم المصادرة غير المباشرة والاستيلاء التنظيمي، والطريقة التي تنشأ بها، وتحديد محتواها، كما تطورت معايير التعويض المطبقة على هذه التصرفات من خلال اتفاقات الاستثمار الدولية، والتي جاءت أحكامها أكثر دقة وتفصيل بخصوص²:

- (أ) تحديد أنواع التدابير التي يمكن أن تشكل مصادرة غير مباشرة ؛

¹ EXPROPRIATION, Op. cit, p 27.

² Ibid, p 2.

- (ب) وضع استثناءات لحماية الفضاء المتاح للدول في تنظيم المصلحة العامة ؛
 (ج) تحديد طرق لتقييم وقياس التعويضات.

وقد كرس الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية حول التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات¹، حماية الملكية الخاصة لمستثمري أحد الطرفين المتعاقدين في الدولة المتعاقدة الأخرى وفي نفس الوقت استجاب لشروط نزع الملكية للصالح العام، حيث نصت المادة الخامسة في الفقرة رقم (2) من هذا الاتفاق على عدم نزع الملكية إلا إذا كان ذلك بسبب المنفعة العامة ووفقا للشروط المذكورة في المادة، ومقابل تعويض مناسب وفعلي حددت كيفية تقديره وطريقة دفعه المادة نفسها.

"1- تستفيد استثمارات مواطني أو شركات أحد الطرفين المتعاقدين، إلى جانب مداخيل هذه الاستثمارات المنجزة على الإقليم والمنطقة البحرية للطرف المتعاقد الآخر، من حماية وأمن تامين وكاملين.

2- لا يتخذ الطرفان المتعاقدان تدابير نزع الملكية أو التأميم أو أية تدابير أخرى يترتب عليها نزع، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، من مواطني وشركات الطرف الآخر استثماراتهم التي يمتلكونها على إقليمهم وعلى منطقتهم البحرية إلا إذا كان ذلك بسبب المنفعة العامة بشرط أن تكون هذه التدابير قد اتخذت طبقا لإجراءات قانونية وأن لا تكون تمييزية أو مخافة للالتزام خاص.

يجب أن ترفق تدابير نزع الملكية إذا اتخذت بدفع تعويض مناسب وفعلي يحسب مبلغه على أساس القيمة الحقيقية للاستثمارات المعنية والتي تم تقييمها وفقا للظروف الاقتصادية السارية عشية اليوم الذي اتخذت فيه التدابير وأعلن فيه عنها.

يحدد مبلغ وكيفية دفع هذا التعويض في أقصى حد بتاريخ نزع الملكية ويجب أن يكون هذا التعويض فعليا وأن يدفع بدون تأخر وأن يكون قابلا للتحويل بكل حرية.

ينتج هذا التعويض، حتى تاريخ دفعه، فوائد تحسب بمعدل الفائدة الرسمي لحق السحب الخاص كما هو محدد من طرف صندوق النقد الدولي".

ويجوز للمستثمر من دولة متعاقدة أن يرفع دعاوى نزع الملكية فيما يتعلق بأي سلوك يعزى إلى الدولة المضيفة المتعاقدة والذي تتخذه من خلال ممارساتها السيادية، وذلك بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية التي

¹ مرسوم رئاسي رقم 94-01، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين، فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلق بهما، المرجع السابق.

ترتبط دولته بالدولة المضيفة، وهنا تبرز أهمية تحديد المصطلحات المستعملة في اتفاقيات الاستثمار وعلى رأسها مصطلح "الاستثمار" الذي تتحدد من خلاله العناصر المكونة للمشروع الاستثماري وبالتالي ملكية المستثمر الأجنبي¹.

ثانياً - ضمان تحويل الأموال نحو الخارج

تنص المادة السادسة من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية حول التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات² على ضمان حرية تحويل الأموال بنصها على أنه "يمنح كل طرف متعاقد تمت على إقليمه أو منطقتة البحرية استثمارات من طرف مواطني أو شركات الطرف المتعاقد الآخر لهؤلاء المواطنين أو لهذه الشركات، حرية تحويل ما يلي:

- (أ) الفوائد والأرباح غير الموزعة والأرباح الصافية من الضرائب والمدخيل الجارية الأخرى.
- (ب) العوائد الناجمة عن الحقوق المعنوية المشار إليها في الفقرة الأولى والنقطتين (د) و (هـ) من المادة الأولى.
- (ج) المدفوعات التي تمت بغرض تسديد القروض المبرمة بصفة نظامية.
- (د) حصيلة التنازل أو التصفية الكلية أو الجزئية للاستثمار بما في ذلك فوائض القيمة للرأس مال المستثمر.
- (هـ) التعويضات المترتبة عن نزع أو فقدان الملكية المشار إليهما في المادة الخامسة (الفقرتين الثانية والثالثة أعلاه).

كما يسمح لمواطني أحد الطرفين المتعاقدين الذين سمح لهم بالعمل على الإقليم أو المنطقة البحرية للطرف المتعاقد الآخر، في إطار استثمار معتمد، تحويل حصة مناسبة من مرتباتهم لبلدهم الأصلي. تتم التحويلات المشار إليها في الفقرات السابقة بدون تأخير بمعدل الصرف الرسمي المطبق بتاريخ التحويل".

¹ EXPROPRIATION, Op. cit, p xi.

² مرسوم رئاسي رقم 94-01، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين، فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلقة بهما، المرجع السابق.

وكذلك نصت المادة 6 من الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية وجمهورية الصين الشعبية حول التشجيع والحماية المتبادلتين للاستثمارات¹ على أنه:

"1- يضمن كل طرف متعاقد، وفقا لتشريعاته ونظمه، كل التحويلات المتعلقة بأحد الاستثمارات وتشمل هذه التحويلات على وجه الخصوص لا الحصر:

(أ) الأرباح وحصص الأرباح الموزعة والفوائد وأي دخل شرعي آخر،

(ب) المبالغ المتحصل عليها من التصفية الكلية أو الجزئية للاستثمارات،

(ج) المدفوعات التي تتم طبقا لاتفاق قرض يتعلق بالاستثمار،

(د) الأتاوات المشار إليها في الفقرة 1 (د) من المادة "1"،

(هـ) مدفوعات مقابل المساعدة التقنية أو نفقات الخدمات التقنية والتسيير،

(و) مدفوعات تتعلق بمشاريع في طور التعاقد،

(ز) مدخرات مواطني الطرف المتعاقد الآخر الذين يشتغلون في إطار استثمار يتم في إقليم أحد الطرفين المتعاقدين.

2- تتم التحويلات المشار إليها أعلاه بسعر الصرف المعمول به بتاريخ التحويل وذلك بعملة قابلة للتحويل يوافق عليها المستثمرون أو بالعملة التي أنجز بها الاستثمار".

المطلب الثاني

الضمانات الإجرائية في اتفاقيات الاستثمار الثنائية

إضافة إلى الضمانات الموضوعية التي تقرها الاتفاقيات الثنائية لصالح الاستثمارات الأجنبية سواء من حيث المعاملة التي يجب أن تحظى بها هذه الاستثمارات على إقليم الدولة المتعاقدة أو من حيث الحماية التي يجب أن تحاط بها، فقد أقرت جميع الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الدولة الجزائرية وبدون استثناء ضمانات إجرائية تضمن حق الأطراف في عرض نزاعاتهم المتولدة عن عقود الاستثمار الدولية على الجهات القضائية المختصة أو على التحكيم الدولي، مع ملاحظة منح الأفضلية للتحكيم الدولي لاعتبارات المصلحة الوطنية (الفرع الأول) إلا أن السوابق القضائية في أحكام التحكيم الدولي قد أثبتت انحراف التحكيم الدولي عن سبل مبادئ العدالة والانتصاف (الفرع الثاني).

¹ مرسوم رئاسي رقم 02-392، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية الصين الشعبية حول التشجيع والحماية المتبادلتين للاستثمارات، المرجع السابق.

الفرع الأول

التحكيم الدولي واعتبارات المصلحة الوطنية

إن داعي المصلحة الذي اقتضى من دول العالم الثالث تقديم بعض التنازلات في إطار عقود الاستثمار الدولية التي تبرمها، حتم عليها قبول التحكيم كآلية لتسوية منازعات الاستثمار والتعاطي معه بمرونة كبيرة ولو على حساب حقها في استفاد سبل الانتصاف المحلية المكفول بموجب المواثيق الدولية، فأقرت بإرادتها رغبة أو مرغمة مساواة التحكيم الدولي بالقضاء الوطني (أولاً) كما رضخت لضرورة التعايش مع التطورات التي يقرها نظام التحكيم الدولي (ثانياً).

أولاً- مساواة التحكيم الدولي بالقضاء الوطني

إن ما يلاحظ على الضمانات الإجرائية المقررة في اتفاقيات الاستثمار الثنائية هو مساواتها بين القضاء الوطني للدولة المتعاقدة والتحكيم الدولي، من خلال ترك الخيار للمستثمر الأجنبي باللجوء إلى أيهما شاء، وبالرجوع إلى الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية حول التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات¹، فإنه ينص في مادته الثامنة على أن:

"1- كل خلاف يتعلق بالاستثمارات بين أحد الطرفين المتعاقدين ومواطن أو شركة من طرف المتعاقد الآخر، يسوى ويقدر المستطاع بتراضي الطرفين المعنيين.

2- إذا لم تكن تسوية الخلاف بتراضي الطرفين ممكنة في مدى ستة (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 أو إلى المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات (C.I.R.D.I) المنشأ بمقتضى "الاتفاقية الخاصة بحل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى" الموقعة بواشنطن في 18 مارس سنة 1965".

¹ مرسوم رئاسي رقم 94-01، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين، فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلقة بهما، المرجع السابق.

وقد بلغ الأمر في بعض اتفاقيات الاستثمار الثنائية حد جعل الاختصاص حصرياً للتحكيم الدولي، كما هو الحال في الاتفاق بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة دولة قطر¹، والذي نص في المادة 7 منه على أن:

"1- أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن استثمار بين أي من الطرفين المتعاقدين ومستثمر من الطرف المتعاقد الآخر، يتم تسويته ودياً بين طرفيه المعنيين.

2- إذا لم يتم تسوية هذا النزاع خلال مدة سنة (6) أشهر اعتباراً من تاريخ إثارته كتابة من قبل أي من طرفي النزاع، تتم إحالته بناء على طلب أي من الطرفين على التحكيم أمام "المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار" الذي أنشئ بمقتضى الاتفاقية الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار الناشئة بين الدولة وبين مستثمري الدول الأخرى والموقعة في واشنطن بتاريخ 18 مارس سنة 1965 م".

بالإضافة إلى ذلك فإن اتفاقيات الاستثمار الثنائية تتميز بخروجها عن القواعد العامة في التحكيم من حيث اعتبار تضمنها شرط التحكيم يغني عن اتفاق التحكيم، ويبرر ذلك بكثرة اتفاقيات الاستثمار الثنائية، حيث تجاوز عددها 2700 اتفاقية سنة 2010، وأغلبها يتضمن شرط التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار².

وبالرجوع إلى أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من حيث الاعتراف بالاتفاق المبرم بين الأطراف لأجل عرض نزاعهم أمامه، يلاحظ أنه كان يشترط وجود اتفاق تحكيم مباشر بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي وفقاً لأحكام المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المنشئة للمركز، غير أن هيئات التحكيم توسعت في تفسير السمة الاختيارية التي نصت عليها المادة 25 سالف الذكر، إذ لم تعد تشترط وجود اتفاق تحكيم مباشر بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، بل أصبحت تكفي بوجود نص من قانون الاستثمار للدولة المضيفة أو بند في اتفاقية الاستثمار الثنائية أو المتعددة الأطراف يشير إلى تحكيم المركز لنقضي باختصاصه³.

¹ مرسوم رئاسي رقم 97 - 229 مؤرخ في 18 صفر عام 1418 الموافق 23 يونيو سنة 1997، يتضمن المصادقة على الاتفاق بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ودولة قطر، الموقع بمدينة الدوحة بتاريخ 11 جمادى الثانية عام 1417 الموافق 24 أكتوبر سنة 1994، ج. ر العدد 43، المؤرخة في 25 يونيو سنة 1997 م.

² مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص 165.

³ مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع نفسه، ص 164.

ثانيا - التعايش مع نظام التحكيم الدولي

انطلاقاً من قضية APPL ضد Sri Lanka المعروضة سابقاً وقرار محكمة التحكيم بشأنها بقبول الاختصاص المبني على الإحالة إلى اتفاقية ثنائية بين دولة المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، ومروراً بالتطورات التي أسسها محكمو المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على التوسع في تفسير المادة 25 من اتفاقية واشنطن لعام 1958 المتضمنة إنشاء المركز، وما ترتب عنها من قبول اختصاص المركز متى وردت الإشارة إلى عرض النزاعات أمامه في قانون وطني أو بموجب اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف.

وصولاً إلى القضية الماثلة¹ والتي تتلخص وقائعها في نزاع بين شركة Société Générale de Surveillance (SGS) وهي شركة متعددة الجنسيات مقرها في سويسرا ضد الفلبين، حول إخلال هذه الأخيرة بالعقود المبرمة لتقديم خدمات التفتيش الجمركي قبل الشحن، حيث أن العقد المبرم بين الطرفين ينص على اختصاص محاكم الفلبين دون غيرها بالنظر في المنازعات الناشئة عن العقد، إلا أن الشركة شرعت في إجراءات التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على أساس أن مطالباتها المتعلقة بالعقد يجوز أن ترفع إلى مرتبة مطالبات تتعلق بمعاهدة بموجب البند الجامع الوارد في اتفاقية الاستثمار الثنائية المبرمة بين الفلبين وسويسرا. وقد رأت المحكمة أن البند الجامع يخول، من حيث المبدأ، الاختصاص لمحكمة تحكيم تشكل بمقتضى معاهدة الاستثمار الثنائية للبت في المطالبات التعاقدية الصرفة بين المستثمر والبلد المضيف. ولم توافق المحكمة على أن البند الجامع لا يوفر سوى حماية "من المرتبة الثانية"، بل رجحت كفة الرأي القائل بأن "البند يعني ما يقول".

وبغض النظر عن مآل هذا النزاع تحكيميا حيث رأت المحكمة أنه حتى إن كان لها الاختصاص بمقتضى معاهدة الاستثمار الثنائية للتحكيم في المطالبات التعاقدية الصرفة، فإنها لن تمارس ذلك الاختصاص في القضية موضوع النقاش بما أن الطرفين كانا قد اتفقا على عرض منازعاتهما بشأن العقد على محاكم الفلبين المتمتعة بالاختصاص الحصري. ولا ينبغي للمستثمر أن يشرع في إجراءات التحكيم بناء على إخلال البلد المضيف بالعقد إذا كان في عرض المنازعة على التحكيم إخلالاً بالبند الخاص بحل المنازعات في نفس الاتفاق. وبالنتيجة، أوقفت المحكمة إجراءاتها لصالح المحاكم الفلبينية. إلا أن ما يثير الاهتمام هو قابلية الارتقاء بالمطالبات المتعلقة بالعقد إلى مصف مطالبات تتعلق بمعاهدة.

¹ Contrats d'Etat, Op. cit, p 25.

وبما أن الجزائر قد صادقت على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346¹، وهي الاتفاقية المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، كما أن جل الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في مجال التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات تنص على اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بالفصل في النزاعات التي قد تنشأ بين الدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار ومستثمري الدولة المتعاقدة الأخرى، فإن ذلك يضعها تحت رحمة هذا التحول الجديد لمجال اختصاص المركز.

وإن كان اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بنظر المنازعة الاستثمارية في حال نشوء نزاع بين إحدى الدولتين المتعاقدين ومستثمري الدولة الأخرى، القائم على تعهد الدولتين بقبول منح الاختصاص للمركز من خلال الاتفاقيات الثنائية، يتوقف على إعلان المستثمر الأجنبي عن قبوله اللجوء إلى التحكيم، وإن لم يعلن ذلك لا يتوفر الرضا ولا يكون التعهد ملزماً له، والحال هذه الحالة فإن تعهد الدولة المضيفة للاستثمار يعد بمثابة اشتراط لمصلحة الغير لا ينتج أثره ولا يتحول إلى رضا إلا بقبول المستثمر له². إن هذا الوضع دفع بعض الفقه إلى اعتبار أن التحكيم قد تحول من ضمانه لصالح المستثمر الأجنبي إلى سلطة انفرادية في يده تمس بسيادة الدولة المضيفة، وتنعكس سلباً على ربط التحكيم بوجوب اتفاق الأطراف عليه³.

ولعل من بين العوامل التي تجعل محاكم التحكيم الدولي بوجه عام والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بوجه خاص، غير مستقر على رأي محدد فيما يخص قبول الاختصاص باللجوء إلى المركز هو الحرية الكبيرة التي يتمتع بها المحكمون في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاعات المعروضة عليهم في حال لم ينفق الأطراف على اختيار قانون معين، الأمر الذي يتيح لهيئة التحكيم أعمال قواعد *Lex Mercatoria** والحال هذه سيكون المحكمون هم المترجمين لهذه القواعد بل ويساهمون أيضاً في إنشائها⁴. إن هذا الوضع يؤدي بالنتيجة إلى تطورات في النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي لم يكن في

¹ مرسوم رئاسي رقم 95 - 346 مؤرخ في 6 جمادى الثانية عام 1416 الموافق 30 أكتوبر سنة 1995، يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج. ر العدد 66، المؤرخة في 05 نوفمبر 1995 م.

² مصلح أحمد الطراونة، المرجع السابق، ص 1488.

³ بن علي بن سهلة ثاني، المرجع السابق، ص 1331.

* يقصد بقواعد *Lex Mercatoria* مجموعة العادات والأعراف الراسخة في المعاملات التجارية الدولية.

⁴ Pierre-Alain GOURION et Georges PEYRARD, Droit du commerce international, 3^e édition, L.G.D.J, France, 2001, p 65.

وسع الدول توقعها أو التحسب لها حين إبرامها لاتفاقيات دولية تمنح بموجب أحكامها الاختصاص لهذه الهيئة التحكيمية أو تلك، وأمام هذا الوضع المستجد لا يبقى أمام الدول المتعاقدة سوى التعايش مع هذه التطورات أو الانسحاب من هذه الاتفاقيات.

الفرع الثاني

انحراف اتفاقيات الاستثمار الثنائية عن مبادئ الانتصاف

يشكل واجب استنفاد سبل الانتصاف المحلية شرطا إلزاميا في القانون الدولي العام للجوء إلى المحافل القضائية الدولية. غير أن معظم اتفاقيات الاستثمار الدولية تعفي من هذا الواجب، فتجعل من المستثمرين الأجانب طبقة مميزة يمكنها الإفلات من السلطات القضائية المحلية. وعدم إلزام المستثمرين باستنفاد سبل الانتصاف المحلية، أو مطالبتهم بدلا من ذلك، بإقامة الدليل على عدم فعالية المحاكم المحلية أو تحيزها على نحو واضح، قد يعيد التوازن ويجعل التحكيم الدولي سبيلا انتصاف استثنائيا إلى حد بعيد¹.

يشير هذا التحول في سبل الانتصاف إلى اختلال في موازين العدالة وتراجع الحماية الإجرائية بسبب انحراف الاتفاقيات الثنائية للاستثمار عن السياق الطبيعي لمبادئ الاختصاص القضائي. والحقيقة التي يتغاضى عنها الجميع هي أن اتفاقيات الاستثمار الثنائية ما هي إلا تكريس لـ "اللاتوازن" بين الشمال والجنوب، ولئن كان ظاهرها تبادليا إلا أن الواقع يشير إلى أن الاستثمارات تسير في اتجاه واحد (شمال - جنوب) مما يجعل ضماناتها معدة لخدمة طرف دون الآخر.

وتداركا من المجموعة الدولية لهذا الانحراف قدمت أمانة مجلس التجارة والتنمية للأمم المتحدة مذكرة في اجتماع الخبراء بشأن تحويل نظام اتفاقات الاستثمار الدولية المنعقد بجنيف في الفترة الممتدة من 25 إلى 27 فبراير 2015، تحت عنوان (تحويل نظام اتفاقات الاستثمار الدولية)² جاء فيها ما يلي:

"يُمر نظام اتفاقات الاستثمار الدولية بفترة تأمل ومراجعة وإصلاح. ومعظم البلدان أطراف في واحد أو أكثر من اتفاقات الاستثمار الدولية، غير أن قلة من هذه البلدان تشعر بالرضا إزاء النظام الحالي لأسباب شتى كالاتي: تزايد القلق من الآثار الفعلية المترتبة على اتفاقات الاستثمار الدولية من حيث تعزيز الاستثمار

¹ تحويل نظام اتفاقات الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص11.

² تحويل نظام اتفاقات الاستثمار الدولية، المرجع نفسه، ص16.

الأجنبي المباشر أو تقليص حيز السياسات أو الحيز التنظيمي، والتعرض المتزايد لإجراءات تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، وعدم السعي تحديداً لتحقيق أهداف التنمية المستدامة...".

ويرى معدو هذه المذكرة أن "نظام اتفاقات الاستثمار الدولية قد بلغ مرحلة تتيح فرصاً للتغيير. فقد وصل التوقيع على معاهدات الاستثمار الثنائية إلى ذروته في التسعينات من القرن الماضي. وبعد مرور خمسة عشر عاماً، تراجع معدل إبرام معاهدات الاستثمار الثنائية تراجعاً شديداً، فأضحى نظام اتفاقات الاستثمار الدولية في وضع يتيح إجراء تغيير فعال. وعند حلول تاريخ انتهاء صلاحية معاهدة ما، يجوز لطرف فيها أن يختار تمديدتها تلقائياً أو أن يخطر الطرف الآخر برغبته في إلغائها، ويتيح هذا الخيار الأخير لطرفي المعاهدة فرصة مراجعة اتفاقاتهما، بإجراءات تشمل تحديث محتواها مع مراعاة التجارب السابقة وإدراج أحكام تستوعب أهدافاً سياساتية جديدة"¹.

وفي هذا الشأن كان الأونكتاد قد أشار في تقرير الاستثمار العالمي لعام 2012 إلى حالة من عدم الرضا لدى الكثير من الدول عن نظام تسوية المنازعات السائد، بدءاً من اتفاقيات الاستثمار الثنائية التي تمنح المستثمر الأجنبي خيارات متعددة للجوء إلى التحكيم الدولي، وصولاً إلى محاكم التحكيم الدولي وما يحوم حولها من شبهات الفساد، حيث جاء في هذا التقرير² "أعربت عدة دول عن قلقها إزاء النظام المعمول به حالياً لتسوية المنازعات بين المستثمر والدولة (فمثلاً أعلنت أستراليا في بيان لها تعليقاً على السياسة التجارية أنها ستكف عن إدراج مواد خاصة بالمنازعات بين المستثمر والدولة في اتفاقات الاستثمار الدولية التي ستبرمها في المستقبل. كما أرسلت فنزويلاً مؤخراً إخطار يفيد بأنها ستسحب من معاهدة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار). ويجسد هذا القلق أوجه قصور في هذا النظام، من جملة أمور أخرى (مثل التفسيرات المستفيضة أو المتناقضة لأحكام رئيسية في اتفاقات الاستثمار الدولية من قبل محاكم التحكيم، والتنفيذ غير المناسب وإبطال الأحكام، ومخاوف إزاء المحكمين، وعدم الشفافية، والتكاليف الباهظة للنقاضي، أو العلاقة بين تسوية المنازعات بين المستثمر والدولة وإجراءات التعامل بين الدول)، وخطاب عام أوسع عن فائدة وشرعية آلية تسوية المنازعات بين المستثمر والدولة".

ويضيف التقرير "وبناء على أوجه القصور المتصورة في نظام تسوية المنازعات بين المستثمر والدولة، ظهر الآن عدد من المقترحات لإصلاحه، وتهدف هذه المقترحات إلى وقف العدد المتزايد للدعوى

¹ تحويل نظام اتفاقات الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 23.

² الأونكتاد، تقرير الاستثمار العالمي لعام 2012، جنيف، حزيران/يونيه 2012، ص 23.

القضائية في هذا المجال، وتعزيز الشرعية وزيادة شفافية إجراءات تسوية المنازعات، ومعالجة القراءة غير المتسقة لأحكام رئيسية في اتفاقات الاستثمار الدولية، والتفسير الرديء للمعاهدة، وتحسين نزاهة المحكمين ومؤهلاتهم، وتقليل الفترة الزمنية لإجراءات التقاضي وتكاليفها، ومساعدة البلدان النامية على التعامل مع قضايا تسوية المنازعات، وتهدهة كل أوجه القلق إزاء عمل هذا النظام".

ولعل من أوجه القصور كما سبق الإشارة إليه هو التمييز الذي يتسم به التحكيم في مجال الاستثمار (في الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، أو الاتفاقيات المتعددة الأطراف، أو في اتفاقية واشنطن)، وهو ما يمثل إحدى خصوصياتها، حيث أن الدولة المضيفة للاستثمار وحدها من تلزم باحترام المستثمرين الأجانب من الدولة الأخرى المتعاقدة، بأن تقدم لهم عرضاً غير شخصي وعام، وغير محدد بأجل. يتضمن موافقتها المسبقة الموجهة للمستثمرين على تسوية نزاعاتهم عن طريق التحكيم، من خلال اتفاقها مع دولتهم التي ينتمون إليها بجنسيتهم، فهي تمنحهم "اتفاق على بياض" وليس مجرد عرض للجوء إلى التحكيم¹.

كما جاء في تقرير للمركز المصري للحقوق الاقتصادية والاجتماعية² أنه "قد يدعي البعض أن المستثمرين الأجانب يتوجهون للمحاكم الدولية بسبب بطء الإجراءات القانونية في العديد من الدول النامية. إلا أن هذا الادعاء لا أساس له من الصحة، حيث أن متوسط فترة التقاضي التي تحتاجها المحاكم الدولية لفض نزاعات الاستثمار تقدر بحوالي 3.6 سنوات! فعلى سبيل المثال تعد قضية "سوثيرن باسفيك للعقارات - الشرق الأوسط" ضد مصر (وهي القضية رقم: 3/84/ARB) من أطول قضايا التحكيم الدولية، حيث استغرقت القضية حوالي 7.7 سنوات!" والنتيجة التي يترتبها ذلك يضيف بشأنها التقرير "إذن فالمستثمرون الأجانب عندما يتجهون للتحكيم الدولي، فهم يتوجهون من أجل الامتيازات الغير عادية التي توفرها لهم تلك المحاكم المعنية بحماية المستثمر فقط، وللاستفادة من الحماية الغير عادية التي توفرها لهم اتفاقيات الاستثمار الثنائية".

هذا فيما يخص مدة التحكيم أما بخصوص تكاليف التحكيم فيقول بشأنها التقرير "من الجدير بالذكر أيضا أن تكاليف التحكيم الباهظة تعد من أهم التحديات التي تفرض نفسها على الدولة الموقعة على اتفاقيات الاستثمار الثنائية. فيحكم تلك الاتفاقيات الثنائية تجبر الدولة للمثول أمام محاكم الاستثمار تلك، مما يترتب

¹ Yakout AKROUNE, L'Arbitrage sous couvert des conventions d'investissement un phénomène en extension, Les modes alternatifs de règlement des conflits, Colloque international Alger 06 - 07 Mai 2014, Les Annales N°: 3/2014, Université d'Alger 1, p 184.

² حاتم زايد و هبة خليل، مصر والتحكيم الدولي حماية للمستثمر.. ولا عزاء للمال العام، المركز المصري للحقوق الاقتصادية والاجتماعية، مصر، أكتوبر 2013، ص11.

عليه تكاليف مرتفعة جدا، حتى وإن تمت التسوية في نهاية المطاف. متوسط التكاليف لهذه الدعوات تتراوح ما بين مئات الآلاف إلى الملايين من الدولارات. على سبيل المثال، مصر دفعت حوالي 6 مليون دولار في قضية رقم 15/05/ARB المقدمة من سياج كرسوم للمحكمة فقط، وفي نفس القضية السابق ذكرها دفعت مصر حوالي 74 مليون دولار بالإضافة إلى الفوائد السنوية (حوالي 6 %) كتعويضات لشركة سياج بسبب حكم المحكمة لصالح الشركة الإيطالية".

والحال هذه فإنه يتوجب على الدولة الجزائرية مراجعة هذا النوع من الاتفاقيات من خلال إعادة التفاوض حولها مع الأطراف الأخرى المتعاقدة، وذلك من أجل إعادة ضبط المفاهيم وتحديدها بدقة خاصة تلك المتعلقة بمبادئ معاملة الاستثمارات وتضييق مجالات اللجوء إلى التحكيم الدولي من طرف المستثمر الأجنبي، أو وقف العمل بهذه الاتفاقيات بانتهاء المدة المحددة لسريانها، خاصة في ظل ندرة الاستثمارات الجزائرية في الخارج وبالتالي عدم استفادة الرساميل الجزائرية من المزايا التي تتيحها هذه الاتفاقيات من جهة، ونظرا للتحويلات التي عرفت العلاقات الاقتصادية الدولية بعد أكثر من ربع قرن على ظهور اتفاقيات الاستثمار الثنائية مما يتطلب البحث عن بدائل أكثر عدالة لتنظيم هذه العلاقات من جهة أخرى.

خلاصة الفصل الثاني

بناء على ما تم بيانه في هذا الفصل يمكن تقسيم الضمانات التي تقدمها الدولة الجزائرية إثباتا لحسن نيتها في التقيد بالتزاماتها العقدية إلى فئتين، تضم الفئة الأولى الضمانات الموضوعية، والتي تهدف إلى ضمان استقرار التوازن الاقتصادي للعقد وفق الأوضاع المتفق عليها عند نشأة العقد. وتضم الفئة الثانية الضمانات الإجرائية وهي التي تكفل إعادة التوازن الاقتصادي للعقد بتسوية النزاعات التي تؤدي إلى اختلاله. هذه الضمانات قررتها التشريعات الوطنية وكذا الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بحماية الاستثمار ونظرا لتعدد هذه الأخيرة فسيتم حصر هذه الضمانات كما جاءت في قانون الاستثمار الجزائري.

ففي فئة الضمانات الموضوعية أقر المشرع الجزائري ضمان حصول المستثمرين الأجانب على معاملة منصفة وعادلة فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة باستثماراتهم (المادة 21 من القانون 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار)، شرط الثبات التشريعي (المادة 22 من القانون 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار)، عدم نزع الملكية أو الاستيلاء على الاستثمارات المنجزة (المادة 23 من القانون 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار)، إضافة إلى ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناجمة عنه (المادة 25 من القانون 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار).

أما فيما يخص الضمانات الإجرائية فقد كفل المشرع الجزائري للمستثمرين الأجانب حق التقاضي أمام القضاء الوطني إذا كان الخلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية بسبب هذا الأخير، أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، فضلا عن ضمان اللجوء إلى التحكيم الدولي متى كانت هناك اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الجزائر مع دولة المستثمر تتعلق بالتحكيم، أو في حال وجود اتفاق مع المستثمر ينص على التحكيم، وهذا وفقا لأحكام المادة 24 من القانون 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار.

خلاصة الباب الأول:

تقوم العلاقة بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمرين الأجانب على تبادل المصالح في إطار عقود الاستثمار الدولية، ونظرا لأهمية هذه العقود بالنسبة للدولة الجزائرية باعتبارها الأداة القانونية لانتقال رؤوس الأموال الأجنبية التي تعول عليها في مجال التنمية الاقتصادية، وتبديدا لمخاوف المستثمرين من مختلف المخاطر التي تجعلهم يترددون في اتخاذ قرار الاستثمار، فقد أقر المشرع الجزائري مبدأ سلطان الإرادة كأساس لإنشاء الالتزامات التعاقدية لما يكفله من مساواة بين الأطراف ومن عدالة بين الالتزامات المتقابلة، فضلا عما يوفره من شروط وقائية ضد كل التغيرات المتوقعة أو المحتملة في الظروف المحيطة بالعقد.

وتأكيدا على حسن نية الدولة الجزائرية في التقيد بالتزاماتها المتولدة على العقد، فقد أقر المشرع الجزائري ضمانات متنوعة للاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية والتي تقترن بتصرفات الدولة المضيفة في العقد بإرادتها المنفردة، وتتنوع هذه الضمانات بين القوانين المنظمة للاستثمار في مختلف المجالات وبين الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمارات، وتتنوع بين ضمانات موضوعية و ضمانات إجرائية.

الباب الثاني:

ضوابط حماية التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار
الدولية في مرحلة التنفيذ

الباب الثاني

ضوابط حماية التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية في مرحلة التنفيذ

لا تقتصر ضوابط التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية على مبدأ سلطان الإرادة وما تقدمه الدولة المضيفة من ضمانات ضد المخاطر غير التجارية لتحقيق التوازن الاقتصادي للعقد عند نشأته، وإنما يتسع مجالها ليشمل ضوابط ذات بعد حمائي يبرز دورها في مرحلة لاحقة على التعاقد، وتتمثل هذه الأخيرة في مؤسسات ضمان الاستثمار التي تأخذ على عاتقها مهمة تأمين عقود الاستثمار الدولية ضد المخاطر التي تهدد توازنها بشكل وقائي أساساً، من جهة (الفصل الأول) والآليات القضائية التي يلجأ إليها الأطراف لتسوية نزاعاتهم بحثاً عن استعادة التوازن الاقتصادي المفقود في العقد وعلى رأسها التحكيم الدولي، من جهة أخرى (الفصل الثاني).

الفصل الأول:

آليات الوقاية المؤسسية من منازعات الاستثمار

الفصل الأول

آليات الوقاية المؤسسية من منازعات الاستثمار

إن قصور الضمانات المقررة في القوانين الداخلية للدول المضيفة للاستثمار، وخاصة منها دول العالم الثالث، عن حماية التوازن القائم على تلبية مصالح الطرفين المتعاقدين، إضافة إلى عدم ثقة المستثمرين الأجانب في الأنظمة القانونية وحتى السياسية القائمة في تلك الدول، شكل دافعا للمجتمع الدولي من أجل البحث عن وسائل فاعلة، قانونية كانت أم اقتصادية، لبعث بيئة استثمارية كفيلة باستعادة الثقة بين الأطراف المتعاقدة وحماية التوازن الهش القائم بينهم¹.

وقد أفضت الجهود الدولية إلى إنشاء العديد من الهيئات المتخصصة في مجال الاستثمار، ومن بين هذه الهيئات تبرز مؤسسات ضمان الاستثمار كعنصر فاعل في حماية الاستثمار الأجنبي من خلال تخصصها في ضمان وتأمين الاستثمارات الأجنبية في الدول المضيفة الأعضاء، من خلال عقود ضمان الاستثمار التي يتم من خلالها نقل المخاطر إلى هذه المؤسسات التي تقدم خدمات التأمين ضد المخاطر غير التجارية. وهذا ما يجعل هذه المؤسسات تضطلع بدور وقائي ضد تصرفات الدولة المضيفة التي تعتبر المتسبب المباشر في هذه المخاطر، وللوقوف على هذا الدور البالغ الأهمية ينبغي بداية التعرف على مؤسسات ضمان الاستثمار من حيث تكوينها (المبحث الأول) ثم توضيح دورها الوقائي من منازعات الاستثمار وأدواتها في تفعيل حماية المستثمر الأجنبي المضمون (المبحث الثاني).

¹ عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص109.

المبحث الأول

تكوين مؤسسات ضمان الاستثمار

كان ظهور أول نظام لضمان الاستثمارات في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1948 بادرة ألهمت العديد من الدول للتوجه إلى وضع نظم شبيهة لضمان وتأمين الاستثمارات الأجنبية على الصعيد الإقليمي والدولي، وتطور الوضع خلال السنوات الموالية من إنشاء أنظمة ضمان وطنية إلى إنشاء مؤسسات ضمان تجمع بين دول متعددة، فانتشرت على إثر ذلك مؤسسات الضمان الإقليمية التي تضطلع بمهام الضمان ضمن نطاق معين يتحدد بالمجال الإقليمي للدول المكونة لهذه المؤسسات، وعلى الصعيد العربي الإسلامي يمكن إعطاء أمثلة عن مؤسسات الضمان الإقليمية بالمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وضمان الصادرات والمؤسسة العربية لضمان الاستثمار، هذه الأخيرة ستتخذ كنموذج للدراسة عن مؤسسات الضمان الإقليمية (المطلب الأول) وعلى المستوى العالمي فتستكون الوكالة الدولية لضمان الاستثمار محور الدراسة لتفردا بالصفة الدولية العالمية فهي هيئة ضمان دولية جامعة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المؤسسة العربية لضمان الاستثمار

تعد المؤسسة العربية لضمان الاستثمار واحدة من هيئات الضمان الإقليمية التي ينحصر مجال نشاطها في إقليم معين تبعا لطبيعة وخصوصية الدول المكونة لها، ومن خلال تسميتها يتضح المجال الإقليمي لتواجد المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وهو الوطن العربي، وهو ما يتضح من خلال اتفاقية الإنشاء التي تحدد طبيعة الدول المنظمة، فيما يتمحور نشاط المؤسسة العربية لضمان الاستثمار حول ضمان وتأمين الاستثمارات العربية البينية؛ أي تلك الاستثمارات المملوكة لمستثمرين عرب والتي تكون حركتها ما بين الدول العربية الأعضاء، وللاحاطة بتكوين المؤسسة سيتم بدءا تحديد نظامها القانوني (الفرع الأول) ثم التطرق لأغراضها وصلاحياتها باعتبارها مبررات وجودها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

النظام القانوني للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار

يتحدد النظام القانوني للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار من خلال البحث في الإطار القانوني الذي يحكم المؤسسة (أولاً) ثم استعراض هيكلها التنظيمي باعتباره ذلك الكل المكون من الوحدات الإدارية المختلفة التي تعمل معا على تحقيق أهداف المؤسسة (ثانياً).

أولاً - الإطار القانوني للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار

يتحدد الإطار القانوني للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار من خلال البحث في نشأتها وتحديد نظام الانتساب إليها وهيكلتها التي تؤهلها للاستجابة لأهدافها وذلك على النحو التالي:

1. إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار

استمدت المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وجودها القانوني من الاتفاقية المتعلقة بإنشاء المؤسسة، والتي تنص في مادتها الأولى تحت عنوان "إنشاء المؤسسة" على أن "تتشأ وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية مؤسسة تسمى المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وأتتمة الصادات" (ويشار إليها فيما بعد بالمؤسسة). وتأخذ المؤسسة شكل الشركة المساهمة الدولية، ولها شخصية قانونية، وتتمتع بالاستقلال الإداري والمالي، ويكون لها في كل دولة من الدول المتعاقدة كل الحقوق والصلاحيات اللازمة للقيام بأعمالها، أما مقرها فهو مدينة الكويت ولها أن تنشأ فروعا لها في أية دولة متعاقدة¹.

أما فكرة إنشائها فترجع إلى سنة 1966 حيث كان من بين توصيات مؤتمر التنمية الصناعية للدول العربية في دورة انعقاده في مارس 1966 بالكويت التوصية رقم 62 التي نصت على "دراسة إمكانية إنشاء مؤسسة عربية جماعية لضمان رؤوس الأموال العربية والأجنبية المستثمرة في المشاريع الإنمائية". وقد أوكلت مهمة متابعة تنفيذ هذه التوصية للصندوق الكويتي للتنمية العربية بالاشتراك مع وزارة الخارجية الكويتية، اللذان أشرفا على عقد اجتماع أول لخبراء التمويل العرب في الكويت خلال الفترة من 6 إلى 9 نوفمبر 1967 لمناقشة بحث مبدئي حول الموضوع قدمه الصندوق الكويتي. وقد أفضت هذه المناقشات إلى تكليف الصندوق بمتابعة دراسته للموضوع والعمل على إعداد اتفاقية جماعية لإنشاء هذه المؤسسة.

¹ عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص 138.

وكان الاجتماع الثاني لخبراء التمويل العرب خلال الفترة من 10 إلى 12 مارس 1970 ساحة لمناقشة مشروع اتفاقية إنشاء مؤسسة عربية لضمان الاستثمار أعدها الصندوق الكويتي، وأوصى المجتمعون بإدخال تعديلات على نص المشروع وعرضه على قانونيين عرب متمرسين لإثرائه، ليفوض الصندوق الكويتي هذه المرة بمتابعة عملية التأسيس للمؤسسة المذكورة، وفي صيف 1970 كان الصندوق الكويتي قد انتهى من صياغة الاتفاقية في شكلها النهائي وعرضها على الحكومات العربية، ثم عرضت للتوقيع عليها لدى وزارة الخارجية بدولة الكويت اعتباراً من شهر ماي 1971 بعد أن حظيت بموافقة مجلس الوحدة العربية بتاريخ 29 أغسطس 1970، والمجلس الاقتصادي لجامعة الدول العربية بتاريخ 16 ديسمبر 1970، لتدخل الاتفاقية حيز التنفيذ ابتداء من أول أبريل 1974 تاريخ إتمام التصديق على الاتفاقية من اثني عشر دولة عربية تسهم في 70 % من رأس مال المؤسسة¹، وقد صادقت الجزائر على اتفاقية إنشاء المؤسسة بموجب الأمر رقم 72-16 المؤرخ في 7 يونيو سنة 1972.²

وقد حددت اتفاقية الإنشاء مدة قيام المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بثلاثين عاماً تبدأ من تاريخ دخول الاتفاقية حيز التنفيذ والذي يوافق الأول من شهر أبريل 1974، حيث نصت المادة 5 من الاتفاقية³ تحت عنوان (المدة) على أن "مدة قيام المؤسسة ثلاثون عاماً تبدأ من تاريخ نفاذ هذه الاتفاقية وتتجدد تلقائياً على التوالي لمدد مماثلة ما لم يتقرر حل المؤسسة وفقاً لأحكام المادة (33)". وتتجدد مدة سريان الاتفاقية وفقاً لأحكام هذه المادة لثلاثين عاماً أخرى بشكل تلقائي ومنتال دونما حاجة لاتفاق جديد على ذلك، ولا يحول دون تجديدها إلا صدور قرار مسيب بحل المؤسسة وتصفية أعمالها من قبل مجلس المساهمين، وبمراعاة الشروط المحددة في المادة 33 التي تنص تحت عنوان (الحل) على أنه:

"1- لمجلس المساهمين بعد إخطار الأعضاء بفترة لا تقل عن أربعة أشهر أن يتخذ بالأغلبية الخاصة قراراً مسيباً بحل المؤسسة وتصفية أعمالها.

ويتولى مجلس المساهمين إجراءات التصفية بنفسه أو عن طريق مصفين يعينهم لهذا الغرض بقرار يصدره بالأغلبية ذاتها.

¹ اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، نيسان (إبريل) 2015.

² أمر رقم 72-16 مؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1392 الموافق 7 يونيو سنة 1972 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، ج. ر العدد 53، المؤرخة في 4 يوليو سنة 1972 م.

³ اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، المرجع نفسه.

- 2- على مجلس المساهمين أن يتخذ في نفس جلسة إصدار قرار الحل الترتيبات اللازمة للمحافظة على حقوق حاملي وثائق التأمين وحقوق الغير
- 3- يحدد مجلس المساهمين بالأغلبية الخاصة، بعد مواجهة الالتزامات القائمة والمحتملة للمؤسسة، الأوضاع التي يجري على أساسها توزيع صافي أصولها على الأعضاء بنسبة حصة كل منهم في رأس المال".

وخلاصة القول أن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات (ضمان) هي مؤسسة عربية إقليمية ذات كيان قانوني مستقل، أسست عام 1974 بموجب اتفاقية متعددة الأطراف، وقعتها 21 دولة عربية، ومودعة لدى وزارة الخارجية في دولة الكويت. وقد باشرت أعمالها في مطلع شهر أبريل عام 1975، وتضم في عضويتها، إلى جانب جميع الأقطار العربية، بعض الهيئات العربية الدولية. وتتخذ المؤسسة من دولة الكويت مقراً دائماً لها، ولديها مكتب إقليمي في مدينة الرياض بالمملكة العربية السعودية¹.

II. الانتساب للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار

يتوقف الانتساب إلى المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على توفر شرطين أساسيين، الأول هو شرط الانتماء إلى القومية العربية، والثاني هو شرط إسهام المنتسب في رأسمال المؤسسة.

1. شرط الانتماء إلى القومية العربية: جاء في ديباجة اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار أن الأقطار العربية الموقعة على اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار إنما فعلت ذلك "رغبة منها في دعم علاقاتها الاقتصادية في إطار من التعاون الفعال، وعملاً على تشجيع انتقال رؤوس الأموال العربية فيما بينها لتمويل جهودها الإنمائية لصالح شعوبها"².

فضلاً عن تسمية المؤسسة التي لا تدع مجالاً للشك في كونها عربية محضة فإن مختلف فقرات ديباجة الاتفاقية تشير إلى شرط الانتماء إلى القومية العربية من أجل الانتساب إلى المؤسسة واكتساب صفة العضو فيها، فالفقرتان أعلاه تؤكدان على رغبة الدول العربية في دعم العلاقات الاقتصادية العربية العربية، وتشجيع انتقال رؤوس الأموال العربية فيما بين الأقطار العربية خدمة لشعوبها.

¹ The Arab Investment and Export Credit Guarantee Corporation, Annual Report 2017, p 3, consulté sur le site internet: <http://dhaman.net/ar/research-studies/annual-report-latest/>, (date d'accès : le 13/03/2019).

² اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، المرجع السابق.

وبالرجوع إلى نص المادة 7 من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار¹ يمكن التمييز بين فئتين من الأعضاء هم الأعضاء المؤسسين والأعضاء المنضمين. كما أن العضوية في المؤسسة مفتوحة لكافة الدول العربية وللهيئات العامة وشبه العامة بها، وكذا بالنسبة للهيئات الدولية العربية، والهدف من السماح لغير الدول بالعضوية في المؤسسة هو إضعاف الطابع الحكومي فيها².

- **الأعضاء المؤسسين:** أشارت إليهم المادة 7 فقرة (1) بنصها على أنه "1- يعتبر عضوا مؤسسا كل من اكتتب في رأس المال الأولي للمؤسسة من الأقطار المتعاقدة والهيئات العامة التي تعينها هذه الأقطار وذلك وفقا لجدول الاكتتاب الملحق بهذه الاتفاقية".

- **الأعضاء المنضمين:** أشارت إليهم المادة 7 فقرة (2) بنصها على أنه "يجوز لأي قطر عربي آخر الانضمام إلى هذه الاتفاقية بمراعاة الإجراءات الواردة فيها. وفي هذه الحالة يكتسب القطر المنضم وكذلك الهيئة والهيئات العامة وشبه العامة التي يعينها، صفة العضوية في المؤسسة على أساس المساهمة في رأس المال وتحمل سائر التزامات العضوية".

وفيما يخص انضمام الهيئات العربية الدولية إلى المؤسسة فإنه يخضع للسلطة التقديرية لمجلس المساهمين عملا بأحكام الفقرة (3) مكرر من المادة 7 التي تنص على أنه "3- (مكرر)- يجوز بقرار من مجلس المساهمين قبول انضمام الهيئات العربية الدولية إلى هذه الاتفاقية بمراعاة الإجراءات الواردة فيها. وتكتسب الهيئة المنضمة صفة العضوية في المؤسسة على نفس الأساس المشار إليه في الفقرة (2) من هذه المادة".

ولا يكون الانضمام إلى المؤسسة على وجه التأييد إذ يمكن أن تنتضي العضوية في المؤسسة بإحدى الطريقتين إما نهائيا بالانسحاب أو وقتيا بالوقف، فالاتفاقية لم تأخذ بفكرة طرد الأعضاء من المؤسسة بسبب مخافتهم لأحكامها، وهو موقف يفسر بالاستجابة لاتجاه قوي في العمل الدولي مقتضاه نبذ هذه العقوبة القاسية³.

¹ اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، المرجع السابق.

² هشام خالد، المرجع السابق، ص 40.

³ هشام خالد، المرجع نفسه، ص 41.

وقد حددت المادة 30 فقرة (1) من اتفاقية إنشاء المؤسسة شروط الانسحاب من الاتفاقية، ويعتبر الانسحاب تصرف إرادي تكفله الاتفاقية لكل عضو بعد مرور خمس سنوات من تاريخ نفاذها في شأنه شرط تقديمه لإخطار كتابي للمؤسسة ويصبح الانسحاب نافذاً بعد 3 أشهر من تقديم الإخطار، حيث تنص المادة 30 فقرة (1) على أنه:

"1 - يجوز لأي عضو من الأعضاء الانسحاب من هذه الاتفاقية بعد مضي خمس سنوات من تاريخ نفاذها في شأنه. ويكون ذلك بإخطار كتابي يوجه إلى المؤسسة في مقرها. ولا يصبح الانسحاب نافذاً إلا بعد انقضاء ثلاثة أشهر من تاريخ الإخطار يجوز للعضو خلالها أن يسحب إخطاره".

