أسس تحقيق التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية

Les bases de la réalisation de l'équilibre économique dans les contrats d'investissement internationaux

ط.د. **فارس بوكروح**، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة

ملخص الدراسة:

في سياق السياسات التي تنتهجها مختلف دول العالم لجذب الاستثمار الأجنبي، تبرز أهمية وضع أسس كفيلة بتحقيق التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية كمطلب رئيسي لمخاطرة المستثمرين الأجانب برؤوس أموالهم، ويعد إخضاع عقود الاستثمار الدولية لمبدأ سلطان الإرادة أهم هذه الأسس، غير أنه وفي ظل تنامي المخاطر غير التجارية التي تهدد استقرار العقد وتوازنه على النحو الذي تقرره إرادة الأطراف المتعاقدة، يبرز التزام الدولة المضيفة للاستثمار بعدم التعرض للعقد بإرادتها المنفردة كأساس ثان مدعم لمبدأ سلطان الإرادة من أجل تحقيق التوازن الاقتصادي المنشود.

الكلمات المفتاحية: التوازن الاقتصادي، عقود الاستثمار، المخاطر غير التجارية، ضمانات الاستثمار.

Résumé de l'étude:

Dans le contexte des politiques adoptées par divers pays du monde pour attirer les investissements étrangers, est soulignée l'importance de jeter les bases de la réalisation de l'équilibre économique des contrats d'investissement internationaux comme exigence majeure pour les investisseurs étrangers risquant avec leur capital. La subordination des contrats d'investissement internationaux au principe de la volonté est la base la plus importante. Cependant, compte tenu des risques non commerciaux croissants qui menacent la stabilité et l'équilibre du contrat, déterminés par la volonté des parties contractantes ; il ressort l'engagement de l'État hôte à l'investissement de ne pas soumettre le contrat à sa volonté unilatérale comme une deuxième base soutenant le principe de volonté pour atteindre l'équilibre économique souhaité.

Mots clés: Équilibre économique; contrats d'investissement; risques non commerciaux; garanties d'investissement.

مقدمة:

تنص المادة 1/57 من القانون المدني الجزائري[1] على أنه "يكون العقد تبادليا متى التزم أحد الطرفين بمنح، أو فعل شيء، يعتبر معادلا لما يمنح، أو يفعل له". وبناءا على ذلك فالعقود التبادلية هي تلك العقود التي تنشئ التزامات متقابلة بين الأطراف المتعاقدة، محلها منح، أو فعل شيء، شرط أن يكون هناك تعادل في الأداءات المتقابلة. إن هذا التعادل في المنح أو الفعل هو ما يعبر عنه بالتوازن الاقتصادي للعقد.

وبالنسبة لعقود الاستثمار الدولية، وبصرف النظر عن الجدل القائم حول طبيعتها القانونية إدارية هي أم خاصة، فإن الثابت أنها عقود تبادلية جوهرها التوازن الاقتصادي بين الدولة المضيفة التي تهدف إلى تحقيق التنمية الاقتصادية، والمستثمر الأجنبي الذي يخاطر لأجل تحقيق الربح، حتى أن الفقه يصنف

عقود الاستثمار نسبة إلى طبيعتها الاقتصادية ضمن طائفة من العقود تسمى "عقود التنمية الاقتصادية"[2].

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

وبالتالي فإن هذا الموضوع يثير الإشكالية التالية: ما مدى فاعلية الأسس التي وضعها المشرع الجزائري في تحقيق التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية ؟

الإجابة على هذه الإشكالية تستدعي بداية الرجوع إلى القواعد العامة التي تحكم العقود التبادلية، وإلى أهم مبادئها "العقد شريعة المتعاقدين"؛ هذه الشريعة التي تجعل من مبدأ سلطان الإرادة الأساس الأول لتحقيق التوازن الاقتصادي للعقد (المبحث الأول)، ثم وبالإطلاع على النصوص المنظمة للاستثمار الأجنبي في القوانين الداخلية والاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في مجال الاستثمار، يمكن استخلاص الأساس الثاني لتحقيق التوازن الاقتصادي للعقد، وهو التزام الدولة بعدم التعرض للعقد بإرادتها المنفردة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: التوازن العقدي بين سلطان الإرادة وتغير الشروط العقدية: إن التوازن العقدي هو مفهوم يعبر عن التقاء إرادتي الطرفين المتعاقدين في نقطة تحقق لكليهما المنفعة والهدف من وراء إبرام العقد، ويجد التوازن العقدي مصدره في فكرة النية المشتركة للمتعاقدين[3]. ذلك أن العقد يفترض في الأصل تلاقي إرادتين حرتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني، وبمقتضى ذلك يكون للمتعاقدين الحرية في الدخول في العلاقة التعاقدية[4]. فالإرادة تصنع التوازن بين المصالح المتضاربة للأطراف وتفرغ هذا التوازن في شروط العقد وبنوده، مما يبرز دور الإرادة في تحقيق التوازن العقدي (المطلب الأول)، ويمتد دور الإرادة إلى وضع الحلول الوقائية من اختلال التوازن العقدي بسبب الظروف المستجدة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دور الإرادة في تحقيق العدالة التعاقدية: ما كان تعاقديا فهو عادل، تترجم هذه المقولة الشهيرة للفيلسوف الفرنسي ألفرد فوييه مبدأ استقلال الإرادة التعاقدية وأثره على توازن العقد أو عدالته في إطار القانون المدني. وهو المبدأ الذي طالما شكل أساسا مثاليا للحرية والمساواة التامة[5]. إذن فإن التوازن العقدي هو نتاج الشروط التعاقدية التي استقرت عليها إرادة الأطراف المتعاقدة، واقترن حولها الإيجاب والقبول إيذانا بانعقاد العقد، وفي ذلك تقول الدكتورة هبة هزاع إن "التوازن العقدي هو النقطة التي التقت عندها إرادة الطرفين عند إبرام العقد، ويدخل في تحديدها ظروف وحيثيات إبرام العقد، فهو

لذلك مفهوم يتسع ليشمل التوازن المالي بالمعنى الحسابي لكنه لا يقتصر عليه"[6]. ويبرز دور الإرادة كفاعل أساسي في تحقيق التعادل بين الأداءات المتقابلة لأطراف العقد من خلال حماية التوقعات المشروعة للمستثمر الأجنبي (الفرع الأول)، وحماية المصالح الاقتصادية للدولة المضيفة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: احترام التوقعات المشروعة للمستثمر الأجنبي: إن إقبال المستثمر الأجنبي على التعاقد مع الدولة المضيفة للاستثمار 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 احترام التوقعات المشروعة للأشخاص الذين أسسوا معاملاتهم في ظل تشريعاتها.

