جامعة قاصدي مرباح . ورقلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة لنيل شهادة الماستـر

الميدان : الحقوق والعلوم السياسية

الشعبـة : الحقـوق

التخصص : قانون العلاقات الدولية الخاصة

مقدمة من طرف الطالب : فـارس بوكـروح

بعنـوان :

الضمانات التشريعية في عقود الاستثمار الأجنبية

نوقشت وأجيزت بتاريخ : 31 ماي 2016

اللجنة المناقشـة :

الدكتور/ نـور الديـن زرقـــــون	أستاذ محاضر (أ)	رئيسـا	جامعة قاصدي مرباح . ورقلة
الدكتورة/ يسمينـــة لعجـــال	أستاذ محاضر (أ)	مشرفا	جامعة قاصدي مرباح . ورقلة
الأستاذ/ محمد البشير بالطيب	أستاذ مساعد (أ)	مناقشا	جامعة قاصدي مرباح . ورقلة

السنة الجامعية : 2015 / 2016.

الإهـــــداء

يسعدني أن أهدي هذا العمل إلى:

- ✓ **والداي الكريمان نبع العطاء الذي لا ينضب ... حفظكما الله ورعاكما.**
- ✓ **إخوتي (عبد المالك)، (محمد) و (نعمان) وأبنائهم...**

  أخواتي (يسمينة) ، (نادية) ، (زهيرة) و (فطيمة) وأبنائهن...

  (أحمد أمين) و (محمد) ...

  وفقكم الله جميعا وسدد خطاكم.
- ✓ **عائلتي الصغيرة؛**

زوجتي (نورة) وعائلتها ... أبنائي (لينة إباء) ، (محمد الأمين) و (إياد قمر الدين) ... أحبكم.

- ✓ **أستاذتي (يسمينة لعجال) وأستاذي (محمد عمران بوليفة) ... بارك الله فيكما.**
- ✓ **أصدقائي الأعزاء (جمال الدين مرسوت) ، (نبيل باسماعيل) و (عبدالقادر بن أودينة) مزيدا من النجاح.**
- ✓ **وإلى كل عزيز لم يسعفن المقام لذكره.**

الشكـــــر

يشرفني الاعتراف للدكتورة (يسمينة لعجال) بفضل علمها علي وجود ما خصتني به من الاهتمام والتوجيه... شكرا أستاذتي.

ويسعدني أن أوجه تحية شكر وتقدير لأخي الدكتور (نعمان بوكروح) على العون الذي مدني به في مجال الترجمة، ولصديقي (عبد القادر بن أودينة) على دعمه لي بالمراجع.

والشكر والعرفان موصولان إلى الدكتور "نور الدين زرقون" رئيس لجنة المناقشة، الأستاذ "محمد البشير بالطيب" الأستاذ المناقش، الدكتور (محمد عمران بوليفة) رئيس قسم الحقوق، وإلى جميع أساتذتي الأفاضل بالقسم على جميل عطائهم، وإلى كل من أنار لي دربا مظلما ويسر مسلكا وعرا ووهب شيئا ولو قليلا من الوقت والصبر والعون والنصح من قريب أو بعيد لإتمام هذا العمل.

مقـــدمـــــــــــــــــــة

مقدمـــــــة:

مما جاء في ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية أنه "**لكل دولة الحق في: تنظيم الاستثمارات الأجنبية في نطاق ولايتها القومية، وممارسة السلطة عليها، حسب قوانينها وأنظمتها ووفقا لأهدافها وأولوياتها القومية**".

إن هذا النص يعكس بصورة واضحة عدم التوازن الطبيعي الذي يميز عقد الاستثمار الأجنبي، حيث أنه يبرم بين الدولة المضيفة للاستثمار بما لها من سلطة وسيادة، وبين المستثمر الأجنبي كشخص من أشخاص القانون الخاص سواء كان شخص طبيعي أو شخص معنوي، ورغم أن هذا التفاوت لا يبرز بشكل واضح في مرحلة التعاقد لأن الدولة المضيفة للاستثمار تبدي ليونة في التفاوض للظفر بالمشروع الاستثماري، ولأن المستثمر الأجنبي لن يكون مضطرا للتعاقد وفق شروط لا يرضاها، إلا أن ممارسة السلطة على الاستثمارات الأجنبية عادة ما تظهر في المرحلة اللاحقة للتعاقد.

وتبرز ممارسة السلطة على الاستثمارات الأجنبية من خلال التصرفات الإرادية للدولة المضيفة للاستثمار والتي تتفاوت بين فسخها للعقد بإرادتها المنفردة، أو اتخاذها إجراءات إدارية تمس بالحقوق المكتسبة للمستثمر الأجنبي وتؤثر على التوقعات والنتائج التي ينتظرها من خلال الشروط الصريحة للعقد والنصوص القانونية التي تحكمه، وتتمثل هذه الإجراءات إما في مصادرة المشروع الاستثماري أو في فرض قيود على تحويل الرساميل وعوائد الاستثمار نحو الخارج، بالإضافة إلى أعمال السلطة التشريعية من خلال تعديل التشريعات المتعلقة بالاستثمار أو إلغائها مما يؤدي إلى تغير القوانين التي تحكم العقد عن تلك التي نشأ وتكون في ظلها.

إن هذه الممارسات السيادية للدولة – والتي تمس بعقد الاستثمار الأجنبي بطريقة أو بأخرى – تؤكد ما ذهب إليه منتيسكيو في كتابه روح القوانين حين يقول "**لقد دلت التجربة أن كل من يملك السلطة يميل إلى إساءة استعمالها إلا أن يجد حدودا**"[1]، ولئن كانت للدولة مبرراتها من وراء هذه التصرفات، إلا أنها وعلاوة على إساءتها للمستثمر الأجنبي فهي ترسم صورة سوداوية عن مناخ الاستثمار في الدولة وتهدد الثقة وأمن الأعمال فيها، مما يستدعي إيجاد وسائل قانونية للحد من سلطة الدولة والحفاظ على استقرار الرابطة العقدية بتحقيق التوازن العقدي بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي.

وفي سبيل رأب الصدع الموجود بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، تبرز الضمانات التشريعية كوسيلة في غاية الأهمية تسعى من ورائها الدولة لإعطاء صورة جيدة عن المناخ القانوني للاستثمار فيها، وتؤمن بواسطتها التوازن العقدي المنشود من خلال احترام طموحات وتوقعات الطرف الآخر، وهذا ما أخذت به غالبية الدول في قوانينها المتعلقة بالاستثمار.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فإنه وبمناسبة التحولات الإقصادية التي عرفتها الجزائر في التسعينات عقب الأزمة الاقتصادية التي مرت بها البلاد بسبب انخفاض أسعار البترول وثقل المديونية الخارجية، وأمام ضعف قدرات المؤسسات الوطنية العمومية منها والخاصة وعجزها عن إحداث أية قفزة تنموية، فرض الاستثمار الأجنبي نفسه كخيار حتمي للنهوض بالاقتصاد الوطني. وفي ظل المنافسة الشديدة بين الدول لجذب أكبر قدر من الاستثمارات الأجنبية، فقد أدرك المشرع الجزائري أهمية توفير ضمانات جدية لكسب ثقة المستثمرين الأجانب، وخاصة بعد حالة فقدان الثقة التي سادت خلال سبعينيات القرن الماضي جراء التأميمات التي

[1] نبالي فطة، الفصل بين الاختصاصين التشريعي والتنظيمي وضعف وسائل حماية مجاليهما، ملتقى الأمن القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 5 و 6 ديسمبر 2012، ص22.

قامت بها السلطات في 28 فيفري 1974، وفي خضم التحولات الاقتصادية الكبرى التي عرفتها البلاد بتحولها من النهج الاشتراكي إلى النهج الرأسمالي، جاء المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار ليعلن عن نية الدولة في اعتماد نظام تشجيع وترقية الاستثمار بدلا من نظام الرقابة الإدارية ورقابة المساهمة في تأسيس شركات مختلطة، ثم جاء الأمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار ليوضح مساعي الدولة الجزائرية في الانفتاح أكثر على الاستثمار الأجنبي.

وقد أقر المشرع الجزائري في الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار – وعلى غرار مختلف القوانين الخاصة بالاستثمار الأجنبي في الأنظمة المقارنة – مجموعة من الضمانات خصص لها الباب الثالث منه كما أدرج بعض الضمانات في أبواب أخرى، ويمكن تصنيف هذه الضمانات إلى فئتين، تتضمن الفئة الأولى ضمانات موضوعية تمثل أساس الحماية المقررة لمعاملة المستثمر الأجنبي وحماية مشروعه الاستثماري بغرض حماية توقعاته المشروعة وحقوقه المكتسبة، أما الفئة الثانية فتضم الضمانات الإجرائية والمتمثلة في الحماية القضائية للمستثمر الأجنبي من خلال تمكينه من اللجوء إلى القضاء الوطني، وأيضا فتح باب التحكيم أمامه متى اتفق على ذلك.

وتبرز أهمية هذه الدراسة نظريا في ما يثيره تقرير هذه الضمانات من تحليلات علمية تختلف من دارس لآخر بين من يراها شروط تنافسية لجذب المستثمرين الأجانب، ومن يعتبرها انتقاص من سيادة الدولة وتثبيط لقراراتها السيادية على إقليمها، ولكل مبرراته التي لا تخلو من الإقناع فيما يذهب إليه، مما يستدعي منا مناقشة هذه الفروض.

كما أن للموضوع أهمية عملية تتجلى في الآثار التي تحدثها هذه الضمانات على عقود الاستثمار الأجنبية، عند إخراجها من حالة السكون في كونها نصوص تشريعية تضعها الدولة بإرادتها المنفردة، ووضعها في حالة الحركة بتفعيلها كشروط عقدية منتجة لآثارها الملزمة للدولة.

وبذلك فإن هدف الدراسة يرتكز حول إبراز الأبعاد القانونية لهذه الضمانات، وكذا إبراز انعكاساتها على عقد الاستثمار وأطرافه.

وفي سبيل تحقيق ذلك **اعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي**، وذلك من خلال رجوعنا إلى النصوص القانونية المتعلقة بالاستثمار الأجنبي المتبعة من طرف المشرع الجزائري، وإخضاعها للدراسة والتحليل واستخلاص النتائج.

وبناءا على ما تقدم فإن موضوعنا هذا يثير الإشكالية التالية: ما هو الدور الوظيفي للتشريع في ضمان الاستثمار الأجنبي ؟

للإجابة على هذه الإشكالية اتبعنا خطة ثنائية من فصلين؛ حيث تعرضنا للضمانات الموضوعية ودورها في حماية الثقة المشروعة للمستثمر الأجنبي (الفصل الأول) وتناولنا فيه تأثير المخاطر غير التجارية على مشروعية التوقع (المبحث الأول) وحماية المشرع الجزائري للحقوق المكتسبة للمستثمر الأجنبي (المبحث الثاني). ثم تعرضنا للضمانات الإجرائية بين القضاء الوطني وقضاء التحكيم (الفصل الثاني) وتناولنا فيه ضوابط اختصاص القضاء الوطني بنظر النزاع بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة (المبحث الأول) والتحكيم الدولي كضمانة لصالح المستثمر الأجنبي (المبحث الثاني).

الفصل الأول:

الضمانات الموضوعية : احترام للثقة المشروعة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة

الفصل الأول:

الضمانات الموضوعية : احترام للثقة المشروعة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة

تهدف كل دولة من خلال سياستها الاستثمارية إلى الجمع بين النقيضين ؛ تحقيق مصالحها الاقتصادية من جهة وحماية الثقة المشروعة لدى المستثمر الأجنبي من جهة أخرى، فالدولة وفي سبيل تحقيق مصالحها الاقتصادية تقدم على مجموعة من الإجراءات الإدارية كالمصادرة التي تطال أملاك المستثمر الأجنبي، وفرض قيود على تحويل العملة، كما قد تقوم سلطتها التشريعية بتعديل أو إلغاء قوانينها ذات الصلة بعقد الاستثمار.

إن هذه التصرفات الإرادية للدولة المضيفة تؤدي إلى انهيار عقد الاستثمار حيث تخالف الدولة تعهداتها بإرادتها بما يؤثر سلبا على أهم أسس الأمن القانوني وهو مشروعية التوقع، وبالتالي فإن أساس الحماية الموضوعية يتركز حول تفادي تأثير المخاطر غير التجارية على مشروعية التوقع (المبحث الأول)، وهذا ما يظهر جليا من خلال النصوص التي أقرها المشرع الجزائري في قانون الاستثمار حيث وضع مجموعة من الضمانات تشكل حماية للحقوق المكتسبة للمستثمر الأجنبي (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

تأثير المخاطر غير التجارية على مشروعية التوقع

إن إقبال المستثمر الأجنبي على التعاقد مع الدولة المضيفة يعود بالدرجة الأولى إلى 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 (المطلب الأول).

غير أن الواقع يثبت أن الدول المضيفة للاستثمار كانت في كثير من الأحيان وراء انهيار الرابطة العقدية من خلال المخاطر غير التجارية، والتي يعرفها الفقه بأنها تغيير فجائي يمس بالاستثمار بسبب حدث سياسي، مما يؤدي إلى حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره، دون أن يكون بإمكانه التنبؤ بها أو توقع وقت حدوثها ولا حتى الحصول على وسيلة معينة للتصدي لها أو مواجهتها لمنعها[1]، ويرجع ذلك لتصرف الدولة في العقد بإرادتها المنفردة (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

مبدأ الأمن القانوني كأساس للحماية الموضوعية 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 حدا أدنى من الاستقرار والثبات[2]، لذا ينبغي علينا بدءا البحث في تعريف مبدأ الأمن القانوني (الفرع الأول)، ثم مشروعية التوقع في مجال عقد الاستثمار (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف مبدأ الأمن القانوني

من خلال بحث الأستاذ "Martin Maderau" 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 عاما يختص بالأمن القانوني، وهو ما دفع بالقوانين الوطنية إلى تبني

[1] حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، تيزي وزو 2013، ص37.

[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.

مبدأ الأمن القانوني، غير أن بعض المؤلفين ذهبوا إلى أن الأمن القانوني معيار عالمي ملازم لدولة القانون ويفترض أن يفرض نفسه على القضاة والمشرعين)[1].

من خلال هذا المقال نلاحظ أن مفهوم الأمن القانوني لم يلق تعريفا جامعا بين الفقهاء، حيث يعرفه البعض بأنه "هدف يسعى القانون لتحقيقه"، فيكون بذلك الأمن القانوني هو نهاية عمليّة لبداية نظريّة لتحقيق الغاية المرجوّة من سن القانون، ونتيجة لتطبيقه تطبيقا سليما يراعي مصالح الأفراد.

في حين يعرفه 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 بأنه 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 تبنى 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 تعريف الأمن القانوني تعريفا كاملا، غير أن هذا لا يحول دون إعطاء تعريف غائي له، فـ "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"[2].

ولعل هذه المتطلبات التي تقول بها الدكتورة "Caroline Selvicjo" تلتقي جميعها فيما يفرضه اعتبار الأمن القانوني من وضوح القانون، دقته وتوقعه[3]، 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، وهو بصدد تنظيم مجال تطبيق كل منهما، أن يحاول التوفيق بين اعتبارين متناقضين، 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 التشريع[4].

وبالنتيجة فإن معنى الأمن القانوني يتعلق بالسياق القانوني والثقافي والسياسي الذي يستعمل فيه[5]، لكن الحذر يبقى واجبا لأن هناك اثنين من مخاطر الانحراف التي قد تجعل الأمن القانوني قنبلة 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 السلطات.[6]

---

[1] - Martin Maderau, « *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] - 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 Maderau, « *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.*

[3] صاري نوال، المرجع السابق، ص118.