فيما حددت الفقرات (2)، (3)، (4) و (5) من المادة 30 الآثار المترتبة على الانسحاب وكيفية التصدي لها من طرف المؤسسة في مواجهة العضو المنسحب.

أما وقف العضوية فقد تضمنت أحكامه المادة 31 من الاتفاقية والذي هو إجراء يتخذه مجلس المساهمين ضد العضو المخل بالتزاماته المترتبة على العضوية حيث نصت الفقرة (1) من هذه المادة على أنه¹:

"1 - لمجلس المساهمين في حالة إخلال أحد الأعضاء بالتزاماته المترتبة على العضوية وبناء على توصية مجلس الإدارة أن يتخذ بالأغلبية الخاصة قراراً بوقف هذا العضو عن ممارسة حقوقه في المؤسسة. وبظل العضو مسؤولاً عن كافة التزاماته العضوية أثناء فترة الوقف". ويتربط على وقف العضوية في المؤسسة آثار حددتها الفقرتان (2) و(3) من المادة 31 من الاتفاقية وتتراوح هذه الآثار بين وقف العضوية وامتناع المؤسسة عن ضمان الاستثمارات في إقليم العضو الموقوف، بالإضافة إلى الآثار المنصوص عليها في الفقرات (3) و(4) و(5) من المادة 30 والمحال عليها بموجب الفقرة (3) من المادة 31.

2. شرط المساهمة في رأس مال المؤسسة: لا يعد تحقق شرط الانتماء إلى القومية العربية لوحده كاف من أجل الانتساب للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار، بل يجب أن يتحقق إضافة إليه شرط مساهمة طالب الانضمام في رأس مال المؤسسة.

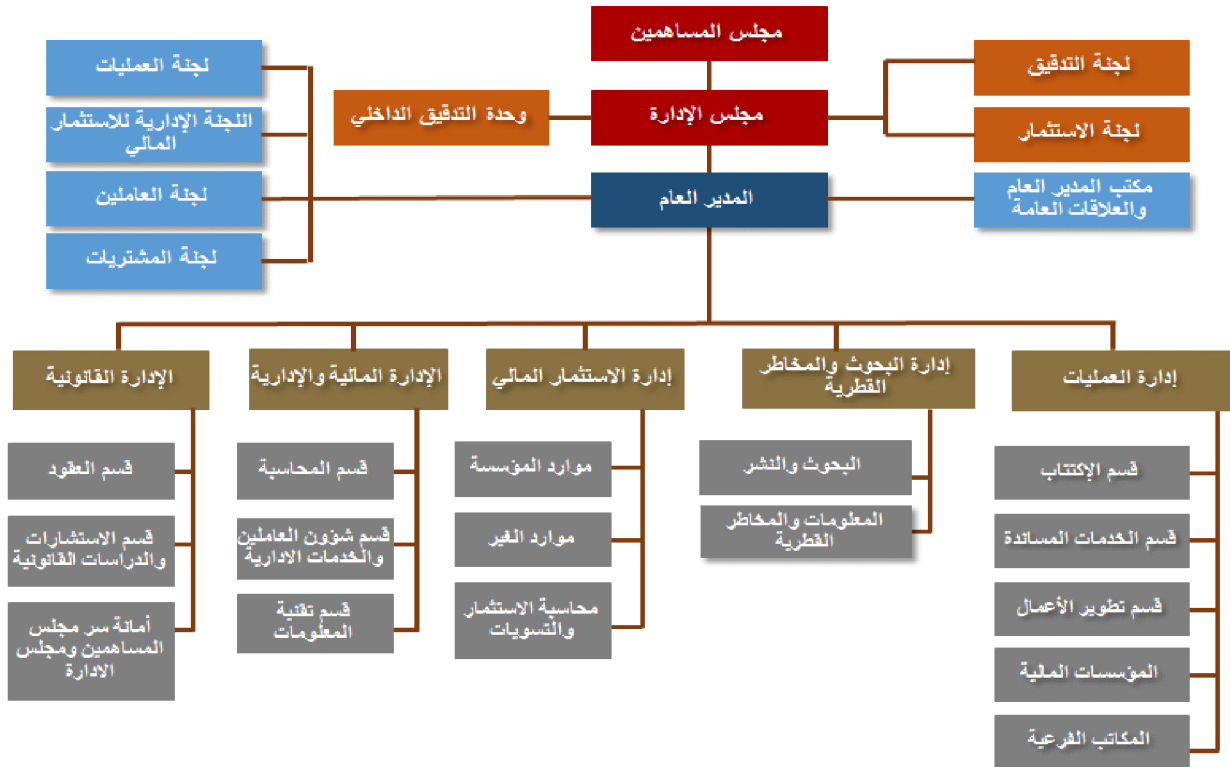
ويستوي في ذلك العضو المؤسس الذي يكتسب صفة العضوية باكتتابه في رأس المال الأولي للمؤسسة وفقاً لنص المادة 7 فقرة (1) المذكورة أعلاه، مع العضو المنضم بعد التأسيس والذي يكتسب العضوية على أساس المساهمة في رأس المال وهذا وفقاً لنص المادة 7 فقرة (2) من الاتفاقية، وتسري أحكام هذه الفقرة

¹ اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، المرجع السابق.

الأخيرة على الهيئات العربية الدولية التي يقبل مجلس المساهمين انضمامها إلى الاتفاقية وفقا لما تخوله المادة 10 فقرة (ز) من صلاحيات في قبول انضمام أطراف جديدة للاتفاقية.

ثانيا- الهيكل التنظيمي للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار

يعرف الهيكل التنظيمي عموما بكونه الإطار الذي يحدد الإدارات والأقسام المختلفة للمنظمة، والذي تتحدد من خلاله خطوط السلطة وانسيابها بين الوظائف، كما يتبين من الهيكل التنظيمي للوحدات الإدارية المختلفة التي تعمل معا على تحقيق أهداف المنظمة¹. من خلال هذا التعريف فإن الهيكل التنظيمي يقوم على محددات (عناصر) بنيوية تتمثل في مختلف الإدارات والأقسام المكونة للمؤسسة المعنية بما يؤطرها من الكادر البشري، ومحددات (عناصر) غائية تتمثل في الأهداف أو الغايات المرجوة من الوحدات البنوية والمتمثلة في تحقيق الأهداف التي أنشئت من أجلها المؤسسة.



الشكل رقم (1): الهيكل التنظيمي للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار*

¹ حسن محمد سعيد حسن أبوكويك، دور الهياكل التنظيمية والأنظمة الإدارية في تطوير أداء الأجهزة الأمنية، مذكرة ماجستير، قسم إدارة الأعمال، كلية التجارة، الجامعة الإسلامية غزة، 2012، ص14.

* المصدر: موقع المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، الرابط: <http://dhaman.net/ar/about-dhaman/structure> / تاريخ الاطلاع: 2019/04/18.

من خلال الهيكل التنظيمي الموضح في الشكل رقم (1) يبرز مجلس المساهمين كأعلى هيئة في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، يتبعه مباشرة مجلس الإدارة الذي يضم لجنة التدقيق ولجنة الاستثمار ووحدة التدقيق الداخلي، وبلي مجلس الإدارة نزولا المدير العام بفروعه المتمثلة في مكتب المدير العام والعلاقات العامة وأربع لجان هي لجنة العمليات، اللجنة الإدارية للاستثمار المالي، لجنة العاملين، ولجنة المشتريات. وتقع تحت إشراف المدير العام خمسة إدارات تنقسم كل منها إلى عدة أقسام، وهي إدارة العمليات، إدارة البحوث والمخاطر القطرية، إدارة، إدارة الاستثمار المالي، الإدارة المالية والإدارية، والإدارة القانونية.

- مجلس المساهمين: يشار إليه أيضا بالجمعية العمومية وهو أعلى سلطة في المؤسسة ويمثل جميع الأعضاء (دولا وهيئات) وتتعد له كافة الصلاحيات لتحقيق أغراضها¹، إلا ما استثنته الاتفاقية بنص وفقا لأحكام المادة 10 فقرة (1) "يكون لمجلس المساهمين كافة الصلاحيات اللازمة لتحقيق أغراض المؤسسة ما لم ينص في هذه الاتفاقية على منح بعض الصلاحيات لجهاز آخر من أجهزة المؤسسة".

وفيما يخص تركيبة مجلس مساهمي المؤسسة فإنه يتكون من مندوب واحد عن كل قطر من الأقطار والهيئات المساهمة في رأسمالها²، حيث يتناوب مندوبو الدول الأعضاء في المؤسسة رئاسة دورات مجلس المساهمين، على أن يجتمع المجلس مرة واحدة على الأقل كل سنة بناء على دعوة رئيس مجلس الإدارة لدراسة النقاط المدرجة في مشروع جدول الأعمال المرفق بدعوة الاجتماع.

ويسهر مجلس المساهمين على القيام بمهامه المحددة على سبيل المثال لا الحصر في الفقرة (2) من المادة 10 من اتفاقية إنشاء المؤسسة³ والتي تنص على أنه:

"2- يقوم مجلس المساهمين على وجه الخصوص بالمهام الآتية:

أ - وضع السياسة العامة التي تتبعها المؤسسة.

ب - تفسير نصوص هذه الاتفاقية وتعديلها.

ج - تخفيض رأس مال المؤسسة في غير حالة انسحاب أحد الأعضاء.

¹ التقرير السنوي 2017، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، ص3، الرابط <http://dhaman.net/ar/wp-content/uploads/sites/2/2018/06/AnnualReport2017-AR.pdf> تاريخ الاطلاع: 30/04/2019.

² موقع المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، الرابط <http://dhaman.net/ar/about-dhaman/board-of-directors-2/> تاريخ الاطلاع: 01/05/2019.

³ اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، المرجع السابق.

- د - تعيين أعضاء مجلس الإدارة وتحديد مكافأاتهم.
- هـ - تعيين المدير العام وإنهاء خدمته وتحديد مرتبه وشروط خدمته.
- و - التصديق على ميزانية المؤسسة على حساب الإيرادات والمصروفات واعتماد التقارير السنوية بعد الاطلاع على تقرير مجلس الإدارة وتقرير مدققي الحسابات.
- ز - قبول انضمام أطراف جديدة إلى الاتفاقية.
- ح - تقرير ما يترتب على وقف العضوية أو الانسحاب منها وفقاً لأحكام الباب التاسع من هذه الاتفاقية.
- ط - البت في توزيع الأرباح وتكوين الاحتياطات والمخصصات وفقاً للنظام المالي للمؤسسة.
- ي - وقف أعمال المؤسسة وحلها.
- ك - تعيين مدققي الحسابات وتحديد أتعابهم.
- ل - تفويض مجلس الإدارة بعض اختصاصات مجلس المساهمين غير الواردة في هذه الفقرة.
- **مجلس الإدارة:** يتألف مجلس الإدارة من تسعة أعضاء غير متفرغين يتم اختيارهم لمدة ثلاث سنوات وينتخب من بين أعضائه رئيساً، ويتولى مجلس الإدارة إدارة المؤسسة ضمن الصلاحيات المنصوص عليها في اتفاقية المؤسسة أو المخولة له من قبل مجلس المساهمين¹. وتحدد المادة 12 من الاتفاقية اختصاصات مجلس الإدارة في فقرتها رقم (1) بنصها على أنه:
- "1 - يتولى مجلس الإدارة الصلاحيات المخولة له من قبل مجلس المساهمين في إدارة أعمال المؤسسة وتتضمن اختصاصاته على وجه الخصوص ما يلي:
- أ - إقرار النظم واللوائح المالية والإدارية للمؤسسة بما في ذلك نظم العاملين فيها بناء على ما يقترحه المدير العام.
- ب - إقرار برامج وخطط نشاط عمليات المؤسسة وبرامج البحوث بها التي يقدمها المدير العام في ضوء السياسة العامة التي يضعها مجلس المساهمين ومتابعة تنفيذها والتحقق من مطابقة عمليات التأمين للنظم واللوائح المقررة.
- ج - تحديد الأوجه التي توظف فيها أموال المؤسسة.
- د - اعتماد الموازنة التقديرية للمؤسسة.
- هـ - تقديم تقرير سنوي عن نشاط المؤسسة لمجلس المساهمين وإعداد كافة الوثائق اللازمة لأعماله.

¹ التقرير السنوي 2017، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، المرجع السابق، ص3.

و - تعيين مديري الإدارات وتحديد مرتباتهم وفقا لنظام العاملين بالمؤسسة وذلك بناء على ما يقترحه المدير العام.

ز - أية اختصاصات أخرى منصوص عليها في هذه الاتفاقية¹.

- **المدير العام:** هو الممثل القانوني للمؤسسة وهو الذي يتولى إدارتها تحت إشراف مجلس الإدارة، وفي حدود ما يصدره مجلس المساهمين ومجلس الإدارة من نظم ولوائح وقرارات. وتحت عنوان "المدير العام" جاءت المادة 13 من اتفاقية إنشاء المؤسسة لتحديد في فقرتها رقم (1) مهام المدير العام بنصها على أنه¹:

"1 - يتولى المدير العام إدارة المؤسسة تحت إشراف مجلس الإدارة وفي حدود النظم واللوائح والقرارات التي يضعها مجلس المساهمين ومجلس الإدارة بما في ذلك:

أ - إبرام عقود التأمين مع المؤمن لهم وغير ذلك من الاتفاقات ذات الصلة بنشاط المؤسسة.

ب - توظيف أموال المؤسسة وفقا لحكم المادة 12 (1) (ج).

ج - إعداد الموازنة التقديرية والحسابات الختامية ورفعها لمجلس الإدارة.

د - مع مراعاة المادة 12 (1) (و)، تعيين أعضاء الجهاز الفني والإداري وتحديد مرتباتهم وفقا للنظام الذي يقره مجلس الإدارة.

هـ - إعداد برامج وخطط نشاط عمليات المؤسسة، وبرامج البحوث في ضوء ما هو وارد في الفقرة (2) من المادة الثانية من الاتفاقية، ومتابعة تنفيذها.

و - إعداد خطط دورية لتطوير أعمال المؤسسة.

ز - أية مهام أخرى تسند إليه من مجلس الإدارة".

الفرع الثاني

أغراض وصلاحيات المؤسسة العربية لضمان الاستثمار

إن تحديد أغراض وصلاحيات المؤسسة العربية لضمان الاستثمار يتطلب الرجوع إلى أحكام الاتفاقية المتعلقة بإنشاء المؤسسة، حيث حددت المادة الثانية من هذه الاتفاقية أغراض المؤسسة تحت عنوان الأغراض (أولا) فيما حددت المادة 3 من الاتفاقية ذاتها صلاحيات المؤسسة تحت عنوان الصلاحيات (ثانيا).

¹ اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، المرجع السابق.

أولاً - أغراض المؤسسة العربية لضمان الاستثمار

حددت الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار أغراض المؤسسة من خلال مادتها الثانية تحت عنوان (الأغراض)¹، موضحة الغرض الأساسي الذي قامت من أجله المؤسسة والغرض الثانوي الذي يتمثل في مجموعة من النشاطات المكملة لغرضها الأساسي.

فهي تهدف إلى ضمان الاستثمارات التي يقوم بها مواطني أية دولة عربية متعاقدة على أراضي دولة عربية أخرى متعاقدة ضد مجموعة من المخاطر غير التجارية التي قد تؤثر على حقوق المستثمر. والمخاطر التي تغطيها المؤسسة هي ثلاثة أنواع، المخاطر الناتجة عن أعمال عسكرية من المرجح أن تؤثر على الثروة الحقيقية للاستثمار، وتدبير نزع الملكية التي تحرم المستثمر من حقوقه الأساسية في استثماره، والتدابير التي تمنع المستثمر من تحويل عائدات استثماره. وقد تم توفير رأس المال المتاح لهذه الشركة من قبل الدول الأعضاء التي تدعم بشكل مشترك عبء الخسائر².

1. الغرض الأساسي للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار

يمكن استخلاص هذا الغرض من الدوافع التي أدت بالدول العربية إلى إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، وقبل ذلك في دوافع إبرام الاتفاقية المتعلقة بإنشاء المؤسسة في حد ذاتها، حيث جاء في ديباجة الاتفاقية أن الأقطار العربية إنما وقعت على الاتفاقية المتعلقة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار³ "رغبة منها في دعم علاقاتها الاقتصادية في إطار من التعاون الفعال، وتوكيدا لأهمية الدور الذي يمكن أن يقوم به في هذا الشأن المستثمر العربي متى توافر له الضمان المناسب،

وحرصا على توفير هذا الضمان لمواجهة ما قد يعترض الاستثمارات بين الأقطار العربية من مخاطر غير تجارية يصعب على المستثمر توقيها بوسيلة أخرى، وسعيا إلى الحد من الآثار التي قد تترتب على تحقق تلك المخاطر".

وهذا ما أكدت عليه المادة 2 فقرة (1) من الاتفاقية المتعلقة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بنصها على أن:

¹ اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، المرجع السابق.

² Rola ASSI, Op. cit, p 479.

³ اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، المرجع نفسه.

1 - الغرض من المؤسسة هو تأمين المؤمن له بتعويضه تعويضاً مناسباً عن الخسائر الناجمة عن المخاطر المحددة في هذه الاتفاقية وذلك عن طريق التأمين المباشر أو إعادة التأمين".

فقد تضمنت هذه الفقرة الإشارة إلى غرض المؤسسة والمتمثل في تأمين المؤمن له بتعويضه تعويضاً مناسباً عن الخسائر الناجمة عن المخاطر المحددة في هذه الاتفاقية، وكذا الإشارة إلى الوسائل المستعملة لتحقيق هذا الغرض وذلك عن طريق التأمين المباشر أو إعادة التأمين.

فالضمان بالنسبة للمستثمر الأجنبي هو حافز له للاستثمار في دول ومناطق ما كان ليرتابها لولا خدمات الضمان بالنظر لمخاوفه من تحقق مخاطر تضر بحقوقه وأصوله ويكون من الصعب عليه توقعها أو مواجهتها، وتعرف هذه المخاطر بالمخاطر غير التجارية ويطلق عليها أيضاً تسمية المخاطر السياسية أو القطرية، وتقوم مؤسسات الضمان بتأمين المستثمر المضمون ضد هذه المخاطر¹.

II. الغرض الثانوي للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار

تعزيزاً لغرضها الأساسي المتمثل في ضمان المستثمر المؤمن له فإن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار تضطلع بمهام ثانوية من خلال جهودها الرامية إلى تشجيع الاستثمارات العربية البينية، وهذا ما نصت عليه المادة 2 (2) من الاتفاقية المتعلقة بإنشاء المؤسسة² "تمارس المؤسسة من أجل تشجيع الاستثمارات بن الأقطار المتعاقدة أوجه النشاط المكمل لغرضها الأساسي وخاصة تنمية البحوث المتعلقة بتحديد فرص الاستثمارات وأوضاعها في هذه الأقطار".

وتضيف الفقرة (3) من المادة 2 للمؤسسة في سبيل تحقيق أغراضها القيام بالتمويل الكلي أو الجزئي للعمليات التي تؤمن عليها من خلال عمليات التخصيم ومزاولة عمليات تخصيص وتحصيل ديون الغير وتأمين الكفالات والتراخيص والامتيازات وحقوق الملكية الفكرية إضافة إلى المساهمة في رؤوس أموال هيئات الضمان الوطنية العامة والخاصة العربية وتملك حصص فيها وتأسيس شركات المعلومات وإنشاء أو المشاركة في إنشاء صناديق استثمارية خاصة لصالح حكومات أو مؤسسات الأقطار المتعاقدة".

¹ مأمون إبراهيم حسن، الإطار المؤسسي لضمانات الاستثمار وائتمان الصادرات في المنطقتين العربية والإفريقية، المنتدى الاقتصادي العربي الإفريقي، الكويت 11-12 نوفمبر 2013، ص4.

² اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، المرجع السابق.

إنّ فإن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار تمارس نشاطا مكتملا لغرضها، كالبحوث المتعلقة بتحديد فرص الاستثمارات والصادرات وأوضاعها وبيث المعرفة والوعي لتحسين مناخ الاستثمارات والصادرات لأعضائها وتقوم بذلك عن طريق المؤتمرات والنشر، كما توفر المؤسسة العون الفني لمؤسسات الضمان العربية والمؤسسات الإقليمية والدولية¹.

إنّ هذا الدور المكمل وإنّ عد ثانويا فإنه يشجع على انتقال رؤوس الأموال العربية بين الدول العربية وذلك عن طريق ممارسة أوجه النشاطات المكتملة لتوفير الضمان، وصولا لتشجيع مصالح التجارة الدولية - البينية- في محيط الوطن العربي. فالمؤسسة إذن تلعب دور الوسيط بين الدول العربية، وذلك بتقريب المستثمر الذي ينتمي إلى دولة عربية متعاقدة من الدولة العربية المتعاقدة التي يريد الاستثمار فيها، وتشجيعه، وتقديم الضمانات الكافية له².

ثانيا - صلاحيات المؤسسة العربية لضمان الاستثمار

في سبيل اضطلاعها بالمهام التي أنشئت من أجلها والمتمثلة في ضمان المستثمر المؤمن له كمهمة أساسية بالإضافة إلى العمل على تشجيع الاستثمارات العربية في المنطقة كنشاط مكمل، فقد منحت الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ومن ورائها الدول التي أنشأتها كل الصلاحيات اللازمة للمؤسسة لتنفيذ هذه المهام. حيث نصت المادة 3 من اتفاقية الإنشاء تحت عنوان "الصلاحيات على أن يكون للمؤسسة الشخصية القانونية، وتمتع بالاستقلال الإداري والمالي، ويكون لها في كل قطر من الأقطار المتعاقدة كافة الحقوق والصلاحيات اللازمة للقيام بأعمالها".

يتضح من خلال هذه المادة أن الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار قد منحت المؤسسة صلاحيات واسعة في الدول المتعاقدة، وهي لم تشر بشكل مباشر لهذه الصلاحيات كما لم تحدها لا على سبيل المثال ولا على سبيل الحصر، وإنما اكتفت بالإشارة إلى الآليات التي يمكن من خلالها للمؤسسة أن تمارس هذه الصلاحيات، وهي:

- تمتع المؤسسة بالشخصية القانونية.
- تمتع المؤسسة بالاستقلال الإداري والمالي عن الأعضاء المكونين لها.
- التمتع بجميع الحقوق والصلاحيات اللازمة للقيام بعملها في كل قطر من الأقطار المتعاقدة.

¹ مأمون إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص 27.

² عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص 137.

المطلب الثاني

الوكالة الدولية لضمان الاستثمار

الوكالة الدولية لضمان الاستثمار هي عضو في مجموعة البنك الدولي، تعمل على تخفيف المخاطر غير التجارية عن طريق التأمين على الاستثمارات ضد المخاطر التالية : عدم إمكانية تحويل العملات والقيود على تحويل الأموال، المصادرة، الحروب والاضطرابات المدنية، والإخلال بالعقود. كما تقدم الوكالة مساعدات فنية لمساعدة البلدان على جذب الاستثمار الأجنبي المباشر والاحتفاظ به¹. إن الإحاطة بهذا الدور المتميز الذي تضطلع به الوكالة الدولية لضمان الاستثمار يقتضي بداية التعريف بها ككيان قانوني من خلال تحديد نظامها القانوني (الفرع الأول) ثم التطرق لأغراضها وصلاحياتها التي تستمد منها وجودها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

النظام القانوني للوكالة الدولية لضمان الاستثمار

للإحاطة بالنظام القانوني للوكالة الدولية لضمان الاستثمار ينبغي البحث في الإطار القانوني الذي يحكم الوكالة (أولاً) ثم استعراض هيكلها التنظيمي باعتباره ذلك الكل المكون من الوحدات الإدارية المختلفة التي تعمل معاً على تحقيق أهداف الوكالة (ثانياً).

أولاً - الإطار القانوني للوكالة الدولية لضمان الاستثمار

يتحدد الإطار القانوني للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار هي الأخرى من خلال البحث في نشأتها ونظام الانتساب إليها وهيكلتها التي توصلها للاستجابة لأهدافها وذلك على النحو التالي:

1. إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار

مر إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار بعدة محطات يمكن إيجازها فيما يلي: عرفت خمسينيات القرن الماضي عدة اقتراحات متعلقة بإنشاء هيئة دولية لضمان الاستثمارات الأجنبية، من بينها اقتراحات فردية قدمت لمنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية مثل اقتراح مافري واقتراح

¹ الوكالة الدولية لضمان الاستثمار ومنطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا الأوسع نطاقاً، الوكالة الدولية لضمان الاستثمار التابعة لمجموعة البنك الدولي، فبراير/شباط 2007.

ستراوس وأخرى قدمت لغرفة التجارة الدولية مثل اقتراح فان إيفن، وهناك اقتراحات جماعية منها مشروع الجمعية الدولية لتشجيع وحماية الاستثمارات الخاصة. وفي سنة 1965 تبنت منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية قرارا حول إنشاء هيئة دولية لضمان الاستثمارات عرضته على البنك الدولي لكي يضع بناءا عليه اتفاقية دولية تؤسس لهيئة ضمان دولية. شكل بعد ذلك البنك الدولي لجنة من المديرين التنفيذيين بالبنك أسندت لها مهمة مناقشة المسائل الرئيسية التي يمكن أن يتبناها المشروع المقترح، انتهت هذه اللجنة في نوفمبر 1965 إلى صياغة مشروع اتفاقية عرض للإثراء على لجنة أخرى من المديرين التنفيذيين والتي أعدت بدورها مشروعا ثان عرض على مجلس مديري البنك في 19 أوت 1968.

وبعد عشرية من الإهمال أعيد بعث الفكرة سنة 1981 من طرف السيد كلاوزن رئيس البنك الدولي آنذاك في أول خطاب له في الاجتماع السنوي لمحافظة البنك، وبعد دراسات ومناقشات غير رسمية مع المديرين التنفيذيين وضعت إدارة البنك دراسة بعنوان (الملاح الرئيسية لوكالة الاستثمارات الدولية المقترحة) وتم عرضها على المديرين التنفيذيين في ماي 1984، ليبرج ذلك الاقتراح بعد تعديله في مشروع إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار الذي وزع على الدول الأعضاء في أكتوبر 1984، وتمت مناقشته في الفترة من جوان إلى سبتمبر 1985 من طرف لجنة ضمت جميع المدراء التنفيذيين وخبراء الدول الأعضاء.

وفي سبتمبر 1985 تمت الموافقة على النص النهائي لذلك المشروع وأعلن مجلس المدراء التنفيذيين موافقته النهائية على المشروع وأصدر توصياته إلى مجلس المحافظين بإصدار قراره بعرض الاتفاقية على الدول الأعضاء للتوقيع عليها. وفي 11 أكتوبر 1985 وافق مجلس المحافظين على مشروع الاتفاقية ودعا الدول الأعضاء في البنك وسويسرا للتوقيع عليها، وتقرر أن تدخل حيز التطبيق بعد المصادقة عليها من طرف 20 دولة على الأقل، لتدخل الاتفاقية حيز التطبيق سنة 1987¹.

II. الانتساب للوكالة الدولية لضمان الاستثمار

يتم الانتساب إلى الوكالة الدولية لضمان الاستثمار بناءا على توفر شرطين أساسيين أقرتهما الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة، الأول هو شرط العضوية في البنك الدولي زائد سويسرا والثاني هو شرط المساهمة في رأس مال الوكالة.

¹ قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، ط2، دار هومة، الجزائر، 2006، ص422 إلى 424.

1. شرط العضوية في البنك الدولي: الانتساب إلى الوكالة الدولية لضمان الاستثمار متاح لجميع الدول الأعضاء في البنك الدولي وسويسرا، وتميز الاتفاقية بين مجموعتين من الأعضاء هم الأعضاء الأصليين في الوكالة والأعضاء غير الأصليين أو المنضمين لاحقاً، وقد جعلت الاتفاقية من تاريخ 30 أكتوبر 1987 معلماً زمنياً يتم على أساسه الفصل بين المجموعتين، وهذا وفقاً لأحكام المادة 4 من الاتفاقية¹ التي تنص على أن:

"(أ) العضوية في الوكالة مفتوحة لجميع الدول الأعضاء في البنك وسويسرا.

(ب) الأعضاء الأصليين في الوكالة هي الدول المدرجة في الجدول (أ) الملحق بهذه الاتفاقية والتي أصبحت أطرافاً في هذه الاتفاقية في 30 أكتوبر سنة 1987 أو قبل ذلك التاريخ".

إن هذا التوزيع يتضمن في حقيقة الأمر مجموعة الدول المتقدمة المؤسسة للوكالة، ويفترض في دول هذه المجموعة انضمامهم إلى غاية 30 أكتوبر 1987 وهم الدول الأعضاء في المجموعة الأوروبية وأستراليا وكندا واليابان وجنوب إفريقيا والولايات المتحدة الأمريكية والمشار إليهم في المادة 4 (ب) بـ "الأعضاء الأصليين". ومجموعة الدول النامية ومنها الصين والهند والدول العربية ودول وسط وجنوب أمريكا اللاتينية والمفتوح لهم باب العضوية حسب المادة 4 (أ)².

على أن تنتهي العضوية في الوكالة الدولية لضمان الاستثمار بالانسحاب كتصرف إرادي يقدم عليه العضو الذي يرغب في ذلك بتقديمه إخطار كتابي للوكالة، شرط أن يثبت ثلاث سنوات من العضوية في الوكالة وهذا وفقاً لأحكام المادة 51 من الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة³ التي تنص تحت عنوان (الانسحاب) على أنه:

"يجوز لأي عضو بإخطار كتابي يوجهه إلى الوكالة في مقرها الرئيسي الانسحاب من الوكالة في أي وقت بعد مضي ثلاث (3) سنوات من تاريخ سريان هذه الاتفاقية في شأنه. وتقوم الوكالة بإخطار البنك بصفته جهة إيداع الاتفاقية بتسلمها إخطار العضو. ويصبح الانسحاب نافذاً بعد انقضاء تسعين (90) يوماً من تاريخ تسلّم الوكالة للإخطار، كما يجوز للعضو أن يسحب إخطاره خلال هذه الفترة".

¹ مرسوم رئاسي رقم 95-345 مؤرخ في 6 جمادى الثانية عام 1416 الموافق 30 أكتوبر سنة 1995، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، ج. ر العدد 66، المؤرخة في 5 نوفمبر سنة 1995 م.

² قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 428.

³ مرسوم رئاسي رقم 95-345، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المرجع نفسه.

كما تنتهي العضوية في الوكالة بالوقف والذي هو عقوبة تسلط على العضو المخل بالالتزامات التي تضعها على عاتقه الاتفاقية، ويترتب على الوقف حرمان العضو الموقوف من مباشرة الحقوق التي تكفلها له الاتفاقية، كما يفقد صلاحية الضمان أو إعادة التأمين، لتنتهي عضويته بعد سنة من تاريخ وقفه إذا لم يقرر مجلس المحافظين تمديد فترة الوقف أو إلغائه. وذلك وفقا لأحكام المادة 52 من الاتفاقية¹ التي تنص تحت عنوان (وقف العضوية) على أنه:

"(أ) يجوز لمجلس المحافظين بأغلبية أعضائه الذين يمثلون أغلبية الأصوات وقف عضوية العضو الذي أخل بالتزاماته في ظل أحكام هذه الاتفاقية.

(ب) لا يجوز للعضو الموقوف أن يباشر خلال فترة وقفه الحقوق المخولة له بمقتضى الاتفاقية، باستثناء حق الانسحاب والحقوق الأخرى المنصوص عليها في هذا الفصل وفي الفصل التاسع. ويظل العضو مسؤولاً عن جميع التزامات العضوية أثناء فترة الوقف.

(ج) تنتهي عضوية العضو الموقوف تلقائياً بعد مرور سنة من تاريخ وقفه ما لم يقرر مجلس المحافظين مد فترة الوقف أو إلغائه".

2. شرط المساهمة في رأس مال الوكالة: تلزم الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار كل دولة عضو في البنك الدولي ترغب في الانسحاب إلى الوكالة بأن تقدم مساهمتها في رأس مال الوكالة، حيث أشارت المادة 5 من الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة تحت عنوان (رأس المال) إلى أن رأس مال الوكالة يزداد عند انضمام عضو جديد، وذلك بعد أن حددت رأس مال الوكالة المرخص به بألف مليون من حقوق السحب الخاصة، تقسم إلى مائة ألف سهم اسمي مقدار كل واحد منها هو عشرة آلاف من حقوق السحب الخاصة، كما أجازت لمجلس المساهمين زيادة رأس المال في أي وقت شرط أن يصدر قرار الزيادة هذا بالأغلبية.

وقد أشارت المادة 6 من الاتفاقية إلى أن رأس مال الوكالة هو حصيلة اكتتاب الأعضاء في الوكالة من خلال الأسهم الاسمية التي تختلف بين الأعضاء الأصليين والأعضاء المنضمين وحتى بين الأعضاء من نفس المجموعة، حيث تنص المادة 6 من الاتفاقية² على أنه "يكتتب كل عضو أصلي في الوكالة في رأس المال بعدد الأسهم المبين قرين اسمه في الجدول (أ) الملحق بهذه الاتفاقية وبالقائمة الاسمية لهذه

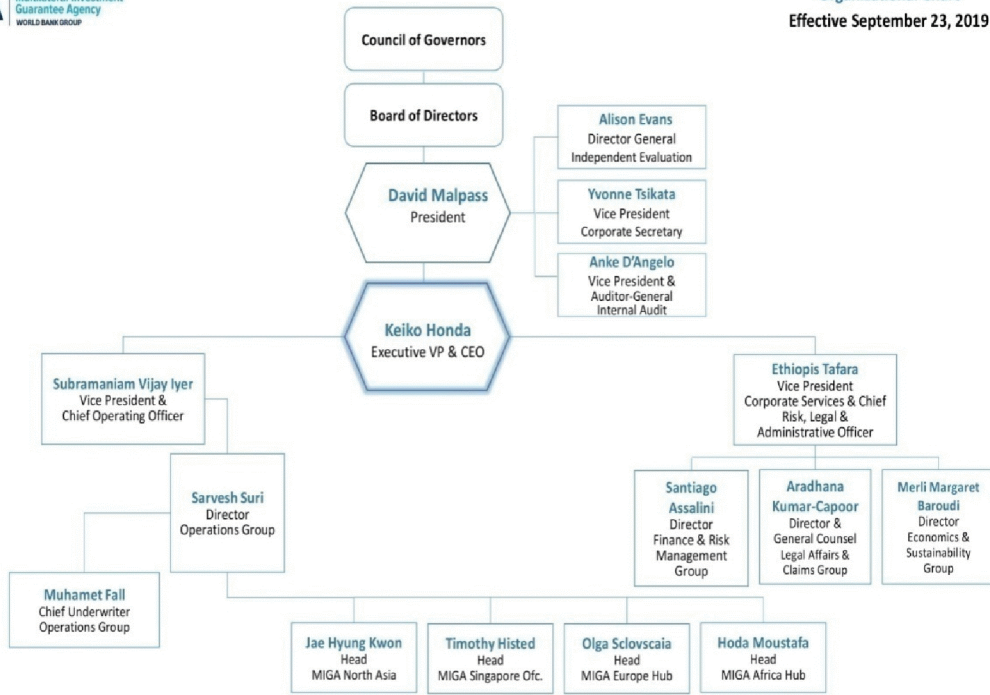
¹ مرسوم رئاسي رقم 95-345، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المرجع السابق.

² مرسوم رئاسي رقم 95-345، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المرجع نفسه.

الأسهم. ويكتتب كل عضو آخر في رأس المال بعدد الأسهم ووفقاً للأحكام والشروط التي يقرها مجلس المحافظين". لتمنح بذلك مجلس المساهمين سلطة تحديد أحكام وشروط الاكتتاب في رأسمال الوكالة بالنسبة للأعضاء الجدد.

ثانياً - الهيكل التنظيمي للوكالة الدولية لضمان الاستثمار

حددت الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار الهيكل التنظيمي للوكالة من خلال المادة 30 حيث نصت تحت عنوان "هيكل الوكالة"¹ على أن "يكون للوكالة مجلس للمحافظين، ومجلس للإدارة، ورئيس، وموظفون يقومون بالواجبات التي تحددها الوكالة".



الشكل رقم (2): الهيكل التنظيمي للوكالة الدولية لضمان الاستثمار*

¹ مرسوم رئاسي رقم 95-345، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المرجع السابق.

* Consulté sur le site internet: <http://pubdocs.worldbank.org/en/268791412196376513/Multilateral-Investment-Guarantee-Agency.pdf> (date d'accès: le 29/09/2019).

- مجلس المحافظين: يعد مجلس المحافظين أعلى هيئة في الوكالة الدولية لضمان الاستثمار ويشرف عليه محافظ ونائب محافظ ورئيس يختاره المجلس من بين المحافظين، وذلك وفقا لأحكام الفقرة (ب) من المادة 31 من الاتفاقية¹ التي تنص على أنه:

"ب- يتألف مجلس المحافظين من محافظ ونائب محافظ يعينهما كل عضو بالطريقة التي يقرها. ولا يجوز لنائب المحافظ أن يصوت إلا في غياب المحافظ. ويختار المجلس أحد المحافظين لرئاسة المجلس".

وفي تحديد صلاحيات مجلس المحافظين نصت المادة 31 (أ) من الاتفاقية² تحت عنوان مجلس المساهمين على أنه:

"أ- لمجلس المحافظين جميع السلطات المخولة للوكالة عدا السلطات المخولة على وجه التحديد لجهاز آخر من أجهزتها بمقتضى أحكام هذه الاتفاقية. ويجوز لمجلس المحافظين أن يفوض مجلس الإدارة في مباشرة أية سلطة من سلطاته ما عدا السلطات الآتية:

- 1- قبول أعضاء جدد وتحديد شروط عضويتهم.
- 2- إيقاف عضوية أي عضو.
- 3- زيادة أو تخفيض رأس المال.
- 4- زيادة الحد الأقصى لمجموع المبالغ التي يجوز للوكالة الالتزام بالمسؤولية الاحتمالية عنها طبقا للفقرة أ من المادة 22.

5- إضفاء صفة الدولة النامية العضو على عضو طبقا للفقرة (ج) من المادة 3.

6- تصنيف الأعضاء الجدد من حيث انتمائهم للفئة الأولى أو الفئة الثانية لأغراض التصويت طبقا للفقرة (أ) من المادة 39 أو إعادة تصنيف الأعضاء القدامى لذات الأغراض.

7- تحديد مكافآت أعضاء مجلس الإدارة ومناوبيهم.

8- تقرير لإيقاف عمليات الوكالة وتصفياتها.

9- توزيع أصول الوكالة على الأعضاء حال تصفية الوكالة.

10- تعديل هذه الاتفاقية أو ملحقها أو جداولها".

¹ مرسوم رئاسي رقم 95-345، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المرجع السابق.

² مرسوم رئاسي رقم 95-345 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المرجع نفسه.

- **مجلس إدارة الوكالة:** يعتبر مجلس الإدارة بمثابة الجهاز التنفيذي للوكالة، فهو المخول بالقيام بجميع التصرفات الواجبة أو المرخص بها وفقاً لأحكام الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، وهذا ما نصت عليه المادة 32/أ من هذه الاتفاقية¹ "أ- مجلس الإدارة مسؤول عن عمليات الوكالة وله في سبيل الاضطلاع بهذه المسؤولية أن يقوم بجميع التصرفات الواجبة أو المرخص بها طبقاً لأحكام هذه الاتفاقية".

أما عن تركيبة مجلس الإدارة ورئاسته فحددها المادة 32/ب بنصها على أنه²:
"ب- يتألف مجلس الإدارة من عدد من الأعضاء لا يقل عن اثني عشر عضواً، ويجوز لمجلس المحافظين تعديل عدد أعضاء مجلس الإدارة أخذاً في الاعتبار التغييرات التي تطرأ على العضوية. ولكل من الأعضاء أن يعين مديراً مناوباً تكون له السلطة الكاملة في التصرف نيابة عنه في حالة غيابه أو عجزه عن العمل. ويكون رئيس البنك رئيساً لمجلس الإدارة بحكم منصبه وليس له أن يشترك في التصويت إلا في حالة تعادل الأصوات".

- **رئيس الوكالة:** يعين رئيس الوكالة الدولية لضمان الاستثمار من طرف مجلس إدارة الوكالة ويقترح من رئيسته وهذا وفقاً لأحكام المادة 33/ب من الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة، وتتحدد مهام الرئيس وفقاً لنص المادة 33/أ من هذه الاتفاقية والمتمثلة في إدارة الشؤون العادية للوكالة، وتولى مهمة الإشراف على الموظفين من حيث تنظيم مهامهم وتقييم مساهمهم المهني كما يملك سلطة التعيين والفصل. حيث تنص المادة 33 من الاتفاقية على أنه:

"أ- يتولى الرئيس إدارة الشؤون العادية للوكالة تحت الإشراف العام لمجلس الإدارة ويكون مسؤولاً عن تنظيم وتعيين وفصل الموظفين.

ب- يعين الرئيس من قبل مجلس الإدارة بناءً على ترشيح رئيس المجلس. ويحدد مجلس المحافظين مرتباً وأحكام عقد خدمة الرئيس".

¹ مرسوم رئاسي رقم 95-345، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المرجع السابق.

² مرسوم رئاسي رقم 95-345، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المرجع نفسه.

الفرع الثاني

أغراض وصلاحيات الوكالة الدولية لضمان الاستثمار

إن تحديد أغراض وصلاحيات الوكالة الدولية لضمان الاستثمار يتطلب الرجوع إلى أحكام الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة، حيث حددت المادة الثانية من هذه الاتفاقية أغراض الوكالة تحت عنوان هدف الوكالة وأغراضها (أولاً) فيما حددت المادة الأولى من الاتفاقية ذاتها صلاحيات الوكالة تحت عنوان إنشاء الوكالة ووضعها القانوني (ثانياً).

أولاً - أغراض الوكالة الدولية لضمان الاستثمار

أنشئت الوكالة الدولية لضمان الاستثمار بغية تشجيع تدفق الاستثمارات لغايات تطوير وإنماء البلدان النامية ولأهداف إنتاجية، ولأغراض تكون حافزاً للمزيد من عمليات نقل التكنولوجيا، الذي يؤدي في النهاية، وعبر الاستثمار المباشر، إلى تنمية حقيقية مستدامة بما يعود بالنفع على جميع الدول الأعضاء¹. حيث توفر الوكالة التأمين ضد المخاطر السياسية وتساعد على تحسين شروط القروض للمستثمرين والمقرضين لتعزيز الاستثمار الأجنبي المباشر في الاقتصاديات الناشئة².

1. الغرض الأساسي للوكالة الدولية لضمان الاستثمار

على غرار ما ذهب إليه الاتفاقية المتعلقة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار في تحديد غرضها الأساسي، فقد قامت الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار هي الأخرى بتحديد الغرض الأساسي للوكالة وأهدافها المرجوة وذلك من خلال المادة 2 من الاتفاقية³ حيث نصت تحت عنوان "هدف الوكالة وأغراضها" على أن:

"هدف الوكالة هو تشجيع تدفق الاستثمارات للأغراض الإنتاجية، فيما بين الدول الأعضاء، وعلى وجه الخصوص الدول النامية الأعضاء، تكمة لأنشطة البنك الدولي للإنشاء والتعمير (ويشار إليه فيما يأتي بالبنك) وشركة التمويل الدولية ومنظمات تمويل التنمية الدولية الأخرى. وتقوم الوكالة تحقيقاً لهذا الهدف بما يأتي:

¹ عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص 162.

² Rapport annuel de MIGA 2016, Assurer les investissements pour promouvoir les opportunités, multilatérale de garantie des investissements, World Bank group, , p 6.

³ مرسوم رئاسي رقم 95-345، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المرجع السابق.

(أ) إصدار ضمانات، بما في ذلك المشاركة في التأمين وإعادة التأمين، ضد المخاطر غير التجارية لصالح الاستثمارات في دولة عضو التي تفد من الدول الأعضاء الأخرى".

فالوكالة الدولية لضمان الاستثمار تضمن إذن الاستثمارات الدولية التي يقوم بها مستثمرون من إحدى الدول الأعضاء في بلد عضو من بلدان العالم الثالث. حيث يمكن أن تساعد الوكالة الدولية لضمان الاستثمار المستثمرين والمقرضين على ضمان المشاريع ضد الخسائر الناجمة عن: عدم قابلية تحويل العملة والقيود المفروضة على التحويلات - نزع الملكية - الصراعات المسلحة والاضطرابات المدنية، بما في ذلك الإرهاب - الإخلال بالعقد - فشل الدول في الوفاء بالتزاماتها¹.

II. الغرض الثانوي للوكالة الدولية لضمان الاستثمار

فيما يخص الغرض الثانوي للوكالة الدولية لضمان الاستثمار فقد حددته الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة من خلال الفقرتين (ب) و (ج) من المادة 2 التي جعلت من القيام بالأنشطة المكتملة وممارسة الصلاحيات الثانوية وسيلة على قدر من الأهمية لتحقيق هدف الوكالة وأغراضها، وذلك بنصها على: "ب) القيام بأوجه النشاط المكتمل المناسبة التي تستهدف تشجيع تدفق الاستثمارات إلى الدول النامية وفيما بينها.

(ج) ممارسة أية صلاحيات ثانوية أخرى كلما كان ذلك ضروريا أو مرغوبا فيه لخدمة الهدف منها".

وتأكيدا على حرصها في التقيد التام بتحقيق الأغراض التي وجدت من أجلها الوكالة الدولية لضمان الاستثمار وعدم الحياد عنها، فقد ألزمت الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة هذه الأخيرة بوضع نصب أعينها نصوص هذه المادة لتسترشد بها في جميع قراراتها، حيث نصت الفقرة الأخيرة من المادة 2 "وعلى الوكالة أن تسترشد في جميع قراراتها بنصوص هذه المادة".

ومن بين الأغراض الثانوية للوكالة الدولية لضمان الاستثمار تقديم المساعدة التقنية حيث تساعد الوكالة البلدان في تحديد وتنفيذ استراتيجيات لتعزيز الاستثمار من خلال خدمات الدعم التي تدار من قبل الخدمة الاستشارية لمجموعة البنك الدولي لمناخ الاستثمار. من خلال نشاط هذه المصلحة الاستشارية، فإن

¹ Multilateral Investment Guarantee Agency, Assurer les investissements Garantir les opportunités, World Bank Group, WASHINGTON, USA, Mars 2012, p 3.

المساعدة التقنية للوكالة الدولية لضمان الاستثمار تشجع الاستثمارات الجديدة في العديد من بيئات الأعمال الأكثر صعوبة في العالم¹.

ثانيا - صلاحيات الوكالة الدولية لضمان الاستثمار

تنص المادة الأولى فقرة (ب) من الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار² على أنه:

"(ب) تتمتع الوكالة بالشخصية القانونية الكاملة، وعلى وجه الخصوص بأهلية:

(1) التعاقد،

(2) تملك الأموال الثابتة والمنقولة والتصرف فيها،

(3) اتخاذ الإجراءات القضائية".

وبذلك تكون الوكالة الدولية لضمان الاستثمار عبارة عن منظمة دولية حقيقية، خاصة وأن المواد من 43 إلى 50 من الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة تؤكد ذلك بالنص على المزايا والحصانات التي تتمتع بها الوكالة³.

ويترتب على تمتع الوكالة بالشخصية القانونية صلاحيتها للقيام بالتصرفات القانونية التي تمكنها من تحقيق الأغراض التي أنشئت لأجلها، فيما يترتب على تمتعها بأهلية التعاقد القيام بإبرام عقود الضمان وفقا لما تحدده اتفاقية إنشائها، كما يمكنها تملك الأموال الثابتة والمنقولة والتصرف فيها، بالإضافة إلى اتخاذها للإجراءات القضائية حماية لحقوقها.

المبحث الثاني

كيفية تدخل مؤسسات الضمان في عقود الاستثمار الدولية

في إطار الصلاحيات التي تتمتع بها مؤسسات ضمان الاستثمار الإقليمية منها والدولية بموجب الاتفاقيات المتضمنة إنشائها، وتنفيذا للأغراض التي وجدت من أجلها هذه المؤسسات والمتمثلة أساسا في ضمان الاستثمارات الأجنبية، تقوم مؤسسات ضمان الاستثمار بإبرام عقود ضمان مع المستثمرين المنتمين

¹ Multilateral Investment Guarantee Agency, Op. cit, p 10.

² مرسوم رئاسي رقم 95-345، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المرجع السابق.

³ قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص425.