وتعتبر العقود 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[7].

وبالنسبة لعقود الاستثمار الدولية فليس ثمة من يصادر على مدى حرية الإرادة في إنشائها أو في تحديد آثارها، وقد أقر المشرع الجزائري صراحة حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المتولدة عن العقود الدولية من خلال المادة 18 من القانون المدني الجزائري[8]،

إن إخضاع عقود الاستثمار لمبدأ سلطان الإرادة يعني فيما يعنيه حرية الأطراف في التفاوض على العقد ومن ثمة تضمينه ما شاؤوا من شروط، إن هذا الوضع يهيأ للمستثمر الأجنبي مجالا واسعا لبناء توقعاته المشروعة بدءا من اختيار شروط العقد وبنوده، فاختيار القانون الواجب التطبيق على العقد إضافة إلى اختيار آليات حل النزاعات التي قد تثور بمناسبة تفسيره أو تنفيذه.

ويبرز احترام المشرع الجزائري للتوقعات المشروعة للمستثمر الأجنبي المبنية على إرادة الأطراف، من خلال المادة 24 من القانون رقم 16-09[9] التي تنص على أنه "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص".

وأيضا ما نصت عليه المادة 58 من قانون المحروقات الجزائري[10] "يسوى كل خلاف بين الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات (ألنفط) والمتعاقد، ينجم عن تفسير و/أو تنفيذ أو عن تطبيق هذا

القانون و/أو النصوص المتخذة لتطبيقه، عن طريق إجراء تسوية ودية وفق الشروط المتفق عليها في العقد.

في حالة إخفاق هذا الإجراء، يمكن عرض الخلاف للتحكيم الدولي حسب الشروط المتفق عليها في العقد.

يخص اللجوء إلى التحكيم الدولي المذكور أعلاه، الأشخاص المكونين للمتعاقد، دون سواهم، ولا يخص المؤسسة الوطنية سوناطراك، شركة ذات أسهم.

في حالة ما إذا كان هذا الخلاف قائما بين المؤسسة الوطنية سوناطراك، شركة ذات أسهم، والأشخاص المكونين للمتعاقد، فإنه يمكن عرض هذا الخلاف على التحكيم الدولي حسب الشروط المنصوص عليها في العقد".

الفرع الثاني: حماية المصالح الاقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار: تحقيقا للعدالة التعاقدية، وفي مقابل احترام التوقعات المشروعة للمستثمر الأجنبي، احتفظ المشرع الجزائري للدولة الجزائرية بمجموعة من الشروط التعاقدية التي تعد ضرورية لحماية المصالح الاقتصادية للدولة، وما يميز هذه الشروط هو أن صياغتها في القوانين الوطنية تكون سابقة على التعاقد، وهي غير قابلة للتفاوض أو التعديل. إن هذه الشروط تعد من مشتملات الإيجاب الذي ينتظر قبولا مطابقا من المستثمر الأجنبي لينعقد العقد.

وفي هذا الصدد احتفظ المشرع الجزائري للدولة الجزائرية -باعتبارها البلد المضيف- بتعريف الاستثمار من خلال مجموعة من النشاطات، حيث حدد مجالات الاستثمار في النشاطات الاقتصادية لإنتاج السلع والخدمات من خلال المادة 2 من القانون 16-09[11] والتي تنص على أنه "يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا القانون، ما يأتي:

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

2- المساهمات في رأسمال شركة".

وأضاف في المادة 1/6 نشاطات أخرى بنصها على أنه "تعد استثمارات، في مفهوم المادة 2 أعلاه، وتكون قابلة للاستفادة من المزايا، السلع بما فيها تلك المجددة التي تشكل حصصا عينية خارجية تدخل في إطار عمليات نقل النشاطات من الخارج"، وأيضا الفقرة الثالثة "كما تعد استثمارات قابلة للاستفادة من المزايا، السلع التي تكون موضوع رفع خيار شراء المستأجر في إطار الاعتماد الإيجاري الدولي، بشرط إدخال هذه السلع إلى التراب الوطني في حالة جديدة".

كما تضطلع الدولة الجزائرية بتوجيه الاستثمارات من خلال اعتماد تحفيزات وامتيازات حسب خصوصية كل منطقة، والتي كانت تصنف في الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار ،الملغى، وفق النظام العام والنظام الاستثنائي، أما القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار فقد أقر منح أفضل التحفيزات والمزايا للاستثمارات المنجزة في المناطق المحددة قائمتها عن طريق التنظيم، التابعة لمناطق الجنوب

والهضاب العليا، وكذا كل منطقة أخرى تتطلب تنميتها مساهمة خاصة من قبل الدولة، في حين تمنح مزايا استثنائية للاستثمارات التي تمثل أهمية خاصة للاقتصاد الوطني.

ولعل أهم شرط تضعه الدول المضيفة للاستثمار لحماية مصالحها الاقتصادية هو ما يتعلق بالرقابة على الاستثمارات، ومن ذلك ما جاء به المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية من خلال فرضه لشرط الالتزام بالاستثمار بالنسبة للمتعهدين الأجانب، هذا الشرط الذي استحدث لأول مرة بموجب المادة 24 من قانون الصفقات العمومية لسنة 2010 الملغى[12]، وأعيد إدراجه في المادة 84 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لسنة 2015[13].