[4] صاري نوال، المرجع نفسه، ص 115.

[5] - 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 Maderau, « *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.*

[6] - Fabien Bottini , « *Les implications nouvelles du principe de sécurité juridique en droit administratif* », CRDF N° 6, 2007, p 170.

الفرع الثاني: مشروعية التوقع في مجال عقود الاستثمار

من المستقر عليه في النظرية العامة للقانون أن القانون واجب التطبيق من اليوم التالي لنشره في الجريدة الرسمية وأنه يسري على الوقائع التي تحدث وتتكون وتستنفذ كل أثارها في ظله، أو ابتداء من التاريخ الذي يحدده نفس القانون لسريان قواعده بأثر رجعي، كما أن قواعد القانون لا تطبق إلا على الوقائع التي تحدث في ظله أي بعد إصداره، وأنها لا تسري على ما حدث من وقائع قبل صدوره[1]، وهذا ما أقرته المادة الثانية من القانون المدني الجزائري[2]، حيث جاء في فقرتها الأولى "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي".

لقد تضمن هذا النص مبدأين في غاية الأهمية هما مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون الجديد، ومبدأ عدم رجعية القانون الجديد كأصل عام، ومضمون هذين المبدأين أن القانون القديم يعتبر ملغيا ولا أثر له بعد نفاذ القانون الجديد، فالقانون القديم يحكم الحالات التي تمت في ظله، ولا يطبق عليها القانون الجديد، بينما الحالات التي تستجد فإنها تخضع لأحكام القانون الجديد ومنطقيا لا يسري القانون القديم الملغى على هذه الحالات لأنها وقعت بعد إلغائه[3].

إذا كان هذا النص يستجيب لاعتبار تطور التشريع ووحدته، فإنه يثير إشكالات عملية غاية غي الخطورة من حيث مساسه بالمراكز القانونية الناشئة في ظل القانون القديم من خلال إعمال الرجعية في حالات استثنائية، ومنها الاستثناء بنص صريح لغرض تحقيق الصالح العام في حالات تصبح فيها الرجعية ضرورة لاستقرار المعاملات، وقد أقر المشرع الجزائري هذا الاستثناء بمناسبة تطبيق قواعد التقنين المدني بصفة رجعية خلال مدة معينة سابقة لنفاذه ونص على ذلك في المادة 1003 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني[4].

كما أن الأثر الفوري والمباشر للقانون الجديد يعتبر تهديدا للحقوق المكتسبة، إذ سيؤدي إلى تطبيق أحكام جديدة قد تكون متعارضة تماما مع تلك التي أنشأ فيها الأفراد تعاملاتهم وعلاقاتهم، وبالتالي فلن يكون هناك استقرار أو ضمان إذا كان للمشرع أن يتدخل في كل مرة لإبطال المراكز القانونية التي نشأت وتكونت في الماضي واستبدالها مع كل قانون جديد، وكما يقول بلانيول "فلن يكون هناك أي أمان بالنسبة للأفراد إذا كانت حقوقهم، وثرواتهم، وحالاتهم الشخصية يمكن في أي لحظة أن تتأثر أو تعدل أو تزول بسبب تغيير في إرادة المشرع"[5].

وفي مجال العقود فإن الرأي السائد في الفقه والقضاء الفرنسيين يذهب إلى عدم تطبيق القانون الجديد بأثر مباشر، بل يظل القانون القديم ممتدا في السريان، بحيث يظل منطبقا 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"[6]، 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

[1] أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر 2010، ص 313.

[2] الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

[3] أحمد سي علي، المرجع نفسه، ص321.

[4] تنص المادة 1003 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني على أنه "يسري مفعول هذا الأمر ابتداء من تاريخ 25 جمادى الثانية عام 1395 الموافق لـ 5 يوليو سنة 1975 وينشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية".

[5] سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ت.ن، ص655.

[6] سمير عبد السيد تناغو، المرجع نفسه، ص 694-695.

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.

فالعقود في القانون الحديث وسيلة لتحقيق الاختلاف والتنوع في علاقات أفراد المجتمع وأداة زود القانون الأفراد بها 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 آثارها[1].

إذن فإن مشروعية التوقع تقتضي استمرار العمل بالتشريع القديم –رغم إلغائه– بخصوص الآثار المستقبلية للعقود المبرمة في ظله، ولا تخضع للتشريع الجديد بما له من أثر مباشر، إلا إذا كان يتضمن قواعد آمرة متصلة بالنظام العام، لأن تطبيق الأثر المباشر للقانون الجديد على عقود سابقة التنظيم يمس بتوقعات المتعاقدين وبالثقة المشروعة مثلما يمس بها الأثر الرجعي، لذا يجب ملاحظة في الحالتين وجود مصلحة عامة كافية، والعمل بتفسير ضيق، لأن الرجعية في العقود مثلها مثل تطبيق قانون جديد مخالف لتوقعات المتعاقدين ويفيد أحد الأطراف على حساب الآخر[2].

المطلب الثاني:

التصرفات الإرادية للدولة في عقد الإستثمار

يرى 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 الدولة[3]، وتمثل هذه الأخيرة المخاطر غير التجارية وتأخذ مظهرين (الفرع الأول)، وتستند الدولة في تصرفاتها هذه إلى مبررات تستمد أساسا من سيادتها على إقليمها وما تتطلبه المصلحة الوطنية من اتخاذ إجراءات معينة (الفرع الثاني)، غير أن الواقع قد أفرز الشركات المتعددة الجنسيات كأطراف فاعلة في الساحة الاقتصادية العالمية غيرت بعض المعطيات على صعيد علاقات الدولة بالمستثمر الأجنبي (الفرع الثالث).

[1] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية – الوجيز في نظرية القانون، ط14، دار هومة، الجزائر 2007، ص269.

[2] صاري نوال، المرجع السابق، ص110.

[3] 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 أفريل 2011، ص 729.

الفرع الأول: مظاهر تصرف الدولة في عقد الاستثمار بإرادتها المنفردة

كثيرا ما تتأثر الدولة بالظروف المستجدة والتي لم تكن متوقعة أثناء التعاقد فتلجأ إلى التصرف في عقد الاستثمار بإرادتها المنفردة من خلال اتخاذها لبعض الإجراءات الإدارية، أو قد يكون التدخل من طرف السلطة التشريعية بتغيير التشريعات التي تحكم العقد.

أولا– الإجراءات الإدارية المتخذة ضد المستثمر الأجنبي:

تتمثل الإجراءات التي تتخذها الدولة ممثلة بإدارتها ضد المستثمر الأجنبي في إجراء نزع الملكية الفردية من أجل المنفعة العامة، وأيضا فرض الرقابة على تحويل العملة إلى الخارج لحماية الاقتصاد الوطني من الاستنزاف.

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 يدخل في إطار البحث والاستكشاف، ضف إلى ذلك الحقوق الناتجة عن العقود مثل حق الامتياز والتراخيص[1].

والملكية بالنسبة للفقه الحديث تعتبر وظيفة اجتماعية، أو أنها حق ذو وظيفة اجتماعية متأثرا في ذلك بالأفكار الاجتماعية التي ترى أن الحقوق ليست حقوقا طبيعية استمدها الأفراد من الطبيعة، بل هي منحة من الجماعة ولذلك فهي تتسع وتضيق وفقا لحاجاتها، ومؤدى الوظيفة الاجتماعية هو أن يراعي الفرد مصالح غيره من الأفراد إذا كانت هذه المصالح جديرة بالرعاية[2].

وبالرغم من الصيغ المختلفة التي تسعى الدولة المضيفة للاستثمار من تمكين المستثمر الأجنبي بواسطتها من تملك العقارات الصناعية أو الفلاحية لإقامة مشروعه، والتي تتفاوت من دولة لأخرى 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.

وفيما يخص مفهوم نزع الملكية فالمصطلحات المستعملة في هذا المجال ليست بالدقة المرجوة، غير أنه 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 ذلك، والثاني يبرز في كون نزع ملكية المستثمر الأجنبي يتم بإرادة منفردة للدولة بإعمالها لسلطتها وسيادتها على إقليمها[3].

[1] حسين نوارة، المرجع السابق، ص8.

[2] محمود عبد الرحمن محمد، الحقوق العينية الأصلية، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت.ن، ص22–23.

[3] عميروش فتحي، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2009–2010، ص43.

ويرى البعض أن إجراء نزع الملكية يعد إجراء تعسفيا 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 السيادة[1].

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 عن في شكل مصادرة بدون أي مقابل.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد أقر نزع الملكية للمنفعة العامة، حيث نصت المادة 22 من الدستور[2] على أنه "لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون.

ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف".

كما أقرت المادة 677 من القانون المدني الجزائري نزع الملكية للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل ومنصف[3]، في حين أقرت المادة 678 من القانون نفسه التأميم مع وجوب التعويض[4].

أما المادة 15 من الأمر 01-03 فنصت على إمكانية المصادرة الإدارية للاستثمارات المنجزة وفقا للحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، حيث نصت على أنه "لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

إن النص الدستوري واضح وصريح فهو يقصد نزع الملكية للمنفعة العامة وفق الصورتين السالفتي الذكر، ويتفق معه نصي القانون المدني المذكورين أعلاه، إلا أن نص قانون الاستثمار يثير إشكالا في المفاهيم، فهو يتحدث عن المصادرة الإدارية مع التعويض العادل والمنصف، وهذا لا يتفق ومفهوم المصادرة والتي 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"[5].

---

[1] حسين نوارة، المرجع السابق، ص19.

[2] قانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد 14، الصادرة بتاريخ 7 مارس 2016.

[3] تنص المادة 677 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم على أنه "لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون. غير للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل".

[4] تنص المادة 678 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم على أنه "لا يجوز إصدار حكم التأميم إلا بنص قانوني على أن الشروط وإجراءات نقل الملكية والكيفية التي يتم بها التعويض يحددها القانون".

[5] هشام خالد، عقد ضمان الإستثمار، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2000، ص 177.

إذن فإن اقتران الإجراء المتخذ في المادة 16 من قانون الاستثمار الجزائري بالتعويض العادل والمنصف يفهم 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 إدارية[1].

2- الرقابة على تحويل العملة:

إن الهدف الأساسي الذي يصبو إليه المستثمر الأجنبي من مخاطرته باستثمار أمواله في بلد ما هو تحقيق الربح بالدرجة الأولى، ثم إنه يسعى إلى تحويل عائدات استثماره ومداخيله إلى بلد إقامته أو لتمويل مشاريعه في الخارج، 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 واضحا[2].

ثانيا- تغيير التشريعات الوطنية ذات الصلة بالاستثمار:

إن سن التشريعات الوطنية وتعديلها وإلغائها هو شأن وطني بحت نابع عن سيادة الدولة واستقلاليتها في تنظيم شؤونها الداخلية وحتى الخارجية، فلكل دولة كامل الحرية في اختيار النظام الاقتصادي والسياسي الذي تنتهجه، ووضع التشريعات التي تراها مناسبة لتحقيق أهدافها ومخططاتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية بما يستجيب لتطلعات شعبها، وهذا الحق 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 لإرادة شعبها، دونما تدخل أو إكراه أو تهديد خارجي بأي شكل من الأشكال"[3].

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 لو سلمنا بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام الدولي في بعض الحدود، فإن هذه الإرادة يجب أن يعبر عنها في مواجهة أشخاص القانون الدولي الآخرين بقصد تكوين التزام

[1] لعماري وليد، الحوافز والحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2010-2011، ص21.

[2] هشام خالد، المرجع السابق، ص197-198.

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

دولي، وليس في تشريع الاستثمار الداخلي شيء من ذلك، لأن هذا القانون يصدر لمخاطبة أشخاص القانون الداخلي، ويفترض فيه أنه عرضة للتعديل[1].

وما يلاحظ في هذا الصدد أن المشرع الجزائري قد بلغ عددا قياسيا في تغيير قوانين الاستثمار تبعا للظروف الاقتصادية والسياسية التي مرت بها البلاد، غير أن ما يعاب عليه هو التغييرات المتعاقبة للأمر 01 – 03 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم، والتي تتم بموجب قوانين المالية المتعاقبة، وهناك من المواد ما طالتها عدة تعديلات متعاقبة ومن ذلك مثلا المادة 4 مكرر فهي متممة من الأمر رقم 09-01 ومعدلة من الأمر رقم 10-01 والقانون رقم 11-16 والقانون رقم 12-12 والقانون رقم 13-08.

الفرع الثاني: مبررات تصرف الدولة في العقد بإرادتها المنفردة

لابد من وجود مبررات كافية تجعل الدولة تلجأ إلى تلك الأساليب التي تسيء إليها بالدرجة الأولى، حيث سينظر إليها إذ ذاك على أنها لا تفي بالتزاماتها ولا توفر بيئة استثمارية مستقرة، وتتمثل هذه المبررات فيما يلي:

أولا– مبدأ السيادة:

يعتبر مبدأ السيادة أهم مبرر تستند إليه الدولة المضيفة للاستثمار في اتخاذها لما يعرف بالإجراءات الانفرادية، والتي تتمثل في الممارسات السلطوية التي تقوم بها حيال المستثمرين الأجانب ومشاريعهم الاستثمارية بإرادتها المنفردة، فسيادة الدول واستقلالها في اتخاذ قراراتها الداخلية مكفولة بنصوص القانون الدولي والمواثيق الدولية.

ويقصد بسيادة الدولة عموما حق كل شعب في تقرير مصيره السياسي والاقتصادي والاجتماعي، وسيادة الدولة مركز قانوني يقدمه القانون الدولي العام للوحدات التي توافرت لديها شرائط معينة تسمح بالقول بأنها ارتقت إلى مرتبة الدولة في مفهوم القانون الدولي العام[2].

وقد أكد ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 81-32 لسنة 1974 في مادته الثانية، على أن سيادة الدولة على إقليمها تخولها حق إدارته والتصرف فيه وتوجيه الاستثمارات الأجنبية المقامة عليه والتي تدخل في نطاق ولايتها، حيث نصت المادة الثانية من 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:

[1] عدلي عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان، السنة الجامعية 2010 – 2011. ص143.

[2] بن الزوخ جمعة، شرط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار الدولي، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، السنة الجامعية 2014-2015، ص 25.

(أ) تنظيم الاستثمارات الأجنبية في نطاق ولايتها القومية، وممارسة السلطة عليها، حسب قوانينها وأنظمتها وطبقا لأهدافها وأولوياتها القومية، ولا تكره أي دولة على إعطاء معاملة تفضيلية للاستثمارات الأجنبية"[1].

إذن فإن عقود الاستثمار تبرم بين الدولة المضيفة وشخص خاص أجنبي طبيعي أو اعتباري، فالدولة من الناحية القانونية هي شخص من أشخاص القانون العام الدولي والقانون العام الداخلي، والاثنين يمنحانها مزايا سيادية التي لا يتمتع بها الشخص الخاص الأجنبي المتعاقد معها سواء كان فردا أم شركة[2].

فالدولة ومن باب ممارستها لسلطتها على إقليمها وإعمالا لسيادتها في سبيل حماية مصالحها، قد تقوم بالعديد من الإجراءات التي تهدد العقد الاستثماري، وتمس بالتوقعات المشروعة للمستثمر الأجنبي وتفقده الثقة في السياسة الاستثمارية للدولة المضيفة، وهذه الإجراءات السيادية المتخذة هي التي تقف وراء ما يسمى بالمخاطر غير التجارية.