بجنسيتهم إلى دول أعضاء الراغبين في تأمين استثماراتهم المنجزة داخل دول أعضاء هي الأخرى في مؤسسة الضمان المختارة (المطلب الأول). وتؤدي عقود ضمان الاستثمار دوراً مزدوجاً من حيث تأمين المستثمر ضد المخاطر غير التجارية في الدولة المضيفة وتعويضه عن تحقق المخاطر المضمونة، وتوجيه الاستثمارات الأجنبية نحو الدول المضيفة التي توافق على إبرام عقود الضمان (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إبرام عقد ضمان الاستثمار

يعرف عقد ضمان الاستثمار بأنه العقد الذي تلتزم بموجبه مؤسسات الضمان بتعويض المستثمر المضمون عن الأضرار التي تصيبه من تحقق خطر غير تجاري بسبب تصرف قانوني أو عمل مادي صادر ضده من الدولة المتعاقدة المضيفة لاستثماره أو الغير مقابل قسط معلوم¹.

وعلى غرار جميع العقود فإن عقد ضمان الاستثمار يقوم بين أطراف تحددهم طبيعة المعاملة، فيما تحدد الاتفاقيات المتضمنة إنشاء مؤسسات ضمان الاستثمار الشروط الواجب توافرها في الطرف المتعاقد (الفرع الأول)، كما تضطلع هذه الاتفاقيات أيضاً بتحديد المخاطر الصالحة للضمان (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أطراف عقد ضمان الاستثمار

يقوم عقد ضمان الاستثمار بين إحدى مؤسسات الضمان المنشأة لهذا الغرض (أولاً)، وبين المستثمر طالب الضمان والذي ينبغي أن تتوفر فيه شروط محددة تكسبه الصلاحية للضمان (ثانياً).

أولاً- مؤسسة ضمان الاستثمار

تعتبر مؤسسات ضمان الاستثمار الطرف الأول في عقد الضمان، وتشترك هذه المؤسسات في أن لكل منها اتفاقية تنشأ وفقاً لأحكامها، ويمكن التمييز بين مؤسسات ذات طابع دولي في صورة الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، ومؤسسات إقليمية كالمؤسسة العربية لضمان الاستثمار والمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات.

¹ هشام خالد، المرجع السابق، ص 69.

إن ما يجعل من هذه المؤسسات الطرف الأول في عقد ضمان الاستثمار هو احتكارها لخدمات الضمان، فتوجهها لإصدار الضمانات وتخصصها في عمليات التأمين وإعادة التأمين يعتبر إيجاباً للمستثمرين -الذين تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها في اتفاقيات الإنشاء- لتأمين استثماراتهم ضد المخاطر غير التجارية، ويعد الإيجاب الصادر عنها من قبيل الإيجاب العام لأنه موجه لكل مستثمر تتوفر فيه الشروط اللازمة لضمائه في هذه المؤسسة أو تلك وليس لمستثمر معين بالذات¹.

وبالرجوع إلى نصوص بعض الاتفاقيات المنشئة لهذه المؤسسات نجد المادة 2 (أ) من الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار² تنص، تحت عنوان هدف الوكالة وأغراضها، على أن الوكالة تهدف فيما تهدف إلى "إصدار ضمانات، بما في ذلك المشاركة في التأمين وإعادة التأمين، ضد المخاطر غير التجارية لصالح الاستثمارات في دولة عضو التي نفذ من الدول الأعضاء الأخرى".

إنه الهدف نفسه الذي تسعى إليه الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وتأمين الصادرات³ حيث عرّفت مصطلح "تأمين استثمار" في مادتها الثانية بأنه "الغطاء التأميني الذي تقدمه المؤسسة للاستثمارات المشار إليها في المادة 17 من هذه الاتفاقية وذلك ضد المخاطر المبينة في المادة 19 (2)، لتبين المادة 19 (2) نوعية المخاطر المضمونة "يجوز للمؤسسة أن تغطي ائتمانات الصادرات الصالحة للتأمين وكذا الاستثمارات الصالحة للتأمين ضد الخسارة المترتبة على تحقق واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية الواردة أدناه".

في حين جاءت المادة 2 من الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار أكثر تحديداً، فتحت عنوان "الأغراض" نصت على أن:

"1- الغرض من المؤسسة هو تأمين المؤمن العربي بتعويضه تعويضاً مناسباً عن الخسائر الناجمة عن المخاطر المحددة في هذه الاتفاقية وذلك عن طريق التأمين المباشر أو إعادة التأمين".

¹ هشام خالد، المرجع السابق، ص 93.

² مرسوم رئاسي رقم 95-345، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المرجع السابق.

³ مرسوم رئاسي رقم 96-144 مؤرخ في 5 ذي الحجة عام 1416 الموافق 23 أبريل سنة 1996، يتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات، ج. ر العدد 26، المؤرخة في 24 أبريل سنة 1996

ثانياً - المستثمر المؤمن له

إن الطرف الثاني في عقد ضمان الاستثمار هو المستثمر المؤمن له (طالب الضمان)، والذي يجب أن تتوفر فيه شروطاً معينة منها ما هي خاصة بالشخص الطبيعي ومنها ما هي خاصة بالشخص المعنوي، هذه الشروط تحددها الاتفاقيات المنشئة لمؤسسات الضمان.

1. الشروط الخاصة بالشخص الطبيعي

- الشرط الأول هو شرط إيجابي: يجب توفره في الشخص الطبيعي طالب الضمان ويتعلق بجنسيته، فالأصل فيه أن يكون من مواطني إحدى الدول الأعضاء، وقد تضمنت هذا الشرط المادة 13 (أ) (1) من الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار¹ حيث نصت على أنه:

"(أ) يتمتع بالصلاحيات لضمان الوكالة أي شخص طبيعي أو اعتباري بشرط:

(1) أن يكون الشخص الطبيعي من مواطني عضو غير الدولة المضيفة".

وكذلك أقرته الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، إذ جاءت المادة 17 منها بعنوان "جنسية المؤمن له" حيث نصت الفقرة رقم 1/1 منها على أنه:

"1- يشترط في المؤمن له الذي يقبل طرفاً في عقد التأمين أن يكون فرداً من مواطني الأقطار

المتعاقدة".

غير أن تعديلات لاحقة على اتفاقية الإنشاء جاءت باستثناء يجيز تأمين الاستثمارات الأجنبية المنجزة في إحدى الدول الأعضاء المملوكة لمستثمرين من غير جنسيات الدول الأعضاء، تاركة تقدير ذلك لمجلس إدارة المؤسسة بناءً على اقتراح مديرها العام وهذا ما نصت عليه المادة 2/15 (أ) من الاتفاقية المعدلة²:

"2- كما يجوز للمؤسسة وفقاً للضوابط التي يقرها مجلس الإدارة وبناءً على اقتراح المدير العام:

(أ) تأمين الاستثمارات الأجنبية العائدة لمستثمرين من غير جنسيات الدول المتعاقدة في الدول

الأعضاء".

¹ مرسوم رئاسي رقم 95-345، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المرجع السابق.

² اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار واتئمان الصادات، المرجع السابق.

ولم تغفل الاتفاقيتان عن حالة تعدد الجنسيات بالنسبة للمستثمر طالب الضمان، فالعبرة إذ ذاك بجنسية البلد المضيف للاستثمار، وهذا ما أقرته الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار¹ من خلال المادة 13 (ب) تحت عنوان صلاحية المستثمرين والتي تنص على أنه:

"(ب) في حالة تمتع المستثمر بأكثر من جنسية واحدة، فإن جنسية العضو تجب جنسية الدولة غير العضو، كما تجب جنسية الدولة المضيفة جنسية غيرها من الأعضاء، وذلك لأغراض الفقرة (أ) أعلاه".

وكذلك فعلت الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار²، حيث نصت في مادتها 17 (3) على أنه:

"3- إذا تعددت جنسيات المؤمن له يكفي أن تكون إحداها جنسية أحد الأطراف المتعاقدة، فإذا كان التعدد ما بين جنسية أحد هذه الأطراف وجنسية القطر المضيف يعتد بهذه الأخيرة". والحال هذه فإن وجود جنسية البلد المضيف بين جنسيات المؤمن له المتعدد الجنسيات يسقط عنه صلاحية الضمان.

- الشرط الثاني وهو شرط سلبي: مفاده أن لا يحمل المستثمر طالب الضمان جنسية الدولة المضيفة للاستثمار، وقد أقرته المادة 13 (أ) (1) من الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار بشرط تمتع المستثمر طالب الضمان بجنسية إحدى الدول الأعضاء كأصل عام، حيث نصت على أنه:

"(أ) يتمتع بالصلاحية لضمان الوكالة أي شخص طبيعي أو اعتباري بشرط:

(2) أن يكون الشخص الطبيعي من مواطني عضو غير الدولة المضيفة".

والاستثناء هو جواز ضمان المستثمر الذي يحمل جنسية الدولة المضيفة حصراً أو تعدداً، شرط أن تكون الرساميل المستثمرة متأتية من الخارج، وذلك وفق شروط حددتها المادة 13 (ج) من الاتفاقية نفسها:

"(ج) يجوز لمجلس الإدارة بالأغلبية الخاصة، وبناء على طلب مشترك من المستثمر والدولة المضيفة، أن يضيفي الصلاحية للضمان على شخص طبيعي ينتمي بجنسيه إلى الدولة المضيفة...، وذلك بشرط أن يتم تحويل الأصول المستثمرة من خارج الدولة المضيفة".

وبالإطلاع على الصيغة الرسمية للاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بتعديلاتها حتى 2006/4/19³ نجدتها قد أخذت بالشرط السالب في المادة 17 الفقرة 3/1 بنصها على أنه

¹ مرسوم رئاسي رقم 95-345، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المرجع السابق.

² اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، المرجع السابق.

³ اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، نيسان/أفريل 2006.

"يشترط في جميع الأحوال ألا يكون المؤمن له فردا من مواطني القطر المضيف"، إلا أن الصيغة الرسمية للاتفاقية بتعديلاتها حتى 2015/4/7¹ أسقطت هذا الشرط من المادة 17، وخففت منه في المادة 15 حيث أجازت ضمان المستثمر العربي الحامل لجنسية الدولة المضيفة، لتسلك بذلك مسلك الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، حيث نصت المادة 2/15 (ب) على أنه:

"2- كما يجوز للمؤسسة وفقا للضوابط التي يقرها مجلس الإدارة وبناء على اقتراح المدير العام:
(ب) تأمين استثمارات المواطنين العرب لأموالهم المتأتية من الخارج في الدول العربية التي ينتمون إليها بجنسياتهم".

II. الشروط الخاصة بالشخص المعنوي

تتمحور الشروط الخاصة بالشخص المعنوي حول انتمائه لإحدى الدول الأعضاء في اتفاقيات الإنشاء، فبالنسبة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار فإن اتفاقية إنشائها تشترط كمييار للانتماء توفر أحد الفرضين، الأول أن يكون الشخص الاعتباري قد أسس وعين مقر أعماله الرئيسي في إقليم إحدى الدول الأعضاء، والثاني أن تكون ملكية أغلبية رأس مال الشخص المعنوي ملكا لدولة عضو أو أكثر أو لمواطنيهم، وهذا وفقا لنص المادة 13 (2) من الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار² "أن يكون الشخص الاعتباري قد تم تأسيسه وتعيين مقر أعماله الرئيسي في إقليم أحد الأعضاء، أو تكون غالبية ماله مملوكة لعضو أو أكثر أو لمواطنيهم".

أما المؤسسة العربية لضمان الاستثمار فإنها تشترط كأصل تمتع الشخص الاعتباري بجنسية دولة عضو ووجود مقره الرئيسي بهذه الدولة، والاستثناء هو جواز تأمين الشخص الاعتباري الذي يوجد مركزه الرئيسي في دولة غير متعاقدة، شرط أن تمتلك دولة عضو أو أكثر أو مواطنيهم لنسبة 50 % من رأس مال هذا الشخص الاعتباري، حيث تنص المادة 17 (1) من الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار³ على أنه:

"يشترط في المؤمن له الذي يقبل طرفا في عقد التأمين أن يكون فردا من مواطني الأقطار المتعاقدة أو شخصا اعتباريا متمتعا بجنسية أحد الأقطار ومتخذًا مركزه الرئيسي بذات القطر المتمتع بجنسيته.

¹ اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، نيسان (إبريل) 2015، المرجع السابق.

² مرسوم رئاسي رقم 95-345، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المرجع السابق.

³ اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، نيسان (إبريل) 2015، المرجع نفسه.

ومع ذلك يجوز بقرار من مجلس الإدارة أن يقبل الشخص الاعتباري طرفاً في عقد التأمين، رغم وجود مركزه الرئيسي في قطر غير متعاقد بشرط أن يكون هذا الشخص الاعتباري مملوكاً بنسبة خمسين بالمائة لواحد أو أكثر من الأقطار المتعاقدة أو مواطنيها أو الأشخاص الاعتبارية التي تنطبق عليها الشروط المنصوص عليها في هذه الفقرة للقبول كطرف في عقد التأمين".

الفرع الثاني

المخاطر الصالحة للضمان

لقد أقرت كل من الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار وكذا الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، تأمين المستثمر الأجنبي الذي تتوفر فيه الشروط المطلوبة ضد مجموعة من المخاطر غير التجارية بعضها يكون في شكل إجراءات إرادية (أولاً) والبعض الآخر يكون في شكل ظروف لإرادية (ثانياً).

أولاً- الإجراءات الإرادية

تشمل هذه الفئة المخاطر الناشئة عن التدابير، المباشرة أو غير المباشرة، التي تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار، مثل نزع الملكية والتأميم ومخاطر فرض قيود على تحويل العملة أو عدم قابلية التحويل والمخاطر الناشئة عن الأعمال العسكرية¹. وهي الإجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار بإرادتها المنفردة، ويكون لها تأثير مباشر على الرابطة العقدية حيث تترتب عليها أضرار تصيب المستثمر الأجنبي، وتعرف عادة بالمخاطر السياسية والتي تشكل عاملاً أساسياً في عدم استقرار عقد الاستثمار الدولي، هذه المخاطر قد تكون مرتبطة مباشرة بالعقد بسبب التصرفات المباشرة أو غير المباشرة للدولة المضيفة²، وتتمثل هذه الإجراءات فيما يلي:

1. نزع ملكية المستثمر الأجنبي

تحدد ملكية المستثمر الأجنبي بعناصر الاستثمار المادية والمعنوية، ويعتبر المساس بأي عنصر من هذه العناصر من طرف الدولة المضيفة للاستثمار تعد منها على ملكية المستثمر الأجنبي، وقد شددت جميع التشريعات الوطنية المنظمة للاستثمار وكذا الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية الاستثمارات على ضرورة إحاطة ملكية الاستثمارات الأجنبية بالحماية الكافية.

¹ Rola ASSI, Op.cit, p 480.

² Ebtissem EL KAILANI-CHARIAT, Op. cit, p 30.

ويخول القانون الدولي للدولة حق سيادي في نزع ملكية المواطنين أو الأجانب على حد سواء من خلال التأميم أو المصادرة لأسباب اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية أو غيرها. ولكي تكون هذه الإجراءات قانونية، وفقا لما يقره القانون الدولي، فإن ممارسة هذا الحق السيادي تتطلب استيفاء الشروط التالية¹:

(أ) يجب أن تنزع الملكية لغرض عام ؛

(ب) على أساس غير تمييزي ؛

(ج) وفقا للإجراءات القانونية الواجبة ؛

(د) مصحوبة بالتعويض.

وقد اعتبرت الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار² إجراء نزع الملكية من المخاطر الصالحة للضمان حيث نصت المادة 11 (أ) (2) تحت عنوان المخاطر الصالحة للضمان على أنه:

"(أ) مع مراعاة أحكام الفقرتين (ب) و (ج) من هذه المادة يجوز للوكالة ضمان الاستثمارات الصالحة للضمان ضد الخسائر المترتبة على واحد أو أكثر من أنواع المخاطر الآتية:

(2) التأميم والإجراءات المماثلة

اتخاذ الحكومة المضيفة لإجراء تشريعي أو اتخاذها أو إغفالها عن اتخاذ إجراء إداري مما يترتب عليه حرمان المستفيد من الضمان من ملكيته أو من السيطرة على استثماره أو من منافع جوهرية لاستثماره، ويستثنى من ذلك الإجراءات العامة التطبيق التي تتخذها الحكومات عادة لتنظيم النشاط الاقتصادي في أراضيها والتي لا تنطوي على تفرقة تضر بالمستفيد من الضمان".

وهو ما أقرته أيضا المادة 18 (1) (أ) من الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار³ تحت عنوان المخاطر غير التجارية الصالحة للتأمين بنصها على أنه:

"1- يغطي التأمين الذي توفره المؤسسة كل أو بعض الخسائر المترتبة على تحقق واحد أو أكثر من

المخاطر غير التجارية التالية:

(أ) اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات أو بالواسطة إجراءات تحرم المؤمن له من حقوقه

الجوهرية على استثماره وعلى الأخص المصادرة والتأميم وفرض الحراسة ونزع الملكية والاستيلاء

¹ EXPROPRIATIO, Op. cit, p 2.

² مرسوم رئاسي رقم 95-345، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المرجع السابق.

³ اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار واتتمان الصادرات، نيسان (إبريل) 2015، المرجع السابق.

الجبري وأي إجراءات تدرجية أخرى يكون لها بمرور الزمن نفس الأثر، ومنع الدائن من استيفاء حقه أو التصرف فيه وتأجيل الوفاء بالدين إلى أجل غير معقول".

II. الرقابة على تحويل العملة

- تشكل حرية التحويل ضمانًا هامًا للأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين الذين قاموا باستثمار رأس مال أجنبي أو مختلط. ويرتبط التحويل بعملة قابلة للتحويل فقط بالأموال المتعلقة بـ:
- الاستثمار المنجز أو عائداته ؛
 - توزيعات الأرباح، مساهمة رأس المال في حالة النقل أو نهاية الأنشطة (الدخل المهني للموظفين الأجانب) ؛ و
 - التعويض في حالة التأميم أو المصادرة أو الاستيلاء أو الإعفاء من دفع أية حقوق أو ضرائب¹.

وبالتالي فإن أي تغيير في التنظيم النقدي للبلد المضيف باتجاه فرض قيود على قابلية تحويل العملة وكذلك التحكم في الصرف هو عامل قد يثبط المستثمرين الأجانب. ويلعب هذا العنصر دورًا رئيسيًا في جذب المستثمر الأجنبي نظرًا لأن الاستثمار نفسه يمثل مساهمة رأسمالية تتطلب تحويل الأموال من بلد إلى آخر. هذا يفترض أن الدولة تقدم الدولة المضيفة ضمانات للمستثمرين الأجانب ضد مخاطر التحويل على الرغم من أن هذه المخاطر ليست سياسية بطبيعتها، إلا أنها ذات تأثير كبير على وجود وتماسك الاستثمار الأجنبي².

ويظهر خطر تحويل العملة إما في رفض السلطات العامة في الدولة المضيفة للاستثمار تحويل مستحقات المستثمر من العملة المحلية إلى الخارج بعملة قابلة للتحويل أيا كان نوعها، أو في التأخر في الموافقة على تحويل العملة المحلية المستحقة إلى الخارج بما يتعدى فترة معقولة، كما يظهر هذا الخطر في فرض السلطات العامة عند التحويل سعر صرف يميز ضد المستثمر تمييزًا واضحًا³.

¹ Cheikh Abdellahi Ould Ahmed Babou, Le cadre légal de la protection des investissements en Mauritanie, Dix-neuvième conférence scientifique annuelle, intitulée « Les règles d'investissement entre la législation nationale et les accords internationaux et leur impact sur le développement économique dans les Emirats Arabes Unis », tenue à Université des Émirats arabes Unies - Faculté de droit, du 25 au 27 Avril 2011, p79.

² Rola ASSI, Op. cit, p 487.

³ هشام خالد، المرجع السابق، ص197-198.

وقد أجازت الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار¹ فيما أجازته ضمان المخاطر المحيطة بتحويل العملة وفقا لنص المادة 11 (أ) (1):

"(أ) مع مراعاة أحكام الفقرتين (ب) و (ج) من هذه المادة يجوز للوكالة ضمان الاستثمارات الصالحة للضمان ضد الخسائر المترتبة على واحد أو أكثر من أنواع المخاطر الآتية:

(1) تحويل العملة

فرض قيود تعزى إلى الحكومة المضيفة على التحويل الخارجي لعملتها إلى عملة قابلة للتحويل الحر، أو عملة أخرى مقبولة للمستفيد من الضمان، ويشمل ذلك تراخي الحكومة المضيفة في الموافقة خلال فترة معقولة على طلب التحويل المقدم من المستفيد من الضمان".

كما يتسع نطاق الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار² ليغطي خطر تحويل العملة وفقا لنص المادة 18 (1) (ب):

"1- يغطي التأمين الذي توفره المؤسسة كل أو بعض الخسائر المترتبة على تحقق واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية التالية:

ب- اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات أو بالواسطة إجراءات جديدة تقيد بصفة جوهرية من قدرة المؤمن له على تحويل أصل استثماره أو دخله منه أو أقساط استهلاك الاستثمار إلى الخارج. ويشمل ذلك التأخر في الموافقة على التحويل بما يتعدى فترة معقولة كما يشمل فرض السلطات العامة عند التحويل سعر صرف يميز ضد المؤمن له تمييزا واضحا. ولا يدخل في نطاق هذا الخطر الإجراءات القائمة بالفعل عند إبرام عقد التأمين كما لا تدخل فيه إجراءات التخفيض العام لسعر الصرف أو أحوال انخفاضه".

III. الإخلال بعقد الاستثمار

يتحقق خطر الإخلال بالعقد بحرمان المستفيد من الضمان من حقه في التقاضي سواء أمام القضاء أو أمام التحكيم، أو إذا ماطلت الجهة المحتمة إليها في الفصل في الادعاء في الأجل التي يحددها عقد الضمان، أو إذا لم يتمكن المحكوم له من تنفيذ القرار القضائي أو الحكم التحكيمي الفاصل في النزاع، وهناك

¹ مرسوم رئاسي رقم 95-345، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المرجع السابق.

² اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار واتئمان الصادات، نيسان (إبريل) 2015، المرجع السابق.

إجماع على هذه الفروض بين كلا من الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار والاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار¹.

حيث نصت الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار² في المادة 11 (أ) (3) على أنه:

"(أ) مع مراعاة أحكام الفقرتين (ب) و (ج) من هذه المادة يجوز للوكالة ضمان الاستثمارات الصالحة للضمان ضد الخسائر المترتبة على واحد أو أكثر من أنواع المخاطر الآتية:

(3) الإخلال بالعقد

نقض الحكومة المضيفة لعقد بينها وبين المستفيد من الضمان أو إخلالها بالتزاماتها في ظل ذلك العقد، وذلك في الأحوال الآتية:

(1) إذا كان من غير الممكن للمستفيد من الضمان اللجوء إلى هيئة قضائية أو هيئة تحكيم للفصل في ادعائه نقض العقد أو الإخلال بأحكامه.

(2) أو إذا لم تقم تلك الهيئة بالفصل في الادعاء خلال مدة معقولة على النحو المحدد في عقد الضمان طبقاً للوائح الوكالة،

(3) أو إذا لم يكن من الممكن تنفيذ القرار الصادر من الهيئة المذكورة".

فيما نصت الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار³ في المادة 18 (1) (ج) على أنه:

"1- يغطي التأمين الذي توفره المؤسسة كل أو بعض الخسائر المترتبة على تحقق واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية التالية:

ج- أي إخلال من جانب السلطات العامة بالقطر المضيف بأي عقد مبرم بينها وبين المؤمن له عندما (أ) لا يكون بوسع المؤمن له أن يرجع إلى محكمة قضائية أو تحكيمية لتفصل في الادعاء بالإخلال بالعقد، (ب) لا يصدر قرار مثل هذه المحكمة خلال مدد معقولة تحددها عقود التأمين، أو (ج) لا يكون ممكناً تنفيذ مثل هذا القرار".

¹ اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، نيسان (إبريل) 2015، المرجع السابق.

² مرسوم رئاسي رقم 95-345، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المرجع السابق.

³ اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، نيسان (إبريل) 2015، المرجع نفسه.

ثانيا - الظروف الإرادية

تعرف الظروف الإرادية بأنها أحداث استثنائية، عامة، غير متوقعة، لا يمكن دفعها، ولا دخل لإرادة المتعاقد فيها. فقد تقع أحداث غير متوقعة تمنع استمرارية تنفيذ العقد وتؤدي إلى الاختلال في الأداء المقابل، وتعرض العقد للإلغاء من أحد الطرفين¹.

وبغض النظر عن مصدر هذه الظروف فإن العبرة بتأثيرها على الاستثمارات المتواجدة في إقليم الدولة المضيفة، سواء كان هذا التأثير من خلال تعرض أصول المستثمر المادية للظروف الإرادية تعرضا مباشرا، أو غير مباشر نتيجة لاضطراب البيئة المحيطة بها.

وما يلاحظ بالنسبة لمؤسسات ضمان الاستثمار -محل الدراسة- أنها قصرت الظروف الإرادية على الحرب والثورات وأعمال العصيان المدني الداخلية، مستبعدة النص على تغطية المخاطر الناتجة عن الكوارث الطبيعية، ومبرر ذلك حسب الدكتور هشام خالد أن هذه الأخيرة لا تقتصر على الدول المتخلفة ولا يعتبر ضمانها بالتالي دافعا للاستثمار في هذه الدول بالذات².

لتبقى بذلك المخاطر غير التجارية ومن ضمنها المخاطر السياسية منسوبة للدول النامية حسب ما تنص عليه المادة 14 من الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار تحت عنوان صلاحية الدول المضيفة "يقتصر الضمان طبقا لأحكام هذا الفصل على الاستثمارات التي تنفذ في أراضي الدول النامية الأعضاء دون سواها".

وقد خلصت دراسة استقصائية شملت الشركات الاستثمارية الأجنبية أجرتها الوكالة الدولية لضمان الاستثمار سنة 2013 إلى أن المخاطر السياسية هي إلى حد كبير شاغلا الرئيسيين عند الاستثمار في البلدان النامية، فيما خلص تقرير عن التنمية في العالم سنة 2011 إلى أن الاستثمار ومشاركة القطاع الخاص ضروريان لخلق فرص اقتصادية وتقليل مخاطر الانزلاق في أتون الصراع مرة أخرى، ولكن بسبب هذه المخاطر المتصورة، غالبا ما تواجه هذه المشروعات الأساسية عقبات من جراء عجز المستثمرين عن الحصول على التمويل، ومن ذلك المشاركة في أسهم رأس المال والإقراض الطويل الأجل من البنوك

¹ يسمينة لعجال، المرجع السابق، ص789.

² ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص171.

التجارية. وبناءً على ذلك يرى هذا التقرير أن سنوات الصراع قد تشوه تصورات المستثمرين للمخاطر، ولاسيما المخاطر التي لا تنشأ عن طبيعة تجارية¹.

وبالرجوع إلى الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار² فإنها تنص في المادة 11 (أ) (4) على أنه:

"(أ) مع مراعاة أحكام الفقرتين (ب) و (ج) من هذه المادة يجوز للوكالة ضمان الاستثمارات الصالحة للضمان ضد الخسائر المترتبة على واحد أو أكثر من أنواع المخاطر الآتية:

(4) الحرب والاضطرابات المدنية

أي عمل عسكري أو اضطرابات مدنية في إقليم الدولة المضيفة الذي تطبق عليه أحكام هذه الاتفاقية وفقاً لنص المادة 66".

كما اقتصرت الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار³ على ضمان مخاطر الحروب والاضطرابات الداخلية دون سواها من الظروف اللاإرادية حيث نصت المادة 18 (1) (د) على أنه: "1- يغطي التأمين الذي توفره المؤسسة كل أو بعض الخسائر المترتبة على تحقق واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية التالية:

د- كل عمل عسكري صادر عن جهة أجنبية أو عن القطر المضيف تتعرض له أصول المؤمن له المادية تعرضاً مباشراً، أو يتسبب في انقطاع أعمال المشروع محل الاستثمار المؤمن عليه بصفة متواصلة لفترة تحدد في عقد التأمين، وكذلك الاضطرابات الأهلية العامة كالثورات والانقلابات والفتن وأعمال العنف ذات الطابع العام أو الأعمال الإرهابية وأعمال التخريب ذات الدوافع السياسية التي يكون لها نفس الأثر".

¹ موجز إعلامي عن الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، البلدان الهشة والمتأثرة بالصراعات، الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، مجموعة البنك الدولي، يناير/كانون الثاني 2015، ص 1.

² مرسوم رئاسي رقم 95-345، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المرجع السابق.

³ اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، نيسان (إبريل) 2015، المرجع السابق.

المطلب الثاني

الدور الوظيفي لعقد ضمان الاستثمار

يؤدي عقد ضمان الاستثمار دوران مهمان بالنسبة لطرفيه الأول هو دور حمائي خاص بالمستثمر المضمون ويتمثل في تأمينه ضد المخاطر غير التجارية كغرض أساسي تضطلع به مؤسسات الضمان (الفرع الأول). هذا التأمين من شأنه إعادة ثقة المستثمرين الأجانب في الدولة المضيفة للاستثمار وتوجيه استثماراتهم نحوها، وهنا يبرز الدور الثاني لعقد الضمان وهو تنمية الدولة المضيفة للاستثمار كغرض تكميلي لمؤسسات الضمان (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تأمين المستثمر الأجنبي كغرض أساسي لمؤسسات الضمان

إن جوهر عملية الضمان هو حصول المستثمر المؤمن له على تعويض يتناسب والضرر الذي يصيبه جراء تحقق واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية المضمونة، غير أن دفع التعويض من مؤسسة الضمان المؤمن لديها يستدعي توفر شروط معينة (أولاً)، فيما يخضع تقدير التعويض لمعايير محددة هي الأخرى (ثانياً).

أولاً- شروط استحقاق التعويض

يعتبر التعويض عن المخاطر المضمونة أحد الأهداف التي تصبو مؤسسات ضمان الاستثمار إلى تحقيقها، حيث نصت المادة 2 من الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار¹ تحت عنوان الأغراض على أن "1- الغرض من المؤسسة هو تأمين المؤمن العربي بتعويضه تعويضاً مناسباً عن الخسائر الناجمة عن المخاطر المحددة في هذه الاتفاقية وذلك عن طريق التأمين المباشر أو إعادة التأمين".

ويتطلب استحقاق التعويض زيادة على الشروط السالف ذكرها والمتعلقة بالمستثمر المضمون توفر مجموعة من الشروط العامة، وبالنسبة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار فإن هذه الشروط حددتها المادة

¹ اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار واتئمان الصادات، نيسان (إبريل) 2015، المرجع السابق.

السابعة من عقد ضمان الاستثمار المباشر الذي أعدته المؤسسة، وكذلك المادة الثامنة من عقد ضمان القروض، حيث أقرت المادة 7/ب من عقد ضمان الاستثمار المباشر¹ ضرورة:

- أن لا تكون المخاطر أو الإجراءات الحكومية المتخذة المنصوص عليها في المادة الثالثة من عقد ضمان الاستثمار المباشر قد تحققت أو اتخذت نتيجة خطأ المستثمر المضمون أو المشروع المستفيد أو قيامه بعمل استفزازي أو عدائي للسلطة العامة في القطر المضيف.

- أن لا يكون الطرف المضمون قد أهمل في اتخاذ كافة الاحتياطات والإجراءات المعقولة لتلافي المخاطر والأضرار المطلوب التعويض عنها، وألا يكون قد أهمل في المحافظة على حقوقه قبل حكومة القطر المضيف أو الغير.

- أن يكون الطرف المضمون قد وفى بالتزاماته المقررة بمقتضى نصوص العقد وبصفة خاصة التزامه بالإخطار الفوري للمؤسسة عن اتخاذ أي إجراء أو حدوث أي ظروف يترتب عليها انعقاد مسؤوليتها بمقتضى عقد الضمان، وكذا التزامه بأن يحول للطرف الضامن (مؤسسة الضمان) حقوقه المتعلقة بالاستثمار وعوائده بالإضافة إلى توابع هذه الحقوق وما يكفلها من ضمانات تجاه المشروع المستفيد أو تجاه الغير أو القطر المضيف، إلى جانب التزامه بتسليم مؤسسة الضمان كافة المستندات الدالة على هذه الحقوق وال ضمانات.

إضافة إلى هذه الشروط العامة التي تطبق على جميع المخاطر الصالحة للضمان، هناك شروط خاصة بكل نوع من أنواع المخاطر المضمونة. هذا ويبقى استحقاق الضمان متوقف على طلب المستثمر المضمون، ولا بد أن يتضمن الطلب القدر الكافي والمعقول من المعلومات اللازمة لتحديد حقوقه حيال مؤسسة الضمان من التعويض، شريطة أن يكون هذا الطلب مدعماً بالمستندات والأدلة المثبتة لما ورد في الطلب، ويجوز لمؤسسة الضمان أن تطلب من الطرف المضمون تقديم أية معلومات إضافية معقولة لاستيفاء طلب التعويض².

¹ ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 175.

² ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع نفسه، ص 181.

وقد تضمنت هذا الحكم المادة 17 من الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار¹ تحت عنوان الدفع بناء على طلبات المستثمرين "يقوم رئيس الوكالة تحت إشراف مجلس الإدارة بإصدار القرارات المتعلقة بدفع مبلغ الضمان بناء على مطالبات المستثمر طبقاً لأحكام عقد الضمان ووفقاً للسياسات التي يضعها مجلس الإدارة. ويجب أن تتطلب عقود الضمان من المستفيدين من الضمان أن يلجئوا إلى الوسائل الإدارية المناسبة المتاحة لهم في ظل قوانين الدولة المضيفة قبل قيام الوكالة بالدفع، كما يجوز أن يشترط في تلك العقود انقضاء فترات معينة معقولة بين وقوع الأحداث التي تستند إليها المطالبات وبين دفع المبالغ المطلوبة".

ومع ذلك، فإن اتفاق الضمان لا يتم بشكل تلقائي. حيث أنه ومن أجل الاستفادة من هذا الضمان، فإنه يجب أن يتوفر الاستثمار المعني على بعض الشروط التي تؤهله لاستحقاق الضمان، وأيضاً توفر شروط من حيث الشكل والمضمون. فمن حيث الشكل، يجب أن يكون المشروع الاستثماري قد تمت الموافقة عليه بالفعل من قبل سلطات الدولة المضيفة، تليها موافقة الشركة. وباستيفاء هذه الشروط، يخضع اتفاق الضمان لتقييم المؤسسة للربحية الاقتصادية للاستثمار والمخاطر التي ينطوي عليها. وفيما يخص الشروط الموضوعية فإن الضمان يقتصر على الأشخاص الطبيعية والاعتبارية من مواطني دولة متعاقدة².

ثانياً - تقدير التعويض

إن أساس قيام عقد ضمان الاستثمار هو تحقق الضرر بالمستثمر المضمون نتيجة خطر مؤمن ضده، فإذا انتفى الضرر فلا تلتزم المؤسسة بتعويض المستثمر المضمون، وفي الحالة التي يتحقق فيها الضرر، فإن مقدار التعويض يتوقف على نطاق الضرر ومداه ولا يجب أن يزيد عنه بأي حال، وهذا ما تقضي به الصفة التعويضية لهذا العقد، كما يترتب على الصفة التعويضية للعقد أن يكون لمؤسسة الضمان حق الرجوع على الدولة المضيفة المتسببة في هذا الضرر لتقتضي منها ما دفعته من تعويض للمستثمر المضمون³.

وتختلف طريقة تحديد مبلغ التعويض بحسب ما إذا كان الاستثمار يتخذ شكل القرض أم أنه في شكل استثمار مباشر في صورة المساهمة في ملكية المشروع الاستثماري، على أن لا يزيد التعويض المدفوع

¹ مرسوم رئاسي رقم 95-345، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المرجع السابق.

² Rola ASSI, Op. cit, p 480.

³ هشام خالد، المرجع السابق، ص 95-96.

للمستثمر المضمون عن قيمة الخسارة التي لحقت به نتيجة لتحقق الخطر المؤمن ضده أو مبلغ التأمين المتفق عليه في عقد التأمين، أيهما أقل¹.

ففي حالة عقد ضمان قرض فإن تحديد مبلغ التعويض يتوقف على طبيعة الخطر المضمون، فإذا كان الخطر المضمون من قبيل المخاطر السياسية أو مخاطر الحرب والاضطرابات الداخلية فإن الحد الأقصى لمبلغ التعويض المستحق للمستثمر المضمون هو 85 % من المبلغ المستحق بجدول السداد المبين بعقد القرض، غير أنه يجوز للمؤسسة حسب سلطتها التقديرية أن تؤدي للمستثمر المضمون مبلغ القرض غير المسدد سواء ما تم استحقاقه منه أو ما لم استحقاقه بالإضافة إلى مبلغ الفوائد غير المسددة إلى يوم أداء التعويض وذلك بحد أقصى لا يتعدى 85 % من إجمالي القرض وفوائده، هذا ولا تلتزم المؤسسة بالتعويض إلا إذا تجاوزت نسبة 15 % من المبلغ المستحق بجدول سداد الديون.

أما إذا كان الخطر المضمون يتعلق بتحويل العملة فإن الحد الأقصى للتعويض هو 90 % من المبلغ المستحق في جدول السداد والذي أدي للمستثمر بالعملة المحلية منقوصاً منه مصاريف التحويل على أن لا تتجاوز 1 %، ولا تلتزم المؤسسة بالتعويض عن الخسائر المتعلقة بالعجز عن التحويل إلا إذا تجاوزت نسبتها 10 % من المبلغ المستحق بجدول السداد.

وفي حالة عقد ضمان الاستثمار المباشر، فإن قيمة التعويض المستحق للمستثمر المضمون تقدر على أساس القيمة الأقل من بين قيمة صافي الاستثمار وقيمة المبلغ الجاري للضمان خلال السنة العقدية التي تحقق فيها الخطر، وذلك بعد ضرب هذه القيمة في نسبة 85 % في حالة تحقق أحد المخاطر السياسية أو مخاطر الحرب والاضطرابات الداخلية، أو في نسبة 90 % في حالة تحقق أحد مخاطر العجز عن التحويل.

الفرع الثاني

تنمية الدولة المضيفة كغرض تكميلي لمؤسسات الضمان

إن موافقة الدولة المضيفة للاستثمار على عقد ضمان الاستثمار ومن ثمة حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة لا تشكل نهاية المطاف أو الهدف الوحيد، فهي ليست إلا وسيلة لتحقيق سياسات التنمية الاقتصادية

¹ هشام خالد، المرجع السابق، ص 281.

للبلاد¹. تتقاطع هذه السياسات مع أهداف مؤسسات الضمان، وتبدأ باستعادة ثقة المستثمرين الأجانب من خلال موافقة الدولة المضيفة على إبرام عقد الضمان ومنه حلول مؤسسة الضمان محل المستثمر المضمون (أولاً) انتهاء إلى توجيه الاستثمارات نحو هذه الدولة للإسهام في العملية التنموية (ثانياً).

أولاً- حلول مؤسسة الضمان في حقوق المؤمن له

إن الأصل في تحقيق التنمية داخل دولة ما هو أن يقوم الاقتصاد الوطني بتوفير التمويل اللازم لعملية التنمية، إلا أن ضعف القدرات المالية لدول العالم الثالث يحتم عليها اللجوء إلى الرساميل الأجنبية للحصول على التمويل، ويعد الاستثمار الأجنبي المنفذ الأنسب للوصول إلى هذه الرساميل². لكن جذب الاستثمار الأجنبي ليس بالأمر الهين في ظل ازدياد المخاوف المتعلقة بالمخاطر غير التجارية مما يستوجب أولاً رفع هذه المخاوف واستعادة ثقة المستثمرين الأجانب.

تبدأ عملية استعادة الثقة بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي من موافقة الدولة المضيفة على إبرام عقد الضمان، إذ أنه لا يمكن إبرام عقد ضمان الاستثمار إلا بعد الحصول على موافقة الدولة المضيفة للاستثمار على هذا الضمان، وهذا ما أخذت به الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار³ في المادة 15 تحت عنوان موافقة الدولة المضيفة بنصها على أنه "لا يجوز للوكالة أن تبرم عقداً للضمان قبل موافقة الدولة المضيفة على قيام الوكالة بضمان الاستثمار ضد المخاطر المطلوب تغطيتها".

وقد حددت حدودها الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار⁴ في المادة 6/15 "يشترط لإبرام عقود التأمين حصول المؤمن له مسبقاً على إذن من السلطة الرسمية المختصة بالقطر المضيف، بتنفيذ الاستثمار وبالتأمين عليه لدى المؤسسة ضد المخاطر المطلوب تغطيتها".

ومبرر ذلك أن الدولة المضيفة للاستثمار وإن لم تكن طرفاً في عقد الضمان ابتداءً، إلا أنها قد تصبح طرفاً في مواجهة مؤسسة الضمان على اعتبار أن هذه الأخيرة ستحل محل المستثمر المضمون في حال تحقق واحد أو أكثر من المخاطر المضمونة. فإذا تم دفع مبلغ من المال للمستثمر عن الأضرار التي تعرض

¹ عصام الدين القسبي، التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون، ص 201.

² مفتاح عامر سيف النصر، الاستثمارات الأجنبية المعوقات والضمانات القانونية 'دراسة مقارنة'، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016، ص 52.

³ مرسوم رئاسي رقم 95-345، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المرجع السابق.

⁴ اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار واتئمان الصادات، نيسان (إبريل) 2015، المرجع السابق.

لها من أي طرف متعاقد فإن مؤسسة الضمان تحل محل المستثمر في مواجهة الطرف المتعاقد المضيف في حدود ما دفعته¹. وهذا وفقا لأحكام المادة 18/أ من الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار² "أ) تحل الوكالة محل المستفيد من الضمان الذي تعوضه أو توافق على تعويضه فيما كان له من حقوق أو مطالبات تتعلق باستثماره المضمون في مواجهة الدولة المضيفة وغيرها من المدينين. وينص عقد الضمان على أحكام وشروط ذلك الحل".

هذه الأحكام أقرتها أيضا المادة 21 من الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار تحت عنوان حلول المؤسسة في حقوق المؤمن له "1- تحل المؤسسة محل المؤمن له الذي تعوضه أو توافق على تعويضه عن خسارة مؤمن عليها وذلك فيما يكون للمؤمن له من حقوق على الاستثمار المؤمن عليه أو ما ينشأ له من حقوق نتيجة لتحقق الخسارة".

إن موافقة الدولة المضيفة للاستثمار على إبرام عقد الضمان لا يمثل قبولها بالحلول فحسب، بل ويعني أيضا تأكيدها على احترام التزامها بعدم التعرض للمستثمر الأجنبي تحت طائلة التعويض عن الضرر الناجم عن تحقق أي خطر من المخاطر المضمونة، مما يجعل عقد ضمان الاستثمار عامل ردع ضد الدولة المضيفة عكس ضمانات الاستثمار التي تقدمها مختلف الدول في قوانين الاستثمار أو في عقود الاستثمار.

ثانيا - السياسة التنموية لمؤسسات ضمان الاستثمار

تقوم السياسة التنموية للوكالة الدولية لضمان الاستثمار على توجيه الاستثمار الأجنبي إلى الدول النامية، ويعتبر ذلك من أهم الدوافع لإبرام الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة، حيث جاء في ديباجة هذه الاتفاقية "وإدراكا (من الدول المتعاقدة) لما يترتب على رفع المخاوف المتعلقة بالمخاطر غير التجارية من تسيير وتشجيع تدفق الاستثمار الأجنبي إلى الدول النامية"³.

ويبرز هذا المسعى من خلال المادة 2 من الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة، والتي تنص تحت عنوان هدف الوكالة وأغراضها على أن "هدف الوكالة هو تشجيع تدفق الاستثمارات للأغراض الإنتاجية بين الدول الأعضاء، تكملة لأنشطة البنك الدولي للإنشاء والتعمير (ويشار إليه فيما يأتي بالبنك) وشركة التمويل الدولية ومنظمات تمويل التنمية الدولية الأخرى".

¹ Rachid ZOUAIMIA, Le régime des investissements étrangers en Algérie, journal de droit international N° 3, Paris 1993, p 403.

² مرسوم رئاسي رقم 95-345، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المرجع السابق.

³ مرسوم رئاسي رقم 95-345، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المرجع نفسه.

وبالرجوع إلى أنشطة البنك الدولي وصندوق النقد الدولي فإنهما يهدفان إلى رفع مستويات المعيشة في بلدانها الأعضاء، متبعان في ذلك منهجين متكاملين لتحقيق هذا الهدف، حيث يركز البنك على التنمية الاقتصادية طويلة الأجل والحد من الفقر من خلال توفير الدعم الفني والمالي لمساعدة البلدان الأعضاء على إصلاح قطاعات معينة أو تنفيذ مشروعات محددة، بينما يركز الصندوق على قضايا الاقتصاد الكلي من خلال تشجيع التعاون النقدي الدولي، وتقديم المشورة بشأن السياسة الاقتصادية والمساعدة الفنية لمعاونة البلدان الأعضاء على بناء اقتصاديات قوية¹.

أما المادة 23 من الاتفاقية وتحت عنوان تشجيع الاستثمار فقد كانت أكثر دقة في تحديد السياسة التنموية للوكالة والقائمة على توجيه الاستثمار إلى الدول النامية "أ- تقوم الوكالة بإجراء الأبحاث، وبالأنشطة اللازمة لتشجيع تدفق الاستثمارات، ونشر المعلومات المتعلقة بالفرص المتاحة للاستثمار في الدول النامية الأعضاء توخياً لتحسين الظروف المتعلقة بتدفق الاستثمار الأجنبي إلى تلك الدول".

وبحكم أنها عضو في مجموعة البنك الدولي، فإن الوكالة الدولية لضمان الاستثمار تتيح مجموعة واسعة من الامتيازات للمستثمرين المنشغلين بضمان استمرارية مشاريعهم الاستثمارية. فعلاوة على ضمان التعويض عن الخسائر المؤكدة، تسمح التغطية التي تتيحها الوكالة الدولية لضمان الاستثمار للمستثمرين والمقرضين الاستفادة من الخدمات التالية: (تسوية النزاعات - الدفع السريع للتعويضات المستحقة - الإفادة من التمويل...)².

وقد ورد في التقرير السنوي للوكالة الدولية لضمان الاستثمار لسنة 2016 أنه "في السنة المالية 2016 قامت الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (MIGA) بتوجيه مستثمرين من القطاع الخاص إلى الأربع محاور ذات الأولوية لدى الوكالة -أفقر البلدان في العالم؛ والبلدان منعدمة الاستقرار والمتأثرة بالصراعات؛ وتغيير المناخ؛ والابتكار- وقامت بالتركيز على زيادة بصمتنا في التأثير الإنمائي من خلال تزويد الملايين بالكهرباء، وتوفير فرص عمل جديدة، ونقل المهارات، وردم الهوة في البنية التحتية".

ويضيف التقرير "امتدت المشاريع في جميع المناطق والقطاعات، حيث تقع 59 في المئة من المشاريع في واحدة على الأقل من المجالات الأربعة ذات الأولوية للوكالة الدولية لضمان الاستثمار (MIGA). في

¹ صندوق النقد الدولي، صندوق النقد الدولي صحيفة وقائع، صندوق النقد الدولي والبنك الدولي، مارس 2016، رابط التحميل: <https://www.imf.org/external/arabic/np/exr/facts/pdf/imfwba.pdf> ، (تاريخ الإطلاع 2018/10/23).

² Multilateral Investment Guarantee Agency, Op. cit, p7.

نهاية العام، كان إجمالي قيمة الضمانات المقدمة من الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (MIGA) 14,2 مليار دولار، منها 45 في المئة في بلدان المؤسسة الدولية للتنمية الأكثر فقرا و 10 في المئة في البلدان الهشة والمتأثرة بالصراعات. وقد خصص من هذا 7,5 مليون دولار للشركاء في شركات إعادة التأمين¹.

هذا وتختلف السياسة التنموية لمؤسسات الضمان الإقليمية عن سياسة الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، حيث تنحصر الأهداف التنموية لمؤسسات الضمان الإقليمية في نطاق جغرافي محدود. وبالاطلاع على الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار - كنموذج عن مؤسسات الضمان الإقليمية - فإن سياستها التنموية موجهة للدول العربية فقط، إذ تهدف إلى توطين رأس المال العربي في الدول العربية بغية تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة في إطار تكامل اقتصادي عربي. وهذا ما يؤكد التقرير السنوي 2016 للمؤسسة إذ يحدد أغراض المؤسسة في عملها على تحقيق هدفين رئيسيين الأول هو توفير خدمات الضمان ضد المخاطر غير التجارية للاستثمارات العربية البينية والأجنبية في الدول العربية، والثاني هو المساهمة في زيادة الوعي الاستثماري العربي من خلال مجموعة من الأنشطة المكتملة والخدمات المساعدة التي تساهم في تطوير بيئة ومناخ الاستثمارات العربية وأوضاعها، وإبراز الفرص الاستثمارية المتاحة وتنمية قدرات الكوادر العربية في هذا المجال².