وفي مجال الرقابة أيضا أقر المشرع الجزائري بموجب قانون المالية لسنة 2009 تعديلا على نص المادة 4 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار[14]، الملغى، بإدراجه لقاعدة 49/51 حيث تنص المادة 2/4 من هذا الأمر على أنه "لا يمكن إنجاز الاستثمارات الأجنبية إلا في إطار شراكة تمثل فيها المساهمة الوطنية المقيمة نسبة 51% على الأقل من رأس المال الاجتماعي. ويقصد بالمساهمة الوطنية جمع عدة شركاء".

وبصدور قانون الاستثمار الجديد أكد المشرع الجزائري تمسكه بقاعدة 49/51 من خلال المادة 66 من قانون المالية لسنة 2016[15] والتي تنص على أنه "ترتبط ممارسة الأجانب لأنشطة إنتاج السلع والخدمات والاستيراد بتأسيس شركة تحوز المساهمة الوطنية المقيمة على نسبة 51% على الأقل من رأسمالها". وهو نفس الإجراء المعمول به في قانون المحروقات الجزائري.

المطلب الثاني: دور الإرادة في الوقاية من تغير الشروط العقدية: إن ثبات التوازن الاقتصادي للعقد على الحالة التي استقرت عليها إرادة الأطراف أمر تتربص به ظروف عدة، ويزداد احتمال اختلال التوازن بالنسبة لعقود الاستثمار الدولية لكونها من عقود المدة، حيث أنها تكون ما بين مرحلتي نشأتها وتنفيذها في وضع توازن قلق لأن استقرارها يرتبط بالتغيرات التي قد تطرأ على الشروط العقدية (الفرع الأول)، وهنا يبرز دور الإرادة في وضع حلول وقائية ضد اختلال التوازن في حال تحقق هذه الظروف (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أثر تغير الظروف على التوازن الاقتصادي للعقد: كثيرا ما تكون عقود الاستثمار الدولية عرضة لتغيرات تؤثر على استقرار توازنها الاقتصادي، هذه التغيرات قد تكون خارجية لاإرادية وغير متوقعة، وهي إما أن تؤثر على اقتصاديات العقد فيختل التوازن لصالح طرف على حساب الآخر، وذلك ما يعرف بالظروف الطارئة، وإما أن تجعل تنفيذ العقد مستحيلا وتنتفي معه المسؤولية عن عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي وتعرف هذه الحالة بالقوة القاهرة. وقد تكون هذه التغيرات بفعل التصرفات الإرادية للدولة المضيفة للاستثمار باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة.

ويمكن تعريف نظرية الظروف الطارئة بأنها عبارة عن ظروف عامة استثنائية اقتصادية كانت أو طبيعية أو إدارية، وقعت أثناء تنفيذ العقد ولا دخل لإرادة المتعاقد في حدوثها، ولم يكن في وسعه توقعها عند إبرام العقد، ولا يملك دفعها عند وقوعها، ويكون من شأن هذه الظروف أن تصيب المتعاقد بخسارة

فادحة تجاوز الخسارة العادية التي يمكن احتمالها على نحو تختل معه اقتصاديات العقد اختلالا جسيما[16].

وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 107 من القانون المدني الجزائري[17] التي تنص على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.

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

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

إن أهم أثر يترتب على نظرية الظروف الطارئة حسب هذه المادة هو تدخل القاضي لإعادة الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، أي إعادة التوازن الاقتصادي للعقد وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلا.

أما بالنسبة للقوة القاهرة فيعرفها الفقيه Ulpun بأنها "كل ما لم يكن في وسع الآدمي أن يتوقعه، وإذا أمكن توقعه فإنه لا يمكن مقاومته"[18]. إن وقوع ظروف تعد من قبيل القوة القاهرة يجعل تنفيذ العقد مستحيلا وتنتفي معه المسؤولية عن عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي، وفي ذلك يقول الدكتور الحبيب خليفة اجبودة "وفي رأينا أن انتفاء المسؤولية مرجعه الأساسي إلى عدم وجود رابطة السببية بين الخطأ في عدم تنفيذ الالتزام العقدي والضرر المترتب عليه ذلك أن القوة القاهرة وهي سبب أجنبي، تؤدي إلى قطع الصلة بين عدم التنفيذ والضرر الحاصل إذ لا يمكن نسبة هذا الضرر إلى المدين بتنفيذ الالتزام طالما استحال عليه القيام بذلك نتيجة القوة القاهرة. وانتفاء المسؤولية يؤدي إلى نتيجة هامة وهي عدم الالتزام بتعويض الضرر الناتج عن عدم التنفيذ"[19].

وبالإضافة إلى تأثر التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية بفعل الظروف اللاإرادية، فإنه يختل بسبب التصرفات الإرادية التي تقدم عليها الدولة المضيفة للاستثمار استناد إلى مبدأ السيادة المعترف به دوليا، حيث أكد ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 81-32 لسنة 1974[20]، في مادته الثانية على أنه:

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

2- ولكل دولة الحق في:

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

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

الفرع الثاني: مواجهة الإرادة لتغير الظروف المحيطة بالعقد: لقد وضع المشرع الجزائري حلا لمواجهة اختلال التوازن الاقتصادي للعقد بسبب الظروف الطارئة، وذلك من خلال تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، غير أنه لم يتطرق لحالة القوة القاهرة لا من حيث تعريفها ولا من حيث التصدي لآثارها، تاركا ذلك للتطبيقات القضائية وآراء الفقه التي أجمعت على استحالة تنفيذ العقد وانتفاء المسؤولية عن عدم التنفيذ. وعلى هذا الأساس فإن القضاء يواجه حالة القوة القاهرة بإسقاط الالتزام كليا أو جزئيا[21].