ثانيا– الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار:

إن عقود الاستثمار هي تلك الطائفة من العقود التي تبرمها الدولة أو الأجهزة التابعة لها مع شخص خاص أجنبي طبيعي أو اعتباري، ويلتزم المستثمر الأجنبي بمقتضاها بنقل قيم اقتصادية إلى الدولة المضيفة لاستغلالها في مشروعات وفق ما تقتضيه خططها التنموية، والغالب أن تكون مدة العقد طويلة نسبيا، وهي عقود دولية تتمتع بطبيعة خاصة تستمدها من تعلقها بالخطط التنموية للدولة المضيفة للاستثمار، ومن طبيعة أطراف هذه العقود، الدولة من ناحية والمستثمر الأجنبي من ناحية[3].

من خلال هذا التعريف نقف على الخصائص المميزة لعقود الاستثمار والتي تعطي إمكانية كبيرة للدولة المتعاقدة في التصرف في العقد بإرادتها المنفردة، وتتمثل هذه الخصائص فيما يلي:

1– طول مدة عقد الاستثمار:

تتميز عقود الاستثمار بطول المدة المقررة لإنجاز المشروع واستغلاله حيث تصل هذه المدة إلى عشرات السنين كما هو الحال في عقود البترول، حيث تنص المادة 35 من قانون المحروقات الجزائري لسنة 2005[4] على أنه "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 على مدار فترة زمنية بهذا الطول (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.

[1] 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..

[2] مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي، بيروت 2010، ص15.

[3] بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2009، ص8.

[4] قانون رقم 05-07 المؤرخ في 28 أفريل 2005، المتعلق بالمحروقات، المعدل والمتمم.

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 و50% كحد أقصى".

وبغض النظر عن مآل النزاع الذي انتهى تحكيميا 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 الأجنبية[1].

2- الأهمية الاقتصادية لعقد الاستثمار:

من الخصائص المهمة التي تتسم بها عقود الاستثمار والمستمدة من موضوعها هو ارتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة، حيث إن ما تهدف إليه هذه العقود بشكل أساسي هو الإسهام في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، مما يكسبها بعدا عاما يتمثل في الارتباط بالمجتمع، أي أن هذه العقود لم تعد في مصلحة الأطراف وحسب، وإنما في مصلحة المجتمع أيضا، لذلك فإن إرادة الأطراف وقت توقيع العقد لم تعد العنصر الوحيد المهم، بل إن هناك المصلحة العامة[2].

وبناءا على ذلك فإن الدولة ستتدخل حتما في المشروع الاقتصادي الذي لا يحقق الجدوى الاقتصادية المرجوة منه، ولا يستجيب لتطلعات المجموعة الوطنية، باتخاذها للإجراءات التي تراها مناسبة متجاوزة بذلك ما تم التعاقد عليه.

3- طبيعة أطراف عقد الاستثمار:

يبرم عقد الاستثمار بين دولة كشخص من أشخاص القانون الدولي العام ومستثمر أجنبي كشخص خاص، فمركز الدولة في هذه العلاقة العقدية يجعلها تتمتع ببعض الامتيازات في مواجهة المستثمر المتعاقد معها مستمدة من سيادتها الإقليمية، خاصة وأن العقد يتم في إطار النظام القانوني للدولة المضيفة، مما يسمح لها باتخاذ بعض الإجراءات من أجل الدفاع عن مصالحها وتحقيق أهدافها التنموية[3].

ولإنجاز أي مشروع استثماري يتم التعاقد بين الدولة والمستثمر الأجنبي، أو بين هذا الأخير وإحدى الهيئات أو المؤسسات التابعة للدولة، ويأخذ العقد شكل اتفاق بالنسبة للاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني، وفق ما أقرته المادة

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

[2] فؤاد محمد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2010، ص121.

[3] محند وعلي عيبوط، عقد الاستثمار بين القانون الداخلي والقانون الدولي، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 21، العدد 1-2011، مركز التوثيق والبحث والخبرة المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، ص53.

12 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم، حيث نصت على أنه "يترتب على الاستثمارات المذكورة في الفقرة 2 من المادة 10 أعلاه، إبرام اتفاقية متفاوض عليها وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 12 مكرر أدناه".

وعليه فإن عقد الاستثمار يعد من عقود الدولة والتي يعرفها جانب من الفقه بأنها عقود شبيهة بعقود القانون العام طرفاها هما الدولة أو جهاز حكومي من جهة، وشخص أجنبي طبيعي أو اعتباري من جهة أخرى، وتتعلق هذه العقود ببناء مجمع صناعي يكون مصحوبا عادة باتفاق بالمساعدة الفنية، وقد ينصب موضوع العقد على استخراج ونقل وتسويق الموارد الطبيعية وهو ما يقتضي إنشاء تجهيزات ضخمة تتطلب استثمارات على قدر كبير من الأهمية، وتحتم أن تكون مدة هذه العقود طويلة نسبيا، كما تساهم هذه العقود في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة المضيفة التي تتمركز على أرضها هذه الاستثمارات[1].

وخلاصة القول أن هذا المركز الممتاز للدولة المبني على مزاياها السيادية إضافة إلى خصوصية عقود الاستثمار هي مبررات واقعية طالما صنعت الفارق ورجحت الكفة لصالح الدولة المضيفة للاستثمار لفرض شروطها العقدية، ولو عن طريق الإجراءات الانفرادية التي تمارسها تجاه المستثمر الأجنبي ومشروعه الاستثماري، من خلال إجراء نزع الملكية على اختلاف أشكاله القانونية عن طريق التأميم أو المصادرة أو نزع الملكية للمصلحة العامة، كما يمكنها تغيير قوانينها الناظمة للاستثمار بما يعطي أحكاما وأوضاعا قانونية جديدة لم يكن المستثمر الأجنبي يعلم بها وقت التعاقد، إلى غير ذلك من "المخاطر الناجمة عن طبيعة الدولة ذاتها باعتبارها شخص سيادي قادرة على إصدار التشريعات وإنهاء العقد بإرادتها المنفردة"[2].

وهذه النتيجة يمكن الوصول إليها من خلال تحليل عقود الدولة ذاتها بالنظر لما تتمتع به من خصائص باعتبار أنها عقود مبرمة بين أطراف غير متساوية وتهدف إلى تحقيق أهداف غير متعارف على تحقيقها في العقود الدولية العادية وأيضا بما تتضمنه من شروط غير مألوفة، فكل ذلك يقطع بضرورة عدم خضوعها للنظام المعتاد الذي يحكم العقود الدولية المعتادة وما يسري عليها من قواعد تقليدية مثل قاعدة عدم المساس بالعقد والمساواة القانونية المطلقة بين الأطراف المتعاقدة[3].

الفرع الثالث: خصوصية بعض عقود الاستثمار

إذا كان الوضع العام في عقود الاستثمار يعطي أفضلية للدولة المضيفة على المستثمر الأجنبي في تغيير مسار العقد بناءا على الاعتبارات التي استعرضناها، إلا أن هذا الوضع بدأ يتغير ولو بصفة نسبية منذ ستينيات القرن العشرين، بظهور عقود التعاون الصناعي وبشكل خاص عقود نقل التكنولوجيا التي غيرت من موازين القوى في العقود الدولية على نحو يجب الإشارة إليه.

فقد دعا التطور والتحول التكنولوجي الذي شهده العالم، والحاجة إلى نقل التكنولوجيا من الدول المتقدمة إلى الدول النامية بهدف تضييق الفجوة العميقة في التقدم الاقتصادي والصناعي والفني بين الدول المتقدمة من جانب والدول الأقل نموا من جانب

[1] حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2003، ص 30.

[2] حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع نفسه، ص33.

[3] حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع نفسه، ص482.

آخر[1]، إلى بروز الشركات المتعددة الجنسيات المالكة للتكنولوجيا كفاعل على مستوى العلاقات الدولية حيث أصبحت تملي شروطها العقدية على الدول المتعاقدة معها، مما انجر عنه العديد من السلبيات، لا سيما نقطتين هامتين هما:

- عدم التكافؤ في المفاوضات السابقة لإبرام العقد.
- إثقال العقد بجملة من الشروط المجحفة في حق الدول المتعاقدة.

وقد سعت المجموعة الدولية تحت مظلة الأمم المتحدة إلى وضع تقنين لأجل إعادة التوازن لهذه العقود، ومرت المساعي الدولية بعدة محطات إلى أن توصل مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية "الأونكتاد"سنة 2001، إلى وضع مشروع مدونة لقواعد السلوك في نقل التكنولوجيا، حيث نص البند الخامس منها على ضوابط المفاوضات الكفيلة بخلق التوازن في مرحلة المفاوضات، أما البند الرابع فنص على الشروط التعسفية والتي ينبغي ألا تتضمنها عقود نقل التكنولوجيا، ثم تلتها جهود المنظمة العالمية للملكية الفكرية التي خلصت في 26 أكتوبر 2011 إلى اقتراح مشروع اسمته "مشروع الملكية الفكرية ونقل التكنولوجيا : التحديات المشتركة وبناء الحلول"، حيث جاء فيها تحت عنوان "العمل التحضيري: إستراتيجيات العمل" ما يؤكد على اختلال التوازن العقدي لصالح مالك التكنولوجيا إذ نصت الفقرة رقم 19 منها على ما يلي:

"وعلى وجه الخصوص، تطورت بمرور السنين سياسات لتشجيع نقل التكنولوجيا، وكانت موضوعا لبعض نصوص اتفاقات الاستثمار الدولية. وتضع الوثيقة هذه السياسات في سياق أوسع. فلا يمكن النظر بشكل منفصل إلى تشجيع نقل التكنولوجيا؛ لأنها سياسة وثيقة الصلة بالتعامل الأوسع نطاقا مع المعارف المملوكة من خلال قوانين الملكية الفكرية وببنية السوق وكيفية إدارة العمليات التي قد تؤثر في العملية التنافسية فيما يتعلق بإنتاج التكنولوجيا ونقلها ونشرها، وبتدابير البلد المضيف المصممة للتحكم في عملية إنتاج التكنولوجيا ونقلها ونشرها من خلال شروط الأداء. وفي ضوء ما ذكرناه آنفا، تم تحديد نهجين سياسيين عامين للتعامل مع مسائل التكنولوجيا:

(أ) أحد النهجين هو نهج تنظيمي، يرمي من خلال المحافظة على الخصائص الجوهرية لحقوق الملكية الفكرية إلى التدخل في سوق التكنولوجيا بهدف معالجة التفاوت الواضح في تلك السوق بين مالك التكنولوجيا ومتلقيها.

فهذا الأخير ينظر إليه عامة باعتباره الطرف الأضعف في الصفقة. ويمكن معالجة هذا عن طريق التدخل التنظيمي في عمليات نقل التكنولوجيا، كأن يتم مثلا إبطال النصوص القانونية المتعلقة بعمليات نقل التكنولوجيا التي قد تحابي مالك التكنولوجيا على نحو غير ملائم. وقد يقترن بمثل هذه السياسات اجتهاد البلد المتلقي في فرض شروط للأداء على مالك التكنولوجيا كشرط لتنفيذ عملية النقل. وقد اعتمدت مثل هذه السياسات في الماضي من قبل بلدان مضيفة نامية وشكلت محتوى عدد من الصكوك الدولية"[2].

غير أن هذا الوضع الجديد والاستثنائي في عقود الاستثمار والذي يجعل من الدولة المتلقية للتكنولوجيا الطرف الأضعف في العقد، يبقى محصورا في الناحية الاقتصادية فقط، أما من الناحية القانونية فالدولة –وكما أسلفنا الذكر– هي شخص من أشخاص

[1] مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص14.

[2] المنظمة العالمية للملكية الفكرية، اللجنة المعنية بالتنمية والملكية الفكرية، الدورة الثامنة، جنيف من 14 إلى 18 نوفمبر 2011، الوثيقة CDIP/8/7 .

القانون العام الدولي والقانون العام الداخلي، تتمتع بالشخصية القانونية الدولية والسيادة على إقليمها وثرواتها، وهذا ما تقر به حتى الشركات متعددة الجنسيات نفسها من خلال مدونات السلوك المهني الخاصة بها، ومثال ذلك شركة شل (Shell) التي جعلت المبدأ رقم 8 من مدونة قواعد السلوك المهني الخاصة بها بعنوان "الإذعان" والذي ينص على ما يلي: "نراعي ونذعن لكل القوانين والنظم المطبقة في البلدان التي نعمل فيها"[1].

[1] مدونة قواعد السلوك المهني لشركة شل، ص35. www.Shell.com

المبحث الثاني:

حماية المشرع الجزائري للحقوق المكتسبة للمستثمر الأجنبي

إذا كانت ممارسة الدول المضيفة لسيادتها تتسبب في مخاطر تهدد الحقوق المكتسبة للمستثمر الأجنبي وينتج عنها عزوف المستثمرين الأجانب عن الاستثمار فيها، فإنه يتوجب على الدولة حماية الثقة بينها وبين المستثمر الأجنبي بمنحه ضمانات كفيلة بحماية استثماراته، فالدولة عندما تمنح المستثمر الأجنبي بعض الحقوق في إطار العقد فإن ذلك يستوجب منها أن تتنازل عن بعض مظاهر سيادتها، وفي هذا يقول الأستاذ Pieere Noel "إن الالتزام والسيادة أمران متناقضان فضرورة الالتزام التعاقدي يترتب عليه أن السيادة تختفي"[1]، وسعيا من المشرع الجزائري لحماية الثقة المشروعة بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي، فقد أقر ضمانات موضوعية مهمة وكفيلة بتبديد تلك المخاوف (المطلب الأول)، ونظرا للأهمية البالغة التي تحظى بها ملكية المستثمر الأجنبي والمتمثلة في مشروعه الاستثماري في حد ذاته، فعلاوة على ضمان عدم نزع الملكية، عزز المشرع الجزائري حمايته لها بتقرير التزام الدولة بالتعويض عن أي مساس بالملكية (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

نطاق الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي

أقر المشرع الجزائري من خلال الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار جملة من الضمانات لحماية الاستثمارات الأجنبية، حيث جاء الباب الثالث من هذا الأمر تحت عنوان الضمانات الممنوحة للمستثمرين، والتي تم تفصيلها في المواد من 14 إلى 17 منه، كما أضاف بعض الضمانات في أبواب أخرى من هذا الأمر، وتتنوع هذه الضمانات بين ضمانات متعلقة بمعاملة المستثمر الأجنبي (الفرع الأول) وضمانات تخص حماية المشروع الاستثماري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الضمانات المتعلقة بمعاملة المستثمر الأجنبي

أقر المشرع الجزائري من خلال الأمر 01-03 ضمانات موضوعية تتعلق بمعاملة الدولة الجزائرية للمستثمر الأجنبي، بما يبعث في نفسه الثقة ويشجعه على الإقبال على استثمار أمواله بكل ارتياح، وتتمثل هذه الضمانات فيما يلي:

[1] شوشو عاشور، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2007-2008، ص18.

أولا– مبدأ المعاملة الوطنية:

تنص المادة 14 من الأمر 01-03 على أن "يعامل الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الجزائريون في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمار".

ويؤكد المشرع الجزائري على المساواة بين المستثمرين الوطنيين والأجانب من خلال مخاطبتهم بنفس الأحكام القانونية المنظمة للاستثمار والمطبقة على الاستمارات الوطنية والأجنبية دون تمييز، حيث نصت المادة الأولى من الأمر 01-03 على أنه "يحدد هذا الأمر النظام القانوني الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات، وكذا الاستثمارات التي تنجز في إطار منح الإمتياز والرخصة".

ثانيا– مبدأ حرية الاستثمار:

حرصا من المشرع الجزائري على حرية الاستثمار فقد خصها بحماية دستورية تأكيدا على الأهمية التي يوليها للحريات الفردية، حيث نصت المادة 43 من الدستور الجزائري[1] 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".