ولم تشترط الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار في الاستثمار الصالح للضمان أن يساهم في التنمية الاقتصادية للقطر المضيف أو أن يحقق عائدا اقتصاديا للدولة المصدرة للاستثمار، مثلما فعلت بعض أنظمة الضمان الأجنبية، ويذهب البعض إلى تبرير ذلك بأن موافقة الدولة المضيفة للاستثمار على تنفيذ الاستثمار لديها تعد قرينة على تلك الفائدة³.

وفي هذا الإطار فإن الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، إذ تحدد أولويات المؤسسة في المادة 16 منها، فإنها تعطي أولوية خاصة للاستثمارات التالية:

¹ التقرير السنوي للوكالة الدولية لضمان الاستثمار 2016، ضمان الاستثمار ضمان الفرص، الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، مجموعة البنك الدولي، ص6.

² المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وانتماءات الصناديق، التقرير السنوي 2016، الربط http://investinyemen.org/upload/downloads/17_dhaman_rep_2016.pdf تاريخ الاطلاع 2018/12/21، ص1.

³ ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص149.

- الاستثمارات الكفيلة بزيادة التعاون الاقتصادي بين الأقطار المتعاقدة وخاصة المشروعات العربية المشتركة والمشروعات المحققة للتكامل الاقتصادي العربي.
- الاستثمارات التي يثبت للمؤسسة فاعليتها في بناء الطاقات الإنتاجية لاقتصاد الدولة المضيفة.

من خلال ذلك يتضح أن الاتفاقية أعطت أولوية للاستثمارات التي تثبت فاعليتها في بناء الطاقة الإنتاجية للقطر المضيف وهو ما يتفق مع أهداف المؤسسة والمتمثلة في تشجيع انتقال رؤوس الأموال العربية بين الدول الأعضاء، وهو ما يمكن من بناء الطاقات الإنتاجية لهذه الدول، كما أعطت الاتفاقية أولوية للمشروعات المحققة للتكامل الاقتصادي أو المشروعات العربية المشتركة، وهو ما يحقق زيادة في التعاون الاقتصادي بين الأقطار المتعاقدة ويمثل أحد الأهداف البعيدة المرجوة من إنشاء المؤسسة¹.

وتأكد هذا المسعى في الإعلان الختامي لل قمة العربية الاقتصادية والتنمية والاجتماعية المنعقدة في الكويت يومي 19 و 20 جانفي 2009 والذي جاء فيه "تفقد تم اتخاذ القرارات اللازمة التي تضمن الارتقاء بمستوى معيشة المواطن العربي وإعطاء الأولوية للاستثمارات العربية المشتركة، وإفساح المجال للمزيد من الفرص للقطاع الخاص والمجتمع المدني للمشاركة في عملية النمو والتنمية الاقتصادية والاجتماعية، وكذلك في تدعيم مشروعات البنية الأساسية، وتنمية قطاعات الإنتاج، والتجارة، والخدمات، والمشروعات الاجتماعية، وحماية البيئة بالإضافة إلى مشروعات الربط الكهربائي ومخطط الربط البري العربي وبرامج الأمن المائي والغذائي، بهدف تحقيق التكامل الاقتصادي العربي"².

¹ ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 149-150.

² محمد صفوت قابل، المدخل التجاري للتكامل الاقتصادي العربي، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، أعمال المؤتمرات، التنافسية وأثرها على الاستثمارات العربية، مصر، 2011، ص 237.

خلاصة الفصل الأول:

خلاصة ما تقدم في هذا الفصل أنه وفي ظل تنامي المخاطر غير التجارية التي تهدد الاستثمار الأجنبي في مختلف دول العالم الثالث، أو على الأقل ارتفاع مخاوف المستثمرين المحتملين من مخاطر قد تكون مبررة أو غير مبررة في هذه الدول، وعلى اعتبار أن دول العالم الثالث هي دول تعوزها التنمية في ظل نقص التمويل الداخلي وضعف مؤهلات المؤسسات الوطنية، مما يجعلها دولا مستوردة لرأس المال الأجنبي في صورة استثمارات أجنبية مباشرة.

الأمر الذي يحتم عليها تقديم التزامات في صورة ضمانات لاستعادة ثقة المستثمرين الأجانب، إلا أن عدم وجود سلطة عليا تضمن احترام الدول المضيفة للاستثمار لهذه الضمانات كان دافعا للبحث عن آليات لتفعيل هذه الأخيرة حتى لا تبقى مجرد التزامات أدبية تبديها الدول المضيفة، وهذا ما تضطلع به مؤسسات ضمان الاستثمار الإقليمية منها والدولية.

وتختص مؤسسات ضمان الاستثمار في إصدار ضمانات بما في ذلك المشاركة في التأمين وإعادة التأمين ضد المخاطر غير التجارية لصالح الاستثمارات في دولة عضو التي تفتد من الدول الأعضاء الأخرى. فهي تقدم غطاءا تأمينيا للاستثمارات الصالحة للتأمين ضد الخسارة المترتبة على تحقق واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية والمتمثلة في المصادرة، والإخلال بالعقود، والحروب، والاضطرابات المدنية، والإرهاب، والتخريب، وأيضا مخاطر تحويل العملة.

ويبرز دور مؤسسات ضمان الاستثمار في حماية التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية من خلال تعزيز الثقة بين الأطراف المتعاقدة حيث تعمل هذه المؤسسات على تحقيق أهداف أساسية تتمثل في ضمان الاستثمارات ضد المخاطر غير التجارية المذكورة سلفا، وذلك من خلال تعويض المستثمر المضمون عن تحقق واحد أو أكثر من المخاطر المشمولة بالتأمين، حيث تتولي هذه المؤسسات عملية إبرام عقود ضمان تحل بموجبها محل الطرف المتعاقد مع الدولة المضيفة، وتلتزم هذه الأخيرة بدفع تعويضات عن كل مساس بالعقد يشكل خرقا للضمانات المقدمة. وهي العملية التي تحفز الاستثمارات الأجنبية على التوجه إلى الدول التي توافق على إبرام عقد الضمان.

وفي مقام ثان تعمل مؤسسات الضمان على تحقيق أهداف ثانوية مكملة لهدفها الأساسي في تأمين وضمان الاستثمارات، وتتمثل أهدافها الثانوية في العمل على تنمية الدولة المضيفة للاستثمار من خلال العديد من البرامج المعدة لذلك. هذا وتختلف السياسة التنموية لمؤسسات الضمان الإقليمية كالمؤسسة العربية لضمان الاستثمار مثلا عن سياسة الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، حيث تنحصر الأهداف التنموية لمؤسسات الضمان الإقليمية في نطاق جغرافي محدود.

الفصل الثاني:

التحكيم الدولي كآلية قضائية لحل منازعات الاستثمار

الفصل الثاني

التحكيم الدولي كألية قضائية لحل منازعات الاستثمار

حرصا من المشرع الجزائري على حماية التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية منذ نشأتها وإلى غاية تنفيذها، وتحسينها ضد كل التصرفات التي من شأنها أن تمس باستقرار الرابطة العقدية أثناء تفسير العقد أو خلال مرحلة تنفيذه، فقد أقر المشرع الجزائري فيما أقره من الضمانات الممنوحة للاستثمارات حق الأطراف في اللجوء إلى التحكيم الدولي، ويعتبر التحكيم الدولي ضمانة إجرائية يحرص المستثمر الأجنبي على توفرها قبل خوضه لأية تجربة استثمارية في الدولة المضيفة، وذلك لاعتبارات تتعلق بالاستقلالية والحياد فضلا عن مبررات السرعة في الفصل في المنازعات وقلّة التكاليف وخبرة المحكمين التي طالما تم نسبها للتحكيم الدولي (المبحث الأول). وبما أن قيمة التحكيم الدولي تتوقف على مدى تحقق الهدف النهائي من التحكيم، والمتمثل في إعادة التوازن الاقتصادي المختل لعقود الاستثمار الدولية، فإن ذلك لن يتأتى إلا بكسب رهان فاعلية الأحكام وعدالتها (المبحث الثاني).

المبحث الأول

التحكيم الدولي ضمانة إجرائية لصالح المستثمر الأجنبي

شهد النصف الثاني من القرن العشرين تنامي ظاهرة التحكيم التجاري الدولي، وأصبحت معظم عقود الاستثمار الدولي والعقود الدولية بصفة عامة لا تتم بغير شرط أو اتفاق تحكيمي، ويبرر ذلك برغبة أطراف المعاملات التجارية في التحرر من قيود القوانين الوطنية، وتفادي بطء وتعدد إجراءات التقاضي هذا فضلا عن أن التحكيم يخول أطرافه اختيار القانون الذي يطبق على الموضوع والإجراءات التي يتم اتباعها، واختيار المحكمين ومكان التحكيم ولغته¹.

وقد سابر المشرع الجزائري هذا التطور بمناسبة التحولات الاقتصادية الكبرى التي عرفت بها البلاد في تسعينيات القرن الماضي، حيث برزت سياسة اقتصادية ترمي للانفتاح على الاستثمار الأجنبي وتشجيعه من خلال تقديم ضمانات مختلفة لعل أهمها هو إقرار المشرع الجزائري ضمان اللجوء إلى التحكيم الدولي كبديل عن القضاء الوطني المختص متى تراضى عليه الطرفان المتعاقدان -الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي- (المطلب الأول) وربط اللجوء إلى التحكيم الدولي باتباع الطرق التي أقرها القانون لذلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إقرار التحكيم كطريق بديل لحل منازعات الاستثمار الدولي

رغم وجود بعض الإرهاصات المتعلقة بالتحكيم الدولي في عقود البترول الجزائرية المبرمة عادة الاستقلال، إلا أن المشرع الجزائري لم يعتمد التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لحل المنازعات إلا سنة 1993 بمناسبة التحول من النظام الاشتراكي إلى النظام الرأسمالي والانفتاح على الاستثمار الأجنبي، حيث تم تكريسه بموجب قانون الإجراءات المدنية الملغى، الذي أضاف إلى الكتاب الثامن فصلا رابعا تحت عنوان (في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي).

¹ عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، إشكالية التدابير المؤقتة في التحكيم التجاري الدولي، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون، الفترة من 28 إلى 30 أبريل 2008، ص 739.

أما قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد فخصص الفصل السادس من الكتاب الخامس (المواد من 1039 إلى 1061) للتحكيم التجاري الدولي، ليؤكد القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار¹ ما جاء به الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار، الملغى، من حيث اعتبار التحكيم الدولي طريق بديل لتسوية النزاعات المتعلقة بعقود الاستثمار الدولية بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية. ولإحاطة أكثر بهذه الآلية ينبغي بداية معرفة أساس اللجوء إلى التحكيم (الفرع الأول) ثم شروط قيام اتفاق التحكيم (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أساس الحق في اللجوء إلى التحكيم الدولي

يجد الحق في اللجوء إلى التحكيم الدولي أساسه في النصوص القانونية المنظمة للتحكيم الدولي سواء تلك التي تضمنها التشريع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو تلك الموجودة ضمن الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف التي انضمت إليها الدولة الجزائرية (أولا) ثم في اتفاق الأطراف على اختيار التحكيم كطريق بديل لحل نزاعاتهم المتعلقة بالاستثمار (ثانيا).

أولا- الأساس القانوني للتحكيم في منازعات الاستثمار الدولية

المحكم هو قاض يضطلع بمهمة قضائية على غرار الولاية القضائية، والفرق الوحيد بينه وبين القاضي هو أصل مهمته التي هي نتيجة إرادة الأطراف أو القانون². فبالرغم من كون التحكيم هو قضاء بديل يستمد وجوده من إرادة الأطراف سواء في تقرير اللجوء إليه أو في تشكيل محكمة التحكيم وضبط الإجراءات المتبعة أمامها وكذا القانون الواجب التطبيق على النزاع، إلا أنه من غير المتصور في عقود الاستثمار الدولية اللجوء إلى التحكيم دونما اعتماده كوسيلة لحل المنازعات من طرف الدولة المضيفة للاستثمار.

1. الأساس القانوني للتحكيم الدولي في التشريع الجزائري

بعد تردد طويل في اعتماد التحكيم كطريق بديل لتسوية منازعات الاستثمار وقبول ضيق له في الاتفاق الجزائري الفرنسي لسنة 1965 وبعض عقود البترول وذلك بسبب النهج الاشتراكي الذي كانت تسلكه

¹ قانون رقم 09-16، يتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

² A. CABANIS, L'apparition de l'arbitrage comme mode alternatif de règlement des différends, Les modes alternatifs de règlement des conflits, Colloque international Alger 06 – 07 Mai 2014, Les Annales N°: 3/2014, Université d'Alger 1, p 79.

الجزائر منذ الاستقلال وإلى بداية التسعينيات أين شهدت الجزائر تحولات سياسية واقتصادية عميقة تبنت خلالها النظام الرأسمالي كنظام اقتصادي، وترجمت هذا التوجه بالانفتاح على التحكيم من خلال المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية الصادر سنة 1966، الملغى.

وعلى صعيد النشاطات الاقتصادية القطاعية فقد اعتمد المشرع الجزائري التحكيم كآلية بديلة لحل منازعات الاستثمار بجميع أنواعه، سواء كان الاستثمار في مجال النشاطات الاقتصادية لإنتاج السلع والخدمات أو في مجال المحروقات الذي يعتبر المجال الأصلي للتحكيم، وقد تم التعبير عن هذا الواقع بأن "التحكيم في الجزائر يحمل رائحة النفط نتيجة ارتباط تاريخي"¹، وحتى في مجال الاستثمار العمومي والذي يطلق عليه في بعض التشريعات المقارنة تسمية المشتريات الحكومية.

فبالنسبة للنزاعات التي تنشأ عن عقود الاستثمار الدولية المبرمة في النشاطات الاقتصادية لإنتاج السلع والخدمات، فإن اعتماد التحكيم كآلية لتسوية المنازعات التي تثور بشأنها هو أمر مستقر منذ صدور المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار، الملغى، مروراً بالأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، الملغى هو الآخر، وقد أعاد المشرع الجزائري النص عليه في المادة 24 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار²، مشروطاً بوجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية مع دولة المستثمر تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو وجود اتفاق مع المستثمر على اللجوء إلى التحكيم، حيث تنص المادة 24 على أنه "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليمياً، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص".

أما بالنسبة للنزاعات التي تنشأ عن عقود الاستثمار الدولية المبرمة في مجال المحروقات فإن إقرار التحكيم فيها يرجع إلى الاتفاق الجزائري الفرنسي سنة 1965، وتشريعياً فقد خص المشرع الجزائري -بشأنها- المستثمرين الأجانب دون الوطنيين بضمان اللجوء إلى التحكيم الدولي لتسوية هذه النزاعات حيث نصت

¹ Farida HOCINE, Op. Cit, p 14.

² قانون رقم 16-09، يتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

المادة 3/58 من قانون المحروقات الجزائري¹ على أنه "يخص اللجوء إلى التحكيم الدولي أعلاه، الأشخاص المكونين للمتعاقد، دون سواهم، ولا يخص المؤسسة الوطنية سوناطراك، شركة ذات أسهم"، وذلك بعد أن أقرت الفقرة الأولى أنه "يسوى كل خلاف بين الوكالة الوطنية لتأمين موارد المحروقات (النفط) والمتعاقد، بنجم عن تفسير و/أو تنفيذ أو عن تطبيق هذا القانون و/أو النصوص المتخذة لتطبيقه، عن طريق إجراء تسوية ودية وفق الشروط المنفق عليها في العقد.

في حالة إخفاق هذا الإجراء، يمكن عرض الخلاف للتحكيم الدولي حسب الشروط المنفق عليها في العقد".

وعمليا فقد أبرمت الجزائر عدة عقود في مجال البترول مع الشركات الأجنبية الخاصة تضمنت شرط التحكيم، ومن هذه العقود العقد المبرم مع شركة GETTY الأمريكية والذي استمر حتى بعد تأميم المحروقات سنة 1971².

ولا يختلف الوضع عن سابقه بخصوص النزاعات التي تنشأ عن عقود الاستثمار الدولية المبرمة في مجال الاستثمار العمومي (الصفقات العمومية)، إذ أجاز المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات المتعلقة بمادة الصفقات العمومية، في تحول عميق عن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين السائد في القانون الإداري والذي يعني منح الدولة موقعا ممتازا في مواجهة المتعامل المتعاقد. حيث نصت المادة 975 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه "لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه، أن تجري تحكما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية".

وتضيف المادة 976 من نفس القانون "تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون، أمام الجهات القضائية الإدارية.

عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين.

¹ قانون رقم 05-07، يتعلق بالمحروقات معدل ومتمم، المرجع السابق.

² لزه بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 60.

عندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء على التوالي، بمبادرة من الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي.

عندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثلها القانوني، أو من ممثل السلطة الوصية التي يتبعها".

إذن فقد وسع المشرع الجزائري من نطاق التحكيم ليشمل لأول مرة مادة الصفقات العمومية بصور القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلال المادة 975 منه، بعد أن كانت المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية تخضع بشكل حصري للقضاء الإداري على اعتبار أن الصفقات العمومية هي عقود إدارية¹، وذلك لأن أحد أطرافها هي الدولة أو البلدية أو إحدى الهيئات أو المؤسسات العمومية الأخرى² فيكون الاختصاص فيها للقضاء الإداري إعمالاً للمعيار العضوي المكرس بنص المادة 800 من ق. إ. م. إ³ "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية.

تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها".

ثم جاءت المادة 976 من ق. إ. م. إ لتوضح الأحكام التي يخضع لها التحكيم في مادة الصفقات العمومية، بالإحالة إلى "الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون" حسب المادة 1/976 سألغة الذكر، مع عقد الاختصاص للجهات القضائية الإدارية وفقاً للفقرة نفسها "تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون، أمام الجهات القضائية الإدارية".

¹ تنص المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق، على أن "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".

² تنص المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع نفسه، على أنه "لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

- الدولة،
 - الجماعات الإقليمية،
 - المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،
 - المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.
- وتدعى في صلب النص "المصلحة المتعاقدة".

³ قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

ويعني ذلك أنه يتم تطبيق الأحكام المنظمة للتحكيم الداخلي إذا كان المتعهد وطنياً، أما إذا كان المتعهد أجنبياً وبالتالي يكون العقد دولياً وهو موضوع هذه الدراسة فتطبق الأحكام المنظمة للتحكيم التجاري الدولي الواردة ضمن الباب الثاني من الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

لتوضح المادة 976 في فقراتها 1، 2، و3 الطرف الذي يمثل المصلحة المتعاقدة في الخصومة التحكيمية في مواجهة المتعهد الأجنبي، وهو الوزير المعني أو الوزراء المعنيين عندما يكون التحكيم متعلقاً بالدولة والوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي على التوالي عندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية، والممثل القانوني أو ممثل السلطة الوصية التي تتبعها المؤسسة عندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية.

II. الأساس القانوني للتحكيم الدولي في الاتفاقيات الدولية

فضلاً عن النصوص التشريعية التي تم استعراضها والتي تقرر التحكيم كضمانة إجرائية لصالح المستثمر الأجنبي فقد انضمت الجزائر إلى عدة اتفاقيات دولية تتعلق بالتحكيم، وعلى اعتبار أن الاتفاقيات المصدق عليها من طرف رئيس الجمهورية تصبح جزءاً من القانون الوطني فإن هذه الاتفاقيات لعبت دوراً بالغ الأهمية في تقرير الحق في اللجوء إلى التحكيم الدولي والتأسيس له.

وتعتبر اتفاقية اعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها التي أقرها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958، والتي انضمت إليها الجزائر بتحفظ سنة 1988 وذلك بموجب المرسوم رقم 88-233¹، كنموذج فريد في مجال التحكيم الدولي، وبالرغم من أن اتفاقية نيويورك ركزت اهتمامها على تحديد شروط الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها. إلا أنها جعلت على عاتق الدول المنظمة إليها

¹ مرسوم رقم 88-233، يتضمن الانضمام، بتحفظ، إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، المرجع السابق.

التزاما بالاعتراف باتفاقات الأطراف على التحكيم، وكذا إحالتهم على التحكيم بناء على طلب أحد الأطراف طالما كان اتفاق التحكيم صحيحا ويمكن تطبيقه¹، حيث تنص المادة 2 منها على أن:

"(1) تعتمد كل دولة من الدول المتعاقدة الاتفاقية المكتوبة التي يلتزم فيها الأطراف بأن تعرض على التحكيم جميع الخلافات أو بعض الخلافات التي قامت أو يمكن أن تقوم بينها بخصوص علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أم غير تعاقدية تتضمن قضية من شأنها أن تسوى عن طريق التحكيم.

(2) المراد "بالاتفاقية الكتابية" هو الشرط التحكيمي المدرج في العقد أو في اتفاق التحكيم الموقع من أطراف أو المتضمن في رسائل أو برقيات متبادلة.

(3) تقوم أية دولة متعاقدة، يرفع إليها نزاع بشأن قضية أبرم الأطراف بخصوصها اتفاقية حسب مفهوم هذه المادة، بإحالة الأطراف على التحكيم، بناء على طلب أحد الأطراف، إلا إذا لاحظ أن الاتفاقية المذكورة باطلة، أو عديمة التأثير، أو لا يمكن تطبيقها".

كما أن انضمام الجزائر إلى اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى والمعروفة باتفاقية واشنطن لسنة 1965 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95 - 346²، كان له أثره في تقنين حق أطراف عقود الاستثمار الدولية في اللجوء إلى التحكيم الدولي، حيث تنص المادة الأولى من اتفاقية واشنطن على إنشاء مركز دولي لتسوية منازعات الاستثمار يكون غرضه توفير طريقي التوفيق والتحكيم من أجل تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، وهذا نصها:

"1- ينشأ، بمقتضى هذه الاتفاقية، مركز دولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات (والذي يسمى فيما يلي - المركز).

¹ جاء في مذكرة من الأمانة صادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي تحت عنوان دليل الأونسيترال بشأن اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك، 1958) ما يلي: "وقد كان القصد من نطاق اتفاقية نيويورك في البداية أن يقتصر على الاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها مع استثناء اتفاقات التحكيم. وبينما أثبتت مسائل تتعلق بصلاحيات اتفاقات التحكيم في سياق المناقشات بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها فيما يتعلق بالمادة الرابعة (1) (ب) والمادة الخامسة (1) (أ) من الاتفاقية. لم يقرر واضعو الصياغة إدراج حكم محدد بشأن الاعتراف باتفاقات التحكيم وتنفيذها سوى أثناء انعقاد المؤتمر، قبل أقل من ثلاثة أسابيع على اعتماد الاتفاقية. وحتى ذلك الوقت، كان معظم الأحكام الأخرى قد اعتمد من قبل ولم تعدل لتتضمن هذه الإضافة الأخيرة. وهذا يفسر لم لم يذكر الاعتراف باتفاقات التحكيم وتنفيذها في عنوان الاتفاقية أو في أي أحكام أخرى، بما فيها المادتان الأولى والسابعة". انظر الرابط <http://newyorkconvention1958.org/pdf/a-cn-9-814-add1-2-a.pdf> ص4.

² مرسوم رئاسي رقم 95 - 346، ينضم المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المرجع السابق.

2- وغرض المركز هو توفير طريقي التوفيق والتحكيم من أجل تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات، التي تقوم بين الدول المتعاقدة الأخرى من ناحية ثانية، طبقاً لأحكام الاتفاقية الحالية".

ولئن كانت المادة 25 من اتفاقية واشنطن تنص على الطابع الاختياري والاتفاقي في آن واحد بين طرفي النزاع في اللجوء إلى تحكيم المركز من عدمه، بنصها على أنه:

"1- يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة ورعايا دولة متعاقدة أخرى، والتي تتصل اتصالاً مباشراً بأحد الاستثمارات، بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز. ومتى أبدى طرفا النزاع موافقتهم المشتركة فإنه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده". إلا أن توسع هيئات تحكيم المركز في تفسير المادة 25 من الاتفاقية جعلها تخرج عن هذا المبدأ حيث صار اختصاص المركز ينعقد وفقاً لضوابط أخرى على النحو السابق بيانه.

ورغم محاولة بعض الدول، في بعض الأحيان، فرض اختصاص قضائها الوطني استناداً إلى أحكام المادة 26 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 المتضمنة إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، والتي تنص على أنه "يجوز للدولة المتعاقدة أن تشترط لموافقتهما على طرح النزاع على التحكيم في نطاق هذه الاتفاقية، استيفاء طرق التسوية الداخلية سواء الإدارية أو القضائية"، هذه الأحكام التي تشكل في الواقع نوع من التبعية لاختصاص قضاء الدولة المضيفة بالمقارنة للتحكيم¹. إلا أن الإفلات من هذه الأحكام أصبح ممكناً على النحو المبين أعلاه.

ثانياً - الأساس الاتفاقي للتحكيم في منازعات الاستثمار الدولية

إن القاعدة الأساسية في التحكيم بشكل عام هي أن التحكيم يقوم أساساً على عنصر الإرادة، فالإرادة هي التي توجده ولا بد من توافق إرادتي طرفي العقد على اللجوء إليه، ويرى في ذلك الأستاذ عبد الحميد الأحذب أن التحكيم يقوم أساساً على حرية التعاقد منذ بدايته وحتى نهايته، فهو بذلك يقوم على مجموعة من الحريات تبدأ بنزع الاختصاص من القضاء وإعطائه للتحكيم، ثم حرية اختيار مكان التحكيم والقانون المطبق على النزاع وعلى إجراءات المحاكمة وتنفيذ الحكم².

¹ Yakout AKROUNE, Op. cit, p 174.

² خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة، الأردن، 2014، ص 396-397.

فأصل التحكيم يجعل منه عدالة خاصة بفضل الإمكانية الممنوحة للأطراف لاختيار المحكم ولتحديد، وعن طريق الاتفاق ووفق الحدود التي يتيحها القانون، المهمة الموكلة للمحكم، مما يظهر الطبيعة الهجينة للمؤسسة التحكيمية التي يكون فيها المحكم قاض خاص لا يحكم باسم الدولة¹. فالاتفاق التحكيم هو تصرف يحكمه سلطان الإرادة فلا يمكن إرغام أي طرف على عقد هذا الاتفاق، غير أنه ولكي ينتج اتفاق التحكيم آثاره القانونية اشترط فيه المشرع الجزائري أن يرد وفق صور محددة لكي يقره القانون ويحميه، وقد ميز المشرع الجزائري بين اتفاق التحكيم في التحكيم الداخلي واتفاق التحكيم في التحكيم التجاري الدولي، حيث أقر صورتان من صور الاتفاق على التحكيم فيما يخص التحكيم الداخلي وهما شرط التحكيم ومشاركة التحكيم.

- **شرط التحكيم:** عرف المشرع الجزائري شرط التحكيم من خلال نص المادة 1007 من ق. إ. م. إ² على أن "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".

ولكي يتحقق شرط التحكيم وفق هذه المادة يجب أن يكون اتفاق الأطراف على عرض النزاع الذي قد يثور بينهم على التحكيم سابقا على نشوء النزاع، ويتخذ شرط التحكيم صورتين الأولى أن يدرج في صلب العقد أو المعاملة الأصلية بين الأطراف، ويكون شرطا ضمن باقي شروط العقد أو بندا من بنوده، ويرد عادة في نهاية المحرر أو الورقة المدون بها أحكام العقد، أما الصورة الثانية فيرد فيها شرط التحكيم في اتفاق مستقل عن العقد أو المعاملة الأصلية³.

ويجب أن يستوفي شرط التحكيم الشروط الشكلية التي حددتها المادة 1008 من ق. إ. م. إ⁴، تحت طائلة البطلان، حيث نصت على أنه "يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها".

يجب أن يتضمن شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كفاءات تعيينهم".

¹ A. CABANIS, Op. cit, p 79.

² قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

³ لزه بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 50.

⁴ قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع نفسه.

وعليه فإن الشروط الشكلية لصحة شرط التحكيم هي شرط الكتابة سواء كان ذلك في العقد الأصلي أو في وثيقة ملحقة به، والشرط الآخر هو تعيين المحكم أو المحكمين الذين سيتولون مهمة الفصل في النزاع، أو تحديد كليات تعيينهم بالإحالة إلى قانون معين.

- **مشاركة التحكيم:** عرف المشرع الجزائري مشاركة التحكيم من خلال تعريف اتفاق التحكيم حيث نص في المادة 1011 من ق. إ. م. إ¹ على أن "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم".

فمشاركة التحكيم هي اتفاق أطراف العلاقة القانونية على تسوية ما ثار بينهم من منازعات بشأن هذه العلاقة بواسطة التحكيم، وعليه فإن الاتفاق على مشاركة التحكيم لا يمكن أن يتم إلا بعد نشوء النزاع، ووقوع الخلاف بين أطراف العلاقة القانونية، ولا يتم اللجوء إلى مشاركة التحكيم إلا إذا خلا العقد من شرط التحكيم، وهذا يترتب عليه تحرير مشاركة التحكيم في مستند مستقل عن العقد الأصلي لأنها تأتي بعد تحرير العقد ونشوب النزاع بشأن تفسيره أو تنفيذه².

ويشترط لصحة مشاركة التحكيم توفر شروط شكلية تتمثل في وجوب أن تحرر مشاركة التحكيم كتابة، وأن تتضمن موضوع النزاع من خلال تحديد الوقائع المنتجة بدقة وهذا يقربها من عريضة الدعوى حيث يجب أن تتضمن نقاط الخلاف بين الأطراف³، إضافة إلى ذكر أسماء المحكمين الذين سيعهد إليهم الفصل في النزاع، وفي حال عدم تعيين المحكمين فيجب أن يشار في مشاركة التحكيم إلى كيفية تعيينهم، كأن يشار إلى تعيينهم وفقا للإجراءات التي يتبعها مركز تحكيمي معين. وهذا وفقا لأحكام المادة 1012 من ق. إ. م. إ⁴ التي تحدد الشروط الشكلية لمشاركة التحكيم بنصها على أنه:

"يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا.

يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم".

¹ قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

² لزه بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 51.

³ لزه بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، المرجع نفسه، ص 51.

⁴ قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع نفسه.

أما بخصوص التحكيم التجاري الدولي فقد أقر المشرع الجزائري صورة واحدة جامعة بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، ألا وهي اتفاقية التحكيم التي تتسع لتشمل النزاعات التي سبق نشوؤها أو القائمة بمفهوم مشاركة التحكيم، وكذا النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد بمفهوم شرط التحكيم، حيث نصت المادة 1/1040 من ق. إ. م. إ¹ على أنه "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية". وتعرف اتفاقية التحكيم بأنها العقد الذي بواسطته يلتزم الأطراف على حل نزاعاتهم، التي سبق نشوؤها أو التي قد تنشأ، بواسطة محكمين وليس عن طريق الجهات القضائية في الدولة².

وترى الدكتورة حفيظة السيد الحداد أن التفرقة بين هاتين الصورتين من صور الاتفاق على التحكيم ليست لها أية قيمة تذكر على صعيد التحكيم التجاري الدولي. وعلى صعيد التشريعات الحديثة المنظمة للتحكيم فإن القانون الفرنسي قد تبنى التفرقة بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم في وقت سابق، إلا أنه قد تراجع عن هذه التفرقة وأدمجها تحت مسمى واحد وهو اتفاق التحكيم، فيما لم يرق قانون المرافعات البلجيكي لسنة 1972 أي وزن للتفرقة بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، أما القانون الدولي الخاص السويسري فقد ذهب أبعد من ذلك حيث انتقد هذه التفرقة. كما أخذت المعاهدات الدولية الحديثة على غرار اتفاقية نيويورك الموقعة في 10 يونيو 1958 ومعاهدة جنيف الموقعة في 21 أبريل 1961 بمسمى اتفاق التحكيم³.

الفرع الثاني

شروط قيام اتفاق التحكيم الدولي

إن اتجاه إرادة طرفي عقد الاستثمار الدولي إلى تسوية النزاعات الناتجة عن هذا العقد أو التي قد تنتج عنه عن طريق التحكيم الدولي ليست كافية وحدها لإنتاج أثرها، وهنا يبرز دور القواعد القانونية المنظمة لاتفاق التحكيم على اعتبار أنه عقد تنطبق عليه الضوابط التي تحكم العقود جميعا، أي أنه يقوم على نفس الأركان والشروط التي تقرها القواعد العامة للعقد، والتي تقتضي توفر شروط معينة لصحة التصرف، وتقسّم هذه الشروط إلى شروط موضوعية (أولا) وشروط شكلية (ثانيا).

¹ قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

² Philippe FOUCHARD et autres, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, France, 1996, p 395.

³ حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، مصر، 1996، ص 17.

أولاً- الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم

يعكس اتفاق التحكيم إرادة والتزام الأطراف بتسوية نزاعاتهم عن طريق التحكيم، وبالتالي فإن القانون العام للعقود هو الذي سيتم تطبيقه، مع مراعاة بعض الخصوصيات التي تأتي من جهة من المواد التي يمكنها أن تكون موضوعاً للتحكيم، ومن جهة أخرى من القدرة على الوصول إلى حل وسط¹. وبذلك فإن الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم هي ذات الشروط التي يستوجبها القانون لصحة أي عقد من تراض ومحل وسبب.

1. التراضي: يعتبر الاتفاق على التحكيم عقداً من عقود القانون الخاص يسوده مبدأ سلطان الإرادة وتسري عليه القواعد المستقرة في النظرية العامة للعقد، وبناءً على ذلك فلا بد لقيام الاتفاق على التحكيم من وجود التراضي بين طرفي العقد الأصلي على عرض خلافاتهم بشأن هذا العقد على التحكيم عملاً بأحكام المادة 59 من ق.م² التي تنص على أنه "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

وبالتالي فإن الحق في اللجوء للتحكيم لا يمكن ممارسته بالإرادة المنفردة لأحد طرفي العقد، ولا يتصور قيام هذا الحق بمجرد أن يدعي الشخص حقاً أو مركزاً قانونياً، ولكنه يتواجد إذا ما تحقق رضا الطرفين على اللجوء إلى التحكيم أو بعبارة أخرى رضائه بإحالة المنازعة لجهة مختارة بدلاً من إحالة المنازعة إلى المحكمة الوطنية المختصة. فما لم يستطع أحد الأطراف الحصول على رضا الطرف الآخر في اللجوء إلى التحكيم، فلن يستطيع بمفرده إحالة النزاع إلى التحكيم، وما عليه إلا الرجوع إلى القضاء الوطني المختص أصلاً³.

ويتحقق التراضي في اتفاق التحكيم بتبادل الإيجاب والقبول بين طرفي العقد الأصلي، ويستوي في ذلك أن يكون التعبير عن الإرادة بالكتابة أو باللفظ وحتى بالإشارة القاطعة الدلالة على قصد من صدرت منه وفقاً لما نصت عليه المادة 60 من ق.م⁴ "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه.

¹ A. CABANIS, Op. cit, p 80.

² أمر رقم 75-58، ينضمن القانون المدني معدل ومتمم، المرجع السابق.

³ محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص 405-406.

⁴ أمر رقم 75-58، ينضمن القانون المدني معدل ومتمم، المرجع نفسه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون على أو ينفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

ويرتب التعبير عن الإرادة آثاره القانونية حسب المادة 61 من ق.م¹ "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه، بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك".

ويتحقق التراضي في اتفاق التحكيم بتحقيق التراضي على العقد الأصلي إذا كان اتفاق التحكيم هو بنود من بنود هذا الأخير أو شرطاً من شروطه، كما قد يكون التراضي في اتفاق التحكيم منفصلاً ومستقلاً عن التراضي بشأن العقد الأصلي إذا كان الاتفاق على التحكيم لاحقاً على إبرام العقد الأصلي، والحال هذه فإن التراضي يتحقق بقبول التحكيم ذاته كموضوع للعقد. ويثبت التراضي على اللجوء إلى التحكيم بالكتابة وتوقيع الأطراف على اتفاق التحكيم.

والملاحظ في عقود الاستثمار الدولية أن غالبية هذه العقود تبرمها كيانات منفصلة عن الدولة، حتى أن حصول التراضي حولها وتوقيعها قد يسبق أحياناً وجود مذكرة تفاهم أو مذكرة اتفاق، تتضمن عرضاً عاماً للمشروع. لكن اتفاقية واشنطن قد عالجت هذا الطرح بالقول إن "اختصاص المركز يمتد ليشمل النزاعات ذات طبيعة قانونية بين دولة متعاقدة (أو هيئة عامة أو هيئة خاضعة لها) ومواطني دولة أخرى متعاقدة الذين لهم علاقة مباشرة باستثمار معين، وأن الأطراف قد وافقوا كتابة على تحكيم المركز. ومتى أعطى الأطراف موافقتهم، فلا يجوز لأي منهم سحبها من جانب واحد".²

2. أهلية التعاقد: إن تحقق شرط الرضاء لا يستقيم إلا إذا كان صادراً عن أطراف ذات أهلية كاملة وغير معيبة، وللتحقق من أهلية أطراف عقود الاستثمار الدولية التي تتم بين الدولة المضيفة أو إحدى الأجهزة التابعة لها من جهة وبين مستثمر أجنبي خاص من جهة أخرى، فإنه ينبغي الرجوع إلى القواعد العامة التي تحكم أهلية هذه الأطراف في التعاقد.

¹ أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، المرجع السابق.

² Yakout AKROUNE, Op. cit, p 180.

حيث نصت المادة 1006 من ق. إ. م. إ¹ على "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم. ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

إن الخطاب في هذه المادة موجه إلى الأشخاص الطبيعية والأشخاص الاعتبارية على حد سواء، حيث أجاز المشرع لكل شخص له مطلق التصرف في حق من الحقوق أن يلجأ إلى التحكيم لحماية هذا الحق. فيما حظر التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو بالحالة والأهلية، وبالنسبة للأشخاص المعنوية العامة فقد حصر مجال لجوئها إلى التحكيم في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.

هذا وتخضع أهلية الأشخاص الطبيعية والمعنوية على حد سواء لأحكام المادة 10 من ق. م² والتي نص على أنه "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم. ومع ذلك ففي التصرفات التي المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة.

أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الرئيسي والفعلي.

غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطاً في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري".

3. المحل: لقد أثار تحديد المقصود بركن المحل جدلاً فقهيًا حول ما إذا كان الأمر يتعلق بمحل العقد باعتباره مصدرًا من مصادر الالتزام، أم أن الأمر يتعلق بمحل الالتزام التعاقدية والمتمثل في الأداءات المتقابلة لأطراف العقد. لقد تبنى الفقه التقليدي الطرح الأول - اعتبار ركن المحل ينصرف إلى محل العقد - والمتمثل في العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها، مبررا ذلك باختلاف الأحكام التي يخضع

¹ قانون رقم 08-09، ينص على قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

² أمر رقم 75-58، ينص على القانون المدني معدل ومنمّم، المرجع السابق.

لها محل الالتزام ومحل العقد إذ أنه قد يكون محل الالتزام صحيحا بينما يكون العقد باطلا في حال كانت العملية القانونية المراد تحقيقها غير مشروعة.

في حين تبنى الفقه الحديث الطرح الثاني -وهو الرأي الراجح- إذ يرى أن العبرة تكون بمحل الالتزام، لأن العقد ليس له محل وإنما يرتب آثارا تتمثل في إنشاء التزامات أو نقلها أو إنهاؤها، وهذه الالتزامات هي التي يكون لها محل¹.

إن محل اتفاق التحكيم هو موضوع النزاع والذي قد يكون قائما أو محتملا وقوعه حسب تعريف المشرع الجزائري لاتفاق التحكيم من خلال المادة 1/1040 من ق. إ. م. ² "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية".

ولئن كان الأصل في محل العقد أن يكون ممكنا وهو ما يتفق مع كون محل اتفاق التحكيم هو نزاع قائم، فإن احتمال قيام نزاع هو أمر وارد بالنسبة لكل عقد وهذا ما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة أعلاه بالنزاعات المستقبلية وهو ويدخل ضمن حالة الإجازة التي قررتها المادة 1/92 من ق. م التي تنص على أنه "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا".

وتشترط القواعد العامة في محل العقد أن لا يكون تحقيقه مستحيلا وأن لا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة وإلا كان باطلا، حيث تنص المادة 93 من ق. م³ على أنه "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا". وأضافت المادة 1004 من قانون المرافعات الفرنسي شرط صحة آخر لمحل العقد، وهو أن لا يكون النزاع ناشئا عن إحدى المسائل التي لا يجوز عرضها على التحكيم⁴، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الشرط من خلال المادة 1006 من ق. إ. م. ⁵ والتي تنص على أنه "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها. لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 220 - 222.

² قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

³ أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني معدل ومنمّم، المرجع السابق.

⁴ لزه بن سعيد، المرجع السابق، ص 89.

⁵ قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع نفسه.

ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية¹.

4. السبب: هناك نظريتان مختلفتان صيغتا لتعريف ركن السبب فالنظرية التقليدية تقول بأن مدلول السبب ينصرف إلى السبب القسدي؛ أي الغاية المباشرة أو الغرض المباشر من التعاقد. فالسبب وفقا لهذه النظرية هو النتيجة الأولى التي يخلص إليها المتعاقد عند تنفيذه للالتزام، أو الغرض المباشر المراد تحقيقه، وهو سبب الالتزام وليس سبب العقد¹.

أما النظرية الحديثة وخلافا للنظرية التقليدية فإنها تعتد بسبب العقد لا بسبب الالتزام، والدافع للتعاقد بالنسبة لها هو السبب وليس الغرض المباشر، فالسبب إذن يتمثل في الاعتبارات النفسية والشخصية التي دفعت المتعاقدين إلى إبرام العقد، فالعبرة إذن هي بالباعث الدافع الذي لولاه لما أقدم المتعاقد على إبرام العقد².

السبب إذن تجريدي (ثابت، محدد بشكل قطعي بالنسبة لتصرف قانوني معين)، فوري (فهو السبب المباشر للالتزام)، موضوعي، اقتصادي (أي أنه يحقق العدالة المطلوبة من الأطراف، حيث يتم تحديد المصالح المتضاربة بحرية بواسطة إرادة الأطراف)³.

وبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني الجزائري فإن مشروعية السبب هي أمر مفترض بقوة القانون ولا تنتفي هذه المشروعية إلا بتقديم الدليل على ذلك، وهذا وفقا لأحكام المادة 1/89 من ق. م⁴ والتي تنص على أن "كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً، مل لم يقدّم الدليل على غير ذلك". وتضيف المادة 2/89 "ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر غير مشروعاً أن يثبت ما يدعيه".

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 246.

² علي فيلاي، المرجع نفسه، ص 255.

³ Sophie DRUFFIN-BRICCA et Laurence HENRY, Droit civil : les obligations, Gualino éditeur, France, 2004, p 93.

⁴ أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني معدل ومنمّم، المرجع السابق.

ويكون اتفاق التحكيم، باعتباره عقد كسائر العقود، باطلا متى كان سبب الالتزام غير مشروع أو كان مخالفا للنظام العام أو للأداب العامة وفقا لنص المادة 97 من ق.م "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب العامة كان العقد باطلا".

وعليه ومن خلال هاتين المادتين يتضح أن المشرع الجزائري قد أخذ بالنظرية الحديثة في تعريف السبب، ذلك أنه يعتد بمشروعية السبب ولا يهتم لوجوده.

ثانيا- الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم

إن توفر الشروط الموضوعية من رضا ومحل وسبب لا يكفي وحده لقيام اتفاق التحكيم على الوجه الذي يعتد به القانون في ترتيب آثاره الموضوعية منها والإجرائية، إذ يجب أن يحرر هذا الاتفاق في شكلية معينة. ويقصد بشكل التصرف بوجه عام ذلك الإجراء الذي يظهر بواسطته التصرف للعالم الخارجي أي كيفية إبرام التصرف وإظهار الإرادة، كالكتابة الرسمية أو العرفية وطريقة التوقيع على العقد وما إذا كان لازما حضور شهود في مجلس العقد¹.

وتجدر الإشارة إلى أن شكل الاتفاق يخضع لنفس القانون الذي يحكم الموضوع، إذ أن القاعدة المستقرة والسائدة في القانون الدولي الخاص هي خضوع العمل سواء كان عقدا أم واقعة قانونية لقانون المحل، بحيث يخضع العقد لقانون محل إبرامه، وتخضع الواقعة القانونية لقانون محل وقوعها... لكن التطورات اللاحقة على نشأة هذه القاعدة القديمة قد أخرجت العقود من نطاقها، وفرقت بين شكل العقد وموضوعه، فإذا كان موضوع العقد يخضع لقانون الإرادة (إرادة أطراف النزاع) فإن الشكل يخضع لقانون محله إبرامه².

وقد أخذ المشرع الجزائري بقاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه كأصل من خلال المادة 19 من ق.م³ التي تنص على أنه "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه".

وبجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".

¹ الطيب زروني، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مطبعة الفسييلة، الجزائر، 2010، ص24.

² غسان رياح، سلطة القضاء في الرقابة على قرارات التحكيم، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، جامعة الإمارات العربية - كلية القانون، ص407.

³ أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، المرجع السابق.

- شرط الكتابة: إن شرط الكتابة هو الشرط الشكلي الوحيد الذي أقره المشرع الجزائري لصحة اتفاق التحكيم من حيث الشكل ورتب على تخلفه جزاء البطلان، حيث تنص المادة 2/1040 من ق. إ. م. إ¹ على أنه "يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة".

وكذلك اشترطت اتفاقية نيويورك لعام 1965 وجود اتفاق مكتوب من قبل الأطراف على قبول تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من أجل انعقاد الاختصاص لهيئات تحكيم المركز، ثم خففت من شرط الكتابة حيث اعتبرته مستوفيا وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 25 من اتفاقية نيويورك، إذا قرر المستثمر الأجنبي ممارسة حقه من خلال تقديم عريضة تحكيم أمام هيئات تحكيم المركز، وبالتالي قبوله للعرض العام للتحكيم المقدم سلفا من طرف الدولة المتعاقدة².

ولئن كان المشرع الجزائري قد اشترط في التحكيم الداخلي أن يتضمن كل من شرط التحكيم ومشاركة التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كفاءات تعيينهم وإلا لحقهما البطلان، حيث تنص المادة 2/1008 من ق. إ. م. إ³ بالنسبة لشرط التحكيم على أنه "يجب أن يتضمن شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كفاءات تعيينهم". أما بالنسبة لمشاركة التحكيم فتتص المادة 2/1012 على أنه "يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم". فإن الأمر يختلف بخصوص التحكيم الدولي إذ لم يربط المشرع صحة اتفاق التحكيم بتعيين المحكم أو المحكمين ولا على شرط تحديد كيفية تعيينهم إذ لم يرتب البطلان على غياب التعيين، حيث نصت المادة 1/1041 من ق. إ. م. إ⁴ على أنه "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم واستبدالهم".

فوفقا لهذه المادة فإن لأطراف العقد كامل الحرية في تعيين المحكم أو المحكمين ولهم أن يتفقوا على كيفية إتمام ذلك مباشرة أو بالاتفاق على تطبيق الإجراءات المتبعة في ذلك ضمن نظام تحكيمي معين، ولا

¹ قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

² Rola ASSI, Op. cit, p 613.

³ قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

⁴ قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع نفسه.

يقتصر الأمر على تحديد شروط تعيين المحكم أو المحكمين بل ويمتد لتحديد شروط عزلهم واستبدالهم متى دعت الضرورة لذلك.

غير أنه إذا لم يتم تعيين المحكم أو المحكمين أو اعترضت الأطراف صعوبة حيال تعيينهم أو عزلهم أو استبدالهم فالحل إذ ذاك هو أن يلجأ الطرف الذي يهمة التعجيل إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر، أو إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري خارج الجزائر وكان القانون الإجرائي المختار من الأطراف هو قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وهذا وفقا لأحكام المادة 2/1041 من ق. إ. م. إ¹ التي تنص على أنه "في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمة التعجيل القيام بما يأتي:

1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر،

2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر".

وتضيف المادة 1042 "إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ".

ولئن كانت الكتابة حسب نص المادة 1040 من ق. إ. م. إ هي شرط لازم لصحة اتفاقية التحكيم ويترتب على تخلفها بطلان الاتفاقية، فإن المشرع الجزائري يعتبرها في مواضع أخرى وسيلة إثبات لا شرط صحة فحسب، ففي مجال الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي تعد الكتابة وسيلة لإثبات وجود أحكام التحكيم من طرف من يتمسك بها حيث تنص المادة 1051 من ق. إ. م. إ² على أنه "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها...". ليأتي بيان كيفية إثبات وجود هذه الأحكام في المادة 1052 بنصها على أنه "يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شروط صحتها".

¹ قانون رقم 08-09، ينضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

² قانون رقم 08-09، ينضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع نفسه.