غير أن مواجهة الإرادة لحالة القوة القاهرة في عقود الاستثمار الدولية تختلف عما أقرته القواعد العامة التي استقرت عليها الأنظمة القانونية التي تلغي العقد عند وقوع حدث يشكل قوة قاهرة، حيث أن الأطراف يفضلون الحفاظ على الرابطة العقدية بينهم بل ومن مصلحتهم في كثير من الأحيان ضمان استمرارها، نظرا للأهمية الاقتصادية التي يمثلها عقد الاستثمار بالنسبة لهم، وذلك لارتباط عقود الاستثمار بمشاريع ومصالح حيوية في الغالب.

واعتبار لذلك يعمد أطراف عقود الاستثمار في معظم الأحيان إلى النص في عقودهم على شرط القوة القاهرة، ويكون الهدف من إدراج هذا الشرط هو تحديد المقصود بالقوة القاهرة، وبيان الأحداث التي تندرج ضمنها، ومن ثمة تحديد الآثار التي تترتب على تحققها، والقانون الواجب التطبيق عليها[22].

وبالإضافة إلى شرط القوة القاهرة، فقد أقرت الإرادة شرطا آخر لا يقل عنه قيمة وأهمية في تحقيق التوازن الاقتصادي للعقد، وهو شرط إعادة التفاوض. إن من شأن إدراج الأطراف لشرط إعادة التفاوض في عقودهم التصدي لمختلف التغيرات التي قد تطرأ على الظروف المحيطة بالعقد وفي أية مرحلة كان عليها.

ويقوم مضمون الالتزام بإعادة التفاوض على إعادة التفاهم حول تنفيذ العقد في ظل الظروف الخارجية التي طرأت على هذا العقد، بهدف التوصل إلى حلول تحافظ على التوازن الاقتصادي الذي سعت إليه إرادة المتعاقدين عند تكوين العقد، وصولا إلى اتفاق ملزم[23]. كما يهدف الالتزام بإعادة

التفاوض إلى خلق آلية تعمل على تواصل الحوار بين طرفي العقد أثناء التنفيذ حال تحقق ظرف أو ظروف معينة ومحددة سلفا في العقد وقبل أن ينشأ نزاع مما يعزز فرص استمرار التنفيذ[24].

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

المبحث الثاني: التزام الدولة بعدم التعرض للعقد بإرادتها المنفردة: إن هيئات التحكيم الدولية، التي اتبعت الاتجاه المضيق لنطاق اتفاقية الـ ICSID، فسرت لفظ "الاستثمار" الوارد في المادة 25 من الاتفاقية بأنه "يحتوي على مخاطرة من نوع خاص تختلف عن المخاطر التجارية العادية، التي يتحملها من يقوم بنشاط اقتصادي"[25]، إن هذه المخاطر غير التجارية -في حقيقة الأمر- هي تصرفات للدولة المضيفة للاستثمار في العقد بإرادتها المنفردة.

ولمواجهة هذه التصرفات تمت صياغة نظام قانوني يجعل حقوق المستثمر وحمايتها التزاما على الدولة المضيفة ويوفر للمستثمر الحق في مقاضاة الدولة المضيفة مباشرة دون الحاجة لتفعيل الحماية الدبلوماسية، ويرتبط ظهور هذا النظام القانوني بتبني الدول العظمى لمبادئ تحرير التجارة وحرية انتقال رؤوس الأموال تحت رعاية منظمات دولية مثل صندوق النقد الدولي والبنك الدولي واتفاقيات متعددة الأطراف وانتشار اتفاقيات تشجيع وتبادل الاستثمار الثنائية[26].

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

المطلب الأول: ضمان المخاطر غير التجارية في القوانين الداخلية: يمكن تقسيم الضمانات التي تقدمها الدولة الجزائرية من خلال القوانين المنظمة للاستثمار إلى فئتين، تضم الفئة الأولى الضمانات الموضوعية، والتي تهدف إلى ضمان استقرار التوازن الاقتصادي للعقد وفق الأوضاع المتفق عليها عند نشأة العقد (الفرع الأول). وتضم الفئة الثانية الضمانات الإجرائية، وهي التي تكفل احترام الدولة للضمانات الموضوعية التي تقدمها تحت طائلة المسائلة القضائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الضمانات الموضوعية للاستثمارات الأجنبية: أقر المشرع الجزائري مجموعة من الضمانات تندرج ضمن فئة الضمانات الموضوعية للاستثمارات وهي:

- المعاملة العادلة والمنصفة: أقرها المشرع الجزائري بالمادة 21 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، والتي تنص على أنه "مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الثنائية والجهوية والمتعددة الأطراف الموقعة من قبل الدولة الجزائرية، يتلقى الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب معاملة منصفة وعادلة، فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة باستثماراتهم".

ويمكن تعريف المعاملة العادلة والمنصفة من خلال حكم هيئة التحكيم في قضية Chile ضد MTD "المعاملة العادلة والمنصفة تفهم على أنها المعاملة الموزونة المقسطة التي تسهم في زيادة الاستثمار الأجنبي، فنصوص الاتفاقيات الثنائية تحث الدولة على القيام بأفعال إيجابية مثل "تشجيع" و"خلق" و"تنشيط" بدلا من مجرد النهي عن اتخاذ إجراءات تمييزية ضد المستثمرين"[27].

- شرط الثبات التشريعي: أقره المشرع الجزائري بالمادة 22 من القانون رقم 16-09 بنصها على أنه "لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلا، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

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"[28]. أما الهدف من شرط الثبات التشريعي فهو الحفاظ على التوازن في العلاقة العقدية، وذلك من خلال تجميد الإطار التشريعي والتنظيمي الذي سيتم فيه تنفيذ عقد الاستثمار بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي وليس تجميد محتوى الاتفاق[29]، ولا يخفى على أحد أن غاية تثبيت القانون الواجب التطبيق على حالته التي كان عليها وقت التعاقد هو استقرار للرابطة العقدية، وحفظ لتوقعات الأطراف[30].