كما أكد الأمر 01-03 على ضمان حرية الاستثمارات في إطار احترام القوانين الوطنية، والتنظيمات التي تضبط النشاطات المقننة والتي تستلزم الحصول على رخصة لممارستها، كما أولى أهمية كبيرة لحماية البيئة بمناسبة ممارسة أي نشاط استثماري، وهذا ما نصت عليه المادة 4 من قانون الاستثمار الجزائري "تنجز الاستثمارات في حرية تامة مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية البيئة".

الفرع الثاني: الضمانات المتعلقة بحماية المشروع الاستثماري

بالإضافة إلى الضمانات المتعلقة بمعاملة المستثمر الأجنبي السابق ذكرها، قدم المشرع الجزائري ضمانات لا تقل عنها أهمية في مجال حماية المشروع الاستثماري للمستثمر الأجنبي، والذي يمثل محور العملية الاستثمارية برمتها، وتتمثل هذه الضمانات فيما يلي:

أولا– شرط الثبات التشريعي:

يعد شرط الثبات التشريعي من أخطر الضمانات التي تقدما الدولة لما فيه من تنازل عن حقها في مسايرة الظروف المستجدة خاصة في عقود المدة، ويعرف الفقه شرط الثبات التشريعي بأنه "تلك النصوص التشريعية الواردة 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 العقد"[2].

[1] قانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد 14، الصادرة بتاريخ 7 مارس 2016.

[2] طارق كاظم عجيل، المرجع السابق، ص713.

وقد أقر المشرع الجزائري هذا الشرط بالمادة 15 من قانون الاستثمار والتي تنص على أنه "لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

باستقراء هذه المادة نجدها تضمنت قاعدة واستثناء، وتتمثل القاعدة في عدم تطبيق التعديلات أو الإلغاءات التي تلحق بالتشريع الذي اقترن به شرط الثبات التشريعي بالنسبة لاستثمارات معينة، على هذه الاستثمارات، بداعي مبدأ التطبيق الفوري للقانون، أما الاستثناء فهو تطبيق هذه التعديلات أو الإلغاءات على الاستثمارات المستفيدة من شرط الثبات التشريعي إذا طلب المستثمر ذلك بالتعبير الصريح عن رغبته في ذلك.

ويعيب البعض على شرط الثبات التشريعي أنه يعد تقليص في سيادة الدولة وحد من سلطتها التشريعية، إلا أن جانب من الفقه 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 تنازل من الدولة نفسها بهدف جذب الاستثمارات الأجنبية للمساهمة في التنمية[1].

فالهدف من شرط الثبات التشريعي هو 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 الاتفاق[2]، ولا يخفى على أحد أن غاية تثبيت القانون الواجب التطبيق على حالته التي كان عليها وقت التعاقد هو استقرار للرابطة العقدية، وحفظ لتوقعات الأطراف[3].

وقد تجسد شرط الثبات التشريعي عمليا في العديد من عقود الاستثمار المبرمة بين الجزائر والمستثمرين الأجانب، نذكر منها 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 جاءت مادتها السادسة تحت عنوان تغيير التنظيم، والتي نصت 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"[4].

وكذلك ما جاء في اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، والشركة الجزائرية للإسمنت "ACC" ، فبعد أن 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 01-03 المؤرخ في 20 غشت 2001"، ولئن كان هذا البند كافيا لتطبيق شرط الثبات التشريعي الذي تنص عليه المادة 15 السالفة الذكر، إلا أن الاتفاقية قد عززت التمسك بهذا

[1] لعماري وليد، المرجع السابق، ص19.

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

[3] عدلي محمد عبد الكريم ، المرجع السابق، ص161.

[4] 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 2001.

الضمان حيث نصت في مادتها السادسة بعنوان تعديل التنظيم والتشريع على أنه "طبقا للمادة 15 من الأمر 01-03 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 الملكية:

إذا كان الفقه الدولي قد استقر على أحقية الدولة في الاستحواذ على ممتلكات الأجانب الموجودة على إقليمها، وذلك إعمالا 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 وفقا لما تقتضيه قواعد القانون الدولي[2].

وتعتبر ضمانة 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 استحواذ 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 الخارج[3].

وفي سبيل ذلك نصت المادة 16 من الأمر 01-03 على أنه "لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

لعل أهم ما يمكن استخلاصه من هذا النص هو سكوت المشرع الجزائري عن الأساليب الأخرى لنزع ملكية المستثمر الأجنبي من تأميم ومصادرة، لأنه وكما رأينا سابقا فإن المشرع قد أخطأ في صياغة هذه المادة نتيجة الخلط بين مفهوم المصادرة الذي لا يترتب عليه أي تعويض، ومفهوم نزع الملكية لضرورة المنفعة العامة عن طريق قرار إداري والذي يقترن بتعويض عادل ومنصف، وهو الإجراء المقصود من هذه المادة مع تقييده بمراعاة التشريع المعمول به مستبعدا بذلك القرارات التعسفية وغير القانونية.

ويذهب البعض إلى تفسير صمت المشرع الجزائري على غرار الكثير من التشريعات المقارنة المتعلقة بالاستثمار عن ذكر التأميم والمصادرة، بأنه ضرورة يمليها 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 تعلقت في فترة السبعينات بتأميمات لازالت تثير مخاوف المستثمرين الأجانب.

---

[1] اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الجزائرية للإسمنت "ACC" ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد72 ، الصادرة بتاريخ 13 نوفمبر 2004.

[2] فؤاد محمد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص269.

[3] 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 أفريل 2011، ص563.

ثالثا– ضمان تحويل رؤوس 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 ومرتبات مستخدميه وعماله الأجانب إلى الخارج بعملة قابلة للتحويل أمرا حيويا وجوهريا لاختيار الدولة التي يستثمر أمواله فيها، بل ويكون حجم التسهيلات القانونية المتاحة في هذا الخصوص أحد العوامل الجوهرية في تفضيل دولة معينة على الدول الأخرى[1].

ويقوم الحق في تحويل رؤوس الأموال على أحكام المادة 31 من الأمر 01-03، وعلى خلاف ضمانات الاستثمار السالفة الذكر التي أدرجها المشرع الجزائري في الباب الثالث من هذا الأمر تحت عنوان الضمانات الممنوحة للمستثمرين، فقد نص على ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والمداخيل الناتجة إلى خارج البلاد ضمن الباب السادس والذي عنوانه أحكام مختلفة، حيث نصت المادة 31 منه على أن "تستفيد الاستثمارات المنجزة انطلاقا من مساهمة في رأس المال بواسطة عملة صعبة حرة التحويل يسعرها بنك الجزائر بانتظام ويتحقق من استيرادها قانونا، من ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناتجة عنه. كما يشمل هذا الضمان المداخيل الحقيقية الصافية الناتجة عن التنازل أو التصفية، حتى وإن كان هذا المبلغ أكبر من الرأسمال المستثمر في البداية".

ثم جاء النظام رقم 05-03 لبنك الجزائر والمتعلق بالاستثمارات الأجنبية[2] ليؤكد هذا الضمان، حيث نصت المادة الأولى منه "يهدف هذا النظام إلى تحديد كيفيات 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 01-03 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 01-03 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 وفقا لأحكام المادة 31 من الأمر رقم 01-03 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001 والمذكور أعلاه".

وقد أكد بنك الجزائر في النظام رقم 07-01 المؤرخ في 3 فيفري 2007 والمتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة[3]، 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:

---

[1] أماني أحمد عبد الله موسى، حوافز وضمانات 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 أفريل 2011، ص 651.

[2] نظام رقم 05-03 مؤرخ في 28 ربيع الثاني عام 1426 الموافق 6 يونيو 2005، المتعلق بالاستثمارات الأجنبية، الجريدة الرسمية العدد 53، الصادرة بتاريخ 31 يوليو سنة 2005.

[3] نظام رقم 07-01 المؤرخ في 15 محرم عام 1428 الموافق 3 فبراير سنة 2007، المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، الجريدة الرسمية العدد 31، الصادرة بتاريخ 13 مايو سنة 2007.

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

وأكدت المادة 80 من النظام ذاته على حرية تحويل إيرادات الاستثمارات الأجنبية حيث نصت على أن "ينفذ الوسطاء المعتمدون طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما التحويلات بموجب إيرادات الاستثمارات الأجنبية".

أما فيما 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".

المطلب الثاني:

تعزيز ضمان عدم نزع ملكية المستثمر الأجنبي بإقرار التعويض

إذا كان الاستثمار مرادفا لإقامة مشروع جديد في الدولة المضيفة، فإن ذلك لن يتأتى إلا بتمكين المستثمر الأجنبي من وعاء عقاري يتناسب في مساحته وموقعه مع المشروع المراد إقامته، وضمان عدم التعرض لهذا المشروع، وذلك قبل الحديث عن أية ضمانة أخرى (الفرع الأول)، ويستتبع ذلك أن المساس بملكية المستثمر الأجنبي يجعل كل الضمانات السالف ذكرها غير ذات جدوى، مما يستوجب تعزيز حماية الملكية بضمان التعويض عن كل مساس بها، وقبل المساس بها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ضمان تملك المستثمر الأجنبي لمشروعه الاستثماري وحماية ملكيته

يجب في المقام الأول وقبل الخوض في تفاصيل أي مشروع استثماري، تمكين المستثمر الأجنبي من تملك مشروعه الاستثماري (أولا) مع ضمان عدم التعرض له (ثانيا).

أولا– ضمان تملك المستثمر الأجنبي لمشروعه الاستثماري:

إن الملكية بالنسبة للمستثمر الأجنبي في تشريعات الاستثمار الحالية مرادفة للاستثمار، لأنه إذا كان إنشاء الاستثمار الأجنبي يعني بالضرورة خلق لملكية جديدة هي ملكية المشروع الاستثماري، فتكون حتما العلاقة بين الحماية القانونية للملكية العقارية أو الفكرية للمستثمر الأجنبي، وبين الحماية القانونية للاستثمار الأجنبي علاقة طردية ما دامت الحماية الأولى كافية لضمان الحماية الثانية[1].

وإدراكا من الدول الراغبة في خلق بيئة استثمارية تنافسية لأهمية تمكين المستثمرين الأجانب من العقار اللازم لإقامة المشاريع الاستثمارية، وللدور الكبير الذي يؤديه هذا الإجراء في جذب المستثمرين الأجانب، فقد أقرت العديد من الدول في تشريعاتها عدة صيغ لتمكن المستثمرين الأجانب من احتياجاتهم العقارية، ولنا في بعض قوانين الاستثمار العربية أمثلة على ذلك، نذكر منها:

[1] حسين نوارة، المرجع السابق، ص 5.

– نص قانون الاستثمار السوري لعام 2007 في المادة الثانية منه على أنه "يسمح للمستثمر بتملك واستئجار الأراضي والعقارات اللازمة لإقامة المشاريع الاستثمارية أو توسيعها ولو تجاوزت المساحة سقف الملكية المحدد في القوانين والأنظمة النافذة شريطة استخدامها حصرا لأغراض المشروع"[1].

– وأقر قانون الاستثمار السوداني في الفرع الثاني من الفصل الثالث أنه "يجوز للوزير منح المشروع الإستراتيجي وغير الإستراتيجي المحدد في اللوائح:

(أ) الأرض اللازمة للمشروع الاستثماري مجانا وبالسعر التشجيعي للمشروع غير الإستراتيجي بالتنسيق مع الجهات المعنية، من الأراضي التي تم تخطيطها بواسطة الجهات المختصة"[2].

وبالنسبة للمشرع الجزائري 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 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 1992[3].

ومر تنظيم تملك المستثمرين الأجانب للعقارات الصناعية بعدة محطات وصولا إلى صدور الأمر 01-03 الذي تم بموجبه إنشاء الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار تعويضا للوكالة الوطنية لترقية الاستثمار، 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 الامتياز[4].

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، والتي من بينها توليها لمهمة الوساطة العقارية بين ملاك العقارات والمستثمرين، حيث نصت المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 07-119[5] 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 على أنه "يتمثل نشاط الضبط بالنسبة للوكالة في المساهمة من أجل إبراز السوق العقارية الحرة الموجهة للاستثمار".

[1] وسيم حسام الدين الأحمد، قوانين الاستثمار العربية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2011، ص52.

[2] وسيم حسام الدين الأحمد، المرجع نفسه، ص110.

[3] حسين نوارة، المرجع السابق، ص12.

[4] حسين نوارة، المرجع نفسه، ص13.

[5] المرسوم التنفيذي رقم 07-119 المؤرخ في 05 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 23 أبريل سنة 2007، والمتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري، الجريدة الرسمية العدد 27، الصادرة بتاريخ 25 أبريل سنة 2007.

ثانيا– تقرير الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي:

بالنظر لمكانة الملكية الخاصة في جميع الأنظمة باعتبارها حق جامع مانع لا يجوز التعرض لها حتى من قبل الدولة إلا لأغراض النفع العام[1]، فقد تم تكريس حمايتها بموجب النصوص الدستورية تأكيدا على قدسيتها، كما أقر المشرع الجزائري هذه الحماية من خلال نصوص القانون المدني وقانون الاستثمار على النحو الذي أشرنا إليه سابقا.

وعلى غرار العديد من دساتير الدول فقد نص الدستور الجزائري[2] 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 أولا أن "الملكية الخاصة مصونة، ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها في حدود القانون"، كما نصت الفقرة ثانيا 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، وتأكيدا لإسهامها في المحافظة على الأمن الاجتماعي، ضمن حمايتها لكل فرد –وطنيا كان أو أجنبيا– ولم يجز المساس بها إلا على سبيل الاستثناء فنص في المادة 35 منه على أنه "لا يجوز التأميم إلا لاعتبارات الصالح العام وبقانون ومقابل تعويض"[4].

الفرع الثاني: الالتزام بالتعويض على نزع ملكية المستثمر الأجنبي

إن الحق في التعويض عن نزع الملكية مكفول بموجب المواثيق الدولية، كما خصته التشريعات الوطنية للدول بضمانات دستورية وأخرى قانونية على غرار ما أقره المشرع الجزائري (أولا)، غير أن إقرار التعويض يجب أن يخضع لمعايير تجعله يتناسب والضرر الذي يلحق بالمستثمر الأجنبي (ثانيا).

أولا– إقرار التعويض في المواثيق الدولية والتشريع الجزائري:

كان لمنظمة الأمم المتحدة السبق في تقرير أولى المبادئ الخاصة بالقانون الدولي للاستثمارات في مجال حماية الاستثمار الأجنبي، 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 لائحتها هذه

[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 أفريل 2011، ص 674.

[2] قانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد 14، الصادرة بتاريخ 7 مارس 2016.

[3] محمد عمر مولود، المرجع نفسه، ص 674.

[4] 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 أفريل 2011، ص614.

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 تعويضا سريعا ومناسبا وفعليا[1].

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"[2].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد كرس التعويض بنصوص دستورية وأخرى من القانون المدني وقانون الاستثمار، حيث نصت المادة 22 من الدستور[3] على أنه "لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون.

ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف".

أما المادة 677 من القانون المدني الجزائري 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".

وبالرجوع لقانون الاستثمار فقد أقرت المادة 16 منه التعويض عن نزع الملكية حيث نصت في فقرتها الثانية على أنه "يترتب على المصادرة تعويض عادل ومنصف".

ثانيا– طريقة تقدير التعويض:

لم يعد الاختلاف حاليا يدور حول إمكانية 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 كافيا وحالا وفعالا[4].