وكذلك الحال بمناسبة الطعن في طلب الاعتراف بحكم التحكيم الدولي أو طلب تنفيذه، حيث أن المشرع إذ حدد -على سبيل الحصر- الحالات التي يجوز فيها الطعن بالاستئناف في الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ، والتي هي نفسها حالات الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي الصادر بالجزائر¹، فقد جعل من ضمنها حالة فصل محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة، حيث نصت المادة 1056 فقرة رقم (1) من ق.إ.م.إ² على أنه:

"لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية:

1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية".

وهنا يأتي دور الكتابة لإثبات وجود اتفاقية التحكيم أو إثبات صحتها، إذ يمكن للطرف المطعون ضده أن يثبت العكس، أي أن يثبت وجود اتفاقية التحكيم إذا كانت لديه نسخة مكتوبة تستوفي شروط الإثبات المنصوص عليها في قواعد الإثبات بالكتابة الواردة في القانون المدني الجزائري ضمن الفصل الأول (الإثبات بالكتابة) من الباب السادس (إثبات الالتزام) من الكتاب الثاني (الالتزامات والعقود).

وفي دراسة للدكتور غسان رباح بعنوان سلطة القضاء في الرقابة على قرارات التحكيم، وبعد استعراضه لتشريعات مجموعة من الدول التي تعتبر الكتابة شرطا لازما للإثبات، فإنه يعتبر المشرع الجزائري متشددا -أو مغال حسب تعبيره- في شرط الكتابة حين اعتبر اتفاق التحكيم غير المكتوب باطلا، إذ يقول في ذلك وقد وصل الأمر في بعض البلدان (كالجزائر) إلى اعتبار القرار التحكيمي باطلا إذا كان اتفاق التحكيم غير مكتوب خطيا³.

وقد توسع المشرع الجزائري في تحديد مفهوم الكتابة حيث لم يقصرها على الكتابة التقليدية، وإنما أجاز من خلال الفقرة الثانية من المادة 1040 -سابقة الذكر- أن تكون اتفاقية التحكيم مكتوبة بخط اليد وأيضا بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة، وذلك تأسيا بقانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري

¹ تنص المادة 1058 من القانون رقم 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، على أنه "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه".

² قانون رقم 08-09، ينضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع نفسه.

³ غسان رباح، المرجع السابق، ص 408.

الدولي¹، خاصة في تعديله للمادة السابعة سنة 2006، الذي عرف اتفاق التحكيم في الفقرة رقم (1) من هذه المادة على النحو التالي:

"1- "اتفاق التحكيم" هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية. ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل".

ثم جاءت الفقرات رقم 2، 3، 4، 5، و 6 للتأكيد على الشرط الكتابي لاتفاق التحكيم المكرس في اتفاقية نيويورك لسنة 1958، مع التوسع في مفهوم الكتابة ليشمل، حسب المذكرة الإيضاحية التي أعدتها أمانة الأونسيترال بشأن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 بصيغته المعدلة عام 2006²، أي سجل لـ "محتوى" الاتفاق "في أي شكل" باعتباره يعادل "الكتابة" التقليدية. كما أجاز تعديل المادة 7 إبرام اتفاق التحكيم بأي شكل (بما في ذلك شفويا) ما دام مضمون الاتفاق مسجلا. وتوضح المذكرة الإيضاحية بشأن ذلك أن هذه القاعدة الجديدة هامة من حيث أنها لم تعد تشترط توقيع الطرفين أو تبادل رسائل بينهما، فضلا عن كونها تضيي الطابع العصري على الصيغة التي تشير إلى استخدام التجارة الإلكترونية من خلال اعتماد صيغة مستوحاة من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996 واتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام 2005.

وتنص المادة 7 تحت عنوان تعريف اتفاق التحكيم وشكله، في الصيغة التي اعتمدها اللجنة في دورتها التاسعة والثلاثين في عام 2006، على أنه:

"2- يتعين أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا.

3- يكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا كان محتواه مدونا في أي شكل، سواء أكان أم لم يكن اتفاق التحكيم أو العقد قد أبرم شفويا أو بالتصرف أو بوسيلة أخرى.

4- يستوفى اشتراط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا بواسطة خطاب إلكتروني إذا كانت المعلومات الواردة فيه متاحة بحيث يمكن الرجوع إليها لاحقا؛ ويقصد بتعبير "الخطاب الإلكتروني" أي خطاب يوجهه الطرف بواسطة رسالة بيانات؛ ويقصد بتعبير "رسالة البيانات" المعلومات المنشأة أو المرسله أو المتلقاة أو المخزنة

¹ قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، الأونسيترال، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الأمم المتحدة، فيينا، 2008. منشورات الأمم المتحدة - ISBN 978-92-1-633039-2. Sales No. A. 08. V. 4

² قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، المرجع نفسه.

بوسائل إلكترونية أو مغناطيسية أو بصرية أو بوسائل مشابهة تشمل، على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الإلكتروني للبيانات والبريد الإلكتروني والبرق والتلكس والنسخ البرقي.

5- علاوة على ذلك، يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا كان وارداً في تبادل لبياني ادعاء ودفاع يزعم فيهما أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر.

6- تشكل الإشارة في العقد إلى أي مستند يتضمن بنداً تحكيمياً اتفاق تحكيم مكتوباً، شريطة أن تكون الإشارة على نحو يجعل ذلك البند جزءاً من العقد".

كما أن اتفاقية نيويورك¹ 1958 جعلت من الكتابة شرطاً لصحة اتفاق التحكيم حيث نصت المادة الثانية منها على أنه:

"1) تعتمد كل دولة من الدول المتعاقدة الاتفاقية المكتوبة التي يلتزم فيها الأطراف بأن تعرض على التحكيم جميع الخلافات أو بعض الخلافات التي قامت أو يمكن أن تقوم بينها بخصوص علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أم غير تعاقدية تتضمن قضية من شأنها أن تسوى عن طريق التحكيم.

2) المراد "بالاتفاق المكتوب" هو الشرط التحكيمي المدرج في العقد أو في اتفاق التحكيم الموقع من أطراف أو المتضمن في رسائل أو برقيات متبادلة".

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على اتفاق التحكيم

إذا ما تم إبرام اتفاق التحكيم صحيحاً من حيث توفره على الشروط الموضوعية والشكلية التي يتطلبها القانون لصحة العقود بشكل عام فإنه يترتب آثاره في مواجهة أطرافه، ويمكن التمييز بين نوعين من الآثار المترتبة على اتفاق التحكيم وهي الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم (الفرع الأول) والآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم (الفرع الثاني).

¹ مرسوم رقم 88-233، يتضمن الانضمام، بنحفظ، إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، المرجع السابق.

الفرع الأول

الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم

تتمثل الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم في قوته الملزمة لأطرافه والتي تضع عليهم التزاما بالنقيد باتفاقهم (أولا) واستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي (ثانيا).

أولا- القوة الملزمة لاتفاق التحكيم

إن الالتزام بعرض النزاع أو النزاعات المحددة في اتفاق التحكيم على محكمة التحكيم يعد نتيجة للتطبيق الخالص والعادي لمبدأ القوة الإلزامية للعقود على هذا الاتفاق. هذا المبدأ الذي يتم تقديمه في كثير من الأحيان في الصيغة اللاتينية *paca sunt servanda*، وهو واحد من المبادئ الأكثر رسوخا في القانون الدولي للعقود¹.

وينصرف هذا الأثر إلى أطراف اتفاق التحكيم ذاتهم ليرتب عليهم التزام أول بالنقيد باتفاقهم وعدم الإخلال به، والتزام ثان بعرض نزاعاتهم العقدية المشمولة بهذا الاتفاق على محكمة التحكيم المتفق عليها إذا كان هناك اتفاق حول عرض النزاع على محكمة معينة، أو السعي إلى تشكيل محكمة التحكيم وفق الشروط المتفق عليها إذا كان الاتفاق ينص على تشكيل محكمة التحكيم وفقا لإجراءات يضعها الطرفان أو وفقا لقانون أو نظام تحكيم معين، في مقابل الامتناع عن اللجوء إلى القضاء الوطني المختص الذي سلب منه الاختصاص بموجب اتفاق التحكيم.

ويقتضي تحقيق فعالية نظام التحكيم وضع قيود على إرادة أطراف اتفاق التحكيم فيما يتعلق بالانسحاب من هذا الاتفاق بعد أن تمت الموافقة عليه، وذلك لضمان جدية الأطراف المتنازعة في اتخاذ إجراءات إنهاء النزاع المعروف على هيئة التحكيم². هذه القيود التي تفرض على طرفي اتفاق التحكيم الالتزام بعرض نزاعاتهم على التحكيم إنما تستمد من القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، التي يترتب عليها أنه لا يمكن لأي طرف التنصل من اتفائه بإرادته المنفردة أو أن يعدله أو ينقضه، وإن سعى أحد الأطراف إلى ذلك أمكن للطرف الثاني إجباره على تنفيذ التزاماته من حيث تعيين محكمه ومباشرة إجراءات التحكيم، فإن امتنع الطرف الأول عن ذلك أمكن للطرف الثاني اللجوء إلى المحكمة أو إلى السلطة المختصة بالتعيين للقيام بتلك

¹ Philippe FOUCHARD et autres, Op. cit, p 396.

² بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص404.

الإجراءات، وبذلك يتحقق التنفيذ العيني للالتزام الناشئ عن القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، وتقوم المحكمة أو السلطة المختصة في هذه الحالة مقام الطرف الأول المخل بالتزامه¹.

ويستتبع تعذر رجوع الأطراف عن اتفاق التحكيم بإرادتهم المنفردة التزامهم بعرض نزاعاتهم على التحكيم والامتناع عن اللجوء إلى القضاء الوطني المختص. وبذلك يترتب على طرفي اتفاق التحكيم التزام بتحقيق نتيجة لا تتأتى إلا بسعيهم لاتخاذ إجراءات التحكيم والامتناع عن عرض النزاع على قضاء الدولة، وتعد مخالفة أحد الأطراف لذلك إخلالاً بمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية².

وإعمالاً للقوة الملزمة لاتفاق التحكيم حرص واضعو اتفاقية واشنطن 1965 المتضمنة إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على عدم جواز إنهاء إجراءات التحكيم بالإرادة المنفردة لأي من أطراف النزاع أياً كانت طبيعة الأشخاص أطراف العلاقة حيث تنص المادة 1/25 من هذه الاتفاقية³ على أنه:

"1- يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، والتي تتصل اتصالاً مباشراً بأحد الاستثمارات، بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز. ومتى أبدى طرفا النزاع موافقتهما المشتركة فإنه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده".

ومفاد ذلك أنه لو اتفق أطراف عقد الاستثمار صراحة، على انعقاد الاختصاص بمنازعاتهم لهيئة تحكيم تشكل وفقاً لقواعد نظام التحكيم بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار فإنه لا يجوز لأي منهم أن يتراجع عن هذا القبول بالانسحاب من الإجراءات التي تتخذ أمام هيئة التحكيم التي تم تشكيلها وفقاً لقواعد المركز أو يعلن أنه لا يخضع لمثل هذه الإجراءات، فإجراءات التحكيم لا تنتهي إلا بصدور حكم حاسم منه للخصومة أو باتفاق جميع الأطراف على إنهاء الإجراءات قبل صدور الحكم⁴.

¹ لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 70.

² لزهري بن سعيد، المرجع نفسه، ص 71.

³ مرسوم رئاسي رقم 95-346، ينص على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المرجع السابق.

⁴ خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة، الأردن، 2014، ص 191.

ثانيا - استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

إن استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، يعني أنه ينظر إلى شرط التحكيم وإن كان وارداً في العقد، على أنه عقداً قائماً بذاته، رغم أنه جزءاً من هذا العقد أو بنداً من بنوده. ويترتب على ذلك أن مشروعية العقد الأصلي من عدم مشروعيته، كما صحته، أو بطلانه، وكذا فسخه، لا تؤثر بأي حال من الأحوال على اتفاق التحكيم، فكل منهما تصرف قانوني مستقل عن الآخر من حيث تكوينه وآثاره وشروط صحته، حتى أن استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي أصبح من القواعد المتعلقة بالنظام العام الدولي¹.

واستقلالية شرط التحكيم لا تعني، بأي حال من الأحوال، بأن هذا الشرط لا يمكن أن يبطل أو لا يكون عرضة للفسخ. وإنما فقط، كما يقول أحد الشراح "ولكن إذا لحق البطلان أو الفسخ شرط التحكيم ذاته، وليس بسبب تبعيته للعقد، فإنه يكون باطلاً أو مفسوخاً بصرف النظر عن العقد الأصلي، حتى لو كان هذا العقد صحيحاً وناظراً بحق طرفيه"².

ويستند مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي إلى كونهما يشكلان عمليتين متميزتين، فاتفاق التحكيم هو عقد داخل عقد أو بعبارة أخرى هو عقد مواز للعقد الأصلي المنفك على التحكيم بشأنه، وينصرف مدلول هذه الاستقلالية إلى المعنى القانوني وليس إلى المعنى المادي، فهو لا يعني مطلقاً أن شرط التحكيم يجب أن يكون محلاً لرضا وقبول مستقلين عن الرضا والقبول بشأن العقد الأصلي³.

وتستمد هذه الاستقلالية من اختلاف موضوع العقد الأصلي عن موضوع الاتفاق، فالعقد الأصلي يشمل مسائل موضوعية من حيث تحديد حقوق الأطراف والتزاماتهم المتبادلة، في حين أن اتفاق التحكيم هو مجرد عقد يقع على الإجراءات وينصب محله على الفصل في النزاعات التي تنشأ عن العقد الأصلي في جميع مراحلها⁴.

¹ فؤاد محمد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص 185.

² أكرم فاضل قصير، المعين في دراسة قواعد التحكيم التجاري، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2017، ص 212-213.

³ أسامة أحمد حسين أبو القمصان، مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي "دراسة مقارنة"، كلية الحقوق - قسم القانون الخاص، جامعة الأزهر - غزة، 2010، ص 32.

⁴ بولحية سعاد، استقلالية اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية، مذكرة ماجستير تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر - بن يوسف بن خدة، ص 24.

وبالتالي فإن استقلالية اتفاقية التحكيم تعني فك الترابط القانوني بينها وبين العقد الأصلي من وجهتين: عدم تلازم المأل أو المصير من جهة وجودا وعدما صحة وبطلانا، وعدم تلازم النظام القانوني، أي القانون المنطبق على كل من العقدين. وفي ذلك يقول الفقيه الإنجليزي شويبال (SCHWEBEL) "عندما يعقد الطرفان اتفاقا يتضمن شرطا تحكيميا فإنهما يوقعان اتفاقيتين وليس اتفاقا واحدا فلا تمتد عيوب نشأة أو نفاذ العقد الأصلي إلى الاتفاق التحكيمي. فهذه الاستقلالية تعني أن صحة اتفاق التحكيم لا تتوقف على ثبوت صحة الاتفاق الأصلي الذي تتعلق به. فلا تبطل أو تنعدم أو تنقضي ضرورة بطلانه أو انعدامه أو انقضائه، كما أنهما لا يخضعان بالضرورة إلى نفس القانون، بل أكثر من ذلك، إن اتفاقية التحكيم تبقى صالحة كأساس لولاية المحكم القضائية، ولإعطائه سلطة وصلاحيه نظر مسألة وجود أو صحة أو انقضاء العقد الأصلي ذاته"¹.

وقد تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري حكم استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي حيث تنص المادة 4/1040 منه² على أنه "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي".

أما اتفاقية نيويورك 1958 فقد اختلفت الآراء حول موقفها من مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، حيث ظهرت قراءتان لمضمون المادة (1/5) من هذه الاتفاقية³ والتي تنص على أنه: "1) لا يرفض اعتماد القرار وتنفيذه بناء على طلب من طرف المستشهد به ضده إلا إذا قدم هذا الطرف إلى السلطة المختصة في البلد المطلوب الاعتماد والتنفيذ فيه الدليل على ما يأتي: (أ) أن الأطراف في الاتفاقية المذكورة في المادة 2 كانت بموجب القانون المطبق عليها محكوما عليها بعدم الأهلية، أو أن الاتفاقية المذكورة غير صالحة بموجب القانون الذي أخضعها الأطراف إليه، أو إن لم توجد الإشارة إلى هذا الصدد، بموجب قانون البلد الذي صدر فيه القرار".

القراءة الأولى تنفي إشارة اتفاقية نيويورك 1958 لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي حيث أنها تركت الحكم على مدى صحة اتفاق التحكيم للقانون الذي تم اختياره من الأطراف، وفي حالة عدم وجود

¹ الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص 371-372.

² قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

³ مرسوم رقم 88-233، يتضمن الانضمام، بتحفظ، إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، المرجع السابق.

قانون مختار يؤول الاختصاص بذلك لقانون البلد الذي صدر فيه القرار. أما القراءة الثانية فنقول بإمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير القانون الذي يخضع له العقد الأصلي، مما يعني أن اتفاقية نيويورك قد قبلت ضمناً باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.

والقول الراجح أن اتفاقية نيويورك وإن لم تكن قد نصت صراحة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي إلا أنها قررت هذه الاستقلالية في الفقرة رقم (3) من المادة 2 بنصها على أنه:

"(3) تقوم أية دولة متعاقدة، يرفع إليها نزاع بشأن قضية أبرم الأطراف بخصوصها اتفاقية حسب مفهوم هذه المادة، بإحالة الأطراف على التحكيم، بناءً على طلب أحد الأطراف، إلا إذا لاحظ أن الاتفاقية المذكورة باطلة، أو عديمة التأثير، أو لا يمكن تطبيقها".

ومبرر هذا الطرح أن تحقق فرضية تمسك أحد الطرفين ببطلان العقد الأصلي أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع الناشئ عنه لا يحول دون قيام هذه المحكمة بإحالة الخصوم على التحكيم إعمالاً للأثر الملزم (السلبى) لاتفاق التحكيم، إذا ما ثبت لها صحة اتفاق التحكيم أو إنتاجه لآثاره أو قابليته للتطبيق، الأمر الذي يستخلص منه استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وعدم تأثره بصحة هذا الأخير أو ببطلانه¹.

وفي التطبيقات القضائية فإن قضاء التحكيم قد تبنى هذا الموقف منذ سنة 1973 بمناسبة الفصل في قضية B.P ضد ليبيا، حيث يستفاد ضمناً إعمال المحكم M.Lagergren لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في الحكم الصادر بتاريخ 1973/10/10، من خلال رده على تمسك شركة B.P من أن التأميم والإجراءات اللاحقة عليه لا أثر لها في إنهاء عقد الامتياز، والذي يظل صحيحاً وقابلاً للتطبيق. وقد ذهب المحكم إلى أن القانون الصادر بالتأميم قد أنهى عقد الامتياز الممنوح إلى شركة B.P باستثناء أثر عقد الامتياز، الذي يعد أساساً لاختصاص هذه المحكمة، ويعد أساساً لحق الشركة في المطالبة بالتعويضات².

وعلى خلاف الحكم السابق الذي أشار ضمناً لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، فهناك أحكام تبنت المبدأ صراحةً منها الحكم الصادر في قضية الشركة الفرنسية Elf Aquitaine ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول، أين كان المحكم Bernhardt Gonard حاسماً في تطبيقه لمبدأ استقلال اتفاق

¹ أسامة أحمد حسين أبو القمصان، المرجع السابق، ص 63-64.

² فؤاد محمد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص 188.

التحكيم عن العقد الأصلي، وتتلخص وقائع القضية في إصدار المجلس الثوري الإيراني لقانون في 8 جانفي 1980 تم بمقتضاه إنشاء لجنة خاصة منحت لها سلطة إبطال كل عقود البترول التي تراها غير متماشية مع قانون تأميم صناعة البترول في إيران الصادر في عام 1951. وإعمالا لهذا القانون قامت اللجنة المذكورة بإبطال العقد المبرم سنة 1966 بين شركة Elf Aquitaine والشركة الوطنية الإيرانية للبترول، الأمر الذي دفع الشركة الفرنسية إلى الالتجاء إلى التحكيم إعمالا لشروط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينها وبين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول والذي تم إبطاله من طرف اللجنة سالفة الذكر، وقد تمسكت الشركة الإيرانية بعدم اختصاص المحكم إعمالا للقانون الإيراني الذي صدر بعد إبرام العقد. وقد انتهى المحكم Bernhardt Gonard إلى القول "إذ أنه من المبادئ المعترف بها في قانون التحكيم الدولي أن شروط التحكيم تستمر لتكون نافذة المفعول، حتى على الرغم من المعارضة من جانب أحد الأطراف أن العقد المتضمن شرط التحكيم هو غير شرعي وباطل"¹.

الفرع الثاني

الآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم

إضافة إلى آثاره الموضوعية فإن اتفاق التحكيم الصحيح يترتب آثار إجرائية مهمة حيث أنه يجب قضاء الدولة عن النظر في النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق على التحكيم (أولا) كما أنه يعطي لمحكمة التحكيم صلاحية الفصل في اختصاصها بنفسها ودون تدخل من قضاء الدولة (ثانيا).

أولا- الأثر المانع لاتفاق التحكيم

إذا كان الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم يفرض على أطراف الاتفاق اللجوء إلى التحكيم لتسوية ما ثار أو قد يثور بينهم من نزاعات وهو يتصل بالقوة الملزمة للعقد، فإن الأثر السالب لاتفاق التحكيم يلزم الطرفين بعدم عرقلة أحدهما للآخر في استعمال حقه في الالتجاء إلى التحكيم، كما تلتزم محاكم الدولة بالامتناع عن نظر النزاع المتفق على التحكيم بشأنه.

فمتى كان اتفاق التحكيم صحيحا وفقا للقانون الواجب التطبيق، رتب على طرفيه التزاما بعدم اللجوء إلى القضاء الوطني المختص، ذلك أن اتفاق التحكيم يحجب قضاء الدولة ويسلبه الاختصاص في نظر

¹ بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 44-45.

النزاع، ينبغي على القضاء الوطني المختص التخلي عن الفصل في نزاع يوجد بشأنه اتفاق على التحكيم، وفي أية مرحلة كانت عليها الدعوى سواء قبل بدء الإجراءات أو بعد مباشرة الفصل في النزاع.

فمتى ارتبط شخصان باتفاق على التحكيم وقرر أحدهما اللجوء إلى القاضي الوطني لسبب أو لآخر ذا صلة بهذا الاتفاق، فإنه يتعين على الطرف المتعاقد الآخر وقبل إبدائه أي دفع في الموضوع، أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة من خلال تمسكه بوجود اتفاق التحكيم، وإن لم يفعل عد متنازلا ضمنا عن الاستفادة من الأثر المانع لاتفاق التحكيم¹. ومرد ذلك أن التمسك بعدم الاختصاص المبني على وجود اتفاق تحكيم ليس من النظام العام فلا يثيره القاضي من تلقاء نفسه لأنه لا يفترض علمه به.

ويعبر الدكتور عبد الحميد الأحذب عن واجب التخلي عن النظر في النزاع محل اتفاق على التحكيم لصالح محكمة التحكيم باستقلالية المحاكمة التحكيمية الدولية التامة عن القضاء²، والتي جسدها القضاء الفرنسي في حكم أصدره رئيس محكمة باريس الابتدائية بصفته قاضي الأمور المستعجلة في دعوى جمهورية غينيا، حيث أمر رئيس المحكمة بتعليق إجراءات التحكيم لأنه اعتبر أن هناك خطرا جديا أن لا يحصل كل من الطرفين على الضمانات الأساسية الرامية لتأمين دعوى عادلة بمفهوم القانون الفرنسي الداخلي، وبموجب الالتزامات الدولية التي أبرمتها فرنسا. غير أن محكمة استئناف باريس أبطلت هذا الحكم وقضت "أن ممارسة الامتيازات القانونية المعطاة للقاضي للرقابة على المحكم يجب أن تتم بطريقة مستقلة تماما، بحيث لا يكون هناك تضارب مع مركز التحكيم الذي شكل المحكمة التحكيمية، والذي بعد ذلك فقد كل سلطة له على هذه المحكمة، دون أن يكون لقاضي الدولة الحق بأي تدخل"³.

إن هذا النهج الذي سلكه القضاء الفرنسي سنة 1987 كان قد سبقه إليه قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي نص في مادته الخامسة تحت عنوان (مدى تدخل المحكمة) على أنه⁴ "في المسائل التي ينظمها هذا القانون، لا يجوز لأي محكمة أن تتدخل إلا حيث يكون منصوصا على ذلك في هذا القانون". لتحديد المادة السادسة من القانون النموذجي الحالات التي يمكن أن تتدخل فيها محكمة

¹ Nour Eddine TARKI, L'Arbitrage commercial international en Algérie, OPU, Alger, 1999, p 43.

² عبد الحميد الأحذب، المرجع السابق، ص 435.

³ عبد الحميد الأحذب، المرجع نفسه، ص 435.

⁴ قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، المرجع السابق.

أو سلطة أخرى لأداء وظائف معينة تتعلق بالمساعدة والإشراف في مجال التحكيم، ولا تختص المحاكم الوطنية إلا بالتدابير المؤقتة والإجراءات التحفظية.

ثانياً - مبدأ الاختصاص بالاختصاص

ينصرف مصطلح الاختصاص بالاختصاص للتعبير عن اختصاص المحكم في الفصل في مسألة اختصاصه بنظر النزاع المعروض عليه من عدمه، وترجع أصول هذا المصطلح إلى الألفاظ الألمانية المستخدمة من طرف الفقه الألماني للتعبير عن الفكرة ذاتها في مجال القانون الدستوري والمعروفة بـ *Kompetenz - Kompetenz*، وفي وقت لاحق استخدم بعض الفقه الفرنسي مصطلح *Compétence - Compétence* والذي يشير إلى اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه¹. لقد حاول الفقه الفرنسي تفادي استعمال المصطلح الألماني تماشياً مع ما ذهب إليه الفقه السويسري الذي يعنى بالفروق الدقيقة القائمة بين القوانين الوطنية وما تحمله ألفاظ كل مصطلح من دلالات ترتبط باللغة المستعملة، وكذا المعنى الخاص الذي يحمله هذا المصطلح في القانون الألماني إذ يعني سلطة المحكم في أن يفصل على نحو نهائي في مسألة اختصاصه ودون الخضوع إلى أية رقابة قضائية. إن مسألة تحييد القضاء الوطني عن النظر في النزاع إلى أن تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها هو ما يرفضه الفقه السويسري والفقه الفرنسي الذي تبنى مصطلح *Compétence - Compétence*².

وتنتهي الدكتورة حفيظة السيد الحداد في تحليلها لهذه المسألة إلى القول: في ضوء كل ما تقدم، فإن مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه لا يعني مطلقاً أن يترك للمحكم موضوع الرقابة على اختصاصه، بل على العكس، فإن هذا الاختصاص تتم مراقبته بواسطة الجهات القضائية في الدولة بمناسبة الطعن بالبطالان على حكم التحكيم أو إصدار الأمر بتنفيذه³.

إنّ فإن مبدأ الاختصاص بالاختصاص هو الأثر الإيجابي الثاني لاتفاق التحكيم حيث يمنح الاختصاص لمحكمة التحكيم لمعرفة النزاع أو النزاعات التي يغطيها الاتفاق⁴. وهو يهدف إلى تفادي أن يكون تمسك أحد الأطراف بعيب يتعلق بطريق مباشر باتفاق التحكيم سبباً في إعاقة إجراءات التحكيم، وذلك

¹ Caixia YANG, La validité de la convention d'arbitrage dans le commerce international, thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2008, p 250.

² حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، مصر، 1996، ص 164-165.

³ حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع نفسه، ص 132.

⁴ Philippe FOUCHARD et autres, Op. cit, p 407.

من خلال منح المحكم صلاحية الفصل بنفسه في مسألة اختصاصه بنظر النزاع المعروض عليه من حيث صحة اتفاق التحكيم ووقوع المسائل المتنازع عليها ضمن مجال اختصاصه وفقا لاتفاق التحكيم الذي يعد مصدر سلطته، مع خضوعه في نفس الوقت للرقابة اللاحقة من طرف القضاء الوطني المختص، مما يكون من شأنه حفظ حقوق الأطراف من حيث تجنب إعاقة إجراءات التحكيم دون المساس بمصالح الطرف الذي يتمسك ببطلان اتفاق التحكيم أو عدم وجوده في إثبات ذلك أمام السلطات المختصة في الوقت المناسب¹.

وقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ الاختصاص بالاختصاص من خلال المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري² والتي تنص على أنه:

"تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع.

تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي، إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع".

إن تحليل هذه المادة يبين أن المشرع الجزائري لم يأخذ بمبدأ الاختصاص بالاختصاص على إطلاقه، حيث أنه اشترط أن يكون فصل هيئة التحكيم في اختصاصها بنظر النزاع سابق لقيام الأطراف بأي دفاع في الموضوع، حيث يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع. وعليه فإن مباشرة هيئة التحكيم لمهمة الفصل في النزاع يلزم القاضي الوطني الذي ترفع أمامه دعوى بطلان أو عدم وجود اتفاق التحكيم الحكم بعدم الاختصاص³.

والشرط الثاني الذي وضعه المشرع الجزائري هو أن يكون الحكم الذي تصدره هيئة التحكيم فيما يتعلق بتحديد اختصاصها حكما أوليا، باستثناء الأحكام التي تصدرها هيئة التحكيم بمناسبة فصلها في الدفع بعدم الاختصاص متى كان مرتبطا بموضوع النزاع، والتي يكون الفصل فيها بحكم نهائي.

¹ بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 85.

² قانون رقم 08-09، ينصمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

³ لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص 87.

وقد أخذت اتفاقية واشنطن 1965 المتضمنة إنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات¹ بمبدأ الاختصاص بالاختصاص من خلال المادة 41 التي تنص على أن:

"1- المحكمة محكومة باختصاصها.

2- إذا أثير دفع بعدم الاختصاص، من قبل أحد الأطراف يقوم على الادعاء بعدم دخول النزاع في نطاق اختصاص المركز، أو من أجل أي سبب آخر يتعلق باللجنة، فإن اللجنة تقوم بفحصه وعليها أن تقرر ما إذا كان يجب أن يعامل باعتباره مسألة شكلية أو أن فحصه يجب أن يلحق بفحص النقاط الموضوعية".

إذن فإن هيئة تحكيم المركز تختص في مسألة الفصل في اختصاصها بالنظر في المنازعة أو عدم اختصاصها، كما تملك أيضا النظر في كل الطلبات العارضة والإضافية والمقابلة التي ترتبط مباشرة بموضوع النزاع شرط أن يكون هناك اتفاق بين الأطراف على ذلك، وأن تدخل هذه الطلبات ضمن اختصاص المركز. كما تملك هيئة التحكيم أيضا سلطة الفصل في الاختصاص على أساس أنه مسألة أولية أو ضمه إلى الموضوع والفصل فيهما معا².

كما أقر قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي³ مبدأ الاختصاص بالاختصاص من خلال الفصل الرابع الذي يحمل عنوان اختصاص هيئة التحكيم في مادة 16 تحت عنوان اختصاص هيئة التحكيم بالبت في اختصاصها، والتي تنص على أنه:

"1- يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته. ولهذا الغرض، ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءا من عقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى. وأي قرار يصدر عن هيئة التحكيم ببطان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم.

2- يقدم الدفع بعد اختصاص هيئة التحكيم في موعد أقصاه تقديم بيان الدفاع، ولا يجوز منع أي من الطرفين من تقديم هذا الدفع بحجة أنه عين أحد المحكمين أو أسهم في تعيينه. أما الدفع بتجاوز هيئة التحكيم نطاق سلطتها فيجب إيدأؤه بمجرد أن تثار، أثناء إجراءات التحكيم، المسألة التي يدعى أنها خارج

¹ مرسوم رئاسي رقم 95 - 346، يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المرجع السابق.

² عبد الله عبد الكريم عبد الله، تسوية نزاعات الاستثمار الأجنبي، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، العدد 134، الإمارات العربية المتحدة، 2008، ص 122-123.

³ قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، المرجع السابق.

نطاق سلطتها. ولهيئة التحكيم في كلتا الحالتين أن تقبل دفعا يقدم بعد هذا الموعد إذا اعتبرت أن التأخير له ما يبرره.

3- يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في أي دفع من الدفع المشار إليها في الفقرة (2) من هذه المادة، إما كمسألة أولية وإما في قرار تحكيم موضوعي. وإذا قررت هيئة التحكيم في قرار تمهيدي أنها مختصة، فلأي الطرفين، في غضون ثلاثين يوما من تاريخ إعلانه بذلك القرار، أن يطلب من المحكمة المحددة في المادة 6 أن تفصل في الأمر، ولا يكون قرارها هذا قابلا للطعن؛ وإلى أن يبت في هذا الطلب، لهيئة التحكيم أن تمضي في إجراءات التحكيم وأن تصدر قرار تحكيم".

وبالرغم من تردد بعض الأنظمة القانونية المتأثرة بالمذهب الأنجلوسكسوني في تكريس مبدأ الاختصاص بالاختصاص، إلا أن جانب من الفقه يذهب إلى اعتبار أن مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه من المبادئ الأساسية للنظام العام الدولي ويبرر ذلك بقبول المبدأ في العديد من الوثائق الدولية¹.

المبحث الثاني

التحكيم الدولي ورهان فاعلية الأحكام وعدالتها

إن الهدف النهائي من نظام التحكيم ككل هو إصدار أحكام تحكيمية فاصلة في النزاعات المعروضة أمام محاكم التحكيم، وفي مجال الاستثمار فإن بلوغ هذا الهدف يعيد لعقود الاستثمار الدولية توازنها المفقود، غير أن ذلك لن يكون ذا قيمة عملية إن لم تتسم الأحكام بفاعلية النفاذ أو لم تحقق العدالة الإجرائية والعدالة الموضوعية على حد سواء.

وتتحدد فاعلية الأحكام من خلال الاعتراف بها وتنفيذها وفق الشروط المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وأيضا تلك التي أقرتها الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الدولة الجزائرية وعلى رأسها اتفاقية نيويورك لعام 1958 الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها² على اعتبار أن الجزائر منظمة إليها (المطلب الأول). فيما تتمثل معايير عدالة الأحكام في حالات الطعن التي أقرها أيضا

¹ حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 129.

² مرسوم رقم 88-233، يتضمن الانضمام، بتحفظ، إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، المرجع السابق.

كل من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والاتفاقيات الدولية ذات الصلة، وتشكل حالات الطعن هذه الحد الأدنى من الرقابة على حكم التحكيم الدولي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

شروط فاعلية أحكام التحكيم الدولية

تظهر فاعلية نظام التحكيم من خلال العدد الكبير من الأحكام التحكيمية محل التنفيذ، حيث أن قاضي التنفيذ لا يعارض الاعتراف بالحكم التحكيمي أو تنفيذه إلا بصفة استثنائية جدا، حيث تشير إحدى الدراسات الإحصائية أنه خلال عشر سنوات من طلبات التنفيذ أمام الهيئات التنفيذية الباريسية، باعتبارها مقر غرفة التجارة الدولية، لم يرفض اعتماد وتنفيذ سوى 4 أحكام من مجموع 2000 حكم تحكيمي طلب التنفيذ بشأنها، وهو ما يثبت الفعالية الكبيرة لأحكام التحكيم الدولي¹.

ولبلوغ فاعلية أحكام التحكيم الدولي في الجزائر لا بد أن يتم الاعتراف بها في البداية من طرف الجهات القضائية المختصة بعد توفرها على شروط الاعتراف التي تضمنتها النصوص المفصلة للأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وتلك المقررة في الاتفاقيات الدولية التي صدقت عليها الجزائر (الفرع الأول)، ثم لا بد أن يتبع الحصول على الأمر القاضي بالاعتراف بالحصول على الأمر القاضي بالتنفيذ من لدن الجهات القضائية المختصة، والذي يتطلب هو الآخر شروطا محددة منصوص عليها أيضا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وأخرى قررتها تلك الاتفاقيات الدولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر

يقصد بالاعتراف بحكم التحكيم الدولي أن يكون هذا الحكم قد صدر بشكل صحيح وملزم للأطراف، ويذهب الفقيهان Red Ferm و Hunter إلى أن الاعتراف بحكم التحكيم الدولي هو إجراء دفاعي يستغل عند طرح النزاع من جديد على القضاء بعد الحكم فيه من قبل محكمة التحكيم، وعليه يمكن للطرف

¹ بكلي نور الدين، تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي وطرق الطعن فيها في القانون الجزائري، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني 2013، ص 49.

صاحب الحكم المعترف به تقديمه كحجة على الطرف الآخر، فيكون بذلك الاعتراف هو إعطاء حكم التحكيم الدولي حجية الشيء المقضي فيه¹.

ولكي يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر لا بد أن تتوفر على مجموعة من الشروط تضمنها قانون الإجراءات المدنية والإدارية وأخرى وضعتها الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الدولة الجزائرية (أولا) كما يجب أن تستوفي الإجراءات اللازمة لاستصدار الأمر القاضي بالاعتراف والتي حددها المشرع الجزائري (ثانيا).

أولاً- شروط الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا لمصطلح الاعتراف كما أخضعه لنفس الشروط والإجراءات المتعلقة بالتنفيذ، رغم أنهما مصطلحان مستقلان عن بعضهما ولإثبات هذه الاستقلالية يطرح الفقه فرضيتان الأولى هي تلك التي يكون فيها لأحد الأطراف مصلحة في إدخال حكم التحكيم في النظام القانوني لدولة القاضي دون أن تكون له نية مباشرة في التنفيذ الجبري له، ومثال ذلك حكم تحكيم قضي فيه برفض الطلب. والفرضية الثانية تتعلق بحالة الاعتداد بحكم التحكيم بمناسبة رفع دعوى أمام القضاء في نفس النزاع الذي سبق الفصل فيه عن طريق التحكيم².

1. شروط الاعتراف وفقا للقانون رقم 08-09

هذه الشروط أقرها المشرع الجزائري من خلال المادة 1/1051 من ق. إ. م. إ³ بنصها على أنه "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي". إذن هما شرطان لازمان لأجل الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي من قبل القضاء الجزائري، ويتمثل الشرط الأول في إثبات مقدم طلب الاعتراف لوجود الحكم المطلوب الاعتراف به، والثاني هو أن لا يخالف الاعتراف بهذا الحكم النظام العام الدولي.

1- إثبات وجود حكم التحكيم الدولي: بعد أن نصت المادة 1051 من ق. إ. م. إ على ضرورة إثبات الطرف الذي يطلب الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية ويتمسك بها وجودها، جاءت المادة 1052 لتوضح

¹ سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، قسم العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية 2010-2011، ص 236-237.

² Philippe FOUCHARD et autres, Op. cit, p 904-905.

³ قانون رقم 08-09، ينص على قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

كيفية إثبات وجود هذه الأحكام¹ بنصها على أنه "يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شروط صحتها".

إذن فإن إثبات وجود أحكام التحكيم الدولي هو مجرد إجراء شكلي يقوم على إيداع طالب الاعتراف لمجموعة من الوثائق بأمانة ضبط المحكمة المختصة، وتتمثل هذه الوثائق في حكم التحكيم مرفقا باتفاقية التحكيم، ويكفي أن يقدم نسخة عن حكم التحكيم ونسخة عن اتفاقية التحكيم، على أن تستوفي هاتين الوثيقتين شروط صحتها وذلك بالتصديق عليهما.

وبخصوص مفهوم التصديق فلم ترد الإشارة إليه في النصوص المنظمة للتحكيم الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، كذلك لم يتضمن نص المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك لعام 1958 تعريفا لمصطلح "المصدق عليه" (الموثق) كما لم تعرف مصطلح "المعتمد" (المصدق)، ولا توجد إشارة لتعريف المصطلحين في الأعمال التحضيرية المتعلقة بهذا الحكم. وما يوجد في هذا الشأن هي سوابق قضائية محدودة جدا نوقش فيها التعريف الصريح لمصطلحي "مصدق عليه" و "معتمد". وكانت محكمة مساوية قد رأت أن التصديق يعني التأكيد على أن توقيعات المحكمين صحيحة. وقد رأت المحكمة نفسها أن الاعتماد هو العملية التي يشهد بها على أن الوثيقة نسخة مصورة مطابقة للوثيقة الأصلية².

ويجب على طالب الأمر بالاعتراف أن يودع حكم التحكيم واتفاقية التحكيم أصلا كانا أو نسخ، بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة تطبيقا لأحكام المادة 1053 من ق. إ. م. إ³ التي تنص على أن "تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 أعلاه، بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل".

إذن هناك شروط مخففة بحيث إذا لم يتمكن الطرف الذي باشر إجراءات الاعتراف، لسبب أو لآخر، تقديم أصل الحكم التحكيمي وأصل اتفاقية التحكيم، فإنه يتوجب عليه وكحد أدنى تقديم نسخا عنها تستوفي شروط صحتها⁴.

¹ قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

² دليل الأونسيترال بشأن اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك، 1958)، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي - الدورة السابعة والأربعون، الأمم المتحدة، الجمعية العامة، نيويورك، 7-25 تموز/يوليه 2014، ص16.

³ قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع نفسه.

⁴ Nour Eddine TERKI, Op. cit, p 129.

2- عدم مخالفة الاعتراف للنظام العام الدولي: إذا كان مفهوم النظام العام ذا محتوى يصعب تحديده في القانون الداخلي، فإن الأمر أشد صعوبة في القانون الدولي حيث يفترض تعايش عدة نظم دولية¹، فالنظام العام الداخلي هو نسبي، مرتبط بالمصلحة العليا الاجتماعية والاقتصادية والخلفية، لمجتمع ودولة ما، في حين أن النظام العام الدولي هو المصلحة العليا الاجتماعية والاقتصادية والخلفية للمجتمع الدولي. فرشوة المحكمين هي من النظام العام الدولي، وشراء ضمير الشاهد ليقدم شهادة زور تتعلق بالنظام العام الدولي، وتجارة المخدرات من النظام العام الدولي².

وفي توصياته بشأن الطعن على أساس النظام العام كسبب لرفض الاعتراف بقرارات التحكيم الدولي ورفض تنفيذها، أعطى مجمع القانون الدولي في قراره رقم 2002/2 الصادر في الدورة السبعين لانعقاده أولى تعريفات النظام العام الدولي على أنه يستخدم تعبير النظام العام الدولي لتحديد مجموعة المبادئ والقواعد المعتمدة من طرف الدولة، والتي يمكنها أن تمنع الاعتراف بأحكام التحكيم الصادرة في سياق التحكيم التجاري الدولي أو تمنع تنفيذها، حيث أن الاعتراف بهذه الأحكام أو تنفيذها من شأنه أن يؤدي إلى انتهاك تلك المبادئ والقواعد إما بسبب الإجراءات المتبعة في إصدار الحكم (خرق النظام العام الدولي الإجرائي) أو بسبب محتوى الحكم التحكيمي (خرق النظام العام الدولي بشأن الأسس الموضوعية)³.

ويحدد المجمع في المادة 1 (د) من هذا القرار محتوى النظام العام الدولي للدولة، بأنه يشتمل على:
(أ) المبادئ الأساسية المتعلقة بالعدالة والأخلاق، التي ترغب الدولة في حمايتها، حتى عندما لا تكون ذات أهمية مباشرة؛

(ب) القواعد المقررة لخدمة المصالح السياسية، الاجتماعية أو الاقتصادية للدولة، والمعروفة باسم "قوانين الأمن والبوليس" أو "قوانين النظام العام"؛ و

(ج) واجب الدولة في احترام التزاماتها تجاه الدول الأخرى أو المنظمات الدولية.

فما يتطلبه النظام العام الداخلي لكل بلد ولكل مجتمع هو نسبي، ويختلف من بلد إلى آخر، أما النظام العام الدولي فهو مشترك بين كل دول العالم وشعوبه. من هنا فإن هناك نظامين عامين، النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي. والحكم التحكيمي الدولي يبطل إذا خالف النظام العام الدولي ولا يبطل

¹ Farida HOCINE, Op. cit, P 216.

² عبد الحميد الأحذب، المرجع السابق، ص 547.

³ Ibid, p 291.

بالضرورة إذا خالف النظام العام الداخلي. أما الحكم التحكيمي الداخلي فيبطله النظام العام الداخلي ولا حاجة لإعمال النظام العام الدولي في الموضوع لأن ما يتضمنه النظام العام الداخلي أضيق مما تستوعبه أحكام النظام العام الدولي.

II. شروط الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الاتفاقيات الدولية

في حال ما إذا كان المستثمر الأجنبي من رعايا إحدى الدول المنظمة إلى اتفاقية دولية تنظم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها، وكانت الدولة الجزائرية أيضا منظمة إلى هذه الاتفاقية فستطبق أحكام هذه الاتفاقية على الاعتراف بالأحكام الفاصلة في النزاعات بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي المعني وكذا على تنفيذها. ويشار في هذا الصدد إلى اتفاقيتين عرفتا انضمام العديد من الدول وهما اتفاقية نيويورك لعام 1958 واتفاقية واشنطن لعام 1965.

1. شروط الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي وفقا لاتفاقية نيويورك لعام 1958: قدمت اتفاقية نيويورك لعام 1958 تسهيلا ملحوظا لتنفيذ أحكام التحكيم الدولي، فجعلت القاعدة هي نفاذ الحكم التحكيمي والاستثناء هو قبول الدليل على عدم نفاذه لسبب من الأسباب التي أوردتها الاتفاقية على سبيل الحصر في المادة الخامسة منها¹.

فجاءت المادة 3 من اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها مخاطبة الدول المنظمة إليها على وجه الإلزام بالاعتراف بأي قرار تحكيمي صادر في تراب دولة أخرى غير الدولة المطلوب فيها الاعتراف والتنفيذ، ويستوي في ذلك أن يكون النزاع المحتكم بشأنه ناشئ بين أشخاص طبيعيين أو معنويين، وهذا وفقا لأحكام المادة الأولى في فقرتها رقم 1 من الاتفاقية²، والتي تنص على أنه: "1) تطبق هذه الاتفاقية على اعتماد وتنفيذ القرارات التحكيمية التي تصدر في تراب دولة أخرى غير الدولة التي يطلب فيها اعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها، والناشئة عن نزاعات بين أشخاص طبيعيين أو معنويين. كما تطبق على القرارات التحكيمية التي لا تعد قرارات وطنية في الدولة التي يطلب فيها اعتمادها وتنفيذها"

¹ بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص 431.

² مرسوم رقم 88-233، يتضمن الانضمام، بتحفظ، إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، المرجع السابق.

وقد أتاحت الفقرة رقم 3 من هذه المادة للدول المنظمة إبداء التحفظ حيال الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الصادرة في تراب دولة أخرى غير متعاقدة بنصها على أنه:

"3) لكل دولة أن تعلن عند إمضاء هذه الاتفاقية أو اعتمادها، أو الانضمام إليها، أو التبليغ بامتداد مفعولها المنصوص عليه في المادة 10، على أساس المعاملة بالمثل، أنها لا تطبق الاتفاقية إلا على اعتماد القرارات التي تصدر في تراب دولة أخرى متعاقدة. كما يمكنها أن تعلن بأنها تقصر تطبيق الاتفاقية على النزاعات الناشئة عن علاقات قانونية تعاقدية كانت أم غير تعاقدية يعتبرها قانونها الوطني علاقات تجارية".

وعملا بهذه المادة أبدت الدولة الجزائرية تحفظها على أساس المعاملة بالمثل، وعبرت عنه بالمادة الأولى من المرسوم رقم 88-18 المتضمن الانضمام، بتحفظ، إلى اتفاقية نيويورك¹، 1958، والتي نصت على أنه "تتضم الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، بتحفظ، إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها".

وبالرجوع لفحوى المادة 3 من هذه الاتفاقية فإنها تنص على أنه "تقر كل من الدول المتعاقدة سلطة أي قرار تحكيمي وتوافق على تنفيذ هذا القرار طبقا للقواعد الإجرائية المتبعة في التراب الذي يستهدف فيه القرار، ووفقا للشروط المقررة في المواد الآتية. ولا تفرض لاعتماد القرارات التحكيمية التي تطبق عليها هذه الاتفاقية أو لتنفيذها شروط أشد صرامة بشكل محسوس من الشروط والمصاريف المفروضة لاعتماد القرارات التحكيمية الوطنية أو لتنفيذها".

وبذلك تكون اتفاقية نيويورك قد تركت الجانب الإجرائي لمنح الاعتراف وقبول التنفيذ للقواعد الإجرائية المطبقة في الدولة المطلوب فيها الاعتراف والتنفيذ، وكل ما اشترطته الاتفاقية في هذا الشأن هو المساواة النسبية بين الشروط المطبقة أو المصاريف القضائية المفروضة لاعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وبين تلك المطبقة أو المفروضة لاعتماد القرارات التحكيمية الوطنية، أي أنه لا يجب أن تطبق دولة التنفيذ شروطا أشد صرامة ولا مصاريف قضائية أشد ارتفاعا من الشروط والمصاريف المفروضة لاعتماد القرارات التحكيمية

¹ مرسوم رقم 88-233، يتضمن الانضمام، بتحفظ، إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، المرجع السابق.