- عدم نزع الملكية أو الاستيلاء على الاستثمارات المنجزة: تعد الملكية بالنسبة للمستثمر الأجنبي في تشريعات الاستثمار الحديثة مرادفة للاستثمار، لأن إنشاء أي استثمار يعني بالضرورة خلق لملكية جديدة هي ملكية المشروع الاستثماري[31]، لذلك تولي القوانين الوطنية المتعلقة بالاستثمار أهمية كبيرة لحماية ملكية المستثمر الأجنبي، وكذلك فعل المشرع الجزائري من خلال المادة 23 من القانون رقم 16-09 والتي تنص على أنه "زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

يترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف".

- ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناجمة عنه: إن الهدف الأساسي الذي يصبو إليه المستثمر الأجنبي من خلال 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 خارج الدولة المضيفة، وهذا حق مشروع له ما دامت أمواله مكتسبة بالطرق القانونية التي تقرها التشريعات والتنظيمات المعمول بها في الدولة المضيفة، واعترافا من المشرع الجزائري بهذا الحق نصت المادة 25 من القانون رقم 16-09 على أنه "تستفيد من ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناجمة عنه، الاستثمارات المنجزة انطلاقا من حصص في رأس المال في شكل حصص نقدية مستوردة عن الطريق المصرفي، ومدونة بعملة حرة التحويل يسعرها بنك الجزائر بانتظام...".

الفرع الثاني: الضمانات الإجرائية للاستثمارات الأجنبية: في حقيقة الأمر إن الدور الأساسي للضمانات الإجرائية هو إعادة التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار من خلال تطبيق الأحكام الفاصلة في النزاع، إلا أنها تؤدي دورا مهما -وإن عد ثانويا- في تحقيق التوازن العقدي، من خلال حث الدولة المضيفة على احترام التزاماتها تحت طائلة المسائلة القضائية.

وقد نص المشرع الجزائري على هذه الضمانات من خلال المادة 24 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص".

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

ويعزى عقد الاختصاص بنظر منازعات عقود الاستثمار الأجنبي لقضاء الدولة المضيفة للاستثمار كأصل، بالطبيعة الخاصة لهذه المنازعات وارتباطها بالمصالح الحيوية للدولة، 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[32].

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، هناك القرار رقم 1803 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 14

ديسمبر 1962 الخاص بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، والذي أكد على اختصاص القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار متى كان الخلاف حول التعويض المستحق عن التأميم، حيث نصت الفقرة الرابعة من هذا القرار 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"[33].

ولئن كانت الخلافات التي يتسبب فيها المستثمر الأجنبي تتعلق عموما بإخلاله بالتزاماته التعاقدية، فإن أهم إجراء قد تتخذه الدولة الجزائرية في حقه وتختص فيه المحاكم الوطنية هو إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة، وقد أقر المشرع الجزائري إمكانية اللجوء إلى هذا الإجراء من خلال عدة نصوص قانونية، حيث نصت المادة 22 من الدستور الجزائري[34] على أنه: "لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون.

ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف".

وكذلك نصت المادة 677 من القانون المدني الجزائري[35] 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". ولم يشد قانون الاستثمار عن القاعدة حيث نصت المادة 23 من القانون 16-09 على أنه "زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية، لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

يترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف".

غير أن قانون المحروقات الجزائري لم يشر بتاتا إلى اختصاص القضاء الوطني في النزاعات المتعلقة بعقود المحروقات، وإنما أشار مباشرة إلى اختصاص التحكيم الدولي حسب الشروط المتفق عليها في العقد. وربما يبرر ذلك بالطبيعة الفنية لهذه العقود وانعدام المحاكم المختصة وطنيا بالنظر في نزاعاتها. حيث نصت المادة 58 من قانون المحروقات الجزائري[36] على أنه "يسوى كل خلاف بين الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات (ألنفط) والمتعاقد، ينجم عن تفسير و/أو تنفيذ أو عن تطبيق هذا القانون و/أو النصوص المتخذة لتطبيقه، عن طريق إجراء تسوية ودية وفق الشروط المتفق عليها في العقد.

في حالة إخفاق هذا الإجراء، يمكن عرض الخلاف للتحكيم الدولي حسب الشروط المتفق عليها في العقد.

يخص اللجوء إلى التحكيم الدولي المذكور أعلاه، الأشخاص المكونين للمتعاقد، دون سواهم، ولا يخص المؤسسة الوطنية سوناطراك، شركة ذات أسهم.

في حالة ما إذا كان هذا الخلاف قائما بين المؤسسة الوطنية سوناطراك، شركة ذات أسهم، والأشخاص المكونين للمتعاقد، فإنه يمكن عرض هذا الخلاف على التحكيم الدولي حسب الشروط المنصوص عليها في العقد".

المطلب الثاني: ضمان المخاطر غير التجارية في اتفاقيات الاستثمار الثنائية: لم يعد الإطار القانوني الداخلي يوفر الضمان الوحيد الكافي لتوفير مناخ ملائم للاستثمارات الأجنبية، إذ يخضع القانون الداخلي عادة لتعديلات أحادية الجانب من قبل الدولة المضيفة، مما يتسبب بعدم استقراره. وأصبحت الدول المضيفة مطالبة اليوم بالمصادقة على التزامات دولية أكثر صرامة وأكثر تقييدا لها، وذلك من خلال إبرام معاهدات دولية مع الدول المصدرة للاستثمارات[37]، وفي هذا الصدد أبرمت الجزائر 48 اتفاقية ثنائية في مجال الاستثمار، أقرت جميعها ضمانات حمائية للاستثمارات الأجنبية.