وبالنسبة لموقف المشرع الجزائري من تقدير التعويض فإنه يتفق والسياسة الوطنية المنتهجة لتشجيع الاستثمار، حيث تبنى بمناسبة الإصلاحات الاقتصادية التي عرفتها البلاد خلال التسعينات أسلوب تعويض يشمل ما فات الشخص المالك من كسب وما لحقه من خسارة، وهذا ما أقره القانون 91-11 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية[5] الذي يحدد القواعد المتعلقة

[1] علة عمر، حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 2008، ص81.

[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] قانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد 14، الصادرة بتاريخ 7 مارس 2016.

[4] عميروش فتحي، المرجع السابق، ص48.

[5] القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أبريل سنة 1991، المتعلق بقواعد نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، الجريدة الرسمية العدد 21، الصادرة بتاريخ 8 ماي 1991.

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".

كما نص المرسوم التنفيذي رقم 93-186[1] في المادة 31 على أنه "يجب أن يكون مبلغ التعويضات عادلا ومنصفا يغطي كامل الضرر الناشئ عن نزع الملكية، ويحدد استناد إلى القيمة الحقيقية للممتلكات حسب ما يستنتج من طبيعتها أو قوامها وأوجه استعمالها الفعلي من مالكها 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 العمومية".

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 الملكية[2]، حيث نصت المادة 9 من الأمر رقم 06-11 المؤرخ في 30 أوت 2006[3] 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 المحتملة".

[1] المرسوم التنفيذي رقم 93-186 المؤرخ 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 1993.

[2] حسين نوارة، المرجع السابق، ص222.

[3] أمر رقم 06-11 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، الجريدة الرسمية العدد 53، الصادرة بتاريخ 30 غشت سنة 2006.

خلاصة الفصل الأول:

في إطار السياسة الوطنية الرامية إلى النهوض بالقطاع الاقتصادي وإدراكا من المشرع الجزائري بأهمية استقطاب الاستثمار الأجنبي، فقد أقر المشرع الجزائري بموجب قانون الاستثمار جملة من الضمانات الموضوعية التي تهدف إلى بث الطمأنينة لدى المستثمر الأجنبي، وتبديد مخاوفه من المخاطر غير التجارية التي تعتبر مساسا بتوقعاته وحساباته بتغييرها للإطار القانوني الذي يحكم العقد، كما تمس بحقوقه المكتسبة من خلال نزع ملكية المشروع الاستثماري. وكل ذلك ينعكس على استقرار وتوازن للرابطة العقدية ويؤدي بها إلى الانهيار. وبذلك فإن الضمانات الموضوعية باحترامها للثقة المشروعة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، فإنها تؤدي دورا هاما في استقرار الرابطة العقدية وبالتالي استقرار المعاملات وأمن الأعمال.

الفصل الثاني:

الضمانات الإجرائية : بين القضاء الوطني وقضاء التحكيم

الفصل الثاني:

الضمانات الإجرائية : بين القضاء الوطني وقضاء التحكيم

إن التوازن الاقتصادي يعد من العناصر الهامة في العقود بصفة عامة، وتزداد أهميته في عقود الاستثمار الأجنبي بصفة خاصة، وإن هذا التوازن الاقتصادي يتأثر بفعل التغيرات في الظروف التي عاصرت العقد، والمعلوم أن عقد الاستثمار يستغرق وقتا طويلا لتنفيذه، فتلك الظروف قد تعرض هذا التوازن للانهيار أو تصيبه ببعض الخلل، مما يترتب عليه إثارة الكثير من النزاعات التي قد تكون بسبب إجراءات تتخذها الدولة، أو بفعل إخلال المستثمر بأحد التزاماته[1]، وهذا يتطلب من الدولة تقديم ضمانات إجرائية كفيلة بحل هذه النزاعات والتي تتنوع بين القضاء الوطني وقضاء التحكيم الدولي.

غير أن اختلاف مركز الدولة وأهدافها عن مراكز وأهداف الأطراف الخاصة، ينعكس على الآلية التي يرغب فيها كل طرف في تسوية نزاعاتهما، فالدولة تولي أهمية كبيرة لحريتها والحفاظ على مظاهر سيادتها في مواجهة الأطراف الأخرى عامة كانت أم خاصة، وما القضاء الوطني إلا مظهرا من مظاهر سيادتها وسبيلا لإقامة العدل على إقليمها، مما يجعله ذو اختصاص دولي في النزاعات المتعلقة بالاستثمار بينها وبين المستثمر الأجنبي (المبحث الأول)، في حين يرغب المستثمر الأجنبي في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، كمهرب من المتطلبات المتشددة للدولة وخوفا من تحيز القاضي الوطني لدولته، وقد أقر المشرع الجزائري هذه الضمانة الإجرائية لصالح المستثمر الأجنبي بموجب المادة 17 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار (المبحث الثاني).

[1] جابر فهمي عمران، الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2013، ص 388-389.

المبحث الأول:

ضوابط اختصاص القضاء الوطني بنظر النزاع بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة

تتضمن أغلبية التشريعات المتعلقة بالاستثمار النص على اختصاص محاكمها الوطنية بنظر منازعات عقود الاستثمار، وما ذلك إلا تقرير للأمر الواقع والمتمثل في سيادة الدولة على إقليمها والذي يعطي لقضائها الوطني حق الفصل في المنازعات التي تقع داخل حدودها، ويتمتع القضاء الوطني للدولة المضيفة بالاختصاص الأصلي بالفصل في منازعات الاستثمار الأجنبي (المطلب الأول)، إلا أن كون الدولة هي الخصم والحكم يثير مخاوف المستثمر الأجنبي مما يستدعي إعطاء تقييم لدور القضاء في حسم هذه المنازعات (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

الاختصاص الأصيل للقضاء الوطني بالنظر في منازعات عقود الاستثمار

يعتبر القضاء الوطني هو الجهة الأصلية المختصة بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، حيث أن تلك المنازعات سوف تنشأ داخل الدولة المضيفة للاستثمار وهو ما يعطي قضائها اختصاصا أصليا بالفصل في تلك المنازعات، وذلك في ظل غياب النظم والترتيبات الأخرى المتفق عليها[1].

ويتقرر هذا الاختصاص بناء على المواثيق الدولية (الفرع الأول) كما تنص عليه القوانين الوطنية المتعلقة بالاستثمار كما هو الحال بالنسبة لقانون الاستثمار الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اختصاص القضاء الوطني حسب قواعد القانون الدولي

تعد ممارسة سلطة القضاء أهم مظهر من المظاهر الداخلية لسيادة الدولة، لذلك تعمل الدول على إخضاع جميع ما على إقليمها من أموال عقارية كانت أم منقولة، ومن أشخاص وطنيين كانوا أم أجانب، لمحاكمها وقوانينها، فإخضاع الأجانب لقضاء الدولة يعد أمرا طبيعيا لأنهم يتمتعون بحمايتها، فيجب مقابل ذلك أن يخضعوا لقضائها، ويترتب على ذلك أن النزاع الناشئ عن تفسير أو تنفيذ عقود الاستثمار الأجنبي سوف ينعقد اختصاص النظر فيه للقضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار[2].

[1] ناصر عثمان محمد عثمان، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة 2009، ص 66.

[2] مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص455 .

ويمكن تبرير عقد الاختصاص بنظر منازعات عقود الاستثمار الأجنبي لقضاء الدولة المضيفة للاستثمار، بالطبيعة الخاصة لمنازعات عقود الاستثمار 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 أصلا بحسم المنازعات التي يمكن أن تثيرها عقودها مع المستثمرين الأجانب[1].

ومن الناحية القانونية نجد أن العديد من القرارات الدولية والتشريعات الوطنية وأيضا 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 إتباع طرق أخرى للتسوية، ومن القرارات الدولية التي أقرت اختصاص القضاء الوطني وفق ما يعرف بمبدأ استنفاذ إجراءات التقاضي الداخلية نذكر:

- القرار رقم 1803 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 14 ديسمبر 1962 الخاص بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، الذي أكد في الفقرة الرابعة منه على اختصاص القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار بالبت في كافة المنازعات التي يكون فيها التعويض المستحق عن التأميم محل الخلاف بين الدولة والمستثمر الأجنبي، حيث نصت الفقرة الرابعة من هذا القرار على أنه "على أي حال، فعندما تثير مسألة التعويض خلافا 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"[2].
- القرار رقم 29/3281 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1974 الخاص بميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية، الذي نص في المادة 2/2/(ج) منه على أنه "عندما تثير مسألة التعويض خلافا، يتم حل هذا الخلاف بمقتضى القانون الوطني للدولة المؤممة وعن طريق محاكمها، إلا إذا جرى الاتفاق المتبادل بين الدول المعنية كافة على إتباع 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 استنفاذ وسائل الإصلاح المتاحة في النظام القانوني الوطني غير مقبول على الإطلاق"[3].

ويرى الفقيه "اميراسنج" أن قاعدة استنفاذ 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 استنفاذ طرق التقاضي

[1] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2006، ص328.

[2] ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 69.

[3] 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، ص 298 .

الداخلية في نزاع استوانيا ولتوانيا عام 1939، حيث اعتبرت دفع ليتوانيا بعدم استنفاذ وسائل الإصلاح المحلية هو اعتراض مؤسس، وتأكد هذا الموقف أيضا من قبل محكمة العدل الدولية خلال بثها في النزاع بين الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا عام 1959، باعتبارها أن قاعدة استنفاذ 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 نزاع بين الولايات المتحدة الأمريكية وإيطاليا، إذ جاء في حكمها أن عدم اللجوء إلى استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية أدى إلى حرمان المحاكم الإيطالية من فرصة النظر في النزاع[1].

الفرع الثاني: ضوابط اختصاص القضاء الجزائري حسب الأمر 01-03

لقد أقر المشرع الجزائري بناءا على نص المادة 17 من قانون الاستثمار الجزائري اختصاصا أصيلا للقضاء الجزائري بنظر المنازعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي، ما لم تكن هناك اتفاقيات دولية أو اتفاق خاص على طريق آخر لحلها، وبنى هذا الاختصاص على ضابطين اثنين خطأ المستثمر الأجنبي (أولا) واتخاذ إجراء ضده من طرف الدولة الجزائرية (ثانيا).

أولا- 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 يتنصل 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 التصرفات[2]، 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 أخل بالتزاماته التعاقدية[3].

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 17 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار والتي جاء فيها "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية **يكون بسبب المستثمر** أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده، للجهات القضائية المختصة، إلا في حالة وجود ..." ، ويلاحظ أن هذا النص لم يحدد الجهات القضائية المختصة، وإنما ترك ذلك للقواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تحدد الاختصاص الإقليمي والنوعي.

---

[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 Émirats arabes Unies - Faculté de droit, du 25 au 27 Avril 2011. p162.

[3] جابر فهمي عمران، المرجع السابق، ص 397.

ومن أمثلة الأخطاء التي تكون بسبب المستثمر الأجنبي نذكر منازعة الاستثمار بين حكومة الكاميرون وشركة (Klockner) ، وتتلخص 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، وعللت 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 وفقا لدراسة الجدوى التي أعدتها الشركة عام 1971 أكدت بأن المصنع سيكون قادرا 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 الملومات 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 الاستثماري[1].

ثانيا: اختصاص القضاء الجزائري المبني على إجراء اتخذته الدولة ضد المستثمر الأجنبي

إضافة إلى ضابط الاختصاص المبني على خطأ المستثمر الأجنبي هناك ضابط آخر أقرته المادة 17 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، وهو ضابط الاختصاص المبني على إجراء اتخذته الدولة الجزائري ضد المستثمر الأجنبي، حيث نصت المادة 17 سالفة الذكر على أنه "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو **بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده**، للجهات القضائية المختصة، إلا في حالة وجود ...".

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 بدءا من الدستور، حيث نصت المادة 22 من الدستور الجزائري[2] 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 القانون المدني الجزائري[3] 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

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

[2] قانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد 14، الصادرة بتاريخ 7 مارس 2016.

[3] الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

نقل الملكية والكيفية التي يتم بها التعويض يحددها القانون"، ولم يشد قانون الاستثمار 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 ملاحظته من خلال هذه النصوص القانونية التي أجاز فيها المشرع الجزائري اتخاذ إجراء نزع الملكية، أنها تشترك جميعها في تقييد هذا الإجراء بوجود مصلحة كافية لذلك وأن لا يتم إلا وفقا للقانون، مع وجوب تقديم التعويض العادل والمنصف للطرف المتخذ ضده هذا الإجراء.

غير أن المستثمر الأجنبي الذي يكون عرضة لإجراء نزع ملكيته قد يرى أن قيمة التعويض الذي حصل عليه أقل من القيمة الحقيقية للأملاك التي أخذت منه، والحال هذه فما عليه إلا التوجه إلى القضاء الجزائري المختص للمطالبة بإعادة النظر في قيمة التعويض المستحق، وفقا لضابط الاختصاص الذي أقرته المادة 17 من قانون الاستثمار الجزائري.

وتأييدا لاختصاص قضاء الدولة المضيفة للاستثمار بالنظر في الدعاوى المقامة من المستثمر الأجنبي المتضرر من إجراءاتها السيادية، يرى الأستاذ حامد سلطان أنه من غير العدل 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 الالتجاء 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 الدوليين[1].

المطلب الثاني:
تقييم دور القضاء الوطني في حل منازعات عقود الاستثمار الأجنبي

يذهب بعض رجال القانون إلى أن المشرع الجزائري حين قرر ضوابط الاختصاص القضائي الدولي في قانون الاستثمار لم يخرج عن القواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولم يتعرض لمنازعات المستثمرين الأجانب مع المتعاملين الآخرين (الفرع الأول) كما تنسب للقضاء الوطني عيوبا تثير مخاوف المستثمرين الأجانب (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاختصاص القضائي لمنازعات المستثمرين الأجانب مع المتعاملين الآخرين

إن قوانين الاستثمار في الجزائر تقرر الأحكام والضمانات العامة للحماية، فنصت المادة 1/4 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار على استفادة المستثمر من الحماية والضمانات المنصوص عليها في القوانين والتنظيمات المعمول بها، كما نصت المادة 14 من الأمر ذاته على مساواة المستثمر الأجنبي الطبيعي أو المعنوي بالمستثمر الوطني في المعاملة وفي الحقوق والواجبات المتعلقة بالاستثمار، ونصت المادة 17 على أن كل نزاع يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية، إما بفعل المستثمر وإما نتيجة

[1] كعباش عبد الله، المرجع السابق، ص299.

إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده يكون من اختصاص المحاكم المختصة، إلا إذا كانت هناك اتفاقية ثنائية خاصة بالتحكيم أو الصلح[1].

ويرى الدكتور الطيب زروتي أنه رغم هذه الضمانات الخاصة، إلا أن الأحكام الواردة في المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تشكل تطبيقا للقاعدة العامة في الاختصاص بمعنى ضرورة أن يكون أحد الطرفين جزائريا، إن هذا القانون لا يعالج صراحة الاختصاص القضائي لمنازعات المستثمرين مع المتعاملين الآخرين، ولاسيما الأشخاص الخاصة، وإنما يتعلق بالمنازعات بين المستثمر والسلطات العامة.

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

غير أن القضاء الجزائري قد تدخل لسد هذا النقص التشريعي وقد تأكد ذلك بحكمين قضائيين شهيرين[2]:

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 دعاواهم 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) موطنا 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".

الفرع الثاني: عيوب القضاء الوطني الناظر في منازعات الاستثمار

إن العيوب التي تنسب للقضاء الوطني الناظر في منازعات الاستثمار بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي يمكن مناقشتها من زاويتين مختلفتين، الأولى حيادية تحدد عيوب القضاء الوطني من خلال المعطيات الواقعية والفعلية (أولا)، والأخرى تسوقها الدول الغربية والشركات المتعددة الجنسيات لسلب الاختصاص من القضاء الوطني لدول العالم الثالث وإجبارها على اللجوء إلى التحكيم (ثانيا).