الوطنية، ويثبت خرق هذه المساواة بتقديم الدليل على أن صرامة الشروط المطبقة و/أو أن ارتفاع المصاريف المفروضة مبالغ فيه، أو "بشكل محسوس" بتعبير الاتفاقية.

ويري الدكتور خالد كمال عكاشة أن هذه المادة لم تضع أي شروط أو نصوص خاصة لعملية الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم، وإنما وضعت قواعد عامة لمعالجة هذا الموضوع. والسبب في ذلك هو اختلاف وجهات النظر حول هذا الموضوع، لذلك أشارت الاتفاقية بأنه على الدولة أن تقوم بالاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية استناداً لأصول المحاكمات وقواعد المرافعات المدنية في ذلك البلد¹.

فيما توضح المادة 4 من اتفاقية نيويورك 1958² الشروط المقررة للحصول على الاعتراف أو التنفيذ، والتي يجب على الطرف طالب الاعتراف والتنفيذ أن يرفق طلبه بها، بنصها على أنه:

"1) يجب على الطرف الذي يطلب الاعتماد والتنفيذ المذكورين في المادة السابقة، قصد الحصول عليهما أن يرفق طلبه بما يأتي:

أ) النسخة الأصلية المصدقة قانوناً من القرار أو نسخة من النص الأصلي تتوفر فيهما الشروط المطلوبة لتصديقها،

ب) النص الأصلي للاتفاقية المذكورة في المادة 2 أو نسخة منه تتوفر فيها الشروط المطلوبة لتصديقها.

2) إذا لم يكن القرار أو الاتفاقية المذكوران محررين بلغة البلد الرسمية المستشهد بالقرار فيها، فإنه يتعين على الطرف الذي يطلب اعتماد القرار وتنفيذه أن يقدم ترجمة لتلك الوثيقتين بلغته. ويجب أن يصدق الترجمة مترجم رسمي أو مترجم محلف أو عون دبلوماسي أو قنصلي".

وبالنتيجة فإن هذه الشروط هي محض شروط شكلية يسهل على مقدم طلب الاعتراف الاستجابة لها، ويتم استيفاؤها بتقديم الوثائق المطلوبة في نسخها الأصلية أو نسخها عنها تستوفي شروط التصديق من لدن الجهات المختصة. فيما تركت الاتفاقية الجانب الإجرائي لإيداع طلب الاعتراف للقانون الإجرائي لدولة القاضي.

¹ خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 310.

² مرسوم رقم 88-233، يتضمن الانضمام، بتحفظ، إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، المرجع السابق.

2. شروط الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي وفقا لاتفاقية واشنطن لعام 1965: تمت صياغة اتفاقية واشنطن من طرف مديري البنك الدولي للإنشاء والتعمير (البنك الدولي). وفي 18 مارس 1965، قدم المديرون الاتفاقية، مرفقة بتقرير، للنظر فيها من طرف الحكومات الأعضاء في البنك الدولي من أجل التوقيع والتصديق عليها. دخلت الاتفاقية حيز التنفيذ في 14 أكتوبر 1966 بعد التصديق عليها من طرف 20 دولة. وبحلول 10 أبريل 2006 صدقت على الاتفاقية 143 دولة لتصبح دولا متعاقدة¹. ومن أهم المسائل التي نظمتها اتفاقية واشنطن لعام 1965 مسألة الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي، وذلك من خلال المادة 1/54 التي تنص على أنه²:

"1- يتعين على كل دولة متعاقدة أن تعترف بأي حكم يصدر في نطاق هذه الاتفاقية باعتباره حكما ملزما وتضمن داخل أراضيها تنفيذ الالتزامات المالية التي يفرضها الحكم، على نحو ما يتبع بالنسبة للأحكام الصادرة من محاكم هذه الدولة. وإذا كانت الدولة المتعاقدة ذات نظام فيدرالي فإنها تضمن تنفيذ الحكم عن طريق تدخل محاكمها الفيدرالية".

يتضح من خلال هذا النص أن أهم ما يميز أحكام التحكيم الصادرة عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار هو تمتعها بقوة الإلزام، وبالتالي فإن الاعتراف بها ما هو إلا تحصيل حاصل أو هو أثر مباشر من آثار القوة الملزمة التي يتمتع بها الحكم في أية دولة متعاقدة، وهو نتيجة القبول الإرادي للأطراف باللجوء إلى تحكيم المركز وفق ما تنص عليه المادة 25 فقرة رقم (1) من اتفاقية واشنطن لعام 1965³ تحت عنوان اختصاص المركز:

"1- يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، والتي تتصل اتصالا مباشرا بأحد الاستثمارات، بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز. ومتى أبدى طرفا النزاع موافقتهم المشتركة فإنه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده".

¹ Convention et règlements du CIRDI, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, 1818 H Street, N.W. Washington, D.C. 20433, E.U.A. CIRDI/15, Avril 2006, p 5.

² مرسوم رئاسي رقم 95 - 346، ينص المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المرجع السابق.

³ مرسوم رئاسي رقم 95 - 346، ينص المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المرجع نفسه.

وبخصوص شروط الاعتراف فإن اتفاقية واشنطن تلزم طالب الاعتراف بالحكم التحكيمي الصادر عن المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار أن يقدم، و فقط، صورة من الحكم معتمدة من السكرتير العام للمركز إلى المحكمة الوطنية المختصة أو إلى أية سلطة أخرى تعينها الدولة المتعاقدة لهذا الغرض. فيما تشترط الاتفاقية على الدول المتعاقدة أن تخطر السكرتير العام للمركز بالمحكمة المختصة أو أية سلطات تعينها لهذا الغرض وبما يلحقها من تغييرات، وهذا وفقا لأحكام المادة 2/54 من الاتفاقية¹ التي تنص على أنه:

"2- من أجل الحصول على الاعتراف بالحكم وتنفيذه على أراضي دولة متعاقدة يتعين على الخصم صاحب الشأن أن يقدم صورة من الحكم معتمدة من السكرتير العام إلى المحكمة الوطنية المختصة أو إلى أية سلطة أخرى تعينها الدولة المتعاقدة لهذا الغرض. ويجب على كل دولة متعاقدة أن تخطر السكرتير العام بالمحكمة المختصة أو أية سلطات تعينها لهذا الغرض، وبأية تغييرات لاحقة في هذا الأمر".

ثانيا- إجراءات استصدار الأمر القاضي بالاعتراف

يخضع طلب استصدار الأمر القاضي بالاعتراف بأحكام التحكيم الدولي إلى إجراءات حددها المشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث أن اتفاقية نيويورك 1958 اكتفت بتحديد شروط الاعتراف والتنفيذ وتركت الإجراءات للقوانين الداخلية للدول الأعضاء.

1. طلب الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي

عملا بأحكام المادة 1/1051 من ق. إ. م. إ التي علقته الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي على تحقق شرط إثبات وجودها، وحيث أنها جعلت عب إثبات هذا الوجود على عاتق الطرف الذي يرغب في الاعتراف بها، والمشار إليه في نص المادة بعبارة "من يتمسك بوجودها". فإنه يجب على هذا الأخير تحقيقا لذلك أن يودع لدى أمانة الجهة القضائية المختصة الوثائق المذكورة سابقا والمنصوص عليها في المادة 1052 من ق. إ. م. إ²، والمتمثلة في:

- نسخة أصلية أو نسخة مطابقة للأصل مصدقا عليها قانونا من حكم التحكيم.
- نسخة أصلية أو نسخة مطابقة للأصل مصدقا عليها قانونا من اتفاق التحكيم.

¹ مرسوم رئاسي رقم 95 - 346 يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المرجع السابق.

² قانون رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

ويجب أن تكون الوثيقتان مصحوبتين بالترجمة إلى اللغة العربية، وذلك طبقا لما تنص عليها المادة 2/8 من ق.إ.م.إ.¹، والمادة 2/4 من اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها والتي انضمت إليها الجزائر بموجب مرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988.

غير أن مجرد إيداع الوثائق المذكورة سابقا لا يعد لوحده كاف لإصدار الأمر بالاعتراف بحكم التحكيم، حيث يجب أن ترفق تلك الوثائق بتحرير طلب الاعتراف بالحكم حسب القواعد العامة وإيداعه بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة. وقد وردت الإشارة إلى تحرير طلب الاعتراف والذي يكون في شكل عريضة في نص المادة 2/1035 من ق.إ.م.إ.² المحال عليها بالمادة 1054، حيث تنص المادة 2/1035 على أنه "يتحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض والوثائق وأصل الحكم".

- **تحديد الجهة القضائية المختصة بإيداع طلب الاعتراف:** إن تحديد الجهة القضائية المختصة بإيداع طلب الاعتراف بحكم التحكيم يتوقف على مكان صدور حكم التحكيم الدولي، ويميز المشرع الجزائري في هذا الصدد بين حكم التحكيم الصادر في الجزائر وحكم التحكيم الصادر خارج الإقليم الوطني، وهذا وفقا لنص المادة 2/1051 من ق.إ.م.إ.³ الذي وحد الأحكام الخاصة بالاعتراف والتنفيذ "وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني".

- إذا كان الحكم صادرا في الجزائر فإن إيداع طلب الاعتراف يكون بأمانة ضبط المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم بدائرة اختصاصها، ليكون بذلك الاختصاص النوعي للمحكمة الابتدائية أما الاختصاص المحلي فيتحدد بمكان صدور الحكم محل طلب الاعتراف.

- وإذا كان الحكم صادرا خارج الجزائر (مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الجزائر) فإن الإيداع يكون بأمانة ضبط محكمة محل التنفيذ.

¹ تنص المادة 2/8 من القانون رقم 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، على أنه "يجب أن تقدم الوثائق والمستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة، تحت طائلة عدم القبول".

² قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع نفسه.

³ قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع نفسه.

وما يلاحظ أن المادة 1051 سألقة الذكر لم تضع ميعادا محددًا لإيداع طلب الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي وبالتالي تهيئتها لتكون محل تنفيذ، وذلك لأن الأصل في تنفيذ الأحكام بصفة عامة هو التنفيذ الطوعي من طرف المحكوم عليه، وإن امتنع هذا الأخير عن التنفيذ كان للمحكوم له أن يلجأ إلى التنفيذ الجبري والذي يسبق في مجال التحكيم الدولي بطلب الاعتراف بالحكم التحكيمي ثم طلب تنفيذه وبالتالي فمن غير المعقول تقييده بميعاد محدد لممارسة هذا الحق.

II. سلطة القاضي الوطني في الأمر بالاعتراف

انطلاقاً من كون الاعتراف بحكم التحكيم يعني أن الحكم قد صدر بشكل صحيح وملزم للأطراف، وبالتالي إقرار القضاء الوطني بصحة ما صدر من قبل هيئة التحكيم في النزاع المحتكم بشأنه، فيدخل الحكم حينئذ في النظام القانوني لدولة القاضي مطابقاً لقواعدها¹. والحال هذه فلا بد من إعمال الرقابة القضائية على الحكم المائل للتأكد من سلامة إجراءات إصداره ومن ثمة الإقرار بصحة ما جاء به هذا الحكم.

وبناءً على ذلك فإنه بعد إيداع طلب الاعتراف يأتي دور القاضي المختص في التأكد من توفر الحكم التحكيمي محل طلب الاعتراف على شروط صحته، ويمكن التمييز بين نوعين أساسيين من الشروط التي تخضع لرقابة القاضي وهي الشروط الشكلية والشروط موضوعية².

1. **التحقق من الشروط الشكلية لصحة حكم التحكيم:** تقسم الشروط الشكلية لصحة حكم التحكيم إلى نوعين، يتعلق النوع الأول بالحكم التحكيمي فيما يتعلق النوع الثاني بأطراف الحكم التحكيمي (المحكوم له والمحكوم ضده).

أ- **الشروط الشكلية المتعلقة بحكم التحكيم:** يجب على القاضي المختص أن يتحقق بداية من الوجود المادي للوثائق المنصوص عليها في المادة 1/1051 من ق.إ.م.إ وهي:

- نسخة أصلية أو نسخة مطابقة للأصل مصدقا عليها قانوناً من حكم التحكيم.
- نسخة أصلية أو نسخة مطابقة للأصل مصدقا عليها قانوناً من اتفاق التحكيم.

¹ بكلي نور الدين، المرجع السابق، ص 54.

² عجة الجليلي، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي، مجلة المحكمة العليا - العدد الأول 2006، ص 122 وما بعدها.

- الترجمة الرسمية لهاتين الوثيقتين إلى اللغة العربية، عملاً بأحكام المادة 2/8 من ق. إ. م. إ¹، وأحكام المادة 2/4 من اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها والتي انضمت إليها الجزائر بموجب مرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988.

- تحرير طلب الاعتراف بالحكم التحكيمي حسب القواعد العامة وإيداعه مع الوثائق المذكورة أعلاه من الطرف المعني بالتعجيل.

وبعد تأكده من الوجود المادي للوثائق المطلوبة يشرع القاضي في فحص مدى توفر اتفاق التحكيم وأيضاً حكم التحكيم على الشروط الشكلية لصحتها والتمثلة في:

- تعيين محكمة التحكيم من حيث الأشخاص (قاض واحد أو عدة قضاة وترا) والمكان، أو تحديد كيفية تعيينها.

- تحديد أطراف النزاع.

- تحديد المهمة التحكيمية.

- موجز عن الوقائع.

- تسبب الحكم التحكيمي والفصل في الطلبات.

- تحديد تاريخ إصدار الحكم التحكيمي.

- توقيع المحكم الفرد أو المحكمين.

ب- الشروط الشكلية المتصلة بالأطراف: وتتعلق هذه الشروط أساساً بمدى تمتع الأطراف بشرط الصفة والأهلية للتحكيم.

- شرط الصفة: هو شرط لازم لقبول الدعوى أقرته المادة 13 من ق. إ. م. إ² بنصها على أنه "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون.

يثير القاضي تلقائياً انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه.

كما يثير تلقائياً انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون".

¹ تنص المادة 2/8 من القانون رقم 08-09، المنضمين قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، على أنه "يجب أن تقدم الوثائق والمستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة، تحت طائلة عدم القبول".

² قانون رقم 08-09، ينضمين قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

- شرط توفر أهلية التحكيم: يرجع في تحديد أهلية الأشخاص في التعاقد إلى القواعد العامة في القانون المدني الجزائري، مع مراعاة أحكام المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي خصت الأشخاص المعنوية العامة بأحكام خاصة، حيث منحها أهلية اللجوء إلى التحكيم في مجالات محددة وهي العلاقات الاقتصادية الدولية أو الصفقات العمومية.

2- التحقق من الشروط الموضوعية لصحة حكم التحكيم: فضلا عن نظره في صحة الشروط الشكلية يجب على القاضي التصدي لصحة الشروط الموضوعية والمتمثلة في¹:

- رضائية التحكيم: القاعدة العامة أن التحكيم اتفاق رضائي والشكلية المطلوبة فيه مجرد تقنية للإثبات وهكذا يقع تحت طائلة البطلان كل قرار تحكيمي ناجم عن غياب التراضي، كما يقع تحت دائرة القرار القابل للإبطال كل قرار تحكيمي ناتج عن غلط أو تدليس أو غش أو إكراه حسب القواعد العامة ولا ينطق القاضي ببطلان القرار ولو تأكد من ذلك ولو كان طلب البطلان من أحد أطراف القرار التحكيمي، وإنما يقضي فقط برفض طلب الاعتراف بالقرار التحكيمي.

- عدم مخالفة حكم التحكيم للنظام العام الدولي: عملا بأحكام المادة 1/1051 من ق.إ.م.إ² التي تنص على أنه "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي".

ويرى الدكتور عجة الجيلالي أن المشرع الجزائري بنصه على عدم مخالفة القرار التحكيمي للنظام العام الدولي يكون قد تجاهل النظام العام الداخلي، مما يفتح باب التأويل على فرضيتين:

- إما تمديد حكم المادة 1/1051 إلى النظام العام الداخلي.
- وإما التقييد بحرفية النص واستبعاد النظام العام الداخلي لصالح النظام العام الدولي بمكوناته الأساسية (القواعد المدرجة في ميثاق الأمم المتحدة والقواعد الاتفاقية المدرجة في الاتفاقيات الدولية المصادق عليها في الجزائر شريطة احترام قاعدة المعاملة بالمثل). وهذا حكم غير منطقي في نظر الدكتور عجة الجيلالي الذي يرى الحل الأمثل في التمديد³.

¹ عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص124.

² قانون رقم 08-09، ينص على قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

³ عجة الجيلالي، المرجع نفسه، ص126.

غير أن توجه المشرع الجزائري له مبرراته حيث أن المحكمة التي تصدر حكم التحكيم الدولي بوسعها أن تحيط علما بالقانون العام الدولي بالنظر لكونه مشتركا بين جميع الدول، إلا أنه من الصعب عليها إن لم يكن مستحيلا أن تطلع على النظام العام الداخلي لكل الدول نظرا لنسبية النظام العام الداخلي. وينفق هذا التبرير مع ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس في 30 سبتمبر 1993 إذ أقرت بأن "عقدا يكون سببه والغرض منه هو استغلال النفوذ بواسطة دفع رشاوى (...). هو مخالف للنظام العام الدولي الفرنسي وأيضا لأخلاقيات المعاملات الدولية على النحو الذي تتفق عليه الغالبية العظمى من دول المجتمع الدولي"¹.

- تجنب المسائل المحظورة على التحكيم: وهي المسائل المشار إليها في المادة 1006 من ق. إ. م. إ² "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها. لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم. ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

الفرع الثاني

تنفيذ أحكام التحكيم الدولي في الجزائر

الأصل في تنفيذ أحكام التحكيم الدولي هو أن ينفذ المحكوم ضده ما قضى به الحكم طوعا أي باختياره وبمحض إرادته، ويعد التنفيذ الاختياري هو الوضع الغالب في عقود الاستثمار الدولية بحيث يلجأ إليه المحكوم ضده حفاظا على سمعته التعاقدية وضمانا لاستمرار علاقاته الاقتصادية حتى مع المحكوم له، لتبقى الأقلية المتعنتة والرافضة للتنفيذ الطوعي هي التي تثير مسألة التنفيذ الجبري لأحكام التحكيم الدولي.

ويعرف التنفيذ الجبري بوجه عام بأنه التنفيذ الذي تجريه السلطة العامة، تحت رقابة القضاء وتحت إشرافه بناء على طلب دائن بيده سند مستوف للشروط الخاصة، بقصد استيفاء حقه الثابت من المدين قهرا، وذلك عن طريق منع المدين من التصرف في ماله المحجوز، ثم بيعه جبرا، أو قهر المدين على التنفيذ

¹ Philip FOUCHARD et autres, Op. cit, p 976.

² قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

المباشر¹. غير أن اللجوء إلى التنفيذ الجبري يقتضي أن يتوفر طلب التنفيذ المقدم من المحكوم له إلى الجهة القضائية المختصة على شروط معينة حددها قانون الإجراءات المدنية والإدارية (أولاً) وأخرى حددتها الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الدولة الجزائرية (ثانياً).

أولاً- شروط تنفيذ أحكام التحكيم الدولي في التشريع الجزائري

هذه الشروط تضمنتها المادة 2/1051 من ق. إ. م. إ² بنصها على أنه "وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر التحكيم موجوداً خارج الإقليم الوطني".

إن شروط تنفيذ أحكام التحكيم الدولي في الجزائر المنصوص عليها في هذه الفقرة هي نفسها شروط الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي الواردة ضمن أحكام الفقرة الأولى من المادة 1051 أيضاً، والتي تنص على أنه "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي".

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب على القاضي المرفوع إليه طب التنفيذ أن يتفحص توفر هذه الشروط من تلقاء نفسه، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2007/04/18 بمناسبة نظرها في الملف رقم 461776 المتعلق بقضية الشركة الجزائرية للصناعات الغذائية "ساليينا" ضد ترادينغ أند سارفيس³. والذي جاء فيه: "عن الوجه المثار تلقائياً عن المحكمة العليا: المأخوذ من خرق قاعدة جوهرية في الإجراءات.

حيث أنه بالرجوع إلى مستندات القضية والقرار المطعون فيه يتبين بأن قضاة الموضوع قد خرقوا قاعدة جوهرية في الإجراءات لما قضوا على المطعون ضدها بإيداع أصل قرار التحكيم الدولي إلى غير ذلك من الوثائق بحيث كان على قضاة الموضوع قبل إصدار أمر بالتنفيذ أن يلزموا طالب التنفيذ المطعون ضدها أن تقدم ملفاً يتضمن الوثائق اللازمة والمنصوص عليها بالمادة 458 مكرر 18 ق. إ. م. وكذا المادة 2/4 من

¹ عمارة بلغيث، التنفيذ الجبري وإشكالاته، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص8.

² قانون رقم 08-09، ينصمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

³ ملف رقم 461776 قرار بتاريخ 2007/04/18 قضية الشركة الجزائرية للصناعات الغذائية "ساليينا" ضد ترادينغ أند سارفيس، الغرفة المدنية، مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، قسم الوثائق، الجزائر، السنة 2007، العدد 2، ص212-213.

اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها والتي انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم 233/88 المؤرخ في 1988/11/05.

وأن هذه الشروط المنصوص عليها بالمادة السالفة الذكر لأجل الحكم بالأمر بالتنفيذ يتمثل في إيداع لدى كتابة الضبط المحكمة نسخة أصلية أو نسخة مطابقة للأصل مصادق عليها قانوناً من قرار التحكيم ونسخة أصلية أو نسخة مطابقة للأصل مصادق عليها قانوناً من اتفاقية التحكيم وأن يتم تحرير محضر إيداع تلك الوثائق كما أنه تسلم نسخة منه لطالب أمر التنفيذ للقرار التحكيمي كما تنص عليه المادة 458 مكرر 19 من ق. إ. م وأن يتم تبليغ القرار التحكيمي المراد التنفيذ عليه.

حيث أن هذه الوثائق والمنصوص عليها يجب مراقبتها من طرف القاضي الأمر بالتنفيذ فإن تبين له أنها مستوفية لتلك الشروط المنصوص عليها قانوناً يحق له أن يصدر أمر بالتنفيذ.

- **الجهة القضائية المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ:** في سياق ذكره لشروط التنفيذ قام المشرع الجزائري بتحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في قابلية حكم التحكيم الدولي للتنفيذ في الجزائر من عدمها، وبناءً على ذلك تقوم الجهة القضائية المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ أو الأمر برفض التنفيذ، وقد ربط المشرع الاختصاص المحلي بمكان صدور الحكم، حيث ميز بين:

1- حالة صدور حكم التحكيم الدولي في الجزائر، وهنا يجب أن يصدر الأمر بالتنفيذ أو الأمر برفض التنفيذ عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم الدولي في دائرة اختصاصها، حيث تنص المادة 2/1051 من ق. إ. م. إ¹ على أنه "وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها".

2- حالة صدور حكم التحكيم الدولي خارج الجزائر والمعبر عنها في المادة 2/1051 يكون مقر التحكيم موجوداً خارج الإقليم الوطني، وفيها ينعقد الاختصاص بإصدار الأمر بالتنفيذ أو الأمر برفض التنفيذ لرئيس محكمة محل التنفيذ، حيث تنص المادة 2/1051 على أنه "وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصه أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجوداً خارج الإقليم الوطني".

¹ قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

- شكل الأمر الصادر عن قاضي التنفيذ: على اعتبار أن الأمر بالتنفيذ أو الأمر بعدم التنفيذ يصدر عن رئيس المحكمة فإن التساؤل يثار حول شكل هذا الأمر، هل يصدره القاضي وفق القواعد الخاصة بالأحكام القضائية أم يصدره وفق القواعد الخاصة بالأوامر الولائية؟

إن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى هذه المسألة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلا أن الاجتهاد القضائي كان قد فصل في المسألة من خلال القرار رقم 311816 الصادر بتاريخ 2004/12/29 عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا¹، والذي جاء فيه:

"كـنـه واعتمـاد عـلى الـوجـه المـثـار تـلقـائـيا وـالمـأخـوذ مـن خـرق قـواعـد الـاخـتصـاص الـوظـيـفـي أو الـولـائـي.

حيث أنه وبالرجوع إلى أحكام المادة 458 مكرر 20 من قانون الإجراءات المدنية والتي تنص على أن "تكون قرارات المحكمين قابلة للتنفيذ، بموجب أمر صادر عن رئيس المحكمة بذييل أصل القرار أو بهامشه، ويتضمن الإذن لكاتب الضبط تسليم نسخة رسمية منه ممهورة بالصيغة التنفيذية". وتبعاً لذلك، فإن الأمر الصادر بتنفيذ القرار التحكيمي الأجنبي يصدر عن رئيس المحكمة، أثناء مباشرته للوظيفة الولائية بعد استيفاء الشروط، في إيداع نسخة أصلية من القرار التحكيمي مصدقا عليها قانوناً أو نسخة مطابقة للأصل، ونسخة أصلية مصدقا عليها من اتفاقية التحكيم أو نسخة مطابقة للأصل، وذلك ما تقضي به المادة 458 مكرر 18 من قانون الإجراءات المدنية.

ويجب أن تكون الوثيقتان مصحوبتين بالترجمة إلى اللغة العربية، طبقاً لما تنص عليه المادة 2/4 من اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها والتي انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988، والمادة 458 مكرر 18 من نفس القانون، وأن يتم إيداع تلك الوثائق لدى كتابة ضبط المحكمة المختصة، وأن يتم تحرير محضر الإيداع تسلّم نسخة منه لطالب أمر التنفيذ، وذلك طبقاً لما تقضي به المادة 458 مكرر 19 من نفس القانون، ويضاف إلى تلك الوثائق محضر تبليغ القرار التحكيمي الأجنبي واستناد إلى تلك الوثائق يصدر رئيس المحكمة أمر بذييل القرار التحكيمي، يتضمن الإذن لكاتب الضبط بتسليم نسخة ممهورة بالصيغة التنفيذية.

¹ Ramdane ZERGUINE, L'exequatur des Sentences Arbitrales Etrangères en Algérie "Commentaire de l'Arrêt de la Cour Suprême – Chambre Civile - N° 311816 du 29/12/2004, Revu de la Cour Suprême, Volume 1, 2006, Algérie, p 151 à 153.

في حين أنه ثابت من القرار المطعون فيه، أن الأمر الصادر بالتنفيذ صدر عن رئيس المحكمة أثناء مباشرته للوظيفة القضائية، لأن الأوامر الصادرة في المواد المستعجلة تعد أحد صور الحماية القضائية المؤقتة، ولا تعد من صور الحماية القضائية الولائية.

وحيث أن تقسيم العمل الذي يمارسه رئيس المحكمة إلى عمل ولائي وعمل قضائي، هو تقسيم للاختصاص الوظيفي أو الولائي، وبذلك يجب على قضاة الموضوع أن يتقيدوا بهذا التقسيم، وإلا يقع الخط في الممارسة بين العاملين بحيث يجب أن يمارس كل عمل في إطار الوظيفة المخصصة له، وطبقا للشكل القانوني الخاضع له، وحيث أن قضاة الموضوع لم يتقيدوا بهذا التقسيم مما يعد انتهاكا لقواعد الاختصاص الوظيفي يعرض القرار المطعون فيه للنقض، وبغير حاجة إلى التطرق للأوجه المثارة.

ثانيا - شروط تنفيذ أحكام التحكيم الدولي في الاتفاقيات الدولية

تسري أحكام الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاعتراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها، والتي تكون الدولة الجزائرية وكذلك دولة المستثمر الأجنبي المحتكم ضده أطرافا فيها، على تنفيذ أحكام التحكيم الدولي كما هو الحال بالنسبة للاعتراف بهذه الأحكام، وسيتم توضيح ذلك وفقا لاتفاقية نيويورك لعام 1958 كنموذج¹.

1. شروط تنفيذ أحكام التحكيم الدولي في اتفاقية نيويورك لعام 1958

في إطار حرصها على تنفيذ أحكام التحكيم الدولي على أوسع نطاق وبأقصى سرعة فرضت اتفاقية نيويورك لعام 1958 في مادتها الرابعة اشتراطات أقل بكثير من تلك التي كانت تفرضها اتفاقية جنيف لعام 1927 ولعل أكبر حاجز أمام الاعتراف والتنفيذ كان يتمثل في "براءة التنفيذ المزدوجة". وعملا بالمادة 1/4 من اتفاقية نيويورك يشترط على مقدم الطلب الذي يلتمس الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه أن يوافي محكمة التحكيم بقرار التحكيم الأصلي مصدقا عليه أو نسخة منه مصدقة، مرفقا بالاتفاق الأصلي أو صورة منه مصدقة. وتضيف المادة 2/4 أنه إذا كانت هاتين الوثيقتين محررتين بلغة أجنبية فإنه يشترط على مقدم الطلب أن يقدم ترجمة لهما إلى اللغة العربية. إن الغرض من تقديم هذه الوثائق يكمن في ضمان أن تكون

¹ مرسوم رقم 88-233، يتضمن الانضمام، بتحفظ، إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، المرجع السابق.

أمام محكمة التنفيذ الأدلة الضرورية على أن طلب مقدم الطلب بخصوص الاعتراف والتنفيذ "يمثل واقع الحال"¹.

ويسوق دليل الأونسيترال بشأن اتفاقية نيويورك لعام 1958 أمثلة عن كيفية تعاطي التشريعات الوطنية لدول مختلفة مع مسألة التنفيذ، فقد اعتمدت المحاكم السويسرية نهجا أكثر مرونة. فعلى سبيل المثال، في القضايا التي لم يثبت فيها مقدم الطلب أن الوثيقة ذات الصلة مصدق عليها حسب الأصول المتبعة أو معتمدة حسب الأصول، ارتأت أنه ينبغي الموافقة على التنفيذ إذا لم يجادل الطرف المعارض للاعتراف والتنفيذ في صحة تلك الوثيقة. ومعنى ذلك أن المحاكم السويسرية لا تطعن في صحة الوثائق غير المصدق عليها وإنما تضع عبء إثارة ذلك على الطرف المعارض للاعتراف والتنفيذ.

وفي مسألة التنفيذ أيضا يشير الدليل إلى أن هناك محاكم وافقت على التنفيذ على الرغم من عدم تقديم طالب الاعتراف والتنفيذ لقرار التحكيم الأصلي المصدق عليه حسب الأصول المتبعة أو اتفاق التحكيم الأصلي، وقد بررت المحاكم الألمانية ذلك بتطبيقها لمبدأ الحق الأكثر مؤاتاة المبين في المادة السابعة من اتفاقية نيويورك لعام 1958 معتبرة أنه من غير الضروري أن يقدم طالب الاعتراف أو التنفيذ اتفاق التحكيم لأن القانون الألماني لا يتطلب ذلك. فيما اعتبرت المحاكم الهولندية الترجمة غير ضرورية في الحالات التي تكون فيها الوثائق ذات الصلة محررة بلغة نفهمها. وفي قضية معروضة على محكمة مقاطعة أمستردام، قدم صاحب الطلب نسختين معتمدين من قرار التحكيم واتفاق التحكيم، وكلاهما كان باللغة الإنجليزية، لكنه لم يقدم نسختين مترجمتين منهما إلى الهولندية. وأشارت المحكمة إلى إتقانها للغة الإنجليزية بدرجة كافية ولم تشترط تقديم نسختين مترجمتين، وخلصت إلى أن متطلبات المادة الرابعة قد استوفيت².

أما المحكمة العليا الجزائرية فينتضح من خلال القرارات الصادرة عنها أنها متقيدة بحرفية النص، حيث تشترط توفر الوثائق المنصوص عليها قانونا من أجل إصدار الأمر بالتنفيذ فيما ترتب البطلان على الأمر الصادر دون استيفاء الشروط المطلوبة، وهذا ما يؤكد قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2004/12/29 في الملف رقم 326706 والذي جاء فيه:

¹ دليل الأونسيترال بشأن اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك، 1958)، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي - الدورة السابعة والأربعون، الأمم المتحدة، الجمعية العامة، نيويورك، 7-25 تموز/يوليه 2014، ص3.

² دليل الأونسيترال بشأن اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك، 1958)، المرجع نفسه، ص8-10.

"عن الوجه الأول: المأخوذ من خرق القواعد الجوهرية في الإجراءات.

حيث أن ما تعييه الطاعنة على القرار المطعون فيه في محله، فلا يجوز للجهة القضائية المختصة أن تأمر بتنفيذ القرارات التحكيمية الدولية، إلا إذا توافرت فيها الشروط المنصوص عليها بالمادة 458 مكرر 18 المذكورة أعلاه، والمادة 2/4 من اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها والتي انضمت إليها الجزائر بموجب مرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988.

وحيث تنحصر تلك الشروط -لأجل الأمر بالتنفيذ- في إيداع لدى كتابة ضبط المحكمة نسخة أصلية أو نسخة مطابقة للأصل مصدقا عليها قانونا من حكم التحكيم، نسخة أصلية أو نسخة مطابقة للأصل مصدقا عليها قانونا من اتفاقية التحكيم، وذلك ما تقضي به المادة 458 مكرر 18 من نفس القانون. ويجب أن تكون الوثيقتان مصحوبتين بالترجمة إلى اللغة العربية، وذلك طبقا لما تنص عليها المادة 2/4 من الاتفاقية المذكورة أعلاه.

وأن يتم تحرير محضر عن إيداع الوثائق المشار إليها، تسلم نسخة منه لطالب أمر تنفيذ القرار التحكيمي وذلك ما تقضي به المادة 458 مكرر 19 من نفس القانون وأن يتم تبليغ نسخة من القرار التحكيمي للمراد بالتنفيذ عليه

وتبعاً لذلك، لا يجوز إصدار الأمر بتنفيذ القرار التحكيمي الأجنبي إذا تخلف أحد الشروط المنوه بها أعلاه ولا يمكن استيفاء هذا الشرط -إذا تخلف- على مستوى جهة الاستئناف، باعتباره من الأوامر الولائية إذا صدر ولم يكن مستوفياً لتلك الشروط، فيترتب عليه بطلانه، ولا يمكن تصحيح هذا البطلان، إلا بالرجوع إلى نفس القاضي الذي أصدر الأمر، ذلك أن سلطات جهة الاستئناف، تنحصر في تقرير البطلان، ويترتب عليه إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل صدور هذا الأمر، على اعتبار أن الأمر الصادر بالتنفيذ هو من الأوامر الولائية، وبالتالي لا تستنفذ الجهة الصادر عنها ولايتها، بل يحق لمن له مصلحة الرجوع إلى نفس القاضي، بعد استيفاء الشروط المطلوبة قانوناً لإصدار الأمر بالتنفيذ.

وحيث أن القضاة لم يتقيدوا بالشروط القانونية لإصدار الأمر بتنفيذ القرار التحكيمي الدولي، مما يعرض قضاءهم للبطلان¹.

¹ Ramdane ZERGUINE, Op. cit, p151 à 153.

المطلب الثاني

معايير عدالة أحكام التحكيم الدولية

يمكن التحقق من عدالة أحكام التحكيم الدولي من خلال حالات الطعن التي خصها بها المشرع الجزائري، وقد فرق المشرع بين نوعين من الطعن في أحكام التحكيم الدولي وذلك حسب مكان صدور الحكم، حيث أن حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الإقليم الوطني لا يقبل في ذاته أي طعن، وإنما يطعن في الأمر القاضي برفض الاعتراف به أو برفض تنفيذه أو في الأمر القاضي بالاعتراف به أو بتنفيذه (الفرع الأول)، أما حكم التحكيم الصادر في الجزائر فيطعن فيه بالبطلان (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الطعن في حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الإقليم الوطني

أعفى المشرع الجزائري أحكام التحكيم الدولي الصادرة خارج الإقليم الوطني من الطعن فيها بأي شكل من أشكال الطعن، غير أنه أقر الاستئناف ضد الأوامر الصادرة عن الجهة القضائية المختصة بالنظر في أمر التنفيذ، وبالتالي فإن الاستئناف يوجه ضد الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ، أو ضد الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ (أولاً) ويترتب على ممارسة الطعن بالاستئناف آثار قانونية معينة (ثانياً).

أولاً- الطعن بالاستئناف في أوامر القضاء

هناك بعض النظم القانونية تقر الطعن بالاستئناف في حكم التحكيم الداخلي، ومنها قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1996 والقانون الفرنسي والقانون التونسي، وهذا ما أخذ به أيضاً المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلا أن الوضع الغالب في مجال التحكيم الدولي هو عدم جواز الطعن في حكم التحكيم بالاستئناف؛ ومبرر ذلك أن الطعن بالاستئناف يكون أمام هيئة قضائية أعلى درجة من التي أصدرت الحكم وهو ما لا يتوافر في التحكيم الدولي الذي يصدر الحكم فيه عن هيئات خارجة عن سيطرة السلطة القضائية لأية دولة¹.

¹ ناصر عثمان محمد عثمان، معايير دولية التحكيم، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون، الفترة من 28 إلى 30 أبريل 2008، ص50.

1. استئناف الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ

يستند الطعن بالاستئناف في الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ إلى أحكام المادة 1055 من ق. إ. م. إ¹ والتي تنص على أنه "يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلاً للاستئناف".

وفي بيان إجراءات رفع الطعن بالاستئناف في هذه الحالة يرجع إلى الأحكام الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الداخلي، والمحال عليها بموجب المادة 1054 من ق. إ. م. إ التي تنص على أنه "تطبق أحكام المواد من 1035 إلى 1038 أعلاه، فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي". وفي هذا الصدد تنص المادة 2/1035 على أنه "يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل خمسة عشر (15) يوماً من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي".

وعليه فقد حددت هذه المادة آجال رفع الطعن بالاستئناف في الأمر القاضي برفض التنفيذ بخمسة عشر يوماً تحسب من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي، ويثير هذا التحديد الزمني إشكالا من حيث وصوله إلى علم طالب التنفيذ والذي يقتضي المنطق أن يكون هو من سيطعن بالاستئناف في الأمر القاضي برفض طلبه في تنفيذ الحكم، حيث أنه كلما تأخر في الإطلاع على منطوق الأمر كلما نقصت الآجال وتقلصت حظوظه في رفع استئنافه.

وبخصوص تحديد الجهة القضائية المختصة فمن ناحية الاختصاص النوعي فإنه ينعقد للمجلس القضائي باعتباره الجهة المختصة قانوناً في استئناف أحكام المحاكم، أما الاختصاص المحلي فإنه ينعقد للمجلس القضائي الذي تتواجد في دائرة اختصاصه محكمة محل التنفيذ على اعتبار أنها هي المختصة بالنظر في طلب الاعتراف أو طلب التنفيذ عندما يكون مقر محكمة التحكيم موجوداً خارج الإقليم الوطني، وهذا وفقاً لأحكام المادة 1051 من ق. إ. م. إ² والتي تنص على أنه "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي".

¹ قانون رقم 08-09، ينصمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

² قانون رقم 08-09، ينصمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع نفسه.

وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني".

II. استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ

إن الطعن بالاستئناف في الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ مقيد بتحقيق واحدة أو أكثر من الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 من ق. إ. م. إ¹، والتي يجب أن يخلو منها حكم التحكيم الدولي حتى يقبل الاعتراف به أو تنفيذه، وهي:

- 1- الفصل في النزاع بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو منقضية المدة.
- 2- مخالفة القانون في تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد.
- 3- مخالفة محكمة التحكيم للمهمة المسندة لها.
- 4- عدم مراعاة مبدأ الوجاهية.
- 5- عدم تسبيب الحكم، أو وجود تناقض في الأسباب.
- 6- مخالفة حكم التحكيم للنظام العام الدولي.

ثانيا - الآثار المترتبة على الطعن بالاستئناف والاستثناءات الواردة عليه

لا يعد الطعن بالاستئناف في أمر الاعتراف أو التنفيذ ولا في أمر رفض الاعتراف أو رفض التنفيذ المآل النهائي لحكم التحكيم الدولي الصادر خارج الإقليم الوطني، حيث أنه يرتب آثارا منها ما ينشأ بمباشرة الطعن ومنها ما يكون لاحقا عليه، كما أن الطعن بالاستئناف لا يمتد لبعض الأحكام الخاضعة لنظام اتفاقي خاص كما هو الحال بالنسبة للأحكام الصادرة عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

1. الآثار المترتبة على الطعن بالاستئناف

يترتب على الطعن بالاستئناف في الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ وكذا في الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ آثار إجرائية تتمثل في وقف تنفيذ أحكام التحكيم الدولي التي يتعلق بها الطعن بالاستئناف، ويسري إيقاف تنفيذ هذه الأحكام خلال فترة تقديم الطعن بالاستئناف ويستمر طيلة آجال

¹ قانون رقم 08-09، ينصمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

ممارسته، وهذا وفقا لأحكام المادة 1060 من ق. إ. م. ¹ التي تنص على أنه "يوقف تقديم الطعون وأجل ممارستها، المنصوص عليها في المواد 1055 و 1056 و 1058، تنفيذ أحكام التحكيم".

وقد جاءت المادة 1060 جامعة لطرق الطعن المقررة قانونا في أحكام التحكيم الدولي، موحدة للآثار المترتبة على تقديمها، وهي تشمل مختلف حالات الاستئناف والمتمثلة في:

- استئناف الأمر القاضي برفض الاعتراف أو الأمر القاضي برفض التنفيذ المنصوص عليه في المادة 1055، والمحددة آجاله بـ 15 يوما من تاريخ الرفض حسب المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المحال إليها بموجب المادة 1054.

- استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ المنصوص عليه في المادة 1060، والمحددة آجاله بشهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة، وذلك وفق لأحكام المادة 1057 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وبالإضافة إلى آثار الاستئناف الموقفة لتنفيذ أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الخارج، فإن القرارات الصادرة عن جهة الاستئناف تكون قابلة للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، حيث نصت المادة 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري² على أنه "تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و 1056 و 1058 أعلاه، قابلة للطعن بالنقض".

ويخضع الطعن بالنقض للقواعد الإجرائية المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تستوجب بداية أن يقدم من طرف أحد الخصوم أو من ذوي الحقوق وفقا لنص المادة 1/353 "لا يقبل الطعن بالنقض إلا إذا قدم من أحد الخصوم أو من ذوي الحقوق". ويجب أن تراعى فيه الأجال المنصوص عليها في المادة 354 "يرفع الطعن بالنقض في أجل شهرين (2) يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصيا.

ويمدد أجل الطعن بالنقض إلى ثلاثة (3) أشهر، إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار".

¹ قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

² قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع نفسه.

II. الاستثناءات الواردة على الطعن بالاستئناف

إذا كان المشرع الجزائري قد منح القاضي الوطني سلطة النظر في طلب الاعتراف بحكم التحكيم الدولي الصادر في الخارج أو طلب تنفيذه ومن ثمة إصدار الأمر بالاعتراف أو بالتنفيذ أو الأمر برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ، وذلك بناء على الشروط المذكورة سلفاً والمنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أن تكون هذه الأوامر الصادرة عن القاضي الوطني محل طعن بالاستئناف وفقاً لأحكام المادة 1056 ق. إ. م. إ، فإن اتفاقية واشنطن لعام 1965 المتضمنة إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أغلقت الباب في وجه أي نوع من أنواع الطعن في الأحكام الصادرة عن هيئات تحكيم المركز.

حيث يتميز حكم التحكيم الصادر عن هيئات تحكيم المركز بأنه نهائي وملزم للأطراف ويتم تنفيذه بقوة القانون، ولا يتوقف تنفيذ الحكم على اتخاذ أي إجراء آخر كصدور أمر بالتنفيذ، طالما أن كل دولة موقعة على الاتفاقية تعترف بأن الحكم الصادر عن المركز يكون ملزماً لها بمجرد إبراز نسخة من الحكم مصدقاً عليها من السكرتير العام للمركز¹.

ولما كانت أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لا تحتاج لاستصدار أمر بتنفيذها، وكانت إلزاميتها تحول دون إصدار الأمر برفض تنفيذها، فإن الطعن بالاستئناف المشار إليه أعلاه لا يجد محله في هذه الأحكام بالرغم من كونها صادرة خارج الإقليم الوطني، وهذا وفقاً لأحكام المادة 54 من اتفاقية واشنطن لعام 1954² والتي تنص على أنه:

"1- يتعين على كل دولة متعاقدة أن تعترف بأي حكم يصدر في نطاق هذه الاتفاقية باعتباره حكماً ملزماً وتضمن داخل أراضيها تنفيذ الالتزامات المالية التي يفرضها الحكم، على نحو ما يتبع بالنسبة للأحكام الصادرة عن محاكم هذه الدولة. وإذا كانت الدولة المتعاقدة ذات نظام فيدرالي فإنها تضمن تنفيذ الحكم عن طريق تدخل محاكمها الفيدرالية.

¹ خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 413.

² مرسوم رئاسي رقم 95 - 346، ينضمّن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المرجع السابق.

2- من أجل الحصول على الاعتراف بالحكم وتنفيذه على أراضي دولة متعاقدة يتعين على الخصم صاحب الشأن أن يقدم صورة من الحكم معتمدة السكرتير العام إلى المحكمة الوطنية المختصة أو إلى أية سلطة أخرى تعينها الدولة المتعاقدة لهذا الغرض".

وبالنسبة لقوة الإلزام التي تمتاز بها أحكام التحكيم الصادرة عن هيئات المركز فقد نصت عليها المادة 53 من اتفاقية واشنطن لعام 1965¹:

"1- يكون الحكم ملزماً بالنسبة لأطرافه، ولا يجوز أن يكون محلاً لأية طريق من طرق الطعن خلاف ما ورد في هذه الاتفاقية. ويتعين على كل طرف أن ينفذ الحكم بحسب منطوقه، إلا إذا كان تنفيذه موقوفاً بمقتضى الأحكام المناسبة في هذه الاتفاقية.

2- يتضمن "الحكم" لأغراض هذا القسم، كل قرار يتعلق بتفسير الحكم المتخذ بموجب المواد 50 و51 أو 52، أو مراجعته، أو إلغائه".

الفرع الثاني

الطعن في حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر

على خلاف أحكام التحكيم الدولي الصادرة خارج الإقليم الوطني والتي لا تقبل أي طعن، فإن الأحكام الصادرة في الجزائر تكون محل طعن في ذاتها وتتمتع بطريق طعن خاص يتمثل في الطعن بالبطلان. تحديد الأحكام الخاصة بالطعن بالبطلان (أولاً) ونظر لاحتمال تنفيذ الأحكام الصادرة بمناسبة الفصل في طلب إبطال الحكم التحكيمي في دول أخرى يجب تحديد مصير حكم التحكيم الدولي الباطل (ثانياً).

أولاً - الأحكام الخاصة بالطعن بالبطلان

يخص الطعن بالبطلان حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر دون حكم التحكيم الدولي الصادر في الخارج (خارج الإقليم الوطني)، حيث تنص المادة 1/1058 من ق. إ. م. إ² على أنه "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه".

¹ مرسوم رئاسي رقم 95 - 346، ينضم المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المرجع السابق.

² قانون رقم 08-09، ينضم قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

أما الأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر فلا يقبل أي طعن في حد ذاته، إلا أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ إذا كان هذا الأمر قد تم إصداره، أما إذا قدم الطعن بالبطلان في حكم التحكيم قبل أن تفصل المحكمة في طلب التنفيذ فإنها تلزم بالنخلي عن الفصل في طلب التنفيذ، وهذا وفقا لأحكام المادة 2/1058 من ق. إ. م. إ¹ "لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ، إذا لم يتم الفصل فيه".

1. حالات الطعن بالبطلان

هناك ستة حالات للطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي حددها المشرع الجزائري على سبيل الحصر من خلال المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وهي نفسها الحالات التي يجوز فيها الاستئناف ضد أمر القضاء الفاصل في طلب تنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الإقليم الوطني، ويكفي أن تتوفر واحدة من هذه الحالات أو أكثر ليبطل الحكم التحكيمي، وقد أحالت إليها المادة 1058 بنصها على أنه "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه". وفي معرض دراسة هذه الحالات دأبت الدراسات على تصنيفها ضمن مجموعات تضم كل مجموعة الحالات المتقاربة.

1. حالة البطلان التي تتعلق باتفاقية التحكيم: هذه الحالة من البطلان نصت عليها المادة 1056 فقرة رقم (1) من ق. إ. م. إ¹:

"1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية".