وما ينبغي التأكيد عليه هو الاختلاف الجوهري في صياغة ضمانات الاستثمار في قوانين الاستثمار الداخلية عنها في الاتفاقيات الدولية، حيث تصاغ الضمانات في هذه الأخيرة في شكل قواعد فضفاضة قابلة للتأويل، وتقسم هي الأخرى إلى ضمانات موضوعية (الفرع الأول)، وضمانات إجرائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الضمانات الموضوعية في الاتفاقيات الثنائية: تمثل الاتفاقيات الثنائية إحدى أهم الوسائل لحماية الاستثمارات الدولية في الوقت الحالي، لأنها تحول العلاقة الداخلية بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة إلى علاقة دولية خاضعة للقانون الدولي. وهو قانون يكون عادة أكثر حماية للاستثمارات من القوانين الوطنية[38].

وتعتبر الوسيلة الرئيسية لتشجيع الاستثمار الأجنبي في اتفاقات الاستثمار الدولية هي حمايته من مخاطر سياسية معينة في البلد المضيف. ولهذا الغرض، تتعهد الأطراف المتعاقدة بعدد من الالتزامات المتعلقة بحماية هذه الاستثمارات في أراضيها مثل ضمان المعاملة العادلة والمنصفة والامتناع عن التمييز والمصادرة غير القانونية وتقييد عمليات التحويل[39].

وبالاطلاع على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية حول التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات[40]، كنموذج، فإنه يتضمن مجموعة من القواعد التي تضبط معاملة الاستثمارات البينية؛ حيث تنص المادة الثالثة منه على ضمان معاملة عادلة ومنصفة لاستثمارات مواطني وشركات الطرف الآخر "يلتزم كل من الطرفين المتعاقدين، طبقا لقواعد القانون الدولي، بضمان، على إقليمه ومنطقته البحرية، معاملة عادلة ومنصفة لاستثمارات مواطني وشركات الطرف الآخر بحيث أن ممارسة هذا الحق المعترف به لا يمكن أن يعرقل قانونيا أو فعليا عن طريق إجراءات غير مبررة أو تمييزية قد تؤثر على التسيير والصيانة والاستعمال والتمتع بهذه الاستثمارات أو تصفيتها".

وتنص المادة الرابعة منه على مبدأ المعاملة الوطنية أو مبدأ الدولة الأولى بالرعاية إذا كان أكثر امتياز "يطبق كل طرف متعاقد على إقليمه ومنطقته البحرية في صالح مواطني وشركات الطرف الآخر، فيما يخص استثماراتهم ونشاطاتهم المرتبطة بهده الاستثمارات، المعاملة الممنوحة لمواطنيه وشركاته أو المعاملة الممنوحة لمواطني وشركات الدولة الأكثر رعاية إذا كانت هذه المعاملة هي الأكثر امتياز. كما يطبق هذا المبدأ أيضا على الحقوق التي يستفيد منها المواطنون لتأدية نشاطاتهم المهنية المسموح لهم بالعمل على الإقليم والمنطقة البحرية لأحد الطرفين المتعاقدين".

فيما تنص المادة الخامسة في الفقرة رقم (1) على ضمان حماية وأمن الاستثمارات، وتنص في الفقرة رقم (2) على عدم نزع الملكية إلا إذا كان ذلك بسبب المنفعة العامة وبشروط ذكرتها المادة، ومقابل تعويض مناسب وفعلي حددت كيفية تقديره وطريقة دفعه.

"1- تستفيد استثمارات مواطني أو شركات أحد الطرفين المتعاقدين، إلى جانب مداخيل هذه الاستثمارات المنجزة على الإقليم والمنطقة البحرية للطرف المتعاقد الآخر، من حماية وأمن تامين وكاملين.

2- لا يتخذ الطرفان المتعاقدان تدابير نزع الملكية أو التأميم أو أية تدابير أخرى يرتب عليها نزع، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، من مواطني وشركات الطرف الآخر استثماراتهم التي يمتلكونها على إقليمهم وعلى منطقتهم البحرية إلا إذا كان ذلك بسبب المنفعة العامة بشرط أن تكون هذه التدابير قد اتخذت طبقا لإجراءات قانونية وأن لا تكون تمييزية أو مخافة لالتزام خاص.

يجب أن ترفق تدابير نزع الملكية إذا اتخذت بدفع تعويض مناسب وفعلي يحسب مبلغه على أساس القيمة الحقيقية للاستثمارات المعنية والتي تم تقييمها وفقا للظروف الاقتصادية السارية عشية اليوم الذي اتخذت فيه التدابير وأعلن فيه عنها.

يحدد مبلغ وكيفية دفع هذا التعويض في أقصى حد بتاريخ نزع الملكية ويجب أن يكون هذا التعويض فعليا وأن يدفع بدون تأخر وأن يكون قابلا للتحويل بكل حرية.

ينتج هذا التعويض، حتى تاريخ دفعه، فوائد تحسب بمعدل الفائدة الرسمي لحق السحب الخاص كما هو محدد من طرف صندوق النقد الدولي".

لتضيف المادة السادسة من هذا الاتفاق ضمان حرية تحويل الأموال بنصها على أنه "يمنح كل طرف متعاقد تمت على إقليمه أو منطقته البحرية استثمارات من طرف مواطني أو شركات الطرف المتعاقد الآخر لهؤلاء المواطنين أو لهذه الشركات، حرية تحويل ما يلي:

(أ) الفوائد والأرباح غير الموزعة والأرباح الصافية من الضرائب والمداخيل الجارية الأخرى.

(ب) العوائد الناجمة عن الحقوق المعنوية المشار إليها في الفقرة الأولى والنقطتين (د) و (هـ) من المادة الأولى.

(ج) المدفوعات التي تمت بغرض تسديد القروض المبرمة بصفة نظامية.

(د) حصيلة التنازل أو التصفية الكلية أو الجزئية للاستثمار بما في ذلك فوائض القيمة للرأسمال المستثمر.