[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.

أولا– عيوب القضاء الوطني من وجهة نظر محايدة:

تنص العديد من التشريعات المتعلقة بالاستثمار على أن قضائها الوطني هو الجهة الأصلية المختصة بالفصل في النزاعات التي تنشأ بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، ومن بين هذه التشريعات نجد قانون الاستثمار الليبي رقم 5 لسنة 1997 والذي نص في مادته 24 على أنه "يعرض أي نزاع ينشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة إما بفعل المستثمر أو نتيجة لإجراءات اتخذتها ضده الدولة على المحاكم المختصة في الجماهيرية إلا إذا كانت هناك اتفاقية ثنائية بين الجماهيرية والدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي أو اتفاقيات متعددة الأطراف تكون الجماهيرية والدولة التي ينتمي إليها المستثمر طرفين فيها تتضمن نصوصا متعلقة بالصلح أو التحكيم أو اتفاق خاص بين المستثمر والدولة ينص على شرط التحكيم"[1]، وهذا النص يوافق المادة 17 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار.

وهناك من الدول من ذهبت أكثر من ذلك وقررت أن القضاء الوطني هو الجهة المختصة حصرا بنظر منازعات الاستثمار بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة ومنها قانون الاستثمار الكويتي رقم 8 لسنة 2001، الخاص بتنظيم الاستثمار الأجنبي المباشر لرأس المال الأجنبي في الكويت والذي نص في مادته 6 من الفصل السادس على أنه "تكون المحاكم الكويتية وحدها هي المختصة بنظر أي نزاع ينشأ بين مشروعات الاستثمار الأجنبي والغير أيا كان"[2].

غير أن هذا المبدأ الذي يجعل الاختصاص لقضاء الدولة المضيفة لم يحظ بالقبول لدى المستثمرين الأجانب، الذين يرغبون في إتباع طرق بديلة لحل نزاعاتهم مع الدول المضيفة، ويرجع ذلك إلى عدة أسباب أهمها:

1- اختلاف المراكز القانونية لأطراف النزاع يجعل من الصعب المساواة بينهما، حيث أن أحد الطرفين هو الدولة المضيفة للاستثمار وهي من أشخاص القانون الدولي العام تتمتع بالسيادة والسلطة، والطرف الثاني هو شخص من أشخاص القانون الخاص.

2- الشك في حيدة القضاء الوطني حيال دعاوى تكون دولته طرفا فيها في مواجهة طرف أجنبي، وذلك لأن قضاة الدولة مهما بلغت موضوعيتهم وحيدتهم فإنه لا يمكنهم التخلص من وجهة نظر دولهم، وخاصة حينما يتعلق الأمر بالاقتصاد الوطني للدولة التي ينتمون إليها.

3- طول مدة الفصل في النزاعات المعروضة على القضاء بسبب بطء الإجراءات القضائية، بالإضافة إلى تعدد درجات التقاضي، وذلك لا يتناسب مع طبيعة منازعات الاستثمار التي تتطلب السرعة في حسم منازعاتها، لأن الخلاف قد يرد على مسائل تستدعي سرعة الفصل فيها لكي لا تزداد خسائر الأطراف.

4- افتقار محاكم الدولة إلى الخبرة الفنية اللازمة لحل بعض منازعات الاستثمار، حيث لا تكون المحاكم متخصصة دائما في المواضيع التي تتطلب إلماما كبيرا بموضوع العقد وما يتصل به من مسائل قانونية، يضاف إليه جهل المستثمر الأجنبي للقانون الوطني للدولة المضيفة والذي يكون القاضي ملزما بتطبيقه.

[1] وسيم حسام الدين الأحمد، قوانين الاستثمار العربية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2010، ص 49-50.
[2] ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 68-69.

5- خشية المستثمر الأجنبي من استعمال الدولة لمبدأ الحصانة، والذي يحول دون نظر المحاكم في التصرفات التي تصدر عن سلطات الدولة والتي تخرج عن رقابة القضاء.

ثانيا: عيوب القضاء الوطني من وجهة نظر الشركات المتعددة الجنسيات:

يمكننا استخلاص وجهة نظر الدول الغربية والشركات متعددة الجنسيات التي تدين لها بالولاء من خلال تحليل التعريف التالي:

"التحكيم يقصد به في الأساس منع القضاء الوطني في الدول النامية من نظر منازعات عقود التنمية الاقتصادية، وذلك لأن لا يتعرض المستثمر الأجنبي والشركات العملاقة والتي تعتبر طرفا هاما في عقود الاستثمار إلى تطبيق القوانين الوطنية، الذي يؤدي إلى انحياز القاضي الوطني بما تقتضيه مصالح وطنه الاقتصادية، والقضاء بذلك الانحياز يهدد مصالح المستثمر"[1].

إن هذا التعريف الذي أريد به تعريف الاستثمار، إنما هو بالأساس طعن في مصداقية القضاء الوطني للدول النامية، أكثر منه تعريفا للتحكيم الذي هو وبإجماع الفقهاء طريق بديل لحل النزاعات يقوم على إرادة الأطراف لا على الطعن في مصداقية قضاء هذه الدولة أو تلك.

فهذا التعريف يعبر عن نظرة الفقه الغربي الذي ينادي بتدويل العقود المبرمة بين الشركات المتعددة الجنسيات والدول النامية للإفلات من القوانين الوطنية لهذه الدول، حرصا منه على مصالح الدول الغربية التي لا تزال تعتبر دول العالم الثالث مستعمرات متخلفة، ويعكس ذلك اعتباره التحكيم منع للقضاء الوطني من أداء دوره السيادي وليس بديل إرادي باتفاق الأطراف، كما أنه يعتبر انحياز القضاء الوطني للدول النامية هو القاعدة وهو الغالب الراجح الوقوع، وليس فقط مجرد استثناء قد يحدث لنقص الخبرة أو التأهيل لدى بعض القضاة.

فالقول بأن هناك مخاوف تنتاب المستثمر الأجنبي والشركات المتعددة الجنسيات من تحيز القضاء الوطني للدول المضيفة للاستثمار سيكون مقبولا، لكن الجزم بخرق قضاء دول العالم الثالث للمبادئ الأساسية للتقاضي هو تشكيك في مصداقية القضاء الوطني لهذه الدول، وتبرير غير مقبول لفرض التحكيم كوسيلة لحل منازعات عقود الاستثمار على دول العالم الثالث تحت ضغط العزوف عن الاستثمار فيها ورهن التنمية الاقتصادية فيها.

[1] فؤاد محمد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص7.

المبحث الثاني:
التحكيم الدولي كضمانة 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، ومرد ذلك رغبة 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 في الموضوع والإجراءات التي يتم إتباعها، واختيار المحكمين ومكان التحكيم ولغته[1].

وقد ساير المشرع الجزائري هذا التطور بمناسبة التحولات الاقتصادية الكبرى التي عرفتها البلاد في تسعينيات القرن الماضي، وفي إطار السياسة الوطنية الرامية إلى جذب الاستثمار الأجنبي أقر المشرع الجزائري ضمانة اللجوء إلى التحكيم الدولي كبديل عن القضاء متى تراضى عليه الطرفان المتعاقدان –الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي– (المطلب الأول) ، وربط اللجوء إليه بإتباع الطرق المقررة قانونا لذلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول:
التحكيم قضاء بديل لحل منازعات الاستثمار الأجنبي

لم يعتمد المشرع الجزائري التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لحل المنازعات إلا سنة 1993 غداة 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"، أما قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد فخصص الفصل السادس من الكتاب الخامس (المواد من 1039 إلى 1061) للتحكيم التجاري الدولي، كما أكد الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار على التحكيم الدولي كأسلوب لتسوية الخلافات بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية.

لذا سنقف بداية على التحكيم المقصود من المشرع الجزائري بخصوص منازعات الاستثمار (الفرع الأول) ثم على الشروط التي قررها للجوء إليه (الفرع الثاني).

[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 أفريل 2008، ص 739.

الفرع الأول: التحكيم المقصود من طرف المشرع الجزائري

إن التحكيم المقصود في النزاعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي هو التحكيم التجاري الدولي وإن لم يشر إليه النص صراحة، إلا أننا وبالرجوع إلى الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، نجد أن المادة 1039 منه تنص على أنه: "يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

فالمشرع الجزائري من خلال نص هذه المادة قد تبنى موقفا وسطيا يجمع بين المعيارين الاقتصادي والقانوني لدولية التحكيم التجاري بطريقة فذة وجديدة، حيث اعتمد على المعيار الاقتصادي من خلال اعتماد مصطلح "المصالح الاقتصادية" فهذا الأخير بخلاف الصفة التجارية يمكنه أن يشمل العديد من العلاقات الدولية الخاصة **كالاستثمار**، كما اعتمد المشرع المعيار القانوني من خلال مصطلح "لدولتين على الأقل" وهو ما يشمل تعدد الدول والجنسيات والإقامات[1].

ويتأكد دخول الاستثمار ضمن "المصالح الاقتصادية" للدولة بما نصت عليه المادة الأولى من الأمر 01-03 والتي جاء فيها "يحدد هذا الأمر النظام القانوني الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات"، فالاستثمار يهدف بالدرجة الأولى إلى تحقيق المصالح الاقتصادية للدولة كمضيفة للاستثمار، من حيث توفير السلع والخدمات وخلق مناصب الشغل وإحداث التنمية الشاملة للبلاد بناءا على حركة رأس المال دخولا من الخارج، كما أن ضمان حرية تحويل عائدات المشروع الاستثماري نحو الخارج، يستجيب للمعيار الاقتصادي الذي يقوم على حركة رؤوس الأموال عبر الحدود.

وبالنسبة للمشرع المصري فقد كان واضحا وصريحا في إخضاع العلاقات القانونية ذات الطابع الاقتصادي للتحكيم التجاري، حيث نصت المادة 2 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 على أنه "يكون التحكيم تجاريا في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، عقدية أو غير عقدية، ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية، عقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح 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 النووية)[2].

من خلال هذه المادة، يتضح أن المشرع المصري تبنى المعيار الحديث لتحديد تجارية العمل، بنصه على أن التحكيم يكون تجاريا 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 التجاري[3].

[1] زرقون نور الدين، تنفيذ السندات الأجنبية، مطبوعة مقدمة لطلبة السنة أولى ماستر ل.م.د، تخصص قانون العلاقات الدولية الخاصة، جامعة ورقلة، السنة الجامعية 2013-2014، ص70.

[2] فؤاد محمد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص128-129.

[3] فؤاد محمد محمد أبو طالب، المرجع نفسه، ص192.

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-Schactbau-und-Tiefbohrgesellschaft 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 طبقا لقواعد التحكيم المعمول بها في مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة ويعتبر قرار المحكمين ملزما ونهائيا للطرفين ويتم التحكيم باللغة الإنجليزية وتطبق أحكام القانون المصري"[1].

الفرع الثاني: شروط اللجوء إلى التحكيم لحل منازعات الاستثمار

يمكننا التمييز بين حالتين نص عليهما الأمر 01-03 الأولى تحكمها القواعد العامة المقررة بالنصوص المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري (أولا) ، أما الحالة الثانية فتحيل إلى الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف التي أبرمتها الجزائر والمتعلقة بالاستثمار، ولما كانت الاتفاقيات المصادق عليها تسمو على التشريع، فإن الإجراءات المقررة بموجبها هي الواجبة الإتباع في هذه الحالة (ثانيا).

أولا– حالة وجود اتفاق التحكيم:

يعرف 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 التحكيم[2].

غير أن المشرع الجزائري فرق بين نوعي الاتفاق على التحكيم من خلال مواد قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وخصص لكل نوع أحكامه.

[1] بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، ص35.

[2] حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2010، ص117.

1- شرط التحكيم:

عرف المشرع الجزائري شرط التحكيم من خلال نص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[1] 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".

فلكي نكون بصدد 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 مؤخرة المحرر أو الورقة المدون بها أحكام العقد، أما الصورة الثانية فيرد فيها شرط التحكيم في اتفاق مستقل عن العقد أو المعاملة الأصلية[2].

ويجب أن يستوفي شرط التحكيم الشروط الشكلية التي حددتها المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، 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 كيفيات تعيينهم".

وعليه فإن الشروط الشكلية لصحة شرط التحكيم هي شرط الكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في وثيقة ملحقة بها، والشرط الآخر هو تعيين المحكم أو المحكمين الذين سيتولون الفصل في النزاع، وإلا فتحديد كيفيات تعيينهم.

2- مشارطة التحكيم:

عرف المشرع الجزائري مشارطة التحكيم من خلال تعريف اتفاق التحكيم حيث نص في المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أن "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم".

فمشارطة التحكيم هي اتفاق أطراف العلاقة القانونية على تسوية ما ثار بينهم من منازعات بشأن هذه العلاقة بواسطة التحكيم، فلا يتم الاتفاق على مشارطة التحكيم إلا بعد نشوء النزاع، ووقوع الخلاف بين أطراف العلاقة القانونية، ولا يتم اللجوء إلى مشارطة التحكيم إلا إذا خلا العقد من شرط التحكيم، وهذا يترتب عليه تحرير مشارطة التحكيم في مستند مستقل عن العقد الأصلي لأنها تأتي بعد تحرير العقد ونشوب النزاع بشأن تفسيره أو تنفيذه[3].

---

[1] القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21، الصادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.

[2] لزهر بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص50.

[3] لزهر بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، المرجع نفسه، ص51.

ويشترط لصحة مشارطة التحكيم توفر بعض الشروط الشكلية تتمثل في وجوب أن تحرر كتابة، وأن تتضمن موضوع النزاع من خلال تحديد الوقائع المنتجة بدقة وهذا يقربها من عريضة الدعوى حيث يجب أن تتضمن نقاط الخلاف بين الأطراف[1]، إضافة إلى ذكر أسماء المحكمين الذين سيعهد إليهم الفصل في النزاع، وفي حال عدم تعيين المحكمين فيجب أن يشار في مشارطة التحكيم إلى كيفية تعيينهم، كأن يشار إلى تعيينهم وفقا للإجراءات التي يتبعها مركز تحكيمي معين.

وهذا وفقا لأحكام المادة 1012 التي تحدد الشروط الشكلية لمشارطة التحكيم حيث تنص على أنه:

"يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا.

يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم".

ثانيا– حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف:

كفل المشرع الجزائري للمستثمرين الأجانب الذين أبرمت دولهم اتفاقات ثنائية أو متعددة الأطراف مع الجزائر، حق اللجوء إلى التحكيم وفقا للإجراءات التي تحددها هذه الاتفاقيات، حيث نصت المادة 17 من الأمر 01-03 على أنه "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده، للجهات القضائية المختصة، **إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم**".

وإن المتتبع للتطور التاريخي للأحكام التي يصدرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من حيث الرضا 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 الاعتداد بالاتفاق المبرم بين الأطراف لأجل عرض نزاعهم على 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 سالفة الذكر، إذ لم تعد تشترط وجود اتفاق تحكيم مباشر بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، بل أصبحت تكتفي بوجود نص من قانون الاستثمار للدولة المضيفة أو بند في اتفاقية الاستثمار الثنائية أو المتعددة الأطراف يشير إلى تحكيم المركز[2].

وقد ذهبت هيئة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار إلى اعتبار إدراج الدولة لنص في قانون الاستثمار يشير إلى تحكيم المركز، يعد تصريح إنفرادي ملزم للدولة المضيفة تطبق 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 الدولية[3].

[1] لزهر بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص51.

[2] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي، ط1، دار وائل، عمان 2013، ص 164.