ونظرا للأهمية التي يوليها المشرع الجزائري لاتفاقية التحكيم على اعتبار أنها أساس اللجوء إلى التحكيم، وحيث أن كل ما يترتب على هذه الاتفاقية فإنه يأخذ حكمها من حيث تقرير صحته أو بطلانه، فقد جعلها على رأس الحالات التي يطعن فيها ببطلان حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر.

وتضم هذه الحالة ثلاثة فروض هي عدم وجود اتفاقية التحكيم، أو بطلان اتفاقية التحكيم، أو انقضاء مدة الاتفاقية.

¹ قانون رقم 08-09، ينص على قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

أ- **عدم وجود اتفاقية التحكيم:** الحقيقة أن هذا الشرط يتجاوز معناه الحرفي الذي يفترض لجوء أحد الأطراف إلى التحكيم دون أن يكون بينه وبين الطرف الآخر اتفاق على التحكيم، لأن مسألة غياب اتفاقية التحكيم نادرا ما يطرح في الشق المتعلق بوجود اتفاقية التحكيم في حد ذاتها، حيث أن هذا الطرح يجتمع أساسا في فرضيتين¹ هما:

1- تكوين أو سريان مفعول اتفاقية التحكيم.

2- تحديد نطاق اتفاقية التحكيم وما إذا كان يشمل النزاع الصادر بشأنه حكم التحكيم محل الطعن.

ومن هذه الأوضاع أن يجمع أطراف الخصومة عدد من العقود يتضمن بعضها الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاعات التي تنور بشأنها، وبخلو البعض الآخر من هذا الاتفاق، أو أن يتضمن بعضها الإحالة على التحكيم بموجب اتفاق تحكيم تضمنه عقد من تلك العقود، فبلجأ أحد الخصوم إلى التحكيم في نزاع قائم عن عقد لا يوجد اتفاق تحكيم بشأنه ولا إحالة على التحكيم، اعتقاد منه بوجود اتفاق تحكيم أو إحالة على التحكيم بموجب عقد آخر من تلك التي تربطه بخصمه.

كما يدخل في هذه الحالة تجاوز المحكم حدود اتفاق التحكيم أي أن حكم التحكيم قد صدر بوجود اتفاق على اللجوء إلى التحكيم، غير أن هيئة التحكيم بمناسبة ممارستها لمهمتها التحكيمية تفصل في مسألة كلية أو جزئية غير مشمولة باتفاق التحكيم، وبالتالي فإن الحكم الصادر في المسألة غير المشمولة باتفاق التحكيم يعتبر صادرا بدون وجود اتفاق على التحكيم بشأنه.

ب- **بطلان اتفاقية التحكيم:** في الواقع إن اتفاق التحكيم هو عقد من عقود القانون الخاص تسري عليه القواعد العامة المقررة في نظرية العقد، وبناء على ذلك فإن اتفاقية التحكيم تبطل بسبب تخلف ركن من أركان العقد (الرضا - المحل - السبب)، وتكون قابلة للإبطال بسبب وجود عيب من العيوب التي تمس الرضا، أو إذا كان أحد الأطراف ناقص الأهلية. كما يبطل اتفاق التحكيم لتخلف شرط من الشروط الخاصة التي حددتها المادة 1040 من ق. إ. م. إ² بنصها على أنه:

"يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة.

¹ Philippe FOUCHARD et autres, Op. cit, p 947.

² قانون رقم 08-09، ينص على أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً¹.

إذن تبطل اتفاقية التحكيم وفقاً لأحكام هذه المادة إذا لم تستجب من حيث الشكل لشرط الكتابة، وإن تمسك أحد الأطراف بأن الكتابة قد تمت بوسيلة أخرى من وسائل الاتصال الحديثة كان عليه أن يثبت أن هذه الوسيلة تتوفر فيها شروط الإثبات بالكتابة.

كما أولت اتفاقية نيويورك لعام 1958 أهمية كبيرة لكتابة اتفاقية التحكيم، واعتبرت الكتابة شرطاً شكلياً يجب توافره للقول بصحة اتفاق التحكيم، حيث أن تخلفه يؤدي إلى بطلان الاتفاق ومن ثمة الامتناع عن تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي. حيث نصت المادة 3/2 من اتفاقية نيويورك¹ على أن "تقوم أية دولة متعاقدة، يرفع إليها نزاع بشأن قضية أبرم الأطراف بخصوصها اتفاقية حسب مفهوم هذه المادة، بإحالة الأطراف على التحكيم، بناءً على طلب أحد الأطراف، إلا إذا لاحظ أن الاتفاقية المذكورة باطلة، أو عديمة التأثير، أو لا يمكن تطبيقها".

أما من حيث الموضوع فإن اتفاقية التحكيم تكون باطلة حسب نص المادة 1040 المذكورة أعلاه إذا خالفت الشروط الموضوعية التي يستوجبها القانون المختار من الأطراف أو القانون الذي يطبق على موضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً.

ج- انقضاء مدة الاتفاقية: إن المقصود من هذا الشرط هو تجاوز محكمة التحكيم للمدة المحددة لها للفصل في النزاع المعروض عليها وليس انقضاء مدة الاتفاقية في حد ذاتها، ذلك أن اتفاقية التحكيم لا تحدد بمدة زمنية بل تبقى قائمة طوال مدة قيام العقد. وقد ذهب قضاء التحكيم أبعد من ذلك حين فصلت محكمة التحكيم في نزاع بين شركة سوناطراك وشركة أجنبية بناءً على اتفاق تحكيم تم إلغاؤه باتفاق الأطراف².

في الواقع إن محكمة التحكيم تتكون من أجل الحسم في نزاع معين على أن يتم ذلك خلال فترة زمنية محددة، وبالتالي فإن وجود محكمة التحكيم هو الذي يكون مرهوناً بأجل التحكيم، فإذا انقضى هذا الأجل دون

¹ مرسوم رقم 88-233، يتضمن الانضمام، بتحفظ، إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، المرجع السابق.

² محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادية، الجزائر، 2008، ص 113-114.

حسم لموضوع النزاع فإن التحكيم ينقضي ويعتبر كأن لم يكن، ويمكن لأي طرف من أطراف النزاع حينئذ طرح النزاع أمام القضاء المختص ما لم ينفقوا من جديد على حسمه عن طريق التحكيم.

وبخصوص تحديد مدة المهمة التحكيمية نصت المادة 1018 من ق. إ. م. إ¹ على أنه "يكون اتفاق التحكيم صحيحاً ولو لم يحدد أجلاً لإنهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف لأربعة (4) أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم.

غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف، وفي حالة عدم الموافقة عليه، يتم التمديد وفقاً لنظام التحكيم، وفي غياب ذلك، يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة".

2. حالات البطلان التي تتعلق بإجراءات التحكيم: تشمل هذه المجموعة الحالتين المنصوص عليهما في الفقرتين رقم (2) ورقم (4) من المادة 1056 من ق. إ. م. إ²، وهما على التوالي:

2- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفاً للقانون.

4- إذا لم يراع مبدأ الجاهية.

أ- مخافة القانون في تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد: وضع المشرع في قانون التحكيم قواعد جوهرية لضمان سلامة تشكيل هيئة التحكيم وعدالة الحكم المنتظر صدوره منها، ومخالفة هذه القواعد يترتب عليها بطلان تشكيل هيئة التحكيم وبالتالي بطلان الحكم وإمكانية رفع دعوى البطلان. وتتمثل هذه القواعد في:

- القاعدة الخاصة بضرورة تشكيل هيئة التحكيم من عدد فردي

- القاعدة الخاصة بضرورة توافر شروط جوهرية في شخص المحكم كحد أدنى

- احترام مبدأ المساواة في اختيار هيئة التحكيم

ب- عدم مراعاة مبدأ الجاهية: يعتبر مبدأ الجاهية من الضمانات الأساسية للوصول إلى محاكمة عادلة ومنصفة. ويقصد به حق الطرف الآخر في أن يعلم بكل إجراءات الخصومة القضائية وما تتضمنه من وقائع في مجال الواقع والقانون، أي العلم بما لدى الخصم من ادعاءات ووسائل ودفع، فهي العلم بوجود الإجراء الذي يتخذ لنشأة الخصومة حيث يتوجب على المدعي أن يبلغ المدعى عليه بعريضة الدعوى، وكذلك العلم

¹ قانون رقم 08-09، ينضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

² قانون رقم 08-09، ينضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع نفسه.

بكل إجراء يتخذ أثناء سيرها كما لو قدم أحد الخصوم طلبا عارضا أو دفعا من الدفع أو دليلا من أدلة الإثبات¹.

3. حالات البطلان التي تتعلق بحكم التحكيم الدولي: يدخل تحت هذه المجموعة الحالات الثلاثة المتبقية والمشار إليها في الفقرات رقم (3)، (5) و (6) من المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري²، وهي على الترتيب:

"3- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها،

5- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب،

6- إذا كان حكم التحكيم مخالف للنظام العام الدولي".

أ- **مخالفة المحكمة للمهمة المسندة إليها:** ويكون ذلك من خلال خوض محكمة التحكيم في مسائل قد تم حسمها من قبل الأطراف كأن يحدد الأطراف القانون الواجب التطبيق ثم تأتي محكمة التحكيم لتختار قانونا آخر غيره، كما يعتبر من قبيل مخالفة محكمة التحكيم للمهمة المسندة إليها أن تفصل هذه الأخيرة في مسائل لم تكن محل اتفاق الأطراف أو لم تكن محل طلباتهم.

ب- **عدم تسبب الحكم أو وجود تناقض في الأسباب:** يقصد بالتسبب ذكر الحجج الواقعية والقانونية التي استندت إليها محكمة التحكيم في إصدار الحكم، وتبريرها لترجيح دفعه على أخرى مع تحديد أسباب الرفض والقبول بالاستناد إلى نصوص القانون الواجب التطبيق. ويبطل الحكم إذا ما شابه انعدام في التسبب أو نقص فيه أو تناقض في الأسباب.

ج- **مخالفة حكم التحكيم للنظام العام الدولي:** تتحقق هذه الحالة عند مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي فيما صدر به الحكم في منطوقه، ومن ذلك أن يخالف الحكم قاعدة إجرائية أو موضوعية من قواعد النظام العام الدولي. وينبغي الإشارة إلى أنه في حالة وجود سبب للبطلان يتعلق بالنظام العام الدولي، فإنه لا يلزم تمسك رافع الدعوى به حتى يمكن للمحكمة أن تقضي بالبطلان، بل إن القاضي المختص بالنظر في طلب تنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الإقليم الوطني يثير مسألة مخالفة الحكم للنظام العام الدولي من تلقاء نفسه.

¹ شامي ياسين، مفهوم مبدأ الوجاهية في الخصومة القضائية، مجلة المعيار، العدد الرابع عشر، جوان 2016، ص 63.

² قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

II. إجراءات الطعن بالبطلان

بعد التعرف على حالات الطعن بالبطلان بقي تحديد إجراءات مباشرة الطعن من خلال تحديد الجهة القضائية المختصة برفعه وآجال تقديمه.

1. الجهة القضائية المختصة برفع دعوى البطلان: جاء تحديد الجهة القضائية المختصة برفع دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر من خلال المادة 1/1059 من ق. إ. م. إ بنصها على أنه¹ "يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أعلاه، أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه".

وقد سلك المشرع الجزائري في تحديده للجهة القضائية المختصة بنظر دعوى البطلان مسلك العديد من التشريعات منها قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 في مادتيه (9، 2/54). وعلى اعتبار أن دعوى البطلان هي دعوة مستقلة ومبتدأة مما يستتبع أن تختص بها محاكم الدرجة الأولى، فإن عقد الاختصاص بشأنها إلى جهة الاستئناف يعد خروجاً عن القواعد العامة في الاختصاص ومخالفة لمبدأ التقاضي على درجتين².

فالاستئناف هو طريق عادي من طرق الطعن التي توجه ضد الأحكام والقرارات القضائية الصادرة بصفة ابتدائية، عن المحكمة باعتبارها أول درجات التقاضي. ويعتبر المظهر العملي للتقاضي على درجتين المكرس في النظام القضائي الجزائري³، والذي يرمي إلى إعادة عرض النزاع مجدداً على المجلس القضائي كدرجة ثانية من أجل إعادة النظر في الحكم حيث تنص المادة 332 من ق. إ. م. إ⁴ على أنه "يهدف الاستئناف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة".

2. آجال تقديم الطعن بالبطلان: تبدأ آجال تقديم الطعن بالبطلان ابتداءً من تاريخ النطق بحكم التحكيم حسب ما أقرته المادة 1/1059 من ق. إ. م. إ⁵ "ويقبل الطعن ابتداءً من تاريخ النطق بحكم التحكيم".

¹ قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

² خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 328.

³ نبوة هدى، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في المؤسسات الإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، السنة الجامعية 2011 - 2012، ص 108.

⁴ قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع نفسه.

⁵ قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع نفسه.

وينقضي الميعاد بمرور شهر واحد (1) من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ وفقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 1059 التي تنص على أنه "لا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد (1) من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ".

إن ميعاد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي يعد من المواعيد الناقصة التي يجب مباشرة الإجراء خلالها، وعليه فإن فوات هذه الأجل يترتب عليه سقوط الحق في القيام بالإجراء المرتبط بها، مع العلم أن هذه المواعيد تتعلق بالنظام العام مما ينأى بها عن السلطة التقديرية للمحكمة والتي عليها أن تقضي بسقوطها من تلقاء نفسها¹.

ثانيا - معاملة حكم التحكيم الدولي الباطل

إذا كان القرار القاضي برفض دعوى البطلان يضيف تلقائيا الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم الدولي²، فإن الأصل أن مآل حكم التحكيم الدولي الباطل هو اختفائه من الوجود القانوني، إذ يفقد قوة الشيء المقضي فيه، وكل قيمة قانونية له، فبطلان حكم التحكيم يترك النزاع قائما على حاله وبدون حل، ويمكن للأطراف اللجوء مجددا إلى اتفاق جديد على التحكيم³، كما يمكنهم اللجوء إلى القضاء الوطني المختص أصلا بنظر النزاع قبل أن يسلب منه الاختصاص بعد الاتفاق على التحكيم.

وبالرجوع إلى اتفاقية نيويورك لعام 1958 فإنها حصرت إلغاء أو تعليق العمل بحكم التحكيم الدولي، أو ما يعرف بدعوى البطلان، في دولة مقر التحكيم أو الدولة التي طبق قانونها الإجرائي، حيث تنص المادة 1/5 هـ من اتفاقية نيويورك⁴ على أنه:

"1) لا يرفض اعتماد القرار وتنفيذه بناءا على طلب من طرف المستشهد به ضده إلا إذا قدم هذا الطرف إلى السلطة المختصة في البلد المطلوب الاعتماد والتنفيذ فيه الدليل على ما يأتي:

هـ) أن القرار لما يكتسب صفة الإلزامية للأطراف، أو أنه ألغته، أو علق العمل به سلطة مختصة في البلد الذي صدر القرار فيه أو صدر حسب قانونه".

¹ خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 329.

² Philippe FOUCHARD et autres, Op. cit, 1029.

³ عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، الجزائر، 2005، ص 68.

⁴ مرسوم رقم 88-233، يتضمن الانضمام، بتحفظ، إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، المرجع السابق.

إن تطبيق الفقرة 1/هـ من المادة 5 من اتفاقية نيويورك يواجه فرضين قائمين على علاقة بلد صدور الحكم التحكيمي ببلد تنفيذه:

- **الفرض الأول** أن يكون البلد الذي يطلب فيه تنفيذ حكم التحكيم الدولي هو البلد الذي صدر فيه الحكم ثم قضي فيه ببطلانه أو البلد الذي صدر الحكم حسب قانونه وقضي فيه ببطلانه، وهذا الفرض يتفق مع أحكام الفقرة 1/هـ من المادة 5 المذكورة أعلاه، ففي هذه الحالة فإن الجهة القضائية المختصة بالنظر في طلب الأمر بالتنفيذ ستصدر حتماً أمراً بعدم التنفيذ لأن هذا الحكم قد تم إبطاله وقد وجوده القانوني.

- **الفرض الثاني** أن يكون البلد الذي يطلب فيه تنفيذ حكم التحكيم الدولي هو بلد آخر غير البلد الذي صدر فيه الحكم وأبطله قضاؤه، وغير البلد الذي صدر الحكم حسب قانونه وأبطلته سلطة مختصة فيه. وهنا يثور التساؤل عن مدى فاعلية الحكم القاضي ببطلان حكم التحكيم الدولي الصادر عن قضاء إحدى الدولتين المذكورتين، أمام الجهة القضائية المختصة بالنظر في طلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الدولي الباطل والتي تتبع دولة أخرى.

إن ازدواجية الرقابة على حكم التحكيم الدولي من حيث عقد الاختصاص بنظر دعوى الطعن بالبطلان لقضاء دولة المقر التي صدر الحكم على أراضيها أو لقضاء الدولة التي صدر الحكم وفقاً لقانونها الإجرائي، فيما قد يعقد الاختصاص بإصدار الأمر بتنفيذ نفس الحكم لقضاء دولة ثالثة، قد تؤدي إلى إفراغ دعوى الطعن بالبطلان من محتواها حين تقضي الدولة الثالثة بتنفيذ الحكم الذي تم إبطاله في دولة صدره أو في الدولة التي طبق قانونها الإجرائي¹.

وقد تجسد ذلك عملياً من خلال القضاء بتنفيذ عدة أحكام تحكيمية تم إبطالها، حيث وضعت المحاكم الفرنسية في سلسلة من القرارات بدءاً من عام 1984 قاعدة مفادها أن الطرف الذي يطعن في التنفيذ يمنع من الاحتجاج بأسباب التنفيذ بموجب المادة 1/5 من اتفاقية نيويورك في ضوء الأسباب الأكثر محدودية بموجب القانون الفرنسي. وفي قضية Hilmarton عام 1994، نفذت محكمة النقض قرار تحكيم صدر في سويسرا على الرغم من أن المحكمة العليا السويسرية قد ألغته ومن ثمة شكلت هيئة تحكيم جديدة للنظر في المنازعة. وقد عالت المحكمة حكمها بأن قرار التحكيم الذي صدر في سويسرا هو قرار تحكيم دولي لم يدمج

¹ حفيظة السيد الحداد، الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة "دراسة تحليلية وانتقادية بمناسبة قضية الشركة الأمريكية كرومالوي ضد جمهورية مصر العربية"، دار الفكر الجامعي، مصر، 2000، ص 53.

في النظام القانوني لتلك الدولة، ومن ثم فهو يبقى قائماً حتى لو ألغي، والاعتراف به في فرنسا لا يتعارض مع السياسة العامة".

وقد اتبعت المحاكم الفرنسية هذا المنطق في سلسلة من القضايا اللاحقة. ففي قضية Putrabali عام 2007 مثلاً، أكدت محكمة النقض أن "أي قرار تحكيم دولي، غير مثبت في أي نظام قانوني وطني، هو قرار عدالة دولية يجب التحقق من صحته فيما يتعلق بالقواعد المعمول بها في البلد الذي يلتزم فيه الاعتراف والتنفيذ. وبموجب المادة السابعة يستطيع (الطرف المهتم ...) أن يعتد بالقواعد الفرنسية بشأن التحكيم الدولي، والتي لا تنص على أن إلغاء قرار في بلد المنشأ هو سبب لرفض الاعتراف بقرار صدر في بلد أجنبي وتنفيذه"¹.

وقبلها في قضية كروم ألوي سنة 1997 كانت محكمة الاستئناف في باريس قد نظرت في حجة تقدمت بها مصر تقول بضرورة رفض تنفيذ قرار التحكيم لأنه، في جملة أمور، يخالف الماد 33 من اتفاقية فرنسا ومصر لعام 1982 بشأن التعاون القضائي. ووفقاً للمحكمة، ولما كانت اتفاقية فرنسا ومصر تنص صراحة على ضرورة الاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها وفقاً لأحكام اتفاقية نيويورك، فإن الدولتين وافقتنا ضمناً على تطبيق أي قانون محلي أكثر مؤاتاة عملاً بالمادة 1/7. ولدى تنفيذ قرار التحكيم، اعتمدت المحكمة على الأسباب الأكثر محدودية لرفض التنفيذ بموجب المادة 1052 المطبقة آنذاك من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي².

كما اتخذت محكمة مقاطعة كولومبيا في الولايات المتحدة الأمريكية وجهة نظر مماثلة وقبلت بطلب تنفيذ قرار التحكيم الصادر في قضية كروم ألوي والذي ألغته محكمة الاستئناف في مصر. واعتبرت المحكمة أن المادة 1/7 من اتفاقية نيويورك على النقيض من المادة 5 من الاتفاقية تحدد "معياراً متساهلاً" "يجوز" بموجبه لمحكمة أن ترفض تنفيذ قرار تحكيم، "تقضي بأن على هذه المحكمة أن تتظر في مطالبات (الطرف المهتم) بموجب قانون الولايات المتحدة المعمول به". ونظرت المحكمة فيما إذا كانت الأسباب التي حدثت بالمحكمة المصرية إلى إلغاء قرار التحكيم من شأنها أن تبرر إلغاء قرار تحكيم محلي بموجب الفصل 1 من

¹ دليل الأونسيترال بشأن اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك، 1958): مقتطف، دليل المادة السابعة، الأمم المتحدة، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة السادسة والأربعون، فيينا، 6-8 تموز/يوليه 2013، ص 18-19.
² دليل الأونسيترال بشأن اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك، 1958): مقتطف، دليل المادة السابعة، المرجع نفسه، ص 13-14.

القسم 10 من قانون التحكيم الفيدرالي. ورأت، بما أن قرار التحكيم ما كان من الممكن إلغاؤه بموجب القسم 10، فإنه ينبغي لها تنفيذ القرار بموجب المادة 1/7 من الاتفاقية¹.

وحول مسألة تنفيذ أحكام التحكيم الدولي التي تم إبطالها في بلد صدورها أو البلد الذي طبق قانونه الإجرائي يقول أ. د الحسين السالمي أنها "تعد الإشكالية الأكثر تأريفاً لبال الفقه الحديث المهتم بالتحكيم، خصوصاً بعد صدور حكمي القضاء الأمريكي والقضاء الفرنسي في قضية كروم ألوي ضد جمهورية مصر العربية"².

الحقيقة أن اتفاقية نيويورك لعام 1958 قد أسهمت في تكريس هذا التضارب بين قوانين الدول المختلفة فبعد أن أقرت تركيز حكم التحكيم في دولة المقر أو الدولة التي يسري قانونها على إجراءات التحكيم من خلال المادة 1/5 هـ. عادت لتضع حداً للشروط المتطلبة من أجل الاعتراف بحكم التحكيم الدولي وتنفيذه من خلال المادة 7 وفق ما يعرف بالحق الأكثر مؤاتاة حيث تنص المادة 1/7 من اتفاقية نيويورك³ على أنه "لا تطعن أحكام هذه الاتفاقية في صحة الاتفاقات المتعددة الأطراف أو الثنائية التي تبرمها الدول المتعاقدة في مجال اعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها، ولا تحرم أي طرف معني من الحق الذي قد يستظهر به في قرار تحكيمي بالكيفية وبالقدر الذين يقبل بهما تشريع البلد الذي يستشهد بالقرار فيه أو موثيقه".

فالمادة 1/7 من اتفاقية نيويورك تنظم علاقة الاتفاقية بغيرها من المعاهدات والقوانين المحلية وهي تعتبر واحدة من الأركان الأساسية للاتفاقية، فهي إذ تنص على أن الاتفاقية لا تؤثر على صحة المعاهدات الأخرى المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها، وإذ تيسر تطبيق القواعد التي قد تكون أكثر تحرراً منها على الاعتراف والتنفيذ فإنها تضمن توافق الاتفاقية مع الصكوك الدولية الأخرى، فضلاً عن استمراريتها، ونتيجة لذلك يتم الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها إلى أقصى حد ممكن. كما أن الدول المتعاقدة لن تكون قد خالفت الاتفاقية بتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية وفقاً لأحكام القوانين المحلية أو

¹ دليل الأونسيترال بشأن اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك، 1958): مقتطف، دليل المادة السابعة، المرجع السابق، ص 19-20.

² الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 611 - 613.

³ مرسوم رقم 88-233، يتضمن الانضمام، بتحفظ، إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، المرجع السابق.

المعاهدات التي تكون أكثر مؤاتاة للتنفيذ. وهذا يجسد المفهوم بأن اتفاقية نيويورك تحدد "السقف" أو الحد الأقصى من التحكم الذي يمكن أن تفرضه المحاكم الوطنية في الدول المتعاقدة على مدى الاعتراف¹.

وقد أكدت المحكمة الاتحادية العليا السويسرية أن المادة 1/7 من اتفاقية نيويورك بتبنيها مبدأ "الحق الأكثر مؤاتاة" فإنها تخرج تبعا لذلك عن القواعد التي تحكم عادة تطبيق أحكام متضاربة بين المعاهدات، وعلى حد قول المحكمة "يتوافق هذا الحل مع ما يسمى قاعدة القدر الأقصى من الفعالية (...). ووفقا لهذه القاعدة، وفي حالة التضارب بين الأحكام في الاتفاقيات الدولية فيما يتعلق بالاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها، تمنح الأفضلية للحكم الذي يسمح بهذا الاعتراف والتنفيذ أو يجعلهما أسهل تطبيقا، إما بسبب شروط موضوعية أكثر تحررا أو بسبب إجراءات أبسط"².

الحقيقة أن اتفاقية نيويورك بسعيها إلى تخفيف شروط الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية وتنفيذها إلى أقصى قدر مكن، وتبنيها لمبدأ القدر الأقصى من الفعالية من حيث منح الأفضلية للقواعد الأكثر تحررا من الاتفاقية في مجال الاعتراف والتنفيذ، فإنها تشكل أفضل ضمان لاستعادة التوازن الاقتصادي للعقود التجارية بوجه عام وعقود الاستثمار الدولية بوجه خاص، وهو أمر مطمئن بالنسبة لكل محكوم له في نزاع يتعلق بعقد استثمار دولي. إلا أن التوسع في تطبيق هذا المبدأ ليشمل الاعتراف بأحكام تحكيمية باطلة وتنفيذها يعد مساسا بمصادقية الجهة المصدرة لقرار الإبطال، ويطعن في شرعية الرقابة على صحة الأحكام التحكيمية مما يحزر المحكمين ويقودهم للانحراف في قراراتهم التي ستطبق على أية حال.

¹ دليل الأونسيترال بشأن اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك، 1958): مقتطف، دليل المادة السابعة، المرجع السابق، ص 4.

² دليل الأونسيترال بشأن اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك، 1958): مقتطف، دليل المادة السابعة، المرجع نفسه، ص 9.

خلاصة الفصل الثاني:

خلاصة ما تقدم أن المشرع الجزائري يكون قد خص المستثمرين الأجانب دون الوطنيين بضمان اللجوء إلى التحكيم الدولي حيث نصت المادة 3/58 من قانون المحروقات الجزائري على أنه "يخص اللجوء إلى التحكيم الدولي أعلاه، الأشخاص المكونين للمتعاقد، دون سواهم، ولا يخص المؤسسة الوطنية سوناطراك، شركة ذات أسهم". وكذلك أقرت المادة 24 من القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار، التحكيم كآلية لحل منازعات عقود الاستثمار الدولية متى كانت هناك اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر على اللجوء إلى التحكيم.

ولئن كان الأصل أن انعقاد الاختصاص لهيئات التحكيم يتوقف على اتفاق أطراف العلاقة التجارية الدولية على ذلك بموجب اتفاق التحكيم، فإن الاتجاه الجديد لنظام التحكيم الدولي لم يعد يشترط ذلك الاتفاق حيث بات يكفي الإحالة إلى اتفاقية بين دولة المستثمر والدولة المضيفة لينعقد اختصاص هيئات التحكيم بالفصل في النزاعات التي تثور بين إحدى هذه الدول والمستثمر الأجنبي من الدولة الأخرى المتعاقدة.

وعلى اعتبار أن غاية التحكيم هو تحقيق العدالة الإجرائية والعدالة الموضوعية بالإضافة إلى فاعلية الأحكام، حيث أن بلوغ هذا الهدف يعيد لعقود الاستثمار الدولية توازنها المفقود، فقد اهتم المشرع الجزائري بمسألة الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها وأقر لذلك نظاما إجرائيا متكاملا يجمع بين نصوص قانون الإجراءات المدنية ونصوص اتفاقية نيويورك لعام 1958.

خلاصة الباب الثاني:

بالإضافة إلى الأسس التي أرساها المشرع الجزائري لإقامة عقد استثمار دولي قوامه التوازن الاقتصادي بين أطرافه، هذا التوازن الذي يبني على إرادة الأطراف والتزام الدولة الجزائرية بعدم التعرض للعقد بإرادتها المنفردة من خلال تقديمها ل ضمانات ضد المخاطر غير التجارية وأخرى تتعلق بمعاملة الاستثمارات، فقد عزز المشرع الجزائري هذه الأخيرة من خلال آليات تكفل حماية التوازن الاقتصادي للعقد سواء من خلال عمليات الضمان التي تضطلع بها آليات مؤسساتية تأخذ على عاتقها مهمة تأمين عقود الاستثمار الدولية ضد المخاطر التي تهدد توازنها وذلك من خلال إبرامها عقود ضمان مع المستثمر الأجنبي من دولة متعاقدة وبموافقة الدولة المضيفة المتعاقدة، ويمكن التمييز في هذا الصدد بين مؤسسات الضمان الإقليمية التي تؤمن الاستثمارات في إقليم محدد، والوكالة الدولية لضمان الاستثمار التي تغطي استثمارات جميع الدول الأعضاء في البنك الدولي.

في حين تضمن الآليات القضائية للطرف المتضرر استيفاء حقه عن طريق المطالبة القضائية مما يعيد لعقود الاستثمار الدولية توازنها الاقتصادي المختل، ويكون ذلك باللجوء إلى قضاء الدولة وفق ضوابط اختصاص محددة، أو باللجوء إلى التحكيم الدولي في حال وجود اتفاق تحكيم أو اتفاقية ثنائية متعلقة بالاستثمار مع دولة المستثمر، والحقيقة أن التطورات الأخيرة في مجال التحكيم الدولي أصبحت تكفل للمستثمر الأجنبي اللجوء إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار دونما وجود اتفاق تحكيم.

ولأن مصير الأحكام الفاصلة في النزاعات ومعه مصير التوازن الاقتصادي للعقد المتنازع حوله، يتوقف على تنفيذه هذه الأحكام فقد وضع المشرع الجزائري نظاما إجرائيا يكفل عدالة هذه الأحكام ويضمن فاعلية نفاذها.

خاتمة

خاتمة:

تعد مسألة التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية من أدق المسائل التي يثيرها موضوع الاستثمار الأجنبي بالنظر إلى النقل الذي تمثله العناصر الاقتصادية في العلاقة التعاقدية، وليس من المبالغة القول بأن العملية التعاقدية برمتها تدور حول التوازن الاقتصادي للعقد. وما تنظيم الدولة الجزائرية لمسائل جوهرية في قانون الاستثمار من خلال قوانين المالية المتعاقبة إلا دليل على ذلك، كما أن الاستثمار الأجنبي يدار من خلال شركات تجارية ذات أهداف ربحية لا تهتم إلا بتكوين الثروة ونماء رأس المال.

ثم إن حاجة دول العالم الثالث جميعها للاستثمار الأجنبي، وما الدولة الجزائرية إلا واحدة منها، يعتبر ضرورة ملحة أملتها الوضعية الاقتصادية الهشة لهذه الدول، والمترتبة عن ضعف التنمية وشح الموارد المالية بفعل تراكمات تاريخية خلفتها الدول الاستعمارية من جهة، وسياسات اقتصادية فاشلة تبنتها الأنظمة الحاكمة من جهة أخرى، وهذا ما يحتم عليها توفير مناخ استثماري يستجيب لتطلعات المستثمرين الأجانب وحماية المصلحة الوطنية في آن واحد.

وبالتالي فإن جعل مسؤولية ضمان التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار الدولي على عاتق الدولة المضيفة للاستثمار يرجع لسببين، الأول هو قوة مركزها القانوني مما يجعلها الفاعل الأساسي في تنظيم العلاقة العقدية على إقليمها، كما يجعلها مصدر المخاطر غير التجارية التي يجب عليها أن تطمئن المستثمرين الأجانب حيالها، والثاني وهو مناقض للأول يتمثل في ضعف مركزها الاقتصادي مما يحتم عليها تقديم ضمانات كافية وتنافسية لجذب الاستثمارات الأجنبية لضرورات التنمية.

ووفقا لما انتهت إليه هذه الدراسة فإن الدولة الجزائرية ما انفكت تبذل جهودا تشريعية في سبيل ضبط العلاقة بينها وبين المستثمرين الأجانب، ووضعة في الاعتبار أهمية تحقيق التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار التي تجمعها بهم، وهذا ما تجسد من خلال تطور الحماية المقدمة للاستثمارات الأجنبية عبر القوانين المتعاقبة المنظمة للاستثمار في مختلف مجالات النشاط، سواء المتعلقة بالاستثمارات المنجزة في النشاطات الاقتصادية لإنتاج السلع والخدمات، أو المتعلقة بالاستثمارات المنجزة في مجال المحروقات، وأيضا تلك المتعلقة بالمشاريع الحكومية في مجال الصفقات العمومية. كما أبرمت الدولة الجزائرية اتفاقيات دولية متعددة الأطراف وأخرى ثنائية تتعلق بحماية الاستثمارات الأجنبية.

خاتمة

وباستقراء هذه الترسانة القانونية يتضح حرص الدولة الجزائرية على تحقيق التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار الدولي عبر جميع مراحلها، ويبرز ذلك من خلال وضعها لدعائم صلبة يبني عليها هذا التوازن في مرحلة إبرام العقد، وذلك بدءاً من نزولها من مركزها القانوني الممتاز وجلوستها على طاولة المفاوضات على قدم المساواة مع المستثمر الأجنبي في صراع متعادل للإرادات يحكمه مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وبهذا تكون الدولة الجزائرية قد جعلت من مبدأ سلطان الإرادة الأساس الأول لصنع العدالة التعاقدية واستقرارها من خلال الشروط العقدية المنفق عليها والتي تهيئ العقد لمواجهة التغيرات المحتملة في ظروف التعاقد. وتعبيراً منها عن حسن نيتها في تنفيذ التزاماتها التعاقدية فقد أقرت الدولة الجزائرية ضمانات متنوعة للاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية، وتمثل هذه الضمانات الأساس الثاني الذي يكفل تحقيق التوازن الاقتصادي للعقد في مرحلة إبرامه من حيث كونها التزام صادر عن الإرادة المنفردة للدولة يقيد بها بتنفيذ العقد وفق الشروط المنفق عليها، بالإضافة إلى دورها الفعال في بناء التوقعات المشروعة للمستثمر الأجنبي والتي على أساسها يتخذ قراره النهائي بإبرام العقد من عدمه.

غير أن إنشاء عقد متوازن في جميع جوانبه لن يحقق الفائدة المرجوة لأطرافه إن لم يحط بحماية كافية تكفل ثبات توازنه في مرحلة تنفيذه، هذه المرحلة التي كثيراً ما تكون مثاراً للنزاعات بين الأطراف بسبب اختلافهم حول تفسير بنود العقد أو لإخلال طرف منهم بواحد أو أكثر من التزاماته التعاقدية. وقد أبرز البحث مواجهة الدولة الجزائرية لهذا الفرض من خلال وضعها لضوابط تضمن حماية التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار في مرحلته اللاحقة، حيث انضمت الجزائر إلى عدة اتفاقيات تتعلق بإنشاء مؤسسات إقليمية ودولية لضمان الاستثمار وتأمينه، هذه الأخيرة التي تختص في ضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية من خلال عقود ضمان تحمي التوازن الاقتصادي للعقد من خلال إلزام الدولة بتعويض المستثمر الأجنبي عن تحقق أياً من المخاطر المضمونة، وعلى الصعيد الإجرائي فقد كرست الدولة الجزائرية حق الأطراف في المطالبة القضائية لضمان استعادة التوازن الاقتصادي المفقود للعقد، وذلك بضمان حق الأطراف في اللجوء إلى التحكيم الدولي وفق ما تحدده ضوابط الاختصاص، كما أرست نظاماً إجرائياً متكاملًا يضمن فاعلية النفاذ للأحكام الفاصلة في النزاعات المطروحة.

ويمكن تلخيص أهم النتائج التي انتهت إليها هذه الدراسة فيما يلي:

خاتمة

- تكريس حرية الأطراف في التفاوض على العقد وتقرير في ما شاؤو من التزامات في إطار احترام كل طرف لمصالح الآخر، حيث تلتزم الدولة الجزائرية بحماية التوقعات المشروعة والحقوق المكتسبة للمستثمر الأجنبي، في مقابل التزام هذا الأخير باحترام القواعد التي تضعها الدولة لحماية مصالحها الاقتصادية.
 - تعزيز دور الإرادة في تقرير الشروط الاتفاقية لمواجهة تغيرات الظروف المحيطة بالعقد بما يضمن استمرار الرابطة العقدية.
 - تقديم الدولة الجزائرية لضمانات تشريعية واتفاقية بشأن الوقاية من المخاطر غير التجارية وجبر الضرر الناتج عنها.
 - تقرير الدولة الجزائرية للحلول الوقائية من منازعات الاستثمار من خلال انضمامها إلى مؤسسات ضمان الاستثمار الدولية والإقليمية، حيث يتم نقل المخاطر إلى هذه المؤسسات التي تقدم خدمات التأمين ضد المخاطر غير التجارية.
 - تقرير الدولة الجزائرية للحماية الإجرائية للاستثمارات الأجنبية كحل علاجي لمنازعات الاستثمار من خلال تمكين الأطراف من اللجوء إلى التحكيم الدولي الذي يعد الخيار المحبذ عند المستثمرين الأجانب.
 - إرساء نظام إجرائي متكامل يضمن عدالة الأحكام الفاصلة في النزاعات المتعلقة بالاستثمار وفاعلية نفاذها.
- ودون إنكار لقيمة هذه الضوابط في خلق بيئة جاذبة للاستثمارات الأجنبية من خلال التمكين لبناء عقد استثمار دولي تتساوى فيه مصالح الطرفين على تناقضها، إلا أن هناك اقتراحات يقتضي المقام ذكرها وهي:
- ضرورة حصر تطبيق قاعدة 49/51 في النشاطات السيادية فقط وذلك لاعتراض الكثير من الشركاء الاقتصاديين على تطبيق هذه القاعدة على اعتبار أنها تشكل عائقاً من عوائق الاستثمار، حيث أن تطبيقها يخدم مصلحة الشركاء الجزائريين لأن شراكتهم تكون شكلية وذلك لافتقاد المؤسسات الوطنية للخبرة والتكنولوجيا مما يجعلها تساهم برأس المال فقط.
 - ضرورة التروي في صياغة القوانين المتعلقة بالاستثمار وتوخي دقتها لتفادي التعديلات والإلغاءات المتكررة التي تؤدي إلى تضخم التشريع وعدم استقراره، الأمر الذي ينفّر المستثمرين الأجانب ويهدد المصالح الاقتصادية للدولة الجزائرية خاصة في ظل وجود شرط الثبات التشريعي الذي يضمن استفادة المستثمر الأجنبي من امتيازات القانون قبل التعديل أو الإلغاء.

خاتمة

• العمل على مراجعة الاتفاقيات الثنائية للاستثمار أو وقف العمل بها خاصة وأن المدة الأولية لسريانها المقدرة بعشر سنوات قد انتهت، وذلك لأن هذه الاتفاقيات توفر ضمانات موضوعية وإجرائية مبالغ فيها لاستثمارات الأطراف المتعاقدة الأخرى.

• ضرورة مراجعة الشروط التحكيمية المنصوص عليها في اتفاقيات الاستثمار الثنائية، حيث أن إحصائيات الأونكتاد في الفترة الممتدة إلى نهاية سنة 2008 تشير إلى أن 84 % من نزاعات الاستثمار رفعت على أساس اتفاقية ثنائية متعلقة بالاستثمار، مما يبرز خطورة الشروط التحكيمية المنصوص عليها في هذه الاتفاقيات خاصة في ظل الاتجاهات الحديثة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الذي تجاوز دور اتفاق التحكيم بين الأطراف وصار يقبل الاختصاص المحال إليه بموجب اتفاقية ثنائية.

• ضرورة إدراج شروط تنص على التزام المستثمر الأجنبي بحسن التنفيذ وجودة الإنجاز مقابل الحصول على الامتيازات الجبائية وشبه الجبائية والجمركية والاستفادة من ضمانات الاستثمار المقررة في القوانين والاتفاقيات المتعلقة بالاستثمار، على غرار ما أقره المشرع الجزائري في دفتر الأعباء المتعلق بشروط وكيفيات ممارسة نشاط إنتاج المركبات وتركيبها الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 17-344 الذي يحدد شروط وكيفيات ممارسة نشاط إنتاج المركبات وتركيبها، في الفقرة الأخيرة من المادة 3 والتي تنص على أن "تبقى الاستفادة من المزايا المرتبطة بالاستثمار وبالنظام الجبائي التفضيلي المقرر بالنسبة للمجموعات الموجهة للصناعات التركيبية وتلك المسماة نماذج التجميع CKD، مرهونة بمدى احترام نسب الإدماج مثلما ينص على ذلك التنظيم المعمول به".

وفي الأخير يجب التنويه إلى أن المنظومة القانونية الجزائرية المتعلقة بالاستثمار منذ التسعينات لم توضع تحت اختبار فعلي، وذلك لأن الجزائر لم تعيش تجربة استثمار حقيقية منذ أزيد من ربع قرن تسمح بتقييم مدى نجاعة الأحكام القانونية الموضوعية حيز التنفيذ في تنظيم وضبط العلاقة بين الدولة والمستثمرين الأجانب بشكل كامل، وبالتالي فإن أغلب التغييرات التي عرفتها هذه القوانين في عدة مناسبات بالإلغاء والتعديل بداعي عدم استجابتها للأهداف المتوخاة منها في جذب الاستثمار الأجنبي كانت ذات أبعاد سياسية.

وهذا ما أثبتته التحولات السياسية الأخيرة التي كشفت عن حجم الفساد المستشري في المنظومة الاقتصادية الوطنية، والذي طالما شكل عائقا أمام كل محاولة جادة ونزيهة للاستثمار بسبب سيطرة مجموعة

خاتمة

من رجال المال الفاسد مدعومة من بعض أعوان الإدارة وصناع القرار الذين أسسوا لمنظومة موازية مبنية على الاستيراد عوض الإنتاج وعلى بناء المشاريع الوهمية بدل الاستثمار الأجنبي التنافسي، مع بعض التحفظ على تجربة الاستثمار في قطاع المحروقات والتي حامت حولها هي الأخرى شذيات فساد وصلت إلى أروقة المحاكم الوطنية والدولية.

وعليه فإنه من الواجب أولاً وقبل كل شيء تطهير الساحة الاقتصادية من الفساد المالي والإداري لتشكيل مناخ استثماري شفاف جاذب للاستثمارات الأجنبية المنتجة، لتأتي بعد ذلك مرحلة اختبار وتقييم مدى فاعلية المنظومة القانونية في الاستجابة لمتطلبات ضبط العلاقة بين الدولة الجزائرية والمستثمرين الأجانب في جميع جوانبها وبشكل واقعي يستند إلى معطيات ميدانية.

المراجع

المراجع

أولا / باللغة العربية:

1. النصوص القانونية:

أ- الدستور:

1. قانون رقم 01-16 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج. ر. العدد 14، المؤرخة في 7 مارس سنة 2016 م.

ب- الاتفاقيات الدولية:

1. مرسوم رقم 88-233 مؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1409 الموافق 5 نوفمبر سنة 1988 يتضمن الانضمام، بتحفظ، إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، ج. ر العدد 48، المؤرخة في 23 نوفمبر سنة 1988 م.

2. مرسوم رئاسي رقم 94-01 المؤرخ في 19 رجب عام 1414 الموافق 2 يناير 1994، المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين، فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلقة بهما الموقعين في مدينة الجزائر في 13 فبراير 1993، ج. ر العدد 01، المؤرخة في 2 يناير سنة 1994 م.

3. مرسوم رئاسي رقم 94-181 مؤرخ في 17 محرم عام 1415 الموافق 27 يونيو سنة 1994، يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي، الموقعة بمدينة رأس لانوف (ليبيا) في 23 و 24 شعبان عام 1411 الموافق 9 و 10 مارس سنة 1991، ج. ر العدد 43، المؤرخة في 3 يوليو سنة 1994 م.

4. مرسوم رئاسي رقم 95-345 مؤرخ في 6 جمادى الثانية عام 1416 الموافق 30 أكتوبر سنة 1995، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، ج. ر العدد 66، المؤرخة في 5 نوفمبر سنة 1995 م.

5. مرسوم رئاسي رقم 95 - 346 مؤرخ في 6 جمادى الثانية عام 1416 الموافق 30 أكتوبر سنة 1995، يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج. ر. العدد 66، المؤرخة في 5 نوفمبر سنة 1995 م.

المراجع

6. مرسوم رئاسي رقم 96-144 مؤرخ في 5 ذي الحجة عام 1416 الموافق 23 أبريل سنة 1996، يتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات واكتتاب الصادرات، ج. ر. العدد 26، المؤرخة في 24 أبريل سنة 1996 م.
7. مرسوم رئاسي رقم 97-103 مؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1417 الموافق 5 أبريل 1997، يتضمن المصادقة على اتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة في عمان بتاريخ أول غشت سنة 1996، ج. ر. العدد 20، المؤرخة في 6 أبريل سنة 1997 م.
8. مرسوم رئاسي رقم 97 - 229 مؤرخ في 18 صفر عام 1418 الموافق 23 يونيو سنة 1997، يتضمن المصادقة على الاتفاق بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ودولة قطر، الموقع بمدينة الدوحة بتاريخ 11 جمادى الثانية عام 1417 الموافق 24 أكتوبر سنة 1994، ج. ر. العدد 43، المؤرخة في 25 يونيو سنة 1997 م.
9. مرسوم رئاسي رقم 01-47 مؤرخ في 17 ذي القعدة عام 1421 الموافق 11 فبراير سنة 2001، يتضمن التصديق على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض بتاريخ 23 جمادى الثانية عام 1403 الموافق 6 أبريل سنة 1983، وكذا تعديل المادة 69 من الاتفاقية الموافق عليه في 26 نوفمبر 1997 من طرف مجلس وزراء العرب في دور انعقاده العادي الثالث عشر، ج. ر. العدد 11، المؤرخة في 12 فبراير سنة 2001 م.
10. مرسوم رئاسي رقم 02-392 مؤرخ في 20 رمضان عام 1423 الموافق 25 نوفمبر سنة 2002، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية الصين الشعبية حول التشجيع والحماية المتبادلتين للاستثمارات، الموقع ببكين يوم 20 أكتوبر سنة 1996، ج. ر. العدد 77، المؤرخة في 26 نوفمبر سنة 2002 م.
11. مرسوم رئاسي رقم 03-121 مؤرخ في 14 محرم عام 1424 الموافق 17 مارس سنة 2003، يتضمن التصديق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية السودان حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة بالجزائر في 8 شعبان عام 1422 الموافق 24 أكتوبر سنة 2001، ج. ر. العدد 20، المؤرخة في 23 مارس سنة 2003 م.
12. مرسوم رئاسي رقم 05-07 مؤرخ في 26 فبراير 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإسلامية الإيرانية، الموقع بطهران في 19 أكتوبر 2003، ج. ر. العدد 15، المؤرخة في 27 فبراير سنة 2005 م.

13. مرسوم رئاسي رقم 16-316 مؤرخ في 5 ربيع الأول عام 1438 الموافق 5 ديسمبر سنة 2016، يتضمن الموافقة على اتفاق القرض رقم 2000200000453 الموقع في 23 صفر عم 1438 الموافق 23 نوفمبر سنة 2016 بأبيجان (كوت ديفوار) بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والبنك الإفريقي للتنمية لتمويل برنامج دعم التنافسية الصناعية والطاقوية، ج. ر العدد 69، المؤرخة في 06 ديسمبر سنة 2016 م.