(ه) التعويضات المترتبة عن نزع أو فقدان الملكية المشار إليهما في المادة الخامسة (الفقرتين الثانية والثالثة أعلاه)".

الفرع الثاني: الضمانات الإجرائية في الاتفاقيات الثنائية: إن ما يلاحظ على الضمانات الإجرائية المقررة في اتفاقيات الاستثمار الثنائية هو مساواتها أحيانا بين القضاء الوطني للدولة المتعاقدة والتحكيم الدولي، من خلال ترك الخيار للمستثمر الأجنبي باللجوء إلى أيهما شاء، وبالرجوع إلى الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، فإنه ينص في مادته 8 (2) على أن:

"2- إذا لم تكن تسوية الخلاف بتراضي الطرفين ممكنة في مدى ستة (6) أشهر من تاريخ رفعه من أحد الطرفين في النزاع، فإنه يمكن أن يرفع بطلب من المواطن أو الشركة إما إلى الهيئة القضائية المختصة للطرف المتعاقد المعني بالنزاع أو إلى المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات (C.I.R.D.I) المنشأ بمقتضى "الاتفاقية الخاصة بحل النزعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى" الموقعة بواشنطن في 18 مارس سنة 1965".

فيما تجعل بعض اتفاقيات الاستثمار الثنائية الاختصاص حصريا للتحكيم الدولي، كما هو الحال في الاتفاق بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة دولة قطر[41]، والذي نص في المادة 7 (2) منه على أن:

"2- إذا لم يتم تسوية هذا النزاع خلال مدة ستة (6) أشهر اعتبار من تاريخ إثارته كتابة من قبل أي من طرفي النزاع، تتم إحالته بناء على طلب أي من الطرفين على التحكيم أمام "المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار" الذي أنشئ بمقتضى الاتفاقية الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار الناشئة بين الدولة وبين مستثمري الدول الأخرى والموقعة في واشنطن بتاريخ 18 مارس سنة 1965م".

بالإضافة إلى ذلك فإن اتفاقيات الاستثمار الثنائية تتميز بخروجها عن القواعد العامة في التحكيم من حيث اعتبار تضمنها شرط التحكيم يغني عن اتفاق التحكيم، ويبرر ذلك بكثرة اتفاقيات الاستثمار الثنائية، حيث تجاوز عددها 2700 اتفاقية سنة 2010، وأغلبها يتضمن شرط التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار[42]. وبالرجوع إلى أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من حيث الاعتداد بالاتفاق المبرم بين الأطراف لأجل عرض نزاعهم أمامه، يلاحظ أنه كان يشترط وجود اتفاق تحكيم مباشر بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي وفقا لأحكام المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المنشئة للمركز، غير أن هيئات التحكيم توسعت في تفسير السمة الاختيارية التي نصت عليها المادة 25 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 لتقضي باختصاصه[43].

وبما أن الجزائر قد صادقت على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346[44]، ولأن جل الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في مجال الاستثمار تنص على اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بالفصل في النزاعات التي قد تنشأ بين الدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار ومستثمري الدولة المتعاقدة الأخرى، فإن ذلك يضعها تحت رحمة هذا التحول الجديد لمجال اختصاص المركز.

غير أن اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بنظر المنازعة الاستثمارية في حال نشوء نزاع بين إحدى الدولتين المتعاقدتين ومستثمري الدولة الأخرى، القائم على تعهد الدولتين بقبول منح الاختصاص للمركز من خلال الاتفاقيات الثنائية، يتوقف على إعلان المستثمر الأجنبي عن قبوله اللجوء إلى التحكيم، وإن لم يعلن ذلك لا يتوفر الرضا ولا يكون التعهد 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[45]. إن هذا الوضع 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[46].

الخاتمة:

تعد عقود الاستثمار الدولية من العقود التبادلية التي يكون فيها التوازن بين الأداءات المتقابلة للأطراف المتعاقدة مفترض، ولضمان تحقيق هذا التوازن أقر المشرع الجزائري إخضاع العقود الدولية لمبدأ سلطان الإرادة، مما يكفل للأطراف المتعاقدة حرية التفاوض ومن ثمة الاتفاق على ما شاؤوا من التزامات، وبالتالي يكون مبدأ سلطان الإرادة الأساس الأول لتحقيق التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية، سواء من حيث تكوين العقد أو من حيث التصدي لتغيرات الظروف المحيطة به.

غير أن احتمال تحقق واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية يظل هاجسا يراود المستثمرين الأجانب، خاصة وأن الجزائر قد قامت خلال سبعينيات القرن الماضي بتأميم المحروقات مما أفقد المستثمرين الأجانب الثقة في الطرف الجزائري، ولاستعادة هذه الثقة كان على الدولة الجزائرية الالتزام بعدم التعرض لعقود الاستثمار الدولية بإرادتها المنفردة، وتقديم ضمانات شكلت الأساس الثاني لتحقيق التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية، إن من شأن هذه الضمانات تعزيز مبدأ سلطان الإرادة من خلال حماية التوقعات المشروعة للمستثمرين الأجانب.

ولئن كان المشرع الجزائري قد أرسى أسسا كفيلة بتحقيق التوازن العقدي من الناحية النظرية، إلا أن الواقع يسجل اختلالات في التوازن مردها إلى:

1- إقرار قاعدة 49/51 وبغض النظر عن الاختلال في التوازن الحسابي الظاهر للعيان من صياغة القاعدة، فإن التوازن غالبا ما يختل لصالح الشريك الجزائري لأن شراكته تكون شكلية، لافتقاد المؤسسات الوطنية للخبرة والتكنولوجيا مما يجعلها تساهم برأس المال فقط، الأمر الذي ينفر الاستثمار الأجنبي.