[3] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع نفسه، ص 173.

فمن وجهة النظر هذه يعتبر نص المادة 17 من قانون الاستثمار الجزائري المذكور أعلاه، بمنزلة عرض أو إيجاب عام من قبل الدولة بتحكيم المركز، وإن قبل المستثمر هذا الإيجاب عدت الموافقة متبادلة، وعد المركز مختصا بنظر النزاع، ويعتبر هذا النص أقل وضوحا في دلالته على موافقة الدولة على تحكيم المركز مقارنة بنصوص قوانين الاستثمار لبعض الدول، نذكر منها المادة 2/8 من قانون الاستثمار الألباني لسنة 1993[1].

غير أن المشرع الجزائري بنصه الصريح في ديباجة الأمر رقم 01-03 على ثلاثة اتفاقيات تعد ركيزة التعامل والحماية المقررة للاستثمارات الأجنبية[2]، ومن بينها اتفاقية واشنطن لعام 1965 المنشئة للمركز، حيث جاء في الديباجة:

- وبمقتضى الأمر رقم 95-04 المؤرخ في 19 شعبان عام 1415 الموافق 21 يناير سنة 1995 والمتضمن الموافقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى.

إن الاستناد إلى هذا المقتضى في إعداد قانون الاستثمار يعبر عن الأهمية التي يوليها المشرع الجزائري لاتفاقية واشنطن سالفة الذكر، ومن ثمة للمركز الدولي لحل منازعات الاستثمار، ويمكن أن يفسر ذلك بأنه إيجاب صريح بتحكيم المركز.

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[3]، وتعد الجزائر من الدول التي تعتمد على الاتفاقات الثنائية لاستقطاب الاستثمار الأجنبي، ومن بين الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر والمتضمنة لشرط التحكيم أمام المركز نذكر:

الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات[4] 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 النزعات 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 للاستثمارات[5]، 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 168.

[2] علة عمر، المرجع السابق، ص99.

[3] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع نفسه، ص 165.

[4] المرسوم الرئاسي 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 المتعلق بهما الموقعين في مدينة الجزائر في 13 فبراير 1993، الجريدة الرسمية العدد 01 الصادرة بتاريخ 2 جانفي 1994.

[5] المرسوم الرئاسي رقم 03-121 المؤرخ في 14 محرم عام 1424 الموافق 17 مارس سنة 2003، المتضمن التصديق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الشعبية وحكومة جمهورية السودان حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة بالجزائر في 8 شعبان عام 1422 الموافق 24 أكتوبر سنة 2001، الجريدة الرسمية العدد 20، الصادرة بتاريخ 23 مارس 2003.

(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 تعتبر تعبيرا صريحا عن توجه جديد نحو تكريس التحكيم الدولي دون الحاجة لوجود شرط التحكيم أو مشارطة 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 تعهدا 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 ملزما له، ففي هذه الحالة يعد تعهد الدولة المضيفة للاستثمار بمثابة اشتراط لمصلحة الغير لا ينتج أثره ولا يتحول إلى رضا إلا بقبول المستثمر له[1].

المطلب الثاني:
طرق اللجوء إلى التحكيم حسب الأمر 01-03

حدد المشرع الجزائري من خلال المادة 17 من الأمر 01-03 طريقتان لاستفادة المستثمر الأجنبي من ضمانة التحكيم الدولي، الأولى تستند إلى وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف في مجال الاستثمار بين دولة المستثمر الأجنبي والجزائر (الفرع الأول)، والثانية تحيل إلى القواعد العامة المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تقوم على وجود اتفاق على التحكيم (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اللجوء إلى التحكيم بناءا على اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف

تنص المادة 17 من الأمر 01-03 على أن "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده، للجهات القضائية المختصة، **إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم**، أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص".

[1] 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 أفريل 2011، ص1488.

تلجأ الدول في سبيل تعزيز العلاقات الاقتصادية فيما بينها إلى الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف التي تهدف إلى التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الأطراف المتعاقدة، وقد أبرمت الجزائر العديد من الاتفاقيات الثنائية بشكل خاص في مجال الاستثمار، لما يميز الاتفاقيات الثنائية من تحقيق التقارب في وجهات النظر بين أطرافها مقارنة بالاتفاقيات المتعددة الأطراف التي تختلف فيها طموحات الأطراف مما يصعب الوصول إلى إجماع حولها، وقد تجاوز عدد الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالاستثمار التي أبرمتها الجزائر الأربعون (40) اتفاقية، وما يميز هذه الاتفاقيات هو اشتراكها في إدراج مواد تتعلق بتسوية المنازعات التي تنشأ بين دولة متعاقدة مضيفة للاستثمار ومستثمر تابع للدولة المتعاقدة الأخرى، فيما يتعلق باستثمار يعود للأخير في إقليم الدولة المضيفة للاستثمار.

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 أفريل 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 اختصار بالإكسيد (ICSID) ، وقد تجاوز عدد الدول المنضمة إلى هذه الاتفاقية 150 دولة[1].

وبنص المشرع الجزائري في المادة 17 من الأمر 01-03 على استبعاد الاختصاص الأصيل للقضاء الوطني متى وجدت اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف، بنصه على أنه "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده، للجهات القضائية المختصة، **إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم**"، فإنه قد أعطى ضمانة قوية للمستثمرين الذين ينتمون إلى دولة تربطها بالجزائر اتفاقية من هذا القبيل، إذ أنه يحيل الأطراف إلى الأحكام التي تقرها هذه الاتفاقية من أجل حل النزاعات المتعلقة بالاستثمار، فمتى تضمنت الاتفاقية خيار التحكيم لحل هذه النزاعات فسيكون ملزما للدولة المتعاقدة أن تذهب إليه 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 تتقرر على ضوء اتفاق التحكيم استبدلت بالاتفاق غير المباشر بين الدولة المضيفة للاستثمار ودولة المستثمر 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 ضمانة لصالح المستثمر الأجنبي إلى سلطة انفرادية في يده تمس بسيادة الدولة المضيفة، وتنعكس سلبا على ربط التحكيم بوجوب اتفاق الأطراف عليه[2].

---

[1] براغثة آمنة و العقون نريمان، تسوية منازعات الاستثمار أمام المركز الدولي لواشنطن، مذكرة ماستر فرع قانون الأعمال – النظام القانوني للاستثمار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، السنة الجامعية 2013-2014، ص2.

[2] بن علي بن سهلة ثاني، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء نظام التحكيم غير الإتفاقي، 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 أفريل 2011، ص1331.

فإذا كان انعقاد الاختصاص لهيئات التحكيم يتوقف على اتفاق أطراف العلاقة التجارية الدولية على ذلك بموجب شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم، فإن الاتجاه الحديث في عقود الاستثمار الدولي لم يعد يشترط ذلك الاتفاق حيث بات يكتفي أن يتضمن الاتفاق بين الدول اختصاص هيئات التحكيم بالفصل في النزاعات التي تثور بين إحدى هده 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 وبيرتولد جولدمان وصامويل اسينت، حق أحد أشخاص القانون الخاص الإحالة على التحكيم دون اشتراط وجود شرط تحكيم أو مشارطة تحكيم، في حالة وجود اتفاق استثمار ثنائي يسمح بذلك[1].

وبالرجوع إلى بعض الاتفاقيات الثنائية التي صادقت عليها الجزائر حول التشجيع والحماية المتبادلتين للاستثمارات، نجدها تتفق 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 وجد داع لذلك، نذكر منها الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات[2]، 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 الإيرانية[3]، 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.

[1] بن علي بن سهلة ثاني، المرجع السابق، ص1334.

[2] المرسوم الرئاسي رقم 97-103 مؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1417 الموافق 5 أبريل 1997، المتضمن 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، الجريدة الرسمية العدد 20 الصادرة بتاريخ 6 أبريل 1997.

[3] المرسوم الرئاسي رقم 05-07 المؤرخ في 26 فبراير 2005، المتضمن التصديق على الاتفاق حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإسلامية الإيرانية، الموقع بطهران في 19 أكتوبر 2003، الجريدة الرسمية العدد 15 الصادر في 27 فبراير 2005.

(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 (د.س) 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)".

وتجدر بنا الإشارة أنه ليس هناك ما يمنع الأطراف في هذه الحالة من النص على شرط التحكيم بمناسبة إبرامهم لعقد الاستثمار، كما يمكنهم الاتفاق على مشارطة التحكيم بعد قيام النزاع بينهم، وإن لم يتم الاتفاق على التحكيم فإن حق المستثمر الأجنبي في اللجوء إليه يبقى مكفولا بموجب الاتفاقية التي تقرره.

الفرع الثاني: اللجوء إلى التحكيم بناءا على اتفاق خاص

إذا كانت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار تضمن للمستثمر الأجنبي الذي ينتمي إلى إحدى الدول المتعاقدة مع الجزائر، الحق في اللجوء إلى التحكيم للفصل في نزاعاته العقدية مع الجزائر بغض النظر عن وجود اتفاق تحكيم من عدمه، فإن المشرع الجزائري وتكريسا لمبدأ المساواة في المعاملة بين المستثمرين، فقد جعل التحكيم ضمانة إجرائية يستفيد منها جميع المستثمرين الأجانب على قدم المساواة، وما الاختلاف إلا في الشروط المطلوبة من المستثمر الذي ينتمي لدولة لا تربطها بالجزائر اتفاقيات في مجال الاستثمار عن تلك المطلوبة من ذلك الذي ينتمي لدولة متعاقدة مع الجزائر.

حيث تنص المادة 17 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم على أنه "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده، للجهات القضائية المختصة، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، **أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص**".

فهذه المادة في فقرتها الأخيرة تقرر للمستثمر الأجنبي ضمان اللجوء إلى التحكيم بناءا على الاتفاق بينه وبين الدولة الجزائرية على ذلك، محيلة بذلك على الإجراءات التي تقررها القواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنظم شروط اتفاق التحكيم، والتي تستوجب وجود شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم ، واستيفاء الشرط أو المشارطة لشروط صحتها التي سبق ذكرها تحت طائلة البطلان وإلا فقد المستثمر الأجنبي حقه في اللجوء إلى التحكيم التجاري، وحتى ولو تمكن من استصدار حكم تحكيمي بناءا على اتفاقية باطلة لعدم توفر الشروط المطلوبة، فإن الأمر القاضي بالاعتراف به أو تنفيذه سيكون معرض للطعن فيه وفقا لما تنص عليه المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[1] "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية:

[1] قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21، الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.

1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناءا على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية".

ويكون للأطراف اختيار أحد أنواع التحكيم وفقا 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 الخاصة[1].

كما يمكنهم اختيار التحكيم النظامي الذي يعهد به إلى هيئة، أو منظمة، أو مركز من هيئات أو منظمات أو مراكز التحكيم الدائمة، والذي يتم وفقا لإجراءات وقواعد موضوعة سلفا تحددها الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لهذه الهيئات، وتتولى هذا النوع من التحكيم هيئات دولية أو وطنية، مختصة بمجال منازعات التجارة الدولية والاستثمار[2].

[1] فؤاد محمد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص58.

[2] فؤاد محمد محمد أبو طالب، المرجع نفسه، ص59.

خلاصة الفصل الثاني:

من خلال ما سبق نخلص إلى أن المشرع الجزائري قد أقر الاختصاص الأصيل للقضاء الجزائري بالنظر في المنازعات المتعلقة بالاستثمار وربطه بعدم وجود اتفاق على التحكيم أو اتفاقية دولية أبرمتها الجزائر تحيل إليه، وقد نص صراحة في المادة 17 من قانون الاستثمار على ضابطين للاختصاص الأول مبني على اتخاذ إجراء ما من طرف الدولة الجزائرية ضد المستثمر الأجنبي، والثاني مبني على خطأ المستثمر الأجنبي، أما بالنسبة لاختصاص المحاكم الجزائرية بالنظر في النزاعات الناشئة بين المستثمرين الأجانب والمتعاملين الآخرين فلا يوجد نص قانوني بشأنها، غير أن الاجتهاد القضائي كان قد أقر هذا الاختصاص في مناسبات سابقة، ورغم كل هذه المساعي في تقرير ضمانة التقاضي أمام المحاكم الوطنية إلا أن المستثمرين الأجانب يتخوفون من القضاء الوطني ويفضلون اللجوء إلى التحكيم الدولي. وقد أقر المشرع الجزائري ضمان اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي متى كان هناك اتفاق بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي على ذلك، ويقوم هذا الأسلوب الذي أصبح ينظر إليه على أنه تقليدي على إرادة الأطراف واختيارهم، أما الأسلوب الحديث فقد قيده المشرع الجزائري بوجود معاهدة أبرمتها الدولة الجزائرية وتم فيها النص على خيار التحكيم، إذ يكفي في هذه الحالة أن يبلغ المستثمر الأجنبي الذي ينتمي لدولة متعاقدة الدولة الجزائرية عن نيته في اللجوء إلى التحكيم بموجب الاتفاقية ليعتبر الاتفاق قد تم.

الخـــــاتمـــــــــــــــة

الخـــــــاتمـــــــة:

من خلال بحثنا في موضوع الضمانات التشريعية في عقود الاستثمار الأجنبية، انتهينا إلى أن هذه العقود عادة ما يختل فيها التوازن لصالح الدولة المضيفة للاستثمار على حساب المستثمر الأجنبي، وذلك بسبب تدخل الدولة في تغيير بعض الشروط العقدية بإرادتها المنفردة، الشيء الذي يتنافى واحترام الدولة لالتزاماتها التعاقدية كما يتنافى وحسن النية في تنفيذ الالتزامات، مما ينعكس سلبا على التوقعات والنتائج التي ينتظرها المستثمر الأجنبي، والمبنية على الشروط المتفق عليها بموجب عقد الاستثمار من جهة وعلى النصوص القانونية السارية المفعول وقت التعاقد من جهة أخرى.

ولتفادي هذا الوضع الذي لا يمت بصلة لدولة القانون، أقر المشرع الجزائري مجموعة من الضمانات الموضوعية التي تهدف لتحقيق استقرار الرابطة العقدية من خلال حماية مشروعية التوقع بالدرجة الأولى، وهذا ما يتأكد من كون المخاطر المضمونة تنشأ بعد إبرام العقد مما يجعل دور الضمان يرتكز على المحافظة على الوضع القائم وقت التعاقد، وحتى لا تكون الضمانات المقررة للحفاظ على استقرار العقد مجرد نصوص قانونية، فإن المشرع الجزائري قد أعطى ضمانات إجرائية تتيح للمستثمر الأجنبي استيفاء حقه عن كل مساس بالعقد أو اعتداء على مشروعه الاستثماري، وذلك بعرض النزاع أمام القضاء الجزائري المختص كأصل، أو باللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي متى وجد اتفاق بين الأطراف أو معاهدة أبرمتها الدولة الجزائرية تنص على التحكيم.

وبإقراره لهذه الضمانات التشريعية فإن المشرع الجزائري يكون قد هيأ بيئة قانونية في مستوى تطلعات المستثمرين الأجانب، ويبقى على الجهات التي تتعاقد باسم ولحساب الدولة الجزائرية ولأجل الموازنة بين ما تمنحه من ضمانات وما ينبغي أن تحصل عليه من مصالح، أن تحسن اختيار المشاريع الاستثمارية التي تتعاقد بشأنها، وذلك بانتقاء المشاريع التي تشكل إضافة حقيقية للاقتصاد الوطني بما يستجيب للدفع بعجلة التنمية والحد من ظاهرة البطالة وتنويع الاقتصاد الوطني للتحرر من التبعية للمحروقات.

كما ينبغي على الدولة الجزائرية في ظل انفتاحها على التحكيم التجاري الدولي وخاصة ما تعلق منه بالاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالحماية المتبادلة للاستثمارات، أن تقيد حرية المستثمر الأجنبي من الدولة المتعاقدة مع الجزائر في اللجوء إلى التحكيم متى رغب في ذلك، بإتباع النموذج الأسترالي في اتفاقية التبادل الحر المبرمة سنة 2004 بين استراليا والولايات المتحدة الأمريكية، والتي اشترطت في حالة قيام نزاع بين المستثمر والدولة المضيفة أن يحصل المستثمر الأجنبي على اتفاق الدولتين على عرض النزاع على التحكيم، وذلك بعد تقديرهما أن هناك مساس بحقوق المستثمر المستمدة من العلاقة التعاقدية.

قائمـــــة المراجـــع:

أولا: المراجع باللغة العربية

I. الكتـب:

الكتب العامـــة:

1- أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر 2010.

2- محمود عبد الرحمن محمد، الحقوق العينية الأصلية، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت.ن.

3- سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ت.ن.

الكتب الخاصـة:

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

2- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2006.

3- بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2009.

4- جابر فهمي عمران، الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2013.

5- هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2000.

6- وسيم حسام الدين الأحمد، قوانين الاستثمار العربية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2011.

7- حبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر 2013.

8- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2003.

9- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2010.

10- لزهر بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.

11- محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية – الوجيز في نظرية القانون، ط14، دار هومة، الجزائر 2007.

12- مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي، ط1، دار وائل، عمان 2013.

13- مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي، بيروت 2010.

14- ناصر عثمان محمد عثمان، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة 2009.

15- عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر 2014.

16- فؤاد محمد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2010.

II. البحوث الجامعيـة:

1- بن الزوخ جمعة، شرط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار الدولي، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، السنة الجامعية 2014-2015.

2- براغثة آمنة و العقون نريمان، تسوية منازعات الاستثمار أمام المركز الدولي لواشنطن، مذكرة ماستر فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، السنة الجامعية 2013-2014.

3- حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2013.

4- 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.

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

6- عدلي عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان، السنة الجامعية 2010 – 2011.

7- علة عمر، حماية الإستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 2008.

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

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

III. المقـالات:

1- محند وعلي عيبوط، عقد الاستثمار بين القانون الداخلي والقانون الدولي، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، مركز التوثيق والبحث والخبرة المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، المجلد 21، العدد 1-2011.

2- صاري نوال، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، الجزائر، العدد 11، 2015.

IV. الملتقيـات:

1- أماني أحمد عبد الله موسى، حوافز وضمانات الاستثمار في السودان وفقا لقانون تشجيع الاستثمار لسنة 1999 والتعديلات اللاحقة، 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 أفريل 2011.

2- بن علي بن سهلة ثاني، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء نظام التحكيم غير الإتفاقي، 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 أفريل 2011.

3- 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 أفريل 2011.

4- 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 أفريل 2011 .

5- 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 أفريل 2011.

6- نبالي فطة، الفصل بين الاختصاصين التشريعي والتنظيمي وضعف وسائل حماية مجاليهما، ملتقى الأمن القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 5 و 6 ديسمبر 2012.

7- عبد المنعم عبد الغني نعيم، بعض الضمانات القانونية للاستثمار تطبيق على الخالة 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 أفريل 2011.

8- 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 أفريل 2008.

V. النصوص القانونيـة:

أ- **القوانيـن:**

1- قانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أبريل سنة 1991، المتعلق بقواعد نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، الجريدة الرسمية العدد 21، الصادرة بتاريخ 8 ماي 1991.

2- قانون رقم 05-07 المؤرخ في 28 أفريل 2005، المتعلق بالمحروقات، المعدل والمتمم.

3- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

4- قانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد 14، الصادرة بتاريخ 7 مارس 2016.

ب- **الأوامـر:**

1- أمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

2- أمر رقم 01-03 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم.

3- أمر رقم 06-11 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، الجريدة الرسمية العدد 53، الصادرة بتاريخ 30 غشت سنة 2006.

ت- **المراسيـم الرئاسيـة:**

1- المرسوم الرئاسي 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 المتعلق بهما الموقعين في مدينة الجزائر في 13 فبراير 1993، الجريدة الرسمية العدد 01 الصادرة بتاريخ 2 جانفي 1994.

2- المرسوم الرئاسي رقم 97-103 مؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1417 الموافق 5 أبريل 1997، المتضمن 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، الجريدة الرسمية العدد 20 الصادرة بتاريخ 6 أبريل 1997.

3- المرسوم الرئاسي رقم 03-121 المؤرخ في 14 محرم عام 1424 الموافق 17 مارس سنة 2003، المتضمن التصديق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الشعبية وحكومة جمهورية السودان حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة بالجزائر في 8 شعبان عام 1422 الموافق 24 أكتوبر سنة 2001، الجريدة الرسمية العدد 20، الصادرة بتاريخ 23 مارس 2003.

4- المرسوم الرئاسي رقم 05-07 المؤرخ في 26 فبراير 2005، المتضمن التصديق على الاتفاق حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإسلامية الإيرانية، الموقع بطهران في 19 أكتوبر 2003، الجريدة الرسمية العدد 15 الصادر في 27 فبراير 2005.

ث- **إعلانـات وبلاغـات**:

1- 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 2001.

2- اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وبين والشركة الجزائرية للإسمنت "ACC"، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 72، الصادرة بتاريخ 13 نوفمبر 2004.

3- نظام رقم 05- 03 المؤرخ في 28 ربيع الثاني عام 1426 الموافق 6 يونيو 2005، المتعلق بالاستثمارات الأجنبية، الجريدة الرسمية العدد 53، الصادرة بتاريخ 31 يوليو سنة 2005.

4- نظام رقم 07-01 المؤرخ في 15 محرم عام 1428 الموافق 3 فبراير سنة 2007، المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، الجريدة الرسمية العدد 31، الصادرة بتاريخ 13 مايو سنة 2007.

VI. أخـــرى:

1- زرقون نور الدين، تنفيذ السندات الأجنبية، مطبوعة مقدمة لطلبة السنة أولى ماستر ل.م.د، تخصص العلاقات الدولية الخاصة، جامعة ورقلة، السنة الجامعية 2013-2014.

2- المنظمة العالمية للملكية الفكرية، اللجنة المعنية بالتنمية والملكية الفكرية، الدورة الثامنة، جنيف من 14 إلى 18 نوفمبر 2011 الوثيقة رقم CDIP/8/7.

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.

4- مدونة قواعد السلوك المهني لشركة شل www.Shell.com .

ثانيا: المراجع باللغـة الأجنبيـة

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 Maderau, « *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- 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 Émirats arabes Unies - Faculté de droit, du 25 au 27 Avril 2011.

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 Maderau, « *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* .

5- Martin Maderau, *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.*

الفهــرس:

مقدمـــة.....أ
الفصل الأول: الضمانات الموضوعية : احتـرام للثقة المشروعة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة.....4
المبحث الأول: تأثير المخاطر غير التجارية على مشروعية التوقع.....5
المطلب الأول: مبدأ الأمن القانوني كأساس للحماية الموضوعية للمستثمر الأجنبي 5
الفرع الأول: تعريف مبدأ الأمن القانوني.....5
الفرع الثاني: مشروعية التوقع في مجال عقود الاستثمار 7
المطلب الثاني: التصرفات الإرادية للدولة في عقد الاستثمار..... 8
الفرع الأول: مظاهر تصرف الدولة في عقد الاستثمار بإرادتها المنفردة 9
الفرع الثاني: مبررات تصرف الدولة في العقد بإرادتها المنفردة.....12
الفرع الثالث: خصوصية بعض عقود الاستثمار.....15
المبحث الثاني: حمـاية المشرع الجزائري للحقوق المكتسبة للمستثمر الأجنبي.....18
المطلب الأول: نطاق الضمـانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي.....18
الفرع الأول: الضمـانات المتعلقة بمعاملة المستثمر الأجنبي.....18
الفرع الثاني: الضمـانات المتعلقة بحماية المشروع الاستثماري.....19
المطلب الثاني: تعزيـز ضمان عدم نزع ملكية المستثمر الأجنبي بإقرار التعويض.....23
الفرع الأول: ضمـان تملك المستثمر الأجنبي لمشروعه الاستثماري وحماية ملكيته.....23
الفرع الثاني: الالتزام بالتعويض على نزع ملكية المستثمر الأجنبي.....25
خلاصـة الفصل الأول.....28
الفصل الثاني: الضمانات الإجرائية : بين القضاء الوطني وقضـاء التحكيم.....30
المبحث الأول: ضوابط اختصاص القضاء الوطني بنظر النزاع بين المستثمـر الأجنبي والدولة المضيفة.....31
المطلب الأول: الاختصاص الأصيل للقضاء الوطني بالنظر في منازعات عقود الاستثمار.....31
الفرع الأول: اختصاص القضاء الوطني حسب قواعد القانـون الدولي.....31
الفرع الثاني: ضوابط اختصاص القضاء الجزائري حسب الأمـر 01-03.....33
المطلب الثاني: تقييم دور القضاء الوطني في حل منازعات عقود الاستثمار الأجنبي.....35
الفرع الأول: الاختصاص القضائي لمنازعات المستثمرين الأجانب مع المتعاملين الآخرين.....35

الفرع الثاني: عيوب القضاء الوطني الناظر في منازعات الاستثمار.....36
المبحث الثاني: التحكيم الدولي كضمانة لصالح المستثمر الأجنبي.....39
المطلب الأول: التحكيم قضاء بديل لحل منازعات الاستثمار الأجنبي.....39
الفرع الأول: التحكيم المقصود من طرف المشرع الجزائري.....40
الفرع الثاني: شروط اللجوء إلى التحكيم لحل منازعات الاستثمار 41
المطلب الثاني: طرق اللجوء إلى التحكيم حسب الأمر 01-03.....45
الفرع الأول: اللجوء إلى التحكيم بناءا على اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف 45
الفرع الثاني: اللجوء إلى التحكيم بناءا على اتفاق خاص.....48
خلاصة الفصل الثاني.....50
الخاتمـــة.....51
قائمة المراجع.....52
الفهـرس.....58

الملخص:

يجمع عقد الاستثمار بين أطراف تختلف في مراكزها القانونية وفي أهدافها المرجوة من العقد، فالدولة المضيفة للاستثمار من جهة هي شخص من أشخاص القانون العام الدولي والداخلي تهدف إلى تحقيق مصالحها الاقتصادية الوطنية، والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى هو شخص من أشخاص القانون الخاص يهدف أساسا إلى تحقيق أكبر ربح ممكن.

إن هذا الاختلاف في المراكز القانونية والأهداف، والذي يضع الدولة في مركز قوة بما تمتلكه من سلطة وسيادة، ينعكس على التوازن العقدي ويؤثر على التوقعات والنتائج التي ينتظرها المستثمر الأجنبي من خلال الشروط الصريحة للعقد و النصوص القانونية التي تحكمه، وقد أفضت الممارسات السيادية التي ما فتئت تقوم بها الدول المضيفة للاستثمار إلى انهيار الرابطة العقدية وبث جو من اللاثقة لدى المستثمرين الأجانب حول مصير استثماراتهم، مما استدعى إيجاد وسائل تحد من سلطة الدولة وبالتالي حماية العقد من المخاطر التي تتربص به.

وتعد الضمانات التشريعية من أهم الوسائل التي تقدمها الدول لإضفاء التوازن على عقود الاستثمار الأجنبي، والتي أقرها المشرع الجزائري بموجب قانون الاستثمار، وتنقسم الضمانات التشريعية إلى ضمانات موضوعية تعد الأساس القانوني لحماية توقعات المستثمر الأجنبي من خلال تقييد سلطة الدولة في التدخل في العقد بإرادتها المنفردة، وضمانات إجرائية تكفل له اقتضاء حقه أمام القضاء الوطني أو باللجوء إلى التحكيم الدولي متى وجد اتفاق عليه بين الأطراف أو نصت عليه معاهدة دولية أبرمتها الدولة الجزائرية.

الكلمات المفتاحية: الضمانات التشريعية – الاستثمار الأجنبي - المخاطر غير التجارية – الضمانات الموضوعية – الضمانات الإجرائية – التحكيم الدولي – عقود الاستثمار.

Résumé :

Le contrat d'investissement est conclu entre des parties différentes aussi bien dans leurs statuts juridiques dans leurs objectifs. L'Etat accueillant l'investissement est, d'une part, une personnalité régie par le droit international public et le droit domestique, visant à réaliser ses intérêts nationaux associés à la collectivité nationale ; alors que l'investisseur étranger est, d'autre part, est une personne régie par le droit privé, visant principalement à atteindre le plus grand profit possible.

Cette différence dans les conditions juridiques et dans les objectifs, qui met l'Etat dans une position de force grâce à son autorité et à sa souveraineté, se reflète sur l'équilibre contractuel et affecte les attentes et les résultats attendus par l'investisseur étranger à travers les termes explicites du contrat et les textes juridiques qui le régissent.

Les pratiques de souveraineté menée sans cesse par les pays d'accueil des investissements ont mené à l'effondrement du lien contractuel et ont créé une atmosphère de méfiance parmi les investisseurs étrangers sur le sort de leurs investissements ; ce qui a nécessité de trouver des moyens de limiter l'autorité de l'Etat et donc protéger le contrat des risques qu'il court.

Les garanties législatives comptent parmi des moyens les plus importants fournis par les États pour donner de l'équilibre aux contrats d'investissement étrangers, et qui sont approuvés par le législateur algérien en vertu de la loi sur l'investissement.

Les garanties législatives se subdivisent en 1) garanties objectives : qui représentent la base juridique pour la protection des attentes de l'investisseur étranger, en restreignant le pouvoir de l'Etat d'intervenir dans le contrat unilatéralement, et 2) garanties procédurales qui lui garantissent la faculté de faire valoir son droit devant les juridictions nationales ou par le recours à l'arbitrage international lorsqu'un accord en a été conclu entre les parties ou qu'il est en prévu par un traité international conclu par l'Etat algérien.

Mots clés: garanties législatives ; investissement étranger ; risques non commerciaux ; garanties objectives ; garanties procédurales ; arbitrage international ; contrats d'investissement.

Abstract:

The investment agreement is concluded between different parties in both their legal status and their goals. The investment host state is, on the one hand, a personality governed by public international law and domestic law, which aims to achieve its national interests associated with the national community; while the foreign investor, on the other hand, is a person governed by private law, and is mainly aimed at achieving the greatest possible profit.

This difference in legal status and objectives, which puts the state in a position of strength thanks to its authority and sovereignty, is reflected on the contractual balance and affects the expectations and the results expected by the foreign investor through the explicit terms of the contract and the legal texts that govern it.

The practices of sovereignty ever conducted by the investment host country have led to the collapse of the contractual relationship and created an atmosphere of distrust among foreign investors about the fate of their investments; which need to find ways to limit the state's authority and thus protect the contract from the risks it which it is exposed.

Legislative guarantees are among the most important means provided by states to give balance to foreign investment contracts, which are approved by the Algerian legislature under the investment law.

Legislative guarantees are divided into 1) objective guarantees: that represent the legal basis for the protection of the expectations of foreign investors, limiting the state's power to intervene in the contract unilaterally, and 2) procedural guarantees: which safeguard the right to assert the investor's right before national courts or by recourse to international arbitration if an agreement was concluded between the parties or that is required by an international treaty concluded by the Algerian state.

Keywords: Legal safeguards; foreign investment; non-commercial risks; objective guarantees; procedural guarantees; international arbitration ; investment contracts.