ج- النصوص التشريعية:

1. قانون رقم 86-14 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1406 الموافق 19 غشت سنة 1986 يتعلق بأعمال التتقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب، ج. ر العدد 35، المؤرخة في 27 غشت سنة 1987 م.
2. قانون رقم 91-11 مؤرخ في 27 أبريل سنة 1991، يتعلق بقواعد نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ج. ر. العدد 21، المؤرخة في 8 مايو سنة 1991.
3. قانون رقم 05-07 مؤرخ في 19 ربيع الأول عام 1426 الموافق 28 أبريل سنة 2005، يتعلق بالمحروقات معدل ومتمم، ج. ر. العدد 50، المؤرخة في 19 يوليو سنة 2005 م.
4. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. العدد 21، المؤرخة في 23 أبريل سنة 2008 م.
5. قانون رقم 13-08 مؤرخ في 27 صفر عام 1435 الموافق 30 ديسمبر سنة 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج. ر. العدد 68، المؤرخة في 31 ديسمبر سنة 2013 م.
6. قانون رقم 15-18 مؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1437 الموافق 30 ديسمبر سنة 2015، يتضمن قانون المالية لسنة 2016، ج. ر. العدد 72، المؤرخة في 31 ديسمبر سنة 2015.
7. قانون رقم 16-09 مؤرخ في 29 شوال عام 1437 الموافق 3 غشت سنة 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج. ر. العدد 46، المؤرخة في 3 غشت سنة 2016 م.
8. قانون رقم 17-10 مؤرخ في 20 محرم عام 1439 الموافق 11 أكتوبر سنة 2017، يتم الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003 والمتعلق بالنقد والقرض، ج. ر العدد 57، المؤرخة في 12 أكتوبر سنة 2017 م.
9. قانون رقم 18-13 مؤرخ في 27 شوال عام 1439 الموافق 11 يوليو سنة 2018، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2018، ج. ر. العدد 42، المؤرخة في 15 يوليو سنة 2008 م.
10. أمر رقم 67-164 مؤرخ في 18 جمادى الأولى عام 1387 الموافق 24 غشت سنة 1967 يتضمن تأميم شركات "أسو ستاندار الجزائر" و "أسو إفريقيا" و "أسو الصحراوية" وأموال وحصص وأسهم وحقوق

المراجع

- وفوائد الشركات والشركات التابعة لها أو المؤسسات المشهورة بالعنوان التجاري "أسو" أو بمختصره أو بتسميته الجزئية أو الكلية، ج. ر. العدد 70، المؤرخة في 29 غشت سنة 1967 م.
11. أمر رقم 67-165 مؤرخ في 18 جمادى الأولى عام 1387 الموافق 24 غشت سنة 1967 يتضمن تأمين كل أنواع الأموال والحصص والأسهم والحقوق والفوائد الخاصة بتكرير وتوزيع الوقود ومشتقاته والعائدة للشركات والشركات التابعة لها أو المؤسسات المشهورة تحت العنوان التجاري "موبيل" أو مختصره أو تسميته، ج. ر. العدد 70، المؤرخة في 29 غشت سنة 1967 م.
12. أمر رقم 71-22 مؤرخ في 16 صفر عام 1391 الموافق 12 أبريل سنة 1971 يتضمن تحديد الإطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في ميدان البحث عن الوقود السائل واستغلاله، ج. ر. العدد 30، المؤرخة في 13 أبريل سنة 1971 م.
13. أمر رقم 71-23 مؤرخ في 16 صفر عام 1391 الموافق 12 أبريل سنة 1971 يتضمن التأمين الجزئي لجميع أنواع الأموال والحصص والأسهم والحقوق والفوائد التي تحوزها الشركة البترولية الفرنسية في الجزائر (سوييفال) والشركة الفرنسية للبترول (الجزائر)، ج. ر. العدد 30، المؤرخة في 13 أبريل سنة 1971 م.
14. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري معدل ومتمم، ج. ر. العدد 78، المؤرخة في 22 يوليو سنة 1975 م.
15. أمر رقم 01-03 مؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج. ر. العدد 47، المؤرخة في 22 غشت سنة 2001 م.
16. أمر رقم 06-11 مؤرخ في 6 شعبان عام 1427 الموافق 30 غشت سنة 2006، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأحكام الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج. ر. العدد 53، المؤرخة في 30 غشت سنة 2006 م.
17. أمر رقم 09-01 مؤرخ في 29 رجب عام 1430 الموافق 22 يوليو سنة 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج. ر. العدد 44، المؤرخة في 26 يوليو سنة 2009 م.
18. أمر رقم 10-01 مؤرخ في 16 رمضان عام 1431 الموافق 26 غشت سنة 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج. ر. العدد 49، المؤرخة في 29 غشت سنة 2010 م.

د- النصوص التنظيمية:

1. مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 7 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج. ر. العدد 58، المؤرخة في 7 أكتوبر سنة 2010 م.

المراجع

2. مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج. ر العدد 50، المؤرخة في 20 سبتمبر سنة 2015 م.
3. مرسوم تشريعي رقم 93-12 مؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1414 الموافق 5 أكتوبر سنة 1993، يتعلق بترقية الاستثمار، ج. ر العدد 64، المؤرخة في 10 أكتوبر سنة 1993 م.
4. مرسوم رقم 71-88 مؤرخ في 13 صفر عام 1391 الموافق 9 أبريل سنة 1971 يتضمن أداء التفويضات للشركات المؤممة بموجب الأمر 67-164 المؤرخ في 18 جمادى الأولى عام 1387 الموافق 24 غشت 1967، ج. ر العدد 31، المؤرخة في 16 ابريل سنة 1971.
5. مرسوم رقم 71-99 مؤرخ في 16 صفر عام 1391 الموافق 12 أبريل سنة 1971 يتضمن نقل الأموال المؤممة بموجب الأمر رقم 71-23 المؤرخ في 16 صفر عام 1391 الموافق 12 أبريل سنة 1971 إلى الشركة الوطنية للبحث عن الوقود وإنتاجه ونقله وتحويله وتسويقه (سوناطراك)، ج. ر العدد 30، المؤرخة في 13 ابريل سنة 1971 م.
6. مرسوم رقم 87-158 مؤرخ في 25 ذي القعدة عام 1407 الموافق 21 يوليو سنة 1987 يتعلق بكيفيات تعريف الشركات الأجنبية التي تترشح للاشتراك في التنقيب والبحث عن المحروقات السائلة واستغلالها وبكيفيات مراقبتها، ج. ر العدد 30، المؤرخة في 22 يوليو سنة 1987 م.
7. مرسوم رقم 87-159 مؤرخ في 25 ذي القعدة عام 1407 الموافق 21 يوليو سنة 1987 يتعلق بتدخل الشركات الأجنبية في أعمال التنقيب والبحث عن المحروقات السائلة واستغلالها، ج. ر العدد 30، المؤرخة في 22 يوليو سنة 1987 م.
8. مرسوم تنفيذي رقم 93-186 مؤرخ في 7 صفر عام 1414 الموافق 27 يوليو سنة 1993، يحدد كيفيات تطبيق القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أبريل سنة 1991، المتعلق بقواعد نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، الجريدة الرسمية العدد 51، الصادرة بتاريخ 27 يوليو سنة 1993 م.
9. مرسوم تنفيذي رقم 01-416 مؤرخ في 5 شوال عام 1422 الموافق 20 ديسمبر سنة 2001، يتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها وأوراسكوم تيلكوم الجزائر، ج. ر العدد 80، المؤرخة في 26 ديسمبر سنة 2001 م.
10. مرسوم تنفيذي رقم 07-119 مؤرخ في 05 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 23 أبريل سنة 2007، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري، ج. ر العدد 27، المؤرخة في 25 أبريل سنة 2007 م.
11. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 28 صفر عام 1438 الموافق 28 نوفمبر سنة 2016، يحدد كيفيات تطبيق أحكام المادتين 2 و 51 من قانون المالية لسنة 2016، المتعلقين بإلزامية إعادة استثمار نسبة

- 30 % من حصة الأرباح الموافقة للإعفاءات أو التخفيضات الضريبية الممنوحة في إطار أنظمة دعم الاستثمار، ج. ر العدد 71، المؤرخة في 11 ديسمبر سنة 2016 م.
12. اتفاقية استثمار بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها "APSI" وبين شركة أوراسكوم تيلكوم القابضة ش.م.م، شركة ذات أسهم الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 80، الصادرة بتاريخ 26 ديسمبر سنة 2001 م.
13. اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وبين الشركة الجزائرية للإسمنت "ACC"، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 72، الصادرة بتاريخ 13 نوفمبر سنة 2004 م.
14. اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الوطنية للاتصالات المتقلة (K.S.C)، ج. ر العدد 07، المؤرخة في 28 يناير سنة 2007 م.
15. اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وحامة واطر ديسالنايشن (Hamma Water Desalination)، ج. ر العدد 07، المؤرخة في 28 يناير سنة 2007 م.
16. نظام رقم 03-05 مؤرخ في 28 ربيع الثاني عام 1426 الموافق 6 يونيو 2005، المتعلق بالاستثمارات الأجنبية، ج. ر العدد 53، المؤرخة في 31 يوليو سنة 2005 م.
17. نظام رقم 01-07 المؤرخ في 15 محرم عام 1428 الموافق 3 فبراير سنة 2007، المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، ج. ر العدد 31، المؤرخة في 13 مايو سنة 2007.

II. الكتب:

أ- الكتب العامة:

1. بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون الجزائري، دار وائل للنشر، الجزائر، 2010.
2. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6، الجزائر، 2008.
3. حبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
4. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الموجز في القانون الدولي الخاص (الكتاب الأول المبادئ العامة في تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013.
5. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، ط3، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2003.
6. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، مصر، د.س.ن.

7. شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة، الأردن، 2008.
 8. صالح خالص، في الإعلام التجاري والمفاوضات التجارية الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
 9. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مطبعة الفسيطة، الجزائر، 2010.
 10. الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة، الجزائر 2010.
 11. علي فيلاي، الالتزامات "النظرية العامة للعقد"، موفم للنشر، الجزائر، 2010.
 12. عمارة بلغيث، التنفيذ الجبري وإشكالاته، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
 13. محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية - الوجيز في نظرية القانون، ط14، دار هومة، الجزائر، 2007.
 14. محمود عبد الرحمن محمد، الحقوق العينية الأصلية، ج1، دار النهضة العربية، مصر، د.س.ن.
- ب- الكتب المتخصصة:**
1. أكرم فاضل قصير، المعين في دراسة قواعد التحكيم التجاري، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2017.
 2. بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
 3. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
 4. الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.
 5. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، مصر، 1996.
 6. حفيظة السيد الحداد، الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة "دراسة تحليلية وانتقادية بمناسبة قضية الشركة الأمريكية كرومالوي ضد جمهورية مصر العربية"، دار الفكر الجامعي، مصر، 2000.
 7. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
 8. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
 9. خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة، الأردن، 2014.

المراجع

10. دريد محمود علي، الشركة المتعددة الجنسية آلية التكوين وأساليب النشاط، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
11. عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دار الثقافة، الأردن، 2008.
12. عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، الجزائر، 2005.
13. عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2014.
14. فؤاد محمد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010.
15. قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، ط2، دار هومة، الجزائر، 2006.
16. لزهر بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010.
17. لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دار هومة، الجزائر، 2012.
18. لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2008.
19. محمد عبد المجيد إسماعيل، تأملات في العقود الدولية وأثر العولمة على عقود الدولة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
20. محمد علي جواد، العقود الدولية (مفاوضاتها - إبرامها - تنفيذها)، دار الثقافة للنشر والتوزع، الأردن، 2010.
21. محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادية، الجزائر، 2008.
22. محمود محمد علي صبره، إعداد وصياغة العقود الحكومية، دار الفكر والقانون، لبنان، 2007.
23. محيي الدين إسماعيل علم الدين، أحكام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (1984 - 2000)، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مصر، 2002.
24. مصطفى خالد محمد النظامي، الحماية الإجرائية للاستثمارات الأجنبية الخاصة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002.
25. مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي، دار وائل، الأردن، 2013.
26. مفتاح عامر سيف النصر، الاستثمارات الأجنبية المعوقات والضمانات القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2016.
27. ناصر عثمان محمد عثمان، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية، دار النهضة العربية، مصر، 2009.

28. هبة هزاع، توازن عقود الاستثمار الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2016.
29. هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، دار الفكر الجامعي، مصر، 2000.

III. الأطروحات والمذكرات الجامعية:

أ- أطروحات الدكتوراه:

1. بوطبالة معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة، السنة الجامعية 2016-2017.
2. حسين نواره، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 16 ماي 2013.
3. سعدون يسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، السنة الجامعية 2017-2018.
4. سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، قسم العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية 2010-2011.
5. عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان، السنة الجامعية 2010-2011.
6. قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 21 جوان 2012.
7. ليندة بلحارث، نظام الرقابة على الصرف في ظل الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو.
8. هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان، السنة الجامعية 2015-2016.

ب- مذكرات الماجستير:

1. أسامة أحمد حسين أبو القمصان، مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي "دراسة مقارنة"، كلية الحقوق - قسم القانون الخاص، جامعة الأزهر - غزة، 2010.
2. أوثن ليلي، الشراكة الأجنبية والمؤسسات الاقتصادية الجزائرية، مذكرة ماجستير فرع قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2011/02/22.

المراجع

3. بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2006.
4. بولحية سعاد، استقلالية اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية، مذكرة ماجستير تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر - بن يوسف بن خدة، د.ت.م.
5. حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطوير العقد، مذكرة ماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، السنة الجامعية 2012-2013.
6. حسن محمد سعيد حسن أبوكويك، دور الهياكل التنظيمية والأنظمة الإدارية في تطوير أداء الأجهزة الأمنية، مذكرة ماجستير، قسم إدارة الأعمال، كلية التجارة، الجامعة الإسلامية غزة، 2012.
7. حنين أمين رمزي مقبول، دور التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت - فلسطين، 2014/2015.
8. شوشو عاشور، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2007-2008.
9. علة عمر، حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2008.
10. عميروش فتحي، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2009-2010.
11. كعباش عبد الله، الحماية الوطنية والدولية للاستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2001-2002.
12. لعماري وليد، الحوافز والحوافز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2010-2011.
13. محفوظ عبد القادر، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري - دراسة مقارنة -، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2013-2014.
14. نويوة هدى، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في المؤسسات الإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، السنة الجامعية 2011 - 2012.

IV. المقالات العلمية:

1. إبراهيم محمد القعود، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد السابع، ديسمبر 2015.

المراجع

2. بكلي نور الدين، تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي وطرق الطعن فيها في القانون الجزائري، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني 2013.
3. بوحنية قوي و خميس محمد، قانون المحروقات في الجزائر وإشكالية الرهانات المتضاربة "قراءة في تطور الأطر القانونية والمؤسسية لقطاع المحروقات في الجزائر"، دفاثر السياسة والقانون جامعة ورقلة، العدد التاسع، جوان 2016.
4. الحبيب اخليفة ابيودة، القوة القاهرة بين القانون المدني الليبي وعقود الـ FIDIC، المجلة الجامعة - العدد السادس عشر - المجلد الثاني - أبريل 2014.
5. حمدي محمود بارود، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية) المجلد الثالث عشر - العدد الثاني، يونيو 2005.
6. حمدي محمود بارود، نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد "الطبيعة العقدية وآثارها"، مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد 12، العدد 1، 2010.
7. ساحل مخلوف، إشكالية تحول متغير السيادة الوطنية في الواقع الدولي الراهن، مجلة القانون والمجتمع جامعة أدرار، المجلد 3، العدد 2، ديسمبر 2015.
8. شامي ياسين، مفهوم مبدأ الوجاهية في الخصومة القضائية، مجلة المعيار، العدد الرابع عشر، جوان 2016.
9. صاري نوال، دور اعتبار الأمن القانوني في التفرقة بين الأثر الرجعي للقانون ورجعية الاجتهاد القضائي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، الجزائر، العدد 11.
10. عالية بونس الدباغ ووسن مقداد، عقد الاستثمار، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد (16)، العدد (2)، شباط 2009.
11. عبد الرحمان اللمتوني، الاجتهاد القضائي والأمن القانوني، مجلة الملحق القضائي، المعهد العالي للقضاء، المملكة المغربية، العدد 46 / مايو 2014.
12. عبد اللاوي خديجة، الاستثناءات الواردة على مبدأ الثبات التشريعي في الاستثمار الأجنبي، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي - تيسمسيلت، العدد الثاني، ديسمبر 2016.
13. عبد الله عبد الكريم عبد الله، تسوية نزاعات الاستثمار الأجنبي، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، العدد 134، الإمارات العربية المتحدة، 2008.
14. عجة الجيلالي، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي، مجلة المحكمة العليا - العدد الأول 2006.

15. عصام بن الشيخ، قرار تأميم النفط الجزائري 24 فيفري 1974 - دراسة للسياق والمضامين والدلالات، دفاتر السياسة والقانون جامعة ورقلة، العدد 6، جانفي 2012.
16. محمد صفوت قابل، المدخل التجاري للتكامل الاقتصادي العربي، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، أعمال المؤتمرات، التنافسية وأثرها على الاستثمارات العربية، مصر، 2011.
17. محمود فياض، الطبيعة القانونية لمصادر الالتزام الإرادية في الأنظمة القانونية الغربية المقارنة، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق - جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة الثامنة والعشرون، العدد الثامن والخمسون - رجب 1435 إبريل 2014.
18. ياسر باسم ذنون ورؤى خليل إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الأحكام القضائية "دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون - جامعة الإمارات، العدد السابع والخمسون - ربيع الأول 1435 يناير 2014، السنة الثامنة والعشرون.
19. يحي إكرام بدر، مفهوم "الاستثمار" في المادة 25 من معاهدة واشنطن 1965، مجلة القانون الدولية، عدد خاص، القانون المقارن، جامعة قطر، 2014.
20. يسمينة لعجال، فعالية الشروط التعاقدية في تحقيق التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية، مجلة العلوم القانونية والسياسية جامعة الوادي، عدد 17، جانفي 2018.
21. يوسف بوشاشي نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31 - الجزء الأول.

V. المداخلات العلمية:

1. أماني أحمد عبد الله موسى، حوافز و ضمانات الاستثمار في السودان وفقا لقانون تشجيع الاستثمار لسنة 1999 والتعديلات اللاحقة له، المؤتمر العلمي السنوي التاسع عشر، قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون، في الفترة من 25 إلى 27 أبريل 2011.
2. بن علي بن سهلة ثاني، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء نظام التحكيم غير الإنفاقي، المؤتمر العلمي السنوي التاسع عشر، قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون، في الفترة من 25 إلى 27 أبريل 2011.
3. حسين الدوري، عقود التجارة الدولية (العادية والإلكترونية) ومنازعاتها، ندوة "التوقيع الإلكتروني وحجبه في الإثبات"، فاليتا - جمهورية مالطا، 27 - 30 نوفمبر (تشرين ثان) 2006.

المراجع

4. طارق كاظم عجيل، الضمانات التشريعية الممنوحة للمستثمر الأجنبي دراسة مقارنة، المؤتمر العلمي السنوي التاسع عشر، قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون، في الفترة من 25 إلى 27 أبريل 2011.
5. عبد الحميد الأحذب، إجراءات التحكيم، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون، الفترة من 28 إلى 30 أبريل 2008.
6. عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، إشكالية التدابير المؤقتة في التحكيم التجاري الدولي، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون، الفترة من 28 إلى 30 أبريل 2008.
7. عبد الكريم محمد محمد السروي، النظام القانوني لعقود الطاقة، المؤتمر السنوي الحادي والعشرين الطاقة بين القانون والاقتصاد، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، 20-21/5/2013.
8. عبد المجيد غميحة، أبعاد الأمن التعاقدى وارتباطاته، عرض مقدم في اللقاء الدولي حول "الأمن التعاقدى وتحديات التنمية"، المنظم من قبل الهيئة الوطنية للمؤقتين، الصخيرات، 18 و 19 أبريل 2014.
9. عبد المنعم عبد الغني نعيم، بعض الضمانات القانونية للاستثمار تطبيق على الحالة المصرية، المؤتمر العلمي السنوي التاسع عشر، قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون، في الفترة من 25 إلى 27 أبريل 2011.
10. عصام الدين القسبي، التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون، الفترة من 28 إلى 30 أبريل 2008.
11. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التزامات المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ عقود الطاقة، المؤتمر السنوي الحادي والعشرين الطاقة بين القانون والاقتصاد، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، 20-21/5/2013.
12. غسان رياح، سلطة القضاء في الرقابة على قرارات التحكيم، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون، الفترة من 28 إلى 30 أبريل 2008.
13. مأمون إبراهيم حسن، الإطار المؤسسي لضمانات الاستثمار وائتمان الصادرات في المنطقتين العربية والإفريقية، المنتدى الاقتصادي العربي الإفريقي، الكويت 11-12 نوفمبر 2013.

المراجع

14. محمد أبو بكر عبد المقصود، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الأزمة المالية العالمية (نظرية الظروف الطارئة)، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر (الجوانب القانونية والاقتصادية للأزمة المالية العالمية)، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، في الفترة من 1- 2 أبريل 2009.
15. محمد السيد عرفة، ضمانات الاستثمار الأجنبي وحوافزه في القانون المصري دراسة مقارنة المؤتمر العلمي السنوي التاسع عشر، قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون، في الفترة من 25 إلى 27 أبريل 2011.
16. محمد عمر مولود، الضمانات الدستورية والتشريعية للاستثمار في العراق دراسة مقارنة، المؤتمر العلمي السنوي التاسع عشر، قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون، في الفترة من 25 إلى 27 أبريل 2011.
17. مصلح أحمد الطراونة، نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الأجنبي وفقا لاتفاقية واشنطن، المؤتمر العلمي السنوي التاسع عشر، قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون، في الفترة من 25 إلى 27 أبريل 2011.
18. ناصر عثمان محمد عثمان، معايير دولية التحكيم، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون، الفترة من 28 إلى 30 أبريل 2008.

VI. الاجتهاد القضائي:

1. ملف رقم 461776 قرار بتاريخ 2007/04/18 قضية الشركة الجزائرية للصناعات الغذائية "ساليينا" ضد ترادينغ أند سارفيس، الغرفة المدنية، مجلة المحكمة العليا، المحكمة العليا، قسم الوثائق، الجزائر، السنة 2007، العدد 2، ص 212-213.
2. ملف رقم 806309 قرار بتاريخ 2012/10/11، قضية الوكالة الولائية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين ضد (س.ع) بحضور بلدية ديدوش مراد، الغرفة العقارية، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني 2014.

VII. المواقع الإلكترونية:

1. إعلان بإقامة نظام اقتصادي دولي جديد، القرار رقم 3201 (د-إ-6) بتاريخ 1 أيار/مايو 1974، الجمعية العامة للأمم المتحدة - الدورة الاستثنائية السادسة، الرابط

- رقم الوثيقة ، http://www.un.org/arabic/documents/instruments/docs_ar.asp?year=1970 ، تاريخ الإطلاع 2018/12/05. A/RES/3201 (S-VI)
2. التقرير السنوي 2017، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، ص3، الرابط <http://dhaman.net/ar/wp-content/uploads/sites/2/2018/06/AnnualReport2017-AR.pdf> ، تاريخ الإطلاع: 2019/04/ 30.
3. دليل الأونسيتال بشأن اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك، 1958)، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الرابط <http://newyorkconvention1958.org/pdf/a-cn-9-814-add1-2-a.pdf> ، تاريخ الإطلاع 23 مارس 2019.
4. صندوق النقد الدولي، صندوق النقد الدولي صحيفة وقائع، صندوق النقد الدولي والبنك الدولي، مارس 2016، رابط التحميل: <https://www.imf.org/external/arabic/np/exr/facts/pdf/imfwba.pdf> ، تاريخ الإطلاع: 2018/10/23.
5. فيصل بجي، إشكالية إعادة التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار بسبب تغير الظروف، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الثاني، <https://www.droitentreprise.com> ، تاريخ الإطلاع: 13 فيفري 2018.
6. ماجد حسين، المفهوم القانوني لمبدأ سلطان الإرادة والقيود الواردة عليه، تاريخ النشر 2017/02/06، رابط المقال <https://pulpit.alwatanvoice.com/articles/2017/02/06/428361.html> ، تاريخ الإطلاع: 2018/10/25.
7. المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، التقرير السنوي 2016، الرابط http://investinyemen.org/upload/downloads/17_dhaman_rep_2016.pdf ، تاريخ الإطلاع: 2018/12/21.
8. موقع المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، الرابط <http://dhaman.net/ar/about-dhaman/board-of-directors-2> ، تاريخ الإطلاع: 2019/05/01.
9. موقع المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، الرابط <http://dhaman.net/ar/about-dhaman/board-of-directors-2> ، تاريخ الإطلاع: 2019/05/01.

10. وليد عباس جبر و أحمد حسين جلاب، صور الاستثمار الأجنبي ومجالاته، الغري للعلوم الاقتصادية والإدارية، رابط المقال <https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=63167> ، تاريخ الاطلاع: 2018/12/21.

VIII. وثائق:

1. اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك 1958)، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الأمم المتحدة، فيينا، 2015.
2. اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، نيسان (إبريل) 2015.
3. أحكام تشجيع الاستثمار في اتفاقات الاستثمار الدولية، سلسلة الأونكتاد بشأن سياسات الاستثمار الدولية لأغراض التنمية، مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، الأمم المتحدة، نيويورك وجنيف، 2008.
4. الأونكتاد، تقرير الاستثمار العالمي لعام 2012، جنيف، حزيران / يونيو 2012.
5. تحويل نظام اتفاقات الاستثمار الدولية، مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، الأمم المتحدة، جنيف، 25-27 شباط/فبراير.
6. التقرير السنوي للوكالة الدولية لضمان الاستثمار 2016، ضمان الاستثمار ضمان الفرص، الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، مجموعة البنك الدولي.
7. حاتم زايد و هبة خليل، مصر والتحكيم الدولي حماية للمستثمر.. ولا عزاء للمال العام، المركز المصري للحقوق الاقتصادية والاجتماعية، مصر، أكتوبر 2013.
8. حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم 983 لسنة 9 قضائية بتاريخ 1957/6/30 المجموعة 7.
9. دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا، الأمم المتحدة 2010.
10. دليل الأونسيترال بشأن اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك، 1958)، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي - الدورة السابعة والأربعون، الأمم المتحدة، الجمعية العامة، نيويورك، 7-25 تموز/يوليه 2014.
11. القرار رقم 29/3281 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، المتضمن ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية، الصادر بتاريخ 12 ديسمبر 1974 الوثيقة A/RES/3281.
12. مقدمة التقرير التمهيدي عن مشروع القانون المتعلق بترقية الاستثمار، المجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية للمناقشات، السنة الخامسة - رقم 233، الأربعاء 8 شوال عام 1437 هـ الموافق 13 يوليو سنة 2016م.
13. موجز إعلامي عن الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، البلدان الهشة والمتأثرة بالصراعات، الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، مجموعة البنك الدولي، يناير/كانون الثاني 2015، ص1.

14. المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، نيسان (إبريل) 2015.
15. الوكالة الدولية لضمان الاستثمار ومنطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا الأوسع نطاقاً، الوكالة الدولية لضمان الاستثمار التابعة لمجموعة البنك الدولي، فبراير/شباط 2007.

ثانياً - باللغة الأجنبية:

I. Ouvrages:

1. Jacques FLOUR et autres, Droit Civil - Les Obligations, 9^e édition, ARMAND COLIN, France, 2000.
2. Jean-Michel JACQUET et Philippe DELEBECQUE, Droit de commerce International, DALLOZ, 2^e édition, 2000.
3. Philippe FOUCHARD et autres, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, France, 1996.
4. Pierre-Alain GOURION et Georges PEYRARD, **Droit du commerce international**, 3^e édition, L.G.D.J, France, 2001.
5. Sophie DRUFFIN-BRICCA et Laurence HENRY, Droit civil : les obligations, Gualino éditeur, France, 2004.
6. Nour Eddine TARKI, L'Arbitrage commercial international en Algérie, OPU, Alger, 1999.

II. Thèses et mémoires:

1. Audrey GOUGEON, L'Intervention de Tiers à la Formation du Contrat, Thèse pour obtenir le grade de Docteur en Droit, Université Lille 2, France, Le 9 décembre 2016.
2. Caixia YANG, La validité de la convention d'arbitrage dans le commerce international, thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2008.
3. Ebtissem EL KAILANI-CHARIAT, La Stabilisation des Contrats Pétroliers, Thèse pour obtenir le grade de Docteur, Département de droit privé, Université Paris I Panthéon-Sorbon, Le 28 Novembre 2017.
4. Florian DUPUY, **La protection de l'attente légitime des parties au contrat étude de droit des investissements à la lumière du droit comparé**, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), Le 30 novembre 2007.
5. Martin NADEAU, **sur les traces d'un principe de sécurité juridique en droit Canadien. les pistes du droit Européen**, Mémoire pour la maîtrise générale en droit, Faculté de droit, Université SHERBOOKE, Juillet 2009.

6. Rochfelaire IBARA, L'Aménagement de la Force Majeure dans le Contrat, Thèse pour le Doctorat en droit, école doctorale droit et science politique Pierre-Covrat-ED 088, Université de Poitiers, 3 Juillet 2012.
7. Rola ASSI, Le régime juridique des investissements étranger au Liban au regard de l'ordre juridique international, Thèse pour l'obtention du titre de Docteur en Droit, Université Aix-Marseille, avril 2014.
8. Rosa Amilli GUZMAN PEREZ, **Convention de Washington : l'approche de l'Amérique latine**, Thèse pour obtenir le grade de Docteur en Droit Public, UNIVERSITÉ PARIS 13, le 17 décembre 2015.
9. Sylver patrick LOUBAKI MBON, Les contrats d'investissements chinois en Afrique subsaharienne : Analyse juridique et stratégique des contrats d'exploration et d'exploitation du pétrole, Thèse présentée pour l'obtention du grade de Docteur, université de Bordeaux, 21 décembre 2018.
10. Julien Hamel -GUILBERT, **L'interprétation juridique de la norme de traitement juste et équitable (TJE) au regard des prérogatives souveraines de l'état, mémoire présente comme exigence partielle de la maîtrise en droit concentration droit international**, université du QUEBEC a MONTREAL, juillet 2017.

III. Articles:

1. Caroline SELVICJO, le principe de sécurité juridique en droit communautaire européen. Thèse de doctorat en droit public, sous la direction de Frédéric Surde, Université de Montpellier I, 2003 (non publié) à la p. 02, in Martin Nadeau, « Perspectives pour un principe de sécurité juridique en droit canadien : les pistes du droit européen », Revue R.D.U.S. (2009-2010), Vol. 40, N° 1-2.
2. Fabien BOTTINI, « Les implications nouvelles du principe de sécurité juridique en droit administratif », CRDF N° 6, 2007.
3. Jason YACKEE, Traités d'investissement et corruption par l'investisseur: Une défense émergente pour les Etats d'accueil?, investment treaty news, Numéro 1, Volume 3, Octobre 2012.
4. Jean-Pierre PUISSOCHET, Hubert LEGAL, Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, Cahiers du conseil constitutionnel n° 11, Dossier: Le principe de sécurité juridique, décembre 2011.
5. Jonthan BONNITCHA, Le problème des risques moraux et ses conséquences sur la protection des "attentes légitimes" dans le cadre e la norme du traitement juste et équitable, **investment treaty news**, Numéro 3, Volume 1, Avril 2011.
6. Maire-Claire BELLEAU et Rebecca JOHNSON, « La diversité identitaire et opinions dissidentes de la cour suprême du canada : Conséquences sur la sécurité juridique » (2008) 110 R, du N 319 à la page 322, in Martin Nadeau, « Perspectives pour un principe de sécurité

juridique en droit canadien : les pistes du droit européen', Revue R.D.U.S. (2009-2010), Vol. 40, N° 1-2.

7. Martin NADEAU, « Perspectives pour un principe de sécurité juridique en droit canadien : les pistes du droit européen », **Revue R.D.U.S.**, Vol. 40 , (2009-2010).

8. Patrick JACOB et autres, Arbitrage d'investissement et droit international général (2017), Annuaire Français de Droit International, LXIII – 2017 – CNRS Edition, Paris.

9. Pierre VELLAS, Droit de propriété, investissement étrangers et nouvelle ordre économique international, J.D.I, 106 année, Édition technique, SA, N 1, Paris 1997.

10. Rachid ZOUAIMIA, Le régime des investissements étrangers en Algérie, journal de droit international N° 3, Paris, 1993.

11. Ramdane ZERGUINE, L'Exequatur des Sentences Arbitrales Etrangères en Algérie "Commentaire de l'Arrêt de la Cour Suprême – Chambre Civile - N° 311816 du 29/12/2004, **Revu de la Cour Suprême**, Volume 1, Algérie, 2004.

12. Robert HOWSE, Le gel de la politique gouvernementale : les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement, **investment treaty news**, Numero 3, volume 1, Avril 2011.

IV. Séminaires:

1. Anne LEVADE, Propos introductifs : **La sécurité juridique**, 4^e Convention des juristes de la Méditerranée, Actes du colloque d'Alger, 9-10 décembre 2012, **La sécurité juridique, la semaine juridique**, édition generale, supplément au N° 27, juillet 2013.

2. Jan-Baptiste THIERRY, **Favoriser l'investissement grâce au droit de contrat : L'exemple de l'imprévision, Dix-neuvième conférence scientifique annuelle, intitulée « Les règles d'investissement entre la législation nationale et les accords internationaux et leur impact sur le développement économique dans les Emirats Arabes Unis »**, tenue à Université des Emirats arabes Unies - Faculté de droit, du 25 au 27 Avril 2011.

V. Rapports:

1. Contrats d'Etat, Collection de la CNUCED sur les questions des accords internationaux d'investissement, conférence nations unies sur le commerce et le développement, Nations Unies, New York et Genève, 2004.

2. Convention et règlements du CIRDI, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, 1818 H Street, N.W. Washington, D.C. 20433, E.U.A. CIRDI/15, Avril 2006.

3. DISPUTE SETTLEMENT, International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2.6 Applicable Law, United Nations Conference on Trade and Development, United Nations, New York and Geneva, 2003.

4. Document de stratégie pays intérimaire 2016-2018, REPUBLIQUE ALGERIENNE DEMOCRATIQUE ET POPULAIRE, banque africain de développement, département régional Afrique du nord (ORON), Octobre 2016.
5. EXPROPRIATION, UNCTAD Serises on Issues in International Investment Agreements II, UNCTAD, UNITED NATIONS, New York and Geniva, 2012.
6. OCDE (2004), **La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements**, Editions OCDE, Numéro 2004/3 septembre 2004.

VI. Sites Internet:

1. Aurélie ERCOLI, la norme du traitement juste et équilibre en droit international des investissements, consulté sur le site internet: <http://www.lepetitjuriste.fr/wpcontent/uploads/2011/07/M%C3%A9moire%20Aur%C3%A9lie%20Ercoli%20-%20DI.pdf> (date d'accès : le 13/02/2019).
2. Conorzio Groupement L.E.S.I – DIPENTA c/ République Algérienne Démocratique et populaire, consulté sur le site internet: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0224.pdf> (date d'accès : le 27/02/2019).
3. Jean-Pierre LAVIEC, Protection et promotion des investissements, consulté sur le site internet: <https://books.openedition.org/iheid/4184> (date d'accès : le 27/04/2019).
4. Louise ROLAND, «Qui dit contractuel, dit juste.» (Fouillée) ... en trois petits bonds, à reculons, MCGILL Law Journal/ **Revue de droit de MCGILL**, Vol. 51, Consulté sur le site internet: http://www.Lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/89281151224864948_Rolland.pdf (date d'accès : le 09/02/2018).
5. Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 février 2016 texte n° 26, Consulté sur le site internet: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939&categorieLien=id> (date d'accès : le 09/04/2019).
6. Sylvie DONZEL, La négociation des contrats internationaux, Dossier : Négoce International, Aspects | 2 – 2012, consulté sur le site internet: http://www.sutter-avocats.com/wp-content/uploads/2012/02/La_negociation_des_contrats_internationaux.pdf , (date d'accès : le 15/04/2019).

الفهرس

الفهرس:

1	مقدمة
10	الباب الأول: ضوابط تحقيق التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية في مرحلة الإبرام
12	الفصل الأول: الإرادة عامل بناء واستقرار التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار الدولي
13	المبحث الأول: دور الإرادة في صنع العدالة التعاقدية
13	المطلب الأول: خضوع عقود الاستثمار الدولية لمبدأ سلطان الإرادة
14	الفرع الأول: حرية الإرادة في تنظيم المرحلة السابقة على التعاقد
15	أولاً- التفاوض في عقود الاستثمار الدولية
21	ثانياً- تكريس مبدأ التفاوض في القوانين المنظمة للاستثمار
25	الفرع الثاني: انعقاد عقد الاستثمار الدولي بتمام تطابق الإرادتين
26	أولاً- أحكام الإيجاب والقبول في عقد الاستثمار الدولي
32	ثانياً- انعقاد عقد الاستثمار الدولي
35	المطلب الثاني: شروط تحقق العدالة التبادلية في عقود الاستثمار الدولية
35	الفرع الأول: احترام التوقعات المشروعة للمستثمر الأجنبي
35	أولاً- تعريف مبدأ الأمن القانوني
39	ثانياً- مظاهر احترام التوقعات المشروعة للمستثمر الأجنبي
42	الفرع الثاني: حماية المصالح الاقتصادية للدولة الجزائرية
48	المبحث الثاني: دور الإرادة في استقرار الالتزامات التعاقدية
49	المطلب الأول: أثر تغير الظروف على التوازن الاقتصادي للعقد
49	الفرع الأول: الظروف اللاإرادية واختلال التوازن الاقتصادي للعقد
49	أولاً- قيام حالة الظروف الطارئة
56	ثانياً- قيام حالة القوة القاهرة

60	الفرع الثاني: التصرفات الإرادية واختلال التوازن الاقتصادي للعقد
60	أولاً- المبررات القانونية للإجراءات الانفرادية
64	ثانياً- مظاهر تصرف الدولة في عقد الاستثمار بإرادتها المنفردة
73	المطلب الثاني: مواجهة الإرادة لتغيير الظروف المحيطة بالعقد
74	الفرع الأول: الشروط المعدة تحسباً لمواجهة الظروف اللاإرادية
74	أولاً- شرط القوة القاهرة
78	ثانياً- شرط إعادة التفاوض
81	الفرع الثاني: شرط الثبات التشريعي ومواجهة التصرفات الإرادية
85	خلاصة الفصل الأول
87	الفصل الثاني: ضمان الدولة المضيفة للمخاطر غير التجارية
88	المبحث الأول: ضمان المخاطر غير التجارية في القوانين الداخلية
88	المطلب الأول: الضمانات الموضوعية للاستثمارات الأجنبية
88	الفرع الأول: الضمانات المتعلقة بمعاملة الاستثمار الأجنبي
89	أولاً- مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة
91	ثانياً- مبدأ حرية الاستثمار
92	الفرع الثاني: الضمانات المتعلقة بحماية الحقوق المكتسبة
92	أولاً- شرط الثبات التشريعي
95	ثانياً- ضمان عدم نزع ملكية الاستثمارات
102	ثالثاً- ضمان تحويل الأموال إلى الخارج
105	المطلب الثاني: الضمانات الإجرائية للاستثمارات الأجنبية
105	الفرع الأول: الاختصاص الأصلي للقضاء الوطني
106	أولاً- مبررات إخضاع منازعات الاستثمار لقضاء الدولة المضيفة

108	ثانيا- ضوابط اختصاص القضاء الجزائري حسب القانون رقم 16-09
111	ثالثا- الاختصاص القضائي لمنازعات المستثمرين الأجانب مع المتعاملين الآخرين
115	الفرع الثاني: الاختصاص الاستثنائي للتحكيم الدولي
115	أولا- التحكيم المقصود من طرف المشرع الجزائري
119	ثانيا- ضوابط اللجوء إلى التحكيم الدولي في القانون الجزائري
128	المبحث الثاني: ضمان المخاطر غير التجارية في اتفاقيات الاستثمار الثنائية
128	المطلب الأول: الضمانات الموضوعية في اتفاقيات الاستثمار الثنائية
129	الفرع الأول: قواعد المعاملة في اتفاقيات الاستثمار الثنائية
129	أولا- مبدأ عدم التمييز
132	ثانيا- مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة
134	الفرع الثاني: قواعد الحماية في اتفاقيات الاستثمار الثنائية
135	أولا- عدم نزع مكية الاستثمارات الأجنبية
137	ثانيا- ضمان تحويل الأموال نحو الخارج
138	المطلب الثاني: الضمانات الإجرائية في اتفاقيات الاستثمار الثنائية
139	الفرع الأول: التحكيم الدولي واعتبارات المصلحة الوطنية
139	أولا- مساواة التحكيم الدولي بالقضاء الوطني
141	ثانيا- التعايش مع نظام التحكيم الدولي
143	الفرع الثاني: انحراف اتفاقيات الاستثمار الثنائية عن مبادئ الانتصاف
147	خلاصة الفصل الثاني
148	خلاصة الباب الأول
150	الباب الثاني: ضوابط حماية التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية في مرحلة التنفيذ
152	الفصل الأول: آليات الوقاية المؤسسية من منازعات الاستثمار

153	المبحث الأول: تكوين مؤسسات ضمان الاستثمار
153	المطلب الأول: المؤسسة العربية لضمان الاستثمار
154	الفرع الأول: النظام القانوني للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار
154	أولاً - الإطار القانوني للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار
159	ثانياً- الهيكل التنظيمي للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار
162	الفرع الثاني: أغراض وصلاحيات المؤسسة العربية لضمان الاستثمار
163	أولاً - أغراض المؤسسة العربية لضمان الاستثمار
165	ثانياً - صلاحيات المؤسسة العربية لضمان الاستثمار
166	المطلب الثاني: الوكالة الدولية لضمان الاستثمار
166	الفرع الأول: النظام القانوني للوكالة الدولية لضمان الاستثمار
166	أولاً - الإطار القانوني للوكالة الدولية لضمان الاستثمار
170	ثانياً- الهيكل التنظيمي للوكالة الدولية لضمان الاستثمار
173	الفرع الثاني: أغراض وصلاحيات الوكالة الدولية لضمان الاستثمار
173	أولاً - أغراض الوكالة الدولية لضمان الاستثمار
175	ثانياً - صلاحيات الوكالة الدولية لضمان الاستثمار
175	المبحث الثاني: كيفية تدخل مؤسسات الضمان في عقود الاستثمار الدولية
176	المطلب الأول: إبرام عقد ضمان الاستثمار
176	الفرع الأول: أطراف عقد ضمان الاستثمار
176	أولاً- مؤسسة ضمان الاستثمار
178	ثانياً- المستثمر المؤمن له
181	الفرع الثاني: المخاطر الصالحة للضمان
181	أولاً- الإجراءات الإرادية

186	ثانياً- الظروف اللاإرادية
188	المطلب الثاني: الدور الوظيفي لعقد ضمان الاستثمار
188	الفرع الأول: تأمين المستثمر الأجنبي كغرض أساسي لمؤسسات الضمان
188	أولاً- شروط استحقاق التعويض
190	ثانياً- تقدير التعويض
191	الفرع الثاني: تنمية الدولة المضيفة كغرض تكميلي لمؤسسات الضمان
192	أولاً- حلول مؤسسة الضمان في حقوق المؤمن له
193	ثانياً- السياسة التنموية لمؤسسات ضمان الاستثمار
197	خلاصة الفصل الأول
200	الفصل الثاني: التحكيم الدولي كآلية قضائية لحل منازعات الاستثمار
201	المبحث الأول: التحكيم الدولي ضمانة إجرائية لصالح المستثمر الأجنبي
201	المطلب الأول: إقرار التحكيم كطريق بديل لحل منازعات الاستثمار الدولي
202	الفرع الأول: أساس الحق في اللجوء إلى التحكيم الدولي
202	أولاً- الأساس القانوني للتحكيم في منازعات الاستثمار الدولية
208	ثانياً- الأساس الاتفاقي للتحكيم في منازعات الاستثمار الدولية
211	الفرع الثاني: شروط قيام اتفاق التحكيم الدولي
212	أولاً- الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم
217	ثانياً- الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم
222	المطلب الثاني: الآثار المترتبة على اتفاق التحكيم
223	الفرع الأول: الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم
223	أولاً- القوة الملزمة لاتفاق التحكيم
225	ثانياً- استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

228	الفرع الثاني: الآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم
228	أولاً- الأثر المانع لاتفاق التحكيم
230	ثانياً- مبدأ الاختصاص بالاختصاص
233	المبحث الثاني: التحكيم الدولي ورهان فاعلية الأحكام وعدالتها
234	المطلب الأول: شروط فاعلية أحكام التحكيم الدولية
234	الفرع الأول: الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر
235	أولاً- شروط الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر
242	ثانياً- إجراءات استصدار الأمر القاضي بالاعتراف
247	الفرع الثاني: تنفيذ أحكام التحكيم الدولي في الجزائر
248	أولاً- شروط تنفيذ أحكام التحكيم الدولي في التشريع الجزائري
251	ثانياً- شروط تنفيذ أحكام التحكيم الدولي في الاتفاقيات الدولية
254	المطلب الثاني: معايير عدالة أحكام التحكيم الدولية
254	الفرع الأول: الطعن في حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الإقليم الوطني
254	أولاً- الطعن بالاستئناف في أوامر القضاء
256	ثانياً- الآثار المترتبة على الطعن بالاستئناف والاستثناءات الواردة عليه
259	الفرع الثاني: الطعن في حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر
259	أولاً - الأحكام الخاصة بالطعن بالبطلان
266	ثانياً- معاملة حكم التحكيم الدولي الباطل
271	خلاصة الفصل الثاني
272	خلاصة الباب الثاني
274	الخاتمة
280	قائمة المراجع

301 الفهرس

المخلص:

تعتبر فكرة التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية مسألة أولية بالنسبة للمستثمر الأجنبي يجب على الدولة المضيفة حسمها قبل اتخاذ قرار الاستثمار، ذلك أن المستثمر الأجنبي لا يطمئن على مصير أمواله في ظل ممارسة الدولة لسلطاتها في التشريع والضبط وما يترتب عن ذلك من مخاطر غير تجارية. ولمواجهة تلك المخاوف أخضع المشرع الجزائري عقود الاستثمار الدولية لقانون الإرادة، فضلا عن تقديم ضمانات حمائية ضد المخاطر غير التجارية مما يهيئ لتحقيق العدالة التعاقدية في مرحلة إبرام العقد. وتحسبا منه لاختلال التوازن الاقتصادي للعقد في مرحلة التنفيذ اعتمد المشرع الجزائري آليات حمائية بعضها وقائي من خلال ضمان الاستثمار وتأمينه ضد المخاطر غير التجارية أمام مؤسسات ضمان الاستثمار الإقليمية والدولية، والبعض الآخر علاجي ويتمثل في تمكين الأطراف من الحماية الإجرائية أمام القضاء الوطني أو باللجوء إلى التحكيم الدولي، كل وفق ضوابط اختصاصه، لاستعادة التوازن المفقود.

الكلمات المفتاحية: التوازن الاقتصادي - الاستثمار - التحكيم الدولي - ضمان الاستثمار - القوة القاهرة - المخاطر غير التجارية .

Abstract:

The idea of the economic balance of international investment contracts is a matter of priority for the foreign investor that the host country must resolve prior to making the investment decision. This is because the foreign investor is not reassured about the fate of his money in light of the State's exercise of its authority in legislation and control and the consequent non-commercial risks. To counter these concerns, Algerian legislator subjected international investment contracts to the law of will, as well as to protection measures against non-commercial risks, thereby creating contractual justice at the conclusion of the contract.

In anticipation of the economic imbalance of contracts in the implementation phase, the Algerian legislator adopted protective mechanisms some of which are preventive: by guaranteeing investment and securing it against non-commercial risks within regional and international investment guarantee institutions; others are remedial: through providing parties with procedural protection before the national judiciary or enabling them to resort to international arbitration, each according to the rules of its competence, to restore the balance lost.

Key words: Economic balance; Investment; International arbitration; Investment guarantee; Force majeure; Non-commercial risks.

Résumé:

L'idée de l'équilibre économique des contrats d'investissement internationaux est une priorité pour l'investisseur étranger que le pays hôte doit résoudre avant de prendre la décision d'investissement. En effet, l'investisseur étranger n'est pas rassuré sur le sort de son argent à la lumière de l'exercice par l'État de ses pouvoirs en matière de législation et de contrôle et des risques non commerciaux qui en résultent. Pour répondre à ces préoccupations, le législateur algérien a soumis les contrats d'investissement internationaux à la loi de la volonté, ainsi qu'à des mesures protection contre les risques non commerciaux, créant ainsi une justice contractuelle lors de la conclusion du contrat.

En prévision du déséquilibre économique des contrats dans la phase d'exécution, le législateur algérien a adopté des mécanismes de protection, dont certains sont préventifs: en garantissant les investissements et en les protégeant des risques non commerciaux auprès d'institutions régionales et internationales de garantie d'investissements; d'autres sont curatives: elles offrent aux parties une protection procédurale devant les juridictions nationales ou leur permettent de recourir à un arbitrage international, selon les règles de compétence, pour rétablir l'équilibre perdu.

Mots clés: Equilibre économique ; Investissement ; Arbitrage international ; Garantie des investissements ; Force majeure ; Risques non commerciaux.