2- انتشار الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالاستثمار كأسلوب جديد لتوجيه الاستثمارات الأجنبية، ولأن الجزائر على غرار دول العالم الثالث هي دولة مضيفة للاستثمار، فإن الحماية المقررة في هذه الاتفاقيات تخدم مستثمري الطرف المتعاقد الآخر، مما يتطلب التدقيق في صياغة بنود هذه الاتفاقيات.

3- تشير إحصائيات الأونكتاد في الفترة الممتدة إلى نهاية سنة 2008 أن 84 % من نزاعات الاستثمار رفعت على أساس اتفاقية ثنائية متعلقة بالاستثمار، ما يبرز مكانة الاتفاقيات الثنائية للاستثمار وأهمية التفاوض فيها.

الهوامش:

[1] أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم. ج. ر العدد 78 لسنة 1975.

[2] عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان، السنة الجامعية 2010-2011، ص1.

[3] هبة هزاع، توازن عقود الاستثمار الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2016، ص108.

[4] خليفاتي عبد الرحمن، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، رسالة ماجستير في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1987، ص 29.

[5] **Louise Rolland,** «Qui dit contractuel, dit juste.» (Fouillée) ... en trois petits bonds, à reculons, MCGILL Law Journal/ Revue de droit de MCGILL, Vol. 51, PP. 766-780, consulté sur le site internet : *lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/8928115-1224864948_Rolland.pdf, (*date d'accès : le 09/02/2018).

[6] هبة هزاع، المرجع السابق، ص107.

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

[8] أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم. ج. ر العدد 78 لسنة 1975.

[9] قانون رقم 16-09 مؤرخ في 29 شوال عام 1437 الموافق 3 غشت سنة 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر العدد 46 لسنة 2016.

[10] قانون رقم 13-01 مؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1434 الموافق 20 فبراير سنة 2013، يعدل ويتمم القانون رقم 05-07 المؤرخ في 19 ربيع الأول عام 1426 الموافق 28 أبريل 2005 والمتعلق بالمحروقات، ج.ر العدد 11 لسنة 2013.

[11] قانون رقم 16-09 مؤرخ في 29 شوال عام 1437 الموافق 3 غشت سنة 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج. ر العدد 46 لسنة 2016.

[12] مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 7 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية. ج. ر العدد 58 لسنة 2010.

[13] مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. ج. ر العدد 50 لسنة 2015.

[14] أمر رقم 01-03 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، ج. ر العدد 47 لسنة 2001.

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

[16] محمد أبو بكر عبد المقصود، إعادة التوازن للعقد الإداري في ظل الأزمة المالية العالمية "نظرية الظروف الطارئة"، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر، في الفترة من 1-2 إبريل 2009، كلية الحقوق جامعة المنصورة، ص 18.

[17] أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، ج. ر العدد 78 لسنة 1975.

[18] فيصل بجي، التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار بسبب تغير الظروف، مجلة القانون والأعمال، ص2.

[19] الحبيب اخليفة اجبودة، القوة القاهرة بين القانون المدني الليبي وعقود الـ FIDIC، المجلة الجامعة – العدد السادس عشر – المجلد الثاني – أفريل 2014 ، ص 16.

[20] 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.

[21] فيصل بجي، المرجع السابق، ص4.

[22] فيصل بجي، المرجع السابق، ص3.

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

[24] هبة هزاع، المرجع السابق، هامش رقم 267، ص165.

[25] هبة هزاع، المرجع السابق، ص 92.

[26] هبة هزاع، المرجع السابق، هامش رقم 108، ص 78.

[27] هبة هزاع، المرجع السابق، ص124.

[28] 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، ص713.

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

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

[31] حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013، ص 5.

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

[33] ناصر عثمان محمد عثمان، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية، دار النهضة العربية، مصر، 2009، ط1، ص69.

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

[35] أمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، ج.ر العدد 78 لسنة 1975.

[36] قانون رقم 13-01 مؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1434 الموافق 20 فبراير سنة 2013، يعدل ويتمم القانون رقم 05-07 المؤرخ في 19 ربيع الأول عام 1426 الموافق 28 أبريل 2005 والمتعلق بالمحروقات، ج.ر العدد 11 لسنة 2013.

[37] دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا، الأمم المتحدة 2010، ص12.

[38] دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، المرجع السابق، ص12-13.

[39] أحكام تشجيع الاستثمار في اتفاقات الاستثمار الدولية، سلسلة الأونكتاد بشأن سياسات الاستثمار الدولية لأغراض التنمية، مؤتمر الأمم المتحدة التجارة والتنمية، الأمم المتحدة، نيويورك وجنيف، 2008، ص1.

[40] مرسوم رئاسي رقم 94-01 المؤرخ في 19 رجب عام 1414 الموافق 2 يناير 1994، المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين، فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلق بهما الموقعين في مدينة الجزائر في 13 فبراير 1993، الجريدة الرسمية العدد 01 الصادرة بتاريخ 2 جانفي 1994.

[41] مرسوم رئاسي رقم 97 - 229 مؤرخ في 18 صفر عام 1418 الموافق 23 يونيو سنة 1997، يتضمن المصادقة على الاتفاق بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ودولة قطر، الموقع بمدينة الدوحة بتاريخ 11 جمادى الثانية عام 1417 الموافق 24 أكتوبر سنة 1994، ج.ر العدد 43 لسنة 1997.

[42] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي، دار وائل، الأردن، 2013، ط1، ص 165.

[43] مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، المرجع السابق، ص 164.

[44] مرسوم رئاسي رقم 95 – 346 مؤرخ في 6 جمادى الثانية عام 1416 الموافق 30 أكتوبر سنة 1995، يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج.ر العدد 66 لسنة 1995.

[45] 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.

[46] بن علي بن سهلة ثاني، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء نظام التحكيم غير الاتفاقي، المؤتمر العلمي السنوي التاسع عشر، قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون، في الفترة من 25 إلى 27 أفريل 2011، ص1